

الإهداء

إلى روح والدي الغالي، إلى روح عمي جزاء معزي الغثيان، مع دعائي لهما بالرحمة والمغفرة، إلى والدتي التي ربّتي على الخير والفضيلة، إلى إخواني وأخواتي الأعزاء.

كما أهدّيها إلى كل من الأفاضل الدكتور المهندس فيصل الغثيان - عميد كلية الكرك، ابن العم عارف جزاء الغثيان، الدكتور خالد الكعابنة - أستاذ الحاسوب وتكنولوجيا المعلومات، الدكتور رائد سامي العدوان - المجلس الأعلى للعلوم والتكنولوجيا، الدكتور خالد العدوان - مدير مكتب وزير العدل، قضاة وموظفي قصر العدل.

غازي عايد الغثيان

الشكر والتقدير

أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور عبد العزيز اللصماسة الذي قدّم لي كل العون والمساعدة في إنجاز هذه الرسالة، والعمل على نجاحها من خلال متابعته وتوجيهاته البناءة وملاحظاته السديدة، والتي كان لها الدور الكبير في إظهارها بصورتها الحالية.

كما لا يفوتني أن أعبر عن امتناني وشكري لأستاذة كلية الحقوق في جامعة مؤتة، ولأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم وقبولهم أن يكونوا أعضاء في لجنة المناقشة لهذه الرسالة، وهم الدكتور جعفر المعربي، والدكتور زيد العقيلة من جامعة مؤتة، والدكتور مهند عزمي أبو مغلي من جامعة الإسراء.

غازي عايد الغثيان

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
الإهداء	أ
الشكر والتقدير	
فهرس المحتويات	ب
الملخص باللغة العربية	ز
الملخص باللغة الإنجليزية	ح
المقدمة	١
الفصل الأول: التعريف بنظام تعديل العقد كاستثناء على مبدأ سلطان الإرادة	١٢
المبحث الأول: التعريف بنظام تعديل العقد وتمييزه	١٣
المطلب الأول: المقصود بالتعديل وأقسامه	١٣
المطلب الثاني: تمييز التعديل القضائي للعقد عن النظم المقاربة له	١٧
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في تفسيره	١٨
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في استكمالها	٢٠
الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في انقاصه	٢٦
المبحث الثاني: مبدأ سلطان الإرادة	٣٠
المطلب الأول: نشوء مبدأ سلطان الإرادة وتطوره	٣١
الفرع الأول: عرض عام للمبدأ	٣١
الفرع الثاني: نشوء مبدأ سلطان الإرادة وتطوره	٣٣
الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة	٣٥
المطلب الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة	٣٦
الفرع الأول: أثر مبدأ سلطان الإرادة على التوازن العقدي والعدالة	٣٧
الفرع الثاني: انتكاص مبدأ سلطان الإرادة	٣٨
الفرع الثالث: تقييد مبدأ سلطان الإرادة	٤٠
الفصل الثاني: مضمون السلطة التقديرية للقاضي	٤٣
المبحث الأول: الخلاف الفقهي حول وجود سلطة تقديرية للقاضي المدني	٤٥

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: الاتجاه القائل برفض وجود سلطة تقديرية للقاضي	٤٥
المطلب الثاني: اتجاه وسط يبيح السلطة التقديرية بقيود	٤٧
المطلب الثالث: الاتجاه القائل بوجود سلطة تقديرية للقاضي	٥٠
المبحث الثاني: ماهية السلطة التقديرية	٥٣
المطلب الأول: مضمون النشاط التقديري ومصادره ووسائله	٥٤
الفرع الأول: مضمون النشاط التقديري	٥٤
الفرع الثاني: مصادر النشاط التقديري	٥٧
الفرع الثالث: الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي في نشاطه	٥٩
التقديري	
المطلب الثاني: كيفية ممارسة القاضي لنشاطه التقديري	٦١
الفرع الأول: كيفية أعمال القاضي للمعيار الوارد في القاعدة القانونية	٦٢
الفرع الثاني: تطبيق المعيار الوارد في القاعدة القانونية على النزاع المطروح	٦٣
الفرع الثالث: نشاط القاضي التقديري في تكييفه القانوني لواقع النزاع المطروح	٦٤
الفرع الرابع: نشاط القاضي التقديري في أعماله للأثر القانوني الوارد في القاعدة القانونية	٦٧
المبحث الثالث: رقابة محكمة التمييز (النقض) على السلطة التقديرية للقاضي	٧٠
المطلب الأول: مبررات وجود محكمة التمييز (النقض)	٧٠
المطلب الثاني: التمييز بين الواقع والقانون	٧٢
المطلب الثالث: رقابة محكمة التمييز (النقض) على أعمال القاضي لسلطته التقديرية بالنسبة للتكييف	٨١
الفصل الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينية	٨٤
المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال	٨٥

- المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن في الفقه الإسلامي ٨٧
- الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه بسبب الغبن ٩٠
المجرد عن التغير
- الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه بسبب الغبن ٩٢
المصحوب بغرر أو تغير
- الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه بسبب الاستغلال ٩٣
- المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال في القانون الأردني ٩٤
- الفرع الأول: أركان استغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم ٩٨
- الفرع الثاني: أحكام استغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم ١٠٣
- المطلب الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني المصري ١٠٧
بموجب نظرية الاستغلال
- الفرع الأول: شروط الاستغلال ١٠٨
- الفرع الثاني: جزاء الاستغلال ١١٣
- المبحث الثاني: سلطة القاضي في عقود الإذعان ١١٧
- المطلب الأول: التعريف بعقود الإذعان ودائرتها ١٢٠
- المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان ١٢٣
- المطلب الثالث: الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل أو إنهاء الشروط ١٢٥
التعسفية في عقود الإذعان
- المطلب الرابع: صور تدخل القاضي في عقود الإذعان ١٣٤
- المطلب الخامس: عقد الإذعان وسلطة القاضي في الفقه الإسلامي ١٣٨
- الفصل الرابع: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ ١٤٤
- المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الاستثنائية ١٤٥

(الظروف الطارئة)

- المطلب الأول: شروط تدخل القاضي بالتعديل بسبب الظروف الطارئة ١٤٩
- المطلب الثاني: ضوابط ومعيار سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة ١٥٧

الطارئة

- المطلب الثالث: مضمون سلطة القاضي إزاء العقد بسبب الظروف الطارئة وحدودها ١٦١

- المطلب الرابع: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي ١٧٤
- الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي بوجه عام ١٧٥
- الفرع الثاني: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي ١٧٧
- المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) ١٨٦
- المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانونين الأردني ١٨٧

والمصري

- المطلب الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي ١٩٣
- المطلب الثالث: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ١٩٧
- الفرع الأول: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي ١٩٨
- الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي ٢٠٣
- المطلب الرابع: موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي ٢٠٩
- المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي ومنح (نظرة الميسرة) ٢١٥
- المطلب الأول: التنظيم التشريعي للالتزامات المؤجلة في القانونين الأردني ٢١٧

والمصري

- المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في منح الأجل أو منعه (نظرة الميسرة) ٢١٩
- الفرع الأول: مدى سلطة القاضي إزاء الفسخ القضائي في منح الأجل ٢٢٠
- الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى ٢٢٢

التنفيذ

- المطلب الثالث: الشروط أو الضوابط القانونية لسلطة القاضي في منح نظرة ٢٢٤

الموضوع	الصفحة
الميسرة وآثارها	
المطلب الرابع: نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي	٢٢٨
الخاتمة	٢٣٢
المراجع	٢٣٨

المخلص

سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد

غازي عايد الغنيان

جامعة مؤتة، ٢٠٠٥

تناولت هذه الدراسة بالبحث والتحليل موضوعاً يعد من أهم الموضوعات القانونية وهو سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، باعتباره يعد خروجاً على أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد. وهو مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، إلا أن هذا المبدأ أورد عليه المشرع العديد من الاستثناءات، سواء في مرحلة تكوين العقد، أو في مرحلة التنفيذ، ويتم ذلك من خلال نشاط ذهني يجريه القاضي على واقع النزاع المطروح، وأيضاً وصف هذا الواقع وصفاً قانونياً يسمح بإعمال الأثر القانوني الوارد في النص، على أن يراعي في ذلك ملائمة هذا الأثر.

وقد بُحث هذا الموضوع في أربعة فصول، في الفصل الأول تناولت التعريف بنظام تعديل العقد كاستثناء على مبدأ سلطان الإرادة، وتناولت في الفصل الثاني مضمون السلطة التقديرية للقاضي، كما تناولت في الفصل الثالث سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه، بينما تناولت في الفصل الرابع سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ.

وقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والآراء والمقترحات.

Abstract

The Estimation Power of Judge in regard of Amending the Content of the Contract

Ghazi Ayed Al-Ghathian
Mu'tah University, 2005

Through research and analysis, in this study I tackle a subject that is considered one of the most legal subjects which is: "The Estimation Power of judge in regard of amending the content of the contract" since it is considered to be a deviation from the most important legal principles that governs the contract. It is the principle of: "the contract is the doctrine of the contractors", but several exceptions were made by the legislator whether in the stage of forming the contract or in the stage of execution, knowing that this is conducted through a mental activity that the judge carries out on the fact of the presented dispute as well as the description of such a fact, a legal description that allows the activating of the legal impact provided in the text, taking into consideration that the suitability of this impact shall be observed .

This subject is made in four chapters. In the first chapter, I tackle the definition of amending the system of the contract as an exception for the will domination. In the second chapter, I tackle the content of the estimation power of the judge. In the third chapter, I tackle the power of the judge in regard of amending the contract in the stage of formation, whereas in the fourth chapter, I tackle the power of the judge in regard of amending the contract in the stage of its execution.

This study has attained a group of results, opinions and suggestions.

الفصل الأول

التعريف بنظام تعديل العقد كاستثناء على مبدأ سلطان الإرادة

المقدمة 1.1

القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين، وطبقاً للقوة الملزمة للعقد، لا يجوز للقاضي أن يعدل العقد أو أن ينهيه قبل تنفيذه إلا إذا وافق المتعاقدان على ذلك ولكن اعتبارات العدالة من ناحية واعتبارات الصالح العام من ناحية أخرى دفعت بالمشرع إلى منح القاضي في بعض الأحوال وعلى سبيل الاستثناء سلطة إنهاء العقد (.) أو تعديله.

فالعقد بمجرد انعقاده صحيحاً نافذاً يصبح ملزماً للمتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديله، كما أن القاضي لا يمكنه ذلك أيضاً، ويقتصر عمله على تطبيق العقد كما لو كان يطبق القانون، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين. وهذا ما يعبر عنه بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" أو (.) "القوة الملزمة للعقد".

إن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) هي من آثار مبدأ سلطان الإرادة، ويقصد بها أن العقد لا يجوز نقضه أو تعديله، أي أنه متى انعقد العقد صحيحاً نافذاً، أصبح ملزماً لطرفيه، ومن ثم وجب التزامهما به، كما لو كان القانون نفسه هو الذي يفرض عليهما هذه الالتزامات (.) . ذلك أن مقتضى مبدأ سلطان الإرادة في إطار القانون المدني، أن إرادة الإنسان تشرع بذاتها لذاتها، تنشئ بذاتها لذاتها التزامها، فإذا ما التزم (.) شخص بتصرف قانوني (وبخاصة العقد) فإنما يلتزم لأنه أراد أو بالقدر الذي أراد ومما يؤكد على ذلك أن كثير من القوانين المدنية، نصت على هذه القاعدة بنصوص صريحة، فمثلاً تنص المادة (١٤٧/١) من القانون المدني المصري، على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو (.) (لأسباب التي يقررها القانون" وكذلك المادة (١٤٨/١) من القانون المدني السوري وهذا المبدأ أقره القانون المدني الأردني على الرغم من عدم النص عليه صراحة، وذلك لأن معظم نصوص هذا القانون تدور في فلك هذا المبدأ، فقد نصت المادة (٢٤١) مدني أردني على أنه "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص". في القانون

ونصت الفقرة الأولى من المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني على ما "يأتي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ويترتب على ذلك، أن دور القاضي في ظل قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) يقتصر على تطبيق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، وبالتالي فإنه لا يجوز للقاضي أن يعيد النظر في العقد، أو يتدخل من أجل إعادة التوازن العقدي ()، إلا أن هذه القاعدة أورد عليها المشرع العديد من الاستثناءات، قيد بها من حرية الإرادة في تحديد آثار () العقد، حيث جعل للقاضي دوراً ملحوظاً في تعديل العقد وسلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه من الموضوعات التي تحتل أهمية خاصة في فقه القانون المدني، وقد أثارت ولا زالت تثير الكثير من الجدل والنقاش، باعتبار أنها في رأي معارضيه تعد افتئاتاً على الحرية التعاقدية، وانتقاصاً منها، حيث أنها تشكل قيداً على حرية الأفراد في تعاقداتهم وسبباً يؤدي إلى عدم استقرار () المعاملات المدنية.

وقد انقسم فقهاء القانون الوضعي إزاء هذه السلطة إلى فريقين رئيسيين: أحدهما ينكرها على القاضي، ويوجه إليها سهام النقد والفريق الآخر يؤيد منح القاضي مثل تلك السلطة ويطالب بها، رعاية للمصلحة، وتحقيقاً للعدالة، ولكل منهما حججه وأسانيده () فيما ذهب إليه.

وأياً كان الأمر، فإن هذه السلطة في القوانين الحديثة، قد أصبحت حقيقة واقعة، تستند إلى نصوص تشريعية واضحة لا مجال للجدل حولها، وتشكل مظلة لحماية العدالة العقدية من أن تنتهك تحت شعار الحرية، وسلطة القاضي هذه من الاتساع، بحيث لا تقتصر على العقد في مرحلة تكوينه فحسب، بل تمتد إلى ما بعد ذلك حتى () مرحلة التنفيذ.

وتتمثل تلك السلطة التقديرية في النشاط الذهني الكبير الذي يجريه القاضي على واقع النزاع المطروح، وأيضاً نشاط ذهني في وصف هذا الواقع وصفاً قانونياً يقوده إلى أعمال قاعدة قانونية معينة، ويتوج هذا النشاط الذهني بإنزال حكم القاعدة القانونية الملائمة وذلك في ضوء رؤية المشرع في تحديده لغاية القواعد القانونية التي سنّها () . هذا النشاط الذهني غير المحدود للقاضي والذي جعل بعض الفقه () يصفه بأنه يكاد

يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، حيث أصبح القاضي بهذه السلطة يمارس عملاً قريباً من عمل المشرع، ولكن السلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة له كي يباشرها على هواه، ولكنها تمنح له كي يباشر الوظيفة المسندة إليه وفق ضوابط قانونية معينة، فسلطته لها أهداف واضحة ومحددة ينبغي أن يسعى إلى تحقيقها وأن يباشر سلطته (. طبقاً لطرق معينة ووسائل فنية ومبادئ محددة

وسلطة القاضي في تعديل الالتزامات العقدية، لم تصل إلى ما وصلت إليه في القوانين الحديثة طرفة، وإنما جاءت وليدة تطور طويل في تشريع وقضاء وفقه القانون الوضعي وفلسفته، وبعد أن سيطر على العقود مبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل العقد شريعة المتعاقدين، فكانت سلطة القاضي إزاء العقد، شديدة الضيق، غاية في التقييد، (. ناهيك عن حقه في التعديل

إلا أن هذه النظرة العالية للعقد تغيرت مع بداية القرن الماضي، حيث هاجم الفلاسفة مبدأ سلطان الإرادة، وهاجم الاقتصاديون مبدأ الحرية، فالحرية التعاقدية أصبحت لا تحقق بالضرورة العدالة (.)، بالإضافة إلى عوامل التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والأخلاقي جميعها، أبرزت عيوب هذا المبدأ، ومخاطر الأخذ به على إطلاقه، وأظهرت ما أدى ويؤدي إليه، من خلل في موازين العلاقات القانونية (.). غير أن ظهور الفكر القانوني الحديث، الذي يعطي للحق وظيفة اجتماعية، ويسعى إلى حماية الطرف الضعيف، أخذ يناهض بشدة هذا المبدأ، مما أدى إلى انتكاس ذلك المبدأ (سلطان الإرادة). حيث أدخلت عليه الكثير من القيود والحدود بما يتوافق مع (. المصالح الاجتماعية بصورة عامة

واستجابة لهذه الدعوة، أخذ المشرع يتدخل للحد من إطلاق حرية التعاقد، وأصبح القاضي يقوم بدور إيجابي في مجال المعاملات، كما أصبح للحرية التعاقدية مفهوم هو أقرب إلى العدالة مما كان لها قبل ذلك، وهدف المشرع من ذلك، هو إعادة التوازن المختل بين التزامات المتعاقدين، وتتم هذه المعالجة بواسطة القاضي، الذي (. يمارس تلك السلطة التقديرية الممنوحة له من المشرع

فله أن يعدل الالتزامات التي تضمنها العقد في مرحلة تكوينه، إذا ما وجد المبرر لذلك، كأن يتضمن العقد غبناً لأحد المتعاقدين، أو استغلالاً من طرف لآخر،

أو يتضمن العقد شرطاً تعسفياً لا يتفق مع مقتضيات العقد، الذي يجب أن يقوم على أساس من العدالة والمساواة وعدم الإكراه بأنواعه، فإن القاضي في حالة الغبن يستهدف إبطال العقد، أو إزالة الغبن عن كاهل المتعاقد المغبون وذلك بالإنقاص من التزامات الطرف المغبون أو غير ذلك من الوسائل التي من شأنها إزالة الغبن. وله في الحالة الثانية في عقود الإذعان وهي العقود التي يقتصر فيها قبول المتعاقد على مجرد التسليم بشروط مقررة سلفاً، يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، إذا تضمن العقد شرطاً أو شروطاً تعسفية، أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة

وفي مرحلة تنفيذ العقد، نجد أن القاضي يملك سلطة تقديرية واسعة في القوانين الحديثة، يمكنه بموجبها تعديل العقد، بإنقاص الالتزامات الواردة فيه أو زيادة الالتزام المقابل، كما أن له تأجيل التنفيذ، وذلك في حالة تغير الظروف التي نشأ في ظلها العقد، بما من شأنه اختلال ميزان العدالة بين هذه الالتزامات، وذلك بموجب نظرية جرى الفقه على تسميتها (بنظرية الظروف الطارئة) ومضمون هذه النظرية، هو أنه بعد انعقاد العقد، وخلال مرحلة التنفيذ، تطرأ حوادث استثنائية عامة غير متوقعة وقت إبرام العقد في الفترة ما بين الانعقاد والتنفيذ، يترتب على حدوثها، إن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، فيجوز هنا للقاضي، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام (.) المرهق إلى الحد المعقول

وكما أن له تعديل الالتزام الذي أصبح مرهقاً لحوادث طارئة، فإن له أيضاً سلطة تخفيض التعويض في الشرط الجزائي، إذا تبين له عند تنفيذ العقد، أن التعويض المتفق عليه يزيد عن الضرر الذي وقع فعلاً ()، وله أيضاً سلطة زيادة الشرط الجزائي، إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ()، كما أن له عدم الحكم به (أي إلغاء الشرط الجزائي)، إذا لم يحدث أي ضرر. في حين أن القانون المدني الأردني أطلق سلطة القاضي التقديرية بشكل واسع في تعديل الشرط الجزائي زيادة أو تخفيضاً ()، الأمر الذي قد يتنافى مع طبيعة هذا الشرط

وكذلك فإن للقاضي بموجب "نظرة الميسرة"، أن يمنح المدين أجلاً، لتنفيذ التزامه
(.) إذا وجد المبرر لذلك، استناداً إلى تغير الظروف الخاصة بهذا المدين
وتلك هي أهم مظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه في التشريعات
الحديثة، هذا فيما يتعلق بالقانون الوضعي
أما سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه في الشريعة الإسلامية، فإنها رغم
عدم اهتمام الفقهاء بدراساتها، وشح الدراسات المباشرة المتعلقة بها، إلا أننا نستشف من
دراستنا لأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية وغيرها، أن للقاضي سلطة
واسعة في هذا المجال ()، فنظرة الميسرة هي نظرية مستمدة أساساً من الشريعة
الإسلامية، وكذلك نظرية الظروف الطارئة، وبالتالي فإن سلطة القاضي إزاء هاتين
النظريتين من السعة بما يكفل تحقيق العدالة، والقضاء على كل مظاهر الظلم، وتجد
نظرية الظروف الطارئة تطبيقاتها، في نظرية العذر، والعيب اللاحق، في عقد الإيجار،
وفي نظرية الجوائح لدى المذهب المالكي
أما ما يتعلق بالغبن ومدى سلطة القاضي إزاءه، فنلاحظ أن الشريعة
الإسلامية رغم تنظيم أحكامه، إلا أنها اقتصرَت على حماية المتعاقد من الغبن بمعيّاره
المادي، إذا ما كان هذا الغبن فاحشاً. كما حرص الفقه الإسلامي على معالجة
المشكلة في منابعها الأولى واستئصالها من جذورها، بما أورده من أحكام إضافة إلى
أحكام الربا، تتضمن النهي عن بعض صور البيوع، والمعاملات بصورة عامة، كتحريم
الاحتكار، وتلقي الركبان، وبيع الحاضر للباد، أما بخصوص الشرط الجزائي، فقد
نظمت الشريعة الإسلامية أحكام العقد، وبينت أحكام الشروط المقترنة به تبعاً
لموضوعه أو محله
ويرجع تناولنا لهذا الموضوع الذي يعد من أهم الموضوعات القانونية إلى عاملين، يعود
أولها إلى دقة هذا الموضوع وأهميته العملية والعلمية على السواء، خاصة في ظل
التطور المستمر في العلاقات التعاقدية. حيث يعتبر من أدق موضوعات القانون
المدني.

ونعزي العامل الثاني لأهمية هذه الدراسة إلى وظيفة القاضي وحقيقة الدور الإيجابي الذي يجب عليه أن يقوم به في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية، والقضاء على (.مظاهر الظلم والاستغلال بين أفراد المجتمع

الأصل هو احترام العقد ولا يملك القاضي تعديله وهذا ما يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد وهو قائم على مبدأ سلطان الإرادة ()، إلا أن هذا المبدأ أورد عليه المشرع العديد من الاستثناءات قيد به من حرية الإرادة في تحديد آثار العقد ()، لذلك بات من اللازم أن نحدد المقصود بالتعديل القضائي للعقد، وتمييز نظام التعديل القضائي للعقد عن النظم القانونية التي قد تشبه معه هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن هذا الدور للقاضي في تعديل العقد يمثل قيداً واستثناءً على مبدأ سلطان الإرادة أو الحرية التعاقدية وليس من المقبول في الدراسة المنهجية أن نعرض للاستثناءات دون أن نقدم لذلك بالحديث عن الأصل العام وهو مبدأ سلطان الإرادة ().

التعريف بنظام تعديل العقد وتمييزه 2.1

ينقسم البحث في هذا القسم إلى جزأين، نعرض في أولهما المقصود بالتعديل وأقسامه، وفي الثاني نحاول التمييز بين التعديل القضائي للعقد والأنظمة القريبة منه

المقصود بالتعديل وأقسامه 1.2.1

أولاً: المقصود بالتعديل عموماً

التعديل في اللغة: يعني التقويم، من ناحية، وقد جاء في مختار الصحاح (... وتعديل الشيء تقويمه. يقال (عدله تعديلاً فاعتدل) أي قومه فاستقام، وكل مثقف (معدل) ومن (.معانيه أيضاً (تعديل الشهود) بأن تقول إنهم عدول

فتعديل العقد في اصطلاح فقهاء القانون يقصد به إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره، أو بند من بنوده، وذلك إما بالحذف، أو الإضافة أو غير ذلك على أن لا يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد أو نقضه، أو القيام بالإنقاص منها أو الزيادة إليها (). وهذا التعديل ينصب على كم

الالتزام أو كيفية تنفيذه أو إلغاء بند من بنود العقد، أو شرط من شروطه، كما قد ينصب على عنصر الزمن في العقد وذلك بمده، أو الإنقاص منه، أو وقف تنفيذه بصورة مؤقتة، وذلك هذا المعنى العام لنظام التعديل العقدي، بغض النظر عن مصدره أو نوعه وكذلك نوع العقد الذي ينصب عليه هذا التعديل، إذ قد يكون العقد من العقود الإدارية (). أو قد يكون من العقود المدنية، ولكن ينحصر بحثنا في إطار العقد المدني.

ثانياً: التعديل الذي يرد على العقد المدني

التعديل العقدي باعتبار مصدره، ينقسم في فقه القانون إلى ثلاثة أقسام وهي: التعديل الاتفاقي، والتعديل التشريعي، والتعديل القضائي. وسوف نعرض فيما يلي لهذه الأقسام الثلاثة من التعديل من حيث مصدره وتمييز كل قسم منها عن غيره، لنصل إلى تحديد نوع التعديل الذي ينصب عليه هذا البحث، وذلك فيما يلي

التعديل الاتفاقي -1

وهو الذي يتم بناءً على إرادة طرفي العقد والأصل أن تكون هذه الإرادة اتفاقاً بينهما (). سواء كان هذا الاتفاق معاصراً للعقد الذي ينصب عليه التعديل في صورة اتفاق مستقل، فقد يكون بشرط في العقد يسمح بتعديله أثناء تنفيذه. فإذا كان العقد ممتد في زمنه وحصل ما يخل بالتوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة، فعادة ما يتفق الأطراف على حق كل منهما أن يطلب العودة إلى خبير لتقييم التزامات الطرفين وذلك بغية إعادة التوازن للعقد. وقد يرد شرط في العقد يقرر تعديل الالتزامات بشكل دوري (). وذاتي وذلك دون حاجة للرجوع إلى خبير

وقد يحصل التعديل بموجب اتفاق جديد لاحق للعقد، كأن يتفق البائع والمشتري أثناء تنفيذ العقد على منح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن (). والتعديل في هذه الحالة إنما يستند إلى إرادة المتعاقدين معاً، والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد هي ذاتها التي تطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو تعديله (). وحق المتعاقدين في التعديل للعقد أو نقضه بموجب اتفاقهما معاً، لا يثير أي أشكال، فهو لا يغير من طبيعة الالتزام (). لأنه في الحقيقة أن هذه الأحوال لا تعد خروجاً حقيقياً

على مبدأ القوة الملزمة للعقد، لأن ما يسوغ للاتفاق أن يقرره، يسوغ له أن يعدله. بل هو أمر طبيعي ونتيجة مباشرة لذلك المبدأ، وقد ورد النص عليه صراحة في القانونيين الأردني والمصري بموجب المادتين (٢٤١) مدني أردني و(١/١٤٧) مدني مصري وتنص المادة (٢٤١) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون". وتنص المادة (١/١٤٧) مدني مصري على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقررها القانون" ومن المعلوم أن أحد المتعاقدين بمفرده لا يجوز له نقض (.)العقد ولا تعديله، لأنه وليد إرادتين وما تبرمه إرادتان لا تحله إرادة واحدة

التعديل التشريعي -2

وهذا النوع من التعديل لا يستند إلى إرادة المتعاقدين أو اتفاقهما، بل يتم رغماً عنهما، وخلافاً لما اتفقا عليه، ويتم عادة بصدور تشريع يقرره ()، ففي عقد الإيجار كثيراً ما يتدخل المشرع لتحديد الأجرة عن طريق رفعها أو خفضها رغماً عن إرادة الطرفين (). وهناك حالة أخرى ينهي فيها العقد بحكم القانون نصت عليها المادة (٥٢٩) من القانون المدني الأردني، حيث نصت هذه المادة على أنه: "إذا حدد في البيع موعد معين لأداء الثمن واشترط فيه أنه إذا لم يؤد المشتري الثمن خلاله فلا بيع بينهما، فإن لم يؤده والمبيع لم يزل في يد البائع اعتبر البيع منفسخاً حكماً". وغالباً ما يكون هذا التدخل التشريعي المباشر في أوقات الأزمات والتقلبات الاقتصادية المفاجئة حيث يلجأ المشرع إلى إصدار تشريعات يكون من شأنها تعديل اتفاقات الأفراد. فنلاحظ أن التعديل في هذه الحالة يكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين، () بل قيداً على هذه الإرادة استجابة لمقتضيات الصالح الصالح

التعديل القضائي -3

وهذا النوع من التعديل يكون مصدره القاضي، إذ يجريه بمناسبة نزاع مطروح عليه، وذلك بموجب طلب من أحد طرفي العقد، وهو الطرف المضرور في هذا العقد ()، وعادةً يكون هذا النوع من التعديل بتفويض صريح من القانون الوضعي يخول

بموجبه القاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل العقد كنظرية الظروف الطارئة والتعويض الاتفاقي وعقد الإذعان في القوانين الحديثة ومنها القانونين الأردني والمصري، ومسألة تعديل العقد بواسطة القاضي تستهدف غاية محددة هي تحقيق التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي ومنع الضرر بأحد أطرافه (). ويميز الفقه بين التعديل التشريعي والتعديل القضائي وذلك بمدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، فإذا كانت مقيدة فإن التعديل يكون تشريعياً، أما إذا وجدت كان التعديل قضائياً.

خلاصة مما تقدم يتضح أن التعديل الذي قد ينصب على العقد المدني إما أن يكون تعديلاً اتفاقياً وهو الذي يصدر بناءً على إرادة طرفي العقد، أي بناءً على اتفاقهما فمثل هذا النوع من التعديل لا يثير أي أشكال، مما يجعله خارج عن إطار بحثنا. وقد يكون تعديلاً تشريعياً وهو الذي يتم رغماً عن إرادة المتعاقدين أو اتفاقهما، ويتم بموجب تشريع يقضي بتعديل بعض العقود المبرمة بين الأشخاص سواء تعلق هذا التعديل بزيادة أو إنقاص بدلات الإيجار مثلاً، ومثل هذا التعديل تبرره مقتضيات الصالح العام ولا يلجأ إليه المشرع إلا نادراً، مما يجعله خارج عن نطاق بحثنا أيضاً. وإما أن يكون تعديلاً قضائياً يتم عن طريق القاضي بما له من سلطة تقديرية بتعديل العقد واستبعاد الالتزام العقدي غير العادل وإحلال التزام قضائي بدلاً منه أكثر عدلاً، وذلك بموجب نصوص تشريعية عامة أو خاصة صريحة. فهذا النوع من أنواع التعديل هو الذي ينصب عليه هذا البحث محل الدراسة.

تمييز التعديل القضائي للعقد عن النظم المقاربة له 2.2.1

إن التعديل القضائي للعقد كما لاحظنا، يفترض وجود عقد صحيح بين الطرفين وحصل اختلال في توازن الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي، الأمر الذي من شأنه أن يلحق بأحد طرفي العقد غيباً أو ضرراً، وبناءً على طلب الطرف المضرور، يقوم القاضي بإجراء مثل هذا التعديل فيما يتعلق بالعقد الصحيح مراعاة للعدالة، بحيث يعيد (). التوازن المفروض أصلاً بين التزامات الطرفين

ولكن هناك بعض الأنظمة القانونية الأخرى التي قد تشتبه مع نظام التعديل أو قد تختلط به إلى حد ما، ومن هذه الأنظمة نظام التفسير واستكمال ونظام الانتقاص من العقد، الأمر الذي يتعين علينا بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين نظام التعديل والأنظمة الأخرى، وذلك فيما يلي

سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في تفسيره 1.2.2.1

يقصد بتفسير العقد بيان حقيقة ما قصدت إليه الإرادة المشتركة لطرفيه وهذا يعني أن تفسير العقد يتصل بمبدأ سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً، فالقاضي عند تفسيره للعقد إنما يبحث عن نية المتعاقدين (). وقد حدد بعض الفقه المقصود بالتفسير بقوله: "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به" (). فالقاضي يلجأ إلى التفسير إذا كانت عبارة العقد غامضة أو متناقضة في دلالتها على المعنى المقصود منها، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات بهدف الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين (). غير أنه يمكن للقاضي أن يستهدي بالعدالة في التفسير، بالرغم من الجدل التي ثار حولها لدى الفقه، باعتبار أن الاستناد إلى العدالة قد يهدد أمن العقود واستقرارها (). والعدالة في واقع الأمر وكذلك العرف كلاهما يؤديان بالقاضي إلى نتيجة تتفق والنتيجة التي يؤدي إليها نظام (). التعديل، إذ أن من أهداف العرف تكملة العقد بسد النقص فيه

أوجه الاتفاق والاختلاف بين سلطة القاضي في التعديل وسلطته في التفسير نستطيع القول أن نظام التعديل القضائي للعقد يتفق مع نظام التفسير في أنهما يقعان على عقد صحيح، ويمارس القاضي مهمته في كل منهما بمناسبة منازعة عقدية بحسب اختصاصه (). كما أن كلاهما لا يثور إلا في الفترة اللاحقة على إنشاء العقد أو إبرامه، في حين إنه من الممكن أن يتفقا في الأثر الذي يترتب على كل منهما

وهو التغيير الجزئي في مضمون العقد، وذلك في حالة أن يستند التفسير إلى العرف أو العدالة، إذ كثيراً ما يتوصل القاضي إلى تعديل العقد من خلال قيامه بمهمة (.) التفسير.

وبالمقابل فإن أوجه الاختلاف بين النظامين كثيرة، فبينما يستهدف تعديل العقد غاية محددة هي تحقيق التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي ومنع الضرر بأحد أطرافه تحقيقاً للعدالة التعاقدية (.)، فإن الهدف من نظام التفسير كما نعلم هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

وكما نعلم أن التعديل يتم خارج إرادة المتعاقدين ورغماً عنهما ويقوم على أساس العدالة التي هي المقصد الأول والأخير للمشرع من تقرير تلك السلطة التقديرية في مجال العقد. بينما يستند القاضي في نظام التفسير إلى إرادة المتعاقدين، وذلك لأن هدف القاضي يجب أن يكون دائماً البحث عما أراده المتعاقدان فعلاً (.) . فبالتالي يعتبر التفسير قائماً على إرادة المتعاقدين.

كذلك فإن نظام التفسير يقوم القاضي بممارسته بموجب سلطة أصلية، بينما نظام التعديل يمارسه القاضي بموجب سلطة استثنائية على خلاف القاعدة العامة التي (.) تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين.

كما أن مراجعة العقد أو تعديله، لا يقوم به القاضي إلا بموجب نص قانوني آمر، بينما سلطة القاضي في تفسير العقد لا تتوقف على وجود نص قانوني صريح يقرها، بل يمكنه أن يقوم بمهمة التفسير كلها استلزام الأمر ذلك ودون حاجة إلى نص (.) وهذا هو الأصل.

سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في استكمال 2.2.2.1

يقصد باستكمال العقد، قيام القاضي بإضافة بعض الالتزامات التبعية التي لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين إلى الالتزامات الأصلية المنصوص عليها في العقد، لأنه بدونها لا يتحقق الغرض المتوخى من العقد، باعتبار أن تلك الالتزامات التي أضافها القاضي هي مما تستلزمها طبيعة العقد والغرض من إبرامه ولو لم يتفق الطرفان عليها، وذلك استجابة لما تقتضيه العدالة أو العرف أو نص القانون (.) .

والقاضي إذا انتهى من تفسير العقد واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين، انتقل بعد ذلك ليمارس سلطته هذه أثناء تحديده لنطاق العقد، وهذا التحديد يقتضي بيان كيفية (.)تنفيذه وتحديد ما يعتبر من مستلزماته

وقيام القاضي بإكمال العقد ليس بالأمر الغريب، فقد منحه المشرع هذه السلطة بموجب نص عام هو نص المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي على أن "الاتفاقات لا تلزم فقط بما ورد فيها بل تشمل كذلك المستلزمات التي تقتضيها العدالة (.)والعرف ونص القانون وفقاً لطبيعة الالتزام

وكذلك نصت المادة (١٢٦٠) من القانون المدني الفرنسي على أنه "يجب تكملة العقد بالشروط التي يقتضيها العرف ولو لم يكن منصوصاً عليها فيه". وفي القانون المدني المصري نصت المادة ١٤٨/٢ على أنه: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكنه يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" وقد استقت التقنيات المدنية العربية عن القانون المدني المصري هذا النص () ومن ضمنها القانون المدني الأردني في المادة (٢/٢٠٢) حيث تنص على أنه "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكنه يتناول أيضاً ما هو من ".مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف

ولم يقل أحد في الفقه أن القاضي عندما يمارس هذه السلطة إنما يساهم في تكوين العقد، لأنه لا يمارس هذه السلطة إلا في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، وتحديداً في مرحلة إنتاج العقد لآثاره. فقيام القاضي بإكمال العقد مسألة تتعلق بآثار العقد (.)وليس بتكوينه

وطبقاً للمواد السابقة فإن هناك عوامل يسترشد بها القاضي في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد وذلك فيما يلي

استكمال العقد وفقاً للقانون -1

ويقصد بالقانون هنا النصوص القانونية المكملة والمفسرة لا النصوص الآمرة. فالقانون ينص في عقد البيع على أمور جوهرية لا بد من الاتفاق عليها لنشوء العقد، كالبيع والثن، وعلى أمور ثانوية إذا لم ينص المتعاقدان عليها فالنصوص القانونية المكملة والمفسرة تأتي لتكمل إرادتهما وتحدد نطاق العقد ()، إما لأنهما لم يتوقعاها،

وإما اعتماداً على أحكام القانون، مثال ذلك تعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية وما إلى ذلك. وهذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذي يريانه، فهي ليست من النظام العام. (وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس).

استكمال العقد بواسطة العرف -2

إن العرف قد يكون أحد العوامل الهامة التي يلجأ إليها القاضي في تحديد نطاق العقد واستكمالها. وما يهمنا هنا العرف المكمل لمضمون الالتزام لتحديد ما يعتبر من مستلزماته ()، لأنه يرجع إليه عند عدم وجود عبارة تنظيم بعض المسائل المتعلقة بها هذا العرف ()، مثال ذلك ما يقضي به العرف في بعض البلدان من إضافة نسبة () (مئوية إلى ما يدفع في الفنادق والمطاعم وهو ما يسمى بالخدمة (عمولة للخدمة

استكمال القاضي للعقد بواسطة العدالة -3

إن العدالة من الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتكميل العقد فيما لم ينظمه المتعاقدان، والعدالة المقصود بها هنا هي العدالة المكملة لآثار العقد عند عدم تنظيم المتعاقدين لآثار العقد في مسألة معينة (). وكثير من الأمور التي تقضي بها العدالة نص عليه القانون بنصوص خاصة. من ذلك أن البائع ملزم بعدم التعرض للمشتري في العين المبيعة. ومن ذلك أيضاً أن بائع المتجر يلتزم نحو المشتري ألا ينافسه منافسة ينتزع بها عملاء المتجر وذلك بفتح متجر آخر قريب منه (). وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد

استكمال القاضي للعقد استناداً إلى طبيعة الالتزام -4

إن طبيعة الالتزام تملي على القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف والعدالة (). وقد تقتضي طبيعة التصرف أمراً يدخل في تحديد مضمون العقد وإن لم يذكر فيه صراحة (). ومن ذلك يشمل بيع العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها. ويشمل بيع السيارة كل الأدوات

اللازمة لتسييرها، ويشمل بيع المتجر السجلات التي تبين ما للتاجر من حقوق وما عليه من ديون (). ومن هذا القبيل أيضاً أن القضاء يدخل في نطاق العقد عدة التزامات من أهمها: الالتزام بضمان السلامة في عدد من العقود التي تقتضي طبيعتها (). ذلك، كعقد العمل، وعقد نقل الأشخاص

يتضح لنا مما سبق أن استكمال القاضي للعقد يترتب على إضافة التزامات تبعية لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين، بل ولم تتجه إليها إرادتهما، ومع ذلك تلزمهما بها باعتبارها من مستلزمات العقد، وهو ما يتعارض مع منطق مذهب الإرادة الذي يستبعد تحمل المتعاقدين التزامات لم تتجه إليها إرادتهما. وإنه يصعب سلب هذه السلطة من القاضي باعتبارها من صميم مقتضيات عمله القضائي، لأنه بدونها لا يتحقق الغرض المتوخى من العقد أو تقل المنفعة التي من أجلها أقدم أحد طرفي العقد على التعاقد أو يتعذر على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه (). ويذهب أغلب الفقه إلى اعتبار تلك الالتزامات التي يفرضها القاضي أو يضيفها إلى العقد، بموجب نظام الاستكمال مستندة إلى إرادة المتعاقدين الضمنية ()، في حين أن بعض الفقه انتقد ذلك، تأسيساً على أن طرفي العقد في الواقع لم يفكرا فيها، وبالتالي كيف يمكن القول إنهما أرادها ضمناً؟ غير أن البعض أسس حكم هذا النص على طبيعة التصرف لا على إرادة المتعاقدين (). ويقوم القاضي باستكمال العقد، تطبيقاً للنص من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الطرفان ذلك، وتعتبر الالتزامات التي يضيفها القاضي التزامات (). عقدية، وبالتالي كل إخلال بالتزام عقدي يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية أوجه الاتفاق والاختلاف بين سلطة القاضي في التعديل وسلطته في الاستكمال تتفق سلطة القاضي في تعديل العقد مع سلطته في استكمال العقد، في الجوانب نفسها التي تتفق فيها سلطة التعديل مع سلطة التفسير، مع فارق في نطاق الأثر الذي ينجم عن نظام التفسير، ونظام الاستكمال على العقد ()، فبينما يكون اتفاق التعديل مع التفسير في الأثر الذي يترتب على كل منهما وهو إحداث تغيير جزئي في مضمون العقد أمراً نادر الحدوث، فإن نظام الاستكمال يتفق مع نظام التعديل في هذه الناحية بصورة كبيرة، إذ أن نظام الاستكمال يترتب عليه إضافة التزامات جديدة (تبعية) إلى العقد لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين باعتبارها من مستلزمات العقد.

وهذه النتيجة تكاد تنحصر في الواقع في صورة واحدة من صور التعديل العقدي هي
(.) التعديل بالإضافة

ومع ذلك فإن هناك أوجه اختلاف بين النظامين، فبينما يستهدف التعديل إعادة
التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي تحقيقاً للعدالة التعاقدية. نجد
القاضي في نظام الاستكمال يهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن
(.) طريق إضافة الفرع إلى الأصل

ومن ناحية أخرى، نجد أن نظام التعديل يتم خارج إرادة المتعاقدين ورغمًا
عنهما، أي أنه موجه ضد الإرادة تحقيقاً للعدالة، بينما يستند القاضي بموجب نظام
الاستكمال إلى إرادة المتعاقدين الضمنية كأساس يقوم عليه

كذلك فإن مسألة تكميل العقد تعد من مسائل القانون وليست من وسائل الواقع،
لذا فإن القاضي يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض أو التمييز. والسبب في ذلك
يعود إلى أن القاضي وهو يكمل العقد لا يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، بل أنه
يهدف إلى سد ثغرة في تنظيم العقد، فإذا قصر القاضي في إدخال التزام كان يجب
عليه أن يرتبه على العقد، أو زاد التزاماً ما كان يصح أن يرتبه على العقد، كان هذا
مؤدياً إلى نقض الحكم (.) . بينما سلطته في التعديل تعد من مسائل الواقع التي لا
تخضع لرقابة محكمة النقض أو التمييز

وأخيراً فإن سلطة القاضي في تعديل العقد تعتبر من النظام العام، بحيث لا
يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وذلك بعكس سلطته في نظام الاستكمال فإنها لا تعتبر
من النظام العام، وبالتالي فيمكن للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك

3.2.2.1 سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في إنقاصه

تفترض نظرية إنقاص التصرف القانوني أن تصرفاً قانونياً باطل في جزء منه
فقط، فيثور التساؤل عن أثر بطلان ذلك الجزء على باقي التصرف، وما إذا كان
(.) البطلان يمتد إلى التصرف بأكمله أم يقتصر على الجزء الباطل فقط

المستقر عليه الآن، تشريعاً وفقهاء، وقضاء؛ هو الأخذ بالحل الأخير في حالة
ما إذا كان التصرف قابلاً للانقسام، فيزول الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح، إلا إذا
تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، ففي هذه الحالة يبطل العقد

كله (). وقد نصت المادة ١٤٣ من القانون المدني المصري صراحة على هذا الحكم، فقضت بأنه "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً ()." للإبطال فيبطل العقد كله

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذه الفكرة، إلا أنه غلب بشأنها ما أخذ به جانب من الفقه الإسلامي على ما أخذت به القوانين العربية الأخرى التي استقت أحكام انتقاص العقد من الفقه والقانون الغربي (). وقد نصت المادة (١٦٩) من القانون المدني الأردني على أنه "١- إذا كان العقد في شق منه باطل بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي، ٢- وإذا كان العقد في شق منه موقوفاً، توقف في الموقوف على الإجازة، فإن أجزى، نفذ العقد كله، وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته".

وظاهر في النص السابق أن المشرع الأردني أخذ بقاعدة انتقاص العقد، سواء في حالة بطلان شق من العقد أو توقف النفاذ في شق منه. ويلاحظ أن المشرع الأردني قد أقام هذه القاعدة على معيار موضوعي يقوم على بيان العوض لكل شق أو عدم بيانه سواء أكان شق العقد الذي يراد انتقاصه باطلاً أو موقوفاً (). بخلاف المعيار الذاتي الذي تأخذ به القوانين الأخرى (). ففي هذه القوانين يجب البحث في نية المتعاقدين لمعرفة هل كانا يريدان أن يتم العقد بغير الشق الذي وقع باطلاً أو كانا لا يريدان ذلك، فينقص العقد في الحالة الأولى ويبطل كله في الحالة الثانية (). كأن يكون البند الباطل جوهرياً في العقد أو كان هو الباعث الدافع للتعاقد ففي هذه الحالة يقوم القاضي بإبطال العقد كله. إذ أن المرجع في النهاية هو ما قصده المتعاقدان ونظام (). الإنقاص لا يمس مبدأ الحرية التعاقدية

ويجد الانتقاص سنداً له في القاعدة الكلية "وما لا يدرك كله لا يترك جله" ().

وقد جرى العمل به في المذهب الحنفي برأي صاحبين

وقد أخذت محكمة التمييز الأردنية بدورها بفكرة "انتقاص العقد من ذلك ما قررته من أن "من المبادئ التي انعقد عليها إجماع الفقه والقضاء أن التحكيم، إن كان

يقبل التجزئة بطبيعته، سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الأطراف، وظهر أن شقاً () "منه باطل فإن البطلان ينحصر في هذا الشق ولا يمتد إلى الشق الآخر وعلاوة على ذلك فإن هناك حالات يتم فيها تجزئة العقد وإلغاء الجزء الباطل دون أن يقف المشرع عند النية المشتركة للعاقدين أو بصرف النظر عما كان يتجه إليه قصد الطرفين إذا كان الشرط قد جاء مخالفاً للقواعد الآمرة () . مثال ذلك ما جاء في المادة (٦٧١) من القانون المدني الأردني من أنه "يجب أن تكون مدة الإجارة معلومة ولا يجوز أن تتجاوز ثلاثين عاماً، فإذا عقدت لمدة أطول ردت إلى ثلاثين عاماً". أو ما جاء في المادة (٨٠٦) منه بخصوص مدة عقد العمل من أنه "ولا يجوز أن تتجاوز مدته خمس سنوات فإذا عقد لمدة أطول ردت إلى خمس

ويلاحظ أن مسألة الإنقاص للعقد عندما يفصل القاضي في توافر شروطها فإن واجبه هو اجتزاء العقد وإبقائه نافذاً بعد إنقاصه فالأمر ليس مجرد رخصه للقاضي (وإنما هو واجب عليه في نطاق سلطانه في تعديل العقود. أي أنه يقوم بواجبه القانوني).

أوجه الاتفاق والاختلاف بين سلطة القاضي في التعديل وسلطته في الإنقاص من أهم الجوانب التي يلتقي فيها نظام التعديل مع نظام الإنقاص أن كلا منهما يقع على العقد بعد إنشائه ، كما أن كلا منهما يمس آثار العقد، فيحدث فيها تغييراً جزئياً عما كانت عليه، قبل التعديل أو الإنقاص. حيث أن الإنقاص هو إحدى صور التعديل الذي قد يقوم به القاضي للعقد ويسمى "الإنقاص بالتعديل" الأمر الذي يجعل () كلاهما يختلط بالآخر

ومع ذلك فإن هناك أوجه اختلاف بين هذين النظامين، فبينما يستهدف التعديل إعادة التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي تحقيقاً للعدالة التعاقدية. نجد أن الهدف في نظام الإنقاص هو تصحيح التصرف القانوني وتلافي البطلان الكامل للعقد.

