الرقم الدولي ISSN 2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني ISSN 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

بعض البحوث التي ورد ضمن هذا العدد

- اثار تشغيل اموال التاجر المفلس على العقود- دراسة مقارنة- أ.د ابراهيم اسماعيل الربيعي
- م.م علاء عبد الامير موسى النداوي
- الواجبات التنظيمية للحزب السياسي أ.د. رافع خضر صالح شبر
- م.م اركان عباس حمزة
- التعريف بمبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية د.اسماعيل صمصاع غيدان
- علي عبد الزهرة صافي
- مفهوم التزام المنتج بتتبع منتجاته -دراسة مقارنة- أ.د. منصور حاتم الخلاوي
- اسماعة شعلب حمد

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

السنة الثانية عشر ٢٠٢٠ العدد الثاني

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٣٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN:2075-7220

ISSN ONLINE:2313-0377

AL-Mohaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal

Issued By

College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- Effects of Bankruptcy Trader's Money on Contracts -Comparative Study-
- Organizational duties of the political party
- Defining the principle of non-retroactivity in administrative decisions.
- The Concept of Product Commitment to Track its Products -A comparative study-

- Prof. Dr. Ibrahim Ismail Al-Robai-alameri
- Alaa Abdul Ameer Moosa
- Prof. Rafea Khader Saleh Shubar
- A.T. Arkan Abbas Hamza
- Prof. Dr. Ismail Sasaa Gaidan Al-Bdary
- Ali Abdul Zahra Safi Al-Janibi
- P.Dr. Mansoor Hatem Muhsin
- Osama Shihab Hemed Al-Jaafari

Second Issue 2020 Twelfth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرست

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١	اثار تشغيل اموال التاجر المفلس على العقود - دراسة مقارنة-	أ.د.ابراهيم اسماعيل الربيعي م٠م٠علاء عبد الامير موسى النائلي	٩-٤٨
٢	الواجبات التنظيمية للحزب السياسي	أ.د. رافع خضر صالح شبر م.م اركان عباس حمزة	٤٩-٧٧
٣	التعريف بمبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية	أ.د.إسماعيل صعصاع غيدان علي عبد الزهرة صافي	٧٨-١٠٤
٤	مفهوم التزام المنتج بتتبع منتجاته -دراسة مقارنة-	أ.د. منصور حاتم الفتلاوي اسامة شهاب حمد الجعفري	١٠٥-١٤٣
٥	دعوى ضمان العيوب الخفية في عقود المعلوماتية -دراسة مقارنة-	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي هدى سعدون لفته	١٤٤-١٧٦
٦	الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن التلوث الضوضائي - دراسة مقارنة-	أ.د.هادي حسين عبد علي الكعبي م.م.أحمد عبد الحسين كاظم الياسري	١٧٧-٢٣٥
٧	المسؤولية الدولية عن الامتناع التشريعي	أ.د. طيبة جواد حمد م.م. اسعد كاظم وحيش	٢٣٦-٢٧٠
٨	سلطة القاضي في تقدير الضرورة وإثارتها في الالتزام التعاقدي - دراسة مقارنة-	أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي م.م. علي سعود داخل	٢٧١-٣٠٥
٩	ذاتية القروض المصرفية متعثرة السداد	أ.د.ذكرى محمد حسين سلمى جاسم خليف	٣٠٦-٣٣٢
١٠	القانون الواجب التطبيق على بطلان اتفاق التحكيم	أ.د. خير الدين كاظم الأمين محمود عبد عباس مغير الجبوري	٣٣٣-٣٧٣
١١	الاثر الموضوعي لنفاذ الحكم القضائي الدستوري	أ.م.د.حسين جبار عبد احمد عبدالزهرة محمد العبادي	٣٧٤-٤٠٧
١٢	ضوابط التفسير القضائي للعقد الاداري -دراسة مقارنة-	أ.م د. رفاه كريم رزوقي كربل م.م.خضير عبدالحسين عبدزيد الخالدي	٤٠٨-٤٣٠
١٣	الجماعات الفاعلة من غير الدّول (دراسة قانونية في المفهوم والنشأة التأريخية)	ا.م.د.حيدرعبد محسن شهد الجبوري أحمد سالم بخيت الميالي	٤٣١-٤٦١
١٤	التزام المؤجر بضمان تعرض جهة الإدارة للمأجور -دراسة مقارنة-	م.د إيناس مكي عبد	٤٦٢-٤٩٠
١٥	الرقابة على اعمال السيادة- دراسة مقارنة-	وسن حميد رشيد	٤٩١-٥٢٠

سلطة القاضي في تقدير الضرورة وإثارتها في الالتزام التعاقدي

- دراسة مقارنة-

أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي كلية القانون – جامعة بابل

م.م. علي سعود داخل كلية القانون- جامعة المثنى

ملخص البحث

لما كانت الضرورة عبارة عن حالة تعتري أحد المتعاقدين فتؤثر عليه في نواحي العقد، فإذا ما دفع هذا المتعاقد أمام المحكمة بهذه الحالة باعتبارها مؤثرة عليه، وطلب ترتيب الحكم الاستثنائي المترتب عنها، فتكون للقاضي السلطة بتقديرها واضعاً بعين الاعتبار الظروف المكونة لها ومن ثم تقرير اعتبارها مؤثرة على المتعاقد وعدَّها من الضرورات من عدم ذلك، كذلك فأن للقاضي سلطة تقدير ماهية الحكم الاستثنائي المترتب عن الضرورة إذا ما كان للواقعة أكثر من حكم أو كانت القاعدة الاستثنائية تمنح القاضي السلطة في تقرير الحكم المناسب، وهذه السلطة التي تكون للقاضي من حيث تقديره للضرورات أو في تقديره لباقي الأمور الأُخرى في الدعاوى تتمثل بصلب عمل القضاء لكي يقضي بالمنازعات بشكل عادل، كذلك فأن للقاضي نفسه أن يثير بعض الضرورات من تلقاء نفسه إذا ما تم التطرق اليها في الدعوى إلا أن الخصم لم يتقدم بها كدفع ليكسب دعواه، علماً أن هذه السلطات التي يتمتع بها القاضي يمكن الطعن بها وفق الطرق القانونية إلا أن ذلك يكون عن طريق الطعن بقرار الحكم بالكامل.

المقدمة

أن الضرورة عبارة عن حالة استثنائية تعتري أحد المتعاقدين تنتج عن واقعة غير متوقعة أو غير عادلة من شأنها أن تؤثر على أداءه التعاقدي، فيترتب عنها حكم استثنائي يراعي تحقيق العدالة.

أن القوانين لم تنص على مصطلح الضرورة في أغلب التطبيقات التي تناولت أحكامها، إلا أن جميع الأحكام الاستثنائية في هذه التطبيقات ترجع الى وجود ظروف أو وقائع مؤثرة على أداء الالتزامات التعاقدية، ومن حالات الضرورة التي جاء بها المشرع ما يتعلق بالظروف غير المتوقعة

التي تعتري أحد المتعاقدين فترتب أثر في تغيير أحكام العقد أو فسخه كذلك هي الضرورة الملجئة للسكن في عقد الإيجار التي تبيح للمؤجر طلب التخلية وكذلك الظروف التي تجعل من الناقل(المتعاقد) أن يخرج عن التزامه نتيجة لوجود حالة الضرورة، كذلك قد تتحقق الضرورة في عقد إيجار الخزائن الحديدية التي تبيح للمصرف فتح الخزانة، وحالة الضرورة في عقد الوكالة التي تبيح للوكيل الخروج عن العقد، وحالات أخرى في عقد الوديعة والهبة والبيع وعقود أُخرى غير مسماة، ففي هذه العقود ونتيجة لحالة الضرورة، يترتب الأثر على العقد والمتمثل بعدم تطبيق حكم الاصلي فيه، وإنما يطبق الحكم الاستثنائي.

لما كان الدور الأهم الذي يمارسه القضاء عند نظره للدعاوى بإصدار الحكم فيها وفقاً للقانون وعلى ضوء الوقائع وما يتقدم به الخصم من دفوع وطلبات، وفيما يتعلق بموضوع بحثنا فهو يقرر على ضوء الوقائع التي تنتج عنها حالة الضرورة في الالتزام التعاقدي، هذا إذا ما حصل خلاف بين المتعاقدين حول واقعة معينة والتي من شأنها أن تنتج عنها حالة الضرورة، وأخذ الأمر مأخذ النزاع القضائي فيما بينهم حول تلك الواقعة التي يدعي أحدهم بأن لها تأثيراً على التزامهِ التعاقدي، أما في الحالة التي لا يصل فيها الأمر إلى مرحلة النزاع القضائي، كما لو تَحمل أحد المتعاقدين الواقعة وما ينتج عنها من ضرر، أو إذا تم التراضي فيما بين المتعاقدين حول تلك الواقعة وقاموا بتعديل العقد أو إنهائهِ بالتراضي، فلا يكون هنا أي دور للقضاء.

عليه سنبحث مسألة تقدير القاضي للضرورة في حالة إذا ما كان هنالك دعوى قضائية موضوعها عقد ما، وكان هنالك ادعاء بأن واقعة معينة نتجت عنها حالة الضرورة والتي من شأنها أن تؤثر على حقوق والتزامات الطرفين في ذلك العقد، والسؤال الذي يطرح هنا، هو مدى سلطة قاضي الموضوع في تقدير الوقائع من حيث أثرها على التزامات المتعاقدين؟ ومدى إمكانية أن تنتج

عن هذه الوقائع حالة من حالات الضرورة ويتم بموجبها تطبيق الحكم الاستثنائي؟ وهل يمكن للقاضي أن يُثير الوقائع التي تترتب عنها حالة الضرورة دون الدفع بها من قبل أطراف النزاع؟ وما الأدلة التي يمكن اعتمادها لتقرير حدوث الواقعة؟ وهل يخضع تقدير القاضي في المسائل أعلاه لرقابة المحاكم الأعلى درجة؟ وما هي طرق الطعن التي يجوز وفقها الطعن بقرار القاضي بتقدير هكذا وقائع؟ كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عليها من خلال تقسيم هذا دراستنا للموضوع وفق ثلاثة مباحث، نخصص الأول لسلطة القاضي في تقدير الضرورة وأدلتها، فيما نفرد المبحث الثاني لبحث مدى سلطة القاضي في إثارة الواقعة المرتبة لحالة الضرورة، أما المبحث الأخير فنكرسهُ للرقابة على قرار القاضي في تقدير مدى تحقق حالة الضرورة والطرف الذي يمكن لهُ الطعن بقرار القاضي، وكما يأتي:

المبحث الأول

سلطة القاضي في تقدير الضرورة وأدلتها

ستكون دراستنا لهذا المبحث وفق مطلبين، نخصص الأول لسلطة القاضي في تقدير الضرورة، فيما يكون المطلب الآخر لبيان أدلة إثبات الضرورة وسلطة القاضي في تقديرها، وكما يأتي:

المطلب الأول

سلطة القاضي في تقدير الضرورة

إن لقاضي الموضوع السلطة في تقدير وقائع الدعوى وحيثياتها في كافة النواحي وحسب الصلاحية الممنوحة له قانوناً، وقبل البدء في موضوع سلطة القاضي في تقدير الضرورة لابد لنا ابتداءً من بيان المقصود بسلطة القاضي في التقدير.

