

جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

تدخل القاضي في العقود المدنية ضمن التشريعات الفلسطينية (دراسة مقارنة)

إعداد
مرام سعيد راضي الخاروف

إشراف
الدكتور أشرف ملحم

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون
الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2020م

تدخل القاضي في العقود المدنية ضمن التشريعات الفلسطينية (دراسة مقارنة)

إعداد

مرام سعيد راضي الخاروف

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2020/02/09م، وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة

1. د. أشرف ملحم / مشرفاً رئيسياً

2. د. محمد القيسي / ممتحناً خارجياً

3. د. أمجد حسان / ممتحناً داخلياً

التوقيع

.....

.....

.....

ب

ب

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى قِدوتي الأولى، ونبراسي الذي يَنيِد حياتي، إلى مَن أفنى حياته سعياً
لأنعم بالراحة والعناء، إلى مَن رفعتُ رأسي عالياً افتخاراً به، إلى "أبي".

إلى مَن أفصلها على نفسي، ومنه ضحكت مَن أجلي، ولم تَدخر جهداً في سبيل إسعادي، إلى "أمي".

إلى الحبيب والسند والسند في حياتي، إلى المشجّع الأول، إلى مَن سار معي نحو الحلم خطوة
بخطوة، إلى زوجي "أنس".

إلى الذي اشتدَّ عهدي بهم، وكانوا مَن حولي في السراء والضراء، عائلتي الثانية "عائلة زوجي"،
إلى معجزة قلبي وأخواتي وأخي.

إلى طفلي المذلل "أيمن".

إلى جميع صديقاتي وأختي صديقتي العزيزة "عبير".

وإلى كلِّ مَن كان له بصمة في إنجاز رسالتي هذه.

الشكر والتقدير

بدايةً الحمد لله ربّ العالمين، فالحمد والشكر لله تعالى على ما أنا فيه من نعمٍ منها عليّ، كما أتقدّم بالشكر الجزيل والعرفان الجميل إلى من وجهني، وعلمني، وأخذ بيدي في سبيل إنجاز هذه الرسالة الدكتور "أشرف حسني"، الذي قوّم وصوّب وأحسّ متابعتي في جميع مراحل إنجاز الرسالة. كما أتقدّم بجزيل الشكر إلى جميع أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقبول مناقشتي في هذه الرسالة.

وأتقدّم بالشكر الجزيل إلى الصّرح العلمي الشامخ، متمثلاً في جامعة النجاح الوطنية، وبالأخصّ كلية القانون والقائمين عليها.

والله وليّ التوفيق

الإقرار

أنا الموقّعة أدناه، مقدّمة الرسالة التي تحمل العنوان:

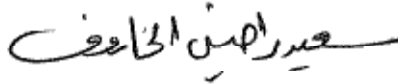
تدخل القاضي في العقود المدنية ضمن التشريعات الفلسطينية (دراسة مقارنة)

أقرّ بأنّ ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنّما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمّت الإشارة إليه حيثما ورد، وأنّ هذه الرسالة كاملة، أو أيّ جزء منها، لم يقدّم من قبل لنيل أيّ درجة علميّة، أو لقب علمي، أو بحث لدى أيّ مؤسسة تعليميّة أو بحثيّة أخرى.

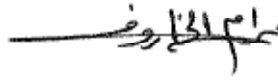
Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:

اسم الطالبة: 

Signature:

التوقيع: 

Date:

التاريخ: ٢٠٢٠/٢/٢٨

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الإقرار
و	فهرس المحتويات
ط	الملخص
1	المقدمة
2	ماهية الدراسة
2	أهمية الدراسة
3	أسئلة الدراسة
3	اشكالية الدراسة
4	أهداف الدراسة
4	محددات الدراسة
4	منهجية الدراسة
4	بيانات الدراسة
5	الدراسات السابقة
6	خطة الدراسة
7	الفصل الأول: تدخل القاضي في العقد خلال مرحلة ما قبل تنفيذه
10	المبحث الأول: تعديل القاضي للعقد بالتفسير
10	المطلب الأول: مرحلة تفسير العقد
11	الفرع الأول: ماهية التفسير وحالاته
12	الفرع الثاني: حالات التفسير
15	الفرع الثالث: قواعد التفسير
24	الفرع الرابع: تكييف العقد
27	المطلب الثاني: خصوصية تفسير عقد الإذعان
28	الفرع الأول: ماهية عقد الإذعان
30	الفرع الثاني: مفهوم الشرط التعسفي

الصفحة	الموضوع
35	الفرع الثالث: الغاء أو تعديل الشروط التعسفية
38	المبحث الثاني: تعديل القاضي للعقد بسبب الغبن والاستغلال
38	المطلب الأول: تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن المجرد
39	الفرع الأول: مفهوم الغبن وخصائصه
40	الفرع الثاني: حالات الغبن وشروطه
45	المطلب الثاني: تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الاستغلال (الغبن الاستغلالي)
47	الفرع الأول: عناصر الاستغلال
48	الفرع الثاني: شروط الاستغلال
49	الفرع الثالث: تدخل القاضي
53	الفصل الثاني: تدخل القاضي في العقد خلال مرحلة تنفيذه
55	المبحث الأول: تدخل القاضي في العقد بسبب الظروف الطارئة
57	المطلب الأول: المقصود بنظرية الظروف الطارئة وشروطها
58	الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة
60	الفرع الثاني: شروط نظرية الظروف الطارئة
63	الفرع الثالث: العقود التي تخضع لنظرية الظروف الطارئة
64	المطلب الثاني: تدخل القاضي لمواجهة الظروف الطارئة
65	الفرع الأول: معايير تدخل القاضي لتعديل العقد
66	الفرع الثاني: صور تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول
69	الفرع الثالث: فسخ العقد
71	المبحث الثاني: تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة
72	المطلب الأول: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)
72	الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي
73	الفرع الثاني: خصائص الشرط الجزائي
74	الفرع الثالث: شروط استحقاق الشرط الجزائي
77	الفرع الرابع: نطاق سلطة القاضي لتدخل في تعديل الشرط الجزائي
81	المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة (الأجل القضائي)
82	الفرع الأول: ماهية نظرة الميسرة وخصائصها
83	الفرع الثاني: تدخل القاضي في منح نظرة الميسرة

الصفحة	الموضوع
86	المبحث الثالث: سلطة القاضي في تكميل وتحويل وتصحيح العقد
86	المطلب الأول: سلطة القاضي في تكميل العقد
87	الفرع الأول: أسباب تكميل العقد
88	الفرع الثاني: دور القاضي في تكميل العقد
89	الفرع الثالث: العوامل التي يستعين فيها القاضي في تكملة العقد
91	الفرع الرابع: الرقابة القضائية على دور القاضي في تكميل العقد
91	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تحويل وتصحيح العقد
92	الفرع الأول: سلطة القاضي في تحول العقد
95	الفرع الثاني: دور القاضي في تصحيح العقد المعيب
98	الخاتمة
99	النتائج والتوصيات
101	قائمة المصادر والمراجع
b	Abstract

تدخل القاضي في العقود المدنية ضمن التشريعات الفلسطينية (دراسة مقارنة)

إعداد

مرام سعيد راضي الخاروف

إشراف

الدكتور أشرف ملحم

الملخص

شرع العقد في عصرنا هذا كوسيلة فعالة يمكن للأفراد من خلالها تحقيق مصالحهم المختلفة ، فلا يكاد يمر الوقت إلا وهناك المئات من العقود تبرم في جميع مجالات الحياة سعياً لإشباع حاجات الأفراد ورغباتهم.

ولم يقتصر الإهتمام بالعقود على أفراد المجتمع بل نال اهتمام التشريعات الحديثة التي أولت إهتماماً بموضوع العقود ، كما أعطت الأفراد مساحة كافية من أجل تنظيمها استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة ، فاصبح بإمكان أطراف العقد تنظيم العقد وتضمينه ما يشاؤون من شروط وبنود دون تدخل من قبل القاضي .

لكن مع تقلبات الحياة الإقتصادية والاجتماعية والسياسية أصبح تدخل القاضي في العلاقات التعاقدية ضرورياً لتكريس العدالة التعاقدية و حماية الطرف الضعيف كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

فالتساؤل الذي قد يرد ما هو دور القاضي في العقود المدنية ؟ وللإجابة على هذا التساؤل تم اللجوء إلى العديد من التشريعات و إدراج النصوص القانونية التي تناولت هذا الموضوع كالقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية والمشروع المدني الفلسطيني والتطرق في بعض الأحيان للقانون المدني العراقي والجزائري .

حيث تم توضيح دور القاضي وتدخله في العقود من خلال مرحلتين ، المرحلة الأولى وهي مرحلة تدخل القاضي في العقد خلال مرحلة ما قبل تنفيذه ، كمرحلة تعديل العقد من خلال تفسيره أو تعديله لغبن أو تعديل شرط من شروطه.

أما المرحلة الثانية وهي المرحلة التي يتدخل فيها القاضي خلال تنفيذ العقد لمواجهة ظروف أثرت على التوازن العقدي أو الاقتصادي للعقد أو تدخله لتصحيح أو توضيح مفهوم قانوني صعب على أطراف العلاقة التعاقدية .

وفي النهاية اشتملت هذه الدراسة على مجموعة من النتائج والتوصيات نأمل من المشرع الفلسطيني الأخذ بها .

المقدمة

يتميز الإنسان عن باقي كائنات الأرض في كونه اجتماعيًا، لا يستطيع العيش بمفرده بعيدًا عن العلاقات الاجتماعية و الإنسانية، فسعى إلى التعاون والتعاقد مع باقي أفراد المجتمع ليتمكن من تأمين مستلزماته سعيًا لإشباع حاجته ورغباته ولتمكنه من البقاء والاستمرار، فهذا ما أدى إلى ظهور "نظرية العقد"، والتي باتت تنظم معاملات أفراد المجتمع بمختلف أنواعها؛ ففي عصرنا هذا لا يمرّ يومٌ إلّا وهناك العديد من العقود تبرم بين الأفراد.

يعدّ العقد وسيلةً فعّالةً يتمكن من خلالها الفرد تحقيق الكثير من مصالحه الاقتصادية والاجتماعية ، فمتى انشئ العقد صحيحا ورتب مختلف آثاره القانونية اكتسب القوة الملزمة استنادا لمبدأ ظهر منذ زمن طويل ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة، بناء على هذا المبدأ اعطيت الحرية للأفراد لابرار العديد من العقود وترتيب كافة آثارها دون تدخل من أحد طالما كانت لا تخالف النظام العام والآداب.

ازدهر مبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الفردي ، فأصبح مبدأ مطلقا لا يحده قيد ، وكانت العقود التي تبرم في ظل هذا المذهب ذو قوة ملزمة لا يجوز تعديلها ولا الغاؤها إلا باتفاق الطرفين¹.

لكن المغالاة في تطبيق هذا المبدأ أدى إلى استغلال القوي لضعيف ، وهيمته واحتكاره في انشاء العقد وتنظيم بنوده ، والسعي نحو تقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة ، الأمر الذي أدى إلى اختلال التوازن العقدي بين الأطراف.

وبمرور الوقت أصبح مبدأ سلطان الإرادة بتراجع ، فلم يعد مطلقا بل أصبح منظما بالشكل الذي يتناسب فيه مع قواعد العدالة ، وبالتالي أصبح للقاضي سلطة تقديرية لنظر أي

¹ الزهراء ، زيتوني فاطمة : دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية . (رسالة ماجستير منشورة) .جامعة أبي بكر بلقايد . تلمسان . الجزائر . 2008-2009م. ص 1.

نزاع متعلق بالعقود المدنية المعروضة أمامه بناء على طلب من الأطراف، نتيجة اختلال التوازن العقدي سواء كان ذلك بمرحلة ما قبل تنفيذه أو خلال مرحلة تنفيذه .

فلم يعد يقتصر دور القاضي عند حدّ تطبيق النصّ القانوني وتفسير العقد ؛ بل امتدت سلطته إلى حدّ التدخّل في مضمون العقد وآثاره، فتدخّل القاضي أصبح نتيجة حتميّة للتطور الذي يشهده المجتمع، والتطور المعرفي بشكل عام، والذي كان سبباً في حدوث تفاوت بين مراكز المتعاقدين¹.

ماهية الدراسة

تقوم الدراسة بشكل أساسي على دراسة مدى سلطة القاضي للتدخّل في العقود المدنية، كاستثناء على مبدأ سلطان الإرادة، وذلك من أجل المحافظة على التوازن العقدي سواء كان تدخّله عن طريق تفسير العقد وتكييفه أو تعديله، مثل قيام القاضي بإلغاء الشروط التعسّفية التي قد يتضمنها عقد الإذعان، بالإضافة لذلك تناولت هذه الدراسة مدى سلطة القاضي في حال حدثت ظروف تؤدي إلى إخلال التوازن العقدي كالظروف الطارئة، والحديث أيضاً عن مدى قدرة القاضي في منح المدين أجلاً عند إعساره وبيان شروط ذلك، كما وضحت أيضاً عدم اقتصار سلطة القاضي على التفسير والتعديل؛ فبينت مدى سلطته في تكميل وتصحيح العقد أو تحويله، وذلك من خلال الرجوع إلى مجلّة الأحكام العدليّة والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م ومشروع القانون المدني الفلسطيني .

أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة في بيان وتوضيح مدى إمكانية القاضي للتدخّل في العقود المدنية، من حيث تفسيرها أو تعديلها أو إلغاء ما فيها من بنود قد تكون مجحفة بحق أحد أطرافها، خاصة لما يشهده عصرنا من تطور اقتصادي واجتماعي مستمر، كما تبين هذه

¹ السامرائي، دريد محمود: *سلطة القاضي في تعديل العقد*. مجلّة الجامعة الأسمرية الإسلامية. ع 3. مج 2. 2004م. ص311.

الدراسة مدى إمكانية القاضي اللجوء إلى إعمال نظرية الظروف الطارئة، والحديث عن مدى سلطته للتدخل ومنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه التعاقدي، ولم يقتصر الأمر على ذلك، فقد وضّحت هذه الدراسة أيضاً مدى سلطة القاضي في التدخل لتكميل وتصحيح العقد أو تحويله.

أسئلة الدراسة

تثير هذه الدراسة العديد من التساؤلات ومن أهمها :

- 1- هل يمكن للقاضي تعديل العقد من خلال التفسير ؟
- 2- هل يمكن للقاضي من أجل تحقيق التوازن العقدي التدخل من أجل تعديل ارادة الأطراف وتعديلها إما بالزيادة أو النقصان أو إلغاؤها أو إيقافها في بعض الأحيان ؟
- 3- في حال حصول حوادث استثنائية عامة هل يمكن للقاضي ان يطبق نظرية الظروف الطارئة أم هنالك شروطا يجب توفرها من أجل تطبيقها وما هو دور القاضي في هذه الحالة؟
- 4- ما مدى سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة في نطاق دعوى التنفيذ والفسخ ؟
- 5- هل تعتبر نظرية تحول العقد وانتقاصه من الوسائل التي التي تحد من وقوع البطلان ؟
- 6- هل يجوز للقاضي التدخل من أجل تكملة العقد في جميع الأحوال ، وما هي العوامل التي يستعين بها لتكملة العقد ؟

إشكالية الدراسة

تكمن إشكالية هذه الدراسة في كون موضوع تدخل القاضي في العقود المدنية من المواضيع ذات الأهمية على الصعيد العملي، ومن المواضيع التي تعدّ ذات خطورة، لما فيها من خرق للمبدأ القائل (العقد شريعة المتعاقدين)، فالقوة الملزمة للعقد توجب على القاضي وأطرافه تطبيق بنوده كما تم الاتفاق عليها.

وبإعطاء القاضي سلطة التدخّل قد يشكّل تهديدًا لاستقرار المعاملات وانتهاكًا لحريّة الإرادة الفردية في مجال العقد، لذلك كان لا بدّ من الباحثة التطرّق لهذا الموضوع لما له من أهمية، وتوضيح مدى سلطة القاضي للتدخّل في العقود المدنية.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى القاء الضوء على أهمية دور القاضي وبيان دوره الإيجابي و توضيح حدود السلطة التي يتمتع بها في سبيل تحقيق التوازن العقدي والاقتصادي و القضاء على كافة مظاهر الغبن والاستغلال ومساعدة الأفراد في الحد من بطلان العقود حرصاً على استمرارية واستقرار المعاملات .

محدّدات الدراسة

مجلة الأحكام العدليّة والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م، ومشروع القانون المدني الفلسطيني .

منهجية الدراسة

ستعتمد الباحثة في دراستها هذه على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، من خلال تحليل ودراسة النصوص القانونية محلّ البحث، ومقارنتها مع بعضها البعض، وبيانها بنوع من التفصيل.

بيانات الدراسة

تم الاعتماد في هذه الدراسة على مجموعة من المصادر والمراجع التي تناولت الموضوع محلّ البحث، ومن المصادر التي اعتمدت عليها الباحثة مجلة الأحكام العدليّة، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م، ومشروع القانون المدني الفلسطيني .

كما اعتمدت الباحثة على مجموعة من المراجع الثانوية، وهي عبارة عن مجموعة من الكتب القانونية التي تناولت موضوع تدخل القاضي في العقود المدنية، والتي سيتم الإشارة إليها في قائمة المصادر والمراجع.

الدراسات السابقة

ان قلة الدراسات السابقة التي تناولت موضوع تدخل القاضي في العقود المدنية بنوع من الشمولية والتفصيل هو مادفع الباحث إلى الاحساس بضرورة الكتابة عن هذا الموضوع بنوع من التفصيل مع اعتماده على بعض الدراسات التي تناولت بعض المواضيع التي يشملها هذا الموضوع وأهمها:

1- دراسة للمحامي محمد عبد الرحيم عنبر حول موضوع الوجيز في نظرية الظروف الطارئة ، دون طبعة ، مطبعة زهران ، القاهرة ، 1978، حيث في هذه الدراسة تم الحديث عن نظرية الظروف الطارئة في ظل القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 فتم التعريف عن هذه النظرية بنوع من التفصيل والحديث عن شروط تطبيقها بالإضافة للحديث عن نطاق تطبيقها والآثر الناتج عن تطبيقها إلا أنها اكتفت في الحديث عن ذلك ضمن القانون المدني المصري دون التطرق لرأي مجلة الأحكام العدلية.

2- دراسة لدكتور عبد الحميد الشواربي حول موضوع المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، 1988، حيث تم الحديث في هذه الدراسة عن تفسير العقود والظروف الطارئة و أثرها في تنفيذ العقد، فقد كانت هذه الدراسة ضمن نطاق القانون المدني المصري دون التطرق للبحث عن رأي مجلة الأحكام العدلية وموقفها من نظرية الظروف الطارئة.

3- دراسة للباحثة زيتوني فاطمة الزهراء حول موضوع دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر، 2008_2009 حيث تم الحديث في هذه الدراسة عن دور القاضي في تحديد مضمون العقد ، وتفسير العقد وتكييفه ، والتحدث عن

وسائل الحد من القوة الملزمة كاعمال نظرية الظروف الطارئة والحديث عنها ، بالإضافة لذلك الحديث عن تحديد مضمون العقد مع إدراج الشروط التعسفية في ظل القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي .

خطة الدراسة

تتبع الباحثة في هذه الدراسة نظام الفصول، حيث قامت بتقسيمها إلى فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول: تحدثت فيه الباحثة عن تدخل القاضي في العقد خلال مرحلة إنشائه حيث تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين؛ في المبحث الأول تم الحديث عن سلطة القاضي في التعديل بالإنفسير وتعديل عقد الإذعان، أما في المبحث الثاني فتمّ الحديث عن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن المجرد والغبن الاستغلالي.

الفصل الثاني: فقد تم الحديث فيه عن تدخل القاضي في العقد خلال مرحلة تنفيذه، حيث تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث؛ في المبحث الأول تم الحديث عن تدخل القاضي في العقد بسبب الظروف الطارئة، أما المبحث الثاني فتناولت الباحثة الحديث فيه عن تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة (الأجل القضائي)، أما بالنسبة للمبحث الثالث فقد تناولت الباحثة الحديث عن سلطة القاضي في تكميل وتحويل وتصحيح العقد.

الفصل الأول

تدخل القاضي في العقد خلال مرحلة ما قبل تنفيذه

الفصل الأول

تدخل القاضي في العقد خلال مرحلة ما قبل تنفيذه

الأصل العام في التعاقد يتمثل في كون إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مستقبل الروابط العقدية تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، وهذا ما أكدته المادة (147)¹ من المشروع المدني الفلسطيني، حيث نصت على أن "العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"²، وكذلك نصت المادة 103 من مجلة الأحكام العدلية على أن "العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"³ كما نصت المادة 117 من ذات المجلة على أن "البيع البات هو البيع القطعي"⁴ إلا أنه استثناء على الأصل، رخص المشرع لقاضي الموضوع بالتدخل لتعديل العقد في حال اختل التوازن العقدي بين الأطراف، وبالتالي أصبح له دور إيجابي وسلطة لتدخل في العقود المدنية ومراقبة العقد منذ نشأته وخلال تنفيذه حتى انقضائه⁵.

يحرص أطراف الرابطة العقدية على إبرام العقد بالشكل الذي يضمن نفاذه واستقراره، إلا أنه في بعض الحالات وبالرغم من حرص المتعاقدين على إبرام عقد صحيح خالٍ من أي خلل، تستوجب تدخل القاضي من أجل تعديل العقد، سواء كان التعديل قد تم بناءً على تفسيره للعقد، وهذا ما سيتم توضيحه لاحقاً، أو كان تدخله من أجل تعديل عقد الإذعان المتضمن شروطاً تعسفية، أو في حال تضمن العقد غبناً أو استغلالاً من قبل أحد أطراف الرابطة العقدية، الأمر الذي يستوجب تدخلاً من قبل القاضي من أجل إعادة التوازن العقدي.

¹ يقابلها نص المادة 147/1 والتي نصت على أنه "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م. صدر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367هـ (16 تموز/يوليو سنة 1948م).

² نص المادة 147، من المشروع المدني الفلسطيني.

³ المادة 103. من مجلة الأحكام العدلية صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية، ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بين محمود الثاني في عام 1286هـ الموافق 1869م، وتوطد نفاذها في عام 1293هـ الموافق 1876م.

⁴ راجع نص المادة 117 من مجلة الأحكام العدلية.

⁵ زينة، صاغي. نسيم، مقري: **سلطة القاضي في تعديل العقد**. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة عبد الرحمان ميرة. بجاية. الجزائر. 2013-2014م. ص4.

قامت الباحثة بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين؛ تحدثت في المبحث الأول عن تدخل القاضي لتعديل العقد بالتفسير، وتعديل عقد الإذعان، وفي المبحث الثاني تحدثت عن تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن المجرد والغبن الاستغلالي.

المبحث الأول

تعديل القاضي للعقد بالتفسير

يستمدّ العقد قوّته من مبدأ سلطان الإرادة، فلا يمكن أن يقوم العقد ويرتب آثاراً دون أن تتجه إرادة الطرفين إلى إحداث أثر قانوني منتجاً التزامات تترتب في ذمة كلٍّ من طرفي العقد، فيصبح كل منهما دائناً من جهة ومديناً من جهة أخرى، وبالتالي يترتب على كل منهما تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه بحسن نية¹.

يبقى أطراف العلاقة التعاقدية على رغبة في عدم تدخّل القضاء في العقد الذي يتم ابرامه، إلّا أنّه استثناء على مبدأ سلطان الإرادة أو الحرية التعاقدية، يستطيع القاضي التدخّل بناءً على حالات نصّ عليها القانون²، كقيامه بتفسير العقد أو تعديله، أو تدخّله من أجل تعديل عقد الإذعان المتضمن شروطاً تعسّفية، وهذا ما سيتم توضيحه في هذا المبحث.

ولتوضيح مدى سلطة القاضي في التدخّل في العقود المدنية سواء التعديل بالتفسير أو تعديل عقد الإذعان، قامت الباحثة بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ تحدثت في المطلب الأول عن التعديل بالتفسير، وفي المطلب الثاني عن تعديل عقد الإذعان.

المطلب الأول: مرحلة تفسير العقد

استناداً إلى قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لا يتدخّل القاضي في العقد، ولا يقوم بأيّ تعديلات إلّا بناءً على حالات نصّ عليها القانون، فقد يُطلب من القاضي تفسير العقد، والذي بدوره يسعى للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وفق مبدأ حسن نية، فيقوم بدايةً بتحديد مضمون العقد بناءً على الإرادة الظاهرة، فإذا لم يتمكن من التوصل إلى النية المشتركة لجأ إلى الإرادة الباطنة، أي ما قصده المتعاقدان من ألفاظ استعمالها في التعبير عن إرادتهم³، لكن يبقى السؤال: هنا هل يستطيع القاضي من خلال قيامه بالتفسير أن يعدّل العقد؟

¹ اللصاصمة، عبد العزيز سليمان. رجب، بيان يوسف: دور القاضي في تحديد التزامات أطراف العقد، مؤتمّة للبحوث والدراسات (سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية). ع2. مج 23. 2008م. ص92.

² معوض، فؤاد محمود: دور القاضي في تعديل العقد. ط1. دمنهور: مطابع حلبي لطباعة الأوفست. 1999م. ص19.

³ اللصاصمة، عبد العزيز سليمان. رجب، بيان يوسف: مرجع سابق. ص92.

للإجابة عن ذلك، كان لا بدّ بدايةً من توضيح مفهوم التفسير وحالاته، ثم الحديث عن وسائل التفسير، ومن ثمّ معرفة فيما إذا كان بإمكان القاضي تعديل العقد بالتفسير.

الفرع الأول: ماهية التفسير وحالاته

يقصد بالتفسير لغةً: شرح ما هو غامض، أو الشرح والبيان، ويُقال: فسّر الشيء وضّحه.¹

توجد العديد من التعريفات التي تتعلق بمفهوم التفسير الاصطلاحي، حيث ارتبط مفهوم التفسير اصطلاحاً لدى العديد من فقهاء المسلمين بالقرآن الكريم، فقد عرفوه بأنّه بيان لكلام الله عزّ وجلّ، أو المبيّن لألفاظ القرآن الكريم ومفاهيمه أو الشارح للقرآن.²

وقد عرف بعض الشارحين التفسيرَ بأنّه تحديد معنى الشرط التعاقدى والغرض منه³، كالفقيه الفرنسي (جوسران) الذي عرفه بأنّه "تحديد معنى الشرط التعاقدى والغرض منه"⁴، مستندين في تعريفهم هذا إلى الهدف من عملية التفسير، أمّا البعض الآخر فقد عرفه بأنه استخدام بعض وسائل الاستدلال وذلك من أجل الكشف عن المعنى الخفي للاتفاق، والتعرّف على النية الحقيقية للأطراف، معتمدين في تعريفهم هذا على الإرادة الحقيقية للطرفين.⁵

كما عرف الدكتور عبد الحكم فودة التفسير بأنّه "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسّر، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صُلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"⁶.

¹ د. أنيس، إبراهيم . د. منتصر . عبد الحليم . الصوالحي، عطية . أحمد ، محمد خلف الله . المعجم الوسيط . طبعة 2. دون دار نشر. ص 721.

² بن عمار، مقني: القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي. (رسالة دكتوراه منشورة). جامعة وهران. السانبا. الجزائر. 2008-2009م. ص18.

³ فودة، عبد الحكم: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن. دون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2002م. ص15.

⁴ مشار إليه لدى: بن عمار، مقني: مرجع سابق. ص21.

⁵ فودة، عبد الحكم: مرجع سابق. ص16.

⁶ المرجع سابق. ص17.

وبهذا يكون الدكتور عبد الحكم فودة قد اتفق مع التعريف الذي أشار إليه الدكتور عصمت عبد المجيد بكر في كتابه، والذي نصّ على أنّ التفسير هو: عملية ذهنية يقوم بها المفسر للوقوف على الإرادة الحقيقية والمشاركة للمتعاقدين، حيث يستند المفسر في تفسيره إلى صلب العقد والعناصر الخارجة والمرتبطة به¹.

فعملية التفسير هي عبارة عن عملية ذهنية ذات شقين؛ الأول شقّ مادي، حيث يتم البحث عن التعبيرات المكتوبة في العقد، والتي تكون في صيغة شرط أو أكثر، فيقوم القاضي بتقريب الشرط من الشرط الذي يسبقه أو الذي يليه، أو قد يتم الاستعانة ببعض المعايير الموضوعية مثل العرف التجاري في المعاملات، أو الثقة بين المتعاقدين، أمّا الشقّ الثاني، فهو الشقّ المعنوي والذي هو عبارة عن مجموع من الأفكار التي تولدت في ذهن القاضي كنتيجة لبحثه المادي فيعتبرها أنّها تشكل النية المشتركة للمتعاقدين².