ومن ناحية أخرى، نجد أن التعديل لا ينصب إلا على عقد صحيح. إلا أن هذا العقد يتسم بعدم العدالة لعدم التوازن بين الالتزامات المتقابلة () ، في حين أن الإنقاص () أو البطلان الجزئي إنما يرد على عقد باطل جزئياً

وكما قلنا سابقاً فإن نظام التعديل القضائي للعقد يتم خارج إرادة المتعاقدين ورغماً عنهما، أي أنه موجه ضد الإرادة تحقيقاً للعدالة، بينما الإنقاص يجريه القاضي بالاستناد إلى إرادة المتعاقدين، وإن كان في حالات استثنائية يتم طبقاً لإرادة المشرع (.) ولأسباب تتصل بالقواعد الآمرة

وأخيراً فإن القاضي يجري التعديل في إطار سلطته التقديرية الواسعة، بينما نظام الإنقاص لا يملك القاضي أي سلطة في التقدير، أي أنها محدودة وضيقة. إذ أن مهمته تنحصر في بتر الشق الباطل من العقد، أو إسقاطه، وإبقاء الشق الآخر (.) الصحيح سليماً معافى

مبدأ سلطان الإرادة 3.1

إن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) هي من آثار مبدأ سلطان الإرادة، ويقصد بها أن العقد لا يجوز نقضه أو تعديله، أي أنه متى انعقد العقد صحيحاً نافذاً، أصبح ملزماً لطرفيه، ومن ثم وجب التزامهما به، كما لو كان القانون نفسه هو الذي يفرض عليهما هذه الالتزامات (.) . فنلاحظ أن مقتضى مبدأ سلطان الإرادة، في إطار القانون المدني، أن إرادة الإنسان تشرع بذاتها لذاتها، تنشئ بذاتها لذاتها التزامها، فإذا ما التزم شخص بتصرف قانوني (وبخاصة العقد) فإنما يلتزم لأنه أراد، وبالقدر الذي أراد (.) . فنجد أن دور القاضي في ظل القاعدة السابقة يقتصر على تطبيق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين غير أن ظهور الفكر القانوني الحديث، الذي يعطي للحق وظيفة اجتماعية، ويسعى إلى حماية الطرف الضعيف، أخذ ينادي بضرورة تدخل المشرع للحد من مبدأ سلطان الإرادة وإعطاء القاضي سلطة تقديرية في تعديل العقود، فأورد استثناءات على (.) (قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)

وكما قلنا سابقاً فإن هذا الدور للقاضي في تعديل العقد يمثل قيداً واستثناءً على مبدأ سلطان الإرادة أو الحرية التعاقدية وليس من المقبول في الدراسة المنهجية أن نعرض للاستثناءات دون أن نقدم لذلك بالحديث عن الأصل العام وهو مبدأ سلطان الإرادة. لذا فإننا سوف نعرض لسلطان الإرادة بالقدر الذي يرسم صورة واضحة ومتكاملة

نشوء مبدأ سلطان الإرادة وتطوره 1.3.1

مرت الإرادة من حيث حريتها وكفايتها لإنشاء العقود بعدة أدوار، فقد كانت هذه الحرية ضيقة في القانون الروماني، ثم اتسعت في المجموعة المدنية الفرنسية تحت تأثير المذهب الفردي إلى أن وصلت حد المغالاة في الاعتداد بها، في حين أن الفقه الإسلامي كان قد عرف هذه الحرية ووضع لها حدوداً معقولة (). لذا سوف نتعرف على هذا المبدأ ثم نتعرض لنشأته وتطوره وموقف الفقه الإسلامي منه.

عرض عام للمبدأ 1.1.3.1

يتصل مبدأ سلطان الإرادة بفلسفة القانون، ومقتضاه أن الإرادة وحدها هي القادرة على أن تنشئ التصرف القانوني، وتحدد الآثار التي تترتب عليه، فالإرادة لها (). السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي تحديد آثاره

ويترتب على ذلك، أن الإرادة هي المصدر الوحيد للعقد، ولا يلتزم الشخص خارج إرادته، ذلك أن أفضل القواعد التي يمكن أن تحكم علاقة الأفراد هي تلك التي تتبع من الاتفاقات الحرة فيما بينهم، تلك الاتفاقات التي تتم عادة نتيجة لتنازلات (). متبادلة تحقق مصلحة الطرفين وتقيم العدالة والتوازن بين كل منهما ومن ثم فإن مبدأ سلطان الإرادة يتبدى في مرحلتين، الأولى: هي مرحلة تكوين العقد، إذ تكفي الإرادة وحدها لإنشاء العقد، ولو جاءت مجردة عن أي إجراء أو شكل معين يفرض عليها من الخارج، وهذه الحرية هي التي يطلق عليها مبدأ الحرية التعاقدية (مبدأ الرضائية) وهي جوهر مبدأ سلطان الإرادة ()، وهي التي تتيح للأطراف أن ينظموا علاقاتهم واختيار نوع التعاقد الذي يريدونه واستبعاد كافة النماذج التي يقترحها المشرع

ويتفرع عليه أيضاً أن الشخص إذا تعاقد كان له أن يحدد مضمون عقده طبقاً لما يريد، ذلك أنه إذا كان للشخص الحرية في إنشاء العقد، فإن له الحرية كذلك في تحديد مضمون ذلك العقد والمساومة على شروطه وأوصافه، ما دام لم يخرج في ذلك (). على النظام العام والآداب العامة

كما يتبدى مبدأ سلطان الإرادة من جهة ثانية بعد تكون العقد، فإذا ما انعقد العقد فإنه يصبح ملزماً لأطرافه احتراماً لإرادتهم، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق أطرافه، وكذلك يستطيع كل طرف أن يتمسك بالعقد ويرفض كل تدخل للسلطة العامة أو القاضي، الذي ليس له أن يعيد النظر في العقد. وكذا ليس له أن يعدل في أحكامه (،) ويتفرع على ذلك أيضاً أنه عند الاختلاف على أثر من آثار العقد يتعين على القاضي أن يبحث عن نية العاقدین فيما يتعلق بذلك لا أن يطبق عليهما ما يراه هو أو (.) ما كانت تتجه إليه إرادته في مثل هذا التعاقد

من هنا جاء مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يعبر عنه بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) بمعنى أن الإرادة هي التي تتحكم في تحديد مضمون العقد والالتزامات التي تقع على عاتق كل من أطرافه. فالالتزامات التعاقدية لا تنشأ إلا إذا كانت الإرادة (.) قد توجهت إلى إنشائها وفي الحدود وبالقدر الذي تتجه إليه تلك الإرادة إذن هذا هو المقصود بمبدأ سلطان الإرادة بوصفه قاعدة مجردة، إلا أنه مر بمراحل عدة إلى أن وصل بالبعض إلى حد المغالاة في الانتصار له، وهذا ما يدعونا إلى أن نستعرض مراحل نشوئه وتطوره

نشوء مبدأ سلطان الإرادة وتطوره 2.1.3.1

كانت القاعدة في الجماعات البدائية، أن القوة هي مصدر الحق، إلا أنها تطورت في النظم القديمة لتصبح الطقوس هي مصدر الحق، واستمر أثر هذه النظم في القانون الروماني فلم يكن هذا الأخير يعتبر اتفاق الإرادتين كافياً بحد ذاته لإيجاد علاقة ملزمة بين طرفي الالتزام، إذ بدأت العقود فيه شكلية تحوطها أوضاع معينة من (.) (حركات وإشارات وألفاظ وكتابة، فكانت هذه الشكليات شرطاً لازماً لانعقاد العقد ولكن بتأثير من الحضارة الرومانية ومقتضيات الحياة والحاجة إلى كثرة التبادل ووجوب السرعة في المعاملات، حتى انتصر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية وذلك في أربعة عقود مهمة هي البيع، والإيجار، والشركة والوكالة، فجعلها تتعقد بمجرد توافق الإرادتين على ذلك، دون حاجة لأية شكلية أخرى، ولكن كل ذلك

كاستثناء من القاعدة العامة في القانون الروماني وهي أن العقد إنما يستمد قوته
(.) (الملزمة من الشكل

أما في العصور الوسطى أخذ مبدأ سلطان الإرادة يقوى تدريجياً تحت تأثير
المبادئ الدينية والقانون الكنسي ومن أهم المبادئ التي دعا إليها وجوب احترام العهد
(.) كما كان لمبادئ القانون الكنسي آثار هامة في تكوين نظرية العقد، ذلك أنها أدخلت
فكرة العدالة في الالتزامات التعاقدية، بالإضافة إلى هدمها قاعدة الشكلية والوصول إلى
(.) مبدأ الرضائية في العقود

وفضلاً عن كل ذلك أدت الرغبة في تشجيع التجارة والصناعة في ظل انتشار
النظام الاقتصادي الرأسمالي إلى ترسيخ هذا المبدأ (.) ذلك أن انتشار التجارة وازدياد
حركة التعامل اقتضيا التخلص من القيود والأوضاع التي تعوق سرعة التداول، كما أن
انتشار نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية، وكلها مشبعة بروح الفردية ساعدت على
(.) ترسيخ هذا المبدأ

فقد استبدل فقهاء القرن الثامن عشر وفلاسفته بالأساس الديني لمبدأ سلطان
الإرادة أساساً جديداً ينادي بالمذهب الفردي الذي نادى بالحرية الفردية، وما المجتمع
والقانون إلا وسيلة وجدت لحمايته، كما نادى الفريوقراطيون بالحرية الاقتصادية، لأنه
خير وسيلة للوصول للرخاء الاقتصادي عن طريق ترك الناس يزاولون نشاطهم بشكل
(.) حر دون أية قيود

ففي ظل المفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة يصبح من غير الممكن بحسب
الأصل - تدخل أي شخص من غير المتعاقدين لتعديل مضمون العقد. ذلك أن تحديد
(.) هذا المضمون رهن بإرادة المتعاقدين

وعليه فقد غالى أنصار المبدأ الفردي في تأييدهم لحرية الإرادة وسلطانها،
فالإرادة الحرة عندهم تتمتع بسلطان مطلق في تحديد الآثار التي تراها مناسبة،
بالإضافة إلى كونها مصدر الالتزامات (.) وتجاوزوا حدود المعقول عندما حاولوا إقامة
كل أحكام القانون على الإرادة، فسلطان الإرادة ليس مقصوراً عندهم على توليد
(.) الالتزامات وحدها بل يولد على الحقوق الأخرى

هكذا تتوج مبدأ سلطان الإرادة بتسجيله في مجموعة نابليون ()، باعتباره أحد الأسس الكبرى التي تقوم عليها هذه المجموعة، حيث جاءت المادة ١١٣٤ تقول "الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيدها" (). وكان طبيعياً أن يجد هذا المبدأ صدى قوياً في التشريعات المدنية الحديثة.

موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة 3.1.3.1

مبدأ سلطان الإرادة أو الحرية التعاقدية من المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي، ويقوم على شقين رئيسيين يتشكل منهما أولهما كفاية الرضا لإنشاء العقد، حيث قرر الفقهاء المسلمون بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (النساء/آية ٢٩)، فعندهم مجرد التراضي يولد العقد والتزاماته دون حاجة لممارسة شكلية معينة باستثناء عقد الزواج الذي يخضع لخطورته (). لشكلية الإعلان والإشهاد عليه

وهذه الحرية غير محصورة على أنواع معينة من العقود، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للناس الحرية المطلقة في إنشاء العقود وفي اشتراط الشروط في عقودهم، فالأصل في العقود وما يتصل بها من شروط هو الإباحة ما لم يمنعها (). (الشرع

أما فيما يتعلق بالشق الثاني المتعلق بالرضائية في تحديد آثار العقود، أي قدرة الإرادة على ترتيب آثار العقد بوضع شروط يرضاها أطراف التعاقد فضلاً عن القوة الملزمة للعقد أي أن العقد هو قانون العاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق أطرافه، أي أن كل عقد أبرمه الإنسان بإرادته الحرة فهو ملزم بنتائجه (). ويستدلون على ذلك بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة/آية ١). إلا أنهم يرون أن آثار العقد هي في الأصل من عمل الشارع وأن دور الإرادة يقتصر على إنشاء العقد، في حين إن آثار العقد تخضع لسلطان إرادة الشارع الحكيم لا لإرادة العاقد. وهذا ما يعرف بمبدأ الجعلية في الفقه الإسلامي، الذي يشكل أحد أهم الضوابط على سلطان الإرادة وأثره في خلق التوازن العقدي، وتحقيق العدالة. ومدى الدور الفعال

الذي يتيح للقاضي في مراجعة العقد، من حيث الإلغاء والتعديل للآثار التي رتبها
(.)الأفراد ولا تأتلف مع المرجعية الشرعية

ويمكن إجمال موقف الفقه الإسلامي من هذا المبدأ بما جاء في الحديث الشريف: "المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً". وقد جمع هذا الحديث خلاصة التطور الذي مر به الفكر القانوني الغربي الذي يصل في تطوره إلى أصل واستثناء. فالأصل أن الإرادة حرة في إنشاء ما تشاء من العقود والاتفاقات وتضمنها ما يشاءون من الشروط، والاستثناء هو أن الإرادة يجب أن لا تخالف القانون والنظام العام والآداب في العقود والتصرفات التي تجريها. وهذا ما جمعه الحديث المتقدم (.) . فالشق الأول منه يفيد حرية الأفراد في إنشاء ما يشاءون من العقود، في حين يضع الشق الثاني قيداً على هذه الحرية بأن لا تخرج عن حدود الشرع وهو ما يعرف في الفقه الحديث أن الأفراد يجب أن لا يخالفوا في اتفاقهم القانون ولا النظام العام والآداب

تراجع مبدأ سلطان الإرادة 2.3.1

ما أن دخل القرن العشرين، حتى بدأ عرش مبدأ سلطان الإرادة يهتز من تحته، بعد سيطرة وتحكم داما فترة طويلة من الزمن، وذلك تحت تأثير المبادئ الاشتراكية، التي بدأت في الظهور والتي أخذت تتغلغل في حنايا المجتمع الحديث (.) . ذلك أن الواقع العملي أثبت أن افتراض حرية الإرادة واعتبارها أساساً للقوة الملزمة (.) للعقد يقود إلى إنكار أهمية الاعتبارات الاجتماعية ويخل بالتوازن العقدي

أثر مبدأ سلطان الإرادة على التوازن العقدي والعدالة 1.2.3.1

يرى فقهاء النظام القانوني القائم على المذهب الفردي بأن مبدأ سلطان الإرادة يحقق العدالة، "فإرادة الإنسان لا يمكن أن تتوجه إلا إلى ما فيه مصلحته، وبالتالي فالالتزامات التي تنشأ عن تلك الإرادة أياً كانت ومهما كان أثرها لا يمكن إلا أن تكون (.)"عادلة

وعليه فمن غير المقبول أن يتم تحديد العدالة والتوازن في العقود من الخارج - أي من خارج إطار التعاقد - أو بطريقة موضوعية، فالتعاقد ذاته ومن خلال مبدأ (.) العرض والطلب يحقق توازنه الذاتي، ومن ثم تقاس عدالة العقد بمعيار شخصي وبالتالي لا مجال للتدخل في تنظيم العقد تحت إدعاء عدم عدالته أو عدم تحقيق التوازن العقدي، ذلك أن الإرادة هي التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد (.) (وبنوده، فالإرادة عندما أقدمت على التعاقد قد حققت العدالة بمعيار شخصي ولكن ليس صحيحاً أن كل ما هو تعاقدياً يكون عادلاً، فقد أخلف الواقع تفاؤلاً المذهب الفردي، الذي يقوم على أساس تساوي الطرفين في العقد، والواقع أنه كثيراً ما تكون هذه المساواة شكلية بحتة، لتفاوت المركز الاقتصادي والاجتماعي بينهما، مما يؤدي إلى ترك الطرف الأكثر قوة أو كفاءة بفرض شروطه ويشكل بنود العقد دون (.) تدخل من الطرف الضعيف وتبرز عدم العدالة هذه أكثر ما يكون في عقد العمل وعقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال وعقود أخرى يتمتع فيها أحد المتعاقدين بمركز اقتصادي قوي يستغل (.) (بموجبه حاجة المتعاقد الآخر الضعيف

انتكاس مبدأ سلطان الإرادة 2.2.3.1

أمام هذه المغالاة من قبل أنصار المذهب الفردي في الانتصار لمبدأ سلطان الإرادة، ظهر مع نهاية القرن التاسع عشر اتجاه جديد، كان له أثره على المشرع، يرمي إلى الحد من هذه المغالاة، والعمل على جعل القانون اجتماعياً (.) إضافة إلى أن التطورات الحديثة بصورة عامة ساهمت في إبراز منافاة الكثير من نتائج هذا المبدأ للعدالة والمصلحة العامة، إذ أن هذا المبدأ قد عجز عن وضع حلول لبعض مسائل العقد، واستحالة تطبيق بعض نتائجه، وكان طبيعياً بعد ذلك أن يهتز الإيمان بقداسته (.) وأن يثور الشك حول صحته

وقد ساعد على ذلك عدة عوامل، أدت إلى انتكاسه وبالتالي خلق ذلك الدور الإيجابي للقاضي المدني في مجال العقد، والمتمثل في سلطته التقديرية الواسعة في تعديله أو إنهائه

أما العوامل الاقتصادية، فلقد كان من شأن الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر، والثورة التكنولوجية في القرن العشرين، إن قامت الصناعات الكبيرة، وتأسست الشركات الضخمة وظهرت طبقة العمال، اختل التوازن الاقتصادي بين القوى الاجتماعية ()، وهكذا عرف عالم القانون، ضرباً جديداً من ضروب التعاقد. يأبى المساومة ويمنع النقاش، ويقوم بين طرفين أحدهما بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادي أو الاجتماعي والثاني ضعيف أمامه لا يملك لشدة حاجته إلى التعاقد معه إلا أن يسلم بشروطه ويرضخ لإرادته ويذعن لمشيئته (). الأمر الذي يقتضي التدخل لحماية ذلك الطرف المذعن في مثل هذه العقود، تمثلت تلك الحماية في منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد وبما يرفع عن الطرف المذعن (). إجحافها، أو بإعفاءه كلية منها، وذلك على نحو ما تقتضيه العدالة كما أن ظهور المذاهب الاشتراكية في وجه المذهب الفردي الذي نادى به الفيزيوقراط وقيام مذهب التضامن الاجتماعي، الذي يعتبر المجتمع هو الغاية لا الفرد ()، وأيضاً في ظل هذه المذاهب الاشتراكية تقلصت مقومات هذا المبدأ وأصبح تحددها قيود النظام العام والقيود التي ترجع إلى الاستقرار في التعامل والقيود التي ترجع إلى حماية الطرف الضعيف فضلاً عن خضوع الإرادة لبعض مظاهر الشكلية في بعض (). العقود وقواعد الشهر حماية للغير حسن النية وقواعد الإثبات فظهر الروح الاشتراكية ومبدأ التضامن الاجتماعي أدى إلى انتكاص مبدأ سلطان الإرادة، وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية، يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة الفردية (). من سلطان على أن خصوم مبدأ سلطان الإرادة قد غالوا في نقده ومهاجمته مغالاة المتطرفين في الانتصار له، فوصل بهم الأمر إلى حد أن نفوا المبدأ إطلاقاً حتى من دائرة العقد، فذهبوا إلى أن الالتزامات الناشئة عن العقد لا تستند إلى محض إرادة العاقد، وإنما (). أساسها اعتبارات تتصل بالصالح العام

تقييد مبدأ سلطان الإرادة 3.2.3.1

في غمرة المجادلات بين أنصار مبدأ سلطان الإرادة في تأييده، قابلها بمبالغة من جانب المعارضين له في مهاجمته، ظهر مذهب معتدل هو الذي وضع الأمور في نصابها. ويرى المعتدلون الرجوع إلى سلطان الإرادة كأصل، ولكن في حدود معينة ففي دائرة القانون العام لا سلطان للإرادة، ذلك أن الروابط التي يحكمها هذا القانون إنما يحددها المشرع مستهدياً في ذلك بالمصلحة العامة ()، أما في الالتزامات التعاقدية في إطار القانون الخاص، فإن الإرادة تلعب دوراً هاماً، بحيث يمكن اعتبارها المجال الطبيعي للإرادة، وهي التي يتجلى فيها سلطان الإرادة على أوسع ما يكون له (). أن يظهر

ومع ذلك فإن سلطان الإرادة ليس مطلقاً، بل ترد عليه عدة قيود، جاءت في صورة نصوص قانونية آمرة تحد من حرية الإرادة في مرحلة تكوين العقد، كما تحد منها في مرحلة تنفيذ العقد

أولاً: مرحلة تكوين العقد

لم يكن المشرع ليغفل أن سلطان الإرادة ليس المبدأ الوحيد التي تقوم على أساسه فلسفة التشريع. فلم يهمل المشرع دور العدالة أو حسن النية، وجعلها محل اعتبار في تكوين العقد (). وما يهمنا في هذا المقام تلك القيود التي تهدف إلى تحقيق العدالة الاجتماعية

ففي ظل انتشار النظام الرأسمالي وتطوره أدى إلى ازدياد التفاوت بين ثروات الأفراد، وأصبح مبدأ سلطان الإرادة وحرية الإرادة أساساً للقوة الملزمة للعقد يقود إلى ترك الطرف الأكثر قدرة أو كفاءة يفرض شروطه ويشكل بنود العقد دون تدخل من الطرف الأقل قدرة أو كفاءة. وكلما تعاقد الأفراد تحت ضغط الضرورة وقبلوا شروطاً تحكمية يفرضها الطرف القوي، ترتب على ذلك ظلم تعاقدى ومن ثم اختلال التوازن (). الاجتماعي

وقد حاول المشرع مواجهة ظاهرة اختلال توازن العقد، كأن يتضمن العقد غبناً لأحد المتعاقدين، أو استغلالاً من طرف لآخر، فإن القاضي في هذه الحالة، ووفقاً (). للعدالة، أن يقضي بالإنقاص من التزامات الطرف المغبون أو بإبطال العقد

كما تدخل المشرع في ما يسمى بعقود الإذعان، وهي العقود التي يقتصر فيها قبول المتعاقد على مجرد التسليم بشروط مقررة سلفاً، يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وإذا تضمن العقد شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفى (. الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة

ثانياً: مرحلة تنفيذ العقد

رأينا أن (قاعدة العقد شريعة المتعاقدين) هي من آثار مبدأ سلطان الإرادة، فالعقد يشبه القانون من حيث الأثر الملزم، وقد ظل هذا الشق محترماً في الفقه والقضاء والتشريع فترة من الزمن، لا تتدخل الدولة أو القضاء لتعديل شروطه، إلا أن سياسة التدخل نالت من هذا المبدأ منذ بداية القرن العشرين وذلك تحت تأثير اعتبارات (. اقتصادية وسياسية واجتماعية

من ذلك مثلاً، ما جاء به المشرع من نصوص أمرة في التشريعات الحديثة، مثل الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، التي يمكن للقاضي بموجبها تعديل العقد، بإنقاص الالتزامات الواردة فيه أو زيادة الالتزام المقابل، وذلك في حالة تغير الظروف التي نشأ (. في ظلها العقد

كما أن له أيضاً سلطة تخفيض التعويض في الشرط الجزائي، إذا تبين له عند (. تنفيذ العقد، أن التعويض المتفق عليه يزيد عن الضرر الذي وقع فعلاً وكذلك فإن للقاضي بموجب (نظرية الميسرة) أن يمنح المدين أجلاً، كي يتمكن (. من تنفيذ الالتزام المطلوب منه إذا وجد المبرر لذلك

هذا على صعيد تدخل المشرع في العقد، يضاف إلى ذلك ما أسهم به القضاء في تقييد مبدأ سلطان الإرادة، فقد أخذ يراقب سلامة تكوين العقد وهو الذي يتولى تطبيق عيوب الإرادة ويراقب مشروعية السبب، ويتوسع في فكرة النظام العام لحماية (. الطرف الضعيف في العقد

كما أن القضاء هو الذي لفت نظر المشرع إلى الشروط الجائرة في عقود (. الإذعان وأرشد المشرع إلى سبل حماية الطرف الضعيف فيها

الفصل الثاني

مضمون السلطة التقديرية للقاضي

يمارس القاضي عمله الذي استمده من ولاية القضاء، وذلك بإنزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح. وخلال مراحل هذا العمل والذي ينتهي بإنزال حكم القانون على اعتبار أن هذا الحكم يعبر عن نتيجة القياس القانوني، حيث يعبر القاضي فيه عن نشاطه الذهني بإنزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح. وعليه فإن حديثنا عن السلطة التقليدية للقاضي ينصرف مدلولها إلى مجموع النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي عند ممارسته لولاية القضاء، إلى أننا في هذا الفصل سنقتصر الحديث على (.) السلطة التقديرية للقاضي المدني على اعتبار أن هذا هو أساس بحثنا إن السلطة التقديرية للقاضي كما سنرى لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي، فالسلطة التقديرية عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون. ومن ثم تعد من صميم عمل القاضي، فأينما وجدت السلطة القضائية أمكن الحديث (.) عن السلطة التقديرية التي يمارس القاضي من خلالها ولاية القضاء

الخلاف الفقهي حول وجود سلطة تقديرية للقاضي المدني 1.2

على الرغم من أن نشاط القاضي التقديري قد أصبح من المسلمات المفترضة في مجال العمل القضائي، إلا أنه، ورغم هذه الحقيقة، أردنا أن نلقي الضوء على وجهة نظر الفقه والتي تعكس في طياتها اتجاه محكمة النقض نحو الحد من (.) استعمالات قاضي الموضوع لسلطته التقديرية

الاتجاه القائل برفض وجود سلطة تقديرية للقاضي 1.1.2

يذهب جانب من الفقه (.)، إلى أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع الذي يحدد نطاق هذه الولاية وفقاً لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها، وعلى ذلك يمكن القول بأن سلطة القاضي أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية، وإنما هي سلطة مقيدة بغايات العمل القضائي، فالنشاط القضائي له مصدر واحد هو المشرع الذي يحدد كيفية ممارسة

القاضي لوظيفته ونطاقها (). كما أنه لا يستمد الحكم من نفسه وإنما من قاعدة قانونية موضوعية غير مكتوبة توجد في ضمير الجماعة ويبحث عنها القاضي وفقاً لظروف الزمان والمكان (). وخلاصة ذلك أنه ينبغي استبعاد مسألة تمتع القاضي بسلطة (تقديرية في إطار مباشرته لنشاطه القضائي الذي حدد نطاقه المشرع بنصوص قاطعه).

ويسيطر على أصحاب الاتجاه السابق فكرة مؤداها أن القانون يتسم دائماً بالكمال ولا يوجد به أي نقص، ومن ثم لا مجال للسلطة التقديرية للقاضي فهي في الحقيقة تكون أقرب إلى التحكم منه للعدالة ()، ويسيطر عليهم أيضاً أن القاضي عليه الالتزام بالحيدة وأن يتجرد عن عواطفه ولا يتأثر بالمصالح الشخصية، حيث أن ميزان العدل الأول الذي يجرده من كل سلطة تقديرية، إذ أنه لو ترك للقاضي الحكم بعلمه الشخصي وهواه فسيؤدي ذلك إلى كثير من التضارب في الأحكام وعدم الاستقرار في العمل ().

وكما أن مهمة القاضي بالنسبة للقانون تنحصر في تطبيقه، دون أن يكون له الحق في مخالفته بدعوى مجافاته للشعور بالعدالة. كذلك الأمر بالنسبة للعقد، فما العقد إلا قانون المتعاقدين (). ويشبه "كاريه" العقد بالقانون، ويستخلص من ذلك أن (). كل مخالفة لاتفاق الطرفين هي في نفس الوقت مخالفة للقانون تبرر نقص الحكم كما يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن تدخل القاضي في مجال العقد بحجة (). التفسير أو التعديل، يؤدي إلى تحكم القضاة والإخلال بالثقة الاجتماعية وخلاصة رأي أصحاب الاتجاه الرفض للسلطة التقديرية للقاضي يؤسس على أن إباحة النشاط التقديري للقاضي يؤدي إلى الكثير من التضارب في الأحكام وعدم الاستقرار في العمل ويفسح المجال لتحكم القضاة مما يؤدي في النهاية إلى ميل ميزان العدل ().

اتجاه وسط يبيح السلطة التقديرية بقيود 2.1.2

تبدأ وجهة النظر هذه حيث انتهى الرأي السابق من أن الأصل هو انكار كل سلطة تقديرية للقاضي وذلك لكونه مقيداً بقواعد النظام القانوني، فعلى القاضي الالتزام

بمبدأ الحياد في الخصومة وألا يبحث عن الحقيقة بنفسه ولكن يلتزم بما قدمه له الخصوم من أدلة ولا يستحدث دليلاً في الدعوى غير صادر من الخصوم (). وعلى هذا يذهب أصحاب هذا الاتجاه ()، إلى أن القاضي يباشر سلطته التقديرية من خلال نص القانون وبالشروط التي يحددها، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يباشر تلك السلطة في غير الحالات التي نص عليها القانون (). ومن ثم يمكن القول أن السلطة التقديرية للقاضي سلطة استثنائية وتتوقف على احترام القاضي لقواعد القانون، وفي مباشرة القاضي لعمله مقيداً بالقانون لا نستطيع القول بأنه مجرد آلة بل يمارس نشاطاً ذهنياً يتمتع فيه القاضي بسلطة تقديرية ليست مطلقة وليست أيضاً مقيدة قيداً كاملاً فهي السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في مباشرة لعمله يجب أن تكون مرتبطة بالغايات التي توخاها المشرع ولا يصل القاضي بهذا إلى سد النقص في القواعد التشريعية أو (). تكملتها أو بالقياس حصرها في مواد التجريم

ويعتبر هذا الرأي أن العقد وهو أهم تصرف قانوني مجالاً خصباً لممارسة القاضي لسلطته التقديرية المقيدة وأن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وقوته الملزمة (). (يمنع القاضي من التدخل في العقد حتى ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة وهذا ما حدا بأنصار المفهوم الشخصي إلى الحد من سلطة تدخل القاضي في العقد وجعلها على سبيل الاستثناء. ويذهب الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي في ذلك إلى القول "... فالقاضي لا يستطيع أن يعدل من شروط العقد أو أن يعفي أي أطرافه من التزاماته، ما دام العقد صحيحاً، ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة أو منع الظلم، فواجب القاضي هو أن يقرر الحقوق الناشئة عن العقد، وأن يعين أصحابها على الحصول عليها وليس من سلطته أن يجري تعديلاً في الحقوق والالتزامات التي تترتب (). "... على العقد. إلا في الأحوال التي يقرر القانون له فيها هذه السلطة وخلاصة القول أن القاضي وإن كان مقيداً في ممارسته لعمله القضائي بالنصوص والقواعد التشريعية إلا أن هذا لا يمنعه من تمتعه بسلطة تقديرية وإن كانت (). مقيدة بأهداف المشرع

وقد ذهب الدكتور أحمد سعد وهو بصدد مناقشة ما ذهب إليه مفكري السلطة التقديرية للقاضي وأسماهم بأصحاب الشرعية الشكلية إلى القول بأنه مما ذهبوا إليه (.) يمكن استخلاص نتيجتين

الأولى: خلق قواعد قانونية عن طريق تقليد القضاة بعضهم لبعض في حكمهم على الأشياء وتقرير أموراً في أحكامهم القضائية تعتبر بطريقة غير مباشرة بمثابة قواعد قانونية أشبه بالنصوص القانونية

الثانية: إن أعمال السلطة التقديرية للقاضي يؤدي حتماً إلى اختلاف في الحلول باختلاف وجهة نظر القضاة مما يؤدي في النهاية إلى عدم وجود انسجام في الحياة (.) القانونية

وبمناقشته النتيجة الأولى قرر أن هذا الاتجاه قد خلط بين وظيفة القاضي وغاية النظام القانوني فالقاضي يحكم وفقاً للقانون ولا تتعدى إرادته عند مباشرته لوظيفته القضائية، إذ القول بعكس ذلك معناه انعدام السلطة القضائية ذاتها (.)، أما غاية النظام القانوني هي الاستقرار العادل. فإذا كان دور العمل القضائي هو كشف المراكز الموضوعية المجهولة، فإنه يرمي بذلك إلى تحقيق غاية النظام ذاته. وحينما يحكم القاضي وفقاً لمقتضيات القانون الطبيعي وفكرة العدالة فإنه يرمي إلى الكشف عن المراكز الموضوعية ومعنى ذلك أن القاضي يمارس سلطته التقديرية لتحديد مضمون نشاطه على النحو الذي يراه أكثر ملاءمة للغاية النهائية لهذا النشاط والقاضي في حكمه وفقاً لسلطته التقديرية لا يقوم بعمل المشرع، ولكنه يقوم بعملية ذهنية لما يشملها (.) النزاع من واقع وقانون

وبالنسبة للنتيجة الثانية: إن أعمال السلطة التقديرية للقاضي يؤدي إلى اختلاف الحلول وهذا يؤدي إلى عدم الانسجام في الحياة القانونية، فيذهب إلى القول بأن القانون بصفة عامة ليس مجرد شكل يصاغ وإنما هو تعبير عن الواقع الإنساني والاجتماعي وهذا الواقع هو الذي يكون مضمون القاعدة القانونية (.) وعليه فالشرعية الشكلية قد فقدت مقومات وجودها وأصبحت تشكل عبئاً على العدالة الاجتماعية التي يجب أن تؤسس على مشروعية موضوعية مناطها الضرورات الاجتماعية حتى يكون (.) القانون تعبيراً عن عدالة حقيقية وليست مجرد عدالة شكلية

الاتجاه القائل بوجود سلطة تقديرية للقاضي 3.1.2

إن السلطة التقديرية لا يمكن أن تظهر إلا في نظام الدولة القانوني، فحيث لا تكون الدولة قانونية فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية لأننا سنكون في هذه الحالة في إطار سلطة حكمية لا تقديرية. ويمكن القول في هذا الصدد أن السلطة التقديرية للقاضي تمارس عن طريق ضوابط محددة لا تسمح بفروض التحكم المسموح بها قانوناً في نطاق الإدارة العامة مثلاً، فالقاعدة القانونية ليست هي موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها، وعلى الأثر القانوني الذي تتضمنه. ومعنى ذلك أن القاضي حينما يعمل تقديره سواء في مفترضات القاعدة أو آثارها القانونية إنما يطبق في الوقت ذاته القاعدة القانونية في مضمونها وما ترمي (.)إليه من أهداف

لقد أصبح التشريع لا يتماشى مع الفكر القانوني الحديث، وصار القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة للوصول إلى التوفيق بين القانون والواقع. فلو وقف القاضي مكتوف اليدين أمام الوقائع الجديدة والتغيرات الحاصلة في الجماعة، أو اكتفى بأن يطبق عليها النصوص القديمة المقررة لقواعد دقيقة محددة لكان في ذلك ضرر عظيم). فالمغايرة تتطلب الاختلاف في التغيير وهو ما لا يمكن أن يتولاه المشرع إزاء تطور المجتمع البشري وبالتالي يترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية في إطار معين كما هو (.)الحال في المجال الجنائي

إن الركون إلى الوسائل القديمة وحدها لم يكن كافياً لأن يوجد توفيقاً بين القانون والواقع، وعلى سبيل المثال، وفي المجال العقدي قد يفتقد الاصطلاح القانوني الذي يستعمله المتعاقدان النقاوة الفنية فيخونهما التوفيق في صدق دلالاته على الفكرة القانونية، أو يعتمد إلى تحقيق مصالحهما المتعارضة فيأتي التعبير عن الفكرة غامضاً. الأمر الذي يحتم الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي حتى يمكن ملاءمة الواقع مع (.)القانون

إن تحديد طبيعة العقد لإرادة العاقدین إن هو الا تعسف صارخ في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة (). وهذا يقتضي من القاضي أنه إذا فرض في النهاية أن تصادمت بعض الوسائل التشريعية مع المبادئ العادلة فإنه يجب التخلي عن الأولى والتمسك

بالثانية حتى تستقيم الحياة القانونية ويعم الشعور بالعدالة. فالنصوص التشريعية وحدها لا يمكن أن تعطى مختلف المنازعات والوقائع كل الحلول المناسبة. فلا بد إذن من الاعتماد على مصدر جديد يكون أكثر غزارة، وبالتالي أقدر على إيجاد التوفيق المرغوب فيه (). هذا الواقع هو الذي فرض الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي حتى () في محيط الشرعية المشددة

ولقد أقرت الشرائع الحديثة للقاضي بهذه السلطة الواسعة لتأمين العدالة وعددت () له الوسائل اللازمة لتحقيق الغاية التي من أجلها منح هذا السلطان العريض وإزاء ما عرضناه نقول لقد اعترف الفقه بالسلطة التقديرية للقاضي عند مباشرته لوظيفته المستمدة من الولاية القضائية وذلك بمناسبة تطبيق القانون عند طرح الوقائع عليه. فالأصل هو تمتع القاضي بالسلطة التقديرية عند مباشرته لوظيفته. فالقول () بانعدام إرادة القاضي يؤدي إلى انعدام السلطة القضائية ذاتها

وفي مجال القانون المدني فقد اعترف المشرع للقاضي بقدر من النشاط التقديري له يتسع ويضيق بحسب طبيعة النزاع ومداه، فهناك من النصوص التشريعية ما يحدد دور القاضي في تطبيق الأثر الوارد فيها دون خيار منه ويكون اختصاصه هنا اختصاص مقيد كتحديد الأثر الوارد في القاعدة القانونية تحديداً لا خيار فيه، وهناك نوع آخر من القواعد القانونية لا يوضح المشرع الحكم المقصود بل يحيل إلى أصل خارجي عن نصوص القانون وعمل القاضي في هذه الحالة يستلزم منحه سلطة () واسعة في التقدير يعتمد عليها في تقرير أحكامه

ومما يذهب إليه هؤلاء أيضاً أن هذه السلطة يقتضيها وجوب تحقيق العدالة. إذ أن ترك الحرية المطلقة للمتعاقدین في فرض ما يريانه من شروط، دونما رقابة أو تدخل، يؤدي إلى إهدار العدالة، وذلك لأن القاضي هو أمين العدالة. واحترامه للاتفاقات يتوقف على مدى مطابقتها للعدالة، فإذا ما شابها تعسفات صارخة فإن له أن يتدخل لحماية الجانب الضعيف، استجابة لدواعي العدالة نفسها (). فالسلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة له كي يباشرها على هواه، ولكنها تمنح له كي يباشر الوظيفة المسندة إليه وفق ضوابط قانونية معينة، فسلطته لها أهداف واضحة ومحددة

ينبغي أن يسعى إلى تحقيقها وأن يباشر سلطته طبقاً لطرق معينة ووسائل فنية ومبادئ محددة ().

2.2. ماهية السلطة التقديرية

لما كان الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي يتم من خلال التعرف على محتوى النشاط أو مادته التي يمارس القاضي من خلالها نشاطه الذهني، وكذلك التعرف على مصادر هذا المحتوى. فلقد لاحظنا سابقاً تمتع القاضي بسلطة تقديرية كاملة ولكن ما هي المادة أو المحتوى الذي يباشر القاضي من خلالها نشاطه التقديري هذا ()، ما سنعرض له في هذا القسم من خلال عمل القاضي في الفصل في المنازعات ومنح الخصوم حقوقهم فهو السياج الواقي لتأمين العدالة بين الأفراد في المجتمع وتحقيق الموازنة بين المصالح المتنازعة وتطبيق صحيح للقانون، من أجل ذلك اعترفت الشرائع الحديثة بسلطة واسعة للقاضي بقصد تحقيق العدالة وعددت له () الوسائل لتحقيق هذه الغاية التي من أجلها منح هذا السلطان العريض

مضمون النشاط التقديري ومصادره ووسائله 1.2.2

نتناول هنا المادة التي ينصب عليها نشاط القاضي الذهني من خلال ما يحتويه واشتمل عليه هذا النشاط، والمصدر الذي ينبثق من حق القاضي في ممارسة هذا النشاط، وأخيراً الوسائل التي يستعين بها القاضي في سبيل ممارسته لهذا النشاط، على اعتبار أن السلطة التقديرية تمارس من خلال وسائل وأدوات تطبيق القانون في مجال () الواقع، فهي حرية ممنوحة للقاضي لمواجهة ظروف تطبيق القانون

مضمون النشاط التقديري 1.1.2.2

عندما يطرح نزاع ما أمام القاضي، فإنه يطرح في صورة مركز قانوني متنازع عليه، ويطلب أصحابه حسمه، وذلك بتطبيق الحكم القانوني وفق نص قانوني معين، يرى أطراف النزاع أنه يحتوي على أحكام تطابق الواقع المطروح (). وغالباً ما تثير هذه الوقائع كثير من الصعاب حيث أنها جوهر العمل القضائي، حيث يجب على القاضي

أن يتوصل إلى مطابقة هذا الواقع المطروح والواقع النموذجي الوارد في النص القانوني حتى يمكن تطبيق الأثر القانوني الوارد في هذا النص بعد انطباقه على الواقع المطروح. أي أن نتيجة المقارنة هي نتيجة العمل التقديري. وهي التي توصل إلى (.إضفاء الوصف القانوني على النزاع تمهيداً لحسمه

وإن أساس ذلك أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين العنصر الأول وهو عنصر الواقعة الأصلية أو الفرض، أما العنصر الثاني فهو الحكم، أي حكم القانون في الواقعة الأصلية، وهو ما يسمى أيضاً بالحل أو المنطوق. فالقاعدة اذن هي العلاقة المطردة بين الفرض والحكم ففي كل حالة يتوافر فيها الفرض يطبق الحكم، وعلى ضوء هذا التقديم بتحليل القاعدة القانونية إلى عناصرها الأولية يمكن القول أن مادة النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي حينما يتصدى للفصل في نزاع معين يرفع إليه: (.) تتكون من واقع وقانون من خلال مراحل ثلاثة

المرحلة الأولى: التحقق من وجود الوقائع المدعاة، أي مرحلة عرض الوقائع من جانب الخصوم.

المرحلة الثانية: البحث عن التعريف القانوني للوقائع التي انتهى القاضي إلى ثبوتها، أي التكييف القانوني لهذه الوقائع بعد التأكد من جديتها وتأثيرها في الدعوى

المرحلة الثالثة: استخلاص القاضي من هذا التكييف النتائج القانونية التي يربتها القانون والتي ينتج عنها حل النزاع، أي أعمال حكم القاعدة المنتجة وإنزال الأثر القانوني (.) القانوني

وقد يساهم المشرع في قيام القاضي بنشاطه التقديري، وذلك عندما يترك له تحديد الأثر القانوني وإنزاله على واقع النزاع المطروح وفقاً لمعيار مجرد هو العدالة (.) . حيث أعطى للقاضي حرية التقدير لأعمال الأثر المترتب على العقد الذي تم بطريق الإذعان، فله أن يحكم بتعديل الشروط التعسفية الواردة في هذا العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة (.) . تلاحظ أن القانون قد أعطى للقاضي حرية تقدير اختيار الأثر القانوني من ضمن الأثرين الواردين بالنص. بينما نلاحظ في نظرية الظروف الطارئة والتي تجيز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (.) ، إذ على ضوء الأثر

القانوني الذي أورده المشرع وهو جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فإن نشاط القاضي الذهني ينحصر في تقدير أعمال هذا الأثر

خلاصة ما سبق أن المشرع يساهم بقدر كبير في أداء القاضي لنشاطه التقديري في هذا الموضوع فنشاط القاضي الذهني الذي يمارسه على الأثر القانوني يتم من خلال الحدود التي رسمها له المشرع وعلى هديها يكون تقدير القاضي، وبناء على ذلك يتحدد نشاط القاضي الذهني في تقديره للأثر القانوني على ضوء ما يحدده له المشرع بما أورده من آثار في القاعدة القانونية وذلك في الحالات التي يمنح المشرع القاضي سلطة جوازية في أعمال أو عدم أعمال الأثر القانوني للقاعدة القانونية في هذه الحالة تثبت له بشكل قاطع سلطة على حكم القاعدة القانونية، ومظهر هذه السلطة (.) يبدو في تقدير القاضي لملائمة أعمال أو عدم أعمال هذا الأثر

وعلى ضوء المعطيات السابقة يمكننا أن نقرر أن وعاء النشاط التقديري لقاضي الموضوع هو واقع وقانون، هذا الواقع يعمل القاضي بصدده نشاط ذهني يهدف إلى التأكد من مطابقته لمجموع الوقائع النموذجية الواردة في النص التشريعي، ويتم ذلك من خلال نشاط ذهني في وصف وقائع النزاع المطروح وصفاً قانونياً يسمح بأعمال الأثر القانوني الوارد في هذا النص (.) . وأخيراً عندما يمنحه المشرع سلطة خلق الأثر القانوني وتطبيقه على النزاع المطروح، على أن يراعي في ذلك ملائمة هذا الأثر، (.) وشعوره بالعدل في ضمير الجماعة

ويقوم القاضي بنشاط ذهني في حالة ذكر المشرع لأثر قانوني واحد في النص التشريعي، ويتمثل نشاط القاضي الذهني في هذه الحالة في حريته في أعمال هذا الأثر، حيث يقدر ذلك في كل حالة على حدة وفقاً لملاساتها الخاصة بما يتلاءم مع أهداف وظيفته، حيث أنه وهو يطبق حكم هذا الأثر على الواقع المطروح إنما يمارس (.) عملاً إرادياً تقديرياً يصدر عنه بمناسبة مباشرته لولاية القضاء

مصادر النشاط التقديري 2.1.2.2

أن جوهر السلطة التقديرية يكمن كما سبق القول في أن يكون للقاضي حرية تقدير نشاطه في كل حالة على حدة وفقاً لملاساتها الخاصة. هذا النشاط التقديري

يفترض في القاضي أن يقوم بجهد قانوني في تفسير القانون لتحديد الوقائع الأساسية المجردة، وفي إعطاء الوصف القانوني لهذه الوقائع وصفاً يسمح بأعمال قاعدة معينة (.) عليها، تطابق الوقائع المفترضة الواردة بها

وتعتبر القاعدة القانونية أول مصدر تشريعي يعتمد عليه القاضي في نشاطه الذهني. ويقصد بها القاعدة العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد في مجتمع معين، ويعتمد القاضي في بناء تقديره على وسائل قانونية ومنطقية تعينه على تكوين إدراكه وفهمه للقضايا (.) وبناء عليه فالقاعدة القانونية قد تكون مدونة في إطار نص قانوني، وقد تكون عرفية أو متصلة بقواعد العدالة أو مبادئ القانون الطبيعي يستخرجها (.) القاضي من مصادرها غير المكتوبة ويعملها على وقائع النزاع

ويتمتع القاضي بنصيب وافر في استعماله لسلطته التقديرية استناداً إلى معيار العدالة في مجال تفسير العقد، لا سيما إذا كان يصدر تفسيره لعقد إذعان، حيث يمكنه تعديل مضمون الشرط التعاقدي استناداً للعدالة كمصدر تفسيري (.)، لأنه في مجال تفسير عقود الإذعان فالقاضي يمكنه أن يفرض تطبيق الشروط التعسفية التي تكون متعارضة مباشرة مع فكرة العدالة. وذلك لأن العدالة تهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن بينهم، فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه، إذ لا (.) مجال للأضرار بالغير ولا إثراء على حسابه

وتطبيقاً لسلطة القاضي التقديرية، والتي يتمتع بأعمالها في مجال عقود الإذعان استناداً إلى مبادئ العدالة فإن القاضي يقوم بنشاط تقديري يهدف به إلى حماية الطرف الضعيف، ويستند في ذلك إلى نصوص تشريعية تعتبر مصدراً لنشاطه التقديري، حيث يستمد منها روح العدالة في وجوب أن يحمي الطرف الضعيف (.) إذ أن تحكم الموجب في عقد الإذعان أخطر من تحكم القاضي على منصة القضاء، إذ الأول لا رقيب عليه بصفته المحتكر القانوني أو الفعلي للسلطة أو الخدمة، أما الثاني فيخضع (.) لرقابة محكمة النقض من خلال أسبابه

وفي الأردن، فقد منح المشرع الطرف الضعيف في عقد الإذعان حماية تشريعية أوردها في المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني على نحو ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة (١٤٩) مدني مصري. إلا أن هذه الحماية لم تبدأ من فراغ

وإنما هي وليدة القضاء سواء في فرنسا أو حتى في مصر. وإذا عدنا إلى المشرع الأردني فإننا نجد أن نص المادة (٢٠٤) تقوم على فكرة العدالة كمعيار يتم على أساسه تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، ولم يرسم المشرع له أنماطاً معينة يتم على أساسه التعديل أو الإعفاء، بل ترك له سلطة التقدير. ورغم غموض هذا المبدأ إلا أن هذا لا يمنع من القول بأنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن فيما بينهم والبعد عن الجور. وهذا الإحساس (.) الطبيعي هو الذي يحرك القاضي في تعديله للشروط أو إعفاء المذعن منه

الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي في نشاطه التقديري 3.1.2.2
ينبغي علينا أن نتعرف على الأدوات والوسائل التي يستعين بها القاضي في نشاطه الذهني بقصد إجراء عملية التقدير للواقع والقانون. فالقاضي يقوم بنشاط ذهني على مفردات مادة العمل القضائي ويستعين في هذا الصدد بأدوات صياغة تشريعية. ويتبع منهجية لنشاطه الذهني من خلال وسائل قانونية وأثرها على عملية التقدير ذاتها ولا شك أن هذه الأسس والبناءات والفنيات القانونية تساعد القاضي في أعمال نشاطه التقديري لإيجاد حل للمنازعة حيث يتوصل القاضي بفضل هذه الوسائل القانونية إلى حل للمنازعة، وقد درج الفقه على اعتبار الأسس تكمن في أربع (.) مصطلحات

أولاً: المبادئ: ويقصد بها مجموعة من الوقائع العامة التي تتغير ببطء في مجموعها، ويكون لها جمود نسبي عند تطورها مع بقية الوقائع. وتعتبر لغة المنطق سواء كانت مطلقة أو نسبية وتقف المبادئ على حدود القانون، حيث ترشد القاضي الذي عادة ما أن المبادئ العامة للقانون تعرض " () : FR.GENY يكون باعثاً لها ومفسراً. وكما يقول وتقدم فكرة من الواقع أو القانون، ونجد أساسها في الطبيعة الإنسانية". ويمكن القول أن تلك المبادئ تساهم في تكوين فهم وإدراك القاضي لطبيعة المنازعة وإرشاده للعمل الواجب الاتباع

ثانياً: النظريات: تساهم النظريات بدور فعال في تكوين فهم وإدراك القاضي، حيث تقدم النظرية مجموعة من الأفكار العلمية التي يحتاج إليها الباحث، ذات محمول تشريعي عام ولها طابع شمولي موحد. فينظر القاضي إلى الواقعة التي تثيرها المنازعة ويستلهم النظرية التي تتعلق بها والتي يدرك محمولها في محاولة منه للبحث عن حل لها في ضوء حقيقتها الواقعية وظروفها الملائمة لها.