ومن المنطلق أعلاه ذهب جانب فقهي إلى أن المقصود بسلطة القاضي التقديرية هي ((مكنة وحرية للقاضي لمواجهة ظروف تطبيق القانون))[١، ١٣٥]، فيما ذهب جانب آخر إلى تعريفها بأنها الرخصة التي مَنحها المشرع للقاضي في التقدير، لأنَّ المشرع مهما أوتيَ من معرفة وَمهما صحت تنبؤاتهِ بالواقع والحالات إلا أنه من غير الممكن أن يتصور كل الوقائع وما تعتريها من تفصيلات ومسائل جزئية مؤثرة، ولهذا كان لزاماً عليهِ تفويض القاضي وإعطاؤه السلطة في التقدير[٢، ٥٠-٥١]. فيما ذهب جانب ثالث إلى تعريفها((الحالة التي يُترك للقاضي عادةً الحرية لتقدير مناسبة إعمال قاعدة قانونية معينة على واقع معين))[٣، ٩٥].

ومن التعريفات المذكورة أعلاه في بيان مفهوم سلطة القاضي التقديرية نلحظ أنه في بعض الأحيان يتم منح القاضي السلطة في تقدير الوقائع وبيان مدى انطباقها على القاعدة القانونية المراد تطبيق أحكامها، وهذه الصلاحية في التقدير التي تمنح للقاضي تتفاوت ما بين نص وآخر، وعلى وفق ما هو مناسب من أجل الوصول إلى إصدار الحكم العادل في الدعاوى المنظورة*.

وبالنسبة لموضوع بحثنا في بيان مدى صلاحية القاضي في تقدير الوقائع وبيان أثرها في ترتيب إحدى حالات الضرورة من عدم ذلك، فنقول أن الضرورة عبارة عن حالة تنتج عن واقعة مؤثرة على المتعاقدين في التزاماتهم التعاقدية من حيث نشأتها أو تغيير أحكامها أو إنهاءها، ولما كانت حالة الضرورة تنتج عن واقعة، فالأخيرة قد يذكرها المشرع في نص القاعدة القانونية في حالات معينة، وفي حالات أُخرى يكون محتوى القاعدة القانونية عبارة عن نص يستوعب الكثير من الوقائع التي من شأنها أن تحدث أثراً متشابها على الالتزام التعاقدي، فالسؤال هنا كيف تكون السلطة للقاضي في تقدير مدى تحقق الفرض الذي يأتي به المشرع أو تحقق الواقعة التي ينطبق

* المادة (١) من قانون الأثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ والتي تنص ((توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا الى الحكم العادل في القضية المنظورة.))

عليها النص القانوني المراد تطبيقهُ في الدعوى المنظورة؟

إن تقدير الواقعة موضوع الدعوى (واقعة الضرورة) والتي يدفع بموجبها الخصم، يكون بموضوعية، إذ إن التقدير عبارة عن نشاط يقوم به القاضي مضمونه استخلاص المنتج من الواقعة المدعى بها في ضوء طلب الخصم والذي يكون في ضوء موضوعنا، طلب بتطبيق حكم القانون (الحكم الاستثنائي) المترتب عن الواقعة[٤ ،٢٢٢].

أن النشاط الذي يمارسه القاضي عند تقدير الواقعة قد يحتاج معه إلى الاستفسار من الخصوم عن حقائق معينة تخص الواقعة موضوع الدعوى أو أن تتخذ عدة إجراءات إعدادية أُخرى، هذا إذا ما كانت الواقعة التي يدعي بها الخصم، هي واقعة مبهمة وغير واضحة أو غير مؤكدة، ومن هنا فلا يجوز للمحكمة أن تقضي أو أن تقدر الواقعة دون بيان الواقعة من حيث ماهيتها وحقيقة وجودها، ووفق هذا قررت محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية إلى أن ((على المحكمة إجراء التحقيقات اللازمة بخصوص توفر شروط الحالة المذكورة وأول هذه الشروط هو الاطلاع على الأمر الإداري الخاص بنقل (المميز) لبيان هل كان ذلك النقل بناءاً على مقتضيات المصلحة العامة أم بناءاً على طلبه الشخصي ورغبتهِ..... كما كان على المحكمة التأكد من امتلاك زوجة وأولاد المميز القاصرين لدار سكن في محافظة المثنى ... من عدمهِ .... لأن القضاء قد قضى بتحقيق الضرورة الملجئة قياساً على الحالات المنصوص عليها في الفقرة (ك) من المادة (١٧) من قانون إيجار العقار ....))*.

وعلى هذا فإن سلطة القاضي في التقدير الموضوعي في الدعوى المدنية يكون وفق ناحيتين، هي كل من ناحية الفرض من جهة، وناحية الحكم من الجهة الأخرى، وهذه النواحي تمثل عناصر

* انظر قرار المحكمة المذكورة بالعدد ٢٠/ ت ح / ٢٠١١- غير منشور -

القاعدة القانونية[٥ ،٨٩].

إن عنصر الفرض في القاعدة القانونية وفق موضوع بحثنا يكمن في الحالات التي تشكل ضرورة في الالتزام التعاقدي، والفرض هنا يتمتع بخاصية العموم والتجريد باعتبارهِ لا يتحدد بوقائع وأشخاص بأعيانهم في أغلب الأحيان، بل يتم تحديد أوصاف وشروط الاشخاص أو الوقائع التي تماثل هذا الفرض في ضوء المحددات المطلوبة.

ويرى جانب فقهي أن السلطة التقديرية نجدها في جميع الحالات التي يخول فيها المشرع القاضي في التقدير، سواء عند مباشرته للنشاط الإجرائي أو في تقديره للحكم، وأن المشرع في هذه الأحوال المذكورة قد تنازل عن إرادته في تحديد تلك الوقائع والأحكام وترك ذلك للقضاء[٣ ،١٢١]، إلا أننا لا نتفق مع الرأي المذكور، بل نؤيد الرأي القائل إن المسألة لا تتعلق بتنازل المشرع عن دور معين إلى القضاء، وإن ممارسة القضاء لسلطة التقدير تُعَّد من صلب عمله واختصاصهِ، فالأمر يتأسس على أن هنالك ترابطاً بين العمل التشريعي والعمل القضائي، وهذا الترابط يكمن بعنصر الواقع، لأن القاعدة القانونية (التي يكون مصدرها التشريع) نشأت من خلال وقائع تصورها المشرع ووضع حكماً لها، فظهرت قاعدة قانونية تتسم بالعمومية والتجريد، وهنا انفصلت عن الواقع العادي، إلا أن هذا الواقع يعود، عندما نكون أمام دعوى مدنية، إلى حالته العادية من حيث إمكانية شموله للفرضيات الممكنة لعنصر الفرض(عنصر الواقع) من خلال سلطة القاضي التقديرية، ومن ثم يكون للقاضي تصور كل الوقائع التي تشكل عنصر الواقع (الفرض) في القاعدة القانونية عند نظرهِ للدعاوى ومدى إمكانية تطبيق الحكم عليها[٤ ،٢٢٤]، وهنا الأمر ينطبق على الوقائع التي تنتج عنها إحدى حالات الضرورة في الالتزام التعاقدي.

ومما تقدم فإن تقدير القاضي للواقعة موضوع الدعوى وبيان مدى إمكانية تطبيق حكم القاعدة

القانونية المراد تطبيقها، يكون بنشاط ذهني من قبله من خلال تصور الواقعة المعروضة أمامه ومدى ما ترتبه من أثر على الالتزام التعاقدي، بالإضافة إلى معرفة الغاية من وضع المشرع للقاعدة القانونية، فإن كانت الغاية متحققة في الواقعة التي يتم الدفع بها، فيحكم القاضي بانطباق الواقعة على عنصر الفرض في القاعدة القانونية، من جهته فإن للقاضي حدوداً معينة عند ممارسة سلطته في التقدير، بحيث من غير الممكن أن يُكيف واقعة معينة ويحملها معنى ومفهوم الفرض ويضمنها في أحواله في الوقائع التي تخرج عن نطاق تطبيقهِ[٤ ،٢٢٦]، ومن هنا فيكون من واجب القاضي أن يراعي معيار العدالة عند ممارسة هذه السلطات، باعتبار هذا المعيار يمثل أساس وضع قواعد الضرورة، ويكون ذلك من خلال الربط ما بين روح النص بالنسبة لعنصر الفرض في القاعدة القانونية والظروف الخاصة والعامة للمتعاقدين.

من جهةٍ أُخرى، فللقاضي السلطة في تقدير عنصر الحكم، أي الأثر القانوني الذي يرتبه القانون في حالة تحقق عنصر الفرض في القاعدة القانونية (حالة الضرورة)، وعنصر الحكم هذا يتصف بنفس صفات القاعدة القانونية، إذ يكون عاماً مجرداً، بحيث أنه يطبق على كل شخص يتحقق فيه الوصف المذكور في عنصر الفرض[٤ ،٢٢٧]وفقاً لأحكام الالتزام التعاقدي.

من جهته فعندما يمارس القاضي سلطته في تقدير الحكم، فلابد أن يكون هذا التقدير غير منفصل عن تقديره للواقع المعروض والأحداث ذات الصلة المكونة لهُ، فإذا ما تحقق ذلك تكون نسبة تقديره للحكم من جانب العدالة، خاصة إذا ما كان الحكم قابلاً لأن يكون متغيراً في نفس القاعدة القانونية، اي يكون متغيراً على ذات الواقعة حسب تقدير القاضي للحكم العادل وطلبات الخصوم، كذلك هو الحال إذا كان الحكم في القاعدة القانونية يتكون من أكثر من جزء واحد، فيختار القاضي جزءاً من الحكم أو جميعهِ، كما في القواعد القانونية التي تناولت الظروف غير

المتوقعة التي قد تعتري الالتزام التعاقدي، فإذا ما طرأت هكذا وقائع، وثبت ذلك للقاضي المعروض أمامه النزاع، فلابد أن يكون الحكم في هذه الحالة من شأنهِ أن يحقق الموازنة بين التزامات الطرفين من خلال إنقاص التزام المتعاقد المرهق إلى الحد المعقول أو بزيادة التزامات الطرف الآخر، وفي حالات أُخرى يكون الحكم بفسخ العقد لكي تتحقق العدالة، فالمهم أن يكون حكماً محققاً للعدالة وحسب ظروف كل قضية والوقائع المثارة فيها، وهذه الموازنة للالتزامات والعمل على تحقيق العدالة تكون وفق ما يرتئيه القاضي في ضوء سلطته التقديرية، معتمداً في ذلك كما ذكرنا أعلاه على معيار مرن، ألا وهو العدالة*[٦، ١٥٧].

ومما تقدم نلحظ أن هنالك ترابطاً بين سلطة القاضي في تقدير الفرض وسلطته في تقدير الحكم، فعندما يقدر القاضي الواقعة، فهو يجعلها في حقل حكم معين، ما عدا الحالة التي تحتوي فيها القاعدة على أحكام متغيرة.