وعليه نرى بأن الدكتور فودة والدكتور بكر جمعا في تعريفهما الشق المادي والشق المعنوي على خلاف التعريفات السابقة والتي ارتكزت على شق دون الآخر.

قد يلجأ القاضي لتفسير العقد بناءً على عدة حالات تستدعي قيامه بذلك، سيتم توضيحها بالتفصيل .

الفرع الثاني: حالات التفسير

• حالة وضوح العبارة

نصّت المادة (150)³ من القانون المدني المصري⁴ على أنه "إذا كانت عبارة العقد واضحة، واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين"

¹ بكر، عصمت عبد المجيد: نظرية العقد في القوانين المدنية العربية. دون طبعة. بيروت: دار الكتب العالمية. 2015م ص545.

² فودة، عبد الحكم: مرجع سابق. ص17.

³ تقابلها المادة 1/165 من المشروع المدني الفلسطيني.

⁴ المادة 1/150 من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م. صدر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367هـ (16 يوليو/تمز سنة 1948م).

يفهم من هذه المادّة ما دامت عبارة العقد واضحة الدلالة على قصد المتعاقدين وإرادتهم ولا يوجد أيّ دليل يدلّ على أن ظاهرها غير مراد المتعاقدين، فلا يجوز للقاضي أن يفسّرهما على خلاف معناها الظاهر¹.

لا يقصد بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة على حدة؛ بل يجب وضوح دلالة العقد بمجموع ما جاء فيه من عبارات، فالأصل أنّ العقد وحدة واحدة متكامل الأحكام كلّما دعت الحاجة إلى تفسيره أو تطبيقه، لكنّ، في بعض الأحيان قد يكون العقد غامضاً بالرغم من وضوح عباراته، مثل وجود تعارض بين العبارات الواضحة، أو إذا كانت العبارة واضحة لكنّها لا تتفق مع مضمون الأحكام الكلّيّة للعقد، ففي هذه الحالة ليس هناك ما يمنع القاضي من الإعراض عن العبارة الواضحة و البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لتفسير العقد بناءً عليها وهذا ما أكدته المادة 13 من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على أنه " لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح" وكذلك نص المادة 14 والتي نصت على أنه " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص " ² ، ولا بدّ من الإشارة على وجوب قيام القاضي بتضمين حكمه أسباب العدول عن العبارة الواضحة، والظروف والاعتبارات التي استند عليها في الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين³.

• حالة عبارة النصّ غير واضحة

قد تكون عبارات العقد التي استعملها المتعاقدان غير واضحة، يشوبها بعض الغموض، ففي هذه الحالة يلجأ القاضي للتفسير للتعرف على إرادة المتعاقدين، وهذا ما نصّت عليه المادّة (2/150)⁴ من القانون المدني المصري⁵ والتي نصّت على: "أمّا إذا كان هناك محلّ لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع

¹ اللصاصمة، عبد العزيز سليمان. رجب، بيان يوسف: مرجع سابق. ص95.

² راجع نص المادة 13 ، 14 من مجلة الأحكام العدلية.

³ سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني. ط7. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1435هـ- 2014 م. ص198.

⁴ يقابلها نصّ المادّة 2/165 من المشروع المدني الفلسطيني.

⁵ المادّة 2/150 من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م. صدر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367هـ (16 يوليو/تمز سنة 1948م).

الاستهداء في ذلك لطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

كما نصّت المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية¹ على أن "الأمر بمقاصدها، يعني: أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر" وكذلك نصّت المادة الثالثة من ذات المجلة² على أن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء"³، وبناءً على هاتين المادتين تكون العبرة بمقاصد المتعاقدين الحقيقة وليس ظاهر اللفظ⁴.

وعليه يقصد بغموض التعبير بأنها حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا يتم معرفة إرادة المتعاقدين بوضوح لوجود عدة أوجه للتفسير، فلا يمكن ترجيح وجه على الآخر، الأمر الذي يولد الشك الدافع للتفسير⁵.

تتعدد أسباب غموض التعبير، ومن الأمثلة عليها: إساءة استخدام المتعاقدين للألفاظ المعبرة عن إرادتهما الحقيقية، مثل اختيارهم ألفاظاً مشتركة لها أكثر من معنى متميز ومتعارض، بحيث لا يمكن معرفة المعنى المقصود منها، أو استخدامهم ألفاظاً قانونية في غير معناها القانوني الصحيح، كما يمكن أن يكون الإيجاز الشديد الذي يتصف به شروط العقد سبباً من أسباب الغموض، أو قد يتم استخدام عبارات واضحة لكنها متناقضة في جزئياتها داخل الشرط الواحد، أو بين أكثر من شرط، بالإضافة إلى اشتغال العقد على حالة معينة لا يعرف فيما إذا كانت قد ذكرت على سبيل المثال أم وردت على سبيل الحصر، وأيضاً يعتبر الخطأ المادي الذي قد يقع به المتعاقدون أثناء صياغة العقد سبباً من أسباب الغموض⁶.

¹ نصّ المادة 2 من مجلة الأحكام العدلية.

² نصّ المادة 3 من مجلة الأحكام العدلية .

³ عيسى، هيثم عصام: مرجع سابق. ص 47.

⁴ راجع نص المادة 3 من مجلة الأحكام العدلية.

⁵ فودة، عبد الحكم: مرجع سابق. ص 261.

⁶ المرجع السابق. ص 262.

يقوم القاضي بتفسير الغموض على ضوء ما يجب أن يتوافر من ثقة وحسن نية في التعامل، فلا يجوز لأحد الطرفين التمسك بقصور تعبير المتعاقد الآخر لتحقيق فائدة ليست من حقه، فالعبرة بالقصد الحقيقي للمتعاقد¹.

بعد أن تم توضيح مفهوم التفسير والحالات التي يتم بناء عليها لجوء القاضي لتفسير العقد فلا بدّ من توضيح قواعد التفسير.

الفرع الثالث: قواعد التفسير

يفترض أن تكون الإرادة الظاهرة للمتعاقدين ناتجة عن الإرادة الباطنة لهما وكاشفةً لها، فإذا لم يقدّم دليل على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين فعندئذٍ يجب الكشف عن الإرادة الحقيقية للطرفين من خلال استعانة القاضي بالوسائل المتاحة له في التفسير؛ إمّا برجوعه إلى بنود العقد ذاتها، أو استعانتة بوسائل خارجية عن العقد أو داخلية².

ومنقواعد التفسير التي يستعين بها القاضي في تفسير العقد:

1- قواعد تم الاستئناس بها من مجلة الأحكام العدلية:

- العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني³ يقابلها نصّ المادة (150) من القانون المدني المصري على أنه "إذا كان هناك محلّ لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ" ويُفهم من نصّ المادة هذه بأنّه لا يجوز للقاضي الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة، فيجب عليه الأخذ بعين الاعتبار بأنّه ليس شرطاً أن يكون أطراف العقد من الأشخاص ذوي الخبرة القانونية أو الملمّين بالمصطلحات القانونية⁴.

¹ د. معوض، فؤاد محمود: مرجع سابق. ص173.

² اللصاصمة، عبد العزيز سليمان. رجب، بيان يوسف: مرجع سابق. ص97.

³ انظر نصّ المادة 1/159 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، أصلها المادة 3 من مجلة الأحكام العدلية.

⁴ اللصاصمة، عبد العزيز سليمان. رجب، بيان يوسف: مرجع سابق. ص97.

• الأصل في الكلام حمله على الحقيقة، ولا يحمل على المجاز إلا إذا تعذر ذلك، و"جزء من هذه القاعدة مستقاة من نص المادة (12) من مجلة الأحكام العدلية"¹، حيث يقصد بالحقيقة حسب تعريف مجلة الأحكام العدلية: "هو استعمال اللفظ في المعنى الذي وضعه الواضع أي واضع اللغة كقولك (أسد) للوحش المعروف وفرس (للدابة المعلومة)"، أما المجاز حسب مجلة الأحكام العدلية "هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي والمعنى المجازي علاقة ومناسبة، فكما أن العلاقة التي هي المناسبة بين المعنى الحقيقي والمعنى المستعمل فيه ذلك اللفظ مجازاً هي من مقتضيات المجاز، فالقرينة المانعة من إرادة المعنى الحقيقي شرط في صحة المجاز أيضاً"².

يفهم من ذلك بأنه لا يجوز للقاضي أن يحيد عن المعنى الحقيقي للفظ، أو أن ينحرف عنه إلا إذا تعذر ذلك، فيتم اللجوء للمجاز في حال وجود قرائن تناقض مقصود العاقدين أو مقتضى العقل والعادة المألوفة³.

• لا عبرة في الدلالة في مقابلة التصريح^{4,5} ويفهم من هذه العبارة بعدم اللجوء إلى الدلالة إلا في حال غياب النصّ الصريح، وفي حال وجود هذا الأخير فلا عبرة بأيّ دلالة⁶، ومثال ذلك: لو دخل إنسان دار شخص فوجد على المائدة كأساً فشرب منها ووقعت الكأس أثناء شربه وانكسرت، فلا يضمن؛ لأنه بدلالة الحال شربه للماء قد تم بناء على إذن من صاحب المنزل، بخلاف ما لو نهأ صاحب البيت عن الشرب منها وانكسرت، فإنه يضمن؛ لأنّ التصريح أبطل حكم الإذن المستند على دلالة الحال⁷.

¹ انظر نصّ المادة 2/159 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

² حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية. طبعة أولى. مجلد 1. دار الجيل: بيروت. 1411هـ - 1991م. ص 30.

³ د. معوض، فؤاد محمود: مرجع سابق. ص 147.

⁴ انظر نصّ المادة 160 مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأصلها المادة 13 من مجلة الأحكام العدلية.

⁵ اللفظ الذي يكون به تصريح يسمى لفظاً صريحاً، حيث تم تعريفه عند علماء أصول الفقه: هو الذي يكون المراد منه ظاهراً ظهوراً بيناً وتاماً. مشار إليه لدى: حيدر، علي: مرجع سابق. ص 31.

⁶ د. معوض، فؤاد محمود: مرجع سابق. ص 159.

⁷ حيدر، علي: مرجع سابق. ص 31.

- إعمال الكلام أولى من إهماله، لكن إذا تعذر إعمال الكلام يُهمل¹.

تجمع هذه القاعدة المادتين (62/60) من مجلة الأحكام العدلية، ويقصد بالشق الأول منها بأنه في حال كان الكلام يحتمل أمرين، فيتمّ حمله على الجائز منهما، ولا يتم إهمال الكلام بشكل كلي²، أي في حال كان اللفظ يحتمل معنيين أحدهما يجعل العقد ينتج أثراً والآخر يجعله عديم الأثر ففي هذه الحالة يؤخذ بالمعنى الأول³.

وبالرجوع لتفسير القاعدة (60) من مجلة الأحكام العدلية نرى بأنّ هذه القاعدة أخذت من كتاب الأشباه، وقد ذكرت فيه كالاتي: "إعمال الكلام أول من إهماله متى أمكن فإن لم يمكن أهمل"، ويفهم من ذلك بعدم جواز إهمال الكلام في حال كان هناك إمكانية حمله على المعنى الحقيقي له أو المعنى المجازي، وبما أنّ الأصل في الكلام الحقيقة، فلا يجوز حمله على المعنى المجازي في حال كان هناك إمكانية حمله على المعنى الحقيقي، لكون الخلف لا يزاحم الأصل⁴.

الأصل⁴.

أمّا في حال عدم إمكانية حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي فيتمّ إهماله، وهذا ما نصّت عليه المادة (62) من مجلة الأحكام العدلية، وقد ذكرت هذه القاعدة في كتاب الأشباه بالصورة الآتية: "وإن تعذرت الحقيقة والمجاز أو كان اللفظ مشتركاً بلا مرجح أهمل لعدم الإمكان، أي إيمان إعمال الكلام"، ويفهم من ذلك بوجود أسباب توجب إهمال الكلام، وهي: الأول: امتناع حمل الكلام على المعنى الحقيقي والمجازي، أما الثاني: أن يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين ولا يوجد ما يرجح أحدهما⁵.

¹ انظر نصّ المادة 161 من المشروع المدني الفلسطيني.

² د. معوض، فؤاد محمود: مرجع سابق. ص 159.

³ اللصامة، عبد العزيز سليمان. رجب، بيان يوسف: مرجع سابق. ص 98.

⁴ حيدر، علي: مرجع سابق. ص 59.

⁵ المرجع السابق: ص 61.

• ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله، أي يكفي في الأشياء التي لا تتجزأ ذكر بعضها، فيغني ذلك عن ذكر الكل¹. وقد أخذت هذه القاعدة من الأشباه والمجامع، ويفهم منها بأنه في حال كانت الأشياء لا تتجزأ يكفي ذكر بعضها عن الكل، فإذا ذكر البعض منها كان الكل مذكوراً، فلو كان ذكر البعض لا يقوم مقام ذكر الكل لكان ذلك موجباً لإهمال الكلام²، وخير مثال على ذلك: نصّ المادة (1041) والتي تتعلق بحقّ الشفعة، حيث نصّت على أنه "لو سلّم الشفيع نصف العقار المشفوع يكون بذلك مُسقِطاً حق شفعته في الكل؛ لأنّ الشفعة مما لا يتجزأ"³.

• المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقدّم دليل التقييد نصّاً أو دلالة⁴، ويقصد بمصطلح المطلق كما عرّفته مجلّة الأحكام العدليّة بأنه "الحصّة التي قد تشتمل حصصاً غيرها بدون تعيين في الشيء الذي تكون شائعة في جنسه، وحقيقتها وماهيتها من حقيقته وماهيته"، أو قد يعرف بأنه "الأمر المجرد من أي قرائن دالة على التخصيص والتعميم والتكرار والمرة"، أما المقيد فيقصد به بأنه "المقارن لإحدى هذه القرائن"⁵، مثال على التقييد بالنصّ ذلك: قيام أحد الأشخاص بإحضار قطعة قماش من أجل خياطتها لدى خياط ولم يشترط عليه أن يقوم بخياطتها بنفسه أو لم تدلّ ملابسات العقد بأنّ شخصية الخياط محل اعتبار لديه، أمّا التقييد دلالة فهي في حال قيام شخص بتوكيل شخص آخر لشراء سيارة دون أن يشترط عليه لوناً أو موديلًا معيّنًا، ففي هذه الحالة سيقوم الوكيل بشراء السيارة حسب مقاييس حاجة الموكل ما لم يتم تقييده من قبل هذا الأخير⁶.

• الوصف في الحاضر لغوٌ وفي الغائب معتبر⁷.

¹ اللصاصمة، عبد العزيز سليمان. رجب، بيان يوسف: مرجع سابق. ص 98.

² راجع نصّ المادة 162 من المشروع المدني الفلسطيني، وأصلها نصّ المادة 63 من مجلّة الأحكام العدليّة.

³ حيدر، علي: مرجع سابق. ص 61-62.

⁴ راجع نصّ المادة 163 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأصلها نصّ المادة 64 من مجلّة الأحكام العدليّة.

⁵ حيدر، علي: مرجع سابق. ص 62-63.

⁶ اللصاصمة، عبد العزيز سليمان. رجب، بيان يوسف: مرجع سابق. ص 98.

⁷ راجع نصّ المادة 164 من مشروع القانون المدني الفلسطيني. أصلها نصّ المادة 65 من مجلّة الأحكام العدليّة.

إنّ الرؤية لا توجب الوصف حتى لو أخطأ المتعاقد في وصف محلّ ما يراد التعاقد عليه ما دام أشار إليه، أمّا الغائب فيتوجب وصفه بدقّة، ويكون هذا الوصف محلّ اعتبار لدى المتعاقدين. مثال ذلك: لو أراد شخصٌ بيع حصان أدهم في مجلس العقد وقال: "بعتك هذا الحصان الأشهب" وأشار إليه، فوافق المشتري فيصح العقد ويلغى وصف الأشهب، أمّا في حال كان الحصان غائباً عن مجلس العقد، وتبيّن بعد ذلك أنّ الحصان أشهب فيبطل البيع؛ لأنّ المشتري ما وافق على الشراء إلّا لكونه أدهماً¹.

- المشقّة تجلب التيسير، ومعنى ذلك بأنّ الصعوبة هي المسبب في نفس الوقت للتسهيل، ويجب التوسع وقت الضيق، ولم ينصّ المشرّع الفلسطيني على هذه المادّة على خلاف مجلّة الأحكام العدليّة والتي نصّت عليها في المادّة (17)².

- يجب تقريب بنود العقد من بعضها ومقارنتها مع بعض واعتبار كلّ بند مكملّ للآخر، كون كلّ منهما يعبر عن إرادة لا يجوز تجزئتها³.

2- قواعد ذات طابع تشريعي أو غير تشريعي قد يستعين بها القاضي في تفسير العقد، مثل: طبيعة التعامل، والتي يقصد بها طبيعة التصرف المبرم، وما يجب أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة وفقاً للعرف الجاري لكونه عنصراً من عناصر التفسير⁴، (معايير تشريعية)، (تشريعية)، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً⁵.

¹ اللصاصمة، عبد العزيز سليمان. رجب، بيان يوسف: مرجع سابق. ص 98.

² ظاهر، رهام صابر حسن: دور القاضي في تفسير عقد الإذعان في كل من مشروع القانون المدني الفلسطيني ومجلّة الأحكام العدليّة والقانون المدني الأردني. المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة". البيرة، رام الله. 2014م. ص 29.

³ اللصاصمة، عبد العزيز سليمان. رجب، بيان يوسف: مرجع سابق. ص 99.

⁴ د. الصدة، عبد المنعم فرج: نظرية العقد. دون طبعة. بيروت: دار النهضة العربية. 1974م. ص 460-461.

⁵ راجع نصّ المادّة 43 من مجلّة الأحكام العدليّة.

حيث يُقصد بالعرف الجاري في المعاملات: بأنه العادات الجارية في المعاملات، والتي يسير عليها الناس في حياتهم، لما لها من دورٍ في تحقيق مصالحهم، وخاصة في المسائل التجارية. وقد يتم الاتفاق بين المتعاقدين على اللجوء للعرف صراحةً أو ضمناً¹.

كما يمكن أن يلجأ القاضي إلى الاستناد على معايير غير تشريعية²، مثل: الظروف الشخصية، وهي حالة المتعاقدين وقت إبرام العقد، كعلاقة قرابة أو علاقة زوجية أو الحالة المادية للمتعاقد. وبالإضافة لهذه الظروف، توجد ظروف موضوعية قد يتم الاستدلال بها، ويقصد بها بأنها: مجموعة من الوقائع المادية سواء وردت في محررات كتابية أم لا. وقد تكون هذه الظروف عبارة عن تصرفات قانونية (عقد)، أو تصرفات منفردة، وبغض النظر عما إذا كانت هذه التصرفات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لمحلّ التفسير أو كانت ظاهرة أم مستترة في شكل ورقة ضد.

وقد تكون هذه الظروف عبارة عن مكاتبات متبادلة بين طرفي العقد قبل إبرام العقد، مثل: المفاوضات التي تسبق الإبرام، أو قد تكون عبارة عن مجموعة من الوقائع المادية المجردة، مثل: واقعة وضع اليد على العين المتنازع عليها.

ومن التطبيقات القضائية المتعلقة بالتفسير حكم محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوقية رقم (7425) لسنة 2018م والمتضمن "... ولها في تفسير المحررات التي تقدم إليها واستخلاص الحقيقة منها متى التزمت في تفسيرها عبارات المحرر في مجمله وصولاً إلى معرفة قصد العاقدین فيه، والتعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه، واستظهار مدلوله مما تضمنه من عباراته في ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره، وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته شريطة أن يكون استخلاصها في ذلك سائغاً لا يخالف الثابت بالأوراق، ولا خروج فيه، وأن يكون التفسير قد أوفى بمقصود المتعاقدين، وأن تقيم قضاءها

¹ فودة، عبد الحكم: مرجع سابق. ص 289.

² فودة، عبد الحكم: مرجع سابق. ص 295-297.

على أسباب واضحة ومما تحتمله عبارات العقد، وأن لا تخرج عن المعنى الظاهر لعباراته في مجموعها مستهدية في ذلك بظروف الدعوى وملابساتها وطبيعة التعامل"¹.

في حال تعذر على القاضي الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين فإننا نكون في حالة شك في التعرف على هذه الإرادة، لكن هذه الحالة لم تترك دون معالجة من قبل المشرع، والذي بدوره قام بالنص على قاعدتين مهمتين تناولتهما الباحثة بالتفصيل.

3- قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين

بغض النظر عن وضوح العبارة أو غموضها يتوجب على القاضي البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وفي حال تعذر الوصول إلى الإرادة المشتركة كأن يتولد لديه الشك في تفسير العبارات الغامضة أو قد تكون عبارات العقد تحتل عدة أوجه، فيكون القاضي ملزماً بقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين².

وهذا ما نصت عليه المادة (166) من المشروع المدني الفلسطيني- يقابلها نص المادة (151) من القانون المدني المصري- على أنه "1- يفسر الشك في مصلحة المدين 2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"³.

والشك هو شيء غير ملموس، أي أنه إحساس نفسي ناتج عن عدم القدرة على جزم التردد الذي تحتله عبارات العقد من أجل الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فلا يعني عدم توصل القاضي إلى النية المشتركة للمتعاقدين انعدام التفسير، بل هناك إمكانية لتفسير العقد، لكن

¹ حكم محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوقية رقم 7425 لسنة 2018. المشار إليه لدى: <https://qistas.com> تاريخ آخر زيارة: 2019/11/25م. الساعة: 10:11.

² أحمد، حدي لالة: سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان. الجزائر. 2012-2013م. ص 61.

³ لم تنص مجلة الأحكام العدلية على مثل هذه الحالة.

بناءً على أساس موضوعي، وطبقاً لقاعدة تشريعية وضعها المشرع من أجل حسم الشك وإنهاء التردد¹.

هذه القاعدة هي قاعدة تفسير احتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا بعد استحالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين بموجب قواعد التفسير الأصلية² والتي تم ذكرها في المادة (165) من القانون المدني الفلسطيني³ لكن هذا لا يمنع من كونها من مسائل القانون التي يلتزم بحكمها قاضي الموضوع، ولا يجوز مخالفتها، كأن يفسر الشك لصالح الدائن أو المستفيد من الشرط⁴.

اختلفت المادة (1162) من القانون المدني الفرنسي في طبيعتها مع المادة (1/166) من المشروع المدني الفلسطيني، والمادة (1/151) من القانون المدني المصري في اعتبارها "قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين"، وهي قاعدة لا يلزم القاضي بها، بل هي مجرد نصح وإرشاد له، وفي حال مخالفتها لا يقع حكم القاضي تحت طائلة النقض، ولحقبة من الزمن جارى الدكتور عبد الرزاق السنهوري المذهب الفرنسي حيث قال: إن "القاضي غير ملزم باتباع هذه القاعدة (قاعدة الشك)، وإنما يستأنس بها مثل غيرها من قواعد التفسير، فإذا تبين أن إبرام العقد يرجع إلى سوء نية المدين أو إلى خطأ منه، فله أن يفسر العقد لمصلحة الدائن لا لمصلحة المدين، لأن اعتبارات العدالة التي بنيت عليها القاعدة غير موجودة في هذه الحالة، بل وجدت اعتبارات تقضي بعكسها"⁵، لكنه تراجع فيما بعد عن هذا الرأي⁶.

السؤال الذي قد يتبادر إلى الذهن: من هو المدين الذي يفسر الشك لمصلحته؟

¹ فودة، عبد الحكم: مرجع سابق. ص 305.

² المرجع السابق. ص 305-306.

³ يقابلها نص المادة 150 من القانون المدني المصري.

⁴ أحمد، حدي لالة: مرجع سابق ص 65.

⁵ مشار إليه لدى فودة، عبد الحكم: مرجع سابق. ص 309.

⁶ تم الإشارة إليه لدى: الدكتور فودة، عبد الحكم: مرجع سابق. حاشية صفحة 309.

في الواقع يجب النظر إلى كل شرط من شروط العقد على حدة، فالمدين الذي يفسر الشك لمصلحته هو المدين بالالتزام، أو الدائن بالحق الشخصي، أي المتعاقد الذي يقع عليه التزام تنفيذ الشرط محل التفسير¹.

من مبررات وجود هذه القاعدة أن الأصل براءة ذمة المدين، فإذا انشغلت ذمته بأي التزام فهذا يعدّ خروجاً عن الأصل، وفي حال ثار شك حول وجود هذا الالتزام أو مداه يتم الرجوع للأصل، وهو براءة ذمة المدين، وبالتالي - ومن باب العدالة - يقع على الدائن عبء إثبات هذا الالتزام (البينة للمدعي واليمين على من أنكر)² كون هذا الأخير هو من يفرض الالتزام ويحدد شروطه وأبعاده³.

الأخذ بقاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين يتم بناءً على عدة شروط، وهي كالاتي⁴:

1- أن يكون هناك حاجة للتفسير، فوضوح العبارة بالشكل الذي يمكن من خلالها معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا يعطي الحق للقاضي لتفسيرها، وفي حال لجأ هذا الأخير للتفسير يكون حكمه عرضة للنقض.

2- يتم اللجوء إلى هذه القاعدة في حال استحالة الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين بعد استنفاد كل طرق التفسير المتعلقة بالبحث عن الإرادة المشتركة.

3- بقاء الشك قائماً بالرغم من استخدام جميع وسائل التفسير.

4- أن يكون المدين حسن النية، فسوء النية لديه أو إهماله يتنافى مع المبرر الذي بنيت على أساسه هذه القاعدة.

¹ ظاهر، رهام صابر حسن: مرجع سابق. ص 25.

² راجع نصّ المادة 76 من مجلة الأحكام العدلية.

³ أحمد، حدي لالة: مرجع سابق. ص 63.

⁴ المرجع سابق. ص 63-64.

لكن الأمر يختلف في حال كنا بصدد عقد إذعان، فقد استثنى المشرع عقد الإذعان من قاعدة الشك، ويفسر لمصلحة المدين، وهذا ما نصّ عليه المشرع الفلسطيني في المادة (2/166)¹، ففي هذه الحالة يتم تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أم مديناً، كونه الطرف الأضعف اقتصادياً، فقبوله يكون تسليماً للواقع، بالإضافة إلى استقلال الطرف القوي بكتابة العقد وتحريره، ولا يكون أمام الطرف المقابل سواء القبول أو عدم التعاقد²، وبهذا الاستثناء يكون المشرع الفلسطيني قد اتفق مع المشرع المصري³ والعراقي⁴.

ومن التطبيقات القضائية على ذلك حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم (24) لسنة 2003م، حيث نصّت على: "إذا وجد غموض في البوليصة فإن الشرط الغامض يفسر ضد مصلحة المؤمن ولمصلحة المؤمن له، ذلك أن المحاكم تلجأ في تفسيرها لشروط البوليصة حتى تكون إلى جانب المؤمن له لم يكن له في الواقع حرية اختيار لأن المؤمن هو الذي قام بتحرير عقد التأمين، ولذلك يفترض فيه أنه يمثل نية طرفي العقد ليجعل معانيه واضحة (تم الاستعانة بنقض مصري رقم 418 جلسة 1978/10/26م صفحة 1636). وإن قاعدة أنّ الشك والغموض يفسر لصالح المؤمن له لا تطبق إلا عندما تقرر المحكمة عدم وضوح العقود وليس في كل حالة يسيء فيها المؤمن له تفسير العقد أو يعجز عن فهم شروطه"⁵.

يتّسع دور القاضي بتفسير النصوص الغامضة في العقد وصولاً إلى مرحلة تكييف العقد وهذا ما سيتمّ إضاحه في الفرع الرابع .

¹ انظر نصّ المادة 2/166 من المشروع المدني الفلسطيني.

² ظاهر، رهام صابر حسن: مرجع سابق. ص 25.

³ المادة 151 من القانون المدني المصري "1- يفسر الشك في مصلحة المدين 2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

⁴ نصّت المادة 3/167 على أنه "... ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً." القانون المدني العراقي قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م وتعديلاته: الوقائع العراقية- رقم العدد: 3015. تاريخ: 1951/8/9م. رقم الصفحة: 243. مجموعة القوانين والأنظمة. تاريخ: 1951م.