ثالثاً: الفكرة: إن القاضي يتعمق في الفكرة كأساس في بحثه لتكوين إدراكه وتصوره، وكثيراً ما يكتشف القاضي الفكرة بحدسه. واستخدام القاضي للفكرة يكون شبه يومي ويكون دائماً يقطاً في تقديره بواسطة وسيلة فكرية أو ذهنية كي يتحاشى التجريد. وعندما يثير القاضي الفكرة يكون قد اقترب وقتئذٍ من الحل الذي يسعى إليه، بعد أن يكون قد انتهى من اختياره واستلهاه للمبادئ والنظريات. والحل الذي يتبناه ومهما كان الحل الذي انتهى إليه لا بد أن يتضمن فكرة أو أكثر، أو يكون قد توصل إلى ذلك بفضل الرجوع إلى إحداها باعتبارها مساعدة له.

رابعاً: المجموعات: فالقاضي هو الذي يساهم في خلق هذه المجموعات وهو الذي يستخدمها ولحظة استخدامه لها يكون قد انتهى من عملية البحث حول المبادئ والنظريات ووضع يده على الفكرة التي تثيرها المنازعة، ويكون قد اقترب من الحل الذي يستهدفه ثم يبحث داخل الفكرة فيما قد تتضمنه من مجموعات أو تقسيمات مختلفة وذلك من أجل تكوين فهم وتصور وإدراك للمنازعة في محاولته للوصول إلى حل لها.

وبعد أن يكون القاضي فهمه وتصوره لموضوع المنازعة، يبدأ في استخدامه للوسائل الفنية القانونية ويساعده في هذا الاستخدام تكوينه القانوني وممارسته للعمل: (القضائي فترة من الوقت، وهذه وسائل متعددة نذكر منها أولاً: الحيلة: الحيلة محض افتراضي إرادي، قد يكون لها علاقة بالواقع أو قد لا تكون لها أدنى علاقة، ومن ثم تتطوي على قدر كبير من التحكم الافتراضي، وتقرب الحيلة في العلاقة بينهما أن القرينة عبارة عن () GENY من وسيلة القرينة وكما يقول العميد رداء محتشم كي يغطي إجراء الحيلة

ثانياً: القرائن: لا تختلف القرينة والحيلة من حيث الطبيعة وإنما يختلفان في الدرجة. ويلجأ القاضي عادة إلى القرينة عندما تكون الرؤيا والنظريات والمستخلصات في القضية وما يصاحبها من شروط غير متماسكة، وليست مجتمعة أو موصولة، وذلك للعمل على تماسكها واجتماعها واتصالها. والفنية القانونية للقرينة، تعود أساساً للعناصر الداخلية لكل قضية، ويساهم القاضي في خلق واستخدام القرائن القضائية ثالثاً: المعايير القضائية: والمعايير هي بمثابة محاور للمراجعة ولرد الوقائع إليها، وتنشأ بواسطة القاضي الذي يستخدمها وفقاً لتقديره وحسن قيادته للأدلة والوقائع بغية الوصول إلى حل للمنازعة، بحيث يمكن القول أن القاضي يتمتع بقسط وافر من حرية التقدير في نطاق هذه الوسيلة الفنية القانونية، لما تتميز بها من العقلانية والملائمة. ويقصد بالعقلانية التوازن الحقيقي بين المصالح الاقتصادية والاجتماعية في زمان ومكان معين، وبين التصرف الذي يراد الحكم عليه، ويقصد بالملائمة ملائمة التصرف (.)الحاصل للظروف الحاصل فيها هذا التصرف

2.2.2 كيفية ممارسة القاضي لنشاطه التقديري

إن نشاط القاضي التقديري، يتمثل في نشاط ذهني يجريه القاضي على واقع النزاع المطروح، وأيضاً نشاط ذهني في وصف هذا الواقع وصفاً قانونياً يقوده إلى أعمال قاعدة قانونية معينة، من خلال عملية مقارنة تهدف إلى التيقن من صحة تكييفه القانوني لوقائع النزاع المطروح أمامه والقاعدة القانونية التي ينوي أعمال أثرها على هذا الواقع. وأخيراً نشاط ذهني باختيار الأثر الوارد في تلك القاعدة والذي يناسب الواقع (.)المطروح وإنزاله عليه، وذلك بمراعاة الغاية في التشريع

وعلى ضوء ما سبق يتضح أن تحليل مادة السلطة التقديرية يتم من خلال التعرف على نشاط القاضي الذهني عند استخلاصه لعناصر هذه المادة، وذلك في ضوء المعيار الوارد بالقاعدة القانونية

وسندرس عناصر هذا النشاط الذهني، لنحدد كيفية ممارسة القاضي لنشاطه التقديري، وذلك من خلال التعرف على العملية الذهنية التي يقوم بها قاضي الموضوع على مكونات هذه المادة

كيفية أعمال القاضي للمعيار الوارد في القاعدة القانونية 1.2.2.2

من المتفق عليه أن جوهر القاعدة القانونية يتمثل في تجريدتها وعموميتها، والتجريد يعني أن الفرض لا يتعلق بشخص أو أشخاص معينين بذواتهم، ولا بواقعة أو وقائع بذاتها. وإنما يتم تعيين الأشخاص والوقائع بالأوصاف والشروط، وبذلك يتهيأ للقاعدة عموم التطبيق. بمعنى أن حكم القاعدة القانونية ينصرف إلى كل الأشخاص الذين يتحقق فيهم الوصف المذكور في الفرض، وكذلك إلى كل الوقائع التي تتحقق فيها الصفات أو الشروط المذكورة فيه (.)

ويعتمد القاضي في تحديده لنطاق ومضمون الأفكار القانونية الواردة في القاعدة القانونية على تقديره للمعيار الوارد بها، هل هو معيار موضوعي مجرد، أم معيار ذاتي شخص؟ فالإرهاق مثلاً في نظرية الظروف الطارئة فكرة موضوعية ينظر فيها (.) إلى ظروف الصفقة ذاتها وليس إلى ظروف العاقد الشخصية

فالقاضي يطرح أمامه قاعدة قانونية محتملة التطبيق على النزاع المطروح، يرى وفقاً لتقديره أنها أقرب لحكم هذا الواقع المطروح. ويسبق ذلك التقدير نشاط ذهني محصلته التعرف على الحماية التي تهدف إليها هذه القاعدة. والارتباط وثيق بين هذا النشاط الذهني، والنشاط المتعلق بإجراء المطابقة بين الواقع المطروح والفرض الوارد بتلك القاعدة، إذ عن طريق التعرف على نوع الحماية التي تهدف إليها تلك القاعدة، (سيجري نشاطه بصدد مطابقة الواقع والمجموع النموذجي للوقائع الواردة بفرض القاعدة (.)

حيث ثبت أن المفاضلة بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي هو في حقيقة الأمر مفاضلة بين مبدأ سلطان الإرادة واحترام دورها في التعاقد، وبين مبدأ استقرار المعاملات. فالاعتداد بالمعيار الذاتي هو صيانة للإرادة وتأكيد لدورها الفردي على حساب الظاهر واستقرار المعاملات، بينما يتحقق العكس بواسطة المعيار (.) (الموضوعي الذي يضمن تأكيد سلامة المعاملات مضحياً بدور الإرادة الفردية

تطبيق المعيار الوارد في القاعدة القانونية على النزاع المطروح 2.2.2

تعد المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية مناط صحة أو عدم صحة اتباع معيار معين. فبعد أن يحيط القاضي بمضمون القاعدة القانونية، عليه ألا يقف عند هذا الحد، بل يجب عليه نتيجة لإدراكه إرادة المشرع إدراكاً تاماً، أن يقوم بتوسيع مضمون هذا النص، وذلك ابتغاء تحديد المصلحة التي تحميها تلك القاعدة لأن فهم هذه المصلحة يتوقف عليه اتخاذه معياراً موضوعياً منهجاً لمطابقة واقع النزاع المطروح مع الواقعة النموذجية التي أتت بها تلك القاعدة، أو على عكس ذلك اتخاذه معياراً ذاتياً (.) شخصياً لنفس الهدف.

يقوم القاضي بنشاط تقييمي يوازن فيه بين المصالح التي نجمت عنها القاعدة القانونية في الحالة النموذجية الواردة في التشريع، ثم يتأكد القاضي من أن الحالة الواقعية المطروحة عليه تتضمن وصفاً مماثلاً لنوع المصالح التي عالجها المشرع، ويمكن القول في هذا الصدد أن نشاط القاضي بصدد تحديده للمصالح التي أتت بها (.) القاعدة القانونية يسبق نشاطه بصدد تقديره للواقع المطروح

خلاصة ما سبق، "أن علاقة المعيار الواجب التطبيق على واقع النزاع المطروح يجب أن يطرح في إطار المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية. ومناط المعيار الموضوعي هو المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية، وأن تطبيق المعيارين يتطلب من القاضي أن يقدر أي المصلحتين شملتهما القاعدة القانونية التي قدر أنها المحتملة (.)" التطبيق على النزاع المطروح

3.2.2.2 نشاط القاضي التقدير في تكييفه القانوني لواقع النزاع المطروح

بعد أن يقوم قاضي الموضوع باستخلاص الوقائع المنتجة في الدعوى استخلاصاً سائغاً ومقبولاً فإنه بعد ذلك يبدأ الدور الثاني الملقى عليه وهو البحث عن تعريف قانوني للوقائع التي انتهت من ثبوتها أو وصف هذه الوقائع وصفاً قانونياً وهو ما يعرف في الفكر القانوني الحديث بالتكييف. إلا أن الفارق الجوهرى بين التكييف بمعناه القانوني وبين نشاط القاضي الذهني وتقديره لما يقوم به أثناء نظر الخصومات بين الأفراد وبقصد وضع الحلول لها، فبينما الأول يعني إضفاء الوصف القانوني على الوقائع الثابتة في الدعوى وتسميتها باسمها القانوني وهو في هذا يقوم بعملية قانونية

بحة يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض ولا تقدير فيها لقاضي الموضوع،
فبينما نجد التقدير نشاط ذهني للقاضي يمارسه على الوقائع التي يعرضها عليه أطراف
النزاع بقصد تطبيق القانون وإنزال حكمها على النزاع وهذا النشاط يتعلق بالوقائع والقانون
معاً ولا يخضع من ثم لرقابة محكمة النقض فيما يتعلق بالوقائع بينما يخضع لهذه
(.) الرقابة بالنسبة لمسائل القانون

وكل من التكييف والتقدير على النحو السابق يجب تمييزهما كل عن الآخر
والوقائع أن كل من التكييف والتقدير عمليتان مكملتان بعضهما البعض، فالقاضي لا
يستطيع أن يباشر التكييف القانوني قبل أن يتم تقدير وقائع النزاع المطروح عليه فإذا
(.) ما انتهى من تقديره كيف الوقائع ونتيجة ذلك أعمال حكم القانون وحسم النزاع
وثمة رأي في الفقه يذهب إلى أنه ليس هناك تقدير في ذات عملية التكييف،
إلا أن هذا الرأي محل نظر لأن القاضي وهو بصدد نشاطه التقديري في القيام
باستعراض وقائع النزاع واستخلاص المنتج منها ووصفها وصفاً قانونياً وإعطائها
التكييف القانوني، فإن نشاط القاضي الذهني وتقديره مستمر سواء في فهم وفحص
الوقائع أو إعطائها التكييف الذي يثور بداءة في ذهنه للوهلة الأولى عند وضع يده
على القانون المحتمل التطبيق ثم استمرار نشاطه الذهني إلى أكثر من ذلك عند وضع
يده على القانون الواجب التطبيق بقصد حل النزاع إلا أن رغم ما للقاضي من تقدير
(.) في هذا الصدد إلا أنه يخضع لرقابة محكمة النقض

إلى أن رأي آخر في الفقه ذهب إلى أن التكييف القانوني يلي اتمام القاضي
 لعملية التقدير وتهيئة النزاع للحسم بواسطة القانون. بمعنى أن سلطة التقدير حينما
تمارس فإنها ترمي إلى التمهيد لأعمال التكييف ولا يجوز للقاضي أن ينزل التكييف
بطريقة فجائية على نزاع مطروح عليه، بل لا بد من إجراء عملية التقدير لتهيئة النزاع
لاستقبال التكييف القانوني وذلك في مجال الواقع أولاً (.) والقاضي بصدد ذلك يضع
في اعتباره دائماً قاعدة قانونية محتملة التطبيق على النزاع ثم يستطرد صاحب هذا
الرأي القول بأن القاضي يحاول الوصول إلى المعيار الوارد في هذه القاعدة القانونية
التي يراها محتملة التطبيق وذلك على واقع النزاع وهو في هذا الصدد يستعمل سلطته
في التقدير ولا يستعمل سلطته في التكييف، لأن هذه المرحلة هي مرحلة تهيئة النزاع

لأعمال القانون عليه، وذلك عن طريق التكييف القانوني. فإذا ما تم التقدير للوقائع وفقاً للمعيار الذي اهتدى إليه، فإن النزاع يكون قد تهيأ لتلقي تكييفاً قانونياً يؤدي إلى أعمال القانون وحسم النزاع، ويصل صاحب هذا الرأي إلى القول أنه بعد التكييف تصير جميع وقائع النزاع موصوفة بوصف قانوني (). وينتهي صاحب الرأي إلى أن عملية التكييف تلي عملية التقدير وأن التقدير لا بد وأن يسبق عملية التكييف. فهذا الأخير لا يمكن أن ينزل مباشرة على واقع بكر، أو قانون بكر لم يتم بعد تحديد معياره (). أو نطاق أعماله

وفي تقدير هذا الرأي أن فيه مصادرة على المطلوب فالرأي يقرر أن تكييف الوقائع في نزاع معين يتلخص في المقارنة بين مفترض القاعدة القانونية من جهة والوقائع المطروحة من جهة أخرى. فإذا أسفرت هذه المقارنة عنه تطابق كامل بين الواقع ونموذج القاعدة القانونية إلى آخر هذا الرأي ومن ثم فعملية التكييف هي التي تنبئ (). من وجود تطابق بين الواقع والقانون

إلا أننا مع الرأي الذي يذهب إلى أن عمل القاضي التقديري في عملية التكييف هو الكشف عن الواقعة القانونية. مع تحفظ بسيط لا يخرجنا عن تأييدنا لهذا الرأي ونعرض لتحفظنا في نهاية هذا الرأي. أن تقدير القاضي للتكييف بقصد الكشف عن الواقعة القانونية يتم من خلال مرحلتين: الأولى مرحلة التكييف الأولى، والثانية، مرحلة التكييف النهائي. ويستمر نشاط القاضي التقديري دون انقطاع إلى أن يصل إلى الواقعة الموصوفة ولزوم استمرارية هذا النشاط يبدو جلياً إذا ما تطلب الأمر العودة إلى مرحلة التكييف الأولى، إذا وضح للقاضي أن القاعدة القانونية التي اهتدى إليها لا تجسد الحالة الواقعية، أي لم يحقق من خلال نشاطه الذهني الأولى أن الحالة الواقعية تعتبر حالة خاصة تدخل في مدلول هذه القاعدة القانونية-، فيعود القاضي لنشاطه الذهني الأول بحثاً عن قاعدة من ضمن صفاتها التجريد

ويقوم بتحليل مقترحها وتحليل مجموع العناصر التي تشملها الحالة الواقعية ويتأكد من أن نشاطه هذا يؤدي بالضرورة إلى إيقاف التجريد الوارد بهذه القاعدة مؤقتاً- واعتبارها قاعدة مجسدة للحالة الواقعية. فنحن نؤيد الرأي القائل بأن التكييف لا يمكن أن يتصف بالعمومية فكل تكييف يتعلق بالحالة التي صدر بمناسبة فقط، حتى ولو

كان له انعكاسات على حالات أخرى مماثلة، أي لا يوجد تكييف إلا ويكون تكييف
(.) خاص، بمعنى تطبيق القاعدة القانونية على الحالة الخاصة المعروفة
وتحفظنا على هذا الرأي هو في تقسيمه إلى مرحلتين كما سبق، بل يمكننا أن
نقول أنها تقسيمات معنوية أو مراحل معنوية وليست بمفهوم المرحلة حيث فترة زمنية
تنتهي ثم تبدأ فترة زمنية أخرى أي المرحلة الثانية. إلا أن هذا النشاط الذهني للقاضي
في استمراريته لا يفصل بين مرحلة وأخرى إنما في الواقع هذه المراحل لا تعدو أن
تكون شريط في ذهن وإرادة القاضي التي لا تنقسم ولا تتجزأ إلى مراحل، هذا لا يمنع
وجاهة عن هذا الرأي وتأييدنا له بعد أن انتهى قاضي الموضوع من التكييف وحدد
القواعد القانونية الواجبة التطبيق من خلال نشاطه الذهني في المطابقة بين الواقع
والقاعدة يأتي دور الأثر القانوني في القاعدة القانونية وهي النتيجة التي يصل إليها
القاضي في وضع حد للنزاع وإعادة الحقوق لأصحابها، نصل إلى أثر القاعدة القانونية
(.) وهي الجزء الأخير من مادة قاضي الموضوع

نشاط القاضي التقدير في أعماله للأثر القانوني الوارد في القاعدة القانونية 4.2.2.2
من المسلم به أنه في كل النصوص التي تجيز للقاضي أعمال أثر معين أو
عدم أعماله، وأيضاً في كل النصوص التي تخير القاضي أن ينزل أثراً على واقع النزاع
المطروح ضمن أكثر من أثر قانوني يحتويه النص القانوني. هذه النصوص برمتها
تتضمن بالضرورة إعطاء القاضي سلطة تقديرية معنية تجاه الأثر القانوني للقاعدة
محل الاعتبار (). ومظهر هذه السلطة يبدو في تقدير القاضي لملائمة أعمال أو عدم
أعمال هذا الأثر القانوني

وقد استعرضنا فيما سبق مظاهر هذا النشاط الذهني بصدد تخير القاضي لأثر
ضمن أكثر من أثر قانوني وارد في ذات القاعدة ()، كما في نظرية الاستغلال، حيث
يمنح النص القانوني للقاضي سلطة تقديرية في إبطال العقد بناء على طلب المتعاقد
المغبون أو يكتفي فقط بأن ينقص التزامات هذا المتعاقد

ونورد الآن تطبيقاً للمظهر الثاني لنشاط القاضي الذهني وذلك في حالة منحه
سلطة جوازية في أعمال أو عدم أعمال الأثر القانوني الوارد في القاعدة القانونية.

والمثال الحي لذلك، هو نشاط القاضي عند تطبيقه لنظرية الظروف الطارئة حيث تجيز له، وتبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. فقد نصت المادة (١٤٧/١) مدني مصري على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون" فأرست هذه المادة (في فقرتها الأولى) المبدأ السائد في القانون الفرنسي ()، ومؤداه أن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين. وأن مدلول القوة الملزمة للإرادة في هذا الصدد لا ينتج أثره في مواجهة الطرفين فحسب، وإنما أيضاً في مواجهة القاضي الذي تغل يده عن سلطة تعديل العقد حتى ولو كان (). ذلك بدعوى تحقيق العدالة ومنع الظلم

وما يهمننا في هذا الصدد هو استعراض نشاط القاضي الذهني بصدد الأثر المترتب على تحققها، وذلك عن طريق التعرف على سلطة القاضي التقديرية في أعمال الجزاء الوارد في نص المادتين (٢٠٥) مدني أردني و(٢٠٤/١) مدني مصري. ونشاط القاضي، في أعمال الجزاء الوارد بهذه النظرية، يباشر من خلال تحققه لتوافر حالات الظروف الطارئة وهي أن يكون الحادث عاماً. وألا يكون في الوسع توقعه. وأن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة. إذ على ضوء الأثر القانوني الذي أورده المشرع وهو جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فإن نشاط القاضي الذهني ينحصر في تقدير أعمال هذا الأثر

وأحياناً أخرى تمنح القاعدة القانونية القاضي سلطة تقديرية في الاختيار بين أكثر من أثر قانوني وارد بذات القاعدة مثال ذلك عندما نص المشرع في المادتين (٢٠٤) مدني أردني و(١٤٩) مدني مصري على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". المشرع في هذا النص أجاز للقاضي أن يعدل في الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة. يلاحظ أن القانون قد أناط بالقاضي حرية تقدير اختيار الأثر القانوني من ضمن الأثرين الواردين بالنص

يتضح لنا من العرض سالف الذكر أنه في إطار وجود نص تشريعي يحكم النزاع المطروح، فإن السلطة التقديرية للقاضي تنبثق من خلال أعماله للأثر القانوني الذي أورده المشرع في هذا النص، سواء كان هذا الأثر ضمن العديد من الآثار التي أوردها المشرع، أو أن الأثر الوارد في النص أثر واحد، وإنما للقاضي سلطة جوازية في أعماله أو عدم أعماله وفقاً لظروف الواقع المطروح عليه بما يتلاءم مع أهداف وظيفية حيث أنه وهو يطبق حكم هذا الأثر على الواقع المطروح إنما يمارس عملاً (إرادياً تقديرياً يصدر عنه بمناسبة مباشرته لولاية القضاء خلاصة ما سبق أن الأثر القانوني لحكم القاعدة القانونية يدخل ضمن مادة النشاط التقديري الذي يمارسه القاضي بل أن مجاله التقديري بالنسبة للأثر مجال واسع من حيث حريته في اختيار واحد من أثرين أو ملائمة الأثر

رقابة محكمة التمييز (النقض) على السلطة التقديرية للقاضي 3.2
لا يجوز الحديث عن نشاط القاضي التقديري من خلال تحليل المادة التي يمارس عليها هذا النشاط دون أن نتعرض لحدود هذا النشاط. ومن ثم فالسلطة التقديرية للقاضي توجب التعرف على نشاط القاضي الذهني من خلال مادة هذا النشاط - واقع وقانون - وضوابط هذا النشاط

(مبررات وجود محكمة التمييز (النقض) 1.3.2
يقوم القاضي من خلال عمله بالفصل في القضايا بتطبيق صحيح للقانون، بحيث يكون معبراً عن إرادة الشارع نحو الحل السليم، وفض المنازعات، ويكون فهم القاضي للواقع المجرد ومطابقته على ما رسمه الشارع للواقع في صورة قاعدة قانونية، (لها أثر يترتب عليها هو مناطه في تطبيق صحيح للقانون

ولما كان فهم كل قاضي يختلف تبعاً للطابع الشخصي وقدرات كل منهم وتأثير كل منهم بالفكر القانوني أو الاتجاه الذي يؤيده الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول بأن الحلول للنزاعات المتماثلة لا تكون متطابقة أو مماثلة وهذا التضارب أو عدم المماثلة يخالف قصد الشارع من النظام القانوني. ولكل هذه الأسباب كان من الضروري وجود

هيئة قضائية عليا لضمان تحقيق العدالة، من خلال توجيه الحلول القضائية، هذه الهيئة القضائية هي محكمة التمييز (النقض) (). وهي محكمة عليا واحدة على رأس التنظيم القضائي في الدولة، ونقول واحدة لأنه أمر تمليه طبيعة المهمة التي أنشأت من أجلها محكمة التمييز (النقض)، وهو ضمان عدم الاختلاف بين المحاكم الدنيا، بشأن تطبيق القانون، أو تأويله. إذ ليس من المقصود وجود عدة محاكم تمييز (نقض) داخل الدولة، إذ لو حدث ذلك سيكون لكل محكمة قضاؤها الخاص بها وذلك يحول () دون تحقيق الغرض من أنشائها

:وتختص محكمة التمييز (النقض) بوظيفتين

الأولى: المحافظة على وحدة تفسير القواعد القانونية في البناء القانوني للدولة ()، وبهذا التفسير تتأكد وحدة القانون في الدولة الأمر الذي يستقر معه مبدأ مساواة الأفراد أمام القانون

الثاني: مراقبة تطبيق القانون واحترامه من حيث الوجود، إذ تنقض الأحكام التي تتغافل () عن تطبيق القانون على وقائع النزاع المطروح

ولقد تناول المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ في صيغته المعدلة بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١ اختصاصات محكمة التمييز حيث نصت المادة (١/١٩٨) منه على أنه "إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله ...". أي أن المحكمة تختص بمراقبة مدى مطابقة الحكم المطعون فيه للقانون دون بحث في مسائل الواقع والتي تعتبر من إطلاقات قاضي الموضوع، وبعبارة أخرى يقتصر دور محكمة التمييز (النقض) على الفصل في قانونية الأحكام المطعون فيها أمامها دون الفصل في المنازعات التي صدرت بمناسبة هذه الأحكام (). أي أن محكمة التمييز - باعتبارها محكمة قانون - مهمتها مراقبة مدى انطباق القانون على الحكم المميز دون بحث موضوع النزاع الذي يدخل في صلاحيات محكمة الموضوع

حيث تختلف وظيفة محكمة النقض (التمييز) اختلافاً أساسياً عن محاكم الدرجة الأولى ومحاكم الدرجة الثانية إذ أن هذه المحاكم تتصدى للفصل في النزاع وتعرض لكافة المسائل الموضوعية والقانونية لكي تصل إلى حل للنزاع المطروح على عكس

محكمة التمييز فليس من وظيفتها ذلك ولا يجوز أن يطرح عليها إلا ما يخالف القانون وذلك لتقوم بدورها وتحقيق الغرض من قيامها وهو توحيد المبادئ القانونية وتأصيلها حتى تسير على نهجها المحاكم الدنيا، ومن ثم فإن عملها يتسم دائماً بالبحث في القانون دون الواقع، طالما كان البحث في الواقع بمعرفة المحاكم الدنيا متفقاً مع الأصول والقواعد المرعية، أما ما يتصل بالقانون فإنه يخضع خضوعاً كاملاً وشاملاً لرقابة محكمة النقض، وفي عبارة أخرى أكثر إيجازاً تفصل المحكمة في الحكم وليس (.) في الخصومة

التمييز بين الواقع والقانون 2.3.2

تعتبر التفرقة بين الواقع والقانون باعتباره معياراً لنطاق رقابة محكمة التمييز (النقض) على النشاط التقديري للقاضي من المسائل التي شغلت اهتمام الفقه فترة طويلة نظراً لغموض وصعوبة ذلك، ورغم كثرة ما بذله الفقه قديماً وحديثاً في تناول لهذه المشكلة ومحاولة معالجتها إلا أنها لا زالت من المسائل التي لم يتم التوصل فيها إلى رأي راجح سواء في مجال القانون الموضوعي أو الإجرائي، ذلك أنه من الصعوبة بمكان فصل مسائل القانون عن مسائل الواقع بطريقة دقيقة ووضع معيار عملي يصيغ (.) قاعدة عامة يمكن تطبيقها بسهولة

وسنعرض لرأي أول يذهب إلى أن التمييز بين الواقع والقانون لا يصلح معياراً لتحديد نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع، حيث ذهب أنصار هذا الرأي ()، إلى القول بأنه إزاء غموض وصعوبة التمييز بين فكرتي الواقع والقانون إذا كان من () Rigaux يجعل من المستحيل إقامة تقسيم دقيق وفاصل بينهما. ويقول السهل تعريف القانون والواقع فإن من الصعب وضع هذه التعريفات النظرية موضع التطبيق ورغم أن الفقه الفرنسي قد ذكر أمثلة مستخلصة من محكمة النقض الفرنسية وإدراجها في قوائم لبيان ما يعد من الواقع وما يعد من القانون، إلا أنه لم يتمكن من استخلاص معيار واضح للتفرقة بين كل من الواقع والقانون. فقد كشف أطراد أحكام محكمة النقض الفرنسية على أنه إذا تعلق الأمر بمجرد التثبت من وقائع الدعوى بتقدير الأدلة المقدمة من الخصوم، والموازنة بين أقوال الشهود، وترجيح قرينة على

أخرى فإن ذلك كله واقع يكون البت فيه من اختصاص قاضي الموضوع. أما إذا تعلق الأمر بتكييف هذه الوقائع. ببيان ماهيتها من وجهة نظر القانون، وتطبيق نصوصه عليها وتحديد الآثار القانونية المترتبة على هذا التطبيق فإن هذه الأمور تعد من مسائل القانون التي تفرض عليها رقابة النقض. وذهب أنصار هذا الرأي إلى أن هذه الأمثلة تدل على عدم تناسق قضاء النقض حول هذه المسألة. وقد حاول بعض الفقهاء تفسير ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بالقول أنها عولت على درجة العمومية في تقدير قاضي الموضوع أي كلما قبل الحكم التعميم وامتد لدعاوى أخرى مماثلة في المستقبل فإنه يخضع لرقابة محكمة النقض وكلما اقتصر الحكم في تقديراته على الدعوى ذاتها والتي صدر فيها لخصوصية ما أحاط بها من ظروف فإنها لا تخضع (.) لهذه الرقابة.

وقد انتقد هذا المسلك باعتبار أنه يعول على مسألة لاحقة على صدور حكم فيجعل نطاق رقابة محكمة النقض على أثر الحكم، فإذا كان أثره يتعدى حدود الدعوى نفسها أي يمكن انطباقه على دعاوى مماثلة فيخضع للرقابة، أما إذا اقتصر أثر الحكم ذلك Rigaux على الدعوى ذاتها ولم يتعداها إلى غيرها فلا يخضع للرقابة. وقد أنتقد بالقول بأنه يجب أن يكون المعيار سابقاً على الحكم وليس لاحقاً بحيث نفرق سلفاً بين نطاق رقابة محكمة النقض على المسائل التي يخضع بشأنها قاضي الموضوع للرقابة والمسائل التي تكون غير خاضعة لرقابة النقض. ويستطرد في القول بأنه لا يمكن (:) التعويل عليه كمعيار للتمييز بين الواقع والقانون للأسباب الآتية

- 1- أن هذا المعيار لا يعنى إلا بوجه واحد للرقابة وهو التكييف ورغم أهميته إلا أن وظيفة محكمة النقض ليست قاصرة على التكييف.
- 2- أن هذا المعيار يقوم على فكرة خاطئة موداها وجود تناقض بين الواقع والقانون. وينتهي إلى صعوبة اتخاذ التفرقة بين الواقع والقانون كمعيار لتحديد نطاق رقابة محكمة النقض.

في رأي حديث إلى التداخل الدقيق بين الواقع والقانون Jonquer Jean وقد ذهب كالتداخل بين الألوان ويصعب على محكمة النقض النظر إلى أي منها نظرة منفصلة عن الثانية، فالوقائع لا يمكن النظر إليها نظرة منفصلة عن قيمتها القانونية. فكل

(مجموع واقعي لا يمكن النظر إليه إلا من حيث كونه مطابقاً لمركز قانوني يخضع له).

وبعد استعراض هذا الرأي يأتي هذا التساؤل هل تمتد رقابة محكمة النقض لتشمل كل مسائل الواقع وكل مسائل القانون، لا نجدهم يجزمون بذلك بل يتحفظون فيسلمون من ناحية بعدم بسط محكمة النقض رقابتها على كل ما يتصل بالواقع، بل توسعت في هذه الرقابة من ناحية التسبب والتحريف ويسلمون من ناحية ثانية بعدم بسط رقابة محكمة النقض على كل مسائل القانون فأخرجت عدد من الكيوف عن (.) مجال رقابتها

الرأي الثاني: أن صعوبة التمييز بين الواقع والقانون لا يعنى عدم صلاحيته كمعيار لتحديد نطاق رقابة محكمة النقض (.) . بالرغم من صعوبة التمييز بين الواقع والقانون فقد ذهب معظم الفقهاء إلا أنه لا مفر من هذه التفرقة، وقد ذهب أنصار هذا الرأي مذاهب شتى للتمييز بين الواقع والقانون فقالوا بضرورة تعقب نشاط القاضي في كل (.) دعوى وأنه في سبيل الحكم في الدعوى يمر بثلاث مراحل

المرحلة الأولى: التحقق من وجود الوقائع المدعاة، وفي هذه المرحلة يقوم القاضي بفحص الوقائع واستخلاص المنتج والمؤثر فيها في الدعوى معتمداً على الأدلة الثابتة والمقنعة وإهدار غير الثابت منها لعدم كفاية الأدلة حيث أن الوقائع تعتمد على أمور يتعين ثبوتها أمام القضاء بإقامة الدليل عليها ثم يترك للقاضي أمر استخلاص الثابت والمنتج منها. وقد ذهب الفقه إلى أن القاضي وهو في هذه المرحلة لا يخضع أثناء قيامه بنشاطه الذهني لرقابة محكمة النقض (.) . حيث ينصب على الواقع

المرحلة الثانية: البحث عن التعريف القانوني للوقائع التي انتهى القاضي إلى ثبوتها. وهذه المرحلة يطلق عليها التكييف وهذه المرحلة يقوم فيها قاضي الموضوع بعد التأكد من صحة الوقائع واستخلاص المنتج الفعال منها بإعطائها الوصف القانوني الصحيح (.) أي تقرير القانون الواجب التطبيق على هذه الوقائع

المرحلة الثالثة: ويقوم فيها القاضي باستخلاص النتائج القانونية التي يرتبها القانون على التكييف والتي بتطبيقها ينتج حل النزاع

ويذهب الفقه إلى ضرورة النظر في كل مرحلة من هذه المراحل للبحث ما إذا كان عمل القاضي فيها يعتبر عملاً قانونياً صرف مما يصح إخضاعه لرقابة محكمة النقض، أم هو مجرد تحري الصدق في هذه الوقائع المدعاة يعمل فيها القاضي ذكائه ومنطقه. وبناء على ذلك لا يخضع عمله هذا لرقابة محكمة النقض. وبعد استعراض هذه المراحل الثلاثة خلصوا إلى أن الواقع وما يعد من مسائله ليست بمنأى كلية عن رقابة محكمة النقض وإنما تخضع لرقابة استثنائية. وفي النهاية فقد عجزت وجهة النظر هذه عن تقديم معيار لهذه التعرف ولكنهم عددوا أحكام النقض وثمة رأي يأخذ به الفقه الإيطالي وبعض الفقه الفرنسي ()، وملخصه أن القاعدة القانونية لها شروط حتى تنطبق على الوقائع المعروضة فإذا تبين من وقائع الدعوى توافر شروط القاعدة القانونية تعين على القاضي تطبيقها وأعمال حكمها، أما إذا أخطأ القاضي في التطبيق القانوني بأن لم يتخذ القاعدة الواجبة التطبيق أو طبقها ولكن تطبيقاً معيباً فإننا نكون بصدد مسألة قانونية ويخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض في أعمال النشاط الذهني. أما إذا كان خطأ في ذات الدعوى بأن حصل وقائع لم يرق عليها دليل أو بظروف ليست جدية فإن ذلك يعد من مسائل الواقع وبالتالي لا شأن لمحكمة النقض حيث يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع وتلتقي وجهة النظر هذه مع سابقتها في أن فهم الواقع يترك تقديره لقاضي الموضوع أما تكييفه وتطبيق القانون واستخلاص الأثر القانوني فمن مسائل القانون والتي يخضع القاضي فيها لرقابة النقض ().

وأخذ على وجهتي النظر عدم سلامة نتائجها بالإضافة إلى الجهد الذي يبذل في الوقوف على كل مرحلة وتوافر الشروط للوصول إلى ما يعد من مسائل الواقع أو من مسائل القانون فهذا يضيف تعقيداً جديداً إلى مشكلة معقدة أصلاً كما أنه بالإضافة () إلى كونه معياراً شكلياً فإنه أيضاً وصف في آن واحد

وفي محاولة نادى بها بصفة خاصة بعض الفقه في إيطاليا وألمانيا، كما ذهب إليها بعض الفقه المصري ()، فكرة الاستدلال القضائي أو مذهب الاستدلال القياسي. ويقوم هذا المذهب على أن الحكم القضائي هو في الواقع نتيجة منطقية لقياس أو استدلال قضائي معين مقدمته الكبرى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ومقدمته

الصغرى المجموع الواقعي المتنازع عليه. أما نتيجة القياس فهو الحكم القضائي أي محصلة تطبيق المقدمة الكبرى على المقدمة الصغرى أي تطبيق القانون على الواقع فالقاضي عند أنصار فكرة الاستدلال القضائي يجب عليه عند ممارسة نشاطه: الذهني أن يبحث الآتي

- 1- تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق
- 2- تحديد الوقائع محل النزاع وإضفاء التكييف القانوني عليها
- 3- الاستنتاج المنطقي للنتائج التي تترتب على تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع الثابتة.

فإذا أخطأ القاضي في المقدمة الكبرى بمعنى إذا أخطأ القاضي في تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق أو تفسيرها فإن الحكم يكون مشوباً بمخالفة القانون. أما إذا أخطأ القاضي في المقدمة الصغرى فيتعين التفرقة بين أمرين () : الأولى وهو ما إذا كان القاضي وهو يقوم بأعمال نشاطه الذهني في مجال التثبت من الوقائع فإنه في هذه الحالة لا يخضع لرقابة محكمة النقض لتعلق الخطأ بالوقائع. أما إذا كان القاضي وهو بصدد أعمال نشاطه الذهني قد أخطأ في التكييف القانوني للوقائع فإنه يخضع إزاء هذا الخطأ لرقابة محكمة النقض على اعتبار أن الخطأ في التكييف هو خطأ في تطبيق القانون، أما إذا كان الخطأ واقعاً في نتيجة القياس أي في منطوق الحكم لعدم أخذه بالنتيجة الضرورية لمقدمتين صحيحتين، فإنه لا يعدو أن يكون خطأ في القانون يستوجب رقابة محكمة النقض.

والملاحظ لنظرية الاستدلال القضائي أنها لا تختلف كثيراً عن فكرة تتبع نشاط القاضي فكلتاها تعنى بتوصيف نشاط القاضي في الدعوى والبحث في كل مرحلة عما يعد من مسائل الواقع وما يعد من مسائل القانون

وقد ذهب رأي في الفقه المصري () إلى أن مشكلة تحديد نطاق رقابة محكمة النقض لا تكمن في التمييز بين الواقع والقانون بقدر ما تكمن في معرفة إلى أي حد يمكن أن تبسط محكمة النقض رقابتها على مسائل الواقع والقانون وقد ذهب صاحب هذا الرأي إلى تصنيف الآراء التي تعرضت لهذه المشكلة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو القائل بأن التمييز بين الواقع والقانون لا يصلح معياراً لتحديد نطاق رقابة محكمة النقض.

والاتجاه الثاني: القائل بعكس ذلك وأن كلاهما ينتهي إلى نتائج واحدة، أوجزها صاحب الرأي في الآتي:

أولاً: أنه لا معيار للتمييز بين الواقع والقانون وإذا كان الرأي الأول قد سلم بذلك مقدماً على أساس أنه لا يوجد واقع بحت لاختلاط الواقع والقانون، فإن الرأي الثاني انتهى إلى هذه النتيجة من الناحية الفعلية لعدم استطاعته - مع تعدد الجهود - تقديم معيار لهذه التفرقة.

ثانياً: أن رقابة محكمة النقض لا تقتصر على مسائل القانون وإنما تمتد أيضاً إلى مسائل الواقع.

ثالثاً: أن محكمة النقض لا تبسط رقابتها على كل ما يتصل بالواقع.

رابعاً: إن محكمة النقض لا تبسط رقابتها على كل مسائل القانون.

فالرأي الأول انطلق من مفترض أنه لا يوجد واقع بحت بزعم اختلاط الواقع بالقانون، الأمر الذي يعني خضوعهما معاً لرقابة محكمة النقض. ومع ذلك سلم أنصاره في النهاية بأن محكمة النقض لا تبسط رقابتها على كل ما يتصل بالواقع كما أنها لا تبسط رقابتها على كل مسائل القانون.

بينما انطلق الرأي الثاني من مفترض وجود حد فاصل بين الواقع والقانون، الأمر الذي يعني خضوع مسائل القانون لرقابة محكمة النقض ودون مسائل الواقع، ومع ذلك انتهى أنصاره إلى القول بأن الوقائع ليست بمنأى كلية من رقابة محكمة النقض كما أن مسائل القانون لا تخضع دائماً لرقابتها.

وتناقض كل رأي مع نفسه مرجعه في اعتقادنا () إلى التعميم الذي لا يتسم بالواقع في محاولتهما للتغلب على معضلة الواقع والقانون. حيث حاول الرأي الأول ذلك فقال بتطابقهما، فاصطدم بحقيقة أن محكمة النقض لا تراقب كل ما يتصل بالواقع لكونها ليست درجة ثالثة من درجاته التقاضي كما أنها لا تراقب كل مسائل القانون رغم أنها محكمة قانون. بينما حاول الرأي الثاني مواجهته هذه المعضلة فتوالت جهوده لصياغة معيار للتمييز بين الواقع والقانون فاصطدم بدوره بحقيقة أن محكمة

النقض رغم أنها محكمة قانون لا تقتصر رقابتها على كل مسائل القانون وإنما تبسطها أيضاً على مسائل الواقع

وينتهي صاحب هذا الرأي بالقول بأنه إذا كان الفقه على اختلاف آرائه يسلم بأن مسائل الواقع ليست بمنأى عن رقابة محكمة النقض، وأن مسائل القانون لا تخضع دائماً لرقابتها، فإننا نصل منطقياً إلى أن الوقوف على نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع ينبغي تلمسه في بيان إلى أي حد بسطت محكمة النقض رقابتها على مسائل الواقع ومسائل القانون، وليس في بذل الجهد دون جدوى (.) في محاولة إيجاد معيار للتمييز بين الواقع والقانون

وإنني أؤيد ما ذهب إليه رأي في الفقه المصري () من أن نشاط القاضي الذهني نشاط متكامل يهدف إلى إنزال حكم القانون على الواقع المطروح وهو نشاط قانوني في صميمه وأن تعلق بمناسبة واقع مطروح فهذا الواقع لا ينظر إليه مجرداً وإنما ينظر إليه من خلال هيكل وتنظيم قانوني معين من قبل، وأن نشاط القاضي الذهني ينصرف إلى إدماج هذا الواقع في هذا الهيكل القانوني. ومن ثم يخضع لرقابة محكمة النقض، وإن كان بمناسبة إنزاله على الواقع المطروح. وأنه لا يؤثر في هذا الرأي أن محكمة النقض لا تراقب نشاط القاضي الذهني الخاص بمسائل الواقع فهذا القول قد آن الأوان للقول بعدم صحته، فالممتنع لأحكام محكمة النقض نجدها قد ذهبت إلى القول بخضوع مسائل الواقع لرقابتها من خلال التسبيب (). وذلك لأن تسبيب الأحكام يعتبر ضماناً من ضمانات مبدأ المشروعية

خلاصة ما ذهبنا إليه من أن للقاضي سلطة تقديرية عند مباشرة نشاطه الذهني وهو بصدد نزاع مطروح عليه للفصل فيه وإنزال حكم القانون، هذا النشاط الذهني مادته واقع وقانون وأنه أثناء مباشرته لسلطته التقديرية هناك ضوابط للسير على هديها كما حددها ورسمها له القانون ونؤكد أيضاً على خضوع القاضي وهو يمارس نشاطه الذهني لرقابة محكمة التمييز (النقض) سواء كان النشاط متعلقاً بمسائل الواقع أو متعلقاً بمسائل القانون وأنه من هذا المنطلق نؤكد أنه لا صحة للمبدأ السائد فقهاً وهو السيادة أو السلطة المطلقة لقاضي الموضوع في إثبات الواقع وذلك لما ينطوي على فهم خاطئ لوظيفة قاضي الموضوع في مجال إثبات الواقع (). ونؤكد أيضاً أن

القاضي يمارس قدراً من الحرية من خلال مباشرته للسلطة القضائية هذه السلطة التي يباشرها القاضي لا تعني انعدام إرادته فالقول بانعدام إرادة القاضي يؤدي إلى انعدام السلطة القضائية ذاتها (). ولكن السلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة له كي يباشرها على هواه ولكن تمنح له كي يباشر الوظيفة المسندة إليه على نحو مناسب وصحيح وأن أي انحراف في هذا النشاط الذهني يؤدي إلى انحراف في القانون

رقابة محكمة التمييز (النقض) على أعمال القاضي لسلطته التقديرية بالنسبة 3.3.2 للتكييف

كما سبق القول فإن محكمة التمييز (النقض) تنحصر وظيفتها الأساسية في أمرين الأول احترام القانون من حيث الوجود والثاني العمل على وحدة القانون ووحدة القضاء في نفس الوقت وكون محكمة التمييز (النقض) كما سبق أن أوضحنا محكمة قانون فهي ليست درجة من درجات التقاضي ويترتب على ذلك أنها لا تنظر في وقائع الدعوى.

والتكييف يقصد به وصف الواقع المطروح وصفاً قانونياً يتطابق والمفترض الوارد في القاعدة القانونية التي اهتدى إليها، بحيث يسمح هذا الوصف للواقع بأعمال الأثر الوارد في تلك القاعدة. وتأسيساً على ما تقدم ولما كان التكييف من مسائل القانون فإنه يخضع في كافة جوانبه لرقابة محكمة التمييز (النقض) (). على أنه إذا صاحب التكييف القانوني عنصراً واقعياً فإنه يفقد ولاية طرحه على محكمة التمييز (النقض) وعلى ذلك فإن التكييف المطروح أمام محكمة النقض يختلف عن التكييف المستخلص أمام محاكم الموضوع إذ أن التكييف أمام النقض تكييف قانوني بحث أما التكييف أمام المحاكم الأدنى ينبني على واقع وقانون وأن الشق القانوني من ذلك ()-التكييف هو الذي يجب عرضه على محكمة القانون - محكمة النقض

ولكن لما كان التكييف القانوني هو الوسيلة الفنية الوحيدة التي من خلالها يستطيع القاضي أن يطبق القانون على الوقائع تطبيقاً سليماً للوصول إلى فكرة العدالة فإن الخطأ في التكييف خطأ في القانون يعالج على مستوى القانون ومحكمته. ومن ثم فالتكييف هو الحكم والحكم هو التكييف، فكيف يتسنى لمحكمة التمييز (النقض) مع

وجود الخطأ في التكييف وهو الخطأ في تطبيق القانون عدم هدم الحكم وإلغائه ولكنها تبقى عليه؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول: أن التكييف الذي تقوم به محكمة الموضوع ويسمى التكييف المحدد وهو عبارة عن تكييفات صحيحة وإسناد سليم ونتيجة صائبة فلا مجال للطعن على أحكامها من زاوية التكييف أو تكييف خطأ وإسناد خطأ (.) ونتيجة غير صائبة فيكون نصيبها الإلغاء والطعن عليها بالنقض وإعادتها من جديد إلا أن لمحكمة النقض سلطة الحل في التكييف وهو امتداد حق التكييف من محكمة الموضوع إلى محكمة القانون، فهنا يمتد التكييف بقوة القانون إلى محكمة النقض وتحل محل محكمة الموضوع بالنسبة للتكييف الخاطئ أو التطبيق الخاطئ مع (.) التكييف الصحيح وتسبغ محكمة النقض التكييف القانوني الصحيح على الوقائع وقد ذهب رأي في الفقه المصري ()، إلى أن دور محكمة النقض هنا ليس إلا إعادة أعمال القانون الواجب التطبيق وذلك يتم عن طريق مراقبة التكييف القانوني الذي قامت به محكمة الموضوع، وإن كان هذا الرأي يقلل من دور محكمة النقض إذ أنها رغم كونها محكمة قانون فإنها تنقلب إلى محكمة موضوع وتستند إلى سلطات وولاية قاضي الموضوع.

وتأسيساً على ما تقدم فإن التكييف الذي تقوم به محكمة النقض هو تكييف قانوني توافرت له مقومات وخصائص التكييف القانوني الذي يباشره قاضي الموضوع. وأن حلول محكمة التمييز (النقض) محل محكمة الموضوع حلولاً قانونياً لإنقاذ الحكم من الإلغاء خاصة وأن من يقومون بالإنقاذ هم قضاة القانون الذين يحلون محل قضاة (.) الموضوع.