وهنا لابد أن نوضح إمكانية اتفاق أطراف الالتزام التعاقدي على ما مضمونه تقييد سلطة القاضي في تقدير كل من الواقع والحكم إذا ما حصل نزاع فيما بينهم، ومن ثمَّ ينحصر دور القاضي في التحقق من الوقائع المعروضة ومدى صحتها وإثباتها، وإذا ما ثبت صحة تحقق تلك الوقائع، فيتحتم عليه تقرير الحكم الذي اتفق عليه الطرفان مسبقاً في التزامهم التعاقدي، كما لو اتفق طرفا العقد، سواء كان اتفاقهم عند إبرام العقد أو بعده، أنه في الحالة التي يتعرض فيه أحدهم لظرف طارئ، يحق له فسخ العقد، ومن ثم إذا ما تحقق الظرف الطارئ، فلا يجوز للقاضي أن

* المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والتي تنص ((على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.)) تقابلها المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل ، والمادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل. إلا ان المشرع الفرنسي اعطى حلول أكثر للقاضي تصل الى مرحلة فسخ العقد اذا ما اقتضت العدالة ذلك.

يرفض طلب الفسخ، فسلطته بالحكم بالفسخ من عدمه تتقيد في هذه الحالة، باعتبار أن قانون العقد مستمد من الاتفاق، وكل اتفاق لا يخالف النظام العام والآداب العامة يكون واجب الإعمال في حكم العقد.

إن سلطة القاضي في تقدير الوقائع التي تنتج عنها حالات الضرورة في الالتزام التعاقدي يرتبط إلى ما يعرض عليه من دفوع، خاصة تلك التي تتعلق بالإثبات، وهو ما ستكون عليه الدراسة في المطلب القادم.

المطلب الثاني

تقدير أدلة الضرورة

إن مسألة تقدير القاضي للوقائع، كما بحثنا في المطلب السابق، تستند بالأساس على ما يتقدم به الخصوم من دفوع تبين مدى صحة وحقيقة حدوثها من عدم ذلك، وفي ضوء موضوعنا، فالوقائع هي تلك التي تنتج عنها إحدى حالات الضرورة في الالتزام التعاقدي، ومن ثمَّ لابد من إثبات الواقعة التي يتم الدفع بها أمام محكمة الموضوع، لكي تقرر الأخيرة الحكم الاستثنائي للضرورة.

لما كانت الضرورة عبارة عن حالة تنتج عن واقعة معينة، ولذا فإن إثبات الواقعة لا يكفي معه لتحقق حالة الضرورة، ما عدا الحالات التي يفترض فيها المشرع أن الضرورة متحققة في حالة حدوث الواقعة كما في حالة الضرورة الملجئة للسكن في عقد الإيجار**، أما في الحالات الأُخرى

** المادة (١٢/١٧) من قانون إيجار العقار النافذ في العراق رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل والتي تنص ((لا يجوز للمؤجر ان يطلب تخلية العقار الخاضع لأحكام هذا القانون الا لأحد الاسباب الآتية : – اذا استجدت بعد العقد ضرورة تلجئه الى سكنى الدار المأجورة بنفسه ولم تكن له او لزوجه او احد اولاده القاصرين داراً اخرى على وجه الاستقلال يستطيع ان يسكنها في حدود المدينة التي تقيم فيها عادة ويعتبر من قبيل الضرورات الملجئة بوجه خاص:–

١– اذا كان المؤجر من العاملين في دوائر الدولة او القطاع الاشتراكي (من عسكريين) او رجال شرطة او موظفين (او عمال) سواء داخل القطر او خارجه ونقل الى المدينة التي فيها داره بناء على مقتضيات المصلحة العامة او انتهت خدمته لأي سبب كان.

فيكون على الخصم بعد إثبات الواقعة أن يثبت أنه أمام حالة ضرورة، كما في واقعة الظروف غير المتوقعة التي تؤثر على المتعاقد، ففي بادئ الأمر على الأخير أن يثبت واقعة الظروف غير المتوقعة، ومن ثم عليه إثبات أن هذه الظروف جعلته في حالة إرهاق في تنفيذ التزاماتهِ، وفي كل موضوعات الإثبات هذهِ وما تقدم فيها من أدلة تكون للقاضي سلطة في تقديرها.

إن قواعد إثبات الضرورة تختلف باختلاف صورها، لذا سنبحث في طرق إثبات الضرورة وسلطة القضاء في تقدير الأدلة التي تقدم اليه او تلك التي تستحصلها إثناء النظر بالدعوى، ويكون ذلك وفق فقرتين، نبين فيهما كيفية إثبات الضرورة وحسب نوع الواقعة من حيث تحققها فعلاً أو من ناحية احتمالية حدوثها، وكما يأتي:

اولاً / إثبات الضرورة الحالة

يراد بالضرورة الحالة هي تلك الضرورة التي طرأت على أحد المتعاقدين بالفعل وكان لها الأثر على العقد بالنسبة اليه من حيث الحقوق والالتزامات، والضرورة الحالة إما أن تكون ضرورة ترجع إلى ظروف عامة، أو تكون ناتجة من ظروف خاصة بأحد المتعاقدين، ومن هنا سنتناول دراسة كل منهما وفق ما يأتي:

الضرورة التي ترجع إلى واقعة عامة:

إن الضرورة العامة عبارة عن أحدى حالات الضرورة التي تصيب جمع من الناس ما تؤدي إلى تأثرهم بها في نطاق حقوقهم المالية ومنها تلك التي تتعلق بالتزامهم العقدي، سواء كانت الأخيرة ناتجة عن عقود تم إبرامها قبل حدوث الواقعة أو تلك التي ينوون إبرامها، كما هو الحال بالنسبة

٢ – اذا كان المؤجر ممن ذكروا في الفقرة السابقة وانهى دراسته او تدريبه خارج العراق وعاد الى المدينة التي تقع فيها داره.
٣ – اذا كان المؤجر موظفاً معارة خدماته الى خارج القطر او طالب بعثة او زمالة او اجازة دراسية او طالباً يدرس في الخارج بموافقة الحكومة العراقية وعاد الى المدينة التي تقع فيها داره بعد انتهاء مهمته الوظيفية او العلمية.)) ففي هذه الحالات لا تكون سلطة للقاضي في عدّ الواقعة من الوقائع التي ترتب الضرورة من عدم ذلك إلا في مسألة تحقق شروط الواقعة العامة والخاصة.

لواقعة الحرب التي تؤثر على التزامات أطراف العقد، لأن هذه الواقعة تؤدي في أغلب الأحيان إلى حدوث تغيير في الأسعار وهذا ما قد يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي.

إن إثبات هذا نوع من الوقائع قد لا يحتاج معهُ إلى تقديم الأدلة لمحكمة الموضوع لتؤكد حدوث الواقعة، فالأخيرة تكون معلومة من قبل الجميع، ومن ثمَّ يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي في هكذا نوع من الوقائع، استثناءً من قاعدة عدم جواز استناد القاضي في حكمه على علمهِ الشخصي*[٧، ٥٨-٥٩].

إلا أنه في حالات أُخرى وفيما يتعلق بنفس الضرورة العامة، لا يكون القاضي فيها عالماً بالواقعة التي تنتج عنها أحدى حالات الضرورة، كما لو كانت المحكمة التي تنظر الدعوى تقع في غير مكان وقوع الحادثة، ولم يكن القاضي عالماً بتلك الواقعة العامة التي تم الدفع بها، فيكون الخصم الذي يدفع بالواقعة هو المكلف بإثباتها†، ويكون الإثبات بكافة الطرق القانونية**[٨،٨].

أن مسألة عد واقعة معينة من الوقائع العامة وإثبات ذلك أمام القضاء يرافقه تساؤلاً عن المعيار الذي يحدد عمومية الواقعة من عدمه؟ فهل هو معيار شخصي يعتمد على عدد الأشخاص الذين تأثروا بالواقعة أم يعتمد على المساحة الإقليمية التي أثرت فيها الواقعة أم أن الأمر يتطلب اجتماع المعيار الشخصي والاقليمي للقول أن الواقعة التي تنتج عنها حالة الضرورة هي واقعة عامة؟ فمثلاً لو انتشر وباء يصيب الدواجن في موسم ما، وأصاب هذا الوباء بعض الحقول دون غيرها، فهل يمكن القول بأن الواقعة هي عامة؟ حتى لو أصابت بعضاً منها دون البقية؟ هل المعيار يتحدد بعدد الحقول التي يصيبها الوباء في المنطقة أم بالمساحة التي انتشر فيها الوباء وإن قل عدد

* المادة (٨) من قانون الاثبات العراقي والتي تنص ((ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة ، ومع ذلك فله ان يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض المام الكافة بها.))

† المادة (٧) من قانون الاثبات العراقي والتي تنص ((اولا – البينة على من ادعى واليمين على من انكر.))

** أن طرق الاثبات التي اوردها المشرع العراقي في قانون الإثبات هي (الكتابة ، الإقرار، الاستجواب، الشهادة، القرائن وحجية الأحكام ، اليمين، المعاينة، الخبرة)).

الحقول المصابة بهِ؟

الإجابة عن ماهية المعيار الذي يحدد عمومية الواقعة يكمن في أَن كل من المعيارين الشخصي والاقليمي عاملان في إعطاء صفة العمومية على الواقعة، فيكفي تحقق أحدهما كي تتصف الواقعة بصفة العمومية.

الضرورة التي ترجع إلى واقعة خاصة بالمتعاقد

يراد بالواقعة التي تنتج ضرورة خاصة بالمتعاقد، هي التي تتعلق بظروف لا إرادية خاصة بالمتعاقد، ومن شأنها أن يكون لها الأثر على التزامه التعاقدي من حيث تكوينه أو التغيير في أحكامه أو إنهائهِ.

إن إثبات هكذا نوع من الوقائع يكون أكثر صعوبة من الوقائع العامة، كون الأخيرة يسهل تبينها ومعرفة مقدار الآثار التي ترتبت عنها، وإثباتها لا يحتاج إلى تقديم الأدلة في أغلب الأحيان، كونها في الغالب تكون معلومة من قبل الكثير، وبالأغلب تكون من الواقع المثبتة في الدوائر الرسمية.

أن الأصل في إثبات الوقائع يكون على عاتق الخصم الذي يدفع بها، وكما ذكرنا سابقاً فيمكن إثبات الوقائع بكافة الطرق، فيمكن إثبات الواقعة بالكتابة أو بإقرار الخصم بحدوثها أو من خلال استجواب الخصم أو شهادة الشهود أو القرائن القانونية بنوعيها، التي ينص عليها المشرع أو التي يقتنع بها القاضي، أو يكون الأثبات بالنكول عن اليمين الحاسمة أو بالكشوفات التي تجريها المحكمة أو بالاستناد على تقارير الخبراء من حيث صحة وجود الواقعة وتأثيرها[٩ ،٢٤٤].