⁵ حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 24 لسنة 2003م، مشار إليه لدى: المقتفي <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ShowDoc.aspx?ID=34583>. تاريخ آخر زيارة: 2019/9/1م.

الفرع الرابع: تكييف العقد

يقصد بالتكييف أي إعطاء الوصف القانوني الصحيح الذي يتفق مع حقيقة ما يقصده المتعاقدان، حيث يقوم القاضي بتكييف العقد من تلقاء نفسه دون الحاجة لطلب الخصوم، ودون أن يقف عند تكييف المتعاقدين للعقد¹.

فعندما يكيّف القاضي العقد يستطيع أن يحدد فيما إذا كان العقد من العقود المسمّاة أو غير المسمّاة دون أن يقف عند تكييف المتعاقدين، بالإضافة لتحديد موضوع العقد فيما إذا كان عقد بيع أو إيجار أو قرض، وأيضاً تعيين القوانين الآمرة والمكملة، ومعرفة القواعد القانونية واجبة التطبيق عليه عند عرضه على القضاء².

عند قيام القاضي بتكييف العقد يجب أن يستند إلى عوامل يقدّر أثرها في وصف العقد، كأن يأخذ بعين الاعتبار مركز المتعاقدين ووضعهم الاجتماعي والأحكام القانونية التي تحول دون إجرائهم تصرفاً من نوع خاص، حيث يلجؤون إلى طريقة غير مباشرة تمكنهم من اجراء تصرفات يتعذّر عليهم قانوناً إجراؤها، مثل: لا وصية لوارث، إلّا إذا أجازها الورثة، فحتى يتهرب الوارث من هذه القاعدة القانونية يفسرها على أساس عقد بيع أو هبة³.

قد يعدّل القاضي العقد موضوع التفسير تعديلاً جزئياً خاصة عند استعانتة ببعض أدوات التفسير كالعرف والعادة وقواعد العدالة⁴ وهذا ما أكدته الأحكام القضائية كحكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله رقم (1389) لسنة 2017 والقاضي بـ ".... لما كان المقصود بالعقد وهو شريعة المتعاقدين وأن المحكمة تفسر العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه ومقصود المتعاقدين ولها بهذه السلطة أن تعدّل المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في حكمها لم عدّلت عن هذا الظاهر إلى خلافه...

¹ د. معوض، فؤاد محمود: مرجع سابق. ص 177.

² حدي، لالة أحمد: مرجع سابق. ص 69-70.

³ المرجع السابق. ص 71.

⁴ د. معوض، فؤاد محمود: مرجع سابق. ص 51.

ونرى أنّ العقد تضمن تحديدًا أنّ الأجرة هي (440) غرام ذهب أو ما يعادلها بالعملية المتداولة قانونًا.

ولمّا ثبت أنّ العقد أساسًا هو عقد صحيح وملزم، ولا تعتريه الصورية أو ما شابه ذلك، والذي يعطي الحق للمؤجر المدّعي أن يطالبه بالأجرة المدوّنة في العقد، ولا يتساوى أن يأخذ المؤجر أجرة (5000) دينار من المستأجر، واعتبار ذلك تعديلًا للأجرة، والتعديل لا يكون إلا بموجب العقد الذي أبرم خطيًا ابتداءً ليؤخذ به وقبوله كبيّنة على التعديل، فيعتبر المستأجر مسؤولًا تجاه المؤجر على أساس أن حقوق العقد تعود للمتعاقد....¹

وكذلك حكم محكمة التمييز الأردنية في الدعوى رقم (7200) لسنة 2018م "... وحيث استقر الفقه والقضاء على أنّ لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه، أو في المقصود في العقد، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، ولها بهذه السلطة أن تعدّل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في أسباب حكمها لماذا عدّلت عن هذا الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغة هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه المقصود بالعقد، بحيث يتضح من هذا البيان أنّها أخذت في تفسيرها باعتبارات معقولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصه منها...².

وأيضًا وُجد حكم لمحكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية في الدعوى الحقوقية رقم (4135) لسنة 2019م والذي نصّ على "... وحيث استقر الفقه والقضاء على أنّ لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها، ولها بهذه السلطة أن تعدّل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في حكمها لمّ عدّلت عن الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغة المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه المقصود بالعقد، بحيث يتضح في هذا البيان أنّها اخذت تفسيرها باعتبارات معقولة يصح عقلاً ما استخلصه منها، وحيث يستهدى

¹ حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 1389 لسنة 2017م. المشار إليه لدى: <https://maqam.najah.edu/judgments/2150>. تاريخ آخر زيارة: 2019/11/3م. الساعة: 10:47.

² حكم محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوقية رقم 7200 لسنة 2018م. المشار إليها لدى: <https://qistas.com>. تاريخ آخر زيارة: 2019/11/25م. الساعة: 11:00.

للنية المشتركة للمتعاقدین من طبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر فيه من أمانة وثقة بين المتعاقدین وفقاً للعرف الجاري في المعاملات...¹.

من خلال الأحكام القضائية نستنتج بأن القاضي بإمكانه تعديل العقد من خلال التفسير متى كانت الظروف تسدعي القيام بذلك.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل التعديل عن طريق التفسير يقيد من حرية المتعاقدین؟

في الواقع يعد التعديل بالتفسير قيداً على حرية المتعاقدین لكون التفسير في هذه الحالة لا يتم إعمالاً للإرادة الضمنية المشتركة للمتعاقدین، بالإضافة إلى أن النتيجة التي قد يصل إليها القاضي لا تتناسب مع ما أراده المتعاقدین أو لا تناسب الإرادة المشتركة لهم خاصة في حال وقع نزاع بينهم حول شرط من شروط العقد، وقام القاضي بالتفسير وفقاً للعرف الجاري الذي تم استبعاده من قبل المتعاقدین أو العادة، مثال ذلك: في حال شبّ خلاف بين البائع والمشتري في عقد البيع حول شرط توصيل السلعة، فتمسك البائع بعدم توصيلها وتمسك المشتري بوجوب قيام البائع بتوصيلها، فالقاضي يقوم بحسم النزاع على ضوء العرف والعادة السائدة، فحسب العادة يقوم البائع بتوصيل السلعة للمشتري، ففي هذه الحالة تم استكمال العقد خلافاً لإرادة البائع، أو قد يلجأ القاضي إلى إعمال قواعد العدالة، أو اللجوء لقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين التي تحسم النزاع لصالح طرف على حساب طرف آخر.²

المطلب الثاني: خصوصية تفسير عقد الإذعان

تعدّ الحرية التعاقدية من أهم النتائج المترتبة على مبدأ السلطان والإرادة، حيث أعطت حقّ التعاقد لكل شخص، وفرضت مبدأ المساواة العقدية التي بموجبها يستطيع كل طرف من أطراف مناقشة بنود وشروط العقد، لكن بسبب التطور التكنولوجي وتطور الحياة الاقتصادية

¹ حكم لمحكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية في الدعوى الحقوقية رقم 4135 لسنة 2019م. المشار إليه لدى: <https://qistas.com>. تاريخ آخر زيارة: 2019/11/25م. الساعة 11:30.

² د. معوض، فؤاد محمد: مرجع سابق. ص 178-180.

والاجتماعية ظهرت فئة ذات رأس مال كبير استطاعت أن تحتكر سلعا ومرافق ذات أهمية كبيرة بالنسبة لأفراد المجتمع، وحاجة الأفراد لهذه السلع والمرافق أجبرتهم على قبول التعاقد بعقود تستقل الجهات المالكة- لهذه المرافق والسلع- بتحريرها وكتابة شروطها وبنودها، فلا يكون أمام الطرف الآخر إلّا قبول العقد بكافة شروطه وبنوده دون أي تفاوض أو عدم التعاقد، وتسمى هذه العقود بعقود الإذعان.

الفرع الأول: ماهية عقد الإذعان

عرّف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها"¹.

أمّا الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري فقد لخص المفهوم الاصطلاحي لعقد الإذعان بأنه: "عقد لا يكون إلّا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية"²:

- 1- تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات للمستهلكين أو المنتفعين.
- 2- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو محلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محددة النطاق.
- 3- صدور الإيجاب إلى الناس كافة، وبشروط واحدة، أو على نحو مستمر، أي في مدة غير محدودة، ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة، أكثرها في مصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية أو أخرى

¹ مشار إليه لدى: د. الصدة، عبد المنعم فرج: عقود الإذعان. دون طبعة. مصر: مطبعة جامعة فؤاد الأول. 1946م. ص77.

² مشار إليه لدى: د. صالح، ذنون يونس. عنتر، إبراهيم: التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي. مجلّة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية. ع2. السنة (5). ص42.

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=41111>. تاريخ آخر زيارة: 2019/8/24م. الساعة: 11:31م.

تشدد في مسؤولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يعمّم فهمها على
أوساط الناس، وأمثلة عقود الإذعان كثيرة قد سبق ذكرها¹.

كما عرّف الدكتور عبد الرزاق السنهوري عقد الإذعان بالقول: "قد يكون القبول مجرد
إذعان لما يملّيه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه
من الموجب لا يملك إلّا أن يأخذ أو يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه،
فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه مجرد، ولكنه مفروض عليه، وهذا الضرب من الإكراه ليس
هو المعروف في عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلاً بعوامل
نفسية"².

كما عرّف بعض الفقهاء عقد الإذعان بأنه "العقد الذي يفرض فيه أحد الطرفين شروطه
على الآخر"³.

لا يستطيع القاضي تعديل عقد الإذعان لمجرد أنه عقد إذعان؛ بل يجب أن يتضمن
شروطاً تعسّفية تجعل الالتزام مرهقاً لأحد طرفي العقد، فيكون تدخل القاضي عندئذ ضرورياً
لأجل تحقيق العدالة التعاقدية، وهذا ما نصّت عليه المادة (150) من المشروع المدني
ال فلسطيني، حيث نصّت على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسّفية،
جاز للمحكمة أن تعدّل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة،
ويقع باطلاً كل اتفاق ينصّ بغير ذلك"، ونجد ذات النصّ القانوني في المادة (149) من القانون
المدني المصري⁴.

¹ من الأمثلة على عقود الإذعان: عقد النقل بالطائرات أو السكك الحديدية، عقد التعاقد مع شركات التأمين، عقد الاشتراك
في الماء أو الكهرباء أو الهاتف.

² عيسى، هيثم عصام: مرجع سابق. ص 89.

³ تعريف الأستاذ عبد الله باجبير مشار إليه لدى: خلّة، منال جهاد أحمد: أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي. (رسالة
ماجستير منشورة). الجامعة الإسلامية. غزة. فلسطين. 1429هـ - 2008م. ص 41.

⁴ المادة 149 "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسّفية جاز للضاي أن يعدّل هذه الشروط، أو أن يعفي
الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". القانون المدني المصري.

أما بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية فلم تنظم مثل هذا النوع من العقود.¹

لكن قبل الحديث عن سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية لا بدّ بداية من الحديث عن مفهوم الشرط التعسفي.

¹ عابدين، عبد الناصر محمد عبد: الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الأزهر. غزة. فلسطين. 1434هـ-2013م. هامش ص66.

الفرع اثنائي: مفهوم الشرط التعسفي

عرّف المشرّع الألماني الشروط التعسفية بموجب القانون المتعلق بالشروط العامة للأعمال المؤرخ في 1976/12/9م على أنها "تلك الشروط التعاقدية التي تصاغ في الكثير من العقود، والتي يفرضها المشتري على الطرف الآخر، فيتضرر هذا الأخير بصفة مفرطة، لأنها تخالف مبدأ حسن النية أو الأحكام التنظيمية"¹.

كما عرّف المشرّع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة (132) فقرة (1) من قانون 96/95 لسنة 1995م بقوله: "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تعدّ تعسفية الشروط التي تخلق في جانب غير المهني أو المستهلك عدم توازن ظاهر في حقوق والتزامات أطراف العقد، سواء تعلّقت هذه الشروط بمحل العقد وآثاره"².

أمّا بالنسبة للمشرّع الفلسطيني والمشرّع المدني المصري³ نلاحظ غياب أيّ تعريف لشروط التعسفية، وكذلك الحال بالنسبة للمشرّع الجزائري، إلّا أنّ هذا الأخير تدخل لتعريفها من خلال نصوص خاصة في القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية رقم (02-04) في المادة (05/03) حيث عرّفت الشرط التعسفي بأنه "كلّ بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف"⁴.

¹ مشار إليه لدى: نجاه، عبيد: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري. (رسالة ماجستير منشورة) جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان. الجزائر. 2015-2016م. حاشية ص 61.

² مشار إليه لدى: بوحظيش، مريم. عمارة، ابتسام: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة 8 ماي 1945م. قالمة. 2015-2016م. ص 19.

³ "اعتبر المشرّع المصري كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، شرطاً تعسفياً ومن ثم يقع باطلاً، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون، وهي الالتزامات الواردة بالمواد 11، 7، 6، 5، 4، 3 من القانون (المادة 10 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006م والتي نصّت على بطلان ذلك)، ويعتبر كذلك شرطاً تعسفياً أي أنّه شرط ينتقص من حقوق المستهلك الواردة بذات القانون". مشار إليه لدى: عبد القادر، الصادق: حماية المستهلك من الشروط التعسفية. مجلة آفاق علمية. ع 1. مج 11. 2018م. ص 42.

⁴ نجاه، عبيد: عقود الإذعان "مرجع سابق". ص 61.

كما عرّف بعض الفقه الشروط التعسّفية بأنّها الشروط التي تتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة، أو تتعارض مع ما يستوجب مبدأ حسن النية¹.

وأيضاً عرّف جانب من الفقه الشرط التعسّفي بأنّه "ذلك الشرط الذي يضعه المتعاقد في العقد حتى يخدم مصلحته مستغلاً في ذلك ضعف المتعاقد الآخر نتيجة جهله أو عدم خبرته، مما يؤدي إلى عدم توازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد، ويرجع هذا الاختلال إلى عدم التكافؤ في المقدرة العقدية بينهما"².

الشروط التعسّفية نوعان: شروط تعسّفية بذاتها، حيث يظهر التعسّف فيها منذ إدراجها، فتسمح بحصول واضعها على ميزات مبالغ فيها، مثل شرط الإعفاء من المسؤولية. أمّا النوع الثاني، فهي شروط تعسّفية بحكم استعمالها، فصفة التعسّف في هذا النوع لا تظهر بمجرد إدراجها؛ ولكن عند تطبيق العقد والتمسك بحرفية هذه الشروط دون أي مراعاة لروحها³، مثل شرط الإعلان عن أي ظرف يزيد من الخطر المضمون أثناء سريان العقد، وإلّا سقط حقّ المؤمن له بالتعويض⁴.

قد يتم التساؤل فيما إذا من الممكن تقدير الطابع التعسّفي لشرط أم لا؟

بالرجوع إلى القانون المدني المصري ترى الباحثة بأنّه اكتفى في المادّة (149)⁵ من القانون المدني على العدالة كمعيار وحيد يتم على أساسه تدخّل القاضي لتعديل الشروط التعسّفية في عقود الإذعان، أو إعفاء الطرف المذعن منها، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفلسطيني⁶. والأمّر ذاته لدى المشرّع الجزائري؛ حيث اعتمد على العدالة كمعيار يتم على أساسه تدخّل

¹ الحبيصة، علي مصباح صالح: سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. عمان. الأردن. 2011م. ص 41.

² تعريف لدكتور عبد الحميد شنيّتي مشار إليه لدى طبيب، فايّزة: دور القاضي في مواجهة الشروط التعسّفية، مجلّة دراسات لجامعة عمار تليجي الأغواط (مجلّة دولية محكمة). ع 58. مج 58. سبتمبر 2017م. ص 163.

³ نجا، عبيد: مرجع سابق. ص 60.

⁴ د. الصدة، عبد المنعم فرج: مرجع سابق. ص 223.

⁵ راجع نصّ المادّة 149 من القانون المدني المصري.

⁶ راجع نصّ المادّة 150 من مشروع المدني الفلسطيني.

القاضي إلّا أنّ هذا المعيار لم يعد يتماشى مع التطور التشريعي للشروط التعسّفية في الدول الصناعية كفرنسا، الأمر الذي أدّى لظهور معايير أخرى لتقدير الشرط التعسّفي¹، ومن هذه المعايير²:

• معيار التعسّف في استعمال القوّة الاقتصادية.

ضخامة المشروع الاقتصادي سبب كافٍ لاستغلال المحترف قوته الاقتصادية في مواجهة المستهلك، وبالتالي تمكّنه من فرض شروط على هذا الأخير، يتمكن من خلالها الحصول على ميزة مفرطة.

من سلبيات هذا المعيار أنّه يتّسم بالغموض وعدم الدقّة، فضخامة المشروع لا تعني القوة الاقتصادية؛ ففي بعض الأحيان يكون المشروع صغيراً لكنه يتمتع باحتكار يشابه المشروع الوطني، كما أنّ فرض الشروط من قبل المحترف يستند إلى خبرته الفنية والتقنية أكثر من الاقتصادية، لأنّه يكون معتاداً على إبرام العقود، وبالتالي إملاء شروطها بالشكل الذي يحقق مصلحته على حساب الطرف الآخر.

• معيار الميزة المفرطة

الميزة المفرطة تعني الوضع المميز الذي يكتسبه المحترف نتيجة استغلاله لقوته الاقتصادية تجاه الطرف الآخر، مما يشكل عبئاً لا مقتضى له تجاه هذا الأخير³. سبب هذا المعيار هو ذات سبب معيار التعسّف في استعمال القوّة الاقتصادية، لكن الاختلاف بينهما يكمن في النتيجة المترتبة فتمتع المحترف بالقوّة الاقتصادية يعطيه الحرية ضمناً في فرض شروطه دون أي تفاوض من قبل الطرف الآخر، وبالتالي عدم التوازن في الحقوق والواجبات، مما يجعل تنفيذ العقد متنافياً مع حسن النية والعدالة والإنصاف.

¹ نجا، عبيد: مرجع سابق. ص 65.

² حدي لالة، أحمد: مرجع سابق. ص 101-103.

³ نجا، عبيد: مرجع سابق. ص 67.

من سلبيات هذا المعيار اقتصاره على المزايا التي يتمّ المغالاة فيها بغض النظر عن كونها مادية أم لا، فبالرغم من وجود شروط ذات طابع ماديّ إلّا أنّ هناك شروطاً ذات طابع غير مادي، لكنّها تؤثر على العقد، مثل الشروط المتعلقة بزمان ومكان تسليم المنتج، وأيضاً لم يحدد المعيار سقفاً معيّناً نستطيع المعرفة من خلاله فيما إذا كانت الميزة مفرطة أم لا.

لا بدّ من الإشارة هنا أنّ هذا المعيار يقترب في نظريته الماديّة من فكرة الغبن من حيث فكرة عدم التكافؤ بين الالتزامات المتقابلة، لكن يكمن الاختلاف بينهما من حيث اقتصار الغبن من على المزايا المالية، وعدم التعادل في الثمن، بينما الميزة المفرطة تشمل المزايا المالية وغير المالية، وتمتد إلى جميع الشروط التي يتضمنها العقد.

• معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد

لم يأت هذا المعيار بأيّ فكرة جديدة، وما هو إلّا تكريس لفكرة الميزة المفرطة والذي يتشابه معها من حيث الشكل لا الموضوع.

فالشرط التعسفي وفق هذا المعيار لا يمكن افتراض وجوده إلا بافتراض أنّ أحد طرفي العقد قد استعمل قوته - ليس شرطاً أن تكون قوة اقتصادية - لإدراج هذا الشرط، وإحداثه خللاً في التوازن العقدي، ولا يتم النظر إلى المزايا التي يمنحها الشرط لأحد أطراف العقد؛ إنّما ينظر إلى العقد بأكمله وبما يتضمنه من شروط، فمن الممكن أن يتضمن شرطاً آخر يمنح المتعاقد الثاني مزايا، وبالتالي يُعاد التوازن العقدي.

أخذ المشرّع الجزائري بهذا المعيار على غرار القانون المدني الفرنسي في تعريفه للشرط التعسفي في نصّ المادة (05/03) من القانون المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية رقم (02/04)، "كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"¹.

¹ نجا، عبيد: مرجع سابق. ص 71.

تري الباحثة أن معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد لا يشكل معياراً كافياً يستند إليه في تقدير الطابع التعسفي، فالأصل الرجوع للقانون مباشرة، كما ترى أن المعايير التي تم استحداثها والتي شُرحت سابقاً لم تكن بالجديدة؛ فتشابه ما تم ذكره في نصّ المادّة (5)¹ من المشروع المدني الفلسطيني، حيث اعتبرت استعمال الحق تعسفياً في حال قصد من هذا الاستعمال الإضرار بالآخرين، وأن يلحق بهم ضرراً غير مألوف، وإذا كان استعمال الحق يرمي إلى تحقيق مصالح غير مشروعة ومصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب نهائياً مع ما يصيب الآخرين من ضرر بسببها.

أمّا بالنسبة لتعريف الشرط التعسفي الذي تبناه المشرّع الجزائي في نصّ المادّة (05/03) من قانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية رقم (02/04) والتي تنصّ على أن "كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، فموجب هذا التعريف يفهم بأنّه طالما وجد شرط في العقد يعطي مزايا لأحد طرفي العقد دون الآخر فهو شرط تعسفي، دون النظر إلى باقي شروط العقد، حيث يجب النظر إلى العقد بأكمله، وبما يتضمنه من شروط، فقد يتضمن شرطاً آخر يعطي للمتعاقد مزايا بالشكل الذي يحقق التوازن العقدي.

تقترح الباحثة بأن يتمّ تعريف الشرط التعسفي بأنّه الشرط الذي يستقلّ بوضعه المحترف بطريقة الإذعان، مستهدفاً إلحاق الضرر بالمذعن، من خلال فرض التزامات مرهقة أو حرمانه حقاً من حقوقه، بالشكل الذي يحقق ميزة مفرطة لمحتكر السلعة أو الخدمة، وبالتالي غياب العدالة بينهما.

¹ نصّت المادّة 5 من المشروع المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012م على أنّه "يعد استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية: 1- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير 2- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة 3- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتّة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها 4- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف"، يقابها نصّ المادّة 5 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م.

الفرع الثالث: إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية

يفهم من نصّ المادة (149) من القانون المدني المصري والمادة (150) من المشروع المدني الفلسطيني¹ على أنه يجوز للقاضي أن يعدّل الشروط التعسفية أو إعفاء المذعن منها² في حال تمّ العقد بطريقة الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية، هذه السلطة هي سلطة جوازية تقديرية، تتصل بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافها³.

وهدف المشرّع من ذلك هو تجنبّ عدم العدالة التي تنشأ من عدم السماح بمناقشة أو تعديل أو إلغاء الشروط الأولية الواردة في العقد، مثل حالة ارتفاع الأسعار، كما أنّ تعديل العقد يقصد به تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي تدخل المشرّع لخفض الأداءات المالية المتفق عليها، فلا يكون هدفه فقط تحقيق التوازن بين الأداءات، وإنما سياسة محاربة الانكماش⁴.

¹ يقابلهم نصّ الماد 110 من القانون المدني الجزائري.

² من التطبيقات القضائية حكم محكمة النقض المصرية بطعن رقم 388 لسنة 57 القضائية حيث نصت على "... وحيث إن الطاعنة تنعي بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه، الخطأ في تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع، ذلك أنها تمسكت أمام محكمة الاستئناف بأنّ البند الثاني من عقد الاشتراك تضمن شرطاً بإعفائها من المسؤولية، وهو شرط جائز قانوناً. كما حدد قيمة التعويض الذي يستحق في حالة حدوث العطل بقيمة الاشتراك عن تلك المدة، فلا يجوز للمضرور أن يطالب بتعويض يزيد عن القدر المتفق عليه، إلّا أنّ المحكمة اعتبرت الاتفاق في شقّه الأول شرطاً تعسفياً فألغته، والتفتت عن دفاع الطاعن بشأن الشق الثاني منه، مما يعيب حكمها ويستوجب نقضه. إلّا أنّ المحكمة اعتبرت الاتفاق في شقّه الأول شرطاً تعسفياً فألغته، والتفتت عن دفاع الطاعن بشأن الشق الثاني منه مما يعيب حكمها ويستوجب نقضه. وحيث إن هذا النعي في وجهه الأول غير مقبول، ذلك أنّ مؤدى النصّ في المادة 149 من القانون المدني أنه إذا تضمن العقد الذي تم بطريق الإذعان شروطاً تعسفية فإن للقاضي أن يعدّل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ومحكمة الموضوع هي التي تملك حقّ تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا. لما كان ذلك، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه قد انتهى بأسباب سائغة إلى اعتبار الشرط الوارد بالبند الثاني من العقد شرطاً تعسفياً رأى الإعفاء منه، ومن ثمّ فإنّ ما يثيره الطاعن في هذا الشأن جدل موضوعي غير مقبول، والنعي في وجهه الثاني غير صحيح، ذلك أنّ ما تضمنه البند الثاني من العقد من أنه..." حكم محكمة النقض المصرية طعن رقم 388 لسنة 57 القضائية، جلسة 12 ديسمبر سنة 1989م المشار إليها لدى بوابة مصر للقانون والقضاء. www.laweg.net. تاريخ آخر زيارة: 2019/9/1م. الساعة: 23:30.

³ أحمد، خليل: مرجع سابق. ص 41.

⁴ الحبيصة، علي مصبح صالح: مرجع سابق. ص 50.

مع العلم بأنّ ما يتمتع به القاضي من حرية وسلطة في تعديل الشرط التعسّفي أو إلغائه لا يكون إلّا بناءً على طلب من الطرف المدّعى¹.

يقصد بتعديل الشروط التعسّفية في عقود الإذعان؛ أي الإبقاء عليها مع رفع أوجه التعسّف فيه، مثل الشروط التعسّفية المتعلقة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المدّعى، مثل الثمن في عقد البيع، فلا يتمّ إلغاء هذا الشرط كونه شرطاً جوهرياً، وبالتالي فإنّ إلغائه يؤدي إلى تحوّل العقد من عقد ملزم لجانبين إلى عقد ملزم لجانب واحد².

وقد تكون الشروط التعسّفية متعلّقة بوسائل التنفيذ، أو بمدته، فيعدل القاضي في هذه الحالة بالإنقاص، وقد يمثّل الشرط التعسّفي صورة من صور الغبن أو حالة من حالاته بمعناه المادّي، ففي هذه الحالة يعدّل القاضي الشرط إمّا بالإنقاص أو الزيادة لإزالة الغبن الوارد فيه، مع العلم بأنّ القاضي في هذه الحالة لا يتقيد بالشروط اللازمة لرفع الغبن والاستغلال، والتي سيتمّ توضيحها لاحقاً، لأنّ تعديل العقد بسبب الشرط التعسّفي في عقد الإذعان مسألة مستقلة، فعند تعديل عقد الإذعان المنطوي على غبن فإنّ القاضي في هذه الحالة يُحلّ الالتزام القضائي محلّ الالتزام العقدي، بالإضافة لذلك قد يكون الشرط محلّ الطعن في صورة شرط جزائي، فالقاضي هنا قد يقوم بتعديله³.

أمّا بالنسبة لسلطة القاضي بإلغاء الشرط التعسّفي والذي يعدّ أشدّ خطورة وأكثر جرأة من سلطته في تعديل الشرط التعسّفي، فالقاضي بموجبها يخالف أحكام مبدأ القوة الملزمة للعقد⁴، فقد يقدّر القاضي بأنّ الشرط الوارد في العقد بعدم الضمان أو عدم مسؤولية المحتكر لسلعة هو شرط تعسّفي، ولا يحقق التوازن العقدي والعدالة، بالتالي يلجأ إلى إلغائه⁵.

¹ أحمد، خليل: مرجع سابق. ص 41.

² الحبيصة، علي مصبح صالح: مرجع سابق. ص 50.

³ زينة، صاغي. نسيم، مقري: مرجع سابق. ص 38-39.

⁴ فايزة، طبيب: مرجع سابق. ص 165.

⁵ نجاه، عبيد: مرجع سابق. ص 71.