وفي حكم هام وحاسم لمحكمة النقض في هذا الموضوع ()، "إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من أوراق الدعوى ومستنداتها وفي حدود سلطاتها الموضوعية - قيام علاقة عقدية بين الطرفين ... ورتب الحكم على ذلك إلزام الطاعن .. وكان هذا حسب الحكم لتسبب قضاؤه، فلا يعيبه بعد ذلك عدم إفصاحه عن تكييف السند القانوني لهذا القضاء وما دام قد جاء موافقاً في نتيجته للقانون، ومن ثم "فإن هذا النعي على الحكم لهذا السبب يكون غير منتج

ولكن ما هو دور محكمة التمييز (النقض) في تكييف العقد؟

يعتبر تكييف العقد من المسائل القانونية والتي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة التمييز (النقض) ويقوم بها القاضي من تلقاء نفسه حتى يستطيع أن يطبق على العقد أحكام القانون. وقد ذهبت محكمة التمييز بأن تكييف محكمة الموضوع للعقد مسألة قانونية تراقب سلامتها محكمة التمييز، كما ذهبت إلى أن لمحكمة الموضوع إسباغ التكييف الصحيح للدعوى بما يتفق وحقيقة الطلبات المطروحة عليها دون التقيد (.)بتكييف الخصوم لها وخضوعها لرقابة محكمة التمييز

الفصل الثالث

سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه
لقد اتضح لنا فيما سبق من خلال دراستنا لتطور سلطة القاضي في مجال العقد، والعوامل التي أدت إلى خلق دور إيجابي له، بحيث أصبح من سلطته التدخل في معاملات الأفراد، ومراجعتها، وتعديلها أو إنهاؤها، وموقف الفقه والقضاء من هذه السلطة. أن هذا الدور الذي يقوم به القاضي المدني في مراجعة العقد، لم يأت فجأة، وإنما كان وليد تطور طويل في الفلسفة، والقانون، إذ كان نتيجة لصراع الإنسان في بحثه عن العدالة والحرية معاً. وقد أصبح القاضي في نهاية الأمر، ونتيجة لذلك الصراع ضد قوى الاستغلال، وأنصار الفردية، يراقب العمليات التعاقدية بين الأفراد، فيتدخل كلما وجد ميزان العدالة مختلاً، ليعيد إلى العقود توازنها، وعدالتها، خصوصاً وأن التشريعات الحديثة قد اعترفت له بهذه السلطة. بل منحتها له بموجب نصوص صريحة وقاطعة (). وأهمها في مجال بحثنا، ما يتعلق بحقه في تعديل العقد أو إنهائه بسبب الاستغلال والغبن، والإذعان

ومشكلة الغبن من المشاكل الاجتماعية المعقدة ()، ولأن الغبن، بمعناه الواسع، لا يكاد يفلت منه عقد من العقود، فقد حرصت التشريعات الحديثة ومن قبلها الشرائع السماوية، وأهمها الشريعة الإسلامية، على محاربته، وعلى وجه الخصوص، إذا كان هذا الغبن فاحشاً، فحاربته الشريعة الإسلامية في صورة الربا الذي حرّمته تحريماً قاطعاً، وكذلك حرصت التشريعات الحديثة على الحد من مظاهر الغبن في العقود، فمنحت القاضي سلطة تقديرية واسعة، بحيث يحق للقاضي أن يتدخل في هذه العقود،

بمراجعتها، وإزالة الغبن الذي شابها إلى حد معين. وعلى عكس ما أبداه المعارضون لسلطة القاضي في تعديل العقد، بسبب الغبن والاستغلال من أن إدراج مثل هذا النص سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات أثبت الواقع العملي عدم صحة ذلك، ويرجع السبب إلى أن تدخل القاضي في هذه المرحلة بما له من سلطة تقديرية في التعديل أو الإبطال، يتسم بطبيعة وقائية هامة تتمثل في أن المتعاقدان، سيدخلان في اعتبارهما، عندما يقدم على إنشاء عقد من العقود، فيحرص المتعاقد ابتداءً على أن يضمن لتعاقد الاستقرار، بأن يلتزم الحدود المسموح بها، يتحاشى الأسباب التي قد تؤدي إلى تعديل العقد أو إبطاله، بما يجعل لهذه الحماية أثراً مسبقاً، يتمثل في وقاية الطرف الضعيف في العقد (). خصوصاً وأن سلطة القاضي هنا، تعتبر من النظام العام، لا يستطيع المتعاقدان تقاديها أو التحايل عليها

ليس ذلك فحسب، بل إن الطبيعة الوقائية لهذه السلطة في مرحلة تكوين العقد، من شأنها تحجيم المؤسسات، والشركات، والمشروعات الكبيرة، التي تتمتع بصفة احتكارية لسلع أو خدمات، عن طريق إدراج أي شرط تفوح منه رائحة التعسف في عقودها مع الأفراد، باستغلال مركزها الأقوى من الناحية الاقتصادية، وذلك تحاشياً من اصطدامها بهذه السلطة المخولة للقاضي في تعديل أو إلغاء الشرط، أو الشروط التعسفية في عقد (). الإذعان. من هنا تتضح الطبيعة الوقائية لسلطة القاضي في هذه المرحلة

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال 1.3

أن تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية قد أدى إلى زعزعة مبدأ سلطان الإرادة في العقود وكان من أثر المبادئ الاشتراكية التي ظهرت تبعاً لهذا التطور، إن صار المشرع يتدخل في العقود لحماية الطرف الضعيف فيها. وقد خرجت فكرة الغبن بتأثير هذا التبديل الذي طرأ على المفاهيم القانونية، من نطاقها المادي الفردي إلى النطاق الشخصي الاجتماعي واتسع مدلولها من العقود ذات الموضوع المتبادل إلى العقود التي لا تبادل فيها بين الطرفين كالتبرع، وقامت نظرية جديدة هي نظرية الاستغلال، صار الغبن فيها مظهراً مادياً للاستغلال، وقننت النظرية الجديدة في القوانين المدنية

التي صدرت بعد التقنين المدني الفرنسي كالقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسري، وتأثرت التقنيات المدنية العربية بهذا الاتجاه الجديد فأقرت نظرية الاستغلال).

وأول قانون عربي أخذ بهذه النظرية هو قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي صدر سنة ١٩٣٢، ثم أخذ بها القانون المدني المصري الجديد سنة ١٩٤٩، وتبعه في ذلك القانونان السوري والليبي، والقانون العراقي بشيء من التعديل). أما القانون المدني الأردني فلقد خلا من نظرية عامة لعيب الاستغلال، مكتفياً بإيراد تطبيق وحيد لها، سنأتي على شرحه بعد قليل.

والغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه، فهو بهذا يعتبر المظهر المادي للاستغلال، ومن ثم يتميز عنه بأمرين جوهريين: الأول، أنه لا يكون في التبرعات لأن العاقد فيها يعطي ولا يأخذ، والثاني، أنه يقاس بمعيار مادي، فينظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية، أي القيمة بحسب (سعر السوق).

أما الاستغلال فهو أمر نفسي لا يعتبر الغبن إلا مظهراً مادياً له فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعيف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف. ومن هذا فهو يختلف عن الغبن في الأمرين المذكورين، إذ يصح أن يقع في جميع (التصرفات، كما أن المعيار فيه معيار شخصي لا مادي).

يتبدى الغبن عند تكوين العقد في صورتين: الغبن المجرد، والاستغلال. ويفترق الغبن المجرد عن الاستغلال، من حيث أن الأول عيب في العقد، لا في الإرادة، لأنه يتحقق بمجرد التفاوت المادي المقدر له حتى لو كانت إرادة العاقد المغبون سليمة. في حين أن الثاني عيب في الإرادة. لأنه زيادة على التفاوت غير المألوف، لا بد من أن يستغل فيه العاقد ضعفاً في المغبون بحيث تفسد إرادته ويندفع إلى التعاقد تحت تأثير (هذا الاستغلال).

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن في الفقه الإسلامي 1.1.3

لم يشتهر مصطلح "عيب الاستغلال" في الفقه الإسلامي كما اشتهر في الفقه القانوني، إلا أن هذا لا يعني عدم معرفة هذا الفقه لمثل هذا العيب، وإنما عالج الفقه الإسلامي آثار عيب الاستغلال والمسائل المتعلقة به من خلال تنظيمه لعيب الغبن (). واستقرت معظم الاجتهادات في الفقه الإسلامي، على أن الغبن الفاحش إذا اقترن بالتغير يصيب الرضا، أما الغبن المجرد من التغير فلا يعيب الرضا إلا في حالات استثنائية ()، وقد أثار مبدأ الحرية التعاقدية في الفقه الإسلامي الخلاف بين الفقهاء، في مدى الاعتداد بأثر الغبن في العقود، إذ أن فسخ العقود بسبب الغبن وحده من شأنه أن يخل بالثقة في التعامل بين الناس، وخاصة في مجال التجارة التي تقوم على الربح (). وأن ما يهمننا في موضوع الاستغلال هو أثره الناجم عن انتهاز حالة الضعف في إرادة المتعاقدين المغبون، والمتمثل في الغبن الفاحش

ولقد توسع الفقه الإسلامي في تنظيمه لعيب الغبن، حيث وجدت فيه نظريتين الأولى مادية تقوم على أساس مادي بحيث تعتد بالغبن وحده دون الاكتراث بالحالة النفسية التي يوجد فيها المتعاقدين المغبون، فيما تقوم الثانية على أساس شخصي، إذ تشترط للاعتداد بالغبن في هذه الحالة أن يكون ناشئاً عن التغير أو استغلال ضعف (). في إرادة المتعاقدين المغبون

يفرق الفقه الإسلامي بين صورتين من الغبن هما: أ- الغبن اليسير. ب- الغبن الفاحش

أولاً: الغبن اليسير: وهو ما لا يمكن تجنبه في المعاملات، وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين ()، لذلك فإن هذا النوع من الغبن، أو بمعنى أصح الغبن في هذه الصورة لا يعتد به باتفاق الفقهاء، إذ لا تأثير له على عقود البالغين، وبالتالي فلا يوجب تدخل من قبل القضاء لإزالته بتعديل العقد أو إبطاله، لا سيما وأن المعاولات لا تخلوا منه في العادة، هذا فضلاً عن اختلاف الأنظار أو وجهات النظر في تقديره (). وتلك هي القاعدة العامة في الفقه الإسلامي، إلا أن هناك استثناءات في الفقه الإسلامي تخرج على حكم هذه القاعدة حيث يعتد فيها بالغبن ولو كان يسيراً فيصبح العقد المشوب به معيباً يستوجب على القاضي تعديله أو إنهائه إذا ما طلب منه الطرف المغبون ذلك. وفيما عدا تلك الاستثناءات التي يعتد فيها بالغبن اليسير فلا تأثير له على العقد

ثانياً: الغبن الفاحش: وهذا النوع من الغبن هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين زيادة أو نقصاً، أي يكون الغبن فاحشاً إذا تجاوز عدم التعادل بين الأداءات فيه المألوف بين الناس ()، وقد اختلف الفقهاء في تحديد معياره، ففريق منهم قدره بحد معين إذا بلغه أو زاد عليه، فإنه يعتبر غبناً فاحشاً. وقد اختلف أصحاب هذا الاتجاه في إطار هذا المعيار. وقد فصل ابن عابدين فيما يعتبر غبناً فاحشاً، فاشتراط للاعتداد بالغبن الفاحش في عروض التجارة تجاوز نصف العشر من قيمة المبيع، والعشر في الحيوان والخمس في العقار (). إذ يعتبر الغبن فاحشاً إذا تجاوز نصف العشر (٢٠/١) من قيمة المبيع وأما إذا نقص عن هذا الرقم فيعتبر غبناً يسيراً بتسامح به لا يخلو منه تعامل.

وذهب اتجاه آخر في الفقه الإسلامي في سبيل تحديد معيار الغبن الفاحش وتمييزه عن الغبن اليسير، إلى معيار يتسم بالمرونة فرأى البعض، ترك ذلك لتقدير القاضي مستعيناً بأهل الخبرة، لأن الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين، أما ما لا يدخل تحت تقويم المقومين سواء بالزيادة أو النقصان فهو الغبن الفاحش (). على أن منهم من رأى ترك هذا التحديد للعرف والعادة في معاملات الناس، فيكون الغبن يسيراً إذا جرى العرف بتحمل الناس له، ويكون فاحشاً، إذ لم تجر العادة (). بالتسامح به أو تحمل الناس له.

وهذا ما سارت عليه أغلب التقنيات الوضعية، ومنها القانون المدني الأردني (م١٤٦) حيث ترك تحديد مقدار الغبن لسلطة القاضي يقدراها وفقاً للظروف والأحوال ().

ونحن نميل إلى الأخذ بهذا الاتجاه، لمرونته وعدم جموده، وذلك لما في المعيار الآخر من تقييد لسلطة القاضي دون مبرر ويجب أن يكون الغبن فاحشاً وقت إبرام العقد، أما إذا اختل التعادل بعد إبرام العقد وكان الثمن وقت إبرامه هو ثمن المثل، فلا تسمى دعوى الغبن الفاحش، فالعبرة (). في تقدير الوقت هو وقت إبرام العقد لا بعده

لذلك سنتناول في دراستنا هنا مدى سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه بسبب الغبن في الفقه الإسلامي من حيث سلطته في التعديل بسبب الغبن المجرد عن

التغيير وسلطته في التعديل أو الإنهاء بسبب الغبن الفاحش مع الغرر والتغيير
وسلطته في التعديل أو الإنهاء بسبب الاستغلال

سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهاءه بسبب الغبن المجرد عن التغيير 1.1.1.3

إن حق القاضي في فسخ العقد، أو تعديله بسبب الغبن المجرد عن التغيير،

محل خلاف بين الفقهاء، حول ذلك انقسم الفقه إلى فريقين أو مذهبين

الفريق الأول: ويذهب إلى أن الغبن المجرد عن التغيير لا يرتب الحق في الطعن
بالغبن أو بحسب اصطلاح الفقه الإسلامي "الحق في الخيار" لا للبائع ولا للمشتري
ومن ثم فإنه يخرج عن سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهاءه بناءً على ذلك. غير
أنهم استثنوا من ذلك حالات محدودة هي

1- أن يقع الغبن الفاحش على مال وقف أو صبي

2- المتصرف عن الغير كالوكيل، والفضولي والولي، والشريك

3- المضطر إذا كان الاضطرار للجوع أو العطش بحيث يخشى الهلاك مستثنين
(.) "في ذلك إلى قوله صلى الله عليه وآله وسلم. "إذا ما بعت فقل لا خلافة

الفريق الثاني: ويذهب أصحاب هذا الاتجاه في الفقه الإسلامي إلى القول بحق المتعاقد
المغبون غبناً فاحشاً في الخيار سواء صاحب العقد غرر أو تغير أم لا يصاحبه، فله
الخيار "باستبقاء المبيع بثمنه أو رده بخيار الغبن" عند البعض، ومنهم بعض الحنفية)
(وكذلك الإمامية مستثنين فيما ذهبوا إليه بحديث الرسول الكريم عليه وعلى آله أفضل
(.) "الصلوات والتسليم" لا ضرر ولا ضرار في الإسلام

وفي عدم التعادل بين العوضين والاختلال بينهما بصورة فاحشة ضرر أكيد
يلزم إزالته، وهذا المذهب لم يطلق الحق في إنهاء العقد أو تعديله بسبب الغبن المجرد
عن التغيير دون قيد أو ضابط، إذ يشترط الإمامية لممارسة هذا الحق في استخدام
:(الخيار الشروط التالية

أولاً: عدم علم العاقد المغبون وقت التعاقد بعدم تساوي العوضين

ثانياً: أن يكون الغبن مما لا يتسامح الناس بمثله في العادة

ثالثاً: رفع دعوى الغبن - أو بحسب الاصطلاح الفقهي - إستعمال العاقد المغبون حقه في الخيار، فور معرفته لما وقع فيه من غبن. وأن القصد من هذا الشرط هو ضمان إستقرار المعاملات بحيث لا يبقى المتعاقد الآخر، مهدداً في معاملته فترة طويلة ويرجح الباحث الرأي الثاني الذي ذهب إليه بعض الحنفية والامامية، وذلك لأن في تقرير حق الطعن بالغبن الفاحش، ما يمنع استغلال العاقد الغابن لغيره ممن يدخل معه في المعاملة من الضعفاء، كما يمنع من إنتشار ظاهرة الاستغلال بصورها المختلفة. ومن ناحية أخرى، فإن في زيادة أحد العوضين على العوض الآخر زيادة فاحشة، ظلم للطرف المغبون يأباه الشرع والعقل، والظلم محرم شرعاً، يقول الله تعالى (....) (يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً). سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه بسبب الغبن المصحوب بغرر أو 2.1.1.3 تغرير

خلصنا مما سبق إلى أن تعديل العقد أو إنهائه بسبب الغبن المجرد، ومحل خلاف في الفقه الإسلامي، غير أن هذه السلطة بصورة عامة مقررة في الفقه الإسلامي بحسب الرأي الذي رجحناه. وحول حكم العقد المشوب بغبن فاحش يصحبه غرر، وهل يترتب على ذلك تعديل العقد أو إنهائه؟ يلاحظ أن الفقه الإسلامي قد انقسم حول ذلك، إلى مذاهب

المذهب الأول: وهو مذهب الجمهور () : وقد ذهب هؤلاء، إلى القول بحق المغبون في هذه الحالة سواء أكان بائعاً، أو مشترياً، في الخيار بين إمضاء العقد، والرضى به، مع حقه في استرداد ما زيد في الثمن بالنسبة للمشتري، أو زيادة الثمن بالنسبة للبائع إلى ثمن المثل، أو فسخ العقد

المذهب الثاني: ويمثله بعض الحنفية، وبعض المالكية، والشافعية، ويذهب هؤلاء إلى أنه لا أثر للغبن في هذه الحالة على العقد، وأن العقد يبقى على وضعه وليس للمغبون في الحالتين حق الرد أو الاسترداد. بمعنى أنه لا يجوز أيضاً للقاضي بأي حال أن يقوم بتعديل العقد بسبب الغبن الفاحش، حتى وإن صاحبه غرر، وقد عللوا لما ذهبوا إليه بالقول، بأن الغبن في هذه الحالة قد جاء نتيجة لتقصير المغبون،

إذ كان عليه واجب التحري والبحث قبل الإقدام على الشراء بهذا الثمن، فوجب أن (.) يتحمل نتيجة تقصيره وذلك بإلزامه بالعقد

ونلاحظ أن أصحاب هذا الرأي، يتفقون مع أنصار مذهب الحرية الفردية في تشددهم، وتعصبهم لمبدأ سلطان الإرادة في العقود، ومعارضتهم لأي تدخل من قبل المشرع أو القاضي في تعديل العقد أو مراجعته بسبب الغبن أو غيره. احتراماً لمبدأ (.) الحرية التعاقدية

المذهب الثالث: وهذا المذهب يمثل بعض الحنفية، وبعض المالكية والشيعة الجعفرية (أو الإمامية). وقد سبق استعراض ما يذهبون إليه وترجيحه. إذ يذهبون كما سبق - إلى حق المغبون سواء كان بائعاً أو مشترياً، إذا غبن غبناً فاحشاً، فله الخيار في استيفاء المبيع بثمنه أو رده بخيار الغبن، سواء كان الغبن نتيجة لغرر أم لا، بشروط سبق لنا استعراضها عند الحديث عن موقف الفقه الإسلامي من الغبن الفاحش (.) مجرداً عن الغرر

سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه بسبب الاستغلال 3.1.1.3
للقاضي في الشريعة الإسلامية أن يتدخل في مجال العقد بالتعديل أو الإنهاء وهذا هو الأمر الغالب بسبب الاستغلال في العديد من الحالات نورد أمثلة على ذلك فيما يلي:

أ- إذا غرر البائع بالمشتري في الثمن، وكان المشتري غيباً لا يعرف، واتضح للمشتري فيما بعد أن الثمن الذي اشترى به السلعة ووافقه البائع فيها كان أكثر من ثمنها المتعارف عليه، فإن من حقه حينئذ أن يرفع دعوى الغبن بما له من خيار يسمى اصطلاحاً - خيار الغبن - في الفقه الإسلامي (.) . يستطيع القاضي بموجب ذلك أن يعدل العقد أو ينهيه

وخيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصي، وفي صورة تغير البائع للمشتري، بأن كان المشتري غيباً لا يعرف فقال البائع اشتره بهذا فإنه يساويه، فاشتره مغترا بقوله، فله خيار الغبن

ب- كذلك في الغبن باستغلال الحاجة الملحة للمتعاقد أو حالة الاضطرار وذلك من خلال بيع المضطر وشراؤه، يقول ابن عابدين: "بيع المضطر وشراؤه فاسد، وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو لباس أو غيرها، ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير. وكذلك في الشراء منه، إذا لم يرضى المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش" ومثاله ما لو ألزمه القاضي ببيع ماله لإيفاء دينه، أو إلزام الذمي ببيع (.)(مصحف، ونحو ذلك

من خلال الصورتين المذكورتين، يتضح أن الشريعة الإسلامية تتضمن أو تحتوي على تنظيم صور الاستغلال المختلفة، وتعالجها بوسائل فنية تتميز بها عن القانون الوصفي، ويأتي ضمن صور الاستغلال من الصور المعروفة في الفقه الغربي كما يقول الدكتور السنهوري: (استغلال العاقد في عدم خبرته، أو في حاجته، أو في طيشه ورعونته وضعف الإدراك) بل إن حرصها على تلافي وقوع الغبن قبل إبرام (.)(العقد، مما يدل على تميزها في هذا الأمر عن غيرها من القوانين الوضعية

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال في القانون الأردني 2.1.3 يقوم القانون المدني الأردني على أساس من النزعة الجماعية، ومما يؤكد ذلك احترامه لعدل العقد، ذلك العدل الذي يقدره المجتمع، ويطلق عليه العدل التبادلي، (.)(وليس كما يقدره الفرد حينما يرتضى العقد

عمل المشرع الأردني على حماية العاقد من الغبن عند تكوين العقد ()، وذلك في المواد التالية من القانون المدني. وباستعراض هذه المواد نجد أن المادة (١٤٥) تجيز لمن غرر به فسخ العقد، إذا تم العقد بغبن فاحش ناجم عن تغير مarse المتعاقد الآخر.

وعملت المادة (١٤٦) على إيضاح معيار الغبن الفاحش بأنه ذلك الغبن الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين. وهو معيار مرن، لا يتحدد برقم محدد

كما اعتد المشرع الأردني بالغبن اليسير دون تغير إذا تعلق بمال المحجور عليه للدين، أو المريض مرض الموت، وكان دينهما مستغرقاً لما لهما، حسب نص المادة (١٤٧) كان العقد موقوفاً على رفع الغبن، أو إجازته من الدائنين، وإلا بطل

وحسب نص المادة (١٤٩) أخذ بالغبن الفاحش دون الحاجة لاقتترانه بالتغدير
إذا تعلق هذا الغبن بمال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة
كما اعتد القانون المدني الأردني في حالات متفرقة للغبن وردت بصدد بعض
العقود منها الغبن في قسمة الرضا، وذلك في المادة (١٠٥٠) التي تقضي بأنه "١-
يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة
وإعادتها عادلة. ٢- وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة
كما حمى المشرع الأردني المتعاقد من الغبن في عقد الشركة وذلك من خلال
تحريمه لشرط الأسد، إذ تنص المادة (٥٨٨) على أنه: "لا يجوز أن يتفق الشركاء في
العقد على أن يكون لأيهم قدر مقطوع من الربح، ويبطل الشرط على أن يتم توزيع
الربح طبقاً لحصة كل منهم في رأس المال". وهو الشرط الذي يستبد فيه أحد العاقدین
(.) بكل ما ينشأ عن العقد من ربح ويتحمل العاقد الآخر كل ما ينشأ عنه من خسارة
ويتلخص موقف القانون الأردني من الغبن بأن العقد لا يفسخ للغبن إلا إذا كان
هذا الغبن فاحشاً واقترن بتغدير ()، كما هو واضح من نص المادة (١٤٥) حيث
اشتراط المشرع الأردني في اعتداده بأثر الغبن الفاحش على جميع العقود اقتترانه
بالتغدير إلا استثناء كما لاحظنا سابقاً
أغفل وأضع القانون المدني الأردني الاعتداد بعيب الاستغلال، ويكاد يكون
القانون العربي الوحيد الذي لم يشأ الأخذ بنظرية الاستغلال، إذ نجد معظم القوانين
العربية قد تبنت هذه النظرية في تشريعاتها المدنية. ولكن القانون المدني الأردني اكتفى
بإيراد تطبيق وحيد له وهو ما يتعلق باستغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم وذلك
في المادة (٥٣٨) التي تنص على أنه
إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو 1-
بشروط مجحفة إجحافاً بيناً كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة
تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف وتأخذ المحكمة في ذلك بعين
الاعتبار ظروف الزمان والمكان ومستوى الأسعار العامة وفروقها بين تاريخ العقد
والتسليم طبقاً لما جرى عليه العرف

وللمشتري الحق في عدم قبول التعديل الذي تراه المحكمة واسترداد الثمن الحقيقي 2- الذي سلمه فعلاً للبائع وحينئذ يحق للبائع أن يبيع محصوله ممن يشاء ويقع باطلاً على اتفاق أو شرط يقصد به إسقاط هذا الحق سواء أكان ذلك شرطاً 3- "في عقد السلم نفسه أو كان في صورة التزام آخر منفصل أياً ما كان نوعه فقد عرفت المادة (٥٣٢) من القانون المدني الأردني بيع السلم بأنه بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل. وذلك كان يدفع شخص إلى مزارع مبلغاً معيناً من المال، على أن يسلمه مقداراً محدداً من محصوله الزراعي. فالثمن يتم دفعه عاجلاً أما المبيع فسيقدمه البائع بعد فترة زمنية محددة، وقد أطلق الفقه والقانون على هذا العقد اسم (السلم، ويسمى أيضاً السلف لتقدم الثمن عند العقد على المبيع وحتى نقوم بتطبيق نظرية الاستغلال في السلم، لا بد أن تتوافر شروطها، وهذه الشروط حسب ما يفهم من نص المادة (٥٣٨) هي أولاً يشترط أن يكون البيع سلفاً وثانياً أن يستغل المشتري حاجة المزارع للمال، وثالثاً أن ينتج عن استغلال حاجة المزارع بيع محصوله بسعر أو بشروط مجحفة إجحافاً بينا بحقه، ويشترط أخيراً أن (يكون البائع مزارعاً).

ولكن في ظل اشتراط المشرع الأردني وجود التغيرير للاعتداد بأثر الغبن الفاحش، وفي ظل قصور المادة (٥٣٨) الخاصة باستغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم عن الإحاطة بصور الاستغلال، يصبح تنظيم المشرع الأردني للغبن قاصر عن الإحاطة بصور الاستغلال، ويصبح من الضروري للمشرع الأردني أن يأخذ بنظرية عامة لعب الاستغلال يضمنها كافة نواحي الضعف التي تعتد بها القوانين العربية، حيث أن هذا التطبيق قاصر جداً عند حماية المتعاقدين المغبون الذي يبرم عقداً نتيجة استغلال ضعف في إرادته كالحاجة أو الطيش أو الهوى أو عدم الخبرة أو ضعف الإدراك. ومما يعزز من الدعوة هذه انتشار صور الاستغلال في المجتمع الأردني في الوقت الحاضر عن أي وقت سابق. نتيجة لتغير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية في الوقت الحاضر عما كانت عليه وقت وضع هذا القانون موضع التطبيق. وهذا الأمر يؤكد من مدى الحاجة الفعلية لتبني نظرية عامة للاستغلال (). ومن ناحية أخرى فإلى حين أن يصار إلى مثل هذا التعديل، فإن القاضي الأردني ملزم بالرجوع

لأحكام الفقه الإسلامي كونه المصدر الثاني من مصادر هذا القانون، فلو رفعت دعوى أمام القضاء الأردني يدور موضوعها حول استغلال حاجة شخص أو عدم خبرته، فإن القاضي مقيد بالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي في حالة افتقاد النص القانوني الخاص (.) بموضوع الدعوى

ولأجل الإحاطة بهذا التطبيق الذي جاء به القانون المدني الأردني فإننا سنعمد إلى دراسة أركان استغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم، ودراسة أحكام استغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم.

أركان استغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم 1.2.1.3
ظاهر من نص المادة (٥٣٨)، أنه يستلزم توافر ركنين، حتى يمكن الطعن في السلم، على أساس الاستغلال. وأحد هذين الركنين مادي أو موضوعي، والآخر نفسي أو ذاتي.

أولاً: الركن المادي لعيب الاستغلال
وهو اختلال التعادل بين ما يحصل عليه العاقد من فائدة بموجب العقد، وبين ما يتحمله من التزامات أو فقدان التعادل بين قيمة ما يأخذ وقيمة ما يعطى، لأن الاستغلال يتطلب أن يكون المغبون عاجزاً عن تقدير قيمة ما يعطى وقيمة ما يأخذ بسبب ظروفه الخاصة (). بمعنى أن يتضمن السلم "سعراً أو شروطاً مجحفة إجحافاً بينا". ولم يحدد القانون الأردني عدم التعادل برقم معين، وإنما جعل هذا الأمر خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي، ينظر فيها وفقاً لظروف الزمان والمكان، ومستوى الأسعار، (.) (وفروقتها بين تاريخ العقد والتسليم طبقاً للعرف (م٥٣٨/١).

غاية الأمر أنه يشترط في عدم التعادل أن يكون الغبن فاحشاً وتقدير هذا الغبن مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة، وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذا القيد الذي يرد على الركن المادي لنظرية الاستغلال، فمنهم من يرى أن عدم التعادل يجب أن يكون من الظهور بحيث لا يحتاج الأمر إلى حساب تقديري،

ومنهم من لا يشترط في عدم التعادل أن يكون واضحاً، بل يكفي أن يكون فادحاً، وأن (.)تطلب الكشف عنه الالتجاء إلى خبرة فنية

والعبرة في تقدير اختلال التعادل بين التزامات المتعاقدين ليس بقيمة الشيء محل العقد المادية بحسب سعر السوق، وإنما بقيمتها الشخصية في نظر المتعاقد المغبون. ويعتد في تقدير اختلال التعادل بمعيار مادي، إلا أنه ليس رقماً محدداً، بل إن هذا المعيار يتغير باختلاف ظروف كل حالة إذ يقوم القاضي بتقديرها وفقاً لظروف (.)طرفي العقد والملابسات التي أحاطت به

والعبرة في تقدير اختلال التعادل بوقت إبرام العقد لا وقت تنفيذه، فإذا ما طرأ اختلال التعادل الفادح بعد إبرام العقد، فلا نكون إزاء استغلال حالة الضعف في إرادة المتعاقد المغبون، فالاستغلال لا يكون إلا وقت إبرام العقد. ومع ذلك يمكن تصور (.)الاعتداد باختلال التعادل الفادح في غير وقت إبرام العقد وذلك في حالتين الأولى: إذا كان أطراف العقد على علم وقت إبرام العقد بتغير الظروف وقت تنفيذه مما يجعل اختلال التعادل فادحاً

والثانية: إذا سبق إبرام العقد وعد بالتعاقد في المستقبل، فيرجع في تقدير عدم التعادل إلى وقت إبرام عقد الوعد لا وقت إبرام العقد الموعد به، كون أن التزامات الطرفين قد تحددت وقت إبرام عقد الوعد

وحتى تكتمل دراستنا للركن المادي لعيب الاستغلال، لا بد من التعرض لنطاق تطبيق هذه النظرية، وذلك من خلال الحديث عن القيود التي أوردتها المادة (٥٣٨) من القانون المدني الأردني: وباستعراض نص المادة (٥٣٨) نجد أنها تضع قيود وضوابط تحد بها من إمكانية تطبيق هذا النص، وذلك بوجود قيود من حيث العقود التي تنطبق عليها هذه المادة، وقيود من حيث الأشخاص الذين تسري عليهم (القيود المتعلقة بالعقود التي تنطبق عليها المادة (٥٣٨) 1-

مقتضى الفقرة الأولى من المادة (٥٣٨) أن الاستغلال لا يقع إلا على عقد بيع السلم دون العقود الأخرى. وفي مجال الزراعة على وجه التحديد، وذلك حين اشترطت أن يتم استغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم. فإذا كان العقد يتعلق ببيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل، فإنه يكون سلماً، وبذلك يكون المشرع الأردني قد وقف في

مواجهة عيب الاستغلال، عند عقد معين هو عقد السلم، ولم يقدم على صياغة نظرية
(.) عامة للاستغلال، تنصرف إلى سائر العقود

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا توجد هناك حكمة واضحة من التفرقة بين
عقد السلم والعقود الأخرى، لتكون مبرراً قوياً للنص على الاستغلال في عقد السلم دون
النص عليها في العقود الأخرى، كعقد الإيجار أو البيع وهي أكثر العقود التي يمكن أن
(.) يقع فيها استغلال

(قيود من حيث الأشخاص الذين تنطبق عليهم المادة (٥٣٨) 2-

اشتطت المادة (٥٣٨) لإمكان تطبيقها كذلك أن يكون من تستغل حاجته في
عقد بيع السلم مزارعاً. بحيث لو لم يكن مزارعاً، بأن كان صانعاً أو تاجراً أو حرفياً أو
مهنياً من غير المزارعين واستغلت حاجته فلا يستفيد من هذه الحماية. والمزارع هو من
يرتضي الزراعة مهنة له، سواء أكان مزارعاً يزرع الحبوب أم الأشجار أم يقوم بمشاريع
زراعية كتربية الدواجن والطيور والمواشي، ويعد مزارعاً في حكم هذه النظرية من كانت
له مهنة أو حرفة أخرى لكنه يقوم ببعض الأعمال الزراعية، أما من يقوم بالزراعة كأمر
(.) عارض ولا تشكل مهنة له، فلا تنطبق عليه هذه المادة

لذلك فإن من شأن هذا القيد والقيد الذي سبقه الخاص بعقد بيع السلم، أن يحد "
من إمكان الاستفادة من هذه الحماية التي تقرها هذه المادة إذ قد يبرم المزارع عقد ولا
يكون عقد بيع سلم، ويتعرض للاستغلال ومع ذلك لا يجد الحماية القانونية. كذلك قد
يبرم شخص عقد بيع سلم ولا يكون مزارعاً فلا يستفيد من هذه الحماية لاشتراطها أن
(.) "يكون المستغل في عقد بيع السلم مزارعاً

ثانياً: الركن النفسي لعيب الاستغلال

ومقتضاه أن يستغل المشتري في السلم حاجة المزارع البائع. وعلى ذلك، فإن
هذا الركن ينطوي على أمرين، الأول: الحاجة وهذه توجد عند البائع، ونية استغلالها
وهذه توجد عند المشتري (.) . وعلى ذلك فإننا سنبحث كلاً من هذين الأمرين على
التوالي

حالات الضعف في إرادة المتعاقدين المغبون 1-

لم تتعرض المادة (٥٣٨) من القانون المدني الأردني إلا لحالة واحدة من حالات الضعف في إرادة المتعاقد المغبون، وهي استغلال الحاجة. ويشكل هذا الأمر قيداً جديداً يحد من نطاق تطبيق هذه المادة. وذلك بقصر مدى الاعتداد بحالات (الضعف في إرادة المتعاقد المغبون على استغلال الحاجة دون نواحي الضعف الأخرى).

ومن الأمثلة على استغلال حاجة المزارع، كأن يكون المزارع بحاجة ملحة إلى النقود، فيعرض محصوله للبيع، فيستغل المشتري حاجته إلى المال، واضطراره إلى بيع محصوله، فيدفع له ثمناً أقل بكثير من قيمته الحقيقية، فيضطر البائع إلى القبول، (لحاجته الملحة إلى المال).

ويقصد بالحاجة في هذا المجال الضائقة التي تهدد الإنسان في وجوده أو صحته أو شرفه أو ماله، ولا يشترط أن تكون الحاجة اقتصادية، بل قد تكون شخصية سواء كانت مادية أو أدبية. وقد تكون الحاجة مؤقتة أو دائمة، وقد تكون حقيقية أو (متخيلة، والحاجة لا ترتبط بثروة الشخص المستغل، كما لا تقتزن بالفقر والغنى كما نجد قسماً آخر قد توسع بشكل كبير في هذه الحالات، كالقانون العراقي الذي تبني معظم هذه الحالات كاستغلال أحد الطرفين حاجة، أو طيشاً، أو هوى، أو (عدم خبرة، أو ضعف إدراك، لدى المتعاقد الآخر).

قصد الاستغلال -2

لا يكفي توافر حالة من حالات ضعف الإرادة - التي سبق ذكرها - لقيام الركن النفسي لعيب الاستغلال، وإنما لا بد من توفر نية الاستغلال. أي أن يعلم الطرف الغابن بالحالة النفسية التي يعاني منها المتعاقد المغبون، وأن يقدم على انتهاز هذه الحالة لإبرام عقد غبن فاحش، فلا بد من توافر علاقة سببية مباشرة ما بين لإبرام (العقد واستغلال حالة الضعف، بحيث لولا هذا الاستغلال لما أبرم هذا العقد ومسألة تقدير مدى توافر قصد الاستغلال لدى المتعاقد الغابن من عدمها، ترجع لقاضي الموضوع، ولا تخضع لرقابة محكمة التمييز إلا من حيث توافر الوصف (القانوني لوقائع الاستغلال).

أحكام استغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم 2.2.1.3

تنص المادة (٥٣٨) على أنه في حالة الاستغلال يجوز للقاضي، بناء على طلب البائع، أن يعدل العقد، كما يجوز للمشتري أن ينسحب من الصفقة، إذا لم يرق له هذا التعديل. وعلى ذلك، فإن جزاء الاستغلال يتمثل في القانون في إجراءين: تعديل العقد، أو فسخه.

كما جعلت هذه المادة للبائع المزارع إقامة دعوى لتعديل السعر أو الشروط المجحفة بحقه حينما يحين موعد الوفاء بتسليم المحصول الزراعي وجعلت الفقرة الثانية من ذات المادة استغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم متعلقاً بالنظام العام.

أولاً: جزاء الاستغلال

إن الجزاء الذي يترتب على عيب الاستغلال وفق المادة (٥٣٨) هو إما تعديل العقد أو فسخه.

تعديل العقد -1

أتاحت المادة (٥٣٨) للبائع المزارع الذي استغلت حاجته في عقد بيع السلم - أن يطلب من المحكمة - عندما يحين ميعاد الوفاء بالتزاماته المتمثلة بتسليم محصوله الزراعي للمشتري - تعديل الثمن (السعر) الذي دفعه المشتري لمحصوله الزراعي، أو أن تعدل الشروط التي تضمنها هذا العقد، بصورة يزول معها الإجحاف من جانب البائع. كما أوجبت على المحكمة أن تأخذ في ذلك، بعين الاعتبار، ظروف الزمان والمكان ومستوى الأسعار العامة أو فروقها، بين تاريخ العقد والتسليم، كل هذا طبقاً لما (.) جرى عليه العرف

فإذا أثبت المزارع في عقد السلم أن المشتري قد استغل حاجته للمال فاشترى منه محصوله المستقبلي بسعر أو بشروط مجحفة إجحافاً واضحاً، فله عند حلول أجل الوفاء أن يطلب من المحكمة تعديل السعر بصورة يزول معها الإجحاف إذا كان

الإجحاف قد حصل في السعر، أو يطلب منها تعديل الشروط المجحفة بشكل يزول
(.) معه الإجحاف إذا كان الإجحاف قد حصل في الشروط وليس في السعر
ويتفق الجزاء في هذه الحالة مع الجزاء الذي جاءت به نظرية الظروف الطارئة
(م ٢٠٥) التي أعطت للقاضي تعديل التزام المدين المرهق إلى الحد المعقول، كما يتفق
مع جزاء الغبن اليسير، في الحالتين المنصوص عليهما في المادة (١٤٧)، إذ يلزم رفع
الغبن حتى يبقى العقد صحيحاً. إلا أنه يختلف مع جزاء الغبن الفاحش إذا اقترن
بالتغريم م (١٤٥)، والغبن الفاحش دون تغريم م (١٤٩) حيث يملك المغبون فسخ
العقد (.) وقد كان من المناسب أن يأتي جزاء الاستغلال في المادة (٥٣٨) أشد من
جزاء الغبن الناشئ عن الظرف الطارئ، لأن اختلال التعادل في عيب الاستغلال ينشأ
نتيجة انتهاز المتعاقد الغايب لحالة الضعف في إرادة المتعاقد المغبون، أي أن يكون
مقصوداً، في حين أن اختلال التعادل الناشئ عن الظرف الطارئ ينجم عن ظرف لا
(.) علاقة للمتعاقد به، فهو غير مقصود

فسخ العقد -2

خولت الفقرة الثانية من المادة (٥٣٨) المشتري (الغابن) الحق في عدم قبول
التعديل، الذي أجرته المحكمة، واسترداد الثمن الحقيقي الذي سلمه فعلاً للبائع
ولم يرد حق الفسخ للمشتري بصورة صريحة في نص المادة (٥٣٨)، بل
اقتصر على إعطائه حق استرداد الثمن، إلا أن ذلك واضح من المذكرة الإيضاحية
للقانون المدني الأردني (.)، التي تشير إلى أنه قد رؤي اعاء المحكمة تعديل الثمن
والشروط المجحفة بدلاً من اللجوء للفسخ مباشرة، وهذا المسلك أقرب إلى العدالة،
(.) ويعزز من احترام إرادة المشتري
ويرى الدكتور محمد وحيد الدين سوار () أن موقف المشرع الأردني في إعطاء
المشتري حق الفسخ، موقف غير سليم، وكان من المفروض أن يعطي للقاضي الخيار
بين تعديل العقد وفسخه، لا أن يعطي حق الفسخ للمشتري المستغل، ويستند في تأييد
رأيه إلى عدة ركائز هي

- 1- إن إعطاء المشتري حق فسخ العقد في حالة عدم قبول التعديل الذي يجريه القاضي يؤدي إلى تشجيع الأفراد على عدم قبول أحكام القضاء، كما يؤدي إلى التشكيك في قدرة القضاء على ضمان الحقوق.
- 2- أن حق الفسخ للمشتري يؤدي إلى توسعة الاستثناءات على مبدأ القوة الملزمة للعقد، كما أن هذا الاستثناء الذي كان من المفروض أن يحمي المتعاقد المغبون، نجده هنا يشكل حماية للعاقد الغابن.
- 3- لا يجوز إعطاء المشتري حق فسخ العقد، لأننا منحنا القاضي سلطة تعديل العقد، وإلا أصبح هناك تناقض بين الأمرين.

ثانياً: ميعاد لرفع دعوى الاستغلال

أوجبت المادة (١/٥٣٨) تقييد حق البائع برفع دعوى الاستغلال بأن يكون حينما يحين الوفاء، أي عند جني المحصول وتسليمه. إلا أن المشرع الأردني لم يحدد ميعاداً لرفع الدعوى بسقوط حق المزارع في إقامتها إذا لم يباشر حقه خلال هذه المدة. ولذا يتعين الرجوع إلى القواعد العامة () في مرور الزمان المسقط للدعوى، إذ تنص المادة (٤٤٩) من القانون المدني الأردني على أنه "لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشر سنة بدون عذر شرعي". مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة.

ويرى الدكتور محمد وحيد الدين سوار () أن تقييد المشرع الأردني للمزارع برفع دعوى تعديل العقد وقت الوفاء بالتزاماته، يوحي بأن هذا التأجيل قد أعطى لمصلحة المزارع، حتى يثبت من أسعار المبيع وقت الوفاء به، ويتيقن من الغبن اللاحق به. إلا أن هذا التأجيل يتعارض مع اعتبار الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة، كما أن المشرع يهدف من هذا النص حماية المتعاقد من الغبن المعاصر لتكوين العقد، لا حمايته من الغبن اللاحق لتكوينه. ولذلك من الأفضل إعطاء المزارع حق طلب تعديل العقد قبل موعد الوفاء لما يؤدي إليه من استقرار المعاملات.

ثالثاً: مدى تعلق دعوى الاستغلال بالنظام العام

اعتبر المشرع الأردني حق البائع في طلب تعديل السلم من النظام العام، لا يحق له إسقاطه، سواء أكان هذا النزول معاصراً لعقد السلم، أو لاحقاً له. إذ نصت المادة (٣/٥٣٨) من القانون المدني الأردني على أن "يقع باطلاً على اتفاق أو شرط يقصد به إسقاط هذا الحق سواء أكان ذلك شرطاً في عقد السلم نفسه أو كان في صورة التزام آخر منفصل أياً ما كان نوعه" وبالتالي فإن لجوء البائع إلى المحكمة لتعديل السعر أو الشروط المجحفة بحقه إجحافاً بينا متعلق بالنظام العام، كما أن حق المحكمة في التعديل مسألة سمح بها القانون في النص المذكور، فلا يسمح أن تكون موضعاً للمساومة عليها من قبل الأطراف، وهي حق من حقوق المحكمة، وحقوق المحكمة من المسائل التي تتعلق بالنظام العام (). ولذلك يقع باطلاً أي اتفاق أو شرط (). ضمن عقد السلم نفسه، أو في اتفاق لاحق، من شأنه أن يحد من هذا الحق وإن اتجه المشرع الأردني إلى ربط دعوى الاستغلال بالنظام العام وإبطال أي اتفاق أو شرط يسقط هذا الحق له ما يبرره وقت إبرام العقد، نظراً لضعف إرادة المتعاقد المغبون مما يدفع المزارع إلى قبول مثل هذا الشرط (). وهذا هو الذي يتمشى مع مقتضيات النظام العام والمصلحة العامة، لأن حالة الضعف التي يعاني منها المتعاقد المغبون وقت إبرام العقد والناشئة عن حاجته للمال هي التي تدفعه إلى قبول أي شرط (). ولو كان يحرمه من حقه في رفع دعوى للمطالبة بتعديل العقد

سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني المصري بموجب نظرية 3.1.3 الاستغلال

تنص المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري على ما يلي
إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد 1-
من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً. جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة 2-

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما 3-
."يراه القاضي كافياً لرفع الغبن

يتبين من هذا النص أنه يشترط لقيام هذا الاستغلال أربعة شروط هي: ١- أن
يختل التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد. ٢- استغلال الطيش البين أو الهوى
الجامح في المتعاقد

أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد. ٤- أن ترفع الدعوى خلال سنة من 3-
تاريخ العقد

وإذا توافرت هذه الشروط انتج الاستغلال أثره. ويتركز أثر الاستغلال، في أنه
يترخص للقاضي، بناء على طلب ضحية الاستغلال، ووفقاً للعدالة ومراعاة لظروف
(.) (الحال، أن يقضي بإنقاص التزاماته أو بإبطال العقد (المادة ١/١٢٩ في آخرها

1.3.1.3 شروط الاستغلال

يلاحظ أن نص المادة (١٢٩) مدني مصري قد تطلبت لتدخل القاضي بسبب
:الغبن الناتج عن الاستغلال توافر أربعة شروط هي
الشرط الأول: اختلال التعادل بين الأداءات المتقابلة أو انعدامه عند عدم وجود مقابل
يتحقق هذا الشرط، كما تقول المادة (١٢٩) مدني مصري "إذا كانت التزامات
أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد
أو مع التزامات المتعاقد الآخر" (.) وهذا هو العنصر المادي أو الموضوعي في نظرية
الاستغلال، فيجب أن يكون الاختلال في التعادل اختلالاً فادحاً، ومضمون هذا الشرط
لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة يلجأ إليها صاحب الاستغلال، وتستهدف تحميل ضحيته
بغرم مفرط يتجاوز المدى والحدود. ويتمثل تفاوتاً صارخاً بين أخذه وعطائه. وهذه
(.) (الغاية هي مضمون هذا الشرط، لأعمال نظام الاستغلال

وهذا العنصر أو الشرط هو أول أمر يستدعي اهتمام القاضي المدني في
البحث عن توافره عند النظر في قيام حالة الاستغلال، حيث أنه هو الذي يعينه على
الكشف عن تحققه، فهو كما يقول د. عبد المنعم فرج الصدة "يعتبر مفتاح الموقف في

مجال الإثبات. فإنه بلفت النظر إلى الظروف غير العادية التي تم فيها العقد، فيجعل (.) "القاضي ينتقل إلى بحث العنصر النفسي والمقصود هنا بالتفاوت أو اختلال التعادل الذي تقوم عليه نظرية الاستغلال، ذلك التفاوت الفاحش أو غير العادي الذي يخرج عن المألوف في المعاملات. إذ لا (.) يعتد بعدم التعادل اليسير، أو مجرد عدم التناسب البسيط بين الأخذ والعطاء واختلال التعادل لا ينظر فيه إلى القيمة المادية للشيء، وإنما يعتد بقيمته الشخصية أي بما يساويه في اعتبار المتعاقد، ومقتضى الأخذ بالقيمة الشخصية للشيء أن يتغير مقدار التفاوت بين الأداءات المتقابلة بحسب هذه القيمة. ويقع عبء إثبات هذا الاختلال على المتعاقد المغبون (.) . فإن سلطة القاضي تجد مجالاً للتقدير إذ يخضع تقدير الاختلال الفادح، أو التفاوت الصارخ بين الالتزامات المتبادلة لمحض تقدير القاضي (.) . وكل ما تقدم هو من الواقع الذي يستقل بتقديره قاضي الموضوع (.) . يفصل فيه بسلطته التقديرية، ولا يدخل تحت رقابة محكمة النقض وغني عن البيان أن عدم التناسب الباهظ بين الأخذ والعطاء الذي يقيم الاستغلال هو ذاك الذي يكون قائماً عند إبرام العقد. فلا عبرة لما تصير الأمور إليه في تاريخ لاحق (.) .