فمثلاً لو أصاب أحد المتعاقدين مرض معين، وكان العقد يتعلق بتنفيذ عمل ما من قبل المتعاقد الذي أصابه المرض، فهذه الواقعة قد تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً على المدين، ومن ثمَّ يمكن عدّها من الوقائع المنتجة لحالة الضرورة، وهي واقعة خاصة بالمدين، ويمكن الاعتداد بها وفق

بعض التشريعات لتكوين حكم استثنائي يخص العقد. من جهتها، فواقعة السفر بالوديعة لضرورة خاصة بالمدين –الوديع– كأن يكون سافر مع ولدهِ المريض لإجراء عملية جراحية مستعجلة، فالوقائع التي ذكرناها في الأمثلة السابقة قد تترتب عنها حالة الضرورة والتي من شأنها أن لا يتم معها تطبيق الحكم الأصلي في العقد، وأن إثباتها يقع على كاهل من يدعي بها.

وجدير بالذكر عندما نقول أن على الخصم ان يثبت الضرورة، فالقصد في هذا أن الخصم عليه إثبات الواقعة أو الحالة، إما بشأن تقديرها باعتبارها ضرورة من عدم ذلك فأن ذلك يرجع الى محكمة الموضوع*.

وأخيراً، لابد لنا من ذكر أن ليس كل واقعة خاصة بالمدين من شأنها أن تؤثر على التزامه التعاقدي، ومن ثمَّ تؤدي إلى تطبيق الحكم الاستثنائي على العقد، بل لابد أن تكون الواقعة التي يراد الاعتداد والدفع بها أمام المحكمة من الوقائع التي تؤدي على إثبات حالة الضرورة التي يعتد بها قانوناً، وبخلافه لا داعي لإقامة الدليل على وجودها، ومن جهةٍ أُخرى، فلا يشترط على من يدفع بالواقعة أن يبين أو يثبت للمحكمة أن للواقعة حكماً استثنائياً في القانون، أو أن يبين مصدر القانون الذي ينطبق على الواقعة، باعتبار أن هذه المسائل لا يقع على كاهل الخصم إثباتها، بل إن هذا الأمر يُعد من مهام القاضي، فهو ملزم بمعرفة القانون وتطبيقهِ، إلا أنه لا بأس إذا ما تم التأكيد على الحكم القانوني وذكر مصدره وموضعه عند التقدم بالدفوع في جلسات النظر بالدعوى، كذلك ينبغي في الواقعة المراد إثباتها أن تكون غير مخالفة للنظام العام، اي أنها مقبولة قانوناً[١٠، ٣٠/ ١١، ٩]، فمثلاً لا يجوز أن تكون الواقعة المراد أثباتها تتمثل بأن المدين عليه التزام ناشئ عن شراء مخدرات والذي من شأنها أن يجعل من تنفيذ التزاماته الأُخرى مرهقه.

* انظر قرار محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية بالعدد ١٣/ ت ح /٢٠١٤ – غير منشور– والذي جاءت فيه ((أن مسألة الضرورة الملجئة والتي أستند إليها المميز عليه في دعواه يعود تقديرها إلى محكمة الموضوع)).

ثانياً/ إثبات الضرورة الاحتمالية

يراد بالضرورة الاحتمالية هي الضرورة التي تنتج عن واقعة تصيب أحد أطراف الالتزام التعاقدي والتي يحتمل معها أن تؤثر على التزاماته التعاقدية.

إن إثبات هكذا نوع من الوقائع الخاصة بالضرورة قد لا تستجد معه المعلومات في بيان طرق الإثبات الخاصة بالضرورة، فكما هو الحال في الضرورة الحالة التي ترجع إلى ظروف خاصة بالمتعاقد، فيكون عبئ الإثبات فيها على كاهل الخصم الذي يدعي بأنها واقعة تنتج عنها ضرورة، ويكون الإثبات بكافة الطرق القانونية.

إلا أنهُ يضاف على ما تقدم، أن يلتزم الخصم، الذي يدفع بالواقعة محل الضرورة، إثبات مدى احتمالية تأثيرها على التزامه التعاقدي، والضرر الذي من الممكن أن ينتج عنها إذا ما تم تحققها أو استمرارها وعدم التحرز منها، فمثلاً إن القاعدة الأصلية في عقد الوديعة، هي عدم جواز السفر بها، وحفظها في مأمن من الهلاك، وإذا لم يلتزم الوديع بذلك وأصاب الوديعة الهلاك، تقع عليه تبعة هلاكها، هذا في الحالة التي لا يوجد فيها اتفاق على خلاف ذلك، إلا أنه يستثنى من القاعدة الأصلية المذكورة أعلاه، الحالة التي تكون فيها واقعة السفر ضرورية بالنسبة للوديع، وكان لديه تخوف من إبقاء الوديعة لوحدها، وهلكت معه، فلا يتحمل تبعة هلاكها*.

ففي المثال أعلاه، يجب على الخصم إثبات أن إبقاء الوديعة وحدها عند سفره كان من شأنهِ أن يؤدي إلى احتمالية هلاكها، كأن يتّم سرقتها، أو أنها كانت تحتاج إلى رعايته، كأن تكون الوديعة هي حيوانات تحتاج إلى رعاية خاصة.

* المادة (٩٤٥) من القانون المدني العراقي والتي تنص ((١ – يجوز للوديع السفر بالوديعة وان كان لها حمل، ما لم ينهه صاحبها عن السفر بها او يعين مكان حفظها، او يكن الطريق مخوفاً ففي هذه الاحوال اذا سافر بها وهلكت الوديعة كان عليه الضمان. ٢–على أنه اذا كان السفر ضرورياً وسافر بالوديعة بنفسه وعياله او بنفسه وليس له عيال وهلكت فلا ضمان عليه مطلقاً وعليه الضمان اذا سافر بالوديعة بنفسه دون عياله ان كان له عيال.))

ومن المثال أعلاه، يتبين لنا أن على الخصم – الوديع– إثبات أمور عدة ، منها، أن السفر كان ضرورياً، كأن يكون للعلاج الذي يتطلب الاستعجال، وذلك لوجود احتمالية تفاقم المرض على عند المريض، فضلاً عن إثبات أن واقعة السفر بالوديعة كانت للاحتراز من هلاكها، فإذا أثبت الأمور المتقدمة، فيكون قد أثبت حالة الضرورة من خلال إثباته للوقائع التي أنتجتها، ومن ثمَّ سيتم تطبيق الحكم الاستثنائي عليه، فيتخلص من تبعة هلاك الوديعة إذا ما هلكت.

وجدير بالذكر أن سلطة القاضي في تقدير الأدلة تختلف من دليل إلى آخر، وحسب قوة الدليل فعلى سبيل المثال، لو كان دليل الإثبات عبارة عن سند رسمي، فقد تنعدم سلطة القاضي حينها، كونهُ دليلاً بات مالم يكن مزوراً أو قد تم إلغاؤه بسند رسمي آخر، أما إذا كان الدليل افتراضاً هو الشهادة، فتتسع سلطته في تقدير هكذا دليل من خلال تقديره لأقوال الشهود[١٢، ١٣ و ٦٨].

واخيراً ولما كان لقاضي الموضوع السلطة في تقدير الوقائع التي يدفع بها الخصم باعتبارها وقائع ترتبت عنها حالة الضرورة، فالسؤال الذي يمكن طرحهُ هو مدى إمكانية القاضي نفسهُ أن يثير واقعة معينة أو يقرر، دون أن يتم الدفع بها من قبل الخصم، أن الواقعة مؤثرة وتترتب عنها حالة الضرورة في الالتزام التعاقدي، هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المبحث القادم.

المبحث الثاني

إثارة القاضي للضرورة في الالتزام التعاقدي

إن مهمة القاضي الأصلية تتمثل بتقرير حل للنزاعات التي ينظرها وفقاً لاختصاصه، مستنداً في عمله هذا على تطبيق الأحكام القانونية، وما يتقدم بهِ الخصوم من دفوع وأدلة تثبت ما يستندون عليه في دعواهم، والأصل هو عدم جواز القاضي أن يفتي ويقرر في النزاعات التي ينظر فيها وفق علمهِ الشخصي[١٣، ٢١] ، إلا أنه في حالات معينة يجيز القانون لهُ أن يثير بعض الوقائع لما

في ذلك من دور في تحقيق العدالة، باعتبار الأخيرة تمثل الغاية الأهم من تطبيق القواعد القانونية، فهل هذا الأمر ممكناً إذا ما عرض نزاع يتعلق بعقد معين؟ فهل للقاضي أن يثير الوقائع التي تترتب عنها حالة الضرورة؟ للإجابة عن ذلك سنتناول دراسة هذا المبحث وفق مطلبين، نخصص الأول للمقصود بإثارة القاضي للضرورة في الالتزام التعاقدي، أما المطلب الآخر فسيكون لإيضاح الشروط التي يكون وفقها للقاضي السلطة في إثارة الوقائع المنتجة للضرورة، وكما يأتي:

المطلب الأول

المقصود بإثارة القاضي للضرورة في الالتزام التعاقدي

عندما ينظر القضاء بدعوى تتعلق بعقد ما، فالوضع الطبيعي أن يتقدم كل خصم بالدفوع التي من شأنها أن تؤدي إلى كسبهِ الدعوى من خلالها، وهذه الدفوع منها ما يكون شكلياً، ومنها ما يكون موضوعياً، وفيما يتعلق بواقعة الضرورة إذا ما دفع بها الخصم، فهكذا دفع يعد من الدفوع الموضوعية، والأخيرة يجوز لكل طرف في الدعوى أن يتقدم بها إلى المحكمة في اي جلسة من جلسات النظر بالدعوى دون أن يتقيد بموعد معين، فضلاً عن ذلك، جرت العادة أن يسأل القاضي الخصوم قبل إعلان ختام المرافعة فيما لو كانت هنالك طلبات أو دفوع أُخرى تتعلق بالدعوى المنظورة لكي يتم التأكد أن كل خصم قد استوفى كل طلباته ودفوعه الموضوعية، وكذلك فإن للخصم أن يدفع بالواقعة المكونة للضرورة في المحاكم الأعلى درجة، كما في محكمة الاستئناف بصفتها الأصلية، أما في مرحلة التمييز فلا يجوز ابداء دفوع جديدة أمام محكمة التمييز، ما عدا الدفوع التي حددها القانون بصورة حصرية*.

ولما ذكرنا أن واقعة الضرورة تتعلق بالجانب الموضوعي في الدعوى، فيمكن ان يثار التساؤل

* المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل. والتي تناولت الاسباب التي يتم قبول الطعن بالتمييز وفقها، كذلك انظر المادة (٢٤٨-٢٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل والمواد (٦٠٤-٦٣٩) من القانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥ المعدل.

عن صلاحية قاضي الموضوع في إثارة هذا النوع من الوقائع في الأحوال التي لا يدفع بها الخصم؟ وإذا ما أُجيز له ذلك، فهل عليه أن ينتظر الخصم ليدفع بواقعة الضرورة، وفي حالة عدم إبداء الدفع يقوم القاضي بإثارة الواقعة؟

قبل الإجابة على التساؤل أعلاه لابد من توضيح مدى صلاحية القاضي في ممارسة الدور بإثارة الوقائع والتحقق منها واعتبارها سبباً يمكن الاستناد عليها عند تقريرهِ للحكم، ومن هنا فإن هنالك مذاهب عدة في بيان هذا الدور وهذه الصلاحية التي تمنح القاضي السلطة في التحقق من الوقائع وإثارتها في الدعاوى، وهي كل من المذهب الإيجابي والمذهب المقيد والمذهب المختلط.