ومن التطبيقات القضائية، حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم (52) لسنة 2003م، حيث نصّت على "أننا نجد أنّ اتفاقية توريد الكهرباء بين البلدية والأفراد وإن تضمنت شرطاً يجيز لها قطع الكهرباء إذا تخلف المشترك عن دفع أثمانها مدة شهر فهي من العقود المسمّاة الملزمة للطرفين، وهي من العقود الرضائية، لكنّ الشرط الذي يخوّل البلدية قطع التيار الكهربائي دون إنذار بعد مدة شهر من التخلف عن دفع أثمان الكهرباء إنّما يعتبر إذعانا من المشترك، وصفة الإذعان هذه تسوّغ للقضاة استبعاد الشروط التعسّفية، ويستهدي القاضي في ذلك بطبيعة التعامل بين أطراف العقد التي يتجلى فيها الغرض منه..."¹.

¹ حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 52 لسنة 2003م المشار إليه لدى المقتفي <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=36425> تاريخ آخر زيارة:

23:30. الساعة: 2019/9/1م.

المبحث الثاني

تعديل القاضي للعقد بسبب الغبن والاستغلال

إنّ التطور الحاصل في شتى مجالات الحياة والذي يشهده عصرنا هذا، أدى إلى عدم المساواة بين أفراد المجتمع في شتى الميادين، مما أعطى المجال لأصحاب رأس المال فرض شروطهم على من هم أقلّ منهم، خاصة في عقود المعاوضات التي تخضع لقانون العرض والطلب، فقد يتفاوت ثمن السلعة عن قيمتها الحقيقية، وبالتالي ينتفي التوازن بين التزامات الأطراف المتبادلة، وعليه يسمى هذا التفاوت بالغبن¹.

وقد يكون أساس عدم التعادل بين أطراف العقد راجع لعوامل نفسية تتعلق بأحد المتعاقدين، كأن تتوفر في أحدهما صفة الضعف النفسي؛ بحيث تكون سبباً في جعله تحت سيطرة المتعاقد الآخر، والذي استغل هذا الأمر، وهذا ما يعرف بالاستغلال، والذي يشكل الجانب النفسي للغبن².

ولتوضيح المقصود بكلا الحالتين وتوضيحه بنوع من التفصيل، قامت الباحثة بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تحدثت في المطلب الأول عن (الغبن المجرد) وبيان موقف التشريعات ودور القاضي بالنسبة للعقود التي تتضمنه، أمّا في المطلب الثاني تحدثت فيه عن ما يسمّى (الاستغلال)، وبيّنت موقف التشريعات ودور القاضي بشأن ذلك.

المطلب الأول: تدخّل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن المجرد

يعدّ التعادل بين التزامات أطراف العقد في المعاملات المالية أصلّ عام، لكنّ هذا الأصل ليس متبعاً دائماً، خاصة في عقود المعاوضات التي تخضع لقانون الطلب والعرض، فقد يتفاوت ثمن السلعة عن قيمتها الحقيقية، وبالتالي يؤدي هذا التفاوت إلى اختلال في التوازن العقدي، وينتج عن هذا الاختلال ما يسمى بالغبن.

¹ زينة، صاغي. نسيم، مقري: مرجع سابق. ص 6.

² عابدين، عبد الناصر محمد عبد: مرجع سابق. ص 2.

وللحديث عن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن كعيب من عيوب العقد، كان لا بدّ بداية من الحديث عن مفهوم الغبن وتوضيح المقصود به، لذلك قامت الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول تمّ الحديث فيه عن مفهوم الغبن وخصائصه، أما الفرع الثاني فقد تحدثت فيه عن حالات الغبن ودور القاضي في حال تحققها.

الفرع الأول: مفهوم الغبن وخصائصه

يقصد بالغبن لغةً "النقص"، يقال غبنه: أي نقصه¹، ويعني كذلك الخديعة².

كما عرّف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الغبن بأنه: "عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه"³.

تري الباحثة نوعاً من الغموض في تعريف الدكتور السنهوري كون الغبن لا يشمل جميع العقود، وإنما ينحصر فقط في عقود المعاوضات.

وبرجوع الباحثة لمجلة الأحكام العدلية وجدت بأنها نصّت في المادة (165) على أنّ "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو زيادة" دون ذكر أيّ تعريف آخر للغبن، وهذا يدلّ على أنّ الأمر ترك لاجتهاد الفقهاء.

وعرّف الفقه القانوني الغبن: بأنه عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين، ففي هذه الحالة ينظر إلى الجانب المادّي فقط من حيث اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به أطراف العقد⁴.

أمّا بالنسبة للشريعة الإسلامية، فقد حرّمت الربا الفاحش، واعتبرته سبباً من أسباب فسخ العقود، فيرى الأحناف أنّ الغبن الفاحش مفسدٌ للعقد، وفي مذاهب أخرى يكفي أن يكون الغبن على غير المعتاد، أمّا بالنسبة للإمام مالك فقد اشترط حتى يتمّ فسخ العقد - بسبب الغبن - توفر

¹ د. أنيس، إبراهيم . د منتصر ، عبد الحليم . الصوالحي ، عطية . أحمد ، محمد خلف الله : مرجع سابق. ص 675.

² بوكماش، محمد: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الحاج لخضر. باتنة. الجزائر. 2011-2012م. ص94.

³ مشار إليه لدى: أحمد، خليل: مرجع سابق. ص5.

⁴ زينة، صاغي. نسيم، مقري: مرجع سابق. ص7.

ثلاثة شروط، وهي: جهل البائع أو المشتري بالأسعار، وأن يقوم به قبل مضي عام، وأن يكون ما حصل به الغبن الثلث فأكثر¹.

وعليه لا يكون الغبن إلّا في عقود المعاوضة والملزمة للجانبين، وفي العقود محددة القيمة، وليست عقوداً احتمالية، كون العقد الاحتمالي هو العقد الذي لا يعرف فيه كل من المتعاقدين القدر الذي سيتم أخذه أو الذي سيعطى، فلا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير معروف وقت حصوله، مثل: عقد التأمين وعقد الرهان، فهذه العقود تحتتمل الربح والخسارة²، حيث يرى بعض الفقهاء أنّ السبب في استبعاد هذه العقود كون أدائها غير محددة فلا يتصور الغبن فيها، ففي حال اتفق الأطراف على أن يكون العقد احتمالياً وهو في الحقيقة خلاف ذلك، ونازع أحدهما أمام القضاء لنقض العقد بسبب الغبن على أساس الصفة الاحتمالية، فالقاضي في هذه الحالة يبحث في حقيقة العقد، ويقوم بتكييفه وإعطائه الوصف الصحيح، فإذا قرّر بأنّ العقد ليس احتمالياً وأنّ التزامات الطرفين ليست متساوية فليس هناك ما يمنع أن يطبق أحكام وآثار الغبن³.

ولا يتصور الغبن في عقود التبرّع كون المتعاقد في هذه العقود يعطي ولا يأخذ، كعقد الهبة، حيث يقدم الشيء الموهوب للموهوب له دون عوض، كما ويقدر الغبن وقت تمام التعاقد، فلا عبرة بالتغير الحاصل بعد ذلك⁴.

الفرع الثاني: حالات الغبن وشروطه

يؤسس الغبن على واقعة عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة في العقد، فهو عيب في العقد ذاته، لذلك يكون غبن مجرد، مستقل عن عيوب الرضا (الغلط، الإكراه، التدليس).

¹ خليفة، بوداود. السعيد، بوزيان: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة محمد بوضياف. المسيلة. الجزائر. 2017-2018م. ص6.

² بيع الأشياء المستقبلية وفق رأي فقهاء الشريعة الإسلامية باطل، كونه بيع عدم باستثناء بيع السلم، حيث نصّت المجلّة في المادة 123 على "السلم بيع مؤجل بمؤجل". مشار إليه لدى: عابدين، عبد الناصر محمد عبد: الغبن وأثره على العقد في مجلّة الأحكام العدليّة. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الأزهر. غزة. فلسطين. 1434هـ-2013م. ص32.

³ عابدين، عبد الناصر محمد عبد: مرجع سابق. ص31-32.

⁴ أحمد، خليل: مرجع سابق. ص5.

قد نكون أمام نوعين من الغبن، غبن يسير وهو مألوف في المعاملات المالية ولا يمكن الاحتراز منه، ولا يؤثر في العقود إلّا في حالات نصّ عليها المشرّع، أمّا الغبن الفاحش فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في نصّ المادة (165) حيث نصّت على أنّ "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو زيادة".

والأصل أنّه لا يُعتدّ بالغبن المجرد دون أن يكون مرتبطاً بتغيير، وهذا ما يفهم من نصّ المادة (357) من مجلة الأحكام العدلية، حيث نصّت على أنّه "إذا غرّر أحد المتابعين الآخر، وتحقق أنّ في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ"، فيفهم من نصّ المادة هذه بوجوب اقتران الغبن مع التغيير، ليستطيع المغبون طلب فسخ العقد، إلّا أنّ المجلة نصّت على حالات يكفي فيها الغبن الفاحش المادّي ليعيب العقد، وهذا ما يعد استثناءً على الأصل، ومن هذه الحالات¹:

- نصّ المادة (356) من مجلة الأحكام العدلية، حيث نصّت على أنّه "إذا وجد غبن فاحش في البيوع ولم يوجد تغيير فليس للمغبون أن يفسخ البيع، إلّا أنّه إذا وجد الغبن في مال اليتيم لا يصح البيع، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم"، فليس من المصلحة بيع هذه الأموال بغبن حتى لو لم يصاحبها تغيير.

- يعتدّ بالغبن الفاحش كعيب مادّي في عقد الإجارة الذي يبرمه وصيّ اليتيم أو مأمور بيت المال أو متولي الوقف، في حال كان محلّ العقد عقاراً ليتيم، أو وقفاً، أو بيت المال².

- يعتدّ بالغبن الفاحش كعيب مادّي في عقد القسمة، وهذا ما نصّت عليه المادة (1160) من مجلة الأحكام العدلية، حيث نصّت على أنّه "إذا تبينّ الغبن الفاحش في القسمة تفسخ وتقسم

¹ عابدين، عبد الناصر محمد عبد: مرجع سابق. ص 96-101.

² هذا ما أكّدت عليه المادة 441 من مجلة الأحكام العدلية، حيث نصّت على أنّ "الإجارة بعدما انعقدت صحيحة لا يسوغ للأجر فسخها بمجرد ضم الخارج على الأجرة، لكن لو أجر الوصي أو المتولي عقار اليتيم أو الوقف بأنقص أجرة المثل تكون الإجارة فاسدة ويلزم أجر المثل". بالرغم من عدم نصّ المادة على الغبن صراحة إلّا بعض الفقهاء وشرّاح المجلة نصّوا على أنّ أحكام الغبن الفاحش الوارد في كتاب البيوع يسري أيضاً على عقود الإجارة، كون الإجارة بيع منافع. مشار إليه لدى: عابدين، عبد الناصر محمد عبد: مرجع سابق. ص 97-98.

ثانية قسمة عادلة" كما نصّت المادة (1127) من ذات المجلّة على أنه "يلزم أن تكون القسمة عادلة، أي أنّ تعدل الحصص بحسب الاستحقاق، وأن لا يكون بإحداهما نقصان فاحش، فلذلك تسمع دعوى الغبن الفاحش في القسمة... إلخ".

- كما ويعتدّ بالغبن الفاحش كعيب مادي في الوكالة الخاصة بالشراء، وهذا ما نصّت عليه المادة (1482)¹، فلا يجوز للوكيل بالشراء أن يشتري بغبن فاحش، وكذلك الطعن اليسير في الأشياء التي تكون محددة القيمة والسعر، مثل اللحوم، والهدف من ذلك المحافظة على أموال الغير ومصالحهم وحقوقهم.

- لا يعتدّ ببيع المدين المحجور عليه بسبب دينه المستغرق ماله، وعليه يعتدّ بالغبن الذي وجد فيه مطلقاً، ويبقى العقد موقوفاً على إجازة الدائنين، فلم الحق في إجازته أو إبطاله، وهذا ما أكّدت عليه المادة (1002)²، والهدف من ذلك المحافظة على حقوق الغير.

كما أكّدت المادة (1001)³ على اقتصار تأثير الحجر في إبطال تصرفات المدين على المال الذي كان موجوداً وقت الحجر، ولا يؤثر على المال الذي يملكه فيما بعد.

- في حال صالح ولي القاصر بغبن يسير أو بمقدار طلب القاصر صحّ الصلح، أمّا في حال كان هنالك غبن فاحش فلا يصحّ الصلح، وهذا ما نصّت عليه المادة (1540) من مجلّة الأحكام العدليّة⁴.

بما أن المشرّع الفلسطيني اعتدّ أيضاً بالمذهب الماديّ البحث فقد أورد حالات الغبن على سبيل الحصر وبالتالي سيتم توضيح هذه الحالات بالتفصيل⁵:

¹ راجع نصّ المادة 1482 من مجلّة الأحكام العدليّة.

² راجع نصّ المادة 1002 من مجلّة الأحكام العدليّة.

³ راجع نصّ المادة 1001 من مجلّة الأحكام العدليّة.

⁴ راجع نصّ المادة 1540 من مجلّة الأحكام العدليّة.

⁵ عابدين، عبد الناصر محمد عبد: مرجع سابق. ص 112-116.

1- بيع عقار مملوك لناقص الأهلية بغبن فاحش، حيث يحسب الغبن الفاحش حسب قيمة العقار من وقت البيع، وليس وقت اكتشافه من قبل البائع، ويستطيع هذا الأخير المطالبة بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس في حال كان الغبن الذي وقع به أكثر من خمس قيمة العقار، وهذا ما أكدته المادة (447) من المشروع المدني الفلسطيني.

2- بيع مريض - مرض الموت - بيعاً شابه غبن فاحش من البيوع الموقوفة على إجازة الورثة أو الدائنين، إلّا إذا تمت موافقتهم عليها، أو تمت بثمن المثل، لم يحدد المشروع الفلسطيني رقماً محدداً للغبن في هذه الحالة، لكن وبالرجوع إلى المذكرات الإيضاحية نرى بأنها اعتبرت الغبن الفاحش هو الذي يزيد على الخمس من قيمة المبيع.

3- يجوز الطعن بالقسمة الاتفاقية بالغبن في حال زاد على الخمس في أحد حصص المتقاسمين، وهذا ما أكدته المادة (969) من المشروع المدني الفلسطيني، حيث نصّت على أنه "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ما لم يكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته".

4- بيع مريض - مرض الموت - وحتى يكون صحيحاً يجب على المشتري أن يثبت بأنه دفع الثمن، وكان الثمن الذي دفعة وقت الموت يقلّ عن قيمة المبيع بما لا يتجاوز ثلث التركة، ويكون هذا البيع نافذاً في حقّ الورثة دون الحاجة إلى إجازتهم سواء تم البيع لوارث أو لغير الوارث.

وفي حال كانت التركة مستغرقة بالديون فلا ينفذ بيع مريض مرض الموت في مواجهة دائني التركة في حال تم البيع بأقلّ من قيمة المثل، أو بغبن يسير، والسبب في ذلك نقصان الضمان العام للدائنين، وبالتالي ليس على المشتري إلّا دفع ثمن مثل المبيع، أو كان للدائنين الحق في فسخ البيع¹.

¹ راجع نص المادة 509 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

5- لا يجوز أن تقلّ إجارة الوقف عن أجر المثل، ويستوجب على المستأجر أن يكمل أجر المثل بأثر رجعيّ ليشمل المدة الماضية من وقت سريان العقد، حيث يكون المستأجر أمام خيارين: إمّا فسخ عقد الإيجار، أو دفع أجر المثل عن المدة الباقية من عقد الإيجار، وهذا ما أكّدته المادّة (1/710) من المشروع المدني الفلسطيني¹.

6- يجب على الوكيل الخاص بالشراء أن يشتري بثمان المثل أو بغبن يسير في الحالة التي لا يكون فيها الموكل مبيّناً الثمن الذي سيشتري به، أمّا إذا اشترى بغبن فاحش وبما لا يقلّ عن الخمس فيتحمّل الوكيل المسؤولية، إلّا إذا أجاز الموكل التصرف.

وبناء على ما ذكر، يكون المشرّع الفلسطيني ومجلة الأحكام العدليّة قد أخذوا بما يسمى بالغبن المجرد في بعض العقود، والتي تم توضيحها سابقاً كونه عيباً من عيوب العقد، دون النظر إلى وجود الرضا من عدمه.

أمّا بالنسبة للمشرّع المدني المصري فلم يعتد بالأصل بالغبن بشكل عام، إلّا أنّه أورد استثناءً على هذا الأصل يتمثل بالتالي:

- في حالة بيع عقار بالطبيعة أو بالتخصيص مملوك لعديم الأهليّة أو ناقصها، ويسري أيضاً الحكم على المقايضة، حيث نصّت المادّة (485) من القانون المدني² على سريان أحكام البيع على المقايضة، ففي هذه الحالة تكون الصلاحية للقاضي بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس، لكن بناء على طلب البائع المغبون فيما يزيد على خمس ثمن العقار، وهذا ما أكّدته المادّة (425) من القانون المدني المصري، حيث نصّت على "1- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. 2- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع"³.

¹ راجع نصّ المادّة 1/710 من المشروع المدني الفلسطيني.

² راجع نصّ المادّة 485 من القانون المدني المصري.

³ معوض، فؤاد محمود: مرجع سابق. ص 288-289.

• الغبن في الفوائد الاتفاقية: حيث يشترط أن لا يزيد سعر الفوائد الاتفاقية عن (7%) وفي حال أيّ زيادة يجب أن تخفض إلى هذه النسبة وردّ القدر الزائد، وهذا ما نصّت عليه المادة (227) من القانون المدي المصري¹.

• الغبن في القسمة الرضائية أو الاتفاقية: في حال لحق أحد المتقاسمين غبن من القسمة الرضائية أو الاتفاقية، وكان هذا الغبن يزيد عن (5%)، كان للمتقاسم المغبون أن يطلب نقض القسمة، والعبرة تكون في تقدير قيمة الشيء الذي وقعت عليه القسمة بالقيمة التي كانت له وقت القسمة.

يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، لكن يمكن للمدعى عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدًا أو عينًا ما نقص من حصته².

المطلب الثاني: تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الاستغلال (الغبن الاستغلالي)

يعرف الاستغلال لغةً بأنه: الانتفاع من الغير بدون وجه حق لجاء المستغل أو نفوذه³. كما يعرف بالنظرية النفسية للغبن، والعبرة فيه بالقيمة الشخصية، أي قيمة الشيء في نظر المتعاقد، فقد يعطي الشخص ثمنًا أكبر من القيمة الشخصية لشيء كونه واهمًا في قيمته أو مخدوعًا أو مضطرًا إلى التعاقد، ولا يكون ذلك إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عوز أو حاجة⁴، أمّا اصطلاحًا فيعرّف بالضعف النفسي الذي يراود المتعاقد من أجل التعاقد وتحمل التزامات لا تتعادل مع العوض المالي، أو أن تكون بغير عوض⁵.

كما ويعرّف بأنه استغلال شخص لطيش بين في شخص آخر، أو هوى جامح فيه، أو حاجته أو عدم خبرته لإبرام تصرف يؤدي إلى غبن فاحش⁶.

¹ العبدلاوي، إدريس العلوي: الغبن في النظرية الحديثة (الاستغلال)، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن. ع6. مج6. 1986م. ص48-49.

² المرجع سابق. ص48.

³ د. أنيس، إبراهيم. د منتصر، عبد الحليم. الصوالحي، عطية. أحمد، محمد خلف الله. مرجع سابق. ص692.

⁴ زينة، صاغي. نسيم، مقري: مرجع سابق. ص12-13.

⁵ أحمد، خليل: مرجع سابق. ص5.

⁶ العبدلاوي، إدريس العلوي: مرجع سابق. ص10.

كما عرفه الدكتور سليمان مرقس بأنه "أمر نفسي مصحوب بعدم التعادل بين التزامات الطرفين، وهو يفترض في الطرف المغبون توافر عيب يؤثر في سلامة تقديره للأمر كطيش أو هوى، وفي الطرف الغابن قصد استغلال ذلك العيب الموجود في الطرف المغبون للحصول على مزايا تفوق كثيراً قيمة ما يعطيه للطرف المغبون"¹.

تري الباحثة بأن جميع التعريفات تصبّ في اتجاه واحد، ألا وهو الضعف النفسي للمغبون والذي كان أساس تعاقدّه.

أما قانوننا فقد عرفته المادة (128) من المشروع المدني الفلسطيني، حيث نصّت على أنّه "إذا استغل شخص في آخر حاجة ملّجئة، أو طيشاً بيّناً، أو هوى جامحاً، أو عدم خبرة، وجعله ذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجرّه عليه من نفع مادي أو أدبي، كان للطرف المغبون أن يطلب إبطال العقد أو أن ينقص التزامه. ويجوز للمتعاقد الآخر أن يتجنب إبطال العقد إذا عرض ما تراه المحكمة كافياً لرفع الغبن".

كما نصّت المادة (1/129) من القانون المدني المصري على أنّه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتّة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبيّن أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد، إلّا لأنّ المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيّناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد"².

أمّا القانون المدني العراقي ومن خلال قراءة الباحثة، وجدت بأنّه قد نصّ في المادة (125) على أنّه "إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلّت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقدّه غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع

¹ العبدلاوي، إدريس العلوي: مرجع سابق. ص10.

² مشار إليها لدى: د. الفضل، منذر: مصادر التزام. ط3. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1995م. حاشية ص195.

الغبين عنه إلى الحدّ المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقصه.

في المقابل نجد بأنّ هذا النوع لم تنظمه مجلة الأحكام العدليّة، أمّا المشرّع الأردني فقد قصر تنظيم الاستغلال على حالة عقد السلم¹، حيث أعطت المزارع في بيع السلم أن يطالب بفسخ العقد لوجود اختلال في توازن العقد ناتج عن استغلال الحاجة فقط، ومن الممكن أن يبقى الاستغلال في حال استغل المغبون حالة عدم الخبرة أيضاً².

قد يلحق الاستغلال عقود المعاوضة³ وعقود الغرر وعقود التبرع⁴، وقد يتوافر الغبن الاستغلالي أيضاً في عقود الاحتمالية في حال كان اختلال التعادل فيها مفرضاً⁵.

ستتحدث الباحثة عن عناصر وجزاء الاستغلال بشيء من التفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: عناصر الاستغلال

يتضمن الاستغلال عنصرين، وهما⁶:

1- العنصر المادّي (الموضوعي)

¹ نصّت المادة 538 على أنّه "1- إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولاً بسعر أو بشروط مجحفة إجحافاً بيّناً كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطالب من المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف، وتأخذ المحكمة في ذلك بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان ومستوى الأسعار العامة وفروقاتها بين تاريخ العقد والتسليم، طبقاً لما جرى عليه العرف. 2- للمشتري الحق في عدم قبول التعديل الذي تراه المحكمة واسترداد الثمن الحقيقي الذي سلّمه فعلاً للبائع، وحينئذ يحق للبائع أن يبيع محصوله ممن يشاء 3- ويقع باطلاً كل اتفاق أو شرط يقصد به إسقاط هذا الحق، سواء أكان ذلك شرطاً في عقد السلم نفسه، أو كان في صورة التزام آخر منفصل أيّاً من كان نوعه". من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م. نشر في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ: 1976/8/1م.

² عابدين، عبد الناصر محمد عبد: مرجع سابق. ص 90.

³ سلطان، أنور: الموجز في مصادر الالتزام. دون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1996م. ص 118.

⁴ مثال ذلك أن يعقد الزوج الكبير في السن عقداً مع قريب زوجته يهب فيه بعض أمواله لزوجته التي يحبها بشده وكانت الهبة تحت تأثير هذه الزوجة، أو يعقد عقد معاوضة يتفاوت فيه التعادل لصالح قريب الزوجة. مشار إليه لدى هائل حزام مهيوب: النظرية العامة للاستغلال. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث 2009م. ص 356.

⁵ زينة، صاغي. نسيمية، مقري: مرجع سابق. ص 15-16.

⁶ خليفة، بوداود. السعيد، بوزيان: مرجع سابق. ص 11.

يتمثل في عدم التعادل المطلق بين التزامات طرفي العقد، فما قدّمه المتعاقد المغبون لا يتناسب بتاتاً مع المنفعة أو الفائدة التي حصل عليها بموجب العقد.

يتم تقدير الاختلال حسب قيمة الشيء وقت التعاقد وليس بعد ذلك، وأن يعتدّ بقيمة الشيء حسب نظر المتعاقد المتضرر، كما أنّ الفداحة في اختلال التعادل معيار مادي، لكن هذا المعيار متغير حسب ظروف كل حالة.

2- العنصر المعنوي للاستغلال

يتجسد هذا العنصر في حال استغل أحد الطرفين الطيش البين أو الهوى الجامح لدى الطرف الآخر بالشكل الذي يؤدي إلى عدم التعادل في قيمة الالتزامات¹.

هذا العنصر مزدوج يقوم في جانب كلٍّ من الطرفين، فبالنسبة لطرف المغبون ضعف نفسي، أمّا الطرف الغابن فهو استفادة من هذا الضعف، وخير مثال على ذلك: رغبة امرأة الطلاق من زوجها لكي تتزوج شخصاً آخر، فتقوم بدفع مال لزوجها مقابل تطليقها والذي يستغل رغبته.

الفرع الثاني: شروط الاستغلال

لتحقق الاستغلال لا بُدّ من توافر عدة شروط²:

- اختلال التعادل بين التزامات المتعاقدين بشكل فادح

فلا يقوم الاستغلال دون وجود تفاوت واضح وغير عادل بين التزامات الأطراف، ولا يكفي أن يكون هذا التفاوت بسيطاً، بل يجب أن يكون على قدر من الجسامة.

¹ صدر حكم استئناف جبل لبنان المدنية، قرار رقم 11 بتاريخ: 1987/1/27م قضى بأنّه "لا يكفي لقيام الغبن اختلال التوازن بين الموجبات، إنما ينبغي أن يقترن الاختلال باستغلال حالة نفسية، ومع ذلك لا يشترط أن يصل الضيق وحاجة الإنسان إلى حد الضرورة التي هي مظهر من مظاهر الإكراه المفسد للرضا؛ لأن الإنسان المحتاج الذي يكون بضيق يستطيع أن يملئ عليه الطرف الآخر الشروط التي يريدها بالعقد" مشار إليه لدى: العامري، هائل حزام مهيبوب: مرجع سابق. حاشية ص324.

² عابدين، عبد الناصر محمد عبد: مرجع سابق. ص87-90.

معيّار تقدير هذا التفاوت يتمّ بالنظر إلى قيمة الشخصية للالتزامات وليس القيمة الاقتصادية، كما ويتمّ تقدير جسامة الاختلال من خلال سلطة قاضي الموضوع التقديرية¹.

• توافر الضعف في إرادة المغبون

يشترط أن يوجد لدى المغبون ضعف في إرادته وأن يكون قد استغله الطرف الآخر للتعاقد، ويتمثل هذا الضعف في حالات ذكرها المشرّع الفلسطيني؛ كالطّيش البينّ، أو الهوى الجامح، أو عدم الخبرة، أو الحاجة الملحة لإبرام العقد. ولم يشترط أن تتوافر هذه الحالات جميعها؛ بل يكفي أن تتوفر إحداها عند إبرام العقد، ويتمّ تقدير هذه الحالات التي تختلف من إنسان لآخر كلٌّ حسب طبيعته من قبل قاضي الموضوع، دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض.

تري الباحثة بأنّ المشرّع الفلسطيني كان موفّقاً عندما توسّع في الحالات التي تمثل ضعف المغبون، مقارنة مع المشرّع المصري الذي اقتصر على حالتين: وهما الطّيش البينّ، أو الهوى الجامح².

• أن يكون الاستغلال هو الدافع للتعاقد

يجب أن تتوفر لدى الطرف الغابن نيّة استغلال الطرف المغبون، ويجب أن يكون على علم بحالات ضعف المغبون، أو كان بإمكانه العلم بها، ويعود تقدير ذلك لقاضي الموضوع³.

الفرع الثالث: تدخّل القاضي

نصّت المادة (1/128) من المشروع المدني الفلسطيني على أنّه "... كان للطرف المغبون أن يطلب إبطال العقد أو أن ينقص التزامه، ويجوز للمتعاقد الآخر أن يتوقّى إبطال العقد إذا عرض ما تراه المحكمة كافياً لرفع الغبن".

¹ خليفة، بوداود. السعيد بوزيان: مرجع سابق. ص 11.

² راجع نصّ المادة 129 من القانون المدني المصري.

³ خليفة، بوداود. السعيد بوزيان: مرجع سابق. ص 12.