الشرط الثاني: استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في المتعاقد يتحقق هذا الشرط في القانون المصري إذا كان من تعاقد مع المغبون، كما تقول الفقرة الأولى من المادة (١٢٩) مدني مصري "قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً". فيجب لقيام الاستغلال أن يكون من تعاقد مع المغبون قد استغل فيه طيشاً (.) . بيناً أو هوى جامحاً، وهذا هو العنصر النفسي في الاستغلال لا يكتفي القاضي بتوافر شرط الاختلال بين الالتزامات في العقد، بما يمثله من غبن لأحد المتعاقدين، ليمارس سلطته في التعديل أو الإبطال، بل ينتقل إلى البحث في توافر العنصر الآخر لنظرية الاستغلال، وهو العنصر الشخصي المتمثل في قيام المتعاقد الآخر (المستغل) باستغلال ناحية من نواحي الضعف الإنساني في المتعاقد الآخر، ليحصل منه على غنم فادح، ويحمله بالتالي بغرم مفرط (.) ، وبالرغم من تعدد

نواحي الضعف الإنساني التي يمكن أن تكون موضع استغلال إلا أن القانون المدني المصري في المادة (١٢٩) قد حصرها في ناحيتين فقط هما الطيش البين، والهوى الجامح.

ويقصد بالطيش البين الاقدام على عمل دون مبالاة أو اكتراث بما قد ينجم عن التصرفات التي يقوم بها المتعاقد من نتائج. أو أنه التسرع الذي يصطحب بإهمال (.) وعدم تبصر، أو هو عدم الخبرة البالغ بأمر التعاقد والاستهانة الشديدة بعواقبه أما الهوى الجامح يتمثل بأنه رغبة شديدة تقوم في نفس المتعاقد، تجعله يفقد سلامة الحكم على أعمال معينة هي موضوع هذه الرغبة. أي تلك الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تبين ما هو في صالحة، سواء انصرفت هذه الرغبة إلى شخص أو (.) إلى شيء من الأشياء.

الشرط الثالث: كون الاستغلال هو الذي دفع إلى التعاقد يتحقق هذا الشرط، كما تقول الفقرة الأولى من المادة (١٢٩) مدني مصري، "إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً". "بيناً أو هوى جامحاً".

فيجب أن يكون الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد. إذ المعيار ذاتي كما هو الشأن في عيوب الإرادة. إذ أنه باستغلال الضعف الموجود في المغبون، وقيام المغبون تحت تأثير هذا الاستغلال بإبرام العقد تكون إرادته معيبة (.) فيصبح العقد قابلاً للإبطال.

وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد من عدمه مسألة موضوعية تدخل في رحاب الواقع، ومن ثم يكون لقاضي الموضوع فيها القول الفصل، من غير (.) تعقيب عليه لمحكمة النقض.

الشرط الرابع: أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد وهذا الشرط أورده المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة (١٢٩) الذي تنظم الاستغلال "يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة". أي أن مدة دعوى الاستغلال سنة من وقت إبرام العقد. وتعتبر هذه المدة

مدة سقوط، لا مدة تقادم، والفارق بينهما أن ميعاد السقوط لا يقبل الوقف ولا الانقطاع، فمجرد انقضاء مدة السنة تصبح الدعوى غير مقبولة، حتى ولو تخللتها أسباب وقف أو انقطاع. أما مدة التقادم فتقبل أسباب الوقف والانقطاع، ويبدو أن حرص المشرع على حسم المنازعات في هذه العقود واستقرار المعاملات كان الدافع القوي وراء قيامه (.) بجعل هذه المدة مدة ميعاد سقوط

وفي تحديد سقوط دعوى الاستغلال بسنة واحدة يتخالف الاستغلال مع غيره من عيوب الرضا، وهي الغلط والتدليس والإكراه، كما أنه يتخالف أيضاً مع العيب الذي يلحق العقد نتيجة نقص أهلية عاقدة، إذ أنه في كل هذه الحالات الأخيرة، يحدد القانون المدة التي يتوجب رفع الدعوى خلالها بإبطال العقد بثلاث سنوات. وتبدأ مدة الثلاث سنوات المحددة لانقضاء دعوى الإبطال من تاريخ زوال العيب. والمدة هنا مدة تقادم (.) تقبل الوقف والانقطاع

2.3.1.3 جزء الاستغلال

إذا توافرت شروط الاستغلال التي تقدم ذكرها "جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد". (المادة ١/١٢٩) (في آخرها).

يختلف حكم الجزء في الاستغلال في القانون المصري عنه في عيوب الإرادة الأخرى. فهو إما إبطال للعقد، أو إنقاص للالتزامات المتعاقد المغبون، ويسقط الحق في: هذا أو ذاك بمضي سنة من تاريخ العقد. فالاستغلال يمنح الخيار بين أمرين الأول: دعوى الإبطال

يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب من القاضي إبطال العقد، إذا أراد أن يتخلص نهائياً منه، ويجوز للقاضي أن يجيب هذا الطلب إذا تبين له أن إرادة المغبون قد فسدت إلى الحد الذي يدعو إلى ذلك، أما إذا وجد أن إرادته لم تفسد إلى هذا الحد، فإن له أن ينقص من التزامات المتعاقد المغبون، فهي سلطة تقديرية للقاضي يراعي (.) فيها ظروف كل حالة على حده

كما أعطى المشرع للطرف المستغل في عقود المعاوضات التي يقيمها المتعاقد المغبون، أن يتوقى دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن. وهذا ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة (١٢٩) مدني مصري. وذلك مثلاً إذا كان المشتري قد استغل البائع فإن المشتري يستطيع أن يتوقى الأبطال إذا عرض زيادة في الثمن كانت كافية من وجهة نظر القاضي لرفع الغبن. إلا أن ذلك لا يشترط التعادل بين الثمن وقيمة المبيع، بل أن تكفي هذه الزيادة في الثمن لأن تزيل الغبن الفاحش. (.) وتخضع هذه المسألة إلى السلطة التقديرية للقاضي، ولا رقابة عليه في ذلك.

الثاني: دعوى الإنقاص

كما يجوز للمتعاقد المغبون أن يقتصر على طلب إنقاص التزاماته الباهظة. وقد يطلب دعوى الإبطال، إلا أن القاضي يرى عدم تأثير الاستغلال على إرادته بشكل كبير، فيؤثر الاقتصار على إنقاص التزامات المتعاقد المغبون دون إبطال العقد. وفي كلا الحالتين يقضي القاضي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون بما يؤدي إلى رفع الغبن الفاحش بحسب تقديره للظروف، إلا أن هذا لا يعني أن يصل هذا الإنقاص إلى (.) حد مساواة الثمن بالمبيع

وعلى خلاف دعوى الإبطال، لا يجوز للقاضي أن يقضي ببطلان العقد إذا ما اقتصر طلب المتعاقد المغبون على إنقاص الالتزامات، وإلا قضى بأكثر مما هو (.) مطلوب منه، لا سيما وأن المتعاقد المغبون يكون قد قدر مصلحته واختار الإنقاص كما لا يجوز للقاضي، بدل أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون، أن يرفع التزامات الطرف المستغل، كأن يرفع الثمن في المثل الذي ذكرناه. إذ أن نص الفقرة الأولى من المادة (١٢٩) مدني لم يذكر سوى إنقاص التزامات المتعاقد المغبون. فلا يجوز رفع التزامات المتعاقد المستغل إلا إذا هو قدم من تلقاء نفسه في عقود المعاوضة ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن وفق ما ذكرناه. والإنقاص كما يحدث في (.) المعاوضات يجوز في التبرعات

خلاصة ذلك أن القاضي يتمتع بنشاط تقديري واسع بصدد توقيع الجزاء المناسب والمترتب على ثبوت الاستغلال فهو عندما يمارس نشاطه التقديري من خلال نص القانون - عندما يثبت لديه الاختلال الفادح - وتقديره للجزاء فإنه يدور في فلك

الأثر القانوني الذي حدده المشرع والوارد في المادة (١٢٩) مدني مصري "... يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد". وتبدو هنا سلطة القاضي التقديرية في نطاق أثر القاعدة القانونية فبعد أن ينتهي القاضي من أعمال سلطته التقديرية في إثبات وقوع الاستغلال من خلال الواقع المطروح عليه، ووفقاً لما هو وارد بمقتضى القاعدة القانونية يقوم بالاختيار بين عدة آثار قانونية قابلة للانطباق على واقع الدعوى

فإن نشاط القاضي التقديري يقتصر على اختياره للأثر القانوني المناسب لإنزاله على واقع النزاع المطروح من خلال الآثار القانونية التي وردت في المادة (١٢٩) (. السابق الإشارة إليها

وبناءً على ذلك فإن قيام القاضي بممارسة نشاطه التقديري واختياره لأثر من الآثار القانونية والتي حددها المشرع فهو يقوم بهذا النشاط على ضوء ثلاثة معايير المعيار الأول: أن القاضي مقيد بطلب المتعاقد المغبون له فإذا ما طلب الطرف المغبون إبطال العقد فإن القاضي من خلال مادة نشاطه وهي توافر شروط الاستغلال كما سبق أن أوضحنا يقوم باختيار الأثر القانوني المناسب وهو في اختياره لهذا الأثر يعتمد على فكرة الملائمة في أعمال الجزاء وفقاً لتقديره القضائي (). ويصل في حكمه إما بتلبية ما طلبه المتعاقد المغبون من إبطال للعقد على أساس الاختلال الفادح بين الأداءات المتقابلة والذي يؤدي إلى البطلان، وإما يذهب القاضي في تقديره إلى عدم تلبية ما طلبه المتعاقد المغبون من بطلان للعقد ولكنه يكتفي بإنقاص الالتزامات وبقاء العقد صحيحاً وسارياً حيث أن طلب الإبطال يتضمن بين جنباته (. طلب الإنقاص

المعيار الثاني: كما سبق القول فإن نشاط القاضي التقديري محكوم بما طلبه الطرف المغبون وهو مقيد بمبدأ الطلب القضائي الذي يعتبر الإطار العام لسلطته التقديرية، أيضاً فهو مقيد باختياره للجزاء المناسب وفقاً لفكرة الملائمة، فإذا ما طلب المتعاقد المغبون إنقاص الالتزامات فإن نشاط القاضي التقديري يقتصر على هذا الأثر ولا يتعداه إلى طلب الإبطال، والإنقاص هنا يحقق إعادة التوازن أو التناسب بقدر الإمكان بين الأداءات المتقابلة دون أن يمتد هذا الحكم إلى طلب البطلان

المعيار الثالث: يبدو نشاط القاضي التقديري أكثر اتساعاً عندما يعرض الطرف المستغل أن يتوقى طلب الإبطال المرفوع من المغبون وذلك في عقود المعاوضات، والقاضي هنا في تقديره لشروط الاستغلال وحسب المعايير التي توصل إليها فإنه يعرض على الطرف المغبون ما يراه كافياً لرفع الغبن وهو يقدر حجم الزيادة بين الأداءات ويعود بالاختلال الفادح بينهما إلى التوازن والتناسب بقدر الإمكان ولا يشترط أن يعود بالأداءات إلى التساوي وإنما يكفي أن يصل بالغبن الذي يتحمله البائع غبناً يسيراً.

ملاحظات على سلطة القاضي في التعديل أو الإبطال بموجب نظرية الاستغلال في (.) القانون المصري

على الرغم مما سبق في تنظيم المشرع المصري لنظرية الاستغلال، إلا أن هذه النظرية بموجب نص المادة (١٢٩) مصري لم تسلم من النقد لعدة أسباب تتلخص فيما يلي:

أولاً: تضيق نطاق سلطة القاضي في حماية من يتعرضون للغبن في تعاقداتهم نتيجة لناحية من نواحي الضعف الإنساني العديدة، وذلك من خلال اقتصار هذه الحماية على من لحقه الغبن نتيجة ناحيتين محددتين منها، هما الطيش البين، والهوى الجامح، مع كثرة حالات الضعف التي قد تستغل.

ثانياً: تحديد أجل قصير لحماية المغبون بسبب الاستغلال بموجب النص السابق الذي جعل حق المغبون في طلب البطلان أو التعديل بواسطة القضاء يسقط بمضي سنة من وقت إبرام التصرف المشوب بالغبن الاستغلالي دونما أي مبرر لذلك مما جعل البعض يعتبر هذا الحكم عيباً تشريعياً فادحاً إذا ما أخذنا بحرفية النص الذي يقرره (مادة ٢/١٢٩) على إطلاقه "إذ أنه في أكثر الحالات العملية التي يقوم فيها الاستغلال وعلى الأخص الهوى الجامح يتطلب أن يستمر العيب الذي يلحق الإرادة قائماً لمدة تزيد على سنة. فكأن دعوى الاستغلال هنا دعوى عديمة الجدوى مجدية (.)" الأثر، وكأننا سلبنا باليسار ما أعطيناه باليمين

وانطلاقاً مما سبق يرى الأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، أن على القاضي عدم الأخذ بحرفية النص (٢/١٢٩) مصري بخصوص ميعاد الدعوى، على

إطلاقه وأن عليه "تمشياً مع روح نظام الاستغلال والحكمة التي يتوخاها المشرع منه، أن يفسر نص المادة (٢/١٢٩) على أن القصد التشريعي هو بدء سريان مدة السنة من تاريخ العقد في الحالة التي يكون أثر الاستغلال قد انتهى بذات إبرام العقد، أما إذا ظل أثر الاستغلال باقياً بعد إبرام العقد فلا تبدأ مدة السنة إلا بانقطاعه، مع ملاحظة أن الدعوى تسقط على أية حال بمضي ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد، تطبيقاً للقواعد العامة" (١).

ثالثاً: إن الاستغلال قد اعتبره المشرع عيباً في الرضا، ومع ذلك فقد ميزه عنها من ناحيتين: المدة التي يتوجب رفع الدعوى خلالها بإبطال العقد بثلاث سنوات ومن ناحية ثانية، أن هذه المدة تبدأ من تاريخ زوال العيب لا من تاريخ العقد كما هو الحال في الاستغلال هذا بالإضافة إلى أن عيب الاستغلال قد أضاف المشرع فيه إلى جواز حق الإبطال حق التعديل.

سلطة القاضي في عقود الإذعان 2.3

لقد عالج القانون المدني الأردني نظرية الإذعان وبين حكم عقد الإذعان في المواد التالية:

مادة (١٠٤) "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها" ومصدر النص المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري الذي اقتبست منها العديد من قوانين الدول العربية النص الخاص (بمفهوم عقود الإذعان).

والمادة (٢٠٤) حيث جاء نصها كما يلي: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن (١) منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً على اتفاق على خلاف ذلك".

وبخصوص التفسير في عقود الإذعان جاء نص المادة (٢٤٠) كالاتي: "١- يفسر الشك في مصلحة المدين، ٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات (٢) الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

رأينا سابقاً أنه يتفرع عن مبدأ سلطان الإرادة، مبدأ القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين)، هذا المبدأ الذي يسري على المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما الانفراد بتعديل العقد أو إنهائه، وكذلك على القاضي الذي لا يجوز له نقض العقد أو تعديله).

إلا أنه تحت تأثير العوامل الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي سادت منذ بداية القرن الماضي تدخل المشروع للحد من إطلاق هذا المبدأ، ومن أبرز أمثلة هذا التدخل ما جاء في المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني من إعطاء القضاء سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان

لقد وضعت هذه المادة العناصر الأساسية لسريان هذه السلطة الحمائية، ومضمون هذه السلطة ومعاييرها والطبيعة القانونية للحماية التي يوفرها هذا الاستثناء، وقبل تناول هذه النقاط بالدراسة لا بد لنا من التعرض للخلاف الفقهي الذي ثار حول هذا الاستثناء كوسيلة لحماية الطرف المذعن

حيث ينتقد البعض توجه المشرع إلى التوسع في حماية الطرف المذعن عن طريق إعطاء القاضي سلطة تعديل الشروط التعاقدية، بل وإهدارها بدون أي قيد، لأنهم يعتقدون أن ذلك يتضمن إعطاء القاضي سلطة تخرج عن حدود مهمته العادية والمألوفة والتي هي تفسير العقد للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وإزالة ما يكون (.) عالقاً بها من غموض أو لبس إلى حد تعديل الشروط التعسفية أو الإغفاء منها ويبرر هذا الرأي رفضه للتوسع في حماية الطرف المذعن على النحو الذي جاءت به المادة (٢٠٤) السابقة، بأن إعطاء هذه السلطة للقاضي يطلق يده في التحكم وبنال من الاستقرار المطلوب للمعاملات، ذلك أن الأفراد عندما يتعاقدون يعرف على متعاقد مقدماً الآثار التي ينتجها عقده، فيعرف حقوقه وواجباته وإذا كان للقاضي أن يعدل من هذه الحقوق والواجبات فإن ذلك يؤدي إلى اضطراب المعاملات، بالإضافة إلى خروج القضاء بحلول مختلفة للمسألة الواحدة لعدم وجود معايير محددة لصفة (.) التعسف في الشرط

في حين يرى البعض الآخر () عدم صحة هذا النقد ويعتبر توجه المشرع لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان أمراً محموداً وامتشياً مع تطور التشريعات

في العالم الحديث، ويتفق مع التغييرات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع المعاصر.

حيث يرد الدكتور حسن عبد الباسط جميعي على ما استند إليه أنصار الرأي المتقدم من أن هذه السلطة تعد خروجاً على القواعد العامة في التفسير بالقول بأن "المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقاً للتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك، ومما لا شك فيه أن خضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبرراً كافياً". (١) "للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقود الإذعان

في حين تكفل الدكتور سعيد عبد السلام بالرد على الحجج الأخرى التي انطلق منها أنصار الرأي السابق في معارضة السلطة الممنوحة للقاضي حيال الشروط التعسفية في عقود الإذعان إذ يقول "إلا أننا لا نذهب مع هذا التحليل القانوني ونرى أن التوازن في العقد اختل قبل تدخل قاضي الموضوع الذي سيجيء بدوره لإعادة هذا التوازن إلى وضعه الطبيعي برفع التعسف الذي شاب الشرط وأما عن سلامة العلاقات الاقتصادية فإن هذه العلاقات تقوم على مبادئ أخلاقية من حسن النية والعدالة، وأنه يجب رد المتعاقدين إليها إذا انحرفا عنها، وأما عن التحكم بالنسبة لقاضي الموضوع فإن رقابة محكمة النقض (التمييز)، عن طريق رقابة التسبيب أو التحريف المادي". (٢) "سوف تضع حداً لهذا التحكم إن وجد

ويرى الباحث بدوره صحة ما ذهب إليه الفريق الثاني من تأييد منح القاضي مثل هذه السلطة، ذلك أن منح هذه السلطة للقاضي أولى من ترك الطرف المذعن تحت رحمة الموجب، خاصة وأن القاضي هو شخص مختص ومحاييد يستطيع بنظرته الموضوعية الموازنة بين مصلحة طرفي العقد وأن يرى أين يقع التعسف ويستطيع بحسه القانوني أن يسعف الطرف المذعن، أما عن الخوف من تحكم القضاة وعدم توحده في المسألة الواحدة فإن رقابة محكمة النقض (التمييز) تتكفل بتجنب هذا (٣) الخوف

التعريف بعقود الإذعان ودائرته 1.2.3

الأصل أن المتعاقدين لا يبرمان العقد إلا بعد مفاوضات ومناقشات في شروطه، الهدف منها الوصول إلى أفضل الشروط المناسبة للمتعاقدين، ولكن بعد تطور المجتمع أدت ضرورات الحياة إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة تعمل على (.تلبية حاجات الأفراد الضرورية، أطلق عليها عقود الإذعان إن ظهور الإذعان كان نتيجة لتطورات اقتصادية أدت إلى اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية، ومن ثم إلى تفاوت خطير بين طرفي العقد من الناحية الاقتصادية، (نتج عنه تقييد الحرية التعاقدية حتى لا يسيء الطرف القوي استعمال قوته الاقتصادية).

تقوم فكرة الإذعان في العقود من الناحية القانونية على المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني السابق ذكرها، وكما هو واضح من النص، فإن المادة (١٠٤) وضعت شرطين لاعتبار العقد من عقود الإذعان. الأول: قيام أحد المتعاقدين، أي الموجب، بوضع شروط العقد، وعرضها على المتعاقد الآخر أي الموجه له الإيجاب. الثاني: عدم قبول الموجب لمناقشة هذه الشروط من الطرف الآخر، الذي إما أن يقبل بها جملة، أو يرفضها جملة. فإذا قبل بها انعقد العقد واعتبر عندئذ من قبيل عقود الإذعان، وعلى ذلك إذا تم وضع شروط التعاقد من قبل الطرفين معاً، أو وضعها أحدهما لمناقشتها والتفاوض بشأنها من الطرف الآخر، وبالتالي تم إبرام العقد في ضوء (.هذه المناقشة والمفاوضة، فلا يعتبر العقد عقد إذعان

وعليه فإن عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، والقابل إما أن يسلم بتلك الشروط ويقبل بها، أو أن لا يتعاقد. ولما كان القابل في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه. ويقول الفقيه السنهاوري بذلك: "إن هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل (.)"بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلاً بعوامل نفسية

ومن أمثلة عقود الإذعان عقد العمل في الصناعات الكبيرة (حيث يخضع العامل إلى نظام المعمل) وعقد النقل بالسكك الحديدية والبواخر والطائرات والسيارات

العامّة (حيث تملّي على المسافر شروط التعرّفه التي يحددها النظام الإداري) وعقد التأمين (حيث يقتصر دور العميل على التوقيع في ذيل بوليصة التأمين المطبوعة)، وعقد الاشتراك في المياه والكهرباء والغاز والهاتف، ففي هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة حاسمة لا تقبل النقاش، ولا مناص للطرف الآخر من القبول، لأنّه يتعاقد مع محتكر لسلعه، أو مرفق من ضروريات الحياة (١٠٤). كل هذا يدخل في دائرة عقود الإذعان. وقد نصت المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني على هذا المعنى في العبارات الآتية: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة". يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.

ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها:

الخصائص الآتية

أولاً: يجب أن يكون أحد طرفي التعاقد في موقع اقتصادي خوله احتكاراً قانونياً أو فعلياً يعطيه الغلبة الاقتصادية بشكل واضح ومستمر مع من يتعاقد معه. أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق بالنسبة للموجب بسبب تفوقه الاقتصادي (١٠٤). فالاحتكار يعني "قدرة على فرض شروط العقد مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الآخر عند التعاقد نظراً لأنه لن يجد بديلاً عن المتعاقد المحتكر". (١٠٥) "ولن يتمكن من الحصول على محل التعاقد بشروط مختلفة عما يفرضه عليه".

ثانياً: أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعد من الضروريات الأساسية التي لا يمكن للمتعاقد المذعن أن يصرف النظر عنها أو عن التعاقد بشأنها. ويرتبط هذا العنصر بالعنصر السابق، حيث لا يكون الاحتكار إلا بشأن سلعة أو خدمة لا يمكن الاستغناء عنها. وإنما يلزم بالإضافة لهذا الاحتكار أن يتوافر للسلعة أو الخدمة محل التعامل (١٠٦) وصف الضرورة الأولية

ثالثاً: أن يصدر الإيجاب عاماً وفي قالب نموذجي. فالموجب يعرض إيجابه للكافة عموماً دون تمييز بينهم، وشروطه واحدة للجميع. ويغلب أن يكون الإيجاب معلناً كتابة، أي بصيغة نماذج عقدية. وأن تكون غالبية الشروط الواردة في العقد من مصلحة الطرف القوي أي الموجب. فإما أن يقبلها العاقد الآخر برمتها، أو ينبذها ككل. لذلك يجب أن نلاحظ أن الإيجاب العام والدائم ليس قاصراً على عقود الإذعان،

فالبائع بأسعار محددة في المحلات الكبرى والبائع بالمزاد بقائمة شروط معينة هما من
(.) (البائع التي يصدر فيها الإيجاب عاماً ولا تعتبر من عقود الإذعان
فبالتالي يجب أن تتوافر كل الخصائص السابقة لاعتبار العقد من عقود
الإذعان فإن لم تتوافر مجتمعة لا يعتبر العقد داخلاً ضمن عقود الإذعان
مما تقدم نستطيع أن نعرف عقد الإذعان بأنه ذلك: "العقد الذي يسلم فيه القابل
بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق
ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق
(.)" بشأنها.

2.2.3 الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

لقد كان من شأن إذعان الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي ورضوخه
لمشيئته أن آثار عقد الإذعان جداً كبيراً حول طبيعته هل هو عقد طبيعي أي توافق
إرادتين وبالتالي يخضع لأحكام العقود أما إنه مركز قانوني منظم تنشئه إرادة الموجب
وبالتالي لا يخضع لما تخضع له العقود من قواعد، وإخضاعه لقواعد خاصة بالمراكز
(.) القانونية.

لذلك انقسم الفقه في طبيعة عقود الإذعان إلى فريقين رئيسيين. فريق يرى أن
عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر
العقود.

الفريق الأول () : ينكر على عقود الإذعان طبيعتها العقدية، حيث يقولون أن العقد
توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، وكل من
الحرية والاختيار لا تتوافر في هذه النماذج من التعاقدات وبالتالي تخرج عن نطاق
العقود. واعتبر هؤلاء عقود الإذعان مركزاً قانونياً منظماً تنشئه إرادة الموجب المنفردة
نطاقاً أقرب إلى القانون أو اللائحة منه إلى العقد؟

وقد استندوا في ذلك إلى ما يتخصص به هذا العقد من انعدام المساواة بين
طرفيه وانعدام حرية المناقشة وقبول الطرف الذعن ورضوخه للطرف الآخر. وقد أرادوا
بتكييفهم العقد على النحو السابق أن يصلوا إلى عدم إخضاع عقود الإذعان في

تفسيرها وتنفيذها لما تخضع له العقود من قواعد. ولكن تخضع لقواعد خاصة بتفسير القانون وتطبيقه، فلا يفسر عقد الإذعان بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإنما يجب أن يقتصر التفسير على إرادة من وضع شروط العقد ذلك الذي أذعن له. (الطرف الآخر، ويجب من ناحية أخرى تطبيقه وفقاً لمقتضيات العدالة

ولكن لوحظ على هذا الرأي أن عقد الإذعان كسائر العقود ينعقد بوجود إرادتين لا بإرادة واحدة وأن كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه (متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية

الفريق الثاني () : فقد ناصروا فكرة العقدية وأغلبهم من فقهاء القانون الخاص وأنه عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع لسائر القواعد التي تخضع لها العقود. ويردون على وجهة النظر للرأي السابق بأن إرادة الموجب وحدها لا يمكن أن تنتج إلا بعد انضمام إرادة القابل لها. وبذلك تساهم الإرادتان في عمل العقد وأن المساواة القانونية هي المطلوبة في العقد وليست المساواة الاقتصادية. ويمكن أن يتدخل المشرع فيها لحماية الطرف الضعيف كما أن القاضي يجوز له أن يفسر هذه العقود وفقاً لما تقضي به (حسن النية والعدالة وذلك بقصد إقامة نوع من التوازن بين طرفي العقد وقد اتجه المشرع الأردني هذا الاتجاه، فهو قد اعتبر عقود الإذعان عقوداً بالمعنى الصحيح حين نص في المادة (١٠٤) من القانون المدني على أنه: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها". ثم إن المشرع الأردني من ناحية أخرى قد أفرد تلك العقود بقواعد خاصة (من شأنها حماية الطرف المذعن

الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل أو إنهاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان

بالنظر إلى نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني والمادة (١٤٩) من القانون المدني المصري نجد أن كلاهما قد تضمنت الشروط التي من شأن توافرها في عقد من العقود السماح للقاضي بالتدخل لتعديل ما تضمنه هذا العقد من شروط تعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها استثناء من مبدأ سلطان الإرادة العقدية ممثلاً

في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبمقتضاه لا يجوز لأحد المتعاقدين ولا للقاضي تعديله أو إلغاؤه إلا باتفاق الإرادتين اللتين أنشأته معاً. وتحليل هذين النصين يتضح: أن الشروط القانونية لتدخل القاضي هنا هي كما يلي

أولاً: أن يكون هناك عقد

(ثانياً: أن يكون هذا العقد قد تم بطريق التسليم (الإذعان

ثالثاً: أن يكون قد تضمن شروطاً تعسفية

رابعاً: أن تكون هذه الشروط التعسفية مرهقة للطرف المذعن

ويمكن اختصار هذه الشروط الأربعة أو إدماجها في شرطين كما يلي

أولاً: أن يكون هناك عقد إذعان

ثانياً: أن يتضمن هذا العقد شروطاً تعسفية مرهقة للطرف المذعن

أولاً: أن يتعلق النزاع بعقد إذعان

أي أنه عند أعمال السلطة الحمائية المنصوص عليها في المادة (٢٠٤) لا بد من البحث عما إذا كان العقد موضوع النزاع عقد إذعان أم لا، إذ يفترض لسريان هذه السلطة أن نكون أمام عقد صحيح، توافر له عنصرا التراضي من إيجاب وقبول، وكان هذا التراضي صحيحاً خالياً من العيوب التي يمكن أن تشوبه، فإذا ثبت للقاضي انعدام (.) هذا التراضي قضى بإبطال العقد لا بتعديل شروطه

كما يجب أن تتوافر في هذا العقد الخصائص المميزة لعقد الإذعان، وهي الخصائص الثلاث السابق ذكرها، وهنا تبدأ مهمة القاضي المدني المختص، في بحث عناصر العقد، وأهم تلك العناصر هي: مدى أهمية موضوع التعاقد، وما إذا كان متعلقاً بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية التي يصعب على المستهلكين الاستغناء عنها دون ضيق أو حرج، وتحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا؟ مما يخضع لسلطة القاضي التقديرية، باعتبارها مسألة من مسائل الواقع (.) والعنصر الثاني الذي يبحثه القاضي، هو كون أحد العاقدين محتكر لما يدخل في

موضوع العقد، سواء أكانت سلعة أم خدمة، وسواء كان هذا الاحتكار قانونياً أو فعلياً، أو أن تكون على الأقل حسب تعبير الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي "المنافسة بينه وبين غيره، في تقديم تلك السلعة أو الخدمة، محدودة ضيقة النطاق" (). أما العنصر الثالث، فهو قيام مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقرر سلفاً، ولا يقبل نقاشاً فيها، فإذا ما توصل القاضي من خلال سلطته التقديرية إلى أن العقد المطروح أمامه عقد إذعان فإنه يقوم بأعمال سلطته التقديرية بتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، أما إذا تبين له بأن العقد المثار بشأنه النزاع هو عقد عادي لا تنطبق عليه الخصائص الثلاث المميزة لعقود الإذعان فإنه يلتزم بأحكام العقد طبقاً () للقاعدة العامة.

استقر الاجتهاد الفقهي والقضائي منذ زمن ليس بالقصير على أن عقد التأمين هو نموذج حي ومتجدد على عقود الإذعان، وسائر الاجتهاد القضائي الأردني هذا التوجه واستقرت مبادئه على ذلك (). ومما قالته محكمة التمييز الحقوقية في هذا الشأن بأن عقد التأمين هو من عقود الإذعان التي يقوم المؤمن لوحده بطباعة نماذج العقد ويضع في البوليصة شروطاً لا يقبل بها نقاشاً (). وأضافت في حكم آخر أنه ما على المؤمن سوى القبول بهذه الشروط والتسليم بها باعتباره الطرف المذعن (). وأشارت كذلك إلى أن اعتبار التأمين من عقود الإذعان، هو أمر مستقر عليه فقهاً وقضاءً ()، وعلى هذا درجت العديد من أحكام التمييز الأخرى وأخيراً، تجدر الإشارة إلى أن أحكام محكمة التمييز الحقوقية لم تخرج عموماً، على هذا المفهوم في عقود الإذعان بالنسبة للتأمين بشكل خاص، ويلاحظ هنا أنها () أشارت إلى الشروط التالية في عقد التأمين الإذعاني:

- 1- قيام المؤمن، أي شركة التأمين بطباعة نماذج العقد
- 2- إن هذه النماذج تتضمن شروطاً لا يقبل المؤمن بها نقاشاً أو مساومة باعتباره الطرف الضعيف أو المذعن

ولم تشر المحكمة في هذه الأحكام إلى أي من شرطي الاحتكار من جانب المؤمن، وضرورة السلعة أو الخدمة من جانب المؤمن له مما يعني كما نرى تطبيقاً منسجماً مع المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني

وهذا يقودنا إلى القول إلى أنه لا بد من تغيير المفاهيم التقليدية لعقد الإذعان، والاكتفاء بما نصت عليه المادة (١٠٤) من شروط في هذا العقد، وهي إعداد أحد الطرفين لشروط عامة مطبوعة مسبقاً، يعرضها على الطرف الآخر، ويكون هامش مفاوضة ذلك الطرف لتلك الشروط إما منعماً أو محدوداً. أما السلعة أو الخدمة، فلا يشترط فيها الضرورة كما لا يشترط في من يقدمها الاحتكار القانوني أو الفعلي، وهذا المفهوم لفكرة عقد الإذعان متفق بوجه عام مع المادة (١٠٤) التي لم تشترط في العقد لا ضرورة السلعة أو الخدمة بالنسبة لمن يطلبها، ولا احتكارها بالنسبة لمن يعرضها، وإنما اشترطت فقط إعداد شروط العقد (المكتوبة) من قبل أحد الطرفين، وإذعان الطرف الآخر لها أمام عدم قبول الطرف الأول مناقشتها أو التفاوض بشأنها من جانب الطرف الآخر. وبطبيعة الحال فإن الطرف الآخر لا يقبل هذا العرض على النحو المشار إليه، أي دون مناقشة أو مفاوضة، إلا لأنه بحاجة فعلاً للسلعة أو الخدمة المعروضة من جهة، وأنه لن يجد بديلاً عنها لدى شخص آخر بشروط أفضل. (.) مما هو معروف عليه

وبتطبيق ذلك على العقود، يمكن القول أن فكرة الإذعان بهذا المفهوم المنسجم مع المادة (١٠٤)، تطبق على مختلف العقود مثل البيع والإجارة والمقاوله والعقود المصرفية دون تمييز بين عقد وآخر. وليس في هذا المفهوم أي خطر على نظرية العقد عموماً أو شذوذ على العدالة والمنطق القانوني. فكما ذكرنا هناك فائدتان فقط من (.) فكرة عقود الإذعان

الأولى: تتعلق بالشروط التعسفية التي يفرضها أحد الطرفين على الآخر. وكما ذكرنا فإن الطرف الآخر ما كان ليقبل بهذه الشروط التعسفية لو وجد أفضل منها لدى شخص آخر. والعدالة تقضي في أحوال كهذه، إعطاء المحكمة صلاحية تعديل الشروط التعسفية أو حتى إلغائها حتى لا يستفيد من وضعها مما فعلته يداها. وهذا بطبيعة الحال ينسجم مع المادة (١٠٤) من جهة، ومع المادة (٢٠٤) من جهة أخرى. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفكر القانوني الحديث، بل حتى التشريعات العصرية، تميل بشكل واضح وصريح لصالح الرقابة القضائية على الشروط التعسفية في كل عقد، سواء سمي عقد إذعان بالمفهوم التقليدي أو غير ذلك

الثانية: تتعلق بتفسير الغموض في العقد لصالح الطرف المذعن (م ٢٤٠/٢) مدني أردني. وهذا المبدأ في القانون الأردني لا يخرج أيضاً على قواعد العدالة، التي يمكن القول بأنها تقضي بتفسير مثل هذا الغموض، ضد الطرف الذي وضع الشرط الغامض. ما دام أنه هو الذي وضعه وهو المسؤول عنه.

لذلك يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان التي يقوم بها المؤمن بطباعة نماذج العقد يضع بها شروطه التي لا يقبل بها نقاشاً وما على المؤمن له سوى القبول والتسليم بها باعتباره الطرف الضعيف المذعن الذي لا يملك إلا القبول أو الرفض ولذلك وحماية من المشرع لهذا الطرف المذعن نص في المادة (٩٢٤) من القانون المدني الأردني على بطلان بعض الشروط لاعتبارات موضوعية وهي الشروط التعسفية كالشروط التي ليس لها أثر في وقوع الحادث والقصد من هذه الشروط إعفاء شركة التأمين من مسؤوليتها تجاه المؤمن له عن الإضرار ولذلك فهي شروط باطلة (.) وليس لها أثر قانوني ولا يجوز الاحتجاج بها تجاه المؤمن له

ثانياً: أن يتضمن العقد شروطاً تعسفية

بعد تحقق القاضي من أن النزاع المطروح أمامه أنه يتعلق بعقد من عقود الإذعان، يبحث فيما إذا كان هذا العقد يتضمن شروطاً تعسفية تبرر تدخله، ذلك أن الهدف من إعطاء القاضي هذه السلطة هو حماية للطرف الضعيف المذعن من الشروط التي تؤثر على التوازن العقدي للمراكز القانونية في العقد وتمثل إجحافاً بحقه، فإن القاضي في هذه الحالة يكون له الحق في تعديل هذه الشروط، أو إلغاء هذه الشروط كلية، بحيث يعفى الطرف المذعن منها، بما يعيد إلى العقد التوازن الذي يجب (.) أن يكون له

ولكن متى يعتبر الشرط تعسفياً يبرر تدخل القاضي لأعمال هذه الحماية؟
لم يعتمد المشرع الأردني في نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني إلى تحديد المقصود بالشروط التعسفية تاركاً ذلك لقاضي الموضوع الذي يتمتع بسلطة تقديرية في قياس مدى التعسف والإجحاف بالنظر إلى الظروف الشخصية لأطراف التعاقد (.)

(.) ويستطيع أن يتبينها في ضوء مدى ما في الشروط من جور وشدة

وقد سبق من خلال دراستنا لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن أو الاستغلال أن أوضحنا، أن الأمر الذي حد بالمشرع إلى تقرير تلك السلطة، هو حرصه على تحقيق العدالة التعاقدية، ورفع الضرر الذي لحق بأحد طرفي العقد، نتيجة استغلال الظروف المحيطة بالطرف الضعيف، وحصل بموجب العقد على أكثر مما دفع أو التزم به، وهنا فالأمر لا يختلف في عقود الإذعان عنه في العقود التي شابها الغبن والاستغلال، فالضرر المتوقع حصوله على الطرف الضعيف المذعن بسبب سيطرة الطرف القوي، واستقلاله بفرض الشروط التي يتضمنها العقد هو الذي حدا بالمشرع إلى تقرير تلك السلطة للقاضي، تحقيقاً لنفس الهدف، وهو حماية الطرف الضعيف المذعن من استغلال الطرف القوي ورفع الضرر عنه في عقود الإذعان. (.) وليس على القاضي من حدود في ذلك إلا ما يقتضيه العدل

أو كما يقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي: "تعتبر الشروط تعسفية، إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل" (.) ومثال الشروط التعسفية أن يشترط الموجب لمصلحته إعفائه من المسؤولية أو إمكان إنهائه العقد (.) بإرادته

وقد ذهب البعض إلى التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها، فالشروط الأولى يظهر التعسف فيها منذ إدراجها بالعقد وتكشف عنه ذات ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره، وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها (.)، من ذلك مثلاً الشرط الذي يقضي بإعفاء الموجب من المسؤولية أو بإمكان رجوعه في العقد أو وقف تنفيذه (.) أما النوع الثاني فهو الشروط التعسفية بحكم الاستعمال، وهذه الشروط لا تظهر صفة التعسف فيها عند إدراجها بالعقد وإنما عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها"، ومثالها الشرط الذي يلزم المؤمن له بإعلان المؤمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض، فهذا الشرط لا يعد شرطاً تعسفياً عند إدراجها في العقد، ولكن يعد كذلك إذا تمسك المؤمن به لإسقاط حق المؤمن له حسن النية، بالرغم من أنه لا يعود على المؤمن بأية فائدة (.) من الناحية العملية

ويرى الدكتور عبد الحكم فودة أن نص المادة (١٤٩) مدني مصري المقابلة للمادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني تتعلق بالنوع الأول من الشروط، وهي الشروط التعسفية في ذاتها، لأن هذا النص يتحدث عن عقد إذعان تم وكان متضمناً لشروط تعسفية، أي أن وصف التعسف كان عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه، وأن المشرع كان منطقياً في هذه الصياغة، ذلك أن نص المشرع على وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، يعطي القاضي السلطة (.)لرد الموجب إلى صوابه إذا ما تمسك بمثل هذه الشروط

إذن نخلص إلى أن الشرط التعسفي المقصود بهذه المادة هو الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاماً تتنافى مع العدالة، وهي صفة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى بحسب ظروف التعاقد وموضوع العقد وظروف كل متعاقد، كما تختلف بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة، ويعود أمر تقديرها لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة (.)التمييز

وإزاء هذه السلطة الواسعة التي يتمتع بها قاضي الموضوع في تحديد الشروط التعسفية، يرى الدكتور حسن عبد الباسط جميعي ضرورة وجود نظام تشريعي ونظم إدارية مصاحبة (على غرار ما هو متبع في الدول الصناعية) (.) . تتولى مهمة وضع تعريف عام للشروط التعسفية، يبرز العناصر الأساسية التي يجب توفرها لاعتبار الشرط تعسفياً، بالإضافة إلى توجيه القاضي في شأن التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التي لا يمكن اعتبارها كذلك إلا في ضوء الظروف والملابسات (.)المحيطة بالتعاقد وأشخاصه

ويتحقق ذلك من خلال قيام المشرع بإدراج الشروط التي تعد تعسفية بطبيعتها في نصوص التشريع ذاته، مع تخويل لجنة وزارية بإعداد المقترحات اللازمة لمتابعة استكمال قائمة هذه الشروط، بحيث تصدر لائحة تنفيذية تحتوي على الشروط التي (.)يظهرها واقع التعامل وتقرضها متغيراته

وعليه فإن مجرد ورود الشرط ضمن هذه القائمة يعد قرينة على اعتباره شرطاً تعسفياً، ومن ثم يستطيع القاضي أعمال السلطة الممنوحة له اتجاهه، بإعفاء الطرف المذعن منه أو تعديله لمصلحته (.)، وهنا نلاحظ أن المشرع الأردني قد أخذ بهذا الرأي في

مجال عقد التأمين، ففي الأحكام التي تنظم عقد التأمين أبطل المشرع بعض الشروط التي ترد في وثيقة التأمين إما لاعتبارات شكلية أو موضوعية وذلك باعتبارها شروطاً تعسفية ()، وكذلك الأمر بالنسبة لعقد العمل عندما أبطل كل شرط يتنازل بموجبه () العامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها له قانون العمل. وغني عن البيان أن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها لا يجريه القاضي من تلقاء نفسه، إنما بناء على طلب الطرف المذعن. ويجوز للطرف المذعن أن يطلب من القاضي أعمال تلك الرخصة في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضي الموضوع، وذلك بعد أن يتحقق القاضي من توافر الخصائص المميزة لهذا النوع من العقود، ولكنه لا يجوز له طرحها لأول مرة () أمام محكمة النقض (التمييز)، وذلك لأنها تعد من أمور الواقع خلاصة مما تقدم يتضح أنه يشترط لأعمال هذه السلطة الحمائية التي نص عليها المشرع في المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني أن يتعلق النزاع بعقد إذعان وأن يتضمن هذا العقد شروطاً تعسفية بغض النظر عما إذا كان الطرف المذعن قد علم بها عند إبرام العقد أم لم يعلم وسواء أكانت واضحة المعنى أم () غامضة.

4.2.3 صور تدخل القاضي في عقود الإذعان

تنص المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني على ما يلي: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على () خلاف ذلك".

لقد أعطى هذا النص للقاضي سلطة تعديل العقود، مما يخرجها عن مهمته التقليدية المقتصرة على التفسير، إذ أن النص يخول القاضي تعديل عقد الإذعان، إذا كان قد تضمن شروطاً تعسفية، فيجوز للقاضي استثناءً من مبدأ سلطان الإرادة العقدية، أن يعدل هذه الشروط بحيث يزيل ما فيها من تعسف، أو يعفي الطرف

المذعن منه بشكل تام، وذلك في حدود ما تقضي به العدالة ولا يجوز لأطراف العقد (.) الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي، حيث أن سلطة القاضي هذه من النظام العام لذا تتخذ سلطة القاضي التقديرية في مجال العقود التي تتم بالإذعان إحدى صورتين: الأولى - تتمثل في تعديل الشرط التعسفي - أما الثانية - فتتمثل في إلغاء الشرط (إعفاء الطرف المذعن منه) ونتناول هاتين الصورتين فيما يلي

أولاً: سلطة التعديل

فتعديل الشرط يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها، فعلى سبيل المثال في عقد العمل، إذا كان الشرط المدرج في لائحة المصنع من شأنه فرض غرامات مالية باهظة على العمال كجزاء عن أخطاء بسيطة، كان للقاضي إذا ما قدر أنه شرط تعسفي أن يعدله بتخفيض الغرامة لتتناسب مع مقدار الخطأ الواقع من العامل، وكذلك إذا كان الشرط التعسفي يتمثل في عدم تحديد موعد التسليم، جاز للقاضي تعديله بتحديد الموعد، وإذا كان الثمن أو المقابل مبالغاً فيه، جاز للقاضي تخفيضه (.)

ومثال ذلك، أن يقضي عقد توزيع الكهرباء بحق شركة الكهرباء أن تقطع التيار عن المستهلك في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حال عدم دفعها، فتخلص المحكمة إلى أن هذا الشرط تعسفي، وبالتالي تقرر تعديله بإعطاء الشركة الحق بقطع (.) التيار بعد أسبوع من إشعار المستهلك بدفع الفاتورة في حال انقضت المدة دون دفع كما أن الشرط موضوع الطعن قد يرد في صورة شرط جزائي مبالغ في تقديره، وهنا تنصب سلطة القاضي في تعديله أو إعفاء المتعاقد المذعن منه على أساس (.) اعتباره شرطاً تعسفياً

وعلى أية حال، فإن أي تعديل يقوم به القاضي لشرط تعسفي يتعلق بحجم الأداءات المتبادلة، ينتهي إلى الزيادة أو التخفيض في بعض الالتزامات الناجمة عن العقد، لصالح الطرف المذعن، بما يحقق التوازن بين هذه الأداءات، ويزيل الضرر عن كاهل (.) الطرف المذعن

(ثانياً: سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي (إعفاء الطرف المذعن منه أما سلطة الإلغاء (إلغاء الأثر) فتعني أن القاضي إذا ما ارتأى أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي وأن مجرد تعديله بتخفيف الالتزام الذي يفرضه على عاتق الطرف المذعن لا يفي بغرض الحماية المطلوبة له، فإنه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن منه لا من تنفيذه (). كما لو كان الشرط متمثلاً في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية، جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة، (). وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع

ومثال ذلك أيضاً، عقد توزيع الكهرباء السابق ذكره، إذا تضمن العقد شرطاً مفاده حق الشركة بقطع التيار الكهربائي نهائياً في أي وقت دون بيان الأسباب، حتى لو درج المستهلك على دفع فواتيره دورياً دون تأخير في هذه الحالة قد تقرر المحكمة (). إلغاء هذا الشرط التعسفي وليس مجرد تعديله فحسب

فنلاحظ أن صلاحية المحكمة، تتلخص بأن لها إما إلغاء الشرط أو تعديله وفق ما تقضي به العدالة، وإن لممارسة هذه الصلاحية هي أمر جوازي لمحكمة الموضوع، أي لها أن تمارسها، ولها أن لا تمارسها حتى لو توفرت شروط ممارستها، ولا معقب عليها في ذلك من قبل محكمة التمييز. ومع ذلك، فإننا نرى أنه إذا طلب الطرف المذعن من المحكمة ممارسة هذه الصلاحية، فإنه يتوجب على محكمة الموضوع أن ترد على هذا الطلب سلباً أو إيجاباً ولا يجوز لها إغفاله، وفي حال رفضها الاستجابة للطلب، فعليها أن تبين سبب ذلك، ومن حق محكمة التمييز عندئذٍ بسط رقابتها على تسبيب محكمة الموضوع. فإذا تبين لها عدم صحته أو عدم توفره في الحالة (). (المعروضة، فإن لها أن تنقض القرار المطعون به أمامها لهذا السبب

وللممارسة هذه الصلاحية، يجب أن يكون الشرط تعسفياً، وهي مسألة نسبية تختلف باختلاف الظروف من زمان ومكان وموضوع العقد وطبيعته، وشروطه وأحكامه الأخرى والتعامل السابق بين الطرفين، وأي ظروف أخرى. والمسألة هنا تقديرية لمحكمة الموضوع سواء بالنسبة لإلغاء الشرط أو تعديله، وفي حال التعديل، فإن محكمة الموضوع هي التي تقدر كيفية التعديل ومداه، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها (). (في مثل هذا التقدير

جاء في نص المادة (٢٠٤) السابقة "... وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ..."، وهذه الفقرة تضع معياراً يسترشد به القاضي في أعمال سلطته بالتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية وهو العدالة، ولكن المشرع لم يرسم له أنماطاً معينة، يتم على أساسها التعديل أو الإعفاء، بل ترك للقاضي سلطة تقدير ذلك.