فبالنسبة للمذهب الإيجابي والذي يمنح القاضي دوراً كبيراً في إثارة الوقائع والتحقق منها، فيكون لهُ وفق هذا المذهب دور إيجابي في إدارة الخصومة واستجواب الخصوم والبحث عن الأدلة والتأكد منها، دون أن يتقيد بدليل أو طريقة إثبات معينة، فيكون القاضي باحثاً عن العدالة، وهذا لا يكون إلا بمنحه صلاحية كبيرة في البحث عن الوقائع التي تتعلق بالدعاوى التي ينظرها والتأكد من صحتها، إلا أنه يُعاب على هذا المذهب بأن إعطاء هذا الدور للقاضي سيجعل من الأحكام الصادرة مختلفة في ضوء الوقائع المتشابهة وحسب شخص القاضي والدور الذي يمارسه في إدارة الدعوى[١٤، ٢١-٢٢].

أما أصحاب المذهب المقيد، فيذهبون الى التضييق من دور القاضي في إرادة الخصومة، فيكون دورهِ سلبياً في أغلب النواحي، فوفق هذا المذهب يتم تحديد طرق إثبات الوقائع بأدلة معينة دون غيرها، ولا تكون له الصلاحية في تقدير تلك الأدلة، ويعاب على هذا الأمر أنه قد يؤدي إلى إصدار قرارات غير عادلة من قبل القضاء، لأن الأخير لا يكون متمتعاً بالصلاحيات اللازمة لتحقيق العدالة، فهو مقيد بأحكام القانون الجامدة، فلا يجوز لهُ أن يثير واقعة معينة تتعلق

بالدعوى، ولا تكون له السلطة الكافية في تقدير الوقائع[٩ ،٢٥].

في حين نجد المذهب المختلط أو التوفيقي، يعطي للقاضي الصلاحيات في تقدير الأدلة وإثارة الوقائع من أجل الوصول إلى تحقيق العدالة، إلا أن هذه الصلاحيات في التقدير وبيان الأدلة وصحتها تتحدد بمحددات بينها القانون من أجل تلافي العيوب التي وجهت إلى كل من المذهب الحر والمذهب المقيد، وبهذا التوجه اتجهت القوانين الحديثة، ومنها القانون العراقي[١٢،١٥-١٣] والقوانين المقارنة محل البحث[١٦ ،٥٠]*.

لما كانت المهمة الرئيسة للقاضي تتمثل بإقرار حل للنزاعات المعروضة أمامه، فإن ذلك يتحدد وفق ما يعرضه الخصوم من طلبات ودفوع وما تمليه عليه القواعد القانونية، فهو لا يقضي بأمر معين لم يطالب به الخصم، وليس لهُ أن يسبب حكمه على واقعة معينة لم يتطرق لها الخصوم خلال جلسات المرافعة.

إن مسألة عدم صلاحية القاضي في إثارة الوقائع الموضوعية والتحري عنها ليست بمسألة مطلقة، ففي بعض الأحيان وعندما يتعلق الأمر بواقعة من النظام العام**، فتكون لهُ صلاحية إثارتها من تلقاء نفسه، دون أن يكون بذلك قد خالف واجبه بالحياد.

من جهته، هنالك جانب فقهي يذهب إلى جواز إثارة القاضي للوقائع الموضوعية***من تلقاء نفسه وإن لم يتم الدفع بها من قبل الخصوم وإن كان موضوعها لا تتعلق بالنظام العام، ويضيف

* نقصد بالقوانين المقارنة محل البحث، هي كل من القانون المصري والقانون الفرنسي.

** انظر المادة (١) من قانون الإثبات العراقي النافذ والتي تنص ((توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا الى الحكم العادل في القضية المنظورة.)) كذلك المادة (٢) من نفس القانون والتي تنص ((الزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته.)) والمادة (١٧) منهُ والتي تنص على ((اولا – للمحكمة ان تقرر من تلقاء نفسها، او بناء على طلب الخصم، اتخاذ اي اجراء من اجراءات الاثبات تراه لازما لكشف الحقيقة.))

*** وهذا الرأي يقول بجواز إثارة القاضي للدفع الموضوعي، إلا اننا لا نتفق مع هذا القول، كون القاضي لا يثير دفع معين، سواء كان شكلياً او موضوعياً، وإنما هو يثير الوقائع، سواء تعلقت الأخيرة بالإجراءات او بموضوع الدعوى، باعتبار ان من اهم الاسس التي يقوم عليها عمل القضاء هي الحياد، وبالتالي لا يدفع القاضي بمسألة ضد احد الخصوم لحساب الخصم الأخر. ومن ثم أخذنا الرأي على أن المقصود منه هو إثارة الوقائع وليس الدفوع.

أصحاب هذا الرأي إلى أن هذا الجواز القانوني يستند إلى سلطته(سلطة القاضي) في إدارة الخصومة، وحيث أن قواعد العدالة تقتضي أن يتعرض القاضي للنزاع بأكمله في كافة الأوجه، ومن ثمَّ يكون له أن يثير، ومن تلقاء نفسه، واقعة موضوعية تتعلق بالدعوى، ويستثنى من ذلك الحالات التي ينص فيها القانون صراحة على اقتصار التمسك بالواقعة من قبل الخصم[٣ ،٤٢٥].

ومن وجهة نظرنا، فالباحث يختلف مع الرأي المتقدم في جانب منه، ويتفق في آخر، ولما كانت مهمة القاضي الرئيسة هي إصدار الحكم في الدعاوى المنظورة أمامه وذلك بالاستناد إلى ما يقدمه الخصوم من دفوع وطلبات، بالإضافة لما لهُ من صلاحية في إثارة الوقائع والاستناد عليها، لكي يقرر الحكم العادل، فوجه الاختلاف، أننا لا نتفق مع صلاحية القاضي في إثارة الوقائع التي تتعلق بموضوع الدعوى ما دامت تلك الواقعة لا تتعلق بالنظام العام، وأن كان لها تأثير على نتيجة الدعوى.

أما وجه الاتفاق فيتمثل بجواز إثارة القاضي للوقائع إلا أنه يتحدد بالوقائع التي تم ذكرها في جلسات المرافعة، إلا أن الخصم لم يستند عليها، ولم يتقدم بها كدفع لكي يكسب دعواه، ولما كانت إحدى واجبات القاضي أن يتحرى الوقائع لكي تستكمل قناعته*، فيكون له وفق ذلك أن يثير هكذا وقائع ويستجوب الخصوم فيها، ومن ثم الاستناد عليها عند إصدار الحكم، هذا إذا تبين أنها واقعة مؤثرة بالدعوى المنظورة، كل هذا لكي يؤدي أهم واجب عليه، ألا وهو اصدار الحكم العادل، والعدالة تقتضي أن يتصدى القاضي لكل الوقائع التي تذكر خلال الجلسات[١٧ ،٦٢]، فلو تطرق الخصم اثناء المرافعة لواقعة من شأنها أن ترتب حالة الضرورة، إلا أنه لم يستند اليها عند ابداء دفوعه، فيكون للقاضي أن يتحرى الواقعة أكثر من خلال الأسئلة التي يوجهها إلى الخصوم عن

* وهو ما تؤكد عليه محكمة التمييز في العراق في الكثير من قراراتها، منها القرار بالعدد ٦٠٧/الهيأة المدنية/٢٠١٤ – غير منشور– وكذلك القرار ٢٠٧٩/ الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٦ – غير منشور. كذلك قرار نفس المحكمة بالعدد ٨٠/الهيئة المدنية الموسعة/٢٠١٢. – غير منشور.

طريق استجوابهم، ويمكن له أن يعدها من الوقائع التي ترتب حالة الضرورة ويسند عليها قرار الحكم، إلا أن صلاحية القاضي هذه تتحدد بشروط معينة، وهو ما ستكون عليه الدراسة في المطلب القادم.

المطلب الثاني

شروط إثارة القاضي للضرورة

يلزم لكي يكون للقاضي الصلاحية في إثارة الوقائع، باعتبار حالة الضرورة تنتج عن وقائع معينة كما ذكرنا سابقاً، أن تتوفر نوعين من الشروط، شروطاً عامة وأخرى خاصة، سنذكرها تباعاً.

وتتمثل الشروط العامة للواقعة التي تترتب عنها حالة الضرورة، بشروط كل واقعة يراد إثباتها في الدعوى المدنية، وهي أن تكون واقعة محددة، ممكنة ومتنازع فيها، بالإضافة إلى كونها متعلقة بالدعوى ومنتجة ويجوز إثباتها [٨،١٨-٩/ ٧، ٣٨-٤٠].

أما بالنسبة لما يستلزم من شروط خاصة لكي يستطيع القاضي إثارة الواقعة التي من الممكن أن تنتج عنها حالة الضرورة، فيمكن اجمالها بما يأتي:

أولاً/ عدم وجود مانع قانوني من إثارة الواقعة.

كما هو الحال بالنسبة للوقائع التي لم يرد ذكرها في أي جلسة من جلسات المرافعة، فيمنع على القاضي إثارة الوقائع التي تتعلق بالدعوى في حالة إذا ما كان له علم بالدعوى وحيثياتها أو بالوقائع التي تؤثر عليها، هذا في حالة إذا ما كانت تلك الوقائع خاصة، ففي هكذا أحوال لا يجوز للقاضي أن يثير تلك الوقائع وبخلافه فإنه يُعد غير محايد عند نظره للدعوى، فالواجب على القاضي أن ينظر الدعوى من خلال الدفوع والطلبات ووفق ما يتم ذكره وتقديمه فقط، ولا يجوز له الاستناد إلى الوقائع الخاصة التي يعلم بها من مصدر خارج نطاق الدعوى، فهكذا وقائع يكون فيها لأطراف

النزاع فقط الحق في ذكرها والدفع بها أمام المحكمة، والقاضي كما نعلم لا يعد طرفاً في النزاع*.

ووفق ذلك لا يجوز للقاضي أن يثير واقعة يعلم بها علماً شخصياً، فلو كان القاضي عالماً بالواقعة المتمثلة بأن الدار المؤجرة تحتاج إلى ترميمات ضرورية، باعتبار أن هذه الواقعة من شأنها أن ترتب ضرورة ويمكن وفقها أن تتم المطالبة بتخلية المأجور، دون أن يتم ذكر ذلك من قبل الخصوم، فلا يجوز له أن يصدر الحكم بالدعوى في ضوء هذه الواقعة التي يعلم بها، ومن جهة أُخرى، يجوز له إثارة الواقعة فيما لو كانت الواقعة عامة، مثلاً حالة الحرب في الغالب يكون القاضي عالماً بها، ويعلم أيضاً مدى تأثيرها على الالتزامات التعاقدية.

ثانياً/ أن تكون الواقعة التي يثيرها القاضي مذكورة في اوراق الدعوى أو أن الخصم ذكرها دون أن يدفع بها.

وهذا الشرط مكمل للشرط الذي سبقه، فالقاضي يكون لهُ الحق في إثارة الواقعة الموضوعية التي تنتج عنها إحدى حالات الضرورة في الالتزام التعاقدي، وذلك متى ما كان الخصم قد ذكرها أو وجد لها أساساً في أوراق الدعوى، دون أن يتم الدفع بها من قبل الخصم، فللقاضي أن يثير هكذا واقعة دون انتظار الخصم ليقدم الدفع الخاص بها.