وكذلك المادة (1/129) من القانون المدني المصري والتي نصّت على أنه "... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد".

فإذا توفرت شروط الاستغلال والتي تم ذكرها سابقاً يكون القاضي أمام دعويين¹:

الدعوى الأولى: دعوى الإبطال

لتحقيق التوازن العقدي، أجاز المشرّع دعوى الإبطال كوسيلة قانونية من حق الطرف المغبون، إثارتها أو التنازل عنها، كون العقد باطل بطلاناً نسبياً لعيب في أحد أركانه وهو الرضا، دون أن يكون للقاضي الحق في إثارتها من تلقاء نفسه، كون هذا النوع من البطلان ليس من النظام العام.

لكن في المقابل يكون للقاضي حرية الاختيار في إجابة طلب دعوى إبطال العقد في حال رأى أنّ الاستغلال قد أفسد رضا المغبون، ولولاه لما أبرم العقد، أو قد ينقص الالتزامات إلى الحدّ الذي يراه كافياً لرفع الغبن، طالما يصبّ هذا الجزاء في مصلحة الطرفين، ففي اختياره هذا يعتمد على فكرة الملاءمة في أعمال الجزاء وفقاً لتقديره القضائي.

فالخيار بين الأمرين متروك للقاضي الموضوع، فله السلطة الكاملة في تقدير ظروف كل دعوى، ومصلحة الطرفين، وملابسات كلّ قضية في الإبقاء على العقد أو إبطاله، دون أي رقابة من المحكمة العليا.

يمكن لطرف المتعاقد الآخر أن يتفادى إبطال العقد - بشرط على أن يكون عقد معاوضة وليس عقد تبرع - بتقديمه ما يرفع الغبن بشكل كاف، ويقدر القاضي ذلك بالشكل الذي يؤدي إلى رفع التفاوت الفاحش بين الالتزامات، وهذا ما نصّت عليه المادة (1/128) من القانون المدني الفلسطيني، حيث نصّت على أنه "... يجوز للمتعاقد الآخر أن يتوقى إبطال العقد إذا عرض ما تراه المحكمة كافياً لرفع الغبن، كما ونصّت المادة (2/129) من القانون المدني المصري، على

¹ نجاه، عبيد: مرجع سابق. ص36.

أنه "يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن".

الدعوى الثانية: دعوى تعديل العقد (إنقاص العقد)¹

في حال تقدم الطرف المغبون بدعوى إنقاص الالتزامات فيجيب القاضي طلبه بما يلائم ملابسات كل قضية وظروفها، حيث ينقص الالتزامات بالشكل الذي يزيل التفاوت الفاحش بين التزامات المتعاقدين.

وفقاً لمعيار التقيد بالطلب القضائي لا يجوز للقاضي عند النظر في دعوى إنقاص الالتزامات أن يقوم بإنقاص التزامات المغبون والزيادة في التزامات الطرف الآخر، كما لا يجوز أن يحكم بإبطال العقد في حال اقتصر طلب المغبون على إنقاص الالتزامات، لكونه بذلك يحكم بأكثر من طلب رافع الدعوى².

يجب على المتعاقدين المغبون سواء رفع دعوى إبطال أو إنقاص أن يرفعها خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت دعواه غير مقبولة، كون هذه المدة هي مدة سقوط، فيلزم أن ترفع الدعوى بعد فواتها³، وهذا ما نصت عليه المادة (129) من المشروع المدني الفلسطيني⁴ على أنه "يسقط الحق في رفع دعوى الإبطال بسبب الاستغلال إذا لم يرفعها من شرعت لمصلحته خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة".

ولا بُدّ من الإشارة هنا بأن القانون المدني العراقي قد ميّز في الجزاء بين عقود المعاوضات وعقود التبرع، فقد أجاز للمغبون في عقود المعاوضات إقامة دعوى لرفع الغبن إلى الحدّ المعقول، وبالتالي يستطيع القاضي تعديل الغبن إما بزيادة التزامات المغبون أو إنقاصها،

¹ العامري، هائل حزام مهيبوب: مرجع سابق. ص 395.

² زينة، صاغي. نسيمه، مقري: مرجع سابق. ص 20.

³ العبدلاوي، إدريس العلوي: مرجع سابق. ص 45.

⁴ يقابلها نص المادة 2/129 من القانون المدني المصري.

وفي حال كان التصرف تبرعاً جاز له خلال سنة من تاريخ إبرام العقد نقضه¹، فبهذه الوسيلة ستتحقق العدالة من وجهة نظر المشرع العراقي².

ومن وجهة نظر الباحثة فإن المشرع العراقي كان موفقاً في استبعاد دعوى الإبطال لما يشهده عصرنا من سرعة في إجراء العقود، وسعيًا لاستقرار المعاملات بين الأفراد، فتري أنه من الأفضل لو يتبنى المشرع الفلسطيني والمصري موقف القانون العراقي.

¹ راجع نصّ المادّة 125 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

² العامري، هائل حزام مهيوب: مرجع سابق. ص 405-406.

الفصل الثاني

تدخل القاضي في العقد خلال مرحلة تنفيذه

الفصل الثاني

تدخل القاضي في العقد خلال مرحلة تنفيذه

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف اقتصادية بسبب حادث طارئ واستثنائي الأمر الذي يجعل تنفيذ العقد بالنسبة للمدين مرهقاً وشاقاً، مما يهدده بخسارة فادحة¹.

هذه الظروف الاستثنائية تسمى بالظروف الطارئة، والتي كانت سبباً في اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، الأمر الذي استوجب على المشرع استثناءها من نطاق تطبيق قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، كون هذه القاعدة تصد أي تعديل من قبل القضاء، فوجود الظروف الاستثنائية تفرض تدخلاً من قبل القاضي لضمان استمرارية العقد².

كما تمتد سلطة القاضي للتدخل من أجل إعادة التوازن إلى العقد بسبب شرط جزائي فيه مغالاة وغبن لأحد الأطراف، وأيضاً قد يتدخل القاضي من أجل منح المدين أجلاً لتنفيذ العقد بعد أن تعرض لظروف جعلت تنفيذ العقد في الأجل المطلوب صعباً³.

لا يقتصر دور القاضي على ذلك؛ فقد يتطلب العقد الصحيح تدخلاً من قبل القاضي لإضافة التزامات إلى مضمون العقد الأصلي بناء على معايير وضعها المشرع⁴، أو قد يكون العقد محل النزاع عقداً معيباً يتطلب تصحيحاً من قبل القاضي بناء على شروط معينة، كما يمكن أن يمتد دور القاضي إلى تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح أو انتقاصه.

وللحديث عن ذلك بالتفصيل قامت الباحثة بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث: في المبحث الأول تحدثت فيه عن تدخل القاضي في العقد بسبب الظروف الطارئة، أما المبحث الثاني فقد تمّ الحديث فيه عن تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) ومنح الأجل القضائي (نظرة الميسرة)، أما بالنسبة للمبحث الثالث فقد تحدثت فيه الباحثة عن مدى سلطة القاضي في تكميل العقد وتحويله وتصحيحه.

¹ زينة، صاغي. نسيم، مقري: مرجع سابق. ص 42.

² المرجع السابق. ص 42.

³ نجاه، عبيد: مرجع سابق. ص 90.

⁴ الحديثي، خالد عبد حسين: تكميل العقد. ط 1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2012م. ص 10.

المبحث الأول

تدخل القاضي في العقد بسبب الظروف الطارئة

تزايدت أهمية نظرية الظروف الطارئة مع مرور الوقت لكثرة المشاكل المتعلقة بالظروف الاقتصادية الصعبة للعديد من الدول، مما أثرت هذه الظروف على التزامات الأطراف التعاقدية، وقد تواجدت هذه النظرية منذ القدم، فأصبحت مع مرور الزمن نظرية متكاملة البناء تسعى إلى تحقيق التوازن العقدي وتغليب العدالة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

لكن في بعض الأوقات قد يخلط الكثير بين نظرية الظروف الطارئة و القوة القاهرة، والبعض يعتبرهما نظاماً واحداً، لكن في الحقيقة تبقى نظرية الظروف الطارئة نظرية قائمة لوحدها، متميزة في خصائصها، وعليه هناك ثمة اختلافات¹ بينهما².

¹ تكمن الاختلافات بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة في عدة نقاط، وهي:

• الاختلاف من حيث تأثير الحادث على تنفيذ الالتزام

حسب نظرية الظروف الطارئة يكفي أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقاً، ولا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام. أما بالنسبة للقوة القاهرة فيتم التفرقة بين المال القيمي والمثلي، ففي حال كان المال قيمياً وحدثت قوة القاهرة يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالة مطلقة، أما في حال كان المال مثلياً فلا يكون تنفيذ الالتزام مستحيلًا، وإنما يتم التعويض بمالٍ مثلي آخر وبذات الجودة والمواصفات.

في المقابل لا نجد لهذا النوع من التفرقة محلاً في ظل نظرية الظروف الطارئة؛ فالعبرة في ما ينتج عن هذا الظرف من إرهاب على أطرافه . وخير مثال على ذلك أنه في حال نشبت حرب جعلت تنفيذ الالتزام بتوريد السلع والبضائع مستحيلًا بسبب انقطاع المواصلات وتوقف الاستيراد، فإنه بالتالي تعتبر الحرب في هذه الحالة قوة القاهرة، أما لو اقتصر تأثير الحرب على وقع اضطراب في المواصلات وكان بالإمكان وجود البضاعة ولو بشكل نادر مما أدى إلى ارتفاع سعرها بشكل باهظ، ففي هذه الحالة نكون في ظل الظروف الطارئة. مشار إليه لدى عبد الله ، فداق : مرجع سابق. ص 27-28.

• الاختلاف من حيث الحكم الذي يقرره القاضي

في حال توفرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة فيتم رد الالتزام إلى الحد المعقول من خلال توزيع عبء الظرف الطارئ بين الدائن والمدين، أما بالنسبة للقوة القاهرة فإن الدائن يتحمل كل العبء، ولا يتحمل المدين شيئاً، حيث يتم فسخ العقد لاستحالة تنفيذ الالتزام العقدي. مشار إليه لدى الديب ، هبة محمد محمود : مرجع سابق . ص 52 .

• الاختلاف في مدى جواز الاتفاق على تعديل الأثر المترتب على كل من النظريتين

بالنسبة للقوة القاهرة يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق مسبقاً على تحمل المدين تبعه القوة القاهرة، وبالتالي يكون هذا الأخير مسؤولاً مسؤولية مدنية، وهذا ما نصت عليه المادة (181) من مشروع القانون المدني الفلسطيني- يقابلها نص المادة (165) من القانون المدني المصري- حيث نصت على أنه "مالم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك"، أما بالنسبة للظروف الطارئة، فلا يجوز الاتفاق المسبق على استبعاد حكم هذا الظرف، وهذا ما نصت عليه المادة (2/147) من القانون المدني المصري- يقابلها نص المادة 151 من مشروع القانون المدني الفلسطيني - .

² عبد الله، فداق: مرجع سابق. ص 27.

فلا بُدّ من تعريف القوة القاهرة بدايةً ، فحسب المفهوم التقليدي والذي يرجع في أصوله للقانون الروماني تعرّف بأنها "الحدث الذي يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، يتصف بأنه حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه، ومستقلّ عن إرادة المتعاقدين، ويؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام. والنتيجة المنطقية التي يربتها وقوع مثل هذا الحدث هي انفساخ العقد وانقضاء التزام المدين تبعاً لذلك"¹.

كما تعرّف بأنها كلُّ فعلٍ لا شأن للمدين فيه، ولم يكن متوقعاً، وبالتالي يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً².

كما عرفها بعض الفقهاء بأنها "كلّ فعل لا شأن لإرادة المدين فيه، ولا يمكن توقعه ولا منعه، ويصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلاً"³.

تتشابه نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة من حيث الاعتداد بعدم توقع حصول الظروف فيهما عند انعقاد العقد، والتمسك بأحكام كلٍّ من النظريتين والاعتداد بهما من قبل المدعى عليه يكون في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد وانعقاده، كما تتفقان بالنسبة للمسبب في نشأتهما؛ فالزلزال الذي يعتدّ به كقوة القاهرة لتوفر شروطها يمكن التمسك به كظرف طارئ في حال توفر شروط نظرية الظروف الطارئة⁴.

لذلك في هذا المبحث سيتم توضيح المقصود بنظرية الظروف الطارئة، ومعرفة شروطها، ثم الحديث عن سلطة القاضي بالنسبة للعقد الذي تأثر بالظروف الطارئة .

¹ غنام، شريف: أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية. ط 1. دبي: مطبعة الفجيرة الوطنية. 2009-2010م. ص18.

² عبد الله، فداق: مرجع سابق. ص27.

³ تعريف راجع للأستاذ حسين عامر مشار إليه لدى: الديب، هبة محمد محمود: مرجع سابق. ص50.

⁴ أبو بيج، حمزة هشام كامل: السبب الأجنبي وأثره على أحكام المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. 2018م. ص71.

المطلب الأول: المقصود بنظرية الظروف الطارئة وشروطها

قال تعالى: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" صدق الله العظيم¹.

عُرف ديننا الحنيف باليسر، ورفض العنت والمشقة، وأمر بالتوسعة على كافة المكلفين والتخفيف عنهم، فهذه النظرية ليست بالحديثة بالنسبة للشرعية الإسلامية، وإن لم تعرفها كما عرفها الفقه الوضعي الآن، إلا أنها أشارت إليها من خلال ثلاثة مظاهر، مثل العذر الذي يجيز للمتعاقد فسخ العقد، حيث عرّف العذر بأنه "عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد"² مثل فسخ الإيجار بالعذر عند الحنفية والمالكية والشافعية³، وكذلك حالة تقلب قيمة النقود، وأيضاً الجائحة⁴ التي تصيب الثمار فتجيز تعديل العقد.

تباينت وجهات النظر حول أساس نظرية الظروف الطارئة، فحاول بعض فقهاء القانون الكنسي أن يطوّعوا مبادئ الغبن لتلائم هذه النظرية، وجعل البعض الآخر فكرة الإثراء بلا سبب أساساً لهذه النظرية، وهنالك من حاول أن يرجعها لفكرة السببية، بالإضافة إلى أن البعض حاول أن يؤسس النظرية على مبادئ الغلط⁵، إلا أن أغلب الفقه يميل في وقتنا الحاضر إلى جعل أساس نظرية الظروف الطارئة هو العدالة، وهذا ما أكدّه الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا⁶.

لم يعرف القانون الفرنسي نظرية الظروف الطارئة إلا بعد قضية (غاز بوردو) التي كانت سبباً في ارتفاع الأسعار بشكل فاحش في فرنسا، الأمر الذي جعل مجلس الدولة الفرنسي عام 1916م يصدر حكماً يعدّ تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، بعد ذلك اعتنق القانون البولوني والإيطالي هذه النظرية، وكذلك القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري⁷.

¹ القرآن الكريم. سورة البقرة. آية 185.

² د. سليم، محمد محيي الدين إبراهيم: **نظرية الظروف الطارئة**. دون طبعة. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2007م. ص 67-68.

³ عابدين، عبد الناصر محمد عبد: **مرجع سابق**. حاشية ص 54.

⁴ الجائحة هي ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد، والعفن، والقحط، والعطش، وفعل الأدمي إذا كان غالباً مثل الجيش الجرار. مشار إليه لدى: د. سليم، محمد محيي الدين إبراهيم: **مرجع سابق**. ص 68.

⁵ سليم، محمد محيي الدين إبراهيم: **مرجع سابق**. ص 72-73.

⁶ مشار إليه لدى أحمد، حدي لالة: **مرجع سابق**. ص 127.

⁷ عابدين، عبد الناصر محمد عبد: **مرجع سابق**. حاشية ص 54.

ولتوضيح المقصود من نظرية الظروف الطارئة ستحدث الباحثة في الفرع الأول عن تعريف نظرية الظروف الطارئة، وفي الفرع الثاني ستحدث عن شروط هذه النظرية.

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة

تعرف نظرية الظروف الطارئة لغة بأنها الداهية التي لا يعرف من أين أتت¹.

اما اصطلاحاً فقد عرفها بعض الفقه بأنها: "عبارة عن حوادث وظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة"².

كما عرف الأستاذ إسماعيل عمر نظرية الظروف الطارئة بأنها: "حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية عامة لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، وإن لم يصبح مستحيلاً"³.

تري الباحثة بأنه يمكن تعريف نظرية الظروف الطارئة بالحوادث الاستثنائية غير المتوقعة والتي تكون سبباً في جعل التزام المدين مرهقاً، لكنه ممكناً في نفس الوقت، الأمر الذي يستدعي تدخّل القاضي من أجل تحقيق التوازن بين التزامات الأطراف، أخذاً بعين الاعتبار ظروف كلّ حالة ومصلحة كلّ من الطرفين.

لم تعرف مجلة الأحكام العدلية نظرية الظروف الطارئة بالمعنى الحديث، إلّا أنها أرست مبادئ وقواعد هذه النظرية⁴ مثل المادة (17) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصّت على أن "المشقة تجلب التيسر" وقاعدة (الأمر إذا ضاق اتسع)، وهذا ما نصّت عليه المادة (18) من ذات المجلة، وكذلك قاعدة (الضرر الأشدّ يزال بالضرر الأخفّ)، و(الضرر يدفع بقدر الإمكان)،

¹ د. أنيس، إبراهيم. د. منتصر، عبد الحليم. الصوالحي، عطية. أحمد، محمد خلف الله: مرجع سابق. ص 579.

² مشار إليه لدى: خليفة، بوداود. السعيد، بوزيان: مرجع سابق. ص 26.

³ مشار إليه لدى: عبدالله، فداق: نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة عبد الحميد بن باديس. مستغانم. الجزائر. 2017-2018 م. ص 15.

⁴ عابدين، عبد الناصر محمد عبد: مرجع سابق. حاشية ص 54.

بالإضافة لقاعدة (يختار أهون الشرين) وقاعدة (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما)¹.

أمّا بالنسبة للمشرع الفلسطيني فقد نصّت المادة (151) من مشروع القانون المدني على أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقاً للمدين ويهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن تردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كلّ اتفاق يقضي بغير ذلك"².

أمّا بالنسبة للقانون المدني الأردني فقد نصت المادة 205 على أنه إذا "إذا 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 تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"³.

وكذلك نصّت المادة (2/147) من القانون المدني المصري على أنه "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي- وإن لم يصبح مستحيلاً- صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك"⁴.

لم ينصّ المشرع المصري على أمثلة تطبيقية للحوادث الطارئة، وإنما ترك الأمر مفتوحاً على مصراعيه في تحديد ما يعدّ ظرفاً طارئاً أم لا⁵، فقد تكون الظروف الطارئة طبيعية

¹ راجع نصّ المواد 27، 31، 29، 28 من مجلّة الأحكام العدليّة.

² المادة 151 من المشروع المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012م. مشار إليها لدى: أ. د. التكروري، عثمان. سويطي، أحمد طالب: مصادر التزام (مصادر الحق الشخصي). ط1. فلسطين: المكتبة الأكاديمية. 2016م. ص343.

³ راجع نص المادة 205 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976.

⁴ المادة 2/147 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م.

⁵ سليم، محمد محيي الدين إبراهيم: مرجع سابق. ص233.

مثل الزلازل والبراكين، أو قد تكون حوادث بفعل الإنسان مثل الحرب، وقد تكون على شكل إجراءات تشريعية وإدارية مثل صدور قوانين جديدة تتمثل في فرض ضرائب جديدة، على خلاف القوانين الأوروبية كالقانون البولوني والذي ذكر أمثلة للحوادث الطارئة كالحرب والوباء¹.

ومن وجهة نظر الباحثة فإنّ ما فعله المشرّع المصري كان موفقاً، كون الحوادث الطارئة تختلف باختلاف الزمان والمكان كالتطور التكنولوجي الذي يشهده عصرنا هذا والذي كان سبباً في ظهور ظروف طارئة لم تكن في الحسبان، مثل انتشار الإشعاعات النووية.

الفرع الثاني: شروط نظرية الظروف الطارئة

تتميز نظرية الظروف الطارئة بمجموعة من الشروط التي تميزها عن غيرها من الأنظمة القانونية ومن هذه الشروط:

أولاً: شروط تتعلق بالظرف الطارئ ذاته²

● العمومية

يقصد بعمومية الحادث الطارئ أن يشمل طائفة من الناس دون أن يخص المدين ذاته، فلا يمكن اعتبار الحادث الطارئ الذي خصّ المدين كإفلاسه أو احتراق مصنعه من الحوادث التي تستدعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

يكفي أن يكون الحادث الطارئ عامّاً يشمل منطقة معينة، حيث يمتدّ أثره لعدد كبير من الناس، مثل أهل بلد، أو إقليم معين، أو طائفة المزارعين منهم أو التجار مثلاً. ووصف العمومية هذا اشتراطه المشرّع المصري على خلاف القانون الإنجليزي الذي اشترط أن يكون حادثاً طارئاً بحيث لم يكن وارداً في توقعات المتعاقدين عند إبرام العقد دون أي تقصير أو إهمال منهم.

¹ عبدالله، فداق: مرجع سابق. ص14-15.

² سليم، محمد محيي الدين إبراهيم: مرجع سابق. ص245-252.

وكذلك الأمر بالنسبة للشرعية الإسلامية التي لم تشترط العمومية واعتدت بالحادث الطارئ ولو كان فردياً.

وبتدقيق الباحثة في نصّ المادة (151) من المشروع المدني الفلسطيني رأت بأنّ المشرّع الفلسطيني اتفق مع المشرّع المصري في صفة العمومية.

● الاستثنائية

يجب أن يكون الحادث الطارئ غير مألوف، أي نادر الوقوع، فقد عبّر عنه بعض الفقهاء بأنّه: "الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقاً لنظام معلوم"، كالزلازل، فيكون حادثاً طارئاً استثنائياً إذا وقع في منطقة لم تعتد على وقوعه، بينما إذا وقع في منطقة كثير الحصول فيها فلا يكون حادثاً استثنائياً، فوصف الاستثنائية يقتصر على الحادث ذاته¹.

المعيار الذي تقاس به الاستثنائية هو أثر الظرف وليس الظرف نفسه، فقد يكون الظرف الطارئ عادياً مألوفاً، لكن النتائج المترتبة عليه لا تكون عادية وتؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وجعل الالتزام مرهقاً².

هدف المشرّع من فرض صفة الاستثنائية هو التضييق من تدخل القضاء في العقود احتراماً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

● أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع (فجائياً)³

يعدّ هذا الشرط من أهم الشروط التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة، فبناءً على هذا الشرط يجب أن لا يكون في مقدرة أحد المتعاقدين -خاصة المدين- توقّع الظرف الطارئ حين إبرام العقد، فلو توقع الظرف الطارئ أو كان بإمكانه توقعه فلا يستطيع المدين المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

¹ زينة، صاغي. مقري، نسيم: مرجع سابق. ص 48.

² أحمد، حدي لالة: مرجع سابق. ص 132.

³ عبد الله، فداق: مرجع سابق. ص 35-36.

توقع الحادث أو عدم توقعه من الأمور النسبية التي تختلف باختلاف الأشخاص، والزمان، والمكان، والمهنة، والمعيار المتفق عليه فقهاً في قياس درجة التوقع هو المعيار الموضوعي، فبناءً على هذا المعيار تتحدد درجة التوقع بالنظر إلى الظروف الموضوعية التي أحاطت العملية العقدية.

ثانياً: شروط خاصة بالمتعاقد¹

1- عدم القدرة على دفع الظرف الطارئ

إذا وقع الظرف الطارئ ولم يستطع المدين دفعه أو التقليل من آثاره فيكون له الحق في اللجوء لنظرية الظروف الطارئة، أما لو كان بإمكانه دفعه فلا يستطيع الاحتكام بنظرية الظروف الطارئة، ويعدّ ذلك تقصيراً منه، ولا يستطيع أن يحمل الدائن نتائجه.

ويجب على المتعاقد أن يقوم بتنفيذ التزامه كاملاً وبحسن نية، فإذا كان بإمكانه أن يتفادى حدوث الصعاب التي من شأنها عرقلة التنفيذ فيجب أن يبذل كافة الجهود لمنع حدوثها، مثال ذلك: في حال انقطعت وسائل المواصلات البرية فيجب على المدين أن يبحث عن وسيلة أخرى تساعد في تنفيذ التزامه كالكسك الحديدية مثلاً².

وفي حال كان بإمكان المدين تفادي آثار الظرف الطارئ وتقليل حجم الخسائر الناجمة عنه، فيجب أن يفعل كلّ ما بوسعه لمنع تحقق آثار هذا الظرف، وإلا اعتبر سيء النية.

2- ليس للمتعاقد أي إرادة في حدوث الظرف الطارئ

أي يجب أن يكون الحادث الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين، فإذا وقع الحادث بإرادة أحد المتعاقدين مما أدى إلى الإرهاق عند تنفيذ الالتزام فلا يمكن في هذه الحالة طلب تخفيف الالتزام، بل يجب تنفيذ الالتزام كاملاً دون أي اعتبار لوقوع الحادث الطارئ.

¹ عبد الله، فداق: مرجع سابق. ص 36-39.

² سليم، محمد محيي الدين إبراهيم: مرجع سابق. ص 255.

فهذا الشرط بديهي، فلا يتصور أن يتسبب المدين في إعاقة التنفيذ ويتمسك بنفس الوقت بنظرية الظروف الطارئة لتجنيبه الخسائر الفادحة، فما حدث له كان ثمرة أفعاله، والقول بخلاف ذلك يخالف مبادئ العدالة والتوازن بين أطراف العقد.

3- الإرهاق

يعرّف الإرهاق بأنه وصف يطرئ على التزام أحد أطراف الرابطة التعاقدية، مما يجعل تنفيذ هذا التزام مهددًا صاحبه بخسارة فادحة نتيجة تأثر التزام هذا الأخير بظرف طارئ حصل بعد إبرام العقد¹.

مسألة الإرهاق تختلف باختلاف الأشخاص والزمان، فما يعدّ مرهقًا لمتعاقد ليس شرطًا أن يكون مرهقًا للمتعاقد الآخر، وما يعدّ مرهقًا في زمن ما، قد لا يكون مرهقًا في زمن آخر، كل ذلك متعلق باختلاف التوازن الاقتصادي بين التزامات أطراف العقد².

خلاصة الأمر، يعتبر تنفيذ الالتزام مرهقًا متى كان يهدد المدين بخسارة فادحة، دون النظر لظروف المدين الخاصة³.

الفرع الثالث: العقود التي تخضع لنظرية الظروف الطارئة

لم ينصّ المشرع المصري على العقود التي تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة، وإنما ترك الأمر للفقهاء والقضاء⁴ في حال توفر شروطها، وهي⁵:

أولاً: العقود التي تقع على الملكية، كعقد البيع أو المقايضة أو الاستصناع أو التوريد، متى أجّلت تنفيذ التزاماتها، سواء كلّها أو بعضها.

¹ عبد الله، فداق: مرجع سابق. ص 38

² المرجع السابق. ص 38.

³ خليفة، بوداود. السعيد، بوزيان: مرجع سابق. ص 29.

⁴ نجاه، عبيد: مرجع سابق. ص 97.

⁵ عنبر، محمد عبد الرحيم: الوجيز في نظرية الظروف الطارئة. دون طبعة. القاهرة: مطبعة زهران. 1978م. ص 72-

ثانيًا: العقود التي تقع على الانتفاع بالشيء، مثل عقد الإيجار، سواء كان أرضًا زراعية أو معدة للبناء، أو كان مكانًا مخصصًا للسكن، أو لأي غرض كان، ويمكن أن تردّ على أي منقول من المنقولات يمكن تأجيرها.

ثالثًا: العقود الواردة على القيام بعمل، مثل عقد العمل وعقد المقاول.

رابعًا: قد تنطبق على العقود الملزمة لجانب واحد أو جانبيين، سواء كان العقد عقد معاوضة أو تبرع مثل عقد الهبة أو العارية.