أما عن المقصود بالعدالة، فعلى الرغم مما يحيط بهذا المبدأ من غموض وإبهام بسبب اختلاف الإحساس به من شخص لآخر، وتغيره باختلاف الأزمنة والأمكنة، فإنه يبقى في حقيقته معبراً عن مجموعة من الأسس الثابتة، التي تنشئ القانون الأعلى (للبشرية والنظام المثالي الذي يتعين الوصول إليه).

بالإضافة إلى أن من أهم قواعد العدالة تلك التي تهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، بما يقيم التوازن بينهم ويبعدهم عن الجور، فالإنسان لا يحصل إلا على ما يستحقه، فلا مجال للإضرار بالغير، ولا الإثراء على حسابه، هذه القاعدة التي يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحله سواء في المحادثات السابقة عليه، أو عند إبرامه أو تنفيذه، وبها يسترشد القاضي في تعديله للشروط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن (.) منه.

جاء في نص الفقرة الأخيرة من المادة (٢٠٤) السابقة "ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، مما يعني أن سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام، فلا يجوز للطرفين في عقد الإذعان أن يتفقا على استبعاد هذه السلطة، إذ أن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته النظام العام، ولو جاز هذا لتعطلت الحماية التي قصد إليها الشارع من ذلك الحكم (.) . وبذلك ضمن المشرع لتلك الحماية أن تكون جدية، إذ لو كان من الجائز الاتفاق على استبعاد هذه السلطة للجأت شركات الاحتكار إلى إدراج شرط ضمن شروط عقد الإذعان يحجب هذه السلطة عن القاضي ثم تفرضه على الطرف المذعن الذي لا يستطيع إلا التسليم به، فتعطل بذلك الحماية التي قررها (.) المشرع للطرف المذعن.

عقد الإذعان وسلطة القاضي في الفقه الإسلامي 5.2.3

رغم أن الفقه الإسلامي شاملاً لأحكام المعاملات بصورة عامة، إلا أنه لم يعرف عقد الإذعان بالصورة التي عرفتھا النظم القانونية المعاصرة ذلك أن هذا العقد هو وليد تطورات اقتصادية هائلة لم يألّفها المجتمع الإسلامي في عصوره الأولى وبالتالي لم يعن الفقهاء المسلمون بوضع أحكام تفصيلية لهذا النوع من العقود بالتفصيل الذي نراه اليوم. وإنه ولئن كان الفقه الإسلامي لم يعرف مصطلح عقود الإذعان فإنه لا عبرة بالتسمية أو المصطلح، إنما العبرة بوجود النظر أو الحكم الذي (.) يعالج المشكلة على نحو ما قرره جانب من الفقهاء

أولاً: الحرية التعاقدية ومبدأ التراضي في إطار التشريع الإسلامي لا ينحصر التعاقد في إطار التشريع الإسلامي في موضوعات معينة يمتنع تجاوزها إلى غيرها. كما أن نصوص الشريعة الإسلامية، لا تتضمن ما يوجب تحديد أنواع العقود أو تنفيذ موضوعاتها، إلا بأن يكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشرائط العامة (.) . والمبدأ العام الذي يحكم العقود هو قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (.) وهذه الآية وما يماثلها كقوله تعالى "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً" (.)

هي الدليل على مشروعية العقد في الشريعة الإسلامية، هذا بالإضافة إلى الأدلة العديدة من السنة النبوية الشريفة، كقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا أمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له

والرضا هو أساس التعاقد، بل هو العامل الأول في إنشاء العقد ووجوده، يقول عز وجل: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم" (.) . ومن السنة النبوية الشريفة قوله عليه وعلى آله الصلاة والسلام "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه" (.) . وقد جعل الشرع الإسلامي الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول علامة الرضا، ودليل على اتجاه إرادة المتعاقدين لإنشاء العقد.

ثانياً: المعاطاة والإذعان

التعاطي لغة. التناول، ورغم اختلاف الفقه حول البيع بالتعاطي أو عقد المعاوضة، إلا أن فقهاء الإسلام قد عرفوا عقود المعاوضة التي يتم التعبير عن التراضي فيها بالتعاطي دون صيغة للإيجاب والقبول، وبالتالي فهي لا تخرج عن نطاق عقود الإذعان التي تتم عن طريق عقود نموذجية ينحصر دور الطرف القابل في الدخول فيها أو عدم الدخول فيها فإن دخل فيها انعقد العقد دون أن يستطيع أن يعدل من شروط الموجب التي أوردتها في عقده، ولذلك فإن المعاوضة من العموم بحيث تشمل في طياتها مختلف المعاملات، كما ينطوي تحتها عقود الإذعان بما فيها تلك التي تتم (.) بموجب عقود نموذجية

ولذلك يمكن القول بأن صورة عقود الإذعان الحديثة التي تتم بموجب عقود نموذجية تتضمن شروطاً معدة سلفاً كعقود النور والمياه والغاز وركوب المواصلات هذه الصورة موجودة بالفعل في الفقه الإسلامي وإن كان الفقهاء قد عبروا عنها كما أسلفنا بعقود المعاوضة أو التعاقد بالأفعال

يتضح مما تقدم عدم وجود فارق بين عقود الإذعان المعروفة حديثاً وعقود المعاوضة في الفقه الإسلامي إلا في التسمية لأن نفس الظروف التعسفية التي تلحق عقود الإذعان يمكن أن تلحق عقود المعاوضة سواء بسواء، وإذا كانت سلطة القاضي في إطار القانون الوضعي تتدخل لرفع الإجحاف والضرر عن المتعاقد المذعن أو الإعفاء منها، فإن الشريعة الإسلامية بدورها قد أقرت من الوسائل ما يكفل حماية المستهلك ومنعت الاحتكار وأسبغت الحماية على بعض البيوع التي شابها جور (.) وعسف

ولعل من أهم ما يميز عقود الإذعان كما سبق وأن قلنا هو تعلق العقد بسلعة أو مرفق أو خدمة ضرورية لجمهور الناس، ويكون محل العقد هذا مرهون بسيطرة جهة واحدة أو عدة جهات بحيث تقل فيها المنافسة على نحو يجعل من هذه الجهة تضمن عقودها شروطاً تحقق مصالحها دون أن تعول على مصالح جمهور الناس وذلك نتيجة احتكار السلعة أو الخدمة

ويرى جانب من الفقه وبحق وجوب إضافة معنى آخر للتعرف على موقف الفقه الإسلامي من عقود الإذعان وهذا المعنى يتمثل في تضمين العقود شروط تعسفية من

ذلك شروط الإعفاء من المسؤولية عن خطأ التابع الذي يصيب المضرور وعدم التعويض عن الضرر وغير ذلك من الشروط التي يضعها الموجب ولا تقبل التعديل، ومن هنا يجب إعطاء القاضي حق التدخل لتعديل ما لا يتلاءم من هذه الشروط مع مقتضى العقد أو يخالف أصلاً شرعياً عاماً أو يناقض مبادئ الشرع الإسلامي (). فإذا وجد القاضي أن عقداً من العقود اشتمل على شرط تعسفي أو تأباه قواعد العدالة فإنه يقوم بتعديل الشرط إلى الحد الذي يعيد التوازن في العلاقة التعاقدية وقد يصل به (الأمر إلى إلغاء الشرط الجائر بالكلية (أي إعفاء الطرف المذعن منه

ثالثاً: الاحتكار وحكم الشريعة الإسلامية فيه

الاحتكار في اللغة هو: احتباس الشيء. واصطلاحاً عرفه الفقهاء بأنه شراء الشيء وحبسه ليقبل بين الناس فيغلو سعره، أو هو حبس السلع عن البيع أو إدخار المبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق (). وقد مضت السنة النبوية وسنة الخلفاء على تحريم الاحتكار في صورته المختلفة. هذا وأنه ولئن كان الاحتكار يتحقق بحبس السلعة انتظاراً لغلو سعرها باتفاق الفقهاء. فإن هناك صوراً كانت مألوفة له في القدم تتمثل في تلقي الركبان وبيع الحاضر للباد، والصورة الأولى نهى عنها الرسول بقوله (لا تتلقوا السلع حتى تهبط الأسواق) ذلك أن البعض إذا سمع بقدوم قافلة يتلقاها ويشترى جميع ما معهم منه بضاعة ثم يدخل مصر فيبيع على ما يشاء أو يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد ثم يدخل مصر بالطعام ويبيعه بالثمن الذي يريد في حين أنه لو تركهم حتى دخلوا وباعوا على أهل مصر متفرقاً كان ذلك توسعة على الناس. وأما الصورة الثانية وهي بيع الحاضر للباد فقد نهى الرسول عنها بقوله (لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض) وصورته أن يتولى المصري البيع لأهل البادية ليغالي في الثمن أو يتقدم السمسار إلى البادي ويقول له لا تتبع أنت (أنا أعلم منك فيوكل له ويبيع ويغالي ولو تركه يبيع للناس لكان في ذلك توسعة عليهم).

ورغم اتفاق الفقهاء على تحريم الاحتكار فيما يتعلق بأقوات الناس إلا أنهم من ناحية أخرى اختلفوا حول النطاق الذي يمتد إليه هذا الحكم، هل تقتصر على احتكار

الطعام أو الأقوات وحدها؟ أم أن حبس غير الطعام من السلع والخدمات وغيرها يدخل في معنى الاحتكار الذي ينطبق عليه حكم التحريم، فانقسم الفقه حول ذلك إلى فريقين. فريق قصره على الطعام والأقوات وحده ولا يرى الاحتباس في غير الطعام محرماً، والفريق الثاني يرى عدم اقتصار الاحتكار على الأقوات وحدها بل يمتد إلى كل شيء (يؤدي حبسه عن الناس إلى إلحاق الضرر بهم، سواء كان هذا الشيء طعاماً أو غيره).

الفريق الأول: ويمثله الشافعية وأبي حنيفة والحنابلة والزيدية، ومما استند إليه هؤلاء فيما ذهبوا إليه، أن بعض الأحاديث التي وردت في الاحتكار صرحت بلفظ الطعام، فقد روى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "ومن احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبري الله منه"، وما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من احتكر طعاماً فهو خاطئ".

أما الفريق الثاني: فيمثله المالكية وبعض الحنفية وبعض الزيدية، وقد ردوا على الفريق السابق "بأن التصريح في الحديث، بالطعام في بعض الروايات، لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة، إذ هو من التنقيص على فرد من الأفراد التي يطلق عليها المطلق. وذلك لأن نفي الحكم عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب وغير معمول به عند الجمهور، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر في الأصول

إن الظروف التي نعيشها في العصر الحاضر، من توسع في التجارة وانتشار المؤسسات والشركات الاحتكارية وازدياد حاجيات الناس، تدعونا إلى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني، الموسع لنطاق الاحتكار المحرم

والحكمة من منع الاحتكار لم تعد خافية حتى على غير المسلمين بعد أن ذاقوا ويلات الاحتكار تحت مظلة المبادئ الفلسفية التي سادت المجتمعات الغربية، كالحرية الاقتصادية، وسلطان الإرادة وغيرها، فقد شعشت في ظلها الكثير من الشركات والمؤسسات الاحتكارية الضخمة، وهو ما حدا بالمشرعين إلى إصدار العديد من القوانين التي تقيد تلك المبادئ، وتحد منها، حماية للفرد من الاستغلال والإجحاف. ومن هنا تتجلى عظمة التشريع الإسلامي. ومثانة أسسه ومبادئه. فقد عالج هذه

المشكلة ونظم أحكامها، ووضع الحلول الكفيلة بالقضاء عليها منذ أربعة عشر قرناً من الزمن).

كما اختلف الفقهاء في جزاء الاحتكار بين إجبار المحتكر على البيع أو أخذ الطعام وتفريقه على المحاويج وقد تصل العقوبة إلى التغيرير والحبس لما قارفه المحتكر من أضرار بالمسلمين فضلاً عن المعصية الدينية، بارتكاب ما نهى الشرع عنه).

ويتضح من العرض الفأئت "أن الشريعة الإسلامية تتضمن الأساس القوي لتدخل القاضي في مجال العقد وتعديله بسبب الإذعان إذا ما تضمن شروطاً من شأنها المساس بالتوازن المطلوب بين الأداءات المتبادلة فيه وهو ما يسجل للفقهاء الإسلامي قصب السبق في محاربة الإذعان والتعسف والعمل على إيجاد التوازن العادل بين الأداءات المتبادلة في المعاوزات دون غبن أو ظلم).

الفصل الرابع

سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ لم يكتف المشرع بمنح القاضي سلطة تعديل العقد أو إعادة التوازن إليه في مرحلة تكوين العقد، بموجب نظرية الغبن والاستغلال، وعقود الإذعان، فحسب بل حرص حماية للمتعاقدين من الجور، وتحقيقاً للعدالة أن يمد هذه الحماية إلى مرحلة تنفيذ العقد، فمنح القاضي في هذه المرحلة، سلطة التدخل في العلاقات العقدية، لمواجهة الظروف المتغيرة، والتقلبات الاقتصادية التي ينشأ عنها اختلال التوازن العقدي، وبالتالي اختلال العدالة التعاقدية وذلك بأن خول المشرع للقاضي سلطة واسعة (في التعديل بالنص على نظرية تعارف الفقه على تسميتها (بنظرية الظروف الطارئة).

وتفترض نظرية الظروف الطارئة عقداً بين طرفين انعقد في ظل ظروف اقتصادية متوازنة وتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو آجال، وعند حلول الأجل وبدء التنفيذ أو أثناء التنفيذ تختل الظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه وذلك بسبب حادث فجائي لم يكن في الحسبان أو التوقع، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد

إلى أن يصبح تنفيذ العقد ليس مستحيلاً كما هو الشأن في حالة القوة القاهرة، وإنما مرهقاً للمدين فحسب بحيث يهدده بخسارة فادحة (). فنص المشرع على منح القاضي حق رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين إن اقتضت العدالة ذلك وجعل سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

ومن جهة أخرى فإن المشرع قد منح القاضي هذه السلطة بموجب نصوص أخرى تعالج ما قد ينشأ من اختلال التعادل بين الأداءات في العقد، خلال مرحلة التنفيذ أيضاً وذلك بالنص على إعطاء القاضي الحق في تعديل الاتفاق أو إنهائه، في حالة ورود شرط جزائي يتم بموجبه إعادة تقدير التعويض الذي يستحقه أحد المتعاقدين بسبب إخلال الآخر بالتزامه الناشئ عن العقد، وكذلك حق القاضي في تعديل الأجل (). (الاتفاقي ومنح الأجل) (نظرة الميسرة)

(سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الاستثنائية) (الظروف الطارئة 1.4 كثيراً ما يحدث في العقود طويلة الأجل أو متراخية التنفيذ كعقود التوريد وعقود التزام المرافق العامة أن تتغير الظروف التي أبرم فيها العقد أثر حادث مفاجئ لم يكن متوقعاً عند التعاقد، فيصبح الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد لا مستحيلاً تنفيذها، وإنما يصير مرهقاً للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية التي لم تكن متوقعة من المتعاقدين عند التعاقد، مما أدى إلى اختلال خطير يهدد المدين بخسارة فادحة تخرج عن الحد (). (المألوف في المعاملات الاعتيادية

أما لو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفذ الالتزام مستحيلاً، لكان قوة القاهرة ينقضي بها الالتزام، أو لو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على المدين لا تخرج عن الحد المألوف في التعامل، لما كان له من أثر، لأن كلاً من الكسب والخسارة أمر متوقع، ولالتزم المدين بتنفيذ التزامه كاملاً، ولكن نفرض فيما قدمناه أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلاً، ومن جهة أخرى صار مرهقاً يهدد المدين بخسارة تخرج عن الحد المألوف

ثم إننا نفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد، بل جد عند تنفيذه. فماذا يكون الحكم؟ تقول نظرية الظروف الطارئة: لا ينقضي التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام (. إلى الحد المعقول حتى يستطيع المدين تنفيذه، يستطيع بمشقة ولكن في غير إرهاق تاريخ النظرية: لا أثر لهذه النظرية في القانون الروماني، إذ يرجع أصلها إلى القانون الكنسي فحسب، فاشتروا الثمن العادل وفي تقريرهم لمبدأ العدالة لم يقتصروها على وقت إبرام العقد بل طالبوا بضرورة مراعاة العدالة عند تنفيذه أيضاً إذا أخل التوازن الاقتصادي للعقد بعد إبرامه وعند التنفيذ، وبنو ذلك على وجود شرط ضمني في كل العقود هو شرط بقاء الأمور على ما كانت عليه فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ عن هذا التغير المفاجئ في الظروف الاقتصادية، غير أنه لما ازدهر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي القديم أدى ذلك إلى اعتبار العقد شريعة المتعاقدين وحصل التشدد في التقيد به وفي عدم جواز تعديله أو نقضه مهما كانت الظروف التي أبرم فيها، ومهما طرأ عليه من ظروف لم تكن في الحسبان ومهما أثرت هذه الظروف في كيانه الاقتصادي. فاندثرت بذلك نظرية الظروف الطارئة وغابت عن الأنظار في دائرة القانون الخاص (.).

غير أنها كانت أكثر حظاً في دائرة القانون العام، وبخاصة في القانون الدولي العام كشرط ضمني مفروض في المعاهدات الدولية، فهي تنقضي بتغير الظروف. ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري. وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافقت مجلس الدولة الفرنسي بتعديل عقد امتياز شركة الغاز بمدينة بوردو الذي كان يلزمها بتوريد الغاز للمدينة بسعر ثمانية سنتات، ثم ارتفع سعر الفحم اللازم لإنتاج الغاز عقب نشوب الحرب العالمية الأولى من ٢٨ فرنكاً للطن في سنة ١٩١٣ إلى ٧٣ فرنكاً في سنة ١٩١٥ فعدل مجلس الدولة العقد بما يتناسب مع هذا الارتفاع في سعر الفحم وأمكنه بذلك إنقاذ الشركة من الإفلاس وتمكينها من تسير مرفق الغاز للمدينة تحقيقاً للمصالح العام. ثم أعقب ذلك صدور أحكام كثيرة من القضاء الإداري (. بهذا المعنى).

وكان مما ساعد القضاء الإداري على الأخذ بهذه النظرية أو مما حمله على
() الأخذ بها

أولاً: أن القضايا التي تفصل فيها المحاكم الإدارية تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام.
وليس من السائع أن تترك المحكمة شركة ملتزمة بمرفق عام تصل إلى الخراب
والإفلاس فتتعطل بذلك خدمة المرفق العام وتضار المصلحة العامة لمجرد التمسك
بمبدأ القوة الملزمة للعقد في حالة يكون واضحاً فيها خطر التمسك بهذا المبدأ ومخالفته
للعدالة

ثانياً: أنه ليس مقيداً كالقضاء العادي بالنص الذي يقرر القوة الملزمة للعقد لأنه ليس
ملزماً بتطبيق نصوص القانون المدني بل يجوز له أن يحكم وفقاً لمقتضيات العدالة
ومن ثم أخذت نظرية الظروف الطارئة تنتعش حتى في دائرة القانون الخاص.
فبدأت تظهر في التقنيات الحديثة. أما قانون الالتزامات البولوني فهو أول تقنين
حديث اشتمل على نص عام في نظرية الظروف الطارئة. فقد نص في المادة (٢٦٩)
على ما يأتي: "إذا جدت حوادث استثنائية، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً
كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة
أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت
إبرام العقد، جاز للمحكمة، إذا رأت ضرورة لذلك، تطبيقاً لمبادئ حسن النية، وبعد
الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام، أو أن تحدد مقداره، بل
() "وأن تقضي بفسخ العقد

وكذلك نصت المادة (١٤٦٧) من القانون المدني الإيطالي الجديد على أنه "في
العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد
المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن
يطلب فسخ العقد. وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط
() "العقد بما يتفق مع العدالة

أما القانون المدني المصري فنص على هذه النظرية في المادة (١٤٧) في
الفقرة الثانية باعتبارها استثناءً من القاعدة التي تقرر أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه لا

يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين فقرر أنه "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة 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 يرد الالتزام". "المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

لقد سار المشرع الأردني على نهج سائر التقنيات الأخرى وأخذ بهذه النظرية فقد نصت المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" (١). كما أن رجال الفقه الإسلامي اعترفوا بنظرية الظروف الطارئة في بعض العقود، أهمها الأعدار في عقد الإيجار حين يفسخ الإيجار للعدر والجوائح في بيع الثمار حين (٢). (ينقص الثمر بقدر معين

من المقرر، أن السلطة المخولة للقاضي بموجب نظرية الظروف الطارئة. إنما وجدت أصلاً بهدف تحقيق التوازن العادل بين مصلحة طرفي التعاقد، في الرابطة العقدية (٣). ومواجهة ما قد ينشأ عن تغير الظروف التي كانت سائدة أثناء التعاقد من تقلبات اقتصادية، غير متوقعة حينذاك، تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، اختلالاً من شأنه إلحاق الضرر بأحد طرفي هذه العلاقة، وبما يؤدي إلى الإجحاف والظلم المتنافيين مع العدالة التي يجب أن تسود في العلاقات العقدية (٤). ولأن تحقيق العدالة هي مناط سلطة القاضي ومحور وظيفته فإن هذه السلطة، تجد حدودها عند تحقيق هذا الهدف إجمالاً فهي سلطة لم تمنح للقاضي لغرض التحكم والسيطرة القائمين على التعسف، ومن هنا يتبين لنا على وجه الإجمال مدى السلطة التي منحها المشرع (٥). للقاضي للتدخل في مجال العلاقات العقدية

شروط تدخل القاضي بالتعديل بسبب الظروف الطارئة 1.1.4

لنظرية الظروف الطارئة ركنان لا بد من توافرها: العقد والظرف الطارئ غير المتوقع وغير المستطاع دفعه. ولم يتعرض فقهاء القانون الوضعي لدراستهما كما فعل الفقهاء المسلمون. وعلى أي حال فقد قيد المشرع تطبيق نظرية الظروف الطارئة بشروط موضوعية يضيف عليها صبغة مادية، تكفل لها الاستقرار ()، وظاهر من نص المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني والنصوص القانونية المطابقة والموافقة له في التشريعات الأخرى أن ثمة شروط معينة ينبغي توافرها لكي تطبق هذه النظرية () وهذه الشروط هي:

- 1- أن يكون الالتزام تعاقدياً متراخي التنفيذ
- 2- أن يكون الظرف الطارئ حادثاً استثنائياً عاماً
- 3- ألا يكون بالإمكان توقع الظرف الطارئ
- 4- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة

الشرط الأول: أن يكون الالتزام تعاقدياً متراخي التنفيذ
إن النطاق الذي تنحصر نظرية الظروف الطارئة في حدوده هو الالتزام التعاقدي أي الالتزام الناشئ من العقد، أما الالتزامات الأخرى التي لا تنشأ من العقد فلا تسري عليها النظرية (). ويقصد بأن الالتزام تعاقدية متراخي التنفيذ أن يكون العقد من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن، مثل عقد المقاول، أو من العقود (). الدورية التنفيذ، مثل التوريد، أو من العقود الفورية التنفيذ ولكن تنفيذها مؤجل كذلك يجب أن يكون العقد المتراخي التنفيذ من العقود المحددة، فإن كان من العقود الاحتمالية، فلا محل لأعمال نظرية الظروف الطارئة في شأنه، لأن مثل هذه العقود تعرض بطبيعتها أحد المتعاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة جسيمة. فالذي يشترط في الالتزام أن يكون ناتجاً عن عقد، فليس أي التزام يمكن أن تنطبق عليه (). نظرية الظروف الطارئة

كما أنه لا مجال لأعمال هذه النظرية إلا في نطاق المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية التي يجوز للمحكمة عند ثبوتها رد الالتزام التعاقدية المرهق إلى (). الحد المعقول

فالزمن عنصر هام في شرط التراخي، فمن الضروري أن يمتد تنفيذ العقد في المستقبل حتى يجد الطرف الطارئ مسرّحاً زمنياً يؤدي فيه إلى الإخلال باقتصاديات العقد. وأن يكون هناك متسع من الوقت يسمح بتأثير هذا الطرف الطارئ على الالتزام العقدي قبل تمام تنفيذه، بحيث لو افترضنا وقوع الطرف الطارئ معاصراً لزمن انعقاد العقد، فإن الملتزم المدين والحالة هذه، لا بد أن يكون عالماً بالنتائج التي أسفر عنها (.)(وقوع هذا الطرف الطارئ، فلا مجال هنا لمراجعة شروط العقد

وإذا كنا نتحدث عن عنصر الزمن بوصفه عنصراً هاماً في شرط التراخي فلا بد من الإشارة إلى عقود المدة الفورية المؤجلة التنفيذ، حيث من الممكن أن يقع حادث استثنائي إذا تماهل الطرفان في التنفيذ دون أن يتفقا على التأجيل، ومن الأمثلة عليه (.)(عقد البيع الفوري، الذي يتأخر فيه دفع الثمن لأي سبب كالتماهل مثلاً ونرى أنه لا مانع من أعمال نظرية الظروف الطارئة في العقود الفورية المؤجلة التنفيذ، لأن شرط التراخي هو شرط غالب لا شرط ضروري (.)(، والعبرة في هذا الشرط وجود فاصل زمني بين إبرام العقد وتنفيذه ليس إلا، فليس مقصوراً على بعض العقود (.)(المحددة بالنص مثلاً

ولا يشترط قيام التراخي بالنسبة للالتزامين المتقابلين وإنما يكفي قيامه بالنسبة لأحدهما وإن كان الالتزام المقابل قد تم تنفيذه فور صدور العقد، بحيث لو نفذ أحد المتعاقدين التزامه ولم ينفذه الآخر أدى إلى أعمال نظرية الظروف الطارئة، فالعبرة (.)(بالالتزام العقدي الذي أصبح مرهقاً، وليس الالتزام الذي يقابله

ويترتب على ما تقدم أن البيع مثلاً، الذي جعله الحادث الطارئ مرهقاً لا يكون عرضة للتعديل إذا كان المشتري دفع الثمن واستلم المبيع ثم طرأ الحادث بعد ذلك. أما إذا طرأ الحادث قبل دفع الثمن أو قبل دفع جزء منه، فالثمن أو الباقي منه يكون عرضة للإنقاص نظراً لوجود الحادث الطارئ. أما ما سبق دفعه من الثمن قبل وقوع (.)(الحادث فلا يناله تعديل

الشرط الثاني: أن يكون الطرف الطارئ حادثاً استثنائياً عاماً

يشترط للخروج على قاعدة القوة الملزمة للعقد حصول حادث استثنائي، فإذا كان مألوفاً، لا يعتد به ولا يؤدي إلى الخروج على القوة الملزمة للعقد، كون الخسارة (التي تلحق بالمدين لا تعد مرهقة له لأن المألوف يكون محتملاً بحكم العادة والتعامل).

ويقصد بالحادث الاستثنائي، ذلك الحادث الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذاً بحسب المألوف من شؤون الحياة (). وعلى ذلك يجوز للمدين أن يتذرع بالظرف الطارئ لتعديل آثار العقد إذا كان هذا الظرف عبارة عن حالة حرب أو ثورة أو زلزال أو وباء أو صدر قانون يفرض تسعيرة جبرية أو يلغيها (). أما إذا كان الحادث غير استثنائي لم يكن ظرفاً طارئاً، ومثاله الفيضان العادي أو انتشار دودة القطن بشكل (). عادي أو ارتفاع الأسعار أو هبوطها بشكل غير باهظ

والحادث الاستثنائي لا يقتصر على الحوادث الطبيعية وحدها بل قد ينجم عن أية واقعة مادية أخرى، كما هو الشأن على الأخص بالنسبة إلى صدور قانون الإصلاح الزراعي في عام ١٩٥٢، وما ترتب عليه من انخفاض شديد في سعر الأراضي الزراعية الأمر الذي جعل الالتزام بدفع الثمن في البيوع التي تمت من قبل شديد الإرهاق بالمشتريين. فهو بحكم كونه قانوناً يعتبر حادثاً استثنائياً عاماً، لم يكن في الوسع توقعه ولا ممكناً دفعه، ولا يغير من ذلك كونه تشريعاً، لأن نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مدني مصري قد أطلق في التعبير عن الحادث، فلم يقيده بأن يكون (). عملاً أو واقعة مادية

ويجب من ناحية أخرى أن يكون الحادث الاستثنائي حادثاً عاماً، أي غير خاص بالمدين الذي يطلب تعديل العقد، ولا يعني أن يكون شاملاً لكل الناس، بل يكفي أن يشارك المدين فيه جمهرة من الناس، كالحريق الذي يلتهم قرية أو الحدث الذي يصيب طائفة من التجار. وعلى هذا الأساس يجب استبعاد الظروف الخاصة بالمدين كمرضه أو إفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حرق محصوله الزراعي من مجال تطبيق هذه النظرية، بل أن في عدم الاعتداد بأي ظرف خاص بالمدين ضمان (). لعدم الغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع

وعلى الرغم من أخذ بعض التقنيات العربية بشرط العمومية إلا أن الغالب في القانون المقارن وعلى سبيل المثال القانون الايطالي والبولوني، لا يتطلبان هذا الوصف في الحادث الاستثنائي الذي يخول القاضي سلطة تعديل العقد إعادة لتوازنه المختل نتيجة لتغير الظروف. واكتفت هذه التقنيات لأعمال نظرية الظرف الطارئ بأن يكون (. هذا الظرف استثنائياً فقط

الشرط الثالث: أن لا يكون بالإمكان توقع الظرف الطارئ إن من المبادئ المقررة والسائدة عدم جواز تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كانت هذه الظروف لا يمكن توقعها () ولا يمكن دفعها، فإذا كان متوقعاً أو كان غير متوقع ولكن في الاستطاعة دفعه فلا يؤخذ به لأعمال هذه النظرية، ويعتبر هذا الشرط من الشروط التي تقدر موضوعاً. وهو أن يكون الإنسان العادي، لو وجد في مثل ظروف المدين لا يستطيع أن يتوقع الحادث، وهكذا لا يعد من الحوادث الطارئة قيام حالة حرب في ظروف دولية تنذر بتوقع الحرب أو الزلزال، فهو حادث طارئ، لأنه من الاحتمالات غير المألوفة التي تباغت المتعاقد، ولا تكون في حسابه، (. وليس في وسعه توقعها، شأنها في ذلك شأن القوة القاهرة تماماً

وقد أخذت محكمة التمييز الأردنية بضرورة أن يكون الحادث غير متوقع، وطبقت المعيار الموضوعي في تحديد صفة هذا الحادث فقد قضت بأنه "من المبادئ السائدة أنه لا يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إلا إذا كانت هذه الظروف لا يمكن توقعها ولما كان الفقه والقضاء قد استقرا على أن ارتفاع الأسعار بسبب الحرب أو الاضطراب العام لا تعتبر حالة قوة القاهرة إلا إذا جعلت الوفاء بالالتزام مستحيلاً استحالة تامة، أما إذا جعلت التنفيذ عسيراً أو محتاجاً إلى نفقات زائدة فلا تعتبر من (. "الحوادث القهرية

لذلك، فإن الزلازل والحروب والأعاصير والحرارة الشاذة والجليد الشاذ والجفاف ونقصان المحصول بسببه جميعها تعد من الحوادث غير المألوفة التي ليس في الوسع توقعها. أما العواصف والأمواج العالية التي تغطي السفينة لا تعد من الظروف الطارئة (. لأنها متوقعة في فصل الشتاء ما لم تكن الجسامة بحيث لا يمكن توقعها

ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطيع دفعه أو التبرز منه وتحاشيه، فإن الحادث الذي يستطيع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقفاً أو غير متوقع، وتعليل ذلك أن الحادث الذي لا يمكن دفعه، هو حادث ليس بإمكان المتعاقد تقاذه أو توقي أثره، فإذا كان بالإمكان دفعه وتحاشيه فلا يؤخذ به لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (). لأنه يعد مقصراً، ولا يستطيع أن يحمل دائنه نتائج تقصيره.

والمثال على ذلك انقطاع المواصلات انقطاعاً عارضاً قد يمكن التغلب عليه إما برفع المواصلات سريعاً إلى ما كانت عليه أو باستعمال طرق أخرى للنقل غير التي (). انقطعت.

الشرط الرابع: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وإن لم تجعله مستحيلاً

فلا يشترط في الحادث الطارئ أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً لأن الاستحالة يترتب عليها انقضاء الالتزام بسبب القوة القاهرة. وإنما يشترط أن يكون الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، تقتضي تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى حد (). المعقول.

وهنا يبرز الفرق الهام بين القوة القاهرة والحادث الطارئ. فهما إذا كانا يشتركان في أن كلاهما لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن الأول يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بينما يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذها مرهقاً لا مستحيلاً. والأثر الذي يترتب على ذلك هو انقضاء الالتزام في القوة القاهرة، فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه، أما الحادث الطارئ فلا ينقضي الالتزام به. بل يترد إلى الحد المعقول، فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن. ويتحمل المدين شيئاً من (). تبعة الحادث.

يعد إرهاب المدين من أهم الشروط التي يجب الاعتماد عليها للحكم بأن هناك اختلالاً في التوازن الاقتصادي في العقد، ومن ثم تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة عليه، ولدى التأمل في هذا الشرط نجد أنه الشرط الوحيد الذي نتج عن العقد

في حين أن الشروط الأخرى تكون خارجة عن نطاق العقد، بل أنها لا علاقة لها به إلا من حيث الأثر الذي تحدثه في العقد، وهذا الأثر يتجلى في صعوبة تنفيذ العقد، (.) حيث أن تنفيذه يؤدي إلى إلحاق خسارة بأحد المتعاقدين والإرهاق فكرة موضوعية ينظر فيها إلى ظروف الصفقة ذاتها وليس إلى ظروف التعاقد الشخصية. أي أن تقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع. فلا يؤخذ بنظر الاعتبار، مثلاً، المركز المالي للمدين بشكل عام لتقدير وقوع الإرهاق من عدمه. فلو أن شركة التزمت بإنارة مدينة بالكهرباء، في مقابل بدل معين تتقاضاه من الجمهور، ثم طرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أدى إلى ارتفاع باهظ في ثمن التكلفة، كان للشركة أن تطلب رد التزامها إلى الحد المعقول، حتى لو كانت قد بلغت من الثراء حداً يمكنها من الاستمرار في تنفيذ التزاماتها دون تخفيف، كما يمكن للدولة أن تتمسك بتخفيض التزامها، ولو كان ذلك لا يؤثر فيها، ليسارها، ولأن الخسارة لا تعد شيئاً (.) (بالنسبة لميزانيتها

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية عندما حددت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بقولها (تطبيق أحكام نظرية الحوادث الطارئة رهن بتحقق كافة الشروط التالية ومنها أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده (.) (بخسارة فادحة وإن لم تجعله مستحيلًا

بناءً على ما تقدم فإن المقصود بالخسارة الفادحة هو كل ما يمس الكيان الاقتصادي للعقد، ويزعزع أركانه. ويقصد بها هو ما يقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فتكون الخسارة فيه جسيمة تخرج عن حدود ما هو مألوف ومعروف وتجعل إلزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضرباً من الظلم، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الخسارة تكون فادحة إذا تجاوز السعر أقصى حد يمكن أن يدخل في حساب المتعاقدين وقت (.) إبرام العقد

إلا أنه يشترط في الخسارة الفادحة أن تكون نتيجة حتمية للظرف الطارئ الذي لا يمكن دفعه ولا تحاشيه، فإذا كانت نتيجة لخطأ المدين، أو من عمله أو سوء (.) تصرفه، فلا يعتد بها في إرهاقه ويمتنع عليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة

ضوابط ومعيار سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة 2.1.4

رغم أن المشرع الأردني ومن قبله المشرع المصري قد منح القاضي بموجب نص المادة (٢٠٥) مدني أردني، والمادة (٢/١٤٧) مدني مصري، سلطة التدخل في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة بفرض إعادة التوازن الاقتصادي الذي اختل بسبب تغير الظروف الخارجة عن العقد ولا دخل لإرادة أحد المتعاقدين بها تحقيقاً للعدالة، إلا أن هذه السلطة رغم ما يظهر من اتساعها محكومة ومقيدة من ناحية بتحقيق الشروط التي تطلبها المشرع في النص نفسه لتحقيق الظرف الطارئ السابق شرحها، ومن ناحية أخرى بالغرض أو الهدف الذي توخاه المشرع من تقرير هذه السلطة للقاضي.

فالمشرع بذلك لم يكن يهدف إلى إطلاق يد القاضي في التصدي لشروط العقد دون قيد أو شرط ()، إذ أنه عندما نص في القانونين الأردني والمصري على جواز تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة قيام الظروف الطارئة، قيد هذا التدخل بطائفتين من الشروط اختصت الأولى منها بشروط التطبيق، بينما اختصت الثانية بشروط الجزاء، وذلك يعني وضع ضوابط قانونية على مباشرة القاضي لسلطته التقديرية في شأن الظروف الطارئة.

فالقاضي بعد توافر شروط تحقق الظرف الطارئ وبعد أن يتبين له أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز له تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فمراعاة الظروف المحيطة بالعقد أو القضية من ناحية، والموازنة بين مصلحة الطرفين من ناحية أخرى، هما ضابطان لهما أهمية كبيرة في توجيه سلطة القاضي في تعديل العقد، أو إعادة التوازن إليه، برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فعلى القاضي بعد تحقق سلطته التقديرية في التدخل مراعاة هذين الضابطين والاستهداء بهما () في أدائه لمهام سلطته المذكورة، برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول كذلك من ناحية أخرى حرص المشرع على وضع ضابط آخر استهدف منه تحديد مدى هذه السلطة، حتى لا تكون مطلقة بلا حدود، وذلك بقوله في رد الالتزام

المرهق (إلى الحد المعقول)، فالمعقولة هنا أوردها المشرع كأحد الضوابط الهامة لسلطة القاضي في رد الالتزام المرهق وجعلها معياراً لهذه السلطة، هذا بالإضافة إلى الشروط القانونية سبق وأن ذكرناها لتطبيق النظرية – أي الشروط التي لا يتسنى للقاضي التدخل بالتعديل إلا بتوافرها، تعد أيضاً ضوابط هامة لتقرير سلطة القاضي في التدخل من عدمه، وبناء على ذلك فإننا سنقتصر على دراسة الضوابط الثلاثة التي تحكم ممارسة القاضي لسلطته. في تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحدود المعقولة.

الضابط الأول: مراعاة القاضي للظروف المحيطة

وقد نصت المادة (٢٠٥) مدني أردني وكذلك المادة (٢/١٤٧) مدني مصري على أنه يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول "تبعاً للظروف" فنلاحظ أن المشرع بهذه العبارة إنما أراد أن يوسع من سلطة القاضي التقديرية بما يمكنه من أداء مهمته في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إذ أن كونها ضابطاً من ضوابط هذه السلطة، إلا أنها لا تشكل قيداً على تدخل القاضي في تعديله للعقد وبما يوحى بتضييق هذه السلطة، ولكن ذلك يعني أن الظروف المحيطة بالمتعاقدين، وظروف التعاقد أو التنفيذ، وما يمكن توقعه من ظروف لاحقة، ظهرت مؤشرات حدوثها أثناء نظر القضية، وغير ذلك من الظروف تختلف من قضية إلى أخرى، ومن عقد إلى آخر فكل قضية تحيطها ظروف خاصة بها تميزها عن غيرها. وعلى ذلك فإن على القاضي أن لا يهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالقضية المنظورة، فعبارة "تبعاً للظروف" تفتح للقاضي مجالاً واسعاً في أداء مهمته في تعديل العقد المختل اقتصادياً المطروح عليه من عدمه، فكما أن من شأن أخذ الظروف المحيطة بالقضية الوصول بالقاضي إلى تأجيل تنفيذ الالتزام مؤقتاً. كأن يتضح للقاضي أن الحادثة الاستثنائية حادثة وقتية يقدر لها الزوال، ويمكن أن يكون من شأن الظرف عدم التعديل، والإبقاء على العقد برغم الظروف الطارئة كأن يتضح للقاضي أن المدين لا يستفيد من الظروف الاستثنائية لمماطلته في التنفيذ، بحيث لولا ذلك، لكان الالتزام بحسب الاتفاق قد تم تنفيذه في الظروف العادية، وبالتالي تحمله عبء التنفيذ وباعتبار

أن في توزيع العبء الطارئ مجافاة للعدالة وروح الإنصاف، في مثل هذه الحالة فالالتزام الذي يتراخى تنفيذه إلى ما بعد نشوء الحادث الطارئ نتيجة لتقصير المدين أو (خطأه أو إهماله لا تنطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة باتفاق الفقه والقضاء).

الضابط الثاني: قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين
إن ضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين، إنما ينصب بشكل مباشر على نظام توزيع العبء الطارئ. فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة التوازن الاقتصادي إلى العقد الذي أدى تطور الظروف إلى إخلالاً جسيماً وخطيراً بمركز أحد الطرفين المتعاقدين فيصبح التزامه في العقد مرهقاً له إرهاقاً شديداً. كأن يلتزم تاجر بتوريد غلال لمصلحة أو هيئة ما وبسعر محدد مع امتداد هذا الالتزام لفترة معينة ثم يرتفع سعر الغلال فجأة ارتفاعاً كبيراً غير متوقع بفعل وقوع حرب أو وباء أو غيره من النوازل الطبيعية، وهنا يدور البحث هل يلزم التاجر المورد بالاستمرار في التوريد بشروط العقد الأصلية وبالثلثن المتفق عليه فيه، أم تقضي العدالة برفع بعض الضرر عنه وتوزيع العبء وتحمل التبعة بينه وبين الدائن المشتري بحيث يتحمل كل منهما بنصيب في زيادة السعر غير المتوقعة. ولذا فقد حرص المشرع على أن يتم التعديل برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بعد تقدير الظروف المحيطة وإجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين. وهذه الموازنة تتم في ميزان الظروف الاستثنائية الجديدة. بالنظر إلى الظروف السابقة التي نشأ في ظلها العقد. (.) بحيث يتحقق العدل والإنصاف

إن التدخل من قبل القاضي يكون توفيقياً بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين وإجراء الموازنة تبعاً للظروف فالنتيجة هي تحقيق العدالة وذلك بتنفيذ (.) الالتزام وحماية المدين بتجنيبه تحمل خسارة فادحة أو الإرهاق في تنفيذ التزامه

الضابط الثالث: الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام المرهق إن المبدأ الذي أخذ به كل من القانون الأردني والمصري، في حال ثبوت الإرهاق، هو رد الالتزام إلى حد معقول دون فسخ العقد والمراد برد الالتزام إلى هذا

الحد أن يشترك طرفا العقد، الدائن والمدين معاً، في الخسارة التي سببتها طوارئ غير متوقعة لا أن يتحملها الطرف المدين وحده. والحد المعقول المذكور في النص يعتبر معياراً مرناً، ينظر فيه إلى ظروف كل قضية على حده، وللقاضي سلطة واسعة في تقديره من خلال بحثه في القضية وموازنة ظروفها ومصلحة طرفي العلاقة التعاقدية إلا أن القاضي ولتلافي هذه المرونة في الإرهاق والتغير في الظروف والأحوال فإنه يأخذ بعين الاعتبار الفرق الناجم بين قيمة الالتزام في العقد وقيمه بعد وقوع الحادث أساساً للتحديد وفق المعيار الموضوعي، بيد أن ذلك لا يمنع القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالمدين، وفي مقدمتها أحواله المالية وذلك في نطاق محدود، لأن المساواة التامة بين المدينين مهما تباينت الظروف واختلفت الأحوال، أمر تأباه العدالة، وهكذا يكون في مقدور القاضي أن يخفف من وطأة المعيار الموضوعي المادي بالمعيار الشخصي الذاتي وذلك بالأخذ بعين الاعتبار الجانب الشخصي في الصفقة ونعني به المتعاقد المدين.

فلاحظ أن المشرع الأردني لم يترك للقاضي تقدير الظرف الطارئ تقديراً ذاتياً أي شخصياً بل قيده بقيد موضوعي يتمثل في وجوب اقتضاء العدالة تعديل الالتزام المرهق برده إلى الحد المعقول، ونرى أن القيد الوارد في المادة (٢٠٥) مدني أردني "إن اقتضت العدالة ذلك" ليس خاصاً بتقدير الظرف وإنما خاصاً بتقدير أثره على التزام المدين.

مضمون سلطة القاضي إزاء العقد بسبب الظروف الطارئة وحدودها 3.1.4
إن ضرورة الإبقاء على العقد لتحقيق الأهداف التي أبرم من أجلها، وضرورة إقامة التوازن بين التزامات المتعاقدين، ومن أجل ذلك تبرز أهمية سلطة القاضي في معالجة التوازن الاقتصادي المختل للعقد وإعادة النظر في بعض شروطه، والمشرع في كل ذلك يهدف الوصول إلى معالجة التوازن المختل بين التزامات الطرفين، وهذه المعالجة، تتم بواسطة القاضي الذي يمارس تلك السلطة التقديرية الممنوحة له من المشرع (٢٠٥). فإذا ما ثبت للقاضي توافر الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة (٢٠٥) مدني أردني (٢٠٥). جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة

الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك. ويلاحظ أن القوانين العربية، كالقانون الأردني والمصري والسوري والعراقي والليبي، لا تمنح القاضي إلا سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

أما الكثير من التشريعات الغربية فقد أخذت بحلول مختلفة عن الحلول التي أوردها التشريع الأردني والتشريعات العربية، فالتشريع الإيطالي أجاز للمدين إذا صار تنفيذ التزامه مرهقاً أن يطلب فسخ العقد لرفع الظلم عن نفسه، وأجاز للطرف الآخر أن يتقدم بتعديل لشروط العقد تتفق والعدالة فإذا كانت هذه الشروط عادلة فللمحكمة أن تقرضها ولا يجوز للطرف الآخر معارضتها والتمسك بالفسخ، وإن كانت غير ذلك (.) تقضي للمدين بالفسخ بناءً على طلبه

وكذلك التشريع اليوناني قد أعطى للمحكمة الحق في فسخ العقد إذا كان ذلك يحقق مصلحة الطرفين، وفي هذه الحالة يجب على كل من الطرفين أن يعيد للآخر ما قبضه وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب. كذلك سمح هذا التشريع للمحكمة بناءً على طلب (.) المدين أن تأمر بالفسخ الجزئي

وهكذا نجد أن هذه التشريعات وغيرها كانت أكثر أحكاماً وتنظيماً في معالجة الظرف الاستثنائي والتي أرى أنها أكثر مرونة وواقعية في تحقيق مصلحة الطرفين (.) المتعاقدين

وتحقيقاً للعدالة أرى أن يأخذ المشرع الأردني بما أخذت به هذه التشريعات وخاصة الأخذ بالفسخ الكلي أو الجزئي زيادة على ما هو موجود في النص بناءً على ما تقدم نلاحظ أن المشرع الأردني لم يأخذ بأسلوب الفسخ لإعادة التوازن المختل، بسبب الظروف الطارئة عند النص على القاعدة العامة لنظرية الظروف الطارئة، إلا أنه عاد ونص على هذا الأسلوب في المادة (١/٧١٠) من القانون المدني (.)، والمتعلقة بفسخ عقد الإيجار لعذر طارئ، وهذا المبدأ ليس إلا تطبيقاً تشريعياً، خاصاً لنظرية الظروف الطارئة. ثم طبق هذا المبدأ في حالات خاصة مثل موت المستأجر (م٢/٧٠٩) مدني أردني، وحدث أمر من السلطات يؤدي إلى عدم الانتفاع بالعقد (م٦٩٨) مدني أردني، أو إذا كان تنفيذ عقد الإيجار يلحق

بالمستأجر ضرراً بنبأ بالمال، أو النفس، أو لمن يتبعه في الانتفاع بالمأجور (م٦٩٩)
(.)مدني أردني

كما عالج المشرع الأردني في المادة (٨٠١) من القانون المدني الأردني فسخ عقد المقولة إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول، أو حدوث عذر يحول دون تنفيذ العقد المبرم بين رب العمل والمقاول، حيث أجاز لأحد المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد دون أن يكون للقاضي أية سلطة في تعديل العقد وكذلك نص في المادة (١٣١٩) من القانون المدني الأردني، والمتعلقة بحق
(.)الارتفاق على ذات الأسلوب

ويتولى القاضي في هذه الحالات فسخ العقد، باعتبار أن تعديل العقد، أو وقف تنفيذه لا يجدي نفعاً، وهذا الاختلال، وذلك لأن بقاءه واستمرار المدين بتنفيذه يهدده بخسارة فادحة، وبالتالي يكون الحل الأمثل لعلاج هذا الاختلال، وإزالة الإرهاق هو
(.)فسخ العقد. لإعادة التوازن الاقتصادي إلى العقد

تعديل العقد

من خلال نص المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني، نلاحظ أن الأثر القانوني الذي رتبته المشرع الأردني على توافر شروط نظرية الظروف الطارئة (هو رد
(.)الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

باستعراض نص المادة (٢٠٥) من القانون المدني نجد أن المشرع الأردني لم يضع للقاضي قاعدة معينة يجري بها رد الالتزام إلى الحد المعقول وذلك لاختلاف كل حالة عن الأخرى من حيث الطبيعة والظروف وما تقتضيه هذه الحالة في رفع الإرهاق، وهذا في رأينا موقف حسن من المشرع الأردني، حتى لا يقيد القاضي بقيود تحد من إطلاق يده لتحقيق العدالة. إلا أنه مع كل ذلك وفي ضوء ما سبق يمكن أن نستخلص من نص القانون ومن غاية النظرية القواعد التالية في رد الالتزام المرهق إلى الحد
(.)المعقول:

القاعدة الأولى: أنه في حالة كون الخسارة مألوفة فعلى المدين أن يتحملها
وحده

القاعدة الثانية: إذا كانت الخسارة غير مألوفة فيشترك الطرفان في تحمل الإرهاق، وذلك بأن يقوم القاضي برد الالتزام إلى الحد المعقول، وهنا يثور التساؤل حول كيفية اشتراك الطرفين في تحمل الإرهاق.