فمثلاً لو حضر المؤجر الذي يطلب تخلية عقاره السكني، جلسات المرافعة، بعد الجلسة الاولى وأوضح للمحكمة أن سبب عدم حضوره في الجلسات السابقة يرجع إلى كونهِ قد راجع دائرة الصحة لغرض القيام بإجراءات الفحص الطبي، كونه رجع مؤخراً من السفر خارج البلاد بعد اكمال بعثتهِ الدراسية، فهنا الواقعة– اي واقعة الرجوع من السفر– لم يدفع بها المؤجر لتخلية المأجور، إلا أنه قد أوردها في جلسات المرافعة، فهنا يكون للقاضي أن يثير تلك الواقعة من خلال استجواب الخصم

* المادة (٨) من قانون الإثبات العراقي النافذ والتي تنص ((ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة ، ومع ذلك فله ان يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض المام الكافة بها.))

عنها.

لكن قد يرد تساؤل حول سلطة القاضي في تقدير الضرورة وإثارة الوقائع المكونة لها، من حيث، هل هي سلطة مطلقة من الطعن والرقابة أم يمكن الطعن فيما يقرره القاضي في ضوء واقعة الضرورة؟ إن البحث والإجابة عن هذه تساؤلات هو ما ستكون عليه الدراسة في المبحث القادم.

المبحث الثالث

الطعن بتقدير القاضي لواقعة الضرورة وإثارتها

عندما يقوم القاضي بتقدير الواقعة، التي يستند إليها الخصم، لبيان مدى أثرها في ترتيب حالة من حالات الضرورة من عدمها، لكي يتقرر مدى إمكانية تطبيق الحكم الاستثنائي إذا ما كانت الواقعة مؤثرة على الالتزام التعاقدي، أو إذا ما قام القاضي نفسه بإثارة واقعة الضرورة في الأحوال التي يُجيز لهُ القانون ذلك، فإن الحكم الذي يصدره في ضوء ما تقدم قد لا يكون مناسباً لأحد الخصوم أو كلاهما، باعتبار أن قرار الحكم، وفق ادعائهِ كان مجحفاً بحقوقهِ، ومن ثم قد يلجأ إلى الطرق القانونية التي تجيز لهُ الطعن بالحكم، وجدير بالذكر أنه عندما يقرر القاضي أن واقعة معينة هي مرتبة لحالة الضرورة من عدم ذلك، أو عندما يثير واقعة من الوقائع التي تترتب عنها حالة الضرورة، فلا يجوز الطعن بذلك التقدير استقلالاً، وإنما يتم الطعن بذلك عند إصدار القاضي الحكم النهائي الخاص بالدعوى، باعتبار أن هكذا إجراءات تتعلق بالمسائل الإعدادية*، علماً أن في أغلب الأحوال لا تقرر المحكمة في قراراتها الإعدادية هل أن الواقعة تعد من الضرورات من عدم ذلك، وإنما يتبين ذلك في الحكم النهائي الذي يصدر في الدعوى.

في ضوء ما تقدم سنقسم الدراسة في هذا المبحث وفق مطلبين، نخصص الأول لماهية الطعن

* المادة (١٧٠) من القانون المرافعات المدنية العراقي والتي تنص ((القرارات التي تصدر اثناء سير المرافعة ولا تنتهي بها الدعوى لا يجوز الطعن فيها الا بعد صدور الحكم الحاسم للدعوى كلها عدا القرارات التي ابيح تمييزها استقلالا بمقتضى القانون.)) كذلك هو حكم المادة (٢١٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، والمادة (٥٣٧) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

في تقدير القاضي للضرورة وإثارتها، ونفرد الثاني لطرق الطعن بقرار القاضي في تقديره للضرورة وإثارتها.

المطلب الأول

ماهية الطعن بتقدير القاضي للضرورة وإثارتها

إن سلطة القاضي في تقدير الوقائع من حيث أثرها في ترتيب حالة الضرورة من عدمها، أو في الحالات التي يمارس فيها سلطاته في إثارة واقعة الضرورة، كما ذكرنا في المبحث السابق، فممارسة هذه السلطات يُمثل نشاطاً ايجابياً يصدر منه في ضوء عمله القضائي، والغاية من هذا الأمر تتمثل بالوصول إلى إصدار الحكم العادل بالدعاوى المنظورة، ومن هنا فإن تقدير القاضي للوقائع بصورة عامة، وللضرورة بصورة خاصة، لابد أن يتفق مع الغاية التي ابتغاها المشرع عندما منحهُ الصلاحيات في التقدير، وبخلاف ذلك سيكون قرار الحكم معرضاً للنقض من قبل المحاكم الاعلى درجة[٤ ،٢٢٣].

عندما يقدر القاضي الواقعة التي يدفع بها الخصم، أو عندما يثير واقعة معينة عند نظره للدعوى المعروضة، فإنهُ يكون حراً في عمله هذا، إلا أنه في نفس الوقت وعندما يصدر الحكم الخاص بالدعوى، لابد أن يوضح الأساس الذي استند عليه عند تقديره للواقعة، وكذلك لعنصر القانون الذي يستند عليه، ومن ثمَّ تطابق الواقعة مع النص القانوني، ومن هنا فإن تقدير القاضي للواقعة أو إثارتها لا يخضع إلى رقابة تلقائية من قبل المحاكم الأعلى درجة، بل إن الرقابة تكون بصورة طعون يتقدم بها الخصم، وقد يكون أحد أسباب التي يدفع بها الخصم عند تقديم الطعن هو الادعاء بعدم صحة تقدير القاضي للواقعة التي تترتب عنها حالة الضرورة، أو عدم جواز إثارته لتلك الواقعة، علماً أن الرقابة أو التدقيق على قرار القاضي هنا يكون فيما يتعلق بمدى انطباق النص

القانوني الذي أستند اليه القاضي على الواقعة، وليس على تقدير الواقعة بحد ذاتهِ[١٩، ٥٧].

ومما تقدم فلا توجد رقابة مباشرة على سلطة القاضي في تقديره للوقائع، وإنما قد يتم الطعن بالقرارات التي يصدرها، والطعن بقرار القاضي لا يكون إلا بعد اصدار الحكم النهائي في الدعوى، ومن جهةٍ أُخرى، فإن الطعن بقرار المحكمة قد يكون أمام المحاكم الأعلى درجة، كمحكمة التمييز أو محكمة الاستئناف، ومن ثمَّ، قد يخضع حكم القاضي للتدقيق من حيث صحته في كافة النواحي، سواء طلب الخصم تدقيقها من عدم ذلك، وقد يكون الطعن أمام نفس المحكمة، وهنا لا رقابة على التقدير السابق، كون الطعن قدم أمام نفس المحكمة، وفي اغلب الأحيان يتم النظر بالطعن من نفس القاضي الذي أصدر الحكم الابتدائي، كما في حالة الطعن بالحكم بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي.

وعليه فإن الطعن بحكم القاضي بصورة عامة، ولسبب تقدير أو إثارة الضرورة بصورة خاصة، يكون بطرق عدة حددها القانون، وهو ما سيتم توضيحه في المطلب القادم.

المطلب الثاني

طرق الطعن بقرار القاضي في تقديره للضرورة

هنالك طرق عدة للطعن بالأحكام التي يصدرها القضاء المدني بصورة عامة، وهذه الطرق منها طرق طعن عادية وطرق أخرى غير عادية*، وسنبينها ونبحث عن مدى إمكانية الطعن بقرار القاضي في تقديرهِ للضرورة أو اثارتها من خلالها، وكما يأتي:

أولاً / الطعن بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي

إذا لم يحضر أحد أطراف الدعوى كل جلسات النظر بالدعوى، فإن الحكم يصدر غيابياً بحقه،

* المادة (٥٢٧) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي نصت :
((Les voies ordinaires de recours sont l'appel et l'opposition, les voies extraordinaires la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation.))

ومن ثمَّ لو كان موضوع الحكم الغيابي عقداً ما، وقدر فيه القاضي واقعة معينة باعتبارها مكونة لإحدى حالات الضرورة من عدمه، فإن الطعن بهذا الطريق من شأنه أن يؤدي إلى إعادة تقدير الوقائع من قبل المحكمة، وذلك لأن الطعن بالحكم بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي من شأنه أن يؤدي إلى إعادة النظر بالدعوى من جديد، وفي كافة الحيثيات[٢٠،٥٦٦]، ومنها، الاستماع إلى طرفي الدعوى مرة أُخرى والنظر في دفوعهم وطلباتهم، ووفق ذلك، إذا ما صدر الحكم غيابياً، ولم يكن الحكم مناسباً للخصم المُتغيب فيما يتعلق بتقدير القاضي للواقعة، من حيث اعتبارها منتجة لإحداث أحدى حالات الضرورة من عدم ذلك، فمن ثمَّ يحق لهُ أن يطعن بتقدير القاضي للواقعة، وذلك عن طريق الطعن بكامل الحكم بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي، ووفق ذلك سيعيد القاضي النظر في الدعوى من جديد، ومنها فيما يتعلق بتقديره للوقائع*[٢١ ،٢٧].

إن الطعن بهذا الطريق، وما يترتب عنه من إعادة النظر بالدعوى من جديد، لا يعد طريقة من طرق الرقابة على عمل القاضي فيما يتعلق بعمله عند إصداره للحكم الغيابي، وذلك لان القاضي نفسه، الذي أصدر الحكم الغيابي، هو الذي ينظر بالاعتراض في أغلب الأحوال، وأن النظر بالاعتراض يكون في ضوء الطلبات والدفوع التي تتم خلال جلسات المرافعة عند نظر الاعتراض، لا تلك التي تم تقديمها عند النظر بالدعوى غيابياً لأول مرة.

وجدير بالذكر أن هذا الطريق في الطعن لا يشترط فيه توافر أسباب معينة لكي يتم قبوله، فبمجرد أن يصدر الحكم غيابياً، ولم يقتنع به الخصم المُتغيب، فيكون من حقه الطعن بالحكم بهذا

* المواد (١٧٧-١٨٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمواد (٣٨٥-٣٩٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري حسب ما جاءت به المادة الاولى من القانون المذكور والتي ابقيت هذه المواد من القانون الملغي. كذلك انظر المواد (٥٧١-٥٧٨) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي. وهو ما أكدته المادة (٥٧٢)، من القانون الاخير، من ان الطعن بهذا الطريق سيؤدي الى اعادة النظر من جديد في ضوء الواقع والقانون، إذ نصت:-

((L'opposition remet en question, devant le même juge, les points jugés par défaut pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit.

Le jugement frappé d'opposition n'est anéanti que par le jugement qui le rétracte.))

الطريق في ضوء المدد المحددة قانوناً، ويتم حينها النظر بالدعوى من جديد، إلا أنه يلزم لقبول هكذا نوع من الطعن، أن يكون الحكم لم يكتسب درجة البتات بعد.

ثانياً/ الطعن بطريق الاستئناف

إن هذا الطريق في الطعن يجوز التقدم به على بعض الأحكام التي تصدر من محكمة البداءة، ولما كان موضوع بحثنا يتعلق بالعقد، والأخير يكون الاختصاص النوعي فيه بصورة عامة لمحكمة البداءة**، ومن ثم يجوز الطعن بالحكم بطريق الاستئناف إذا كان موضوعه عقداً***.