أما بالنسبة للعقود الاحتمالية فقد كانت محلّ خلاف، فقد تبني فريق رأيًا بعدم إمكانية تطبيق هذه النظرية في حال كان العقد احتماليًا، مثل عقد التأمين، في المقابل رأى فريق آخر بإمكانية تطبيق هذه النظرية كون هذا النوع من العقود لا يلحقه الاحتمال إلّا في حدود معين، أي أنّ هناك احتمال خاص تحدده إرادة المتعاقدين، أو قد يحدده تكوين العقد أو وظيفته النموذجية، وبالتالي فإنّ نظرية الظروف الطارئة لا تطبق على هذا الاحتمال لكونه يدخل ضمن توقعات المتعاقدين، أمّا في حال تم تجاوز الاحتمال الخاص فنكون بصدد الاحتمال العام، وبالتالي يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ترى الباحثة بأنّ ما فعله المشرّع المصري كان موفقًا في عدم تحديد العقود بنصّ قانوني، وبرجوعها إلى المادة (151) من المشروع المدني الفلسطيني ترى بأنّ المشرّع الفلسطيني لم يحدد بنصّ قانوني العقود التي تنطبق عليها هذه النظرية، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود التي حددها الفقه والقضاء، والتي تم ذكرها سابقًا.

المطلب الثاني: تدخل القاضي لمواجهة الظروف الطارئة

متى توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة يحين الوقت للحديث عن سلطة القاضي تجاه العقد الذي أصبح تنفيذه مرهقًا على المدين بسبب حادث طارئ، وبالتالي قبل الحديث عن صور تدخل القاضي بنوع من التفصيل لا بدّ بداية من الحديث عن معايير تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، من ثم الحديث عن هذه الصور.

الفرع الأول: معايير تدخّل القاضي لتعديل العقد

1- مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالعقد¹

يجب على القاضي أن يراعي ظروف كلّ قضية، وبالتالي يكون تدخّله بموجب حدود هذه الظروف، فتطبيق نظرية الظروف الطارئة يختلف من عقد لآخر، ومن قضية لأخرى.

وقيام القاضي بتفحص الظروف وبيان مدى تأثيرها على التزامات المتعاقدين يساعده في اختيار الوسيلة المناسبة لردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول.

حيث إن عبارة (تبعاً للظروف) التي نصّت عليها المادّة (151) من المشروع المدني الفلسطيني والمادّة (2/147) من القانون المدني المصري تعطي القاضي مجالاً واسعاً في أداء وظيفته في تعديل العقد المختل اقتصادياً، أو عدم تعديله حسب ظروف كل القضية.

وبالتالي يمكن للقاضي حسب الظروف المحيطة أن يقرر بعدم تعديل العقد والبقاء عليه لكون الحادث الذي طرأ كان بطلاً من المدين أو تقصيره، أو قد يرى بتأجيل الالتزام مؤقتاً في حال وجد أنّ الحادثة استثنائية وقتية، مثال ذلك: تعهد مقاول ببناء مبنى وبعد انعقاد العقد ترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً بسبب حادث طارئ، لكن هذا الارتفاع قريب الزوال بسبب فتح باب الاستيراد عن قريب، الأمر الذي يجعل القاضي بعد دراسة الظروف المحيطة للقضية وبناء عليها يقرر إيقاف تسليم المبنى في موعده المعين، حتى يتمكن المقاول من تنفيذ التزامه، طالما هذا الإيقاف لا يسبب ضرراً جسيماً على صاحب البناء، لأن التأجيل يتناسب مع ظروف هذه القضية.

2- قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة طرفي الرابطة التعاقدية²

على القاضي الالتزام بمعيار الموازنة بين طرفي العقد لاعتبار أنّ هذا المعيار أساسي، ويعتبر ضابطاً قانونياً يجب التزام القاضي به، فيجب عليه أن يوازن بين المصلحتين على أساس

¹ نجاه، عبيد: مرجع سابق. ص 105-106.

² زينة، صاغي. نسيمه، مقري: مرجع سابق. ص 52.

العدالة، أي توزيع عبء الظرف الطارئ على كلا الطرفين، فلا يجوز أن يرفع عبء الإرهاق عن المدين ووضعه على عاتق الدائن.

3- قيام القاضي برد¹ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول²

بعد بحث القاضي في ظروف كل قضية وموازنة مصلحة طرفي العقد تكون له سلطة واسعة في تقدير الحد الذي يجب أن يصل إليه التزام المدين المرهق. فالمقصود برد الالتزام إلى الحد المعقول هو اشتراك طرفي العقد بتحمل الخسارة الناجمة عن الظرف الطارئ وغير المتوقع، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يختلف من قضية لأخرى.

الفرع الثاني: صور تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

بناء على نص المادة (151) من المشروع المدني الفلسطيني يكون للقاضي سلطة واسعة في تقدير رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فالجزاء من ييسر على القاضي أن يعالج كل حالة حسب ظروفها، حتى وإن مس بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) بموجب السلطة الممنوحة له³، فيستطيع بموجب هذه السلطة التي منحه إياها المشرع أن يقوم بإنقاص الالتزام المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل أو إيقاف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ⁴.

¹ كلمة الرد هي مرادفة لكلمة التعديل. مشار إليها لدى: الديب، هبة محمد محمود: أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية. (رسالة ماجستير منشورة) جامعة الأزهر. غزة. 1433هـ-2012م. ص 61.

² خليفة، بوداود. السعيد، بوزيان: مرجع سابق. ص 31.

³ ومن التطبيقات القضائية حكم محكمة بداية حقوق عمان بصفتها الاستئنافية المملكة الاردنية الهاشمية في الدعوى الحقوقية رقم 3032 لسنة 2019 والمتضمن "... ويعدّ العقد بعد انعقاده الشريعة العامة للمتعاقدين، فلا يجوز الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون، فإذا كانت هذه هي القاعدة العامة في العقود إلا أن هنالك بعض الاستثناءات التي تردّ عليها كما هو الحال في السلطة التي منحها المشرع للمحكمة في تعديل العقد دون التوقف على إرادة المتعاقدين في ذلك، كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة، وقد يتدخل المشرع من تلقاء نفسه في تعديل العقد بموجب تشريعات يصدرها لما تمليه عليه الظروف الاجتماعية السائدة، والتي يرمي من خلالها إلى خلق التوازن الاجتماعي بين الافراد..." المشار إليه لدى: <https://qistas.com> تاريخ آخر زيارة: 2019/11/27م. الساعة 12:00.

⁴ الديب، هبة محمد محمود: مرجع سابق. ص 61-62.

وبتدخل القاضي، فإنّه يحلّ إرادته محلّ إرادة المتعاقدين، أي من ناحية فنية هناك تجديدٌ للالتزامات الأطراف التعاقدية، بحيث تنقضي الالتزامات القديمة وتحلّ محلّها التزامات جديدة، أي التزامات قضائية، كون مصدرها حكم القاضي، حيث تعدّ نظرية الظروف الطارئة من أهم تطبيقات الالتزام القضائي¹.

وبالرجوع للقانون المدني المصري ترى الباحثة بأنّه قد اتفق مع المشرّع الفلسطيني في صور تدخل القاضي نتيجة الظروف الطارئة² والتي سيتم تناوله بنوع من التفصيل كالآتي:

أولاً: إنقاص الالتزام المرهق³

قد يتم الإنقاص من ناحية الكمّ كإنقاص مقدار ما يقدّمه المدين، مثال ذلك: تعهد تاجر بتوريد كمية كبيرة من السكر بالتسعيرة الرسمية، لكن نشوء الحرب أدّى إلى إغلاق بعض مصانع السكر، الأمر الذي يؤدي إلى قلة كمية السكر المتداولة في السوق بشكل كبير، ما يجعل التزام التاجر بتوريد جميع الكميات المتفق عليها مرهقاً، فالقاضي في هذه الحالة قد يلجأ إلى تقليل كمية السكر المتفق على توريدها إلى الحدّ الذي يستطيع التاجر توريده.

أو قد يقوم القاضي بالإنقاص من ناحية الكيف، كأن يقدّم المدين للدائن نفس الكمية لكن من صنف أقلّ جودة، مثال ذلك: تعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة ومن صنف معين، إلّا أنّ الحصول على الصنف المعين بالذات أصبح مرهقاً على المدين بسبب ظروف طارئة أدت إلى ارتفاع أسعاره بشكل فاحش، وفي هذه الحالة يسمح القاضي للمدين أن يورّد السلعة المتفق عليها لكن من صنف آخر أقلّ جودة كون الحصول على الصنف المتفق عليه يرهق المدين.

ولا بُدّ من الإشارة هنا بأنّ نقص الالتزام المرهق والذي يعد التزاماً قضائياً لا يكون إلّا بالنسبة إلى الحاضر فقط دون النظر للمستقبل لكونه غير معروف، وإذا انتهى أثر الظرف

¹ الديب، هبة محمد محمود: مرجع سابق. ص 61-62.

² معوض، فؤاد محمود: مرجع سابق. ص 219.

³ سليم، محمد محيي الدين إبراهيم: مرجع سابق. ص 441-443.

الطارئ وما زلت مدة العقد سارية يعود العقد إلى قوته الملزمة السابقة على حدوث الظرف الطارئ، والسبب في ذلك أن قاعدة القوة الملزمة للعقد هي الأصل، ونظرية الظروف الطارئة ماهي إلا استثناء على الأصل¹.

ثانيًا: زيادة الالتزام المقابل

قد يرى القاضي للتخفيف من التزام المدين المرهق زيادة الالتزام المقابل، والذي يعدّ التزامًا قضائيًا²، ولا يقصد من ذلك أن يقوم القاضي بنقل العبء من المدين وإلقائه على عاتق الدائن؛ وإنما يُبقي ما يعدّ زيادة مألوفة على المدين، وما يكون زيادة غير مألوفة يوزع العبء فيها على الطرفين بالشكل الذي يحقق توازنًا اقتصاديًا بين الالتزامات التي يرتبها العقد بين الطرفين المتعاقدين³.

مثال ذلك: تعهد (أ) بتوريد سلعة كميتها (10) أطنان لآخر (ب) بسعر الكيلو (5) دنانير، لكن بسبب ظرف طارئ أصبح سعر الكيلو (10) دنانير، ففي هذه الحالة الزيادة المألوفة تبقى على عاتق (أ) ولا يعتدّ بها، أمّا الزيادة غير المألوفة فيقوم القاضي بردها حسب ظروف ووقائع كل حال إن أمكن⁴.

زيادة الالتزام المقابل يتم في العقود الملزمة للجانبين، أمّا العقود الملزمة لجانب واحد فيقوم القاضي إمّا بوقف تنفيذ العقد، أو نقص الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ولا تكون الزيادة في الالتزامات إلّا بالنسبة للحاضر دون النظر إلى المستقبل، كونه غير معروف، وإذا انتهى أثر الظرف الطارئ وما زالت مدة العقد سارية يعود العقد إلى قوته الملزمة السابقة على ظهور الظرف الطارئ، كون قاعدة القوة الملزمة للعقد هي الأصل، ونظرية الظروف الطارئة ما هي إلّا استثناء على الأصل⁵.

¹ الديب، هبة محمد محمود: مرجع سابق. ص 64-65.

² المرجع سابق. ص 64-65.

³ نجاه، عبيد: مرجع سابق. ص 112.

⁴ الديب، هبة محمد محمود: مرجع سابق. ص 63-64.

⁵ المرجع السابق. ص 64.

ثالثاً: وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال أثر الظرف الطارئ

قد يرى القاضي بأن الوسيلة الأفضل لردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول أن يقوم بوقف تنفيذ العقد إلى حين زوال أثر الظرف الطارئ، لكون الظرف الطارئ مؤقتاً يقدر له الزوال قريباً، وأن الإيقاف لن يسبّب أيّ ضرر للمتعاقد الآخر، والحكم بوقف التنفيذ لا يؤثر على مضمون الالتزامات، فتبقى الالتزامات كما هي محتفظة بقيمتها ومقاديرها، وبمجرد انتهاء أثر الظروف الطارئة تعود للعقد قوته الملزمة، ويتم تنفيذ العقد وفقاً لما تمّ الاتفاق عليه منذ لحظة إبرام العقد¹.

لا يكون ردّ الالتزام إلى الحدّ المعقول إلّا بالنسبة للأقساط أو القسط الذي تأكد بأنّ التزام المدين به صار مرهقاً ويهدّده بخسارة فادحة، ولا يمكن إعمال نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للأقساط المستقبلية والتي يمكن أن يزول أثر الظروف الطارئة قبل استحقاقها².

كما ويعتبر ردّ الالتزام إلى الحدّ المعقول سواء بالإنقاص أو الزيادة أو الوقف من مسائل النظام العام، حيث يقع باطلاً³ كل اتفاق يقضي بعدم السماح للمدين بالتمسك بالظروف الطارئة⁴.

قد يتم التساؤل فيما إذا كان بإمكان القاضي أن يقوم بفسخ العقد أم لا؟ وهذا ما سيتم توضيحه في الفرع الثالث

الفرع الثالث: فسخ العقد

لا يخول التشريع المصري القاضي بأن يقضي بفسخ العقد مهما كانت الظروف الطارئة أو قسوتها؛ والسبب في عدم إعطاء القاضي سلطة الفسخ في هذه الحالة كون الردّ هو جزاء نظرية الظروف الطارئة⁵، بينما الفسخ هو جزاء استحالة تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه من جانب

¹ خليفة، بوداود. السعيد، بوزيان: مرجع سابق. ص33.

² سليم، محمد محيي الدين إبراهيم: مرجع سابق. ص446.

³ راجع نص المادة 151 من المشروع المدني الفلسطيني والمادة 2/147 من القانون المدني المصري.

⁴ المستشار طلحة، أنور: انحلال العقود. دون طبعة. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث. 2004م. ص410.

⁵ راجع نص المادة 2/147 من القانون المدني المصري.

المتعاقد الآخر بعد إعداره أو بدون أعذار بالاتفاق¹، وبالنسبة للمشرع الفلسطيني فإنه قد تبني موقف المشرع المصري².

بعد أن قامت الباحثة بتوضيح معايير وصور تدخل القاضي لردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول فإنها تقترح أن يتم تعديل نصّ المادة (151) من المشروع المدني الفلسطيني، بإضافة معيار الموازنة بين مصلحة الطرفين بحيث يصبح نصّ المادة كالآتي: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة - تبعاً للظروف - وبعد موازنة مصلحة الطرفين أن تردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلاً كلُّ اتفاق يقضي بغير ذلك".

¹ عنبر، محمد عبد الرحيم: مرجع سابق. ص 125-126.

² راجع نص المادة 151 من المشروع المدني الفلسطيني .

المبحث الثاني

تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة

الأصل في تقدير التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر في تنفيذه أن يتم من قبل القضاء - لكونه صاحب الاختصاص -، لكن وفي نفس الوقت أجاز المشرع لأطراف العقد أن يقوموا بتحديد قيمة الشرط الجزائي بصورة مسبقة عند إبرام العقد، أو في صورة اتفاق لاحق، بناءً على مبدأ (سلطان الإرادة) وقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)¹، فلا يخلو أي عقد في عصرنا هذا من بند متضمن للشرط الجزائي¹.

إلا أن هذا الأمر لم يُترك مفتوحاً على مصراعيه، فقد أجاز المشرع للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي في حال تضمن ظلماً فادحاً للمدين، وكان الضرر الذي أصاب الدائن ضرراً بسيطاً بالنسبة للتعويض المحدد في الشرط، أو قد يتدخل لتعديل قيمة الشرط الجزائي لمنع أي ظلم فادح على الدائن في حال رأى بأن الضرر الحاصل أعلى بكثير من قيمة التعويض المحدد في الشرط².

قد يتم إبرام عقود تتضمن التزامات مؤجلة يتراخى تنفيذها إلى حلول الأجل المتفق عليه، فمن البديهي أن يتم إيفاء هذه الالتزامات طواعية ضمن الإطار الزمني المحدد في العقد، لكن قد يحدث مع المدين ظرفٌ خاص يؤخره في تنفيذ التزامه ضمن الأجل الزمني المحدد، وبعد تقدير القاضي يرى بأن تأخره مبرر فيمنحه أجلاً للوفاء، وهذا ما يسمى (نظرة الميسرة) أو (الأجل القضائي)³.

لذلك قامت الباحثة بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول تحدثت عن ما يسمى بالشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)، وفي المطلب الثاني تحدثت عن الأجل القضائي.

¹ خليفة، بوداود. السعيد، بوزيان: مرجع سابق. ص34.

² نجاه، عبيد: مرجع سابق. ص117.

³ المرجع السابق. ص117.

المطلب الأول: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)

لقد شاع استخدام الشرط الجزائي في حياتنا المعاصرة، فلا يكاد يخلو أيّ عقد من بند متضمن للشرط الجزائي، فمثل هذا الشرط يعتبر شريعة المتعاقدين، فمتى وقع خطأ من أحد المتعاقدين وتحقق ضررٌ للمتعاقد الآخر مع تحقق الشروط الأخرى- والتي سيتم توضيحها لاحقاً- استحق المتضرر التعويض الذي سبق الاتفاق عليه، وفي حال عدم التناسب بين الضرر الواقع والتعويض الاتفاقي يتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي.

أُطلق على الشرط الجزائي عدة تسميات، منها: البند الجزائي، أو التعويض الاتفاقي، أو الجزاء الاتفاقي، أو الجزاء التعاقدي، أو الشرط التخريمي، والبعض أطلق عليه اسم التعويضات الجزائية، لكنّ الشائع استخداماً هو الشرط الجزائي¹.

ولتوضيح مفهوم الشرط الجزائي وخصائصه وبيان شروط استحقاقه ثم الحديث عن نطاق سلطة القاضي لتدخل في تعديل الشرط الجزائي تم تقسيم هذا المطلب إلى عدة فروع .

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي

عرّف الفقه الشرط الجزائي بأنّه اتفاق مسبق بين أطراف العقد على مقدار التعويض الذي يلتزم به الطرف الذي أخل بالتزامه التعاقدي، ويردّ هذا الإخلال في صورة عدم تنفيذ الالتزام أصلاً أو التراخي في تنفيذه، أو تنفيذه على نحو غير ما اتفق عليه، مما سبب ضرراً للمتعاقد الآخر².

وقد عرّف الأستاذ سليمان مرقس الشرط الجزائي بأنّه: "اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين- يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود- في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر

¹ زينة، صاغي. نسيم، مقري: مرجع سابق. ص57.

² المرجع السابق. ص58.

في ذمته، أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي، جزاءً له على هذا الإخلال، أو التأخير، وتعويضاً للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك"¹.

كما عرّفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه "التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدماً بدلاً من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، أو يتفقان على مقدار التعويض في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه"².

كثيراً ما يرد الشرط الجزائي في عقود المقاولات وعقود التوريد والنقل³.

الفرع الثاني: خصائص الشرط الجزائي

ونستنتج من التعريفات السابقة عدة خصائص للشرط الجزائي، وهي:

- هو شرط ذو طابع اتفاقي يتم بناءً على اتفاق سابق لوقوع الضرر بين أطراف العقد، إما كبند من بنود العقد، أو في صورة اتفاق لاحق⁴ من أجل تقدير التعويض الذي يهدف إلى إصلاح الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزامات⁵.
- يعد هذا الشرط التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي، ويدور معه وجوداً أو عدماً، فبطلان الالتزام الأصلي يرتب عليه بطلان الالتزام التابع، إلّا إذا كان الالتزام الأصلي صحيحاً والشرط الجزائي باطلاً، فيقتصر البطلان على هذا الأخير دون الالتزام الأصلي⁶.

¹ مشار إليه لدى أبو ليلي، طارق محمد مطلق: التعويض الاتفاقي في القانون المدني. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2007م. ص8.

² مشار إليه لدى الخويلدي، أمجد أرحومة محمد: الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة مولانا إبراهيم الإسلامية الحكومية. إندونيسيا. 2016م. ص59.

³ سلطان، أنور: أحكام التزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام). دون طبعة. بيروت: دار النهضة العربية. 1980م. ص71.

⁴ الرب، حسني محمد جاد: التعويض الاتفاقي. ط1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2007م. ص156.

⁵ أبو ليلي، طارق محمد مطلق: مرجع سابق. ص9.

⁶ نجاه، عبيد: مرجع سابق. ص121-122.

• يعدّ التزاماً احتياطياً، فالشرط هو وسيلة احتياطية لا يلجأ إليه إلّا عند تحقّق سببه، فهو تنفيذ بمقابل عن طريق التعويض عند عدم التنفيذ العيني للالتزام، أو التأخر في التنفيذ، ولا يمكن أن يجتمع هذا الشرط مع التعويض لكونه يعتبر بمثابة التنفيذ العيني، ولا يكون الدائن مجبراً على قبول التعويض إلّا في الأحوال التي يتعذر فيها تنفيذ الالتزام الأصلي عيناً، كما أنّ وجود الشرط لا يحرم الدائن من اللجوء إلى القضاء للحصول على ترخيص للقيام بالتنفيذ العيني على نفقة المدين، والرجوع على هذا الأخير بالنفقات حتى لو زادت عن قيمة الشرط الجزائي¹.

• الشرط الجزائي هو تقدير جزئيّ للتعويض، فهو اتفاق مسبق على التعويض، ويجب لاستحقاقه توفر جميع شروطه، وهي خطأ وضرر وعلاقة سببية ثم الإعذار².

الفرع الثالث: شروط استحقاق الشرط الجزائي

لا يثبت استحقاق التعويض الناجم عن تحقق الشرط الجزائي إلّا إذا صدر من المدين خطأ تسبب بضرر يصيب الدائن وتحقق العلاقة السببية بينهم، كما لا يستحق التعويض إلّا بإعذار المدين، فتناولت الباحثة كلّ شرط من هذه الشروط بنوع من التفصيل:

أولاً: الخطأ³

يعد ركن الخطأ أساس الشرط الجزائي، ويتحقق في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه بشكل معيب أو متأخراً.

وهو ركن من أركان المسؤولية المدنية، له تأثير في حجم التعويض، فإذا كان الخطأ مشتركاً بين طرفي العقد يتم توزيع المسؤولية بنسبة خطأ كل منهما، وهذا ما يؤثر على المبلغ الذي يستحقه الدائن، أمّا في حال كان الخطأ من قبل المدين فقط فيقع على الدائن اثبات ذلك،

¹ زينة، صاغي. نسيمه، مقري: مرجع سابق. ص 60.

² أحمد، حدي لالة: مرجع سابق. ص 151.

³ زينة، صاغي. نسيمه، مقري: مرجع سابق. ص 62.

"فالبينة للمدعي واليمين على من أنكر"¹، واستثناء على ذلك أنه في حال كانت التزامات المدين الملقى على عاتقه هي التزامات بتحقيق نتيجة فيكفي على الدائن أن يثبت عدم تحققها، إلا إذا اثبت المدين أن عدم تنفيذ التزامه كان بسبب أجنبي، وبالتالي ينفي المسؤولية عن نفسه، فالشرط الجزائي ما هو إلا تقدير لتعويض مستحق ولا يُستحق هذا التعويض إلا بوجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

ثانيًا: الضرر

هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية، ولا يستحق الشرط الجزائي إذا لم يتحقق الضرر، أو إذا أثبت المدين بأن الدائن لم يلحقه أي ضرر².

وفي حال جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي لا يستطيع الدائن المطالبة بزيادة قيمة التعويض إلا في حال اثبت هذا الأخير أن الضرر قد حصل بفعل غش أو خطأ المدين³.

ثالثًا: العلاقة السببية⁴

تتمثل بوجود علاقة بين خطأ المدين، وهو عدم قيامه بتنفيذ التزامه أو تأخره في تنفيذ هذا الالتزام، أو تنفيذه بشكل معيب، أو تنفيذه بشكل جزئي، وما ترتب على هذا الخطأ من ضرر أصاب الدائن.

ونفي العلاقة السببية يتم بإثبات المدين للسبب الأجنبي، أو انتفاء العلاقة السببية لكون الضرر غير مباشر، أو غير متوقع في المسؤولية العقدية، وبالتالي انتفاء المسؤولية، وعليه لا يستحق التعويض.

¹ المادة 76 من مجلة الأحكام العدلية.

² الشرقاوي، جميل: النظرية العامة للالتزام. دون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1995م. ص 63.

³ راجع نص المادة 241. من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

⁴ أحمد، حدي لالة: مرجع سابق. ص 155.

رابعاً: الإعذار

يقصد بالإعذار فقهاً بأنه: "توكيد تأخر المدين في تنفيذ التزامه رسمياً، أو غير رسمي، بدعوته إلى التنفيذ بتوجيه إنذار إليه"¹

ولاستحقاق قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه، يجب على الدائن - بنص القانون - إعذار المدين من أجل مطالبته بالتنفيذ العيني للالتزام الأصلي².

وقد يتم الإعذار بإنذار المدين أو ما يقوم مقام الإنذار كالورقة الرسمية، ويمكن أن يتم الإعذار عن طريق البريد المسجل حسب ما ورد في قانون المرافعات، وهذا ما نصّ عليه القانون المدني المصري واتفق معه في ذلك المشروع المدني الفلسطيني³، لكنهما اختلفا بنقطة واحدة تتمثل في أنّ المشرّع المصري نصّ في المادة (219)⁴ من القانون المدني على أنّه "... كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى أي إجراء آخر"، فكان من الأفضل على المشروع الفلسطيني إضافة هذه الجملة إلى نص المادة 244 بدلا من النص عليها في المادة 245.

نصّت المادة (221)⁵ من القانون المدني المصري على حالات لا ضرورة فيها لإعذار المدين، ومن هذه الحالات أنّه إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، أو إذا كان محل الالتزام تعويضاً عن عمل غير مشروع، أو في حال كان محل الالتزام ردّ شيء يعلم المدين بأنّه مسروق، أو أخذه دون وجه حق وهو عالم بذلك، بالإضافة لذلك في حال صرح المدين كتابة أنّه لا يريد القيام بالتزامه. واتفق المشرّع الفلسطيني مع المشرّع المصري على هذه

¹ مشار إليه لدى: أبو ليلى، طارق محمد مطلق: مرجع سابق. ص44.

² العدوى، جلال علي: أحكام التزام (دراسة مقارنة في القانونية المصري واللبناني). دون طبعة. بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر. 1992م. ص144.

³ راجع نصّ المادة 244 من المشروع المدني الفلسطيني.

⁴ راجع المادة 219 من القانون المدني المصري.

⁵ راجع المادة 221 من القانون المدني المصري.

الحالات والتي نصّ عليها في المادة (245)¹، لكنّه أضاف حالة خامسة، وهي حالة اتفاق الطرفين كتابةً على تنفيذ الالتزام بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إعدار².

ومن التطبيقات القضائية على ذلك: حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله رقم (811) لسنة 2016 م "... ويشترط لإعمال الشرط الجزائي بين العاقدین هي نفس شروط استحقاق التعويض، فيجب أن يتوفر أركانٌ لهذا الشرط وهو الخطأ من قبل أحد العاقدین في عدم التزامه بالتنفيذ بما التزم به ضمن العقد والثاني الضرر، ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك إن لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن، وأن الضرر هو ركن لاستحقاق التعويض، فإذا لم يوجد ضرر، فلا يستحق التعويض، ولا محلّ لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة، ويجب أن تكون هناك علاقة سببيه بين الخطأ والضرر، فإذا لم تتوفر فلا يمكن التعويض على الطرف المدعي"³.

الفرع الرابع: نطاق سلطة القاضي للتدخل في تعديل الشرط الجزائي

الأصل في حال توافرت شروط الشرط الجزائي أن يحكم القاضي بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، لكن في بعض الحالات أجاز المشرّع للقاضي أن يقوم بتعديل الشرط الجزائي المتفق عليه سواء بالزيادة أو النقصان، ولا يسمح للأفراد باستبعاد سلطة القاضي لكونها تعتبر من النظام العام⁴.

ويكون تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي إمّا بتخفيض هذا الشرط أو زيادته، وهذا ما سيتم تناوله بالتفصيل:

¹ راجع المادة 245 من المشروع المدني الفلسطيني.

² أبو ليلى، طارق محمد مطلق: مرجع سابق. ص 48.

³ حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 811 لسنة 2016م. المشار إليه في: <https://maqam.najah.edu/judgments>. تاريخ آخر زيارة: 2019/11/8م. الساعة: 11:00.

⁴ القاضي درادكه، فؤاد صالح موسى: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي). ط1. عمان: مطابع دار الشعب. 1415هـ-1995م. ص348.