وحيث أن المشرع الأردني لم يحدد نسبة معينة في توزيع الإرهاق بين الطرفين، فيمكن القول أن يكون اشتراك المتعاقدين في الخسارة بالنسبة التي يحددها القاضي بعد ملاحظة الظروف والموازنة بين مصلحة الطرفين، دون التقيد بقاعدة حسابية. لذلك نلاحظ أن المشرع لم يضع قاعدةً للتوزيع وإنما أراد أن يكون التوزيع عادلاً محضاً يستهدي القاضي فيه بظروف القضية وبمصلحة المدين، بحيث يرمز إلى التضحية ويوفي بمعناها. والتضحية المستخلصة من العدالة لا يمكن تقييدها بقيد مادي قد يضر بالأساس التي تقوم عليها النظرية.

القاعدة الثالثة: وهذه القاعدة والتي يمكن استخلاصها كذلك من نص القانون ومن غاية النظرية، تقضي بأن الدائن غير ملزم بقبول تعديل الالتزام، لا سيما إذا قضى التعديل بزيادة التزاماته.

فله أن يقبل التعديل، أو يطلب فسخ العقد دون أن يسأل عن أي تعويض، وهذا الأمر مقبول منه دون توقف على رضا المدين. ومما يلاحظ كذلك، أن حق طلب الفسخ مقصور على الدائن الذي يأبى قبول التعديل أما القاضي فلا يملك سلطة فسخ العقد، كما لا يملك المدين الحق في طلب الفسخ لأن القانون المدني الأردني خلافاً لما أخذت به بعض القوانين، كالقانون البولوني والإيطالي حيث أعطت للقاضي فسخ العقد أيضاً، بينما القانون الأردني قصر عمل القاضي على رد الالتزام إلى الحد المعقول كما قصر (. حق المدين على طلب تعديل الالتزام

القاعدة الرابعة: ومضمون هذه القاعدة أن رد الالتزام إلى الحد المعقول، لا يكون إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بمستقبل العقد، لأنه غير معروف، فإذا كان العقد مستمراً، أو كان مؤجلاً للتنفيذ، وعدل القاضي آثاره ثم زال الظرف الطارئ الذي اقتضى هذا التعديل قبل انتهاء مدة العقد، وجب إلغاء التعديل من وقت زوال الطارئ والعودة إلى العقد. وإذا جدد بعد التعديل حوادث طارئة، فليس هناك ما يمنع القاضي من إعادة النظر في التعديل، الذي قضى بموجبه بالزيادة أو النقصان

وعلى هدي القواعد السابقة، يمكن للقاضي الأردني السير في تطبيق النظرية على مختلف القضايا التي تعرض عليه متوخياً تحقيق الغاية التي شرعت من أجلها النظرية.

نلاحظ أن وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، أنه قد يستخدم وسيلة الإنقاص للالتزام المرهق كصورة من صور التعديل الذي يجريه على موضوعات العقد، فإن له أيضاً زيادة الالتزام المقابل، وقد يلجأ القاضي إلى وقف تنفيذ العقد لمدة معينة إلى أن يزول الحادث الطارئ، إذا كان ذلك الحادث وقتياً، يقدر له الزوال بعد فترة قصيرة، فينصب التعديل هنا على موعد الوفاء بالالتزام، ونتناول هذه الصور تباعاً فيما يلي:

أولاً: سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق

قد يكون الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين يلحق به خسارة فادحة، لذلك جاءت هذه الوسيلة من وسائل رفع الإرهاق ليلجأ القاضي إليها عند ارتفاع سعر محل الالتزام لندرتة في السوق، سواء كان ذلك لمنع استيراده أو قلة إنتاجه أو لأي سبب آخر. فيلجأ القاضي إلى إنقاص الكمية التي التزم بها المدين، وذلك بالقدر الذي يجعل الالتزام في الحدود المعقولة، ويلاحظ في هذا الصدد أن توزيع العبء الطارئ وتحمل التبعة على عاتق المتعاقدين بحيث يتحمل كل منهما بنصيب في زيادة السعر غير المتوقعة. كما يلجأ القاضي لذات الوسيلة المذكورة، بإنقاص الثمن إذا هبطت الأسعار، بحيث يتحمل المدين جزءاً من الخسارة يتمثل في الفرق بين الثمن المحدد في العقد والثمن الذي حدده القاضي، والذي يجب أن يدفعه له الدائن، وبذلك يكون الدائن قد تحمل الجزء الذي يزيد على السعر الذي كان متوقعاً عند إبرام العقد، في حالة الهبوط العادي للأسعار والثمن الذي حدده القاضي، ويتحمل المدين في العقود الدورية أو المستمرة التنفيذ جزءاً يعادل الزيادة غير المألوفة، وبالقدر الذي يقوم بتنفيذه، في حين (.) يتحمل الدائن الجزء المقابل للزيادة الطارئة بالقدر الذي لم يتم تنفيذه

ويرى الفقيه السنهوري، "أنه للقاضي أن يسلك هذه الوسيلة، بإنقاص التزام المدين، ومثال ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع

الحلوى بالتسعييرة الرسمية، ثم يقل المتداول في السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارئ كحرب منعت استيراد السكر، أو اغلاق بعض مصانع السكر، أو نحو ذلك. فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها. فيجوز في هذه الحالة للقاضي أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول، فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التي عينها القاضي فحسب" (). وإذا كان الالتزام المرهق يمثل ثمن مبيع جاز للقاضي إنقاظه أو إنقاص فوائده أو إسقاط هذه الفوائد أو مد الآجال التي يدفع فيها. وفي الواقع فالقاضي يختار بين عدة وسائل للتخفيف من حدة الالتزام المرهق. هذا الاختيار دالته هي الظروف الاستثنائية، والذي يشجع على واحد من هذه الخيارات هو تقدير (). القاضي لملائمة كل جزء بالنسبة للجزء الآخر

ومن الأمثلة الشهيرة على هذه الصورة من الإنقاص في مصر، ما حدث عقب صدور قانون الإصلاح الزراعي في سنة ١٩٥٢، الذي كان من شأنه أن انخفضت قيمة الأراضي الزراعية انخفاضاً كبيراً، بحيث أصبح الأشخاص الذين كانوا قد سبق لهم أن اشتروا أراضيهم قبل صدور ذلك القانون، بأثمان باتت باهظة بمقارنتها بالأسعار الحالية، مهددين بخسارة فادحة، فطلبوا إنقاص ما لم يكونوا قد أدوه من الثمن، وأجابتهم المحاكم إلى مطلبهم (). ويتضح من ذلك أنه إذا قرر القاضي إنقاص الالتزام المرهق في العقود الدورية أو المستمرة التنفيذ، ثم زال الظرف الطارئ الذي اقتضى هذا الإنقاص قبل انتهاء مدة العقد، تعين إلغاء الإنقاص من وقت زوال هذا (). الظرف الطارئ والعودة إلى حكم العقد كما اتفق عليه الطرفان

ثانياً: سلطة القاضي في زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق وفي هذه الحالة فإن القاضي قد يرى أن الوسيلة الأكثر جدوى في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. هي الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المدين، وهو التزام الدائن، بحيث يتحمل الدائن جزءاً من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل (). الالتزام. أما المدين فيتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة

وعلى ذلك يورد - الدكتور عدنان السرحان والدكتور نوري خاطر - مثلاً بقولهما "إذا التزم صاحب محطة بنزين بتوريد كميات من البنزين إلى شركة نقل ركاب مثلاً بسعر نصف دينار للتر الواحد، ثم ارتفعت الأسعار بسبب حرب بحيث أصبح سعر اللتر ثلاثة دنانير، فيسوغ للقاضي هنا أن يزيد السعر الذي تدفعه الشركة. إلا أن القاضي لن يحول كل الزيادة في سعر البنزين عن المدين إلى الدائن، وإنما يعدل العقد بحيث يصبح القسم الزائد من الخسارة عن الحد المألوف موزعاً بين الطرفين. فهو أولاً يبقى الزيادة المألوفة العادية في التعامل على المدين صاحب المحطة، فلو أن الزيادة المألوفة في سعر البنزين هي نصف دينار للتر الواحد، فإن المدين يتحملها لوحده، ويكون الباقي وهو ديناران ارتفاعاً في السعر غير مألوف، فيوزعه القاضي بين الطرفين، وفقاً لما يراه متفقاً مع العدالة، دون أن يلزم بالضرورة بأن يوزعه بينهما". (.) "مناصفة

ولا يفرض القاضي على المشتري أن يشتري بهذا السعر، فمشتري البنزين، في مثالنا السابق، لا يلزم بشرائه بالسعر المعدل، بل هو يخير بين أن يشتري به، أو أن يفسخ العقد (.) . لذلك يتوجب على القاضي، وهو يغير التوازن الاقتصادي المختل، أن يوازن بين مصلحة المتعاقدين وظروفهما الشخصية، ومدى قدرة المدين بتنفيذ الالتزام (.) على تحمل الجزء الذي يلقيه القاضي على عاتقه من الخسارة غير المألوفة ويلاحظ أن تعديل الالتزام المرهق بالإنقاص أو الزيادة في الالتزام المقابل يرتبط وجوداً وعدمياً بحالة الظروف التي بررت للقاضي القيام به. أو كما يقول الفقيه السنهوري "أن القاضي لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف. فقد يزول أثر الحادث الطارئ، فيرجع العقد إلى ما كان (.)" عليه قبل التعديل

ثالثاً: التعديل في صورة وقف تنفيذ العقد وهذه الوسيلة، قد يلجأ إليها القاضي إذا ما قدر أن الحادث الطارئ وقتياً، يقدر له الزوال بعد فترة قصيرة، فيرى القاضي وقف تنفيذ العقد لمدة معينة حتى يزول الحادث الطارئ (.) ، وهذا التعديل الذي يقوم به القاضي في هذه الحالة لا مساس فيه

بالعناصر الموضوعية أو المادية للعقد إذا تطل الالتزامات فيه محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر. وإنما ينصب التعديل على عنصر الزمن المتفق عليه في العقد).

والمثال الذي يضرب على هذه الحالة، أو هذه الصورة من صور التعديل هو في عقد المقاولة، كما لو تعهد مقاول بإقامة بعض المباني، ثم يطرأ حادث استثنائي يؤدي إلى ارتفاع فاحش في أسعار مواد البناء، تجعل تنفيذ الالتزام في ظلها مرهقاً للمقاول، بحيث يهدده بخسارة فادحة. فإذا ما تبين للقاضي أن هذا الارتفاع في الأسعار سيزول في وقت قريب، وذلك لقرب انفتاح باب الاستيراد. في هذه الحالة ومثيلاتها، للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول أثر هذه الظروف. وذلك كي يتسنى للمقاول أن ينفذ التزامه في ظروف اعتيادية، دون أن يصيبه إرهاق جسيم، (بشرط أن لا يؤدي وقف تنفيذ العمل إلى إلحاق ضرر جسيم بصاحب البناء).

(ويعتبر الحادث الاستثنائي وقتياً إذا توافرت به الشروط التالية

1- أن يكون الغالب في هذا الحادث أن يزول قبل انتهاء المدة المحددة للتنفيذ أو لتمام التنفيذ، ويتولى قاضي الموضوع تقدير ما إذا كان الحادث مؤقتاً، أم لا طبقاً لطبيعة الحادث وملابسات كل عقد على حده

2- عدم انقضاء المدة المجدية للتنفيذ وهذه مسألة وقائع يتولى قاضي الموضوع تقديرها، مستنداً إلى إرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية ولطبيعة العقد وملابساته.

(ويمكن القول، بأنه يترتب على وقف تنفيذ العقد الآثار التالية

1- أن العقد يبقى قائماً بجميع آثاره، فالالتزامات التي يرتبها، تبقى قائمة بقيمتها المحدودة في العقد، دون أن يمسه أدنى تعديل من حيث الزيادة أو النقصان، وغاية الأمر أن تنفيذ هذه الالتزامات يتوقف طوال المدة التي عينها القاضي لوقف التنفيذ أنه في خلال الفترة التي يتم فيها وقف تنفيذ العقد، لا يحق لأي من المتعاقدين أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ العقد، إلا في حالة الإفلاس أو الإعسار، لأنه في مثل هذه الحالات يسقط الأجل الممنوح، وهذا ما أكدته المادة (٤٠٤) من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه "يسقط حق المدين في الأجل

أ- إذا حكم بإفلاسه أو إعساره. ب- إذا لم يقدم تأمينات الدين المتفق عليها. ج- إذا
".انقضت تأمينات الدين بفعله أو بسبب لا يد له فيه ما لم يبادر إلى تكملتها
إن الحكم الصادر بوقف تنفيذ العقد لا يمنع من اعتبار الالتزام الذي يتم بشأنه 3-
وقف التنفيذ التزاماً حالاً، ومن ثم يحق للدائن اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية، للحفاظ
على حقه، كما أن إجراء المقاصة القانونية في حقه يعتبر صحيحاً
ومما هو جدير بالذكر أن التدبير الذي يتخذه القاضي وذلك بوقف تنفيذ العقد، يتفق
مع ما يتخذه من تدابير بموجب سلطته في منح نظرة الميسرة، التي نص عليها القانون
المدني الأردني في المادة (٢/٣٣٤) حيث نصت على ما يلي "على أنه يجوز
للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى
أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا
التأجيل ضرر جسيم". إذ ينصب التعديل في هاتين الحالتين على عنصر الزمن، ولا
تأثير له على العناصر الموضوعية في العقد، أو جوهر الالتزامات الناشئة عنه.
وباستعراض هذا النص، نلاحظ أنه يراعى حالة المدين الخاصة، بعكس ما تشترطه
(.) نظرية الظروف الطارئة، من أن تكون هذه الظروف عامة غير خاصة
علاقة نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام ورقابة محكمة التمييز في ذلك
اعتبر كل من القانون المدني الأردني والمصري نظرية الظروف الطارئة من
النظام العام، وهذا ما تؤكد عليه المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني بقوله: "...
ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك". وكذلك نصت المادة (٢/١٤٧) مدني مصري على
أن كل اتفاق على خلاف أحكامها يقع باطلاً. وفي هذا الحكم يختلف القانون الأردني
والمصري والقوانين العربية الأخرى التي أخذت بالنظرية عن كل من القانون البولوني
والإيطالي، لأنهما لم يعتبرتا النظرية من النظام العام (.) . ويترتب على اتصال نظرية
الظروف الطارئة بالنظام العام أنه لا يجوز للمتعاقدین الاتفاق على مخالفتها أو إبعاد
أثرها. فمثل هذا الاتفاق يقع باطلاً لعدم مشروعية محله، وسواء في ذلك أن يجيء
(.) الاتفاق قبل وقوع الحادث الطارئ أم بعده

وقد ذهب الأستاذ المرحوم السنهاوري في تحليل السبب الموجب لجعل النظرية
من النظام العام إلى أن "الجزء قد يغدو صورياً لا قيمة له إذا سمح المتعاقدین أن

يتفقاً مقدماً على ما يخالفه فيستطيع المتعاقد القوي أن يملّي شروطه المخالفة دائماً
(.) "على المتعاقد الضعيف وهذا ضرب من الإذعان تقاده القانون بهذا النص
غير أن القانون، وقد اعتبر هذه النظرية من النظام العام، لم يعتبر القوة القاهرة
التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً من النظام العام، بل أن المشرع المصري نص على
عكس ذلك صراحة، وهكذا نجد المادة (٢١٧/٢) مدني مصري تنص على أنه "يجوز
الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة". وقد عللت المذكرة
الإيضاحية للقانون المدني المصري سبب ذلك بأن هذه المادة ليست إلا تقنياً للقواعد
التي جرى القضاء المصري على اتباعها في هذا الشأن، فقد يجعل عبء المسؤولية
(أشد وقراً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث المفاجئ، وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن
).

وكذلك فعل المشرع الأردني فقد نص في المادة (٢٦١) من القانون المدني
على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدلّه فيه كآفة
سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم
". بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك

غير أن الأستاذ السنهوري يبين سبب الاختلاف في الحكم بين الحادث الطارئ
والقوة القاهرة بالقول أنه "إذا كان القانون الجديد لم يبح الاتفاق على أن يتحمل المدين
تبعة الحادث الطارئ وهو أقل خطراً من القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا
يقدم عليه مضطراً، أما الاتفاق على تحمل المدين تبعة الحادث الطارئ فمغامرة قد
تهون حالة الاضطرار الإقدام عليها" (.) . غير أننا لا نرى فيما قاله الأستاذ السنهوري
ما يبرر تخصيص الحكم في الحادث الطارئ من دون القوة القاهرة بل هو حالة مخففة
منها، بأنه لا يجعل التنفيذ مستحيلاً كالقوى القاهرة، وإنما يجعله مرهقاً، وما يصح أن
يقال في أحدهما يقال في الآخر، ففكرة التأمين التي تدفع المدين إلى تحمل تبعة القوة
القاهرة، قائمة بذاتها في الحادث الطارئ أيضاً، وليس في تحمل تبعة هذا الحادث ما
يصح أن يكون مغامرة، ولا يكون كذلك في تحمل تبعة القوة القاهرة، بل أن المغامرة
(.) في تحمل تبعة القوة القاهرة أشد منها في تحمل تبعة الحوادث الطارئة

ونحن ومع تأييدنا للنظرية إلا أننا لا نرى ما يوجب اعتبارها من النظام العام بل نرى الحد من قسوتها ومساواتها في الحكم مع القوة القاهرة على أساس أن القبول بتحمل القوة القاهرة مسألة إرادية تنصب في أن العقد شريعة المتعاقدين لكي لا تهدر حرمة العقد كلياً، ولا نجد في الأسباب التي دعت لجعلها من النظام العام تعليلاً شافياً).

(. فقد ذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى القول بأن "المشرع إنما أستحدث هذا الحكم بشأن الظروف الطارئة، لأنه شعر بأنه حكم لم يعرفه الناس بعد فنص على بطلان هذا الاتفاق. أما حكم القوة القاهرة فهو حكم تقليدي مستقر في النفوس من أزمنة طويلة ولا يخشى أن يعمل الناس على إبطاله بصورة عامة، فاجبر لهم الاتفاق على ما يخالفه" (). ولا شك بأن التفريق في الحكم بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة في الاتفاق على تحمل التبعة يخلق تناقضاً في مبدأ أساسي من مبادئ القانون، كان (.) يحسن تحاشيه بالتسوية بينهما في الحكم

موقف محكمة التمييز الأردنية من تطبيق نظرية الظروف الطارئة

فبالرغم من قلة الأحكام التمييزية الأردنية حول هذه النظرية فإنه يمكن القول إن قاضي الموضوع يبت بصورة مطلقة في تحقق أي شرط من شروط نظرية الظروف الطارئة دونما رقابة عليه من قبل محكمة التمييز، لأن القاضي يعتبر في مثل هذه الحالة أنه يبت في مسألة واقعية وليست مسألة قانونية، إلا أن قرار القاضي بتحقيق جميع شروط النظرية أو عدم تحققها أو تحقق بعضها دون البعض الآخر، يخضع لرقابة محكمة التمييز لأنه يبت في مسألة قانونية لا واقعية، وذلك لأن القانون لم يحدد فقط شروط تطبيق النظرية بل عددها كذلك، وتطبيق القاضي لها هو تطبيق للقانون، أي أن القاضي يعتبر في مثل هذه الحالة أنه يبت في مسألة قانونية ومن ثم فإن قراره (.) يخضع لرقابة محكمة التمييز

وقد قال الدكتور بغدادي بأن "كل النصوص المتعلقة بالجواز لا تعطي للقاضي سلطة تقديرية مطلقة، وإنما تعطيه رخصة بشرط تحقق ظروف معينة، بمعنى أنها تجيز للقاضي على شيء معين، إذا ما تبين له شروط معينة، واستعمال هذه الرخصة خاضع لمراقبة محكمة النقض (التمييز) من حيث توافر الشروط التي تبيح له هذا". (الاستعمال).

وفي هذا الصدد نجد أن محكمة التمييز الأردنية قد قضت أنه لكي يمكن (:)(تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة رهن بتحقيق كافة الشروط التالية:

- 1- أن يكون العقد الذي تثار النظرية بشأنه متراحياً
- 2- أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة
- 3- أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها
- 4- أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة

وإن لم تجعله مستحيلاً

يتضح من هذا الحكم إن محكمة التمييز تراقب تطبيق القاضي للقانون، أما المسائل الموضوعية فهي من اختصاص القاضي الذي يختص بنظر النزاع في الأصل.

نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي 4.1.4

أما مؤدى هذه النظرية في القوانين الوضعية الحديثة كما هو معلوم. هو أن تطراً بعد إبرام العقد ظروف استثنائية عامة وغير متوقعة وغير ممكن دفعها أو تفاديهما، تؤدي إلى اختلال التوازن بين الأداءات العقدية، كما ارتضاها العاقدان أثناء إبرامه، مما يؤدي إلى أن تنفيذ الالتزام في ظل الظروف الجديدة أصبح شديد الإرهاق بالمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة. مما يسوغ للقاضي بناء على طلب المتعاقد المتضرر - أو المدين - أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول، بعد الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين بما يرفع عن المدين الحرج البالغ والعنت الشديد، ويعيد إلى العقد (توازنه العادل في ظل الظروف الجديدة).

ونظرية الحوادث الطارئة لم تبحث، في الفقه الإسلامي، بوصفها نظرية عامة متماسكة الأطراف والجوانب، شأنها في ذلك شأن النظريات الأخرى مثل نظرية العقد

ونظرية الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق. باعتبار أن الفقه الإسلامي لا يعرف النظريات وإنما عرف تطبيقات عديدة يمكن من خلالها استخلاص نظرية الظروف الطارئة، أي أن الفقهاء المسلمين كانوا يتناولون الوقائع والمسائل العملية التي كانت تعرض لهم كل على حدة، ويشرعون لها الحكم الذي يناسبها وفقاً لمقتضيات العدل، مراعين ما يخص بها من ظروف ملابسة. ذلك أن الأحكام والحلول التفصيلية التي قدمها هؤلاء الفقهاء للمسائل الفرعية العملية التي عرضت لهم تتضمن حتماً (.) مفهوم النظرية الكلي وإلا ما كان من تطبيقاتها

نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي بوجه عام 1.4.1.4

يمكن القول أن نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي لا تتصادم مع أحكام الشريعة الإسلامية البتة بل إنها تتفق أساساً مع أحكامها، وأصولها، وقواعدها العامة. فمن حيث الأهداف التي تقررت هذه النظرية في سبيل تحقيقها في القانون الوضعي وهي رفع الحرج وإزالة الضرر، وإعادة التوازن العادل بين الأداءات في العقد المختل نتيجة لتغير الظروف نجد أن الشريعة الإسلامية، قد حرصت أشد الحرص (.) على تحقيقها بوسائل أعم وأشمل، خاصة بها

ونحن نعتقد بأنه يمكن إقامة نظرية عامة متماسكة للظروف الطارئة من أصول الشريعة الإسلامية، ومن القواعد الكلية، لأن الشريعة الإسلامية شريعة سمحاء، تدعو (.) وتحت على الرفق بالناس، ودفع الأذى عنهم

وقد تضمنت العديد من المبادئ الأخلاقية ومبادئ العدل وهذا ما أشارت إليه العديد من الآيات القرآنية منها قوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج" (). وقوله تعالى "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" (). وقوله تعالى "لا يكلف الله نفساً إلا وسعها" (). وقوله عليه السلام: "أحب الدين عند الله الحنيفية السمحاء

ومن ذلك يتضح مدى عمومية تلك القواعد، واتساع دائرة تطبيقها وشمولها لأحكام نظرية الظروف الطارئة، كما تعرفها التقنيات الحديثة، حيث إن الفقهاء المسلمين، الذين رسخوا هذه المفاهيم بما شرعوا من الأحكام لما عرض لهم من مسائل بهذا الصدد، لم يميزوا بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة والعذر في فسخ الإجارة.

وإنما كانوا، في اعتبارهم لكل ما يحيط بالمسألة من ظروف، يرتبون عليها من الآثار ما يناسبها. اذن، فالفقهاء المسلمون، وخاصة المحدثون منهم، عالجوا الحادث القاهر بصدد بحثهم للظروف الطارئة دون أن يميزوا، كما فعل فقهاء القانون الوضعي، بين ما هو قاهر وما هو طارئ من حيث الشروط الواجب تحققها في كل منها. هذا مع العلم أن كلاً من الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون الوضعي لم يختلفوا في الأثر الذي (.) يترتب على الحادث القاهر أو الظرف الطارئ

لذلك يمكن القول أن النظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي ركنين:
(.) أساسيين، لا تستوي النظرية إذا غاب أحدهما وهما

- 1- العقد: فلا بد أن يكون الالتزام بين الطرفين مصدره العقد حتى يمكن تحقق النظرية. أما الالتزام غير التعاقدى فلا يمكن - بأي حال - أن يتحقق به وجود هذه النظرية، والعقد هنا ليس أي عقد تتحقق به النظرية وإنما ينبغي أن يكون من طبيعة (خاصة) متراخي التنفيذ.
- 2- الظرف الطارئ: الذي لا بد وأن يقع قبل تنفيذ العقد أو في أثناءه، أما إذا وقع بعد تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد (المتراخي التنفيذ) فلا يمكن تحقق النظرية فإذا تخلف أي من هذين الركنين - العقد أو الظرف الطارئ انتفى وجود النظرية ابتداءً، ولا داعي للبحث، بعد ذلك، عن توفر شروط انطباقها أم لا خلاصة ما تقدم هو أن القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية تضمنت أحكام الظروف الطارئة كما ينظمها القانون الوضعي، وإن كانت هذه القواعد أكثر شمولاً، وأوسع مدى، بحيث تمنح المتعاقد حماية أوفى، مما قد يلحق به من أضرار بسبب تغير الظروف، فهي لا تكتفي بأن يكون الظرف عاماً بل تدخل في اعتبارها الظروف الخاصة بالمتعاقد، كما أن تطبيق تلك القواعد، لا يقتصر على منح القاضي سلطة تعديل العقد فحسب، بل تصل إلى منحه حق فسخ العقد إذا استلزم رفع الضرر ذلك. وهو الجزاء الذي تأخذ به بعض القوانين الوضعية () كأثر لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي 2.4.1.4

لقد عرف الفقه الإسلامي تطبيقات عدة للظروف الطارئة، ما جاء منها في مجال فسخ عقد الإجارة للعذر وبخاصة في المذهب الحنفي، ووضع الجوائح في بيع الزروع والثمار في المذهبين المالكي والحنبلي. وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في حالة تقلب أسعار النقود وتغير قيمتها. وسنتناول كلاً من هذه التطبيقات على حده أولاً: فسخ عقد الإجارة للعذر

لقد توسع المذهب الحنفي، دون غيره من المذاهب الجماعية الأخرى في الفقه الإسلامي، في نظرية العذر في فسخ عقد الإجارة

ويعرف الفقه الحنفي العذر بأنه "ظرف قد يطرأ على العقد بعد إبرامه، ولا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق المتعاقد في نفسه أو ماله، فهو إذن عجز". ("المتعاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وبذلك، فإن مؤدى هذه الحالة أن يطرأ بعد إبرام عقد الإيجار، لأي من طرفيه أمر لم يكن في الأصل حسبانه، من شأنه أن يجعل استمرار العقد ضاراً به ضرراً كبيراً، ليس من مقتضى العقد أن يتحمله، فيتمثل هذا الأمر عذراً في جانبه يتيح له أن"). (ينهي العقد قبل فوات مدته

وقد قسم الحنفية العذر الذي يفسخ به العقد في الإجارة إلى ثلاثة أنواع هي: الأول العذر الذي قد يكون في جانب المستأجر، والثاني قد يكون في جانب المؤجر، والثالث قد يكون في جانب العين المؤجرة

ومثال الأول: كأن يفلس المستأجر فيقوم من السوق أو يريد سفراً أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو من حرفة إلى حرفة، لأن المفلس لا ينتفع بالحنوت المستأجر وفي إلزامه إضرار به وفي إبقاء العقد مع ضرورة خروجه للسفر ضرر به ولو استأجر رجل شخصاً لمصلحة يؤديها له ثم بدأ له لظروف معينة ألا (يفعل. فكان له الحق في الفسخ بسبب العذر، دفعاً للضرر

أما مثال الثاني، وهو العذر في جانب المؤجر: كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر من الإبل أو العقار فيحق له الفسخ إذا كان الدين ثابتاً قبل عقد الإجارة أما إذا ثبت بعد الإجارة فلا حق له في الفسخ لأنه متهم في إقراره بالدين عند صاحبين ويحق له عند الإمام أبي حنيفة (). وأيضاً من الأعذار التي

تظهر في جانب المؤجر وتمكنه من فسخ العقد أن يشتري دار فيؤجرها ثم يجد بها
(.) عيباً فله أن يردها بالعيب إلى البائع بعد فسخه الإجارة لهذا العيب
أما مثال الذي يتعلق بالشيء المأجور، نحو أن يؤجر أب ولد له لم يبلغ سن
الرشد، ثم بلغ خلال مدة الإجارة، فيكون ذلك عذراً للفسخ، لأن في إبقاء العقد بعد
البلوغ ضرراً بالصبي، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه.
وكذلك الأرض الزراعية المستأجرة إذا أغرقها المياه أو أصابها تراب لا تصلح معه
(.) للزراعة

وفي الفقه الشيعي أنه "لو تلفت العين المستأجرة بآفة سماوية ونحوها قبل
استلامها كما لو استأجر داراً ليسكنها فتهدمت أو عقاراً جرفته السيول تفسخ الإجارة،
ولو استأجر إنسان داراً أو عقاراً في بلد لاستغلال منفعته ثم حدث خوف منعه من
السكن في تلك البلد واضطره إلى الهجرة منها فهو مخير بين الفسخ والإبقاء، ولو
استأجر إنسان شخصاً لإجراء عملية جراحية ثم ارتفع المرض الموجب لها تفسخ
الإجارة وعموماً كل عذر يؤدي إلى عدم استيفاء المنفعة المعقودة عليها. ويفرق جانب
من الفقه الشيعي بين عدم استيفاء المنفعة مطلقاً وبين استيفاء جزء من المنفعة فيجعل
الإجارة باطلة في الحالة الأولى كلية أما في الحالة الثانية فتبطل بالنسبة إلى بقية
(.)" المدة وتحسب الأجرة على ضوء ذلك

يرى المالكية جواز الفسخ بالعدر كغصب العين المستأجرة أو منفعتها أو أمر
ظالم باغلاق الحوانيت المكتره أو حمل الظئر لأن لبن الحامل يضر الرضيع أو
مرضها، ويتجه جمهور الفقهاء لعدم جواز الفسخ للإجارة بالعدر لأن الإجارة أحد
نوعي البيع فيكون العقد لازماً إذا العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ إلا باتفاقهما وأكد
الشافعية ذلك وفقهاء الحنابلة (.) . ففي المذهب الشافعي، يلاحظ اقتصار العذر المعتقد
به على ما يتصل باختلال العين في عقد الإيجار دون غيره. وبالتالي يثبت حق الفسخ
للمستأجر بسبب العذر، بعكس ما إذا كان فوات المنفعة بسبب عذر يتصل بالمستأجر
نفسه كمرضه، فإنه لا يثبت حق الفسخ في هذه الحالة. أما المذهب الحنبلي،
فبالإضافة إلى اعتدادهم بفوات المنفعة في عقد الإيجار نتيجة لحدوث خلل في العين
المؤجرة، فإنهم أيضاً يعتدون بالعدر الشرعي وإن لم يكن متصلاً بالعين المؤجرة. ويعد

عذراً يستوجب فسخ العقد، ولكنهم يتشربون في العذر أن يكون بسبب عام لا بسبب فردي ().

ثانياً: تعديل العقد أو إنهائه بسبب الجوائح في بيع الثمار وهذه الفكرة، تتبنى على عملية بيع الثمار وهي لا تزال على الشجر بعد بدو صلاحها، فتحدث جائحة تتسبب في هلاك بعض هذه الثمار أو كلها، فيتحمّل البائع لا المشتري تبعه الهلاك، وهذه النظرة إلى نتيجة الجوائح، اشتهر بها فقهاء المذهب المالكي على وجه الخصوص، حيث قالوا إنه إذا بيعت الثمار على الشجر بعد ظهور صلاحها، وهلكت بجائحة أو بعضها، فإن هلاكها يكون على البائع، ويبرأ المشتري من الثمن، وسند المالكية فيما ارتأوه ما رواه مسلم عن جابر أن النبي عليه صلوات الله أمر بوضع الجوائح وأنه قال: "إن بعث من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن () تأخذ منه شيئاً".

والجائحة في اللغة هي الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال فتهلكه كله أو بعضه (). أما في الاصطلاح فيقصد بها، في المذهب الحنبلي: "كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالرياح والبرد والجراد والعطش" (). ويتضح أن المقصود من الآفة هنا هي السماوية.

وأما في المذهب المالكي فهي الآفة السماوية التي تصيب الثمر كالبرد والعفن والدود والعطش، وهذا بالاتفاق، أما ما يكون من صنع الآدميين ففيه خلاف، إذ رآه بعضهم جائحة وآخرون لم يروه كذلك، والذين رأوه جائحة انقسموا إلى قسمين: بعضهم يعد كل ما كان غالباً كالجيش جائحة، وأما ما كان من قبيل الأخذ على حين غرة كالسرقة فليس بجائحة، وبعضهم يرى أن كل ما يصيب الثمار من قبل الآدميين فهو () جائحة.

وأما وضع الجوائح فيقصد بها إنقاص الثمن بقدر التالف من الثمر، حتى إذا () تلف الثمر كله سقط الثمن كله.

وكذلك فإن المذهب الحنبلي، والذي قضى بوضع الجوائح فقرّر إنقاص الثمن بقدر التالف من الثمر المبيع بسبب الجائحة، بنى ذلك على أن بيع الثمرة قائمة على

الشجر وأن خلى البائع بينها وبين المشتري لا تكون التخلية قبضاً كاملاً، فحكم الهلاك
(.) بالجائحة في هذه الحالة هو حكم الهلاك قبل القبض فيكون على البائع
وأساس مشروعية وضع الجوائح تحريم أكل أموال الناس بالباطل الوارد بقوله
تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا لأن تكون تجارة عن تراضي منكم". ولا شك
أن البائع إذا أخذ ثمن المبيع كاملاً من المشتري ولم يحصل الأخير على جزء من
المبيع أو هلك المبيع كله فلا يكون هناك مقابل لما قبضه البائع فإن هو أخذ الثمن
رغم ذلك يكون قد أكل مال المشتري بالباطل

غير أن طائفة أخرى من العلماء لم تسلم بوضع الجوائح، ومن هؤلاء الشافعي
في الجديد وأبو حنيفة وغيره من الكوفيين والليث بن سعد، وجمهور المذهب الزيدي
والظاهرية والإمامية ومن معهم، فقد ذهبوا إلى عكس ما ذهب إليه المالكية والحنابلة
حيث يرون أن تبعة هلاك الثمار بسبب الجوائح، إنما تقع على كاهل المشتري ولا
دخل للبائع بها، طالما وأنه قد سلمها للمشتري بالتخلية (.) . باعتبار أن التخلية تسليم
وقبض فعلي

إن أساس الخلاف بين الفقهاء في وضع الجوائح هو هل التخلية في بيع الثمار
بعد بدو صلاحها يعد قبضاً كاملاً أم لا؟ فمن قال بذلك فقد جعل ضمان الثمار التي
اتلفتها الجائحة، كلاً أو بعضاً، على المشتري، ومن قال بغير ذلك أي أن التخلية لا
تعد من قبيل القبض الكامل، فقد قالوا أيضاً أن هلاك المبيع بالجائحة، في هذه الحالة،
(.) يكون من ضمان البائع

أما طبيعة الجائحة فتتمثل عند المالكية ومن معهم في الحوادث أو النازلات
السمائية والذي يترتب على حدوث إحداها تعديل العقد أو إنهائه، ولا خلاف حول
ذلك، إلا أنهم قد اختلفوا في نطاق هذه الجوائح، حيث ذهب رأي إلى انحصار معنى
الجائحة في الحوادث والنازلات السماوية وغيرها، بينما ذهب الرأي الثاني مذهباً
موسعاً، حيث اعتبر جميع الحوادث والنازلات سماوية كانت أم آدمية من الجوائح التي
تبيح مراجعة العقد طالما وأنه لا يد لأحد المتعاقدين في حدوثها، ولكن البعض الآخر
من الفقهاء اتخذوا موقفاً وسطاً بين المذهبين السابقين، بل ذهبوا إلى القول بأن
الجائحة كما يمكن أن تتمثل في آفة سماوية، فإنها قد تتمثل أيضاً في فعل من الأفعال

الآدمية، إلا أنهم بالنسبة لهذه الأخيرة، وهي الحوادث أو الأفعال الإنسانية يشترطون لانطباق حكم الجائحة على أي منها، أن يكون غالباً، بمعنى أن يكون دفع هذا الفعل أو رده مما يخرج عن قدرة المتعاقد وإمكاناته، أما إذا لم تكن هذه الأفعال غالبية حتى إذ حدثت بغتة وعلى حين غرة كالسرقة مثلاً فإنها لا تعتبر في حكم الجائحة، لأنه يمكن التحفظ والتحوط من السارق. والجوائح المعتبرة في هذا الفقه هي التي تصيب الثمار وهذه لا خلاف عليها. وإنما وقع الخلاف بين فقهاء المذهب المالكي، بشأن ما (.) يصيب البقول والأرجح في هذا المذهب أنه يعد جائحة

فإننا نرجح الرأي الأخير لأنه أكثر الآراء توافقاً مع العدل، ومن شأن الأخذ به خلق التوازن بين مبدأ استقرار المعاملات، ومبدأ العدالة التعاقدية، ويتفق بصورة كبيرة مع نظرية الظروف الطارئة، كما تأخذ بها القوانين المدنية الحديثة

أما من حيث مجال انطباق نظرية الجوائح ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه بسبب الجائحة، ففيما يتعلق بالمحل الذي تنصب عليه الجائحة حيث خالصنا إلى أن المحل الذي تنصب عليه الجائحة لا ينحصر في الثمار وحدها فحسب بل يشمل أيضاً جميع أنواع البقول والخضروات والنباتات والزرع التي تدخل في دائرة التعامل المالي بين الأفراد أيّاً كان نوعها وأياً كانت طبيعتها. وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا بد من التعرف على مدى سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه بسبب الجوائح، ويلاحظ أن الفقهاء اشترطوا لإمكان تطبيق حكم الجوائح أن يبلغ أثر الجائحة على الثمار إلى مقدار الثلث أو أكثر ()، أي أن المقدار الذي تجب فيه الجائحة فهو الثلث في الثمار. وأما البقول ففيها قولان: الأول يرى الثلث كالثمار، والآخر لا يشترط الثلث، إذ القليل والكثير عنده سواء تجب فيه الجائحة. وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك وغيره من المالكية كابن القاسم وأشهب مستنديين في ذلك إلى أن الشرع قد اعتبره في مواضع شتى كما ورد في الوصية في حديث الرسول عليه الصلاة والسلام: "الثلث والثلث كثير" (.)

وقد وقع خلاف في تحديد الثلث، أهو بالكيل أم بالقيمة؟ فابن القاسم يعد ثلث الثمر بالكيل. وأما أشهب فيعده في القيمة، ويتضح لنا من العرض السابق أن المالكية يعولون على الثلث في حط الجائحة باعتباره القدر الذي يحقق الضرر الفاحش

بالمشتري أما إذا قل القدر عن الثلث فإنه يكون من قبيل الضرر اليسير الذي يتحملة
(.) عامة الناس ومنهم المشتري بطبيعة الحال

بينما ذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى تطبيق نظرية الجوائح في القليل
والكثير دون التقييد بحد معين. وذلك ما ذهب إليه الإمام الشوكاني حيث يقول "قال
مالك: إن أذهبت الجائحة دون الثلث لم يجب الوضع، وإن كان الثلث فأكثر وجب،
لقوله صلى الله عليه وسلم "الثلث والثلث كثير" قال أبو داود: لم يصح في الثلث شيء
عن النبي صلى الله عليه وسلم، وهو رأي أهل المدين والراجح الوضع مطلقاً من غير
(.)" فرق بين القليل والكثير وبين البيع قبل بدو الصلاح وبعده

وكذلك فإن الظاهر في المذهب الحنبلي أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها
إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت إليه. قال
أحمد: "إني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة، ولا أدري ما الثلث، ولكن إذا
(.)" كانت جائحة تتلف الثلث أو الربع أو الخمس توضع

ويقول ابن قدامة في وجه هذا القول: "الراجح أنه هو عموم الأحاديث فإن النبي
صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيه فيجب وضعه، ولأن
هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع، وإن كان قليلاً كالتى على
وجه الأرض وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في
الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود وبحكم العادة فكأنه مشروط، إذا ثبت
هذا فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب فإن تلف
(.)" الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن

ثالثاً: تغير قيمة النقود

ومؤدى هذه النظرية في الفقه الإسلامي، أنه إذا انعدمت قيمة النقود لسبب ما،
فإنه في حالة البيع المؤجل الثمن، يلتزم المشتري بتسليم آخر ما استقرت عليه قيمة
هذه النقود في التعامل، قبل فقدانها لقوتها الشرائية، وهذا هو رأي محمد صاحب أبي
حنيفة، أما الإمام أبو حنيفة فقد ذهب إلى أن ذلك يؤدي إلى بطلان عقد البيع لانتفاء
ثمنه. أما في حالة نقص أو زيادة قيمة النقود دون أن تنعدم قوتها الشرائية كلية فقد

اختلف رأي أبي حنيفة عن رأي محمد، حيث ذهب الأول إلى أن على المدين دفع ما قبض من عدد النقود، ودونما أي اعتبار لما تكون عليه قيمتها، بينما ذهب الأخير إلى (.) أنه يجب رد قيمة النقود بحسب ما كانت عليه يوم أخذ هذه القيمة

أما إذا حصل تغيير في سعر بعض النقود الرائجة بسبب صدور أوامر من السلطان أو الحاكم فانخفضت قيمتها، بحيث تتفاوت قيمتها نتيجة للتخفيض، ففي حالة عدم اتفاق المتعاقدين على عملة معينة، فإنه يتم التصالح بينهما بحيث لا يلزمه (.) بعملة معينة منها، والخيار فيه للدافع كما كان له ذلك وقت العقد

إن التطبيقات المذكورة للظروف الطارئة تجد أساسها في نظرية الضرورة، والمقصود بها أنه لا يجوز في الشريعة أن ينشأ عن تطبيقها ضرر عام أو خاص، ومن هذا الأصل الذي تقوم عليه النظرية تفرعت قواعد أساسية في الشريعة الإسلامية ومن هذه القواعد "لا ضرر ولا ضرار" و"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" و"المشقة تجلب التيسير" و"الأمر إذا ضاق اتسع" و"درء المفاسد أولى من جلب المنافع" (.) و"الضرورات تبيح المحظورات

ويستنتج من هذه التطبيقات أن الفقه الإسلامي يخول القاضي سلطة تعديل العقد إذا تحققت ظروف معينة تقتضي هذا التعديل، من أجل إعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين، باعتبار أن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم (.) "للمخاطبين به وهو ما جاء في قوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار

(سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي) (التعويض الاتفاقي 2.4)

الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي برز في العقود كمظهر من مظاهر الحرية التعاقدية التي كفلتها مختلف التشريعات المدنية الحديثة وأوجب احترامها على الكافة (.) "فالعقد شريعة المتعاقدين

وكنتيجة لهذه الحرية، فقد يحتاط الطرفان في اتفاقهما المنشئ للالتزام الأصلي، لغرض عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزامه أو التأخر فيه، فيضيفان إلى اتفاقهما على الالتزامات الأصلية اتفاقاً على تعويض مقدر سلفاً يتحمل به الطرف الذي يقع منه هذا الإخلال، هذا الاتفاق الإضافي يعتبر شرطاً من شروط اتفاقهما الأصلي (.) . يحدد جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه، ولذا يسمى "الشرط الجزائي". فهو في أغلب الأحوال يهدف

إلى تحذير الملتزم من الإخلال بالتزامه، وتهديده بالجزاء الشديد المشترط لحمله على الحرص على الوفاء، وفي موعده، ذلك أن "الجزاء" المشترط لا يقدر قياساً على ضرر (.) معين، بل يقدر تقديراً جزافياً

ولذلك يرى بعض الفقه ()، أن ذلك قد يكون هو السبب في تسميته بالشرط الجزائي إذ أن ما يتفق عليه كتعويض يكون أكبر بكثير من الضرر الحقيقي الذي قد يصيب الدائن نتيجة عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ التزامه، والتي تجعل من حق القضاء أن يعدل اتفاق الطرفين عليه بما يجعله متناسباً مع الضرر بينما يذهب البعض () إلى العكس، بأنه لا يوجد فيه أي عنصر جزائي. وأن التسمية اللاتينية الواردة في القانون (Stipulatio) إنما جاءت وليدة الترجمة الفرنسية لعبارة الروماني.

ونحن نميل إلى الرأي الأول، لأنه أقرب إلى العقل، وأكثر توافقاً مع الواقع فالشرط الجزائي إذا ما تضمن زيادة على ما يكفي لتعويض الضرر، فإن المدين يظل ملزماً بدفعها استناداً إلى الاتفاق، ولا أساس لهذه الزيادة في ظل حماية الحرية التعاقدية، التي لا يمكن المساس بها، إلا اعتبارها نوعاً من الجزاء أو العقوبة الخاصة. ولذلك فدلالة التسمية على الجزاء صريحة لا لبس معها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، لو أن الغرض هو التعويض المستحق للضرر الفعلي، لما ثارت ثائرة الفقه والقضاء نتيجة لتدخل القضاء أو الدعوة إلى ذلك التدخل لإعادة تقدير التعويض بما يتناسب مع الضرر والقول بأن في ذلك انتهاكاً للحرية التعاقدية، وزعزعة لاستقرار العقود، إلى غير ذلك من أوجه النقد المختلفة التي أبداها المعارضون لتدخل المشرع أو القاضي طالما وأن الغرض وهو التعويض سيتحقق بأي من الوسيلتين، لذلك فإن التقنيات الحديثة التي استبدلت اصطلاح الشرط الجزائي باصطلاح "التعويض الاتفاقي" قد وافقت (.) الصواب لاتفاق تلك التسمية مع الطبيعة القانونية للمسمى

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانونين الأردني والمصري 1.2.4

تنص المادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني على أنه: "١- يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون، ٢- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد

الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.

نصت المادة (٢٢٣) من القانون المدني المصري على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠

كما نصت المادة (٢٢٤) على أنه: "١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لا يلحقه أي ضرر، ٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين

وتقرر المادة (٢٢٥) أنه "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً

إن الشرط الجزائي في حكم القانونين الأردني والمصري، إنما هو عبارة عن تعويض جزافي، قدر سلفاً، لتغطية ضرر محتمل، نتيجة عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر في تنفيذه. وليس له هنا أي صفة جزائية، وذلك هو ما يتفق عليه أغلب الفقه العربي (بصفة عامة من خلال ما وضعوه من تعريفات للشرط الجزائي، فقد عرفه الأستاذ الدكتور أنور سلطان بقوله "الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه" (). كما عرفه الأستاذ جبرائيل غزال بقوله "التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي هو اتفاق يتعهد فيه المدين، بدفع مبلغ من المال، في حال عدم قيامه بتنفيذ ما تعهد به أو تأخر في (). "تنفيذه، ويكون هذا التعيين تحديداً مقطوعاً مسبقاً للتعويض

يحدث كثيراً أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض. فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه

وهذا هو التعويض عن التأخير. هذا الاتفاق مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائي.

ويسمى بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه. ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد (م ٣٦٤ مدني أردني) بشرط أن يكون هذا الاتفاق سابقاً على واقعة اخلال المدين بالتزامه، أي سابقاً على عدم التنفيذ أو التأخر فيه، لأنه إذا كان لاحقاً لهما فإنه يعتبر صالحاً لا شرطاً جزائياً). وعادة يتناول الشرط الجزائي تقدير التعويض المستحق عن الإخلال بالتزام تعاقدى)، غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون اتفاقاً على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعمل غير المشروع وإن كان هذا يقع نادراً). فمثلاً قد يرد الشرط الجزائي بصدد المسؤولية التقصيرية، ومثال ذلك أن يتفق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار التعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم مستقبلاً من الدخان المتصاعد من مداخن المصنع أو من الضجة الناجمة عن آلات المصنع). كذلك إذا اتفق على تعويض يستحقه الدائن في حالة فسخ العقد أو الرجوع في وعد كالوعد بالزواج، فإن ذلك يعتبر تعويضاً عن الإخلال بالتزام غير عقدي).

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة متنوعة في الحياة العملية، إذ لا يكاد يخلو منه أي عقد تبرمه المؤسسات الحكومية مع المتعاقدين، بل شاع استعماله حتى في العقود العادية المبرمة بين الأطراف كعقد البيع والشراء والإيجار والاستئجار والمقاولات وفي عقود العمل وغير المسماة منها. فشروط المقابلة قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل اسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه. وكذلك الحال أيضاً في عقود التوريد، كما أن لائحة المصنع كثيراً ما تتضمن شروطاً جزائية تقضي بخصم مبالغ معينة من العامل جزاء الإخلال بالتزاماته، كما أن عقود النقل كثيراً ما تتضمن تحديداً للمبلغ الذي يدفعه الناقل في حالة فقد البضاعة أو تلفها. ومن أمثله أيضاً إشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها هو أيضاً شرط جزائي ولكن من نوع مختلف، إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض،

بل هو تعجيل أقساط مؤجلة. ومثل ذلك أنه إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر عند انتهاء إجارته الأطنان المؤجرة إليه خالية من الزراعة، وشرط في العقد تعويض المؤجر عن الإخلال بهذا الاتفاق بأن الزراعة التي عسى أن تكون قائمة عند انتهاء الإيجار تكون ملكاً للمؤجر، كان الاتفاق الأصلي صحيحاً وكان الشرط الجزائي صحيحاً معه. فأكثر ما يرد الشرط الجزائي على عقود تتضمن الالتزام بنقل ملكية أو عمل أو امتناع عن عمل. والغاية من الشرط الجزائي هو تأكيد القوة الملزمة للعقد (.)(وإعطائها زخماً إضافياً ولتجنب تحكم القضاء بالتعويض المقدر في العقد ويتميز الشرط الجزائي بأنه التزام تابع للالتزام أصلي. أما الالتزام الأصلي الذي يتبعه الالتزام بالشرط الجزائي، فهو ما التزم به المدين أصلاً بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام، فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل، ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه ويترتب على أن الالتزام بالشرط الجزائي تابع أمران: أولاً: أن العبرة هي بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي. ثانياً: بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي، أما بطلان الشرط الجزائي لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي أولاً: العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي: لا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكناً. كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي. وإنما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي، ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن، إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بخطأ المدين، أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بسبب أجنبي، فقد انقضى هذا الالتزام، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائي، لأن الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً (.)(لتعويض مستحق، وهنا لا يستحق الدائن تعويضاً ما وينبغي على ما تقدم أن الشرط الجزائي -كالتعويض- لا يعتبر التزاماً تخييرياً ولا التزاماً بدلاً. فهو ليس بالتزام تخييرى، لأن محل الالتزام التخيري متعدد تبدأ ذمة المدين بالوفاء بواحد منها وليس الشرط الجزائي محلاً للالتزام أصيل بذاته ولكنه تابع لالتزام آخر لا يوجد إلا عند الإخلال به. والشرط الجزائي ليس التزاماً بدلاً فلا يستطيع المدين أن يلزم الدائن بقبول الشرط الجزائي بدلاً من الالتزام الأصلي كما هو الحال

بالنسبة للالتزام البدلي (). وإنما الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي، يبقى ببقائه وينقضي بانقضائه، فإذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً (بخطأ المدين، تغير محل الالتزام الأصلي وأصبح تعويضاً تكفل الشرط الجزائي بتقديره).

ثانياً: بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي، أما بطلان الشرط الجزائي لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي: وإذا كان الالتزام الأصلي باطلاً، كان الشرط الجزائي وهو التزام تابع باطلاً كذلك. فإن عقد الالتزام الأصلي غير ذي أهلية أو غير ذي صفة، أو تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا دفع مبلغاً معيناً كشرط جزائي، كان كل من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطلاً. ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلاً، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلاً، لأن الشرط الجزائي التزام تابع، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي. مثل ذلك أن يشترط الدائن المرتهن، كشرط جزائي إذا لم يستوف الدين عند حلوله، أن يبيع العين المرهونة دون إتباع الإجراءات الواجبة قانوناً أو أن يمتلك العين، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلاً دون أن يبطل الالتزام الأصلي ().

ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أيضاً أن الدائن إذا اختار، عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي، فسخ العقد بدلاً من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي، سقط الالتزام الأصلي بمجرد فسخ العقد وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له، ويطالب الدائن في هذه الحالة بالتعويضات التي يقدرها القاضي وفقاً للقواعد العامة التي تقدم (). ذكرها، ولا يطالب بالتعويض المقدر في الشرط الجزائي

وترتبط هذه النتيجة الثانية خصوصاً مع العقد الناقل لملكية عقار (أو أي حق عيني عقاري آخر) الذي هو عقد شكلي لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري (دائرة الأراضي)، ومع هذا قد يتعهد الطرفان بنقل ملكية عقار ويضمنان هذا () التعهد شرطاً جزائياً فما حكم هذا الشرط؟

تنص المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني على أن: "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء أكان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط". فهذا النص صريح في إلزام من أخل بتعهده بنقل

ملكية عقار بالتعويض سواء اشترط التعويض في التعهد (أي كان في صورة شرط جزائي) أم لم يشترط، وإلزام المتعهد الذي أخل بتعهده بنقل ملكية عقار بالشرط الجزائي. أمر لا جدال فيه

وفي هذا الصدد قررت محكمة التمييز في أحد أحكامها أنه "وحيث أنه من الجائز أن يحدد مقدار الضمان سلفاً بين العاقدين وهو ما يساوي مقدار التعويض عن الضرر الناجم عن الإخلال بتنفيذ الالتزام وفقاً للمادة ١/٣٦٤ من القانون المدني وحيث أن المدعى عليه قد التزم بموجب الإقرار الخطي الصادر عنه بأن يقوم بالتنازل عن قطعة الأرض موضوع الدعوى لصالح المدعي خلال شهر واحد من تاريخ توقيع الإقرار وأنه في حالة إخلاله بتنفيذ هذا الالتزام يكون ملزماً بدفع مبلغ خمسة آلاف دينار للمدعي بسبب عدم تنفيذ هذا الالتزام فاتفقهما على تحديد مقدار الضمان ليس فيه ما يخالف القانون. أما القول بأن الاتفاق على الضمان باطل لأنه ناشئ عن عقد بيع باطل فهو قول مردود ذلك أن المدعي لا يطالب بتنفيذ عقد البيع وإنما يطالب بالتعويض عن إخلال المدعي عليه بالتزامه بنقل ملكية العقار المتفق على بيعه طبقاً (.)"المادة (١١٤٩) من القانون المدني

شروط استحقاق الشرط الجزائي 2.2.4

قلنا أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر، يغلب أن يكون عقداً، وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ من هذا العقد هو السبب في استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ، وكذلك تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي هو السبب في استحقاق التعويض عن التأخير، والشرط الجزائي إنما هو تقدير المتعاقدين مقدماً لكل من التعويضين

فشروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض. وشروط استحقاق التعويض هي وجود خطأ من المدين، وضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر، وإعذار المدين، فهذه هي أيضاً شروط استحقاق الشرط الجزائي، وقد أشارت إلى ذلك المادة (٢٢٣) مدني مصري حيث أحالت على المواد

٢١٥-٢٢٠، والإشارة إلى هذه المواد يعني ضرورة توافر شروط التنفيذ بطريق

(.) التعويض، لاستحقاق التعويض المقدر بالشرط الجزائي

وعلى ذلك فإن القاضي عملاً يبدأ ببحث توافر هذه الشروط قبل التدخل

بالتعديل ممارسة للسلطة التقديرية المخولة له قانوناً فهي تمثل الشروط العامة أيضاً

:لتدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي أو إنهائه وسنتناولها بإيجاز فيما يلي

أولاً: شرط الخطأ: يترتب على أن الشرط الجزائي تعويض أنه لا يستحق إلا إذا كان

عدم التنفيذ أو الإخلال به نتيجة خطأ صادر من المدين. والغالب أن يكون هذا الخطأ

خطأ عقدياً. وعلى الدائن إثبات هذا الخطأ، إلا إذا كان الالتزام العقدي الذي قصد

المدين الوفاء به التزاماً بتحقيق نتيجة، فيكتفي من الدائن بإثبات عدم تحققها فإن فعل،

فيفترض الخطأ في جانب المدين ويكون على الأخير إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه

إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي. فإذا تخلف الخطأ فلا محل لأعمال الشرط

(.) الجزائي، حيث أنه تقدير للتعويض ولم يستحق الأخير لانتفاء الخطأ

ثانياً: شرط الضرر: ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يترتب على عدم التنفيذ أو

التأخر فيه ضرر بالدائن. ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض، فإذا لم يوجد

ضرر لم يكن التعويض مستحقاً، ولا محل لأعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة. وهذا

ما نصت عليه صراحة المادة (١/٢٢٤) من القانون المدني المصري بقولها "لا يكون

التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر". ويلاحظ من

هذا النص أن الشرط الجزائي - بالنسبة لركن الضرر - لا يخلو من فائدة، فوجود هذا

الشرط يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين، ولذلك يعد الضرر مفترضاً، فلا

يكلف الدائن بإثباته، وإنما على المدين أن يثبت عدم تحقق الضرر حتى يتخلص من

الشرط الجزائي. ومفاد ذلك أن الشرط الجزائي وإن لم يستبعد ركن الضرر، إلا أنه ينقل

(.) عبء الإثبات في خصوص هذا الركن من الدائن إلى المدين

وكذلك المادة (٢/٣٦٤) من القانون المدني الأردني التي تؤكد أن يكون تعديل

المحكمة لمقدار الضمان المحدد بموجب الشرط الجزائي تعديلاً يجعل التقدير مساوياً

للضرر الواقع فعلاً، وهذا يعني بمفهوم المخالفة، أنه إذا تبين للمحكمة أنه لا يوجد

(.) ضرر فإنها لا تحكم بالتعويض

ثالثاً: شرط علاقة السببية: لا يكفي القاضي عند بحثه في الشروط اللازمة لتطبيق أحكام الشرط الجزائي المقررة قانوناً، والتي تتيح له التدخل في تعديل مضمونه أو إنهائه بثبوت خطأ المدين وبثبوت أن ضرراً لحق بالدائن، أي أن تحقق الخطأ والضرر لا يكفي لأعمال الشرط الجزائي إلا إذا توافرت علاقة السببية بينهما، بحيث يكون الضرر متولداً عن هذا الخطأ ونتيجة له، وقد سبق القول أن الخطأ بدون ضرر لا يترتب عليه قيام المسؤولية، أما إذا انتفت هذه العلاقة بأن كان الضرر اللاحق بالدائن لم ينشأ نتيجة ثبوت خطأ من المدين فإن المسؤولية لا تقوم كان يكون هناك سبب أجنبي عن المدين هو الذي أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن والسبب الأجنبي قد يتمثل في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وقد يكون فعل الغير أو فعل الدائن، فإذا كان عدم التنفيذ أو التأخير فيه ناتجاً عن أحد هذه الأسباب أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشراً ولكنه غير متوقع، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية، ولا يستحق التعويض، فلا محل إذن لأعمال الشرط الجزائي، كما لو اثبت المَقاول أن السبب في عدم تنفيذه للعمل المتفق عليه في عقد المَقاولَة في الموعد المحدد يرجع لقيام حرب أو حدوث صاعقة أو حريق أو غير ذلك. ويشترط في هذه (.)الأحداث أن تكون غير متوقعة الحصول، ولا يمكن درء نتائجها

رابعاً: شرط الإعذار: بالإضافة إلى الأركان السابقة، فإنه يجب الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي في كافة الأحوال التي يكون فيها الأعذار واجباً، فإذا لم يَقم الدائن بأعذار مدينة في الحالات التي يجب فيها ذلك فلا استحقاق للتعويض الاتفاقي، فمجرد الاتفاق على الشرط الجزائي لا يتضمن إعفاءً من وجوب الإعذار في الحالات الواجبة فيه. ذلك أنه يفترض مع عدم الإعذار أن يكون الدائن راضياً، أو على الأقل متسامحاً في تأخره أو يعتبر قرينة على عدم وجود ضرر يصيبه من جراء التأخير في التنفيذ (.) . غير أنه إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن فلا ضرورة حينئذ للإعذار

أي أن من خصائص الشرط الجزائي أنه تعويض قدرة الطرفان، ويترتب على هذا أنه لا يستحق إلا بعد أعذار المدين وهذا ما أشارت إليه المادة (٣٦١) من القانون المدني الأردني من عدم استحقاق الضمان إلا بعد أعذار المدين ()، حيث نصت على

أنه "لا يستحق الضمان إلا بعد إعدار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو
"في العقد".

3.2.4 مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إذا ما انتهى القاضي إلى توافر الشروط السابقة كعناصر أساسية تقوم عليها
مسؤولية المدين فإنه يتقرر حقه في التدخل بالتعديل للشرط الجزائي في صورة
الإنقاص من مبلغ الشرط أو الزيادة فيه، أما سلطته المتمثلة في الإنهاء للشرط الجزائي
أو عدم الحكم به، فتترتب على عدم توافر تلك الشروط أو بعضها

من خلال نص المادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني وما يستفاد من
القواعد العامة التي تحكم التعويض الاتفاقي يتضح أن الأصل أن يحكم القاضي
بالتعويض الاتفاقي دون تغيير إذا رأى أن التعويض مساوياً للضرر الذي أصاب
الدائن، وأن للمحكمة سلطة تقديرية في تعديل مقدار الشرط الجزائي إذا تبين خلاف
ذلك

ويمكن إجمال مظاهر السلطة التقديرية للقاضي في تعديل التعويض الاتفاقي
بإلغائه أو تخفيضه أو زيادته، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها
باتفاق خاص (م/٣٦٤/٢) مدني أردني

أما بالنسبة للحالة الأولى، وهي عدم الحكم بالتعويض الاتفاقي (إلغاء الشرط
الجزائي)، فقد أوضحنا سابقاً أن الضرر يعتبر ركناً من أركان المسؤولية العقدية
والتقصيرية، وهو بنفس الوقت ركناً في استحقاق التعويض الاتفاقي، فما لم يلحق
الضرر بأحد أطراف العقد فلا يمكن للدائن المطالبة بالتعويض الاتفاقي، وعلى
القاضي التأكد من لحوق الضرر بالدائن فإذا ثبت له عدم تضرر الدائن من إخلال
المدين الناجم عن خطئه بتنفيذ التزامه فلا يحكم بالتعويض على المدين. لأن الحكم فيه
سيعني إثراء للدائن على حساب المدين، وكذلك إذا تبين للمحكمة أن الضرر الذي
أصاب الدائن قد حصل بسبب أجنبي فلا يجوز للمحكمة الحكم على المدين بالتعويض
(.) الاتفاقي

ويقع عبء إثبات عدم لحوق الضرر بالدائن على عاتق المدين، فعليه أن يثبت ذلك وما لم يستطع ذلك فإن تضرر الدائن يكون في الأصل مفترضاً، وإذا ما أثبت المدين (تضرر الدائن) فقد انهزم أحد أركان المسؤولية (الضرر) وبالتالي انتفى الحكم بالتعويض.

يبقى بعد هذا أن الشرط الجزائي - كما تقول المادتين ٢٢٤-٢٢٥ من القانون المدني المصري - قابل للتخفيض وقابل للزيادة، فنبحث متى يجوز تخفيضه، ومتى تجوز زيادته.

سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي 1.3.2.4

تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٢٤) من القانون المدني المصري على أنه "يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه". إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

وعلى الرغم من عدم ورود نص في القانون المدني الأردني يقابل نص الفقرة أعلاه إلا أنه وبتقديرنا أن الفقرة الثانية من المادة (٣٦٤) تقي بالغرض المقصود من هذا النص، وعليه ووفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة (٢٢٤) من القانون المدني المصري فإنه للقاضي سلطة تقديرية في تعديل الشرط الجزائي بتخفيضه، فللمحكمة فعل ذلك وإنقاص الشرط الجزائي في حالتين الأولى: إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة. والثانية: إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه.

الحالة الأولى: تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة إذا أثبت المدين أن التقدير الاتفاقي للتعويض مبالغاً فيه، بمعنى أن مبلغه يزيد كثيراً عن الضرر الذي الحق بالدائن جاز للقاضي تخفيضه. وعلة هذا الاستثناء أنه إذا كان محل الالتزام الأصيل مبلغاً من النقود، فيكون المقصود بالشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يتعين تخفيضها إلى الحد القانوني. أما إذا كان محل الالتزام من غير النقود، فقد يكون المقصود من المبالغة في الشرط الجزائي أن يكون شرطاً تهديدياً

لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه، وفي هذه الحالة يأخذ حكم التهديد المالي، بمعنى أنه يكون للقاضي إعادة النظر فيه وتقدير التعويض المستحق وفقاً للقواعد العامة، وإذا لم يكن الغرض منه أن يكون شرطاً تهديدياً، فلا يمكن تفسير المبالغة فيه إلا على أساس غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان، أو على أساس ضغط من الدائن حمل المدين على قبول مثل هذا الشرط الجائر، وفي أي من الفرضين يتعين تخفيض (.) الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب والضرر الواقع

ويقع عبء إثبات المبالغة في مقدار الشرط الجزائي على عاتق المدين (المدعي)، ويترتب على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت المدين أن التقدير الوارد في الشرط الجزائي يزيد على مقدار الضرر الذي وقع فعلاً، بل يتعين عليه إثبات أن هذا التقدير قد إنطوى على مبالغة إلى درجة كبيرة بحيث لا يتناسب مع حجم الضرر الواقع فعلاً، فإذا أثبت ذلك فإن القاضي يخفض مقدار الشرط الجزائي إلى الحد الذي يراه القاضي معقولاً، ولا يلزم أن يخفض التعويض إلى الحد الذي يكون مساوياً للضرر. وهذا الأمر متروك لسلطة القاضي التقديرية، فلا رقابة عليه من محكمة النقض في تحديد حجم المبالغة في التعويض المشروط أو فيما يراه مناسباً لتخفيضه، ولكن عليه بيان الدليل (.) على المبالغة لكي لا يكون حكمه مشوباً بالقصور

الحالة الثانية: تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه فإذا كان الشرط الجزائي مشروطاً عن عدم التنفيذ، وكان المدين قد نفذ الالتزام تنفيذاً جزئياً، فإن للقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، ولا يكون في هذا التخفيض أي مساس بما إتفق عليه المتعاقدان بل هو إحترام لإرادتهما. ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين، فإذا استطاع المدين إثبات تنفيذه لالتزامه بشكل جزئي وأن الدائن قد استفاد من هذا الجزء ولم يرفضه، فإنه ما دام التعويض يرتبط بالضرر، فيجب تخفيضه إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي. ويحكم بالمبلغ الباقي ولو كانت قيمة الضرر الذي أصاب الدائن تقل فعلاً عن هذا المبلغ، إلا إذا كان الفرق يصل إلى الحد الذي يصبح فيه هذا المبلغ كتعويض عن الضرر الواقع، مبالغاً فيه إلى حد كبير، عندئذ يجوز تخفيضه

إلى الحد المناسب. فليس من العدل أن المساواة في الحكم بالتعويض بين المدين (المتمتع نهائياً عن تنفيذ التزامه وبين المدين الذي نفذ بعض التزاماته النابعة عن العقد).

ويلاحظ أن المشرع قد جعل التخفيض جوازياً للقاضي، وعلى ذلك فقد لا يرى القاضي مبرراً لتخفيض الشرط. إذا ثبت أن الجزء الذي تم تنفيذه تافهاً، أو لم يتحقق (من التنفيذ الجزئي أي فائدة للدائن).

وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض المصرية أنه "إذا كان من الثابت من وقائع النزاع أن المدين (البائع) قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها، وتخلف عن تنفيذه توريد باقي الأقطان المتفق عليها للمشتري، فإن تقصيره في هذا الشأن يكون تقصيراً جزئياً يبيح للقاضي - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن مما (يدخل تقديره في سلطات محكمة الموضوع).

والأحكام التي قدمناها وهي وقوع ضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وجواز تخفيض هذا الشرط تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها حيث ورد في عجز المادة (٣٦٤) مدني أردني "ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك". ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يضيفا إلى الشرط الجزائي أنه واجب الدفع على كل حال، حتى لو لم يقع ضرر أو تبين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة. ولو تم الاتفاق على ذلك، (كان هذا الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام).

نخلص مما تقدم إلى أن القانون المدني المصري والقوانين المستمدة منه، تحدد الحالات التي يجوز فيها لقاضي الموضوع تخفيض مقدار الشرط الجزائي، وفي حالة تخلف هاتين الحالتين، وجب الرجوع إلى الأصل، الذي يقضي بأن يحكم القاضي (بالتعويض المتفق عليه دون زيادة أو نقصان).

موقف القانون المدني الأردني

تنص الفقرة الثانية من المادة (٣٦٤) من هذا القانون على أنه "يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل". التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك

يتضح من هذا النص أنه يجوز للمحكمة في جميع الأحوال وبناء على طلب أحد الطرفين، أن تعدل مقدار الضمان الاتفاقي، ليكون مساوياً للضرر الواقع فعلاً وإذا ادعى الدائن أن الأضرار التي أصابته نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر فيه لا تتناسب البتة مع التعويض المتفق عليه، فيجب عليه أولاً وقبل كل شيء، أن يثبت ادعاءه بكل طرق الإثبات الجائزة قانوناً، فهذه المسألة من مسائل الواقع التي يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات. وإذا أثبت المدعي دعواه، فمن حق المحكمة إعادة النظر بمقدار التعويض المحدد سابقاً، وتعديله بما يساوي الضرر الحقيقي، وهذا تؤكد صراحة الفقرة الثانية من المادة المشار إليها سابقاً، وهي تجيز (.)لقاضي الموضوع التدخل في جميع الأحوال لتعديل الشرط الجزائي

أما إذا استطاع المدين إثبات أن مقدار هذا الشرط المتفق عليه مبالغ فيه ولا يتناسب مع حجم الضرر الذي لحق بالدائن فعلاً بسبب عدم الالتزام الأصلي، فإن بإمكان القاضي في هذه الحالة تخفيض التعويض المشروط إلى الحد الذي يساوي الضرر (.) وفي هذا الصدد قررت محكمة التمييز في أحد أحكامها أنه "عندما يكون مقدار التعويض محددًا في العقد مقدماً، فإن القاعدة أن يحكم به، إلا إذا ادعى المتعهد بأنه فاحش أو يزيد على الضرر الحقيقي اللاحق بالطرف الآخر، فيجوز للمحكمة (.)" تخفيضه بما يساوي الضرر تطبيقاً لأحكام المادة (٣٦٤/٢ من القانون المدني

وللقاضي كذلك أن يخفض مقدار الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ جزء من التزامه الأصلي، وهذا ما تؤكد عليه محكمة التمييز بقولها: "يحكم لصاحب البناء على المقاول بالتعويض عن الضرر الذي قدره الخبير من جراء تأخره عن تسليم البناء في الموعد المتفق عليه في الاتفاقية المعقودة بينهما والمتضمنة موعد التسليم والزام المقاول بدفع مبلغ محدد فيها عن كل يوم يتأخر فيه عن التسليم كشرط جزائي ولا يؤثر عدم تكرار الشرط الجزائي في الاتفاقية اللاحقة المبرمة بينهما في الموعد (.)"المحدد للتسليم

أما إذا عجز المدعي الذي يطالب بتعديل مقدار الشرط الجزائي عن إثبات ما يدعيه، فيجب على المحكمة في هذه الحالة، أن تحكم بالتعويض المتفق عليه دون زيادة أو نقصان. وهذا ما قرره محكمة التمييز بقولها: "أن التعويض المقدر بالعقد عند استقالة المبعوث والذي ينص على أن يدفع المبعوث مبلغاً محدداً بالعقد عن كل سنة دراسية أو جزء منها إذا استقال، فإن هذا المبلغ ملزم له ولكفيله، بالإضافة إلى تكاليف الدراسة، إذ لا يعتبر هذا الشرط من قبيل شروط فرض الغرامة، وإنما تعويض". (مقدر يلزم به المبعوث عند نكوله عن تنفيذ التزامه).

وخلاصة القول أنه إذا كان المشرع الأردني قد منح القاضي سلطة واسعة في تخفيض الشرط الجزائي، فهذا لا يعني أنها سلطة مطلقة دون قيد أو شرط، وإنما لها (قواعد مقررة هي القواعد نفسها التي تحكم العمل القضائي وبناء على ذلك فإنه يجب أن يقدم طالب تعديل مقدار الشرط الجزائي دليلاً قانونياً يثبت ما يدعيه بعدم التعادل بين التعويض والضرر الحقيقي، فإن هو عجز عن تقديم ذلك، لا تحكم المحكمة بالتعديل، وإنما يلزم بالتعويض المقدر بالشرط الجزائي المحدد في العقد).

سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي 2.3.2.4

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني تجيز للمحكمة أن تعدل الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر في حين أن المادة (٢٢٥) من القانون المدني المصري تقضي بجواز زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً. وهذا أيضاً ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٣٥٨) من القانون المدني الأردني من أنه "وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم". كذلك لا يجوز تطبيقاً للقواعد العامة أن يجعل المدين من الشرط الجزائي تكئاً للتحايل على قواعد التعديل الاتفاقي للمسؤولية، فبعض هذه القواعد يعتبر من النظام العام ولا تجوز (مخالفته تحت ستار الشرط الجزائي).

يتضح مما تقدم أن قاضي الموضوع وفق القانون المدني المصري والقوانين
() :العربية المتأثرة به، لا يستطيع زيادة مقدار الشرط الجزائي إلا في حالتين هما

الحالة الأولى: إذا كان الإخلال بالالتزام الأصلي نتيجة ارتكاب المدين نفسه غشاً أو
خطأ جسيماً

رأينا أن المادة (٢٢٥) مدني مصري تقضي بأنه: "إذا جاوز الضرر قيمة
التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن
المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً". وفي هذا الصدد يلاحظ أنه إذا تبين أن
التعويض المقدر ليس مبالغاً فيه بل هو أقل من الضرر الواقع، فإن المحكمة لا يجوز
لها زيادته حتى يتساوى مع الضرر، بل تحكم به كما هو وإلا فقد الشرط الجزائي
معناه، ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة شرط مخفف لمسؤولية المدين،
والاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها جائز أعملاً لحكم المادة
(٢/٢١٧) مدني مصري والتي تجيز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب
() .على عدم تنفيذه للالتزام التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم
ومعنى ذلك أنه إذا زاد الضرر الواقع على التعويض المتفق عليه في الشرط
الجزائي، ولكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فإن الشرط
الجزائي الذي جاز أن يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ العادي لا يستطيع
أن يخفف من مسؤوليته في حالتي الغش والخطأ الجسيم. وعلى ذلك يجوز للقاضي أن
يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع. وتبين من ذلك أن
الحكم الذي أورده المشرع في المادة (٢٢٥) مدني مصري ما هو إلا تطبيق للمادة
(٢١٧) مدني مصري. وإذا كان الأمر كذلك كان يجب إكمال حكم المادة (٢٢٥)
على أساس ما تضمنته المادة (٢/٢١٧) من أنه "يجوز للمدين أن يشترط عدم
مسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ
التزامه". وعلى ذلك يجوز الاتفاق على شرط جزائي يتم تقدير التعويض فيه والمستحق
من جراء تحقق مسؤولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، ولا يجوز
للقاضي زيادة هذا التعويض حتى ولو جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر ووقع غش

أو خطأ جسيم من هؤلاء الأشخاص، حيث يعد الشرط الجزائي في هذه الحالة اتفاقاً على تخفيف المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من تابعي المدين، ومثل هذا الاتفاق جائز قانوناً عملاً بأحكام المادة (٢/٢١٧) من القانون المدني المصري، (.) وبالتالي لا يجوز للقاضي زيادة مقدار التعويض المتفق عليه في هذه الحالة يستتج مما تقدم أن الدائن لا يستطيع المطالبة بزيادة مقدار الشرط الجزائي إلا إذا أثبت أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة خطأ جسيماً ارتكبه المدين أو غش في تنفيذ التزامه، فإذا أثبت ذلك، أجاز القانون للدائن أن يطلب تدخل القضاء لزيادة مبلغ التعويض المتفق عليه بطريقة تؤدي إلى جعله مساوياً للضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن وتبرر محكمة النقض المصرية ذلك بقولها "قاعدة الغش يبطل التصرفات، هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال والانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً، صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات". أما إذا لم يتمكن الدائن من إثبات الخطأ الجسيم أو الغش الصادر عن المدين فلا يستطيع مطالبة القضاء بزيادة مبلغ التعويض لأن الطرفين، بالأساس، كانا قد اتفقا عند تحديد مبلغ التعويض على أن يشكل الحد الأعلى الذي لا يمكن مطالبة المدين (.) بأكثر منه مهما توقعاه من ضرر أو هو اتفاق ينبغي احترامه والعمل به

الحالة الثانية: إذا كان الشرط الجزائي يتضمن إعفاء أو تخفيفاً من المسؤولية التقصيرية يتعارض مع النظام العام وإن كان الشرط الجزائي نادر الوقوع في نطاق المسؤولية التقصيرية، إلا أنه مع ذلك قد يحدث في عدة حالات في الحياة العملية بقصد التحايل على أحكام هذه المسؤولية.

فمثلاً أن يتفق صاحب مصنع مع مالكي الأراضي المجاورة للمصنع على تحديد مقدار التعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم مستقبلاً من الدخان المتصاعد من مداخل المصنع أو من الضجة الناجمة عن آلات المصنع (.) وقد يتفق المتعاقدان

على مبلغ التعويض في حالة فسخ العقد، فالمسؤولية التي تتخلف عن فسخ العقد إنما (.) هي مسؤولية تقصيرية حدد المتعاقدان مسبقاً بشرط جزائي مبلغ التعويض عنها ففي مثل هذه الحالة وغيرها، يقع الاتفاق المستبق على إعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية أو التخفيف منها باطلاً، وفقاً للمادة (٣/٢١٧) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع" (.)، وهذا ما أكدته المشرع السوري في المادة (٢١٨) من القانون المدني، وفي المقابل يعتبر الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية اتفاقاً صحيحاً إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام وبناء على ذلك يبطل كل اتفاق على إعفاء المسؤول عن فعله غير المشروع وفي جميع صورته، لا فرق بين المسؤولية التقصيرية الناشئة عن خطئه الشخصي أم (.) تلك الناشئة عن فعل الغير، أم عن فعل الأشياء ويلاحظ أنه إذا كان من غير الجائز طبقاً للمادة (٣/٢١٧) مدني مصري الاتفاق على شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع، فإنه من المتصور الوصول إلى هذا الهدف بطريق غير مباشر عن طريق الاتفاق على شرط جزائي يكون فيه تقدير التعويض تافهاً بحيث يكون المقصود منه أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من مسؤوليته التقصيرية، فإذا ثبت ذلك، كان الشرط الجزائي باطلاً وأمكن للقاضي أن يحكم بتعويض زائد عن القدر التافه المتفق عليه، متوخياً في (.) ذلك تطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض

موقف القانون المدني الأردني

لم يحدد القانون المدني الأردني الحالات التي يجوز فيها للقاضي زيادة مقدار الشرط الجزائي، إذ منحه سلطة مطلقة لزيادة مقدار هذا الشرط وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢/٣٦٤) من القانون المدني الأردني بقولها "يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير". مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك

يتضح من هذا النص أنه على عكس القانون المدني المصري والقوانين العربية المتأثرة به، والتي تحدد حالات معينة لتدخل القاضي لزيادة مقدار الشرط الجزائي، فإن المشرع الأردني منح القاضي سلطة مطلقة في مجال زيادة مقدار هذا الشرط، وبناء على ذلك، فإذا استطاع الدائن أن يثبت بأن مقدار التعويض أقل من الضرر الواقع فعلاً، فقد جاز للقاضي وفقاً للقانون المدني الأردني زيادة مقدار الشرط الجزائي حتى يتساوى مع الضرر، وله في ذلك سلطة تقديرية. كما يجوز للقاضي زيادة مقدار الشرط الجزائي، إذا أثبت الدائن أن الإخلال بالالتزام الأصلي كان بسبب غش المدين أو خطئه الجسيم ()، وهذا ليس إلا تطبيقاً لنص المادة (٢/٣٥٨) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه "وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم". كذلك يستطيع الدائن المطالبة بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي المتفق عليه إذا كانت الغاية منه، الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن الفعل الضار، وذلك عملاً بأحكام المادة (٢٧٠) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار

وقد انتقد العديد من الشراح موقف المشرع الأردني في إطلاق سلطة القاضي لتعديل مقدار الشرط الجزائي في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين ()، باعتبار أن ذلك يؤدي إلى إلغاء كل دور للشرط الجزائي، ولا يحقق الفائدة العملية المرجوة منه، فما هي إذن الحكمة من تشريع الشرط الجزائي أصلاً في الفقرة الأولى من المادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني، الذي يسمح للمتعاقدین بالاتفاق مقدماً على تحديد قيمة الضمان في العقد أو في اتفاق لاحق؟ إن هذا يعني عملياً أن الباب يبقى مفتوحاً على مصراعيه أمام الطرفين من أجل اللجوء إلى القضاء للطعن () بالتعويض المتفق عليه

ومن الثابت في الميدان العملي أنه دائماً عند تنفيذ العقود تتغير الظروف الاقتصادية، وينتج عن ذلك دائماً ظهور مصلحة لأحد المتعاقدين في الطعن بالتعويض المتفق عليه، بالإدعاء أو بالزعم أن فيه زيادة عن الضرر الحقيقي أو أن فيه نقصاً عنه أو لمجرد المماثلة في تنفيذ الالتزام الأصلي، وهذا يؤدي إلى أن الأمر سينتهي حتماً إلى التقدير القضائي للتعويض في جوهره وحقيقته، مما يجعل نظام

التعويض الاتفاقي عديم الجدوى من الناحية العملية (). فلم يكن هذا المقصود من تشريع الشرط الجزائي، الأمر الذي يجعل الباحث يقف مع وجهة النظر التي تنتقد المشرع الأردني.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد وحيد الدين سوار في نقده لموقف المشرع الأردني "ونحن نميل إلى موقف المشرع المصري الذي يقيم للاتفاق دوراً في مجال تعديل التعويض عملاً بالقاعدة الكلية (أعمال الكلام أولى من إهماله)، وإلا لكان الاتفاق على الشرط الجزائي من قبيل العبث، ولهبط دوره إلى صعيد التعويض (). "القضائي الذي ينحصر دور القاضي فيه بإقامة المساواة بين التعويض والضرر ونلاحظ أخيراً أن الفائدة العملية من النص على الشرط الجزائي في العقد، هي ضمان تنفيذه بطريقة أكثر فاعلية ودون تأخير، وهذا الأمر لا يستقيم إلا إذا حدد المشرع الأردني الحالات التي يستطيع فيها القاضي تعديل هذا الشرط المتفق عليه بالزيادة أو النقصان بمحض إرادة الطرفين، كما أن إعطاء القاضي سلطة تقدير واسعة جداً في مسألة تعاقدية ليس فيه رعاية للطرف الضعيف وهو المدين، ما دام أن الشرط الجزائي والمبلغ المتفق عليه ليس هو محل الالتزام الأصلي، وإنما هو تعويض اتفاقي (). يدفع للدائن عند عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو التراخي في تنفيذه

موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي 4.2.4

الشرط الجزائي من المصطلحات القانونية الحديثة، وهذا التعبير غير معروف لدى فقهاء المسلمين السابقين ()، وبالتالي لا نجد في كتب المذاهب الفقهية تعبير الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي عن الخطأ العقدي وإنما وجدنا لفظ الضمان تعبيراً عن ذات المعنى المقصود من التعويض ولذلك يمكن القول بأنه لا خلاف على إقرار الفقه الإسلامي لفكرة الضمان بوجه عام في نطاق المعاملات فكل من أتلف ما لا لغيره وكان متعدياً التزم بضمان ما أهلكه أو أتلفه فالفعل الضار أياً كان مصدره يستوجب تعويض المضرور وقد طبق الفقه الإسلامي ذلك في نطاق العقود، وقد حصر الفقه المعاصر شروط الضمان التي يجب توافرها للقول بإيجابه في عدة شروط أولها أن تكون المخالفة أكثر إيقاعاً للضرر في حكم العادة من الموافقة. وثانيها أن

يكون متعدياً بمجاوزة المؤلف. وثالثها أن يكون الشرط الذي اشترطه المتعاقد مفيداً كأن يشترط حفظ الوديعة في مكان معين فهو شرط لازم طالما كان مفيداً في الحفظ. ورابعها ألا يوافق المالك على المخالفة صراحة أو ضمناً. خامسها أن يحدث ضرر من (جاء المخالفة، فإذا خالف العاقد الشروط ولم يترتب ضرر بالطرف الآخر فلا يضمن).

وفي كل هذه الصور فإن الأمر يتعلق بضمان الأموال ولذلك كان لازماً علينا أن نعرض بإيجاز للاتجاهات الفقهية المعاصرة إزاء فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، حيث أن هناك اتجاهاً يرى أن الفقه الإسلامي لم يعرف ضمان العقد والمنافع واقتصر على ضمان الأموال حال هلاكها أو تلفها، وهناك اتجاه يرى أن الأصل هو عدم ضمان المنافع وإن كانت هناك جملة إستثناءات ترد على هذا الأصل العام. وهناك اتجاه ثالث يرى اتساع الفقه الإسلامي لضمان الأموال والمنافع (،)، الأمر (.) الذي يلزم معه أن نعرض لاتجاهات المذاهب الفقهية حيال هذه المسألة أولاً: المذهب الحنفي

يتجه الأحناف إلى ضمان المال والأعيان إذا هلك أو تلفت دون ضمان المنافع سواء كان ذلك في عقود الإيجار أو العارية أو المضاربة فالضمان فيها يقوم على أساس هلاك العين أو تلفها. ونلاحظ أن الأحناف يقيمون المسؤولية عن ضمان الأموال على عدة عناصر هي بذاتها عناصر المسؤولية العقدية المعروفة في النظم القانونية ولذلك يمكن استخلاص عناصر المسؤولية الموجبة للضمان أو التعويض في الفقه الحنفي على النحو التالي: وهي توافر خطأ من جانب المدين ويتمثل الخطأ عندهم في مخالفة شروط العقد الحنفي على النحو التالي: وهي توافر خطأ من جانب المدين ويتمثل الخطأ عندهم في مخالفة شروط العقد أو حدود الالتزامات المفروضة على الملتزم وضرر ويتمثل الضرر عند الأحناف في هلاك المال أو تلفه، وتوافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر بمعنى أن يكون الضرر الذي لحق المال من هلاك أو تلف بخطأ المدين

ثانياً: مذهب الجمهور

جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة وظاهرية وشيعة يقولون بضمان
المنافع إذا حدث تعدي عليها من غصب أو اتلاف أو مجاوزة فكل خطأ عقدي أو
إخلال بالتزام تعاقدى أدى إلى فوات منفعة أو كسب يوجب التعويض أو الضمان
ولبيان حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، لا بد من القول أن فقهاء
الشريعة الإسلامية يميزون بين نوعين من هذا الشرط: نوع يتعلق بتنفيذ الأعمال، ونوع
يتعلق بالديون، أما ما يتعلق بالنوع الأول فذلك يتحقق عندما يكون محل الالتزام عملاً
معيناً، واتفق طرفا العقد على شرط جزائي كما في عقد المقاوله، حيث يتفق على أنه
إذا أخل أحد الطرفين بالتزامه دفع للطرف الآخر مبلغاً معيناً من النقود كتعويض
اتفاقي يحدد مسبقاً في عقد المقاوله. وهذا النوع يعتبر جائزاً شرعاً، وهو ما ذهب إليه
كثير من الفقهاء والهيئات ولجان الفتوى مثل إدارة البحوث والإفتاء في المملكة العربية
السعودية، ودار الإفتاء المصرية، والهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي ()،
مستندين في ذلك إلى: "ما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً
قال لشريح: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك ألف درهم، فلم يخرج،
فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه، وقال أبو أيوب عن ابن
سيرين أن رجلاً باع طعاماً، وقال: إن لم أتيك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم
() "يجيء، فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت فقضى عليه

أما النوع الثاني من الشرط الجزائي فهو المتضمن تعويض الدائن بمبلغ من
النقود إذا تأخر المدين عن الوفاء في الوقت المحدد، وفيه يشترط الدائن على المدين
أن يقوم بتعويضه بمبلغ من النقود عن كل يوم تأخير، وهذا الشرط لا يجوز شرعاً
باتفاق الفقهاء، وبناء على ذلك اعتبر كثير من الفقهاء الشرط الجزائي المقرر لتأخير
الوفاء بالديون ربا نسيئة، وفيه أكل أموال الناس بالباطل، كما أن التعويض المالي
الجائز شرعاً إنما يعني مالاً بدل مال أتلّف، وتأخير التنفيذ ليس بمال، وبالتالي يعتبر
محراماً شرعاً. ويقتصر على العقود التي يكون محلها مبلغاً من النقود كما في عقد
() (القرض، ويكون المقصود بالشرط الجزائي فيها إخفاء فوائد ربوية

أما النوع الأول وهو الشرط الجزائي الأكثر شيوعاً وانتشاراً في الحياة العملية في
مختلف العقود فهو جائز شرعاً، وفي ذلك تلبية لحاجات الناس المتجددة، نتيجة تطور

الحياة الاقتصادية التي أدت إلى زيادة قيمة الزمن، وأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المحددة مضرّاً بالطرف الآخر في وقته وماله) (، لكل هذه الأسباب ولبیان الحكم الشرعي في الشرط الجزائي أصدر مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية فتوى شرعية حول جواز النص على الشرط الجزائي من عدمه في دورته الخامسة التي انعقدت في ٥-٢٢/٨/١٣٩٤هـ بمدينة الطائف، وقالت الهيئة في فتواها: "حيث أن الإخلال به مظنة الضرر وتقويت المنافع وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقاً لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع: "أن الشرط الجزائي الذي يجري إشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر ("في الإخلال بالالتزام الموجب له معتبر شرعاً فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول").

لذلك فقد تناول بعض الفقهاء المعاصرين وكذلك بعض الباحثين في الفقه الإسلامي للشرط الجزائي، ونستعرض بعض الآراء حول هذا الشرط فيما يلي (الرأي الأول: وقد ذهب هذا الرأي إلى اعتبار الشرط الجزائي صحيح معتبر شرعاً بشرط توافر خطأ من جانب المدين وضرر أصاب الدائن، وأن ذلك الخطأ هو الذي سبب هذا الضرر، مع منح القاضي سلطة تعديله إذا خرج إلى حد الجور والتعسف، أو تم تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه فيرده إلى الحد المعقول الرأي الثاني: وقد ذهب إلى القول بصحة الشرط الجزائي واعتباره شرعاً حيث يقول "إن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له

وبناءً على ذلك، يمكن القول أنه إذا كان الفقه الإسلامي، يخول القاضي صلاحية تعديل العقد ومنحه سلطة فسخه من أجل إبعاد الضرر المرهق لأحد المتعاقدين، فإنه يملك من باب أولى سلطة تعديل مقدار الضمان المحدد مسبقاً من أجل تحقيق الغاية نفسها وهي إزالة الإرهاق عن أحد المتعاقدين، نتيجة لعدم التناسب بين مقدار هذا الضمان والضرر الحاصل. وعند الرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أنه

وهكذا يتضح أن ضمان العقد في الفقه الإسلامي يختلف عن مفهوم المسؤولية العقدية في القانون الوضعي التي تتقرر في حالة وجود عقد صحيح التعويض لمجرد إخلال المدين بما التزم به في العقد، أيًا كان هذا الإخلال وهذا الاختلاف ناتج عن أساس التعويض في نظر الفقهاء المسلمين وهو مقابلة المال بالمال، أما منح التعويض دون أن يكون هناك مال متلف فهو أكل للمال بالباطل، ويستنتج ذلك من خلال التطبيقات التي أوردها الفقه الإسلامي وأشرنا إليها، وهو ما أكدته قرار هيئة كبار العلماء في السعودية السابق الإشارة إليه آنفاً بقوله: "إذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى: "وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل" وقوله سبحانه "ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا، اعدلوا هو أقرب إلى التقوى" وبقوله (ص): "لا ضرر ولا ضرار" (١).

८८८८८८८

المشروعة، وكل ذلك من أجل إعادة التوازن بين المتعاقدين واحتكاماً إلى مبادئ العدل
(.) والإنصاف

(سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي ومنح (نظرة الميسرة 3.4
معاملات الناس وما يرتبطون به من التزامات، قد تكون منجزة يتم تنفيذها فوراً،
وذلك هو حال أغلب المعاملات اليومية في مجال عقد البيع، ومع ذلك، قد تكون
الالتزامات التي تتضمنها هذه المعاملات مؤجلة، وللزمان شأن في تنفيذها (.) كما هو
الحال في عقد القرض، فالتزام المقرض المتمثل في رد مبلغ القرض، مؤجل بطبيعته
إلى زمن لاحق قد يكون محدداً أو غير محدد وكذلك عقد المقاول، وعقد التوريد، وعقد
الاستصناع، وبصفة عامة، جميع العقود التي يكون عنصر الزمن جوهرياً فيها، بحيث
يكون الزمن هو المقياس الذي يقدر به محل العقد (.)، وقد تتمثل المعاملة التي يرتبط
بها الأجل في عقد من العقود الفورية التي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها، فالبيع
وهو من العقود الفورية بطبيعتها كما سبق قد يكون فيه الثمن مؤجلاً وقد يكون الثمن
مقسطاً على آجال متعددة، والأجل في مثل هذه الحالة قد يكون إجبارياً كما قد يكون
(.) اختيارياً

وتوقيت الالتزامات إلى زمن لاحق معين أو غير معين، كثيراً ما يلجأ إليه
الناس في تصرفات كثيرة. والمدة التي يضاف إليها الالتزام أو يمتد خلالها التنفيذ هي
(.) "ما يطلق عليه اصطلاحاً "الأجل

والمعاملات المالية التي تلحقها صفة الأجل، أصبحت في عصرنا الحاضر
أكثر شيوعاً مما كانت عليه، وذلك نتيجة للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي اتسم
بها هذا العصر وتعقيداتها في نفس الوقت (.)، وهذا الأجل، غالباً ما يكون محدداً بزمن
معين، "ونظرة الميسرة" التي يمنحها القاضي للمدين، والتي نحن بصدد دراستها هنا وإن
كانت تجد مجالها في كل الالتزامات الآجلة، إلا أن مجالها الطبيعي عادة يكون في
(.) العقود الزمنية، لأنه بقدر امتداد الزمن يكون تغير الظروف والأحوال محتملاً

إن الأجل القضائي بمنح المدين نظرة الميسرة إن كان معسراً نوع من تعديل
العقد يتعلق بأحد عناصره أو أركانه وهو أجل تنفيذ الالتزام العقدي ذلك أن من العقود

ما يتراخى تنفيذها بسبب طبيعتها وباعتبار المدة ركناً فيها كعقود التوريد وعقود الإيجار ومنها ما يتوقف تنفيذها إلى حلول الأجل الذي ضربه الأطراف كعقود القرض والبيع بثمن مؤجل. ومن المفروض أنه بحلول أجل الوفاء يتعين على المدين أن يفي بالتزامه طواعية فإن هو امتنع عن أداء ما التزم به وكان في مقدوره الوفاء فإنه يجبر على ذلك. أما إذا كان المدين معسراً أنظره القاضي إلى ميسره، أي يتدخل القاضي بتعديل (.) أجل الالتزام العقدي الذي سبق وأن اتفق عليه أطراف التعاقد وجاء نصاً في العقد

التنظيم التشريعي للالتزامات المؤجلة في القانونين الأردني والمصري 1.3.4

وكما عرفت المجتمعات القديمة فكرة تأجيل الالتزام فقد عرفت كذلك المجتمعات الحديثة، بل أنها في العصر الحاضر أصبحت أكثر شيوعاً وأكثر أهمية (.)، لذلك فإن أغلب التشريعات الحديثة قد نظمت فكرة الأجل في الالتزام، ووضعت الحلول التي رأتها مناسبة لما قد ينجم عن هذه الالتزامات من مشاكل كما هو الحال في القانون المدني الأردني () والقانون المدني المصري () والذي يعنينا من ذلك