إن طريق الطعن بالاستئناف يعد من طرق الطعن العادية، كما هو الحال بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي، فلا يستوجب القانون وجود أسباب معينة لكي يتم قبوله، بل يكفي عدم قناعة الخصم بالحكم الصادر لكي يتقدم بالطعن بهذا الطريق[٢٢، ٧٥]****.

واذا ما تم الطعن بالحكم بهذا الطريق، فإن الهيأة الاستئنافية تنظر بالدعوى من جديد في النواحي كافة، بما فيها إعادة تقدير وقائع الدعوى من جديد*****، ولما كانت الضرورة تترتب عن وقائع أثرت على الخصم في نطاق التزامه التعاقدي، فيكون الطعن وفق هذه الطريق من شأنه أن يؤدي إلى إعادة النظر بواقعة الضرورة مرة أُخرى*، ومن هنا، فإن الطعن بهذا الطريق يؤدي وظيفتين،

** ما عدا عقد العمل، فالاختصاص النوعي للنظر في نزاعات هذا العقد يكون لمحكمة العمل.

*** توجد بعض العقود وما يترتب عنها من التزامات يكون فيها الاختصاص لمحاكم اخرى، كما هو الحال لعقد العمل، فالمحكمة المختصة تكون هي محكمة العمل. وقرارات هذه المحكمة لا تقبل الطعن بالاستئناف.

**** انظر المواد (١٨٥) و (٣٢) و (٣٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي، كذلك المواد (٢١٩-٢٢٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري. وجدير بالذكر ان احكام الطعن وفق هذا الطريق في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري يختلف في بعض احكامه عن ما هو موجود في قانون المرافعات المدنية العراقي. كذلك انظر الأحكام التي جاءت بها المواد (٥٤٣-٥٧٠) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

***** وهو ما نصت عليه المادة (٥٦١) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بصورة واضحة، إذ نصت :-

-((L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel.

Il est statué à nouveau en fait et en droit dans les conditions et limites déterminées aux livres premier et deuxième du présent code.))

* قرار محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية بالعدد ١٠٩/ ت ح / ٢٠١٥ والتي اعادت فيه تقدير الوقائع عدَّتها من وقائع الضرورة خلافاً للتقدير الذي ذهبت اليه محكمة الموضوع، إذ نص الحكم على ((أن التحقيقات التي أجرتها محكمة بداءة السماوة ووقائع الدعوى

الأولى كونه أحد طرق الطعن بالأحكام، أما الأخرى، فيعد طريق للرقابة على حكم القاضي بالدعوى، كون الحكم الاستئنافي سيكون أما برد الطعن الاستئنافي وتأييد الحكم أو تعديل الحكم أو قد تقضي بفسخه وإصدار حكماً جديداً[٢٣، ٣١٥]، إلا أنه كما قلنا سابقاً إن هكذا نوع من الرقابة تكون غير مباشرة، إذ لا تتم إجراءاتها دون أن يتقدم الخصم بالطعن على أساسها.

ثالثاً/ الطعن بطريقة التمييز

إن الطعن بطريق التمييز يكون إما أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية أو أمام محكمة التمييز الاتحادية، وذلك وفق ما جاءت به أحكام قانون المرافعات المدنية العراقي**.

يُعد طريق الطعن بالتمييز من الطرق غير العادية، وتكون مهمة المحكمة التي تنظر الطعن هي تدقيق الحكم المُميز وبيان مدى صحته من عدم ذلك، ومن ثم يكون قرار الهيئة التمييزية إما بتصديق الحكم في حالة صحته، وإما بالنقض في حالة عدم صحته. من جهتهِ لكي يتم قبول هكذا نوع من الطعن لابد من توفر أسباب معينة حددها القانون***[٢٤، ٣٦٠]، ومن ثمَّ إذا تم قبول الطعن، وقامت المحكمة بنقض الحكم المميز، وتم إرجاع الدعوى للمحكمة التي أصدرت الحكم

وأدلتها الثبوتية أثبتت أن المدعي أجر العقار موضوع الدعوى عندما كان أعزباً وقد تزوج بتأريخ ٢٠١٥/٣/٣ أي بعد عقد الإيجار وبذلك استجدت له ضرورة ملجئة بعد تاريخ العقد تمثلت بزواجه وازدياد أعباءه المالية والاجتماعية فأصبح في حالة ضرورة ملجئة))

** انظر المواد (٣٤) و (٢١٦) من القانون المذكور.

*** المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي تنص((للخصوم ان يطعنوا تمييزا، لدى محكمة التمييز في الاحكام البداءة او المحاكم الشرعية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم الصلح كافة، وذلك في الاحوال الاتية: ١ – إذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله. ٢–إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص. ٣– إذا وقع في الاجراءات الأصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم. ٤– إذا صدر حكم يناقض حكما سابقا صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم أنفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات .٥–– إذا وقع في الحكم خطأ جوهري.

ويعتبر الخطأ جوهريا إذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع أو اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلالة الأوراق والسندات المقدمة من الخصوم أو كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض أو كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية .)) كذلك انظر المادة (٢٤٨–٢٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وجدير بالذكر ان الطعن وفق هذا الطريق يسمى وفق احكام القانون المصري بـ(الطعن بالنقض). وأطلقت التسمية الأخيرة على هكذا نوع من الطعن أيضاً وفق ما جاءت به نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، انظر في ذلك المواد (٦٠٤–٦٣٩) والتي تناولت الموضوع.

الابتدائي للأخذ بالملحوظات القانونية التي تذكرها محكمة التمييز، فقد يتم وفقاً لذلك إعادة تقدير الوقائع بصورة عامة، والوقائع التي عدَّتها المحكمة من الوقائع التي تتحقق عنها حالة الضرورة من عدم ذلك بصورة خاصة، فمثلاً لو تم نقض الحكم لعدم صدوره من محكمة مختصة أو أن المحكمة اخطأت في فهم الوقائع، فوفق المثال الأخير تعاد الدعوى إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، أو يتم إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة وفق المثال أعلاه، فهنا قد يتم النظر بالوقائع مرة أُخرى*[٢٥، ٤١٦].

رابعاً/ تصحيح القرار التمييزي

يتم الطعن بهذه الطريق إذا سبقه طعن ،بنفس الحكم المطعون فيه، بطريق التمييز، وعندما يكون الحكم التمييزي لا يتماشى مع ما توقعه الخصم، فيمكن إذا ما توافرت أسباب معينة** أن يتم الطعن وفق هذا الطريق[٢٦، ٣٠٩] ، وإذا ما توافرت الأسباب القانونية وتم قبول الطعن، وكان الحكم الصادر بعد التصحيح التمييزي من شأنه أن يتم نقض الحكم المطلوب تصحيحهِ[٢٧، ٣٣٠]، فهنا تكون هنالك احتمالية لإعادة تقدير القاضي للوقائع بصورة عامة، وللوقائع التي يتم تقديرها من حيث اعتبارها ضرورة من عدمهِ بصورة خاصة، وهذا يكون في الاحوال التي يتم فيها نقض الحكم وإعادة الدعوى الى محكمة الموضوع لاتباع بعض التوجيهات التي تقررها محكمة

* إذ نصت على الحكم المذكور بصورة مباشرة المادة (٦٣٨) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والتي نصت:
((L'affaire est à nouveau jugée en fait et en droit par la juridiction de renvoi à l'exclusion des chefs non atteints par la cassation.))

** المادة (٢١٩/أ) من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي تنص ((أ – لا يجوز الطعن في قرارات محكمة التمييز، وقرارات محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، الا عن طريق طلب تصحيح القرار أمام المحكمة التي اصدرت القرار المطلوب تصحيحه، ولا يقبل هذا الطعن، الا بالنسبة للقرارات المصدقة للحكم، والقرارات الصادرة من محكمة التمييز بنقضه اذا فصلت في الدعوى موضوع الطعن، طبقا لما هو مبين في المادة /٢١٤/ من هذا القانون، وذلك عندما يتوافر سبب من الاسباب الاتية:١ – إذا كان طالب التصحيح قد أورد فينا قدمه لمحكمة التمييز سببا من الأسباب القانونية التي تؤدي إلى نقض الحكم أو تصديقه وأغفلت المحكمة تدقيقه والبت فيه في قرارها التمييزي.٢ – إذا كان القرار التمييزي قد خالف نصا صريحا في القانون ٣ – إذا كان القرار التمييزي يناقض بعضه بعضا أو يناقض قرارا سابقا لمحكمة التمييز صادرا في نفس الدعوى دون أن يتغير الخصوم فيها ذاتا وصفة.)) ولا توجد هكذا طريقة للطعن وفق احكام قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري. ولا في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

التمييز في قرار التصحيح.

خامساً/ الطعن بطريق اعتراض الغير

ويجوز وفق هذا الطريق للطعن، للغير الذي تكون له مصلحة، ولم يكن خصماً في الدعوى، أن يطعن بالحكم، عندما يكون الأخير متعدياً إليهِ أو ماساً بحقوقه، وذلك في الحالة التي يكون فيها الحكم غير مكتسب لدرجة البتات***.

يعد هذا الطريق في الطعن من الطرق غير العادية، إلا أنه من جهة أُخرى، لا يشترط عند التقدم فيه توافر أسباب محددة، سواء كانت موضوعية أو شكلية، لكي يتم قبوله، ما عدا مسألة شرط المساس بحقوق المعترض في الحكم، ويخضع تقدير ذلك لمحكمة الموضوع، ويتم النظر بالطعن من قبل نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ويتم ذلك بعد تبليغ الخصوم ويعطى رقم جديد للطعن يختلف عن رقم الدعوى الأصلية، ويتم النظر بالطعن في ضوء الطلبات التي تقدم بها الطاعن لا أكثر، فإذا كان الطعن يتعلق بالواقعة التي قدرها القاضي باعتبارها ضرورة من عدم ذلك، فهنا يتم تقدير الواقعة مرة أُخرى، خاصة إذا كان هنالك طلبات جديدة تتعلق بالواقعة[٢٨، ١١٦-١٢٠].

سادساً/ الطعن بطريق اعادة المحاكمة

يعد هذا الطريق من طرق الطعن غير العادية، ويتم وفقه نظر الدعوى من جديد في حال قبول الطعن، والحكم بقبول الطعن من عدمه يرجع إلى توافر الأسباب التي اشترطها القانون لكي يتم

*** انظر المادة (٢٢٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي تنص ((١- كل حكم صادر من محكمة صلح أو محكمة بداءة أو استئناف أو محكمة شرعية يجوز الطعن فيه بطريق اعتراض الغير الذي لم يكن خصما ولا ممثلا ولا شخصا ثالثا في الدعوى اذا كان الحكم متعديا اليه أو ماسا بحقوقه ولو لم يكن قد اكتسب درجة البتات. ٢- يجوز للوارث ان يستعمل هذا الحق اذا مثله أحد الورثة في الدعوى التي لمورثه أو عليه ولم يكن مبلغا بالحكم الصادر فيها فإذا كان مبلغا به فعليه اتخاذ طرق الطعن الأخرى المقررة في القانون.)) كذلك انظر المواد (٥٨٢-٥٩٢) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي. أما بالنسبة لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فلم تنص احكامه هكذا طريق للطعن.

قبولهِ*[٢٩، ٩٩ وما بعدها].

أن الطعن بهذا الطريق يؤدي إلى إعادة النظر في الدعوى من جديد، وذلك في ضوء الأسباب التي تقدم وفقها طلب إعادة المحاكمة، ومن هنا فإذا كان الحكم الذي صدر من المحكمة يتعلق بعقد معين، واستند الحكم على وقائع مؤثرة على الالتزامات الناتجة من هذا العقد، وبعد فترة، توافر سبب من أسباب إعادة المحاكمة، وتم الطعن بهذا الطريق، فهذا يؤدي إلى قيام القاضي بإعادة تقدير الوقائع من جديد، ومن ضمنها الوقائع التي عُدت من قبيل الضرورات من عدمه في الحكم الابتدائي، كما لو اعتمد القاضي على شهادة أشخاص واعتبارها دليلاً لإثبات واقعة معينة، ثم ثبت فيما بعد أن شهادتهم كانت شهادة زور، فهنا يعاد تقدير الواقعة مرة أُخرى من حيث صحة حدوثها بالإضافة إلى مدى تأثيرها على الالتزام التعاقدي، وذلك لكي يتم اعتبارها من قبيل الضرورات من عدمه**.

الخاتمة

سنتناول خاتمة البحث وفق عدة نقاط تمثل نتائج وتوصيات، وكما يأتي:

١- إن لقاضي الموضوع السلطة في بيان مدى تحقق الشروط في الواقعة لاعتبارها من وقائع

* انظر المادة (١٩٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي تنص ((يجوز الطعن بطريق اعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو من محاكم الصلح أو من محاكم البداءة بدرجة أخيرة أو المحاكم – ----الشرعية إذا وجد سبب من الأسباب الآتية ولو كان الحكم المطعون فيه قد حاز درجة البتات . ١ – إذا وقع من الخصم الآخر غش في الدعوى كان من شأنه التأثير في الحكم . ٢- إذا حصل بعد الحكم اقرار كتابي بتزوير الاوراق التي أسس عليها أو قضى بتزويرها. ٣ – إذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد وحكم عليه بشهادة الزور . ٤ – إذا حصل طالب الاعادة بعد الحكم على أوراق منتجة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها.)) وكذلك نص المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فيما يتعلق بذكر الاسباب بهذا الطريق والتي تسمى وفق قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري (التماس اعادة النظر). كذلك انظر المواد (٥٩٥) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والخاصة بالأسباب المقبولة لكذا طريق للطعن.

** إذ جاءت المادة (٥٩٣) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بشكل واضح على ان الطعن بكذا طريقة يؤدي الى اعادة النظر بالدعوى، سواء من حيث الواقع او القانون، إذ نصت:

((Le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit.))

الضرورة من عدمه.

٢- إن المشرع قد يعطي السلطة للقاضي في بيان الوقائع التي تعد من الضرورات وذلك في الأحوال التي لا يورد فيها المشرع وقائع معينة أو عندما يذكر وقائع يجوز القياس عليها.

٣- لقاضي الموضوع السلطة في إثارة واقعة الضرورة عندما يتم ذكرها خلال مرافعات الدعوى وذلك في الحالة التي لا يدفع بها الخصم، باعتبار أن منح هكذا سلطة له من شأنها أن تمكنه من اصدار أحكام أكثر عدالة.

٤- إن الادعاء بوجود ضرورة عامة يكون أسهل بكثير من الادعاء بالضرورة الخاصة، فالأولى يكون العلم بها عاماً، ويحق للقاضي أن يقضي بها وفق علمه الشخصي، ولا يحتاج لإثباتها من قبل الخصم، فلا عليه سوى الدفع بها، بعكس الضرورة الخاصة، فيجب إثباتها وفق الطرق التي حددها القانون اذا ما أنكرها الخصم، ولا يجوز للقاضي أن يقضي وفقها حتى لو كان عالماً بها.

٥- عندما أعطى المشرع للقاضي في أحوال معينة السلطة في تقدير الوقائع التي تعد من الضرورات، فهذا لا يعني أن قرارهِ في التقدير غير قابل للطعن، فهنالك طرق عدة أجاز وفقها المشرع الطعن في تقدير القاضي للوقائع. إلا أن هذهِ الطرق تكون بالطعن بالحكم بصورة عامة بعد صدورهِ.

٦- إن الغاية من وضع أحكام استثنائية للعقد وتطبيقها عندما تعتريه حالة من حالات الضرورة هو لكي تسود العدالة ما بين أطراف العقد.

٧- عندما يحدد المشرع وقائع الضرورة، فيجب أن يقترن ذلك بمنح القاضي السلطة في تقدير ظروف كل واقعة، باعتبار أن وقائع كل حالة تختلف عن الأخرى، ولما كانت مهمة المشرع وضع القواعد العامة، فيجب أن يكون تقدير كل قضية وما يعتريها من وقائع لسلطة قاضي الموضوع من أجل الوصول إلى الحكم العادل.

٨- نقترح تعديل النصوص القانونية التي تناولت حالات الضرورة تعديلاً من شأنه ان يتم منح القاضي صلاحيات أجل أن يتمكن من إصدار القرارات العادلة، ومن هذه النصوص المقترحة للتعديل ما جاءت به المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني في العراق، ويكون تعديل النص فيها من شأنه أن يشمل الوقائع غير المتوقعة سواء أكانت عامة ام خاصة

بالمدين والذي من شأنها أن ترتب حالة الضرورة، لأن العدالة تقتضي أن لا يلزم شخص بعقد غير عادل بالنسبة إليه، ليصبح النص كالآتي ((اذا ما طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام العقد والتي من شأنها أن تجعل من تنفيذ الالتزامات المتفق عليها مرهقاً للمدين، فيجوز للمحكمة ،اذا ما طلب الطرف المرهق منها، أن تعدل العقد أو تنهيه إذا اقتضت العدالة ذلك)). باعتبار هذا النص يمنح القاضي السلطة في اتخاذ الإجراء اللازم في ضوء العدالة، كأن يكون بتعديل العقد أو الغاءهِ، بخلاف النص القديم والذي يقيد من سلطة القاضي بتعديل الالتزام عن طريق انقاص التزامات المدين.

المصادر

١- د. محمد محمود ابراهيم، سلطة القاضي في تكييف الدعوى، منشأة المعارف، ط١، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٥.
٢- د. لطيفة المهداتي، حدود سلطة القاضي التقديرية في تفريد الجزاء ، ط١، بدون ذكر المطبعة ، الرباط، المغرب، ٢٠٠٧.
٣- د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط١،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.
٤- د. هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي للواقع المجرد في الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأَول، السنة التاسعة، ٢٠١٧.
٥- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٢.
٦- د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ج١، بدون ذكر الطبعة، القاهرة، مصر، ١٩٦٨.
٧- د. ادم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الإثبات، بدون ذكر الطبعة، المكتبة القانونية، العراق، بغداد، بدون ذكر السنة.
٨- لفتة هامل العجيلي، ادلة الاثبات في الدعوى المدنية – دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، ط١، بغداد، العراق، ٢٠١٦.
٩- فرج محمد علي، عبء الاثبات ونقله، المكتب الجامعي الحديث، ط٢، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٩.
١٠-د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط١، عمان، الاردن، ٢٠٠٥.
١١-مكي عبد الواحد كاظم، المرشد العملي المبسط لقانون الإثبات، دار الناشر الحسيني، ط١، كربلاء، العراق، ٢٠١٣.

١٢-بريخ حوريه و بالة كنزة، سلطة القاضي في تقدير أدلة الأثبات في المواد المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية ، الجزائر، ٢٠١٦.

١٣-د. آياد عبد الجبار الملوكي، قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بدون ذكر الطبعة، بغداد، العراق، بدون سنة طبع.

١٤-د. همام محمد محمود و د. عصام انور سليم، النظرية العامة للأثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، لبنان، بيروت، ٢٠١٠.

١٥-د. فائز ذنون جاسم، أدلة الأثبات، مكتبة الصباح، ط١، العراق، بغداد، ٢٠١٤.

١٦-د. همام محمد محمود، الوجيز في الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، بدون ذكر الطبعة ولا سنة طبع، الاسكندرية، مصر.

١٧-عز الدين الدناصوري و حامد عكاز، موسوعة التعليق على قانون الاثبات، المركز القومي للإصدارات القانونية، ج١، طبعة ٢٠١٤، القاهرة، مصدر، ٢٠١٤.

١٨-د. مصطفى احمد ابو عمرو ود. نبيل ابراهيم سعد، ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، لبنان، ٢٠٠١.

١٩-د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، ط٢، بغداد، العراق، ٢٠٠٧.

٢٠-د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط٥، الاسكندرية، مصر، ١٩٧٧.

٢١-د. أجياد ثامر الدليمي، الاعتراض على الحكم الغيابي، دار الكتب القانونية، بدون ذكر الطبعة، مصر، القاهرة، ٢٠١٣.

٢٢-د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، بدون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، بدون ذكر سنة الطبع.

٢٣-صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة– مكتبة السنهوري، بدون ذكر الطبعة، بغداد، العراق ، ٢٠١١.

٢٤- د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، بدون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٥.

٢٥-د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، توزيع المكتبة القانونية، بدون ذكر الطبعة، بغداد، العراق، بدون ذكر سنة الطبع.

٢٦-مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، توزيع المكتبة القانونية في بغداد، بدون ذكر الطبعة، القاهرة، مصر، بدون ذكر سنة الطبع .

٢٧- د. هادي حسين الكعبي وحسن منديل، التنظيم القانوني لتصحيح القرار التمييزي، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، تصدر عن جامعة بابل، المجلد ٢١، العدد الثاني، ٢٠١٣.

٢٨-د. غسان مدحت خير الدين، طرق الطعن في الاحكام، دار الراية للنشر والتوزيع، ط١، الاردن، عمان، ٢٠١٢.

٢٩-ابراهيم سيد احمد، التماس إعادة النظر، منشأة المعارف، ط١، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.

Abstract

The necessity is a situation which appears when some Circumstances affected with the party in the performance of its contractual obligation. when the party sued the other one about these circumstances as influential. the judge has the authority to assess these circumstances and it's evidences in terms of the impact on the party and consider it as a necessity to apply the exceptional provision. In same time he (the judge) has the authority to choose which of the exceptional rule would apply on the case. that's if the case have more than exceptional rule. In that case the judge decide the appropriate jurisdiction. In other side, the judge has the authority to raise some of the necessities on its own if it is concern with in the case, but the claimant did not raise it to win his claim, knowing that these authorities enjoyed by the judge can be appealed according to the legal methods, but this shall be through appeal against the ruling.

The authority of the judge to assess and raise the necessity in contractual obligation

-Comparative study-

Prof.Dr. Wasan Kasim Al-Khafagy College of Law / University of Babylon

Assist. Teah. Ali Saud Dakhel College of Law / Al-Muthanna University