أولاً: تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي

حدّد المشرّع الفلسطيني الحالات التي يجوز فيها للقاضي تخفيض الشرط الجزائي، ومثله في ذلك المشرّع المصري، حيث نصّ في المادة (2/241)¹ على أنّه "يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان مبالغاً فيه، أو أنّ الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

من خلال نصّ المادة يتبيّن أنّ هناك حالتين يستطيع فيها المدين اللجوء للمحكمة والمطالبة بتخفيض قيمة الشرط الجزائي، وهما:

الحالة الأولى: في حال كان تقدير قيمة التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه

يحتفظ التعويض الاتفاقي في حالة عدم التنفيذ بقوته الملزمة، فلا يكفي أن يثبت المدين أنّ المبلغ يجاوز مقدار الضرر، بل يجب أن يثبت بأنّ المبلغ مجحفٌ بحقه، وبالتالي يستطيع القاضي أن يخفض هذا التعويض إلى الحدّ الذي يتناسب مع مقدار الضرر، لا الحدّ الذي يساويه².

فإذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فيكون المقصود بالشرط الجزائي المبالغ فيه الفوائد الربوية والتي يتوجب تخفيضها إلى الحدّ القانوني، أمّا إذا كان محلّ الالتزام غير ذلك فيكون المقصود من المبالغة في الشرط الجزائي أن يكون تهديداً مالياً لدفع المدين على الوفاء، فيكون حكمه حكم التهديد المالي، وعليه يجوز للقاضي أن يعيد النظر فيه، وبالتالي تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة³.

وقد قررت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن على أنّ "وجود الشرط الجزائي يفترض معه أنّ تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن، وعلى القاضي أعمال

¹ يقابلها نصّ المادة 2/224 من القانون المدني المصري.

² د. سعد، نبيل إبراهيم: النظرية العامة للالتزام. دون طبعة. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2003م. ص 75-76.

³ القاضي درادكه، فؤاد صالح موسى: مرجع سابق. ص 351.

هذا الشرط، إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه " ¹.

الحالة الثانية: حالة التنفيذ الجزئي ²

يوضع الشرط الجزائي عادةً في حال عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه بشكل كلي، لكن من باب العدالة ومن أجل إعادة التوازن المالي للعقد، قد يقوم القاضي بتخفيض قيمة الشرط الجزائي في حال أثبت المدين أن الالتزام نُفذ في جزء منه، تخفض قيمة الشرط الجزائي بقدر أهمية ما نفذه المدين، ولا بُدَّ من الإشارة هنا بأنَّ القاضي لا يكون مجبراً على التخفيض، فقد يرى بعدم تخفيض قيمة الشرط الجزائي في حال نفذ المدين ما لا يلبي احتياجات الدائن.

ثانياً: تدخل القاضي لزيادة الشرط الجزائي

يقوم القاضي بزيادة قيمة الشرط الجزائي في عدة حالات، وهي ³:

- في حال كان الشرط الجزائي بسيطاً أو ضئيلاً، بحيث لا يتناسب مع الضرر الفعلي، ويقصد بالشرط الجزائي البسيط إعفاء المدين من المسؤولية التي تترتب عليه نتيجة عدم تنفيذه الالتزام المناط به، فيتم تقدير الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه أو بسيطاً إلى درجة كبيرة وقت الحكم.
- إذا كان الشرط الجزائي بسيطاً أو ضئيلاً بدرجة كبيرة وارتكب فيها المدين غشاً أو خطأ جسيماً.
- الحالة التي يقصد بها من الشرط الجزائي الإعفاء من المسؤولية في نطاق الفعل الضار، فالشرط الجزائي الذي يتضمن إعفاء المدين من مسؤوليته في نطاق الفعل الضار غير جائز، ويرتب حقاً في المطالبة بزيادة قيمة الشرط الجزائي.

¹ طعن رقم 563 لسنة 34 ق، جلسة 1968/12/5م. المنشور لدى: أبو ليلى، طارق محمد مطلق: مرجع سابق. ص76.

² أحمد، خليل: مرجع سابق. ص70.

³ القاضي درادكه، فؤاد صالح موسى: مرجع سابق. ص365-367.

فبالنسبة للمشرع المصري وجدت الباحثة من خلال رجوعها لحكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله رقم (9) لسنة 2018م، حيث نصّ على أنّ "الشرط الجزائي يخضع للزيادة أو النقصان حسب قيمة وحجم الضرر الواقع، بخلاف القانونين المصري والسوري، اللّذين أجازا تخفيض قيمة الشرط الجزائي لكن دون زيادة"¹، وعليه ترى الباحثة بأنّ المشرّع المصري لم يأخذ بحالة زيادة الشرط الجزائي إلّا إذا ثبت الدائن بوجود غشٍّ أو خطأً جسيماً من قبل المدين²، أمّا بالنسبة للمشرع الفلسطيني فلم يأخذ بحالة الزيادة في قيمة الشرط الجزائي إلّا بناءً على حالتين³:

الحالة الأولى: في حال أثبت الدائن أن المدين ارتكب غشاً أو خطأً، فبالتالي يقوم القاضي بزيادة مقدار الشرط الجزائي بالشكل الذي يتناسب مع الضرر، وهذا ما أورده المادة (3/241) من المشروع المدني الفلسطيني، حيث نصّت على أنّه "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلّا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً".

الحالة الثانية: إذا كان التعويض الاتفاقي يتضمن تخفيضاً أو اعفاءً من المسؤولية التقصيرية: فلا يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية⁴، وفي حال تم الاتفاق على اعفائه يكون هذا الاتفاق باطلاً لتعارضه مع النظام العام .

لكن في حال كان مقدار التعويض الاتفاقي تافهاً أو أقل من قيمة الضرر الناشئ عن العمل الغير مشروع جاز لدائن التقدم بطلب من المحكمة لزيادة مقدار التعويض بحيث يتناسب مع الضرر الحاصل وهذا ما نصت عليه المادة 190 من المشروع المدني الفلسطيني⁵.

¹ حكم محكمة الاستئناف في الدعوى الحقوقية المنعقدة في رام الله رقم 9 لسنة 2018م. المشار إليها لدى: <https://maqam.najah.edu/judgments/276>. تاريخ آخر زيارة: 2019/11/9م. الساعة: 11:30.

² راجع نصّ المادة 225 من القانون المدني المصري.

³ أبو ليلى، طارق محمد مطلق: مرجع سابق. ص 81-82.

⁴ راجع نص المادة 3/217 من القانون المدني المصري.

⁵ نصت المادة 190 على أنّه "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار، ومع ذلك يجوز اشتراط تشديد هذه المسؤولية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

ولا بُدّ من الإشارة أيضاً إلى أنّ سلطة القاضي تمتد إلى التأكد من مشروعية الشرط الجزائي في عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، وفي حال كان هذا الشرط غير مشروع أو كان الالتزام الذي يكفله غير مشروع كمخالفته لنصّ قانوني أو شرعي فالقاضي يحكم ببطلانه، وكذلك تمتدّ سلطة القاضي للتأكد من التكليف الذي يعطيه الأطراف للبند العقدي، فليس مجبراً بتكليف أفراد العقد، فالقاضي يتأكد من أنّ البند المعروض أمامه يشكل شرطاً جزائياً، كون الأطراف يتمسكون غالباً بالتكليف الذي يتوافق مع مصالحهم، حيث يقوم القاضي بإعطاء الوصف القانوني الصحيح أخذاً بعين الاعتبار الظروف والملابسات المحيطة، بالإضافة للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وأيضاً امتداد سلطته إلى التحقق من توافر شروط استحقاق الشرط الجزائي لكونها الفيصل في استحقاق الدائن تعويضاً بالمبلغ المتفق عليه، أو أنّ الأمر يتطلب مراجعة لعدم تناسب المبلغ المتفق عليه مع الضرر الفعلي¹.

وفي نهاية هذا المطلب لا بُدّ من توضيح أمرٍ ما، وهو بأنّ سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ليست من النظام العام، كون القاضي لا يستطيع التدخل من تلقاء نفسه، لكنّ الأطراف المتعاقدة لا تستطيع استبعاد سلطة القاضي، فهي من النظام العام، أيّ إذا كان الالتزام الأصلي مشمولاً بشرط جزائي يكفل تنفيذه فلا يجوز للدائن إيراد شرط مضمونه استبعاد الرقابة القضائية².

المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة (الأجل القضائي)

تعتبر نظرة الميسرة (الأجل القضائي) استثناء على مبدأ سلطان الإرادة؛ فالقاضي قد يمنح المدين في حال عسره أجلاً أو آجالاً معقولة لتنفيذ التزامه، سواء أثناء سير دعوى فسخ العقد - لتخلف المدين عن تنفيذ التزامه كلياً أو جزئياً أو تنفيذه تنفيذاً معيباً - التي يرفعها الدائن على المدين³، أو أثناء إجراءات التنفيذ التي يباشرها الدائن⁴، لكن قبل الحديث عن سلطة القاضي

¹ أحمد، خليل: مرجع سابق. ص 74-75، 79-81.

² المرجع السابق. ص 78.

³ د. فودة، عبد الحكم: إنهاء القوة الملزمة للعقد. دون طبعة. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1993م. ص 455.

⁴ زينة، صاغي. نسيم، مقري: مرجع سابق. ص 70.

في منحها لا بُدَّ بدايةً من الإشارة إلى أنَّ المشرَّع المصري أخذ بنظرة الميسرة¹، وكذلك المشرَّع الفلسطيني² الذي اعتبرها من تطبيقات تعديل العقد³.

وللحديث بشكل مفصَّل عن سلطة القاضي، لا بُدَّ بدايةً من توضيح المقصود بنظرة الميسرة وشروطها، لذلك قامت الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، تحدثت في الفرع الأول عن ماهية نظرة الميسرة وشروطها، وفي الفرع الثاني تحدثت عن سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة.

الفرع الأول: ماهية نظرة الميسرة وخصائصها

تعرّف نظرة الميسرة بأنّها المهلة التي يمنحها القاضي للمدين بدينٍ مستحق الأداء استناداً لظروف سيئة تحيط بهذا المدين، كما عُرِّفت أيضاً بأنّها أجلٌ قضائيّ يجوز منحه للمدين بشروط معينة⁴.

وعرّف بعض الفقه نظرة الميسرة بأنّها "أجل قضائيّ يجوز منحه للمدين بشروط معينة"، وهناك من عرفها بأنّها "مهلة التنفيذ أو الأجل القضائيّ التي يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ، حسن النية، إذا استدعت حالته ذلك ولو يلحق بالدائن من ذلك ضررٌ جسيم، وذلك حتى ينفذ التزامه ويتوقى الفسخ"⁵.

أمّا بالنسبة للشريعة الإسلامية فإنّها تعتبر أصل نظرة الميسرة، حيث قال تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدّقوا خيرٌ لكم إن كنتم تعلمون"⁶، حيث يقصد بالعسرة ضيق الحال من جهة المال، أمّا النظرة فهي التأخير⁷.

¹ د. معوض، فؤاد محمود: مرجع سابق. ص 467.

² راجع نص المادة 2/376 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

³ الديب، هبة محمد محمود: مرجع سابق. ص 85.

⁴ زينة، صاغي. نسيم، مقري. مرجع سابق. ص 71.

⁵ مشار إليه لدى: خليفة، بوداود. السعيد، بوزيان: مرجع سابق. ص 44.

⁶ القرآن الكريم. آية 280. سورة البقرة.

⁷ معوض، فؤاد محمود: مرجع سابق. ص 447.

تعدّ نظرة الميسرة استثناءً على القاعدة العامة في الوفاء، والتي نصّت عليها المادة (376)¹ من المشروع المدني الفلسطيني، حيث نصّت على أنه "يجب أن يتمّ الوفاء فور ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نصّ يقضي بخلاف ذلك"، كما تعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد امكانية قيام القاضي بتطبيقها، بالإضافة إلى ذلك تكون سلطة القاضي بمنح نظرة الميسرة دون طلب المدين أو موافقته².

الفرع الثاني: تدخل القاضي في منح نظرة الميسرة

لا يستطيع القاضي أن يمنح المدين الذي أخلّ بتنفيذ التزامه التعاقدي أجلاً للوفاء إلّا بتوفر ضوابط معينة⁴³، وهي⁵:

أولاً: عدم وجود نصّ قانوني يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة، ومثال ذلك ما نصّت عليه المادة (156)، والمادة (189) من القانون التجاري المصري، حيث لا يجوز للقضاة بناءً على هاتين المادتين أن يعطوا مهلة لدفع قيمة الكمبيالة أو السندات الأذنية أو السندات لحاملها.

ثانياً: أن يكون المدين حسن النية في تأخره، ولديه المال الكافية للوفاء بالتزامه، وأنّ عدم الوفاء لم يكن بتقصير منه، ولم يكن في مقدوره تدبيره، مثل عدم استطاعته بيع عقارات أو منقولات فيطلب مهلة حتى يستطيع التصرف بها.

ثالثاً: أن لا يلحق بالدائن أيّ ضرر جسيم من جراء منح المدين نظرة الميسرة، فإذا كان التأجيل سيلحق بالدائن أيّ ضرر جسيم فيمتنع القاضي حينها عن منح الأجل، كأن يكون الدائن معتمداً على الدين لسداد دين مترتب عليه فلا يستطيع التأخر في الوفاء به.

¹ يقابلها نصّ المادة 1/346 من القانون المدني المصري.

² خليفة، بوداود. السعيد، بوزيان: مرجع سابق. ص 44-45.

³ نصّت المادة 2/376 من المشروع المدني الفلسطيني على أنه "على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم."

⁴ راجع نصّ المادة 2/346 من القانون المدني المصري .

⁵ د. معوض، فؤاد محمود: مرجع سابق. ص 468-479.

رابعاً: أن يكون الأجل معقولاً ويقدر بقدرة المدين على الوفاء بالدين، ويكون هذا الأجل قاصراً على المدين الذي مُنح الأجل دون غيره من المدينين، وأن يكون كذلك قاصراً على الدائن المحكوم به في مواجهته.

يتدخل القاضي في منح الأجل القضائي في عدة حالات، كأن يتم الاتفاق بين طرفي العقد على الوفاء بالالتزام عند المقدرة، ثم حدث خلافٌ على ذلك، فيتدخل القاضي لتحديد أجل يتم خلاله التنفيذ، أو قد يكون الالتزام الملقى على عاتق المدين محدداً بأجل معين متفقاً عليه مسبقاً، وأنه قد حلَّ الأجل ولم يتمكن المدين من تنفيذ الالتزام بسبب إفساره، وكذلك يتدخل القاضي في حال تم الإخلال بالالتزام من قبل أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين أثناء طلب الفسخ من الطرف المتضرر من الإخلال، وفي هذه الحالة يجب أن تتوافر شروط الفسخ القانونية¹.

بناءً على ذلك، سيتم توضيح مدى سلطة القاضي في منح الأجل القضائي إزاء الفسخ القضائي، ومدى سلطته في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ:

أولاً: سلطة القاضي إزاء دعوى الفسخ في منح نظرة الميسرة

قد يتم الاتفاق بين المتعاقدين على أجل لتنفيذ الالتزام، فيحلَّ الأجل دون قيام أحدهما بتنفيذ التزامه، مما يتيح الفرصة للطرف الآخر المطالبة بفسخ الاتفاق المبرم بينهما، وعليه فإنَّ قاضي الموضوع وقبل أن يتخذ قراراً في شأن ذلك يتأكد بدايةً بأنَّ الإخلال وقع من قبل المدين وليس الدائن، وأنَّ الدائن-طالب الفسخ- لديه القدرة على تحمل نتائجه، فمتى تأكد القاضي من توفر شروط الفسخ، يكون له الحقُّ في اتخاذ القرار المناسب إمَّا بفسخ العقد، أو رفض الفسخ، أو منح المدين أجلاً لتنفيذ العقد دون اشتراط طلب المدين ذلك، فمنح الأجل يكون حسب سلطة القاضي التقديرية².

¹ زينة، صاغي. نسيمه مقري: مرجع سابق. ص73-74.

² المرجع السابق. ص74.

ثانيًا: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ

إنَّ الأجل الممنوح في دعوى التنفيذ أساسه اعتبارات العدالة، حيث يقصد به التخفيف من القوة الملزمة للعقود، فمهلة التنفيذ التي يمنحها القاضي للمدين في دعوى التنفيذ المرفوعة من قبل الدائن قد تكون أجلًا معينًا أو آجالًا معينة، ويشترط في هذه الحالة ثبوت حسن النية للمدين وعدم الحاق ضرر جسيم بالدائن، وقد لا يمهل القاضي المدين وبالتالي يتم فسخ العقد.

وفي حال منح القاضي أجلًا للمدين يتم وقف إجراءات التنفيذ المرفوعة من قبل الدائن حتى ينقضي الأجل الذي منحه القاضي للمدين، لكن في نفس الوقت يستطيع الدائن أن يتخذ إجراءات تحفظية¹.

منح نظرة الميسرة أو الأجل القضائي ليست محصورة فقط بقاضي الموضوع، فيمكن لقاضي الأمور المستعجلة أن يقوم بمنحها في حال تم المطالبة بها أمام القضاء دون أن يكون له الحق في النظر في دعوى الفسخ، أو دعوى التنفيذ لتعلقهما بأصل الحق².

¹ نورية، طرطاق: نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الجزائر. الجزائر.

2014-2015م. ص52.

² نورية، طرطاق: مرجع سابق. ص50.

المبحث الثالث

سلطة القاضي في تكميل وتحويل وتصحيح العقد

يعدّ العقد من أهم أدوات التعامل بين الأشخاص، يتم من خلاله تحقيق أهداف وغايات معينة على الصعيد القانوني والاقتصادي، وبالتالي يتم التعاقد بالاتفاق على جميع المسائل التي تخص العقد، لكن في بعض الأحيان قد يغفل المتعاقدان عن تنظيم المسائل التفصيلية التي قد تنشأ من العقد، الأمر الذي يستدعي تدخلاً من قبل القاضي من أجل تكميل العقد.

وقد نكون بصدد عقدٍ باطل، وكما هو معروف بأنّ العقد الباطل لا يُنتج أثراً إلّا أنّه يحتوي على عناصر كافية لتكوين تصرف آخر صحيح، وذي كيان مستقل، وبصورة مغايرة للتصرف الأول، فيقوم القاضي بتحويله¹، كما وتمتدّ سلطة القاضي أيضاً إلى تصحيح العقد بإضافة عنصر جديد يؤدي إلى جعله صحيحاً.

لذلك قامت الباحثة بإيراد هذا المبحث للحديث عن سلطة القاضي إزاء العلاقة التعاقدية ومدى قدرته في القيام بعملية التكميل أو تحويل وتصحيح العقد، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تحدثت في المطلب الأول عن سلطة القاضي في تكميل العقد، وفي المطلب الثاني تناولت موضوع تحويل وتصحيح العقد.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تكميل العقد

قد يغفل المتعاقدان عن تنظيم المسائل التفصيلية التي قد تنشأ عن العقد لكونها لم ترد في ذهنهما أو لعدم توقعهما، وبالتالي يتطلب العقد الصحيح أن يتم إكماله.

فيقصد بتكميل العقد وفقاً لرأي بعض الفقهاء بأنه "ما هو إلا تفسير لإرادة المتعاقدين، وذلك بإكمال التعبير التعاقدي وهو الإرادة الظاهرة بما تتضمنه الإرادة الباطنة لهما المتجهة إلى القانون والعرف وما تقتضيه العدالة وفقاً لطبيعة العقد"².

¹ أحمد، حدي لالة: مرجع سابق. ص180.

² تعريف راجع للأستاذ خالد عبد حسين الحديثي مشار إليه لدى: الحديثي، خالد عبد حسين: مرجع سابق. ص51.

كما يعرف تكميل العقد بأنه إضافة من قبل القاضي لما نقص من بنود العقد التفصيلية والتي لم يتم الاتفاق عليها أثناء إبرام العقد، اخذاً بعين الاعتبار طبيعة التعامل والعرف¹.

نشأ خلاف بين الفقهاء بشأن مصدر الالتزامات التي يضيفها القاضي إلى مضمون العقد؛ فالبعض رأى بأن القاضي حين يكمل العقد يستند في ذلك لإرادة المتعاقدين لكون العقد تصرفاً قانونياً إرادياً وبالتالي تكون إرادة الأطراف هي المحكمة في تنظيم كافة الأمور المتعلقة بالعقد، فدور القاضي في هذه الحالة يكمن بتكملة الإرادة الناقصة، أما الجانب الآخر من الفقهاء رأى بأن القاضي حين يكمل العقد يكشف عن الإرادة الصريحة للمتعاقدين من خلال النصوص القانونية المكملّة، فإذا لم يستطع الوصول إلى الإرادة الصريحة لجأ إلى الإرادة الباطنة، مستعيناً بأحكام العرف والأمانة في المعاملات².

تكميل العقد لا يتمّ بدون وجود أسباب تستوجب القيام به وهذا ما سيتمّ ايضاحه في الفرع الأول من هذا المطلب.

الفرع الأول: أسباب تكميل العقد³

- النقص في تنظيم العقد من قبل المتعاقدين، فالهدف من وراء تكملة العقد سدّ النقص عن طريق ما تتضمنه القواعد الموضوعية من أحكام، فالقاضي هنا ليس ملزماً بالبحث عن الإرادة المشتركة بشأن المسألة الناقصة.
- في حال عدم صدور تعبير من قبل المتعاقدين مثل المادة (494) من المشروع المدني الفلسطيني والتي نصّت على أنّ "نفقات تسليم الثمن، وعقد البيع وتسجيله تكون على المشتري، ونفقات تسليم المبيع على البائع، ما لم يوجد اتفاق أو نصّ أو عرف يقضي بغير ذلك".

¹ البكباش، سحر: دور القاضي في تكميل العقد. دون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2008م. ص23- ص 29.

² الحديثي، خالد عبد المحسن: مرجع سابق. ص75-76.

³ المرجع السابق. ص85-88.

- وسيلة حمائية استثمارها القضاء الفرنسي، لحفظ مصالح بعض فئات المجتمع والتي تحتاج إلى رعاية، خاصة في ظل كثرة الجهود القضائية والتي بذلت من أجل توسيع نطاق العقد، بإدخال التزامات جديدة لمضمون العقد من أجل تحقيق التوازن بين أطرافه.
 - يهدف التكميل إلى الفصل في مواضيع الجدل والاختلاف، فالمشرع يستطيع أن يسيطر على العقود حتى لا تكون وسيلة بيد الأفراد يسعون من ورائها إلى الإخلال بالأمن الاجتماعي.
 - تدخل القاضي لحسم الخلاف حول المسائل التفصيلية لا يكون من تلقاء نفسه، وإنما بناءً على طلب مقدّم من أحد أطراف العقد أو كليهما، فالهدف من وراء تكملة القاضي للعقد تحديد نطاق العقد، وبيان ما يدخل وما لا يدخل في هذا النطاق.
 - قد يكون العقد بحاجة إلى إكمال لعدم احتوائه على الالتزامات التي بدونها لا يتحقق الغرض المقصود منه، أو التي بدونها لا يستطيع أحد الأطراف تنفيذ التزامه.
- يقوم القاضي بإضافة التزامات جديدة لم تنصّ عليها الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ويستلزمها العقد مستعيناً في ذلك بالقواعد المكملّة أو مبادئ العدالة، مراعيًا في ذلك طبيعة الالتزام¹.

ولتفصيل دور القاضي في تكميل العقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الثاني: دور القاضي في تكميل العقد

نصّت المادة (2/148) من القانون المدني المصري على أنه "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"².

¹ البكباشي، سحر: مرجع سابق. ص220.

² مشار إليها لدى: تناغو، سمير عبد السيد: نظرية الالتزام. دون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. دون تاريخ نشر. ص138.

برجوع الباحثة إلى المشروع المدني الفلسطيني وجدت بأنه قد نصّ في المادة (2/148) على أنه "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف".

بناءً على نصّ المادة (2/148) يكمن تحديد نطاق العقد بما ورد فيه أولاً، ومن ثم إضافة ما يعتبر من مستلزمات العقد، والقاضي هو المخول بتحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد، وبالتالي تكملة العقد¹.

يستمدّ القاضي سلطته من القانون مباشرة، فله السلطة التقديرية في تحديد فيما إذا كان العقد محلّ النزاع بحاجة إلى تكميل أم لا، فعادة يضع المشرّع أحكاماً نموذجية يتم الاستعانة بها عند إبرام العقود، فيكون لأطراف العقد الحرية في تنظيمه وتضمين العقد أحكاماً مخالفة للأحكام التي تم وضعها، وهي الأحكام القانونية المكملّة، فهذه الأحكام يتم تطبيقها على أطراف العقد في حال لم يختاروا بديلاً عنها، سواء علموا أم لم يعلموا بها، ولا يقتصر مصدر هذه الأحكام على القانون؛ فقد يكون مصدرها العرف أو عادة مهنة معينة من المهن أو العدالة، فأيّاً كان مصدرها تضاف إلى التعبير عن الإرادة لاستكمال ما كان يجب على المتعاقدين أن يحددوا².

الفرع الثاني: العوامل التي يستعين فيها القاضي في تكملة العقد

أولاً: نصوص القانون³

حيث يقصد بها نصوص القانون المفسّرة أو المكملّة والتي تسري في حال عدم استبعادها أو مخالفتها، على خلاف النصوص القانونية الآمرة والتي لا يجوز الاتفاق على خلافها.

قد ترد القواعد القانونية المكملّة لإرادة المتعاقدين، ضمن القواعد العامة، أو ضمن تنظيم العقود المسمّاة كل على حدة، فالعقد المسمّى تكمل بنوده أولاً بالقواعد القانونية التي نصّ عليها

¹ تتأغو، سمير عبد السيد: المرجع السابق. ص138.

² الحديثي، خالد عبد حسين: مرجع سابق. ص125-126.

³ عيسى، هيثم عصام: مرجع سابق. ص24-25.

المشرّع، ثم القواعد العامة، على خلاف العقود غير المسماة فتكمل بنودها بالقواعد العامة ثم القواعد المنصوص عليها بالنسبة لأقرب العقود المسماة، وذلك عن طريق الاجتهاد والاستنتاج.

الهدف من النصوص الرئيسية تسهيل إبرام العقود على الأطراف، فيكون كافياً اتفاقهم على المسائل الجوهرية تاركين المسائل الأخرى دون تنظيم، وخير مثال على ذلك عقد الإيجار، فيكفي اتفاق الأطراف على المسائل الجوهرية كالمدة والعين والأجرة والغاية من الإجارة، أما باقي الأمور فقد أفرد لها المشرّع تنظيمًا كاملاً، فالمؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة وضمن العيوب الخفية، في المقابل يلتزم المستأجر بدفع الأجرة واستعمال العين المؤجرة بطريقة لا تخالف المألوف، فالقاضي يحكم على أساس وجود هذه الالتزامات ولو لم يتفق الأطراف عليها في العقد.

ثانياً: العرف

يستعين القاضي أثناء تكملة العقد بالأعراف والعادات السائدة التي يتم العمل بها، حيث يعلب العرف دوراً كبيراً في المعاملات التجارية والبحرية وأعمال البنوك والتأمين¹.

لا يكون القاضي ملزماً بتطبيق عرف معين على النزاع، فقد يطبق عرف موطن التنفيذ أو عرف موطن إبرام العقد، ولا بُدّ من الإشارة هنا بعدم جواز مخالفة العرف لأي نصّ تشريعي أمر استناداً لقاعدة تدرج التشريعات².

ثالثاً: طبيعة التعامل

لكل عقد طبيعة خاصة وأحكاماً تضافي عليه طابعاً مستقلاً، ففي حال وُجد نقص في البنود التفصيلية فالقاضي يلجأ إلى طبيعة التعامل لسدّ هذا النقص³.

¹ عيسى، هيثم عصام: مرجع سابق. ص25.

² البكباشي، سحر: مرجع سابق. ص148-149.

³ عيسى، هيثم عصام: مرجع سابق. ص26.

رابعاً: تكملة العقد وفقاً لقواعد العدالة¹

والعدالة هي شعور كامن في النفس يسعى إلى إعطاء كل ذي حق حقه، فهي آخر الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتكملة العقد، ففي هذه الحالة يقصد بالعدالة المكملة لآثار العقد في حال عدم قيام الأطراف بتنظيم آثار العقد في مسألة معينة، ولا يتم اللجوء لها إلا في حال عدم وجود نص في القانون أو العرف، مثال ذلك: أن البائع ملزم بنقل الحق المبيع إلى المشتري، كما أنه ملزم بأن يتمتع عن أي عمل قد يؤدي إلى اعاقبة نقل الحق، فهذا الالتزام تقتضيه العدالة.

الفرع الثالث: الرقابة القضائية على دور القاضي في تكميل العقد

في حال أفضى حكم القاضي في تكملة العقد إلى سدّ النقص في تنظيم العقد فإنه في هذه الحالة يكون حكماً محققاً لإرادة المشرع، وبالتالي فإن حكمه في هذا الصدد متعلق بالقانون، وعليه يخضع لرقابة محكمة النقض، أما حكم القاضي فيما يتعلق بالعدالة فيكون خارجاً عن رقابة محكمة النقض، وعليه فإن قيام القاضي باستكمال العقد يُعدّ من المسائل القانونية التي يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز².

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تحويل وتصحيح العقد

الأصل أن العقد الباطل لا ينتج أثراً³ حيث لا وجود قانوني له⁴، إلا أن تطبيق القاعدة على إطلاقها يؤدي إلى حدوث الكثير من الأمور الاقتصادية والاجتماعية غير المرغوب فيها، فقد حاول المشرع أن يتفادى تلك الآثار من خلال تقليل حالات البطلان، واستثمار العقد قدر المستطاع، فتم اللجوء إلى فكرة تحويل العقد، وهذه الفكرة ليست بالجديدة، فقد أخذت بها الشرائع

¹ الحديثي، خالد عبد حسين: مرجع سابق. ص 120-121.

² المرجع السابق. ص 154.

³ راجع نص المادة 139 من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

⁴ د. الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام. ط6. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2015م. ص 101.

القديمة، وأخذ بها الفقهاء المسلمون، ثم ظهرت لأول مرة في القانون المدني الألماني الصادر عام 1986م، وعن هذا القانون أخذت القوانين الأخرى فكرة التحول، ومنها القوانين العربية.¹

و قد نكون في صدد عقد معيب يتطلب تدخلاً من قبل القاضي في انتقاص الشق الباطل منه.²

فهنا قد يتم التساؤل: ما الفرق بين الفكرتين؟ فكلاهما تسعى إلى جعل العقد صحيحاً، لذلك قامت الباحثة بتناول هذا الموضوع لإزالة أي لبس بشأنهما، وتوضيح دور القاضي في نطاق ذلك.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تحول العقد

قد نكون بصدد قسمة رضائية لمال شائع، وكان من بين الشركاء شريك ناقص الأهلية، فالقسمة هنا باطلة لأن صحة القسمة تستوجب بأن يتمتع كافة الشركاء بالأهلية الكاملة واتفقهم جميعاً على هذه القسمة، لكن في حال كان أحد الشركاء قاصر الأهلية مأذوناً له بالتجارة وأكمل الخمسة عشر عاماً فإن القسمة الباطلة تتحول إلى قسمة مهيأة صحيحة. كما يتحول عقد الوديعة إلى عقد عارية إذا كان الوديع مأذوناً له بالاستعمال، ويتحول عقد العارية إلى عقد قرض في حال كان الشيء مما يستهلك بالاستعمال.³

بناء على الأمثلة السابقة بدأت معالم فكرة تحول العقد بالوضح، ولتوضيحها بشكل كامل لا بُدّ من التعرف على مفهومها.

يقصد بتحول العقد أنه في حال كان التصرف باطلاً لعدم توفر أحد أركانه، أو كان قابلاً للإبطال لانقضاء شروط صحته لكنه في ذات الوقت يتضمن عناصر كافية لتكوين تصرف آخر

¹ الفتلاوي، صاحب عبيد: تحول العقد. ط1. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1997م. ص7.

² د. الشكري، ايمان طارق. د محسن، منصور حاتم: تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي. جامعة بابل. العراق. دون سنة نشر. ص2.

³ رشيد، محمد سالار: نظرية تحول العقد وتصحيح العقد الباطل في القانون المدني العراقي والفقہ الإسلامي. الادعاء العام في إقليم كردستان. العراق. 2017م. ص15-16.

صحيح، تؤدي إلى تحقيق ذات النتائج المرجوة من التصرف الأصلي، وبالتالي يتحول التصرف المعيب إلى تصرف آخر صحيح متولد عن التصرف الأول، وذي كيان مستقل، وبصورة مغايرة للتصرف الأول¹.

ليتمكن القاضي من تحويل العقد المعيب إلى عقد صحيح لا بُدَّ من توافر شروط نظرية تحويل العقد، وهي كالآتي²:

- بطلان العقد الأصلي

للقول بتحول العقد يشترط أن يكون البطلان كلياً أو قابلاً للإبطال، فلا يجوز أن يكون البطلان جزئياً، أو قابليته للإبطال في شقٍّ منه، ففي هذه الحالة نكون بصدد إنقاص العقد، وخير مثال على ذلك ما أورده المادة (2/1/ 142) من قانون التجارة الفلسطيني والتي نصت على أنه " مع عدم الإخلال بحكم المادة 154 يجب أن يكون التظهير خالياً من كل شرط . وكل شرط معلق عليه التظهير يعتبر كأن لم يكن. 2- والتظهير الجزئي باطل".³ فبناءً على هذه المادة يعتبر تظهير سند السحب المعلق على شرط صحيح دون أي اعتبار قانوني لشرط المعلق عليه .

- أن يتضمن أركان عقدًا آخر

يشترط لتحول العقد الباطل أن يتوفر فيه عناصر العقد الصحيح الذي يتحول إليه كلّها، دون أي إضافة لعناصر جديدة، وخير مثال على ذلك سند السحب المعيب شكلاً يتحول إلى سند دين صحيح دون أي إضافة لأي عنصر تخلف إلى هذا السند.

- اتجاه نية المتعاقدين المحتملة إلى العقد الذي تحول إليه العقد الباطل.

أي ان إرادة المتعاقدين الظاهرة تتجه نحو العقد الباطل، أمّا إرادتهم الباطنة تتصرف إلى إبرام العقد الصحيح، الذي يتحول إليه العقد الباطل.

¹ أحمد، حدي لالة: مرجع سابق. ص180.

² المرجع السابق. ص181-183.

³ المادة 142 من قانون التجارة الفلسطيني رقم 12 لسنة 1966.

قد نسمع بنظرية انتقاص العقد ونظنّ لأول وهلة بأنها هي ذاتها نظرية تحوّل العقد، لكن في الحقيقة هناك اختلاف بينهما، فانتقاص العقد يتمّ في حال كان العقد في شقّ منه باطلاً، والجزء الآخر صحيحاً¹. فالإنقاص يفترض بقاء العقد مع التخلص من الشقّ الباطل فيه، أو القابل للإبطال².

أخذ المشرّع الأردني بنظرية انتقاص العقد وذلك حسب المعيار الذي أخذ به الفقه الإسلامي ألا وهو المعيار الموضوعي³، على عكس القانون المدني المصري والذي أخذ بالمعيار الذاتي، وهذا ما نصّت عليه المادة (143) من القانون المدني "إذا كان العقد في شقّ منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله"⁴.

وبرجوع الباحثة إلى مشروع القانون المدني الفلسطيني وجدت بأنّ المشرّع الفلسطيني قد أخذ بالمعيار الذاتي على هدى المشرّع المصري، وهذا ما نصّت عليه المادة (141) "إذا كان العقد في شقّ منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشقّ وحده هو الذي يبطل، إلّا إذا تبين أنّ العقد ما كان ليتمّ بغير الشقّ الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".

مثال على ذلك، في حال وهب شخص مالاً لزوجته التي طلقها مع اشتراطه عليها بعدم الزواج، دون أن يكون بينهما ولد، ثم تبين أنّ هذه الهبة ماهي إلا تعويض عن طلاقها فيكون الشرط في هذه الحالة باطلاً والهبة صحيحة⁵.

من شروط الأخذ بهذه النظرية أن يكون البطلان في بندٍ من بنود العقد أو في جزءٍ منه، كما يشترط أن لا يكون الشرط أو الشقّ غير المشروع هو الدافع على التعاقد، ومن البديهي أن يكون العقد قابلاً للانقسام⁶.

¹ د. الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص102.

² أحمد، حدي لالة: مرجع سابق. ص177.

³ راجع نصّ المادة 169 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م.

⁴ د. الفار، عبد القادر: مرجع سابق. هامش ص102.

⁵ أحمد، حدي لالة: مرجع سابق. ص187.

⁶ د. الفتلاوي، صاحب عبيد: مرجع سابق. ص 106-111.

بعد أن تم توضيح كل من النظريتين لا بُدّ من الحديث عن دور القاضي إزاء كلّ منهما¹:

- في حال توفرت شروط نظرية إنقاص العقد، يقوم القاضي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدین وبيان فيما إذا كانت قد انصرفت إلى الجزء الباطل أم الجزء الصحيح، فإذا تبين انصراف إرادة الأطراف إلى الجزء الباطل ففي هذه الحالة يكون العقد باطلاً بأكمله، وعليه يحكم القاضي ببطالان العقد، أمّا إذا انصرفت نية أطراف العقد إلى الجزء الصحيح فيقوم القاضي بانقاص العقد وتخليصه من الجزء المعيب.
- أمّا إذا توفرت شروط تحوّل العقد، فسلطة القاضي هنا ليست بالسلطة التحكّمية، فعندما يحكم بتحوّل العقد الباطل إلى عقد صحيح فإنّه يفسّر في ذلك نية المتعاقدين، فالعقد الصحيح الذي تحوّل إليه العقد الباطل هو العقد الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين.

الفرع الثاني: دور القاضي في تصحيح العقد المعيب

يقصد بتصحيح العقد المعيب ادخال عنصر جديد عليه، يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً²، كما يقصد به زوال البطلان أو التهديد به بوسائل تستند إلى إرادة المشرّع مع الإبقاء على العقد مصححاً بأثر رجعي³.

وتقع عملية التصحيح على العقود الباطلة بطلاناً نسبياً وذلك على خلاف نظرية التحوّل والتي تقع على العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً، مثال ذلك تصحيح العقد المشوب بعيب الرضا، كقيام ناقص الأهلية برهن ماله مقابل دين فعقد الرهن في هذه الحالة باطل نسبياً، فيتم تصحيحه بالإجازة عند بلوغ القاصر لسن الرشد⁴.

¹ أحمد، حدي لالة: مرجع سابق. ص 184-185.

² د. الفتلاوي، صاحب عبيد: مرجع سابق. ص 123.

³ الحديثي، خالد عبد حسين: مرجع سابق. ص 76.

⁴ رشيد، سالار محمد: مرجع سابق. ص 23.

ولتصحيح العقد المعيب عدة شروط وهي¹:

1- أن نكون أمام عقد معيب، ويقصد بالعيب هنا أن يشوب العقد أي عيب من عيوب الإرادة، ففي القانون المدني المصري يكون العيب مجالاً لتصحيح العقد المشوب به في مجال الغلط والاستغلال، ففي نصّ المادة (3/129)² أجازت للطرف الآخر أن يتوقى دعوى إبطال العقد إذا عرض على القاضي ما يكفي لرفع الغبن.

ترى الباحثة بناءً على ما تم ذكره في المبحث الثاني من الفصل الأول بأنّ المشرّع الفلسطيني يوافق المشرّع المصري في جعل العيب القابل لتصحيح العقد المشوب به في مجال الغلط والاستغلال.

2- حصول تغيير في عنصر من عناصر العقد الأساسية؛ الرضا والسبب والمحل، فوفقاً للقانون المدني المصري إذا كان المتعاقد مستعداً لتنفيذ العقد المعيب بالغلط، فلا يمكن للمتعاقد الذي وقع تحت تأثير الغلط التمسك بإبطال العقد، وبالتالي يتم تصحيح العقد بتغيير عنصر من عناصره كاستعداد المتعاقد لتقديم الشيء المتفق عليه، فيتم تصحيح العقد بالتغيير في محل العقد المعيب. وقد يحصل التغيير إما بالتكملة في محل العقد، أو انتقاص ذلك العنصر.

3- بقاء العقد المصحح على نوعه دون تغيير، أي بقاء العقد على تكييفه دون تغيير، فإذا كنا بصدد عقد بيع فيجب أن يبقى بعد التصحيح عقد بيع دون تغيير نوعه.

يكمن دور القاضي في تصحيح العقد في التحري وتطبيق القواعد القانونية المطبقة على الواقعة التي ينظرها، وذلك بإضافة عنصر جديد على العقد الباطل، مما يجعل منه عقداً صحيحاً، وتغيير العنصر قد يكون بالإضافة أو الإنقاص أو الإبطال، وبالتالي فإنّ تصحيح العقد يعدّ عملاً مادياً يقوم به القاضي، ففي بعض الحالات قد يقع دون إرادة الأطراف، أي يقع بحكم

¹ د. الشكري، إيمان طارق. د محسن، منصور حاتم: مرجع سابق. ص 4-7.

² راجع نصّ المادة 3/129 من القانون المدني المصري.

القانون، وفي حالات أخرى يقع التصحيح بإرادة المتعاقد الحقيقية، وتكمن سلطة القاضي في تصحيح العقد في عقود المعاوضة والتبرع والإذعان¹.

تستج الباحثة بأن قيام القاضي بتكميل أو تصحيح أو تحويل العقد لا يُعدّ استثناءً لمبدأ سلطان الإرادة، فهي ترى بأنّ القاضي يدعم هذه الإرادة عن طريق سدّ النقص أو تصحيح العقد المعيب أو جعل العقد الباطل ذا أثر، كلّ ذلك سعياً لتحقيق الأهداف والغايات المرجوة من التعاقد.

¹ رشيد، سالار محمد: مرجع سابق. ص26.

الخاتمة

بعد أن تم توضيح مدى إمكانية تدخّل القاضي في العقود المدنية، ومدى أهمية تدخّله في هذه العقود، لن نستطع نكران ما لسلطة القاضي من دورٍ في تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العقد، وتحقيق الحماية للطرف الضعيف، خاصة في ظل التزايد الكبير لعقود الإذعان وما تتضمنه هذه العقود من شروط تعسّفية، أو من غبنٍ أو شروطٍ جزائية تُثقل كاهل أحد الأطراف.

لم تقف سلطة القاضي عند حدّ التعديل؛ بل توسعت سلطته إلى حدّ تمكنه من تصحيح العقد أو تحويل العقد المعيب إلى عقد صحيح، مما أدّى إلى حماية العقود من البطلان والحفاظ على استمرارها واستقرار المعاملات.

ولأهمية العقود في حياة الأفراد لم يقتصر انعقادها على القانونيين فقط، بل شملت جميع فئات المجتمع، الأمر الذي كان سبباً في إغفال بعض المسائل التفصيلية، وبالتالي فقد كان لسلطة القاضي في تكميل العقد الأثر الفعّال للحفاظ على العقود وتمكينها من مواكبة التطوّرات الاقتصادية والاجتماعية.

النتائج والتوصيات

النتائج

من النتائج التي توصلت إليها الدراسة :

- أصبح للقاضي دور ايجابي وسلطة لتدخل في العقود المدنية ومراقبة العقد منذ نشأته وخلال مرحلة تنفيذه .
- اقتصر المشرع الأردني على تنظيم الاستغلال على حالة عقد السلم، في المقابل لم تنظم مجلة الأحكام العدلية الاستغلال.
- نصّ المشرع الفلسطيني والمصري على عدم جواز فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة.
- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالنسبة للأفراد هي من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على استبعادها من قبل الأطراف.
- سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة تتم دون طلب من المدين أو موافقته، فهي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على استبعادها.
- منح نظرة الميسرة من قبل القاضي ليست مقتصرة على المدين بالمبلغ المالي بل يمكن أن تشمل المدين الملزم بالقيام بعمل أو تقديم شيء في ذمته .
- دور القاضي في تكميل العقد مستمد من القانون ويعد مكملاً لإرادة الأطراف وبالتالي لا يمكن اعتباره استثناءً على مبدأ سلطان الإرادة .
- لا يعد دور القاضي في تصحيح وتحويل العقد استثناءً على مبدأ سلطان الإرادة .
- دور القاضي في تكميل وتصحيح وتحويل العقد لا يُعدّ استثناءً على مبدأ سلطان الإرادة.

التوصيات

- تقترح الباحثة من خلال دراستها عدة توصيات، يمكن إجمالها كالآتي:
 - لا بُدّ من تنظيم دراسات تتناول موضوع التعديل بالتفسير، فمن خلال إنجاز هذه الدراسة لوحظ ندرة الدراسات المتعلقة بهذا الموضوع.
 - تقترح الباحثة إيراد تعريف للشرط التعسفي، حيث اقترحت من وجهة نظرها تعريفاً للشرط التعسفي وهو أنه "الشرط الذي يستقلّ بوضعه المحترف بطريقة الإذعان، مستهدفاً إلحاق الضرر بالمذعن، من خلال فرض التزامات مرهقة أو حرمانه حقاً من حقوقه، بالشكل الذي يحقق ميزة مفرطة لمحتكر السلعة أو الخدمة، وبالتالي غياب العدالة بينهما".
 - تقترح الباحثة بأن يتم إضافة عبارة إلى نصّ المادة (244) من المشروع القانون الفلسطيني تُفيد بأنّه بناء على اتفاق بين طرفي العقد يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى أي إجراء آخر، على غرار ما نصّ عليه لمشروع المصري في المادة (219) من قانونه المدني.
 - توصي الباحثة المشروع الفلسطيني بتعديل نصّ المادة (151) من المشروع المدني الفلسطيني وإضافة معيار الموازنة بين مصلحة الطرفين، بحيث يصبح نصّ المادة "إذا طرأت حوادث استثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقّعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد موازنة مصلحة الطرفين أن تردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلاً كلّ اتفاق يقضي بغير ذلك".
 - توصي الباحثة بأن يتمّ تكثيف الجهود البحثية في إعداد دراسات متعلقة بموضوع تدخّل القاضي في العقود المدنية ضمن التشريعات الفلسطينية، فمن خلال الدراسة لم تجد الباحثة دراسة تتناول موضوع تدخّل القاضي في العقود المدنية من كافة جوانبه.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

القرآن الكريم

القانون التجاري الفلسطيني رقم 12 لسنة 1966 .

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م نشر في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1976/8/1م.

القانون المدني الجزائري لسنة 1976.

القانون المدني العراقي قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م وتعديلاته: الوقائع العراقية. رقم العدد: 3015 تاريخ: 1951/8/9م. رقم الصفحة: 243. مجموعة القوانين والأنظمة. تاريخ: 1951.

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م. صدر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367هـ (16 يوليو سنة 1948م).

مجلة الأحكام العدلية. صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بين محمود الثاني في عام 1286هـ الموافق 1869م وتوطد نفاذها في عام 1293هـ الموافق 1876م.

مشروع القانون المدني الفلسطيني.

المراجع

أحمد، إبراهيم سيد: التعويض الاتفاقي (فقها وقضاء). دون طبعة. مصر: دار الكتب القانونية. 2005م.

البكباشي، سحر: دور القاضي في تكميل العقد. دون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2008م.

بكر، عصمت عبد المجيد: نظرية العقد في القوانين المدنية العربية. دون طبعة. بيروت: دار الكتب العالمية. 2015م.

التكروري، عثمان. سويطي، أحمد طالب: مصادر التزام (مصادر الحق الشخصي). ط1. فلسطين: المكتبة الأكاديمية. 2016م.

تتاغو، سمير عبد السيد: نظرية الالتزام. دون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. دون تاريخ نشر.

الحديثي، خالد عبد حسين: تكميل العقد. ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2012م.
حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية. طبعة أولى. مجلد1. دار الجيل: بيروت. 1411هـ-1991م.

الرب، حسني محمد جاد: التعويض الاتفاقي. ط1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2007م.
سعد، نبيل إبراهيم: النظرية العامة للالتزام. دون طبعة. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2003م.

سلطان، أنور: أحكام التزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام). دون طبعة. بيروت: دار النهضة العربية. 1980م.

سلطان، أنور: الموجز في مصادر الالتزام. دون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1996م.
سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني. ط7. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1435هـ-2014م.

سليم، محمد محيى الدين إبراهيم: **نظرية الظروف الطارئة**. دون طبعة. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2007م.

الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام**. دون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1995م. ص 63.

الصدّة، عبد المنعم فرج: **عقود الإذعان**. دون طبعة. مصر: مطبعة جامعة فؤاد الأول. 1946م.

الصدّة، عبد المنعم فرج: **نظرية العقد**. دون طبعة. بيروت: دار النهضة العربية. 1974م.

العامري، هائل حزام مهيبوب. **النظرية العامة للاستغلال**. دون طبعة. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث. 2009م.

العدوى، جلال علي: **أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانونية المصري واللبناني)**. دون طبعة. بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر. 1992م.

عنبر، محمد عبد الرحيم: **الوجيز في نظرية الظروف الطارئة**. دون طبعة. القاهرة: مطبعة زهران. 1978م.

غنام، شريف: **أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية**. دون طبعة. دبي: أكاديمية شرطة دبي. 1431هـ-2010م.

الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام**. ط6. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2015م.

الفتلاوي، صاحب عبيد: **تحول العقد**. ط1. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1997م.

الفضل، منذر: **مصادر التزام**. ط3. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1995م.

فودة، عبد الحكم: **إنهاء القوة الملزمة للعقد**. دون طبعة. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1993م.

فودة، عبد الحكم: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن. دون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2002م.

القاضي درادكة، فؤاد صالح موسى: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي). ط1. عمان: مطابع دار الشعب. 1415هـ-1995م.

المستشار طلبة، أنور: انحلال العقود. دون طبعة. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث. 2004م.

معوض، فؤاد محمود: دور القاضي في تعديل العقد. ط1. دمنهور: مطابع حلبي لطباعة الأوفست. 1999م.

الرسائل الجامعية

أبو بيح، حمزة هشام كامل: السبب الأجنبي وأثره على أحكام المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. 2018م

أبو ليلي، طارق محمد مطلق: التعويض الاتفاقي في القانون المدني. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2007م.

أحمد، حدي لالة: سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان. الجزائر. 2012-2013م.

أحمد، خليل: دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الدكتور مولاي الطاهر. سعيدة. الجزائر. 2015-2016م.

أنيس، ابراهيم . د.منتصر . عبد الحليم . الصوالحي، عطية . أحمد .، محمد خلف الله . المعجم الوسيط . طبعة 2. دون دار نشر.

- بن عمار، مقني: القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي. (رسالة دكتوراه منشورة). جامعة وهران. السانبا. الجزائر. 2008-2009م.
- بوكماش، محمد: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الحاج لخضر. باتنة. الجزائر. 2011-2012م.
- الحببة، علي مصبح صالح: سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. عمان. الأردن. 2011م.
- خلة، منال جهاد أحمد: أحكام عقود الإذعان في الفقہ الإسلامي. (رسالة ماجستير منشورة). الجامعة الإسلامية. غزة. فلسطين. 1429هـ-2008م.
- خليفة، بوداود. السعيد، بوزيان: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة محمد بوضياف. المسيلة. الجزائر. 2017-2018م.
- الخويلدي، أمجد أرحومة محمد: الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة مولانا إبراهيم الإسلامية الحكومية. إندونيسيا. 2016 م.
- الديب، هبة محمد محمود: أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الأزهر. غزة. 1433هـ-2012م.
- رشيد، محمد سالار: نظرية تحول العقد وتصحيح العقد الباطل في القانون المدني العراقي والفقہ الإسلامي. الادعاء العام في إقليم كردستان. العراق. 2017م.
- الزهران، زيتوني فاطمة: دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان. الجزائر. 2008-2009م.
- زينة، صاغي. نسيم، مقري: سلطة القاضي في تعديل العقد. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة عبد الرحمن ميرة. بجاية. الجزائر. 2013-2014م.

الشكري، إيمان طارق. د محسن، منصور حاتم: تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي. جامعة بابل. العراق. دون سنة نشر.

عابدين، عبد الناصر محمد عبد: الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الأزهر. غزة. فلسطين. 1434هـ-2013م.

عبدالله، فداق: نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة عبد الحميد بن باديس. مستغانم. الجزائر. 2017-2018 م.

عيسى، هيثم عصام. دور القاضي في تفسير العقود وفقاً للتشريعات النافذة في فلسطين. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2017م.

مريم. عمارة، ابتسام: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة 8 ماي 1945م. قالمة. 2015-2016م.

نجا، عبيد: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري. (رسالة ماجستير منشورة) جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان. الجزائر. 2015-2016م.

نورية، طرطاق: نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري. (رسالة ماجستير منشورة). جامعة الجزائر. الجزائر. 2014-2015م.

المقالات والمجلات

السامرائي، دريد محمود: سلطة القاضي في تعديل العقد. مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية. ع3. مج2. 2004م.

صالح، ذنون يونس. عنتر، إبراهيم: التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي. مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية. ع2. السنة 5.

طبيب، فايزة: دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية، مجلة دراسات لجامعة عمار ثلجي الأغواط (مجلة دولية محكمة). ع58. مج58. سبتمبر 2017م.

ظاهر، رهام صابر حسن: دور القاضي في تفسير عقد الإذعان في كل من مشروع القانون المدني الفلسطيني ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني. المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة". البيرة، رام الله. 2014م.

عبد القادر، الصادق: حماية المستهلك من الشروط التعسفية. مجلة آفاق علمية. ع1. مج11. 2018م.

العبدلوي، إدريس العلوي: الغبن في النظرية الحديثة (الاستغلال)، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن. ع6. مج6. 1986م.

للصاصمة، عبد العزيز سليمان. رجب، بيان يوسف: دور القاضي في تحديد التزامات أطراف العقد، مؤتة للبحوث والدراسات. (سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية). ع2. مج23. 2008م.

قرارات قضائية

حكم لمحكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية في الدعوى الحقوقية رقم 4135 لسنة 2019م.

حكم محكمة استئناف جبل لبنان المدنية، قرار رقم 11 بتاريخ 1987/1/27م.

حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 811 لسنة 2016م.

حكم محكمة الاستئناف في الدعوى الحقوقية المنعقدة في رام الله رقم 9 لسنة 2018م.

حكم محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوقية رقم 7200 لسنة 2018م.

حكم محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوقية رقم 7425 لسنة 2018م.

حكم محكمة النقض المصرية طعن رقم 388 لسنة 57 القضائية، جلسة 12 ديسمبر سنة 1989م.

حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 1389 لسنة 2017م.

حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 24 لسنة 2003م.

حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 52 لسنة 2003م.

حكم محكمة بداية حقوق عمان بصفتها الاستئنافية المملكة الأردنية الهاشمية في الدعوى الحقوقية رقم 3032 لسنة 2019م.

**An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies**

**The Intervention of the Judge in Civil
Contracts in the Palestinian legislations
“A Comparative Study”**

**By
Maram Saeed Radi Al-Kharouf**

**Supervised by
Dr. Ashraf Melhem**

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the
Requirements for the Degree of Master of Private law in the
Faculty of Graduate Studies, An-Najah National University,
Nablus, Palestine.**

2020

**The Intervention of the Judge in Civil Contracts in the Palestinian
legislations “A Comparative Study”**

By

Maram Saeed Radi Al-Kharouf

Supervised by

Dr. Ashraf Melhem

Abstract

In our time, contracts are legislated to serve as an efficient mean that enables individuals to fulfill their various interests. In fact, hardly a day passes without having hundreds of contracts concluded in the different areas of life in an effort to meet the needs and desires of individuals .

In the same token, interest in contracts is not confined to the individuals of one society, but it extends to the modern legislations which put attention on such matter. Moreover, such legislations give individuals enough space in forming such contracts based on the principle of will dominance. Hence, the parties of a contract may form and frame the contract thereof and include whatever terms and items they desire with no intervention from the judge .

Nevertheless, the intervention of the judge becomes crucial, in the light of the fluctuations of the economic, social and political life, to establish and lay the contractual justice and protect the weak party whenever the public interest requires such.

Consequently, the question posed is that what is the role of the judge in the civil contracts? Many legislations are resorted to as an attempt to address such inquiry, in addition to incorporating the legal acts that deal

with such topic, such as: the Egyptian Civil Law, the Jordanian Civil Law, Journal of Justice Judgments, the Palestinian Civil Law Project, while attending in certain cases to the Iraqi and Algerian Civil Laws.

The clarification of the role of the judge and intervention is attempted throughout two stages. The first stage is the intervention of the judge prior to the commencement due, as the contract amendment by interpreting the contract; amending a burdened or an abusive contract; or modifying a term of the terms thereof .

The second stage is when the judge intervenes during the fulfillment of the contract as a measure to address conditions affecting the contractual or economic equilibrium of the contract. Also, the judge may intervene to rectify or clarify a legal concept the contractual parties deem as difficult to interpret .

To conclude, the study provides a set of results and recommendations hopefully the Palestinian legislator may take into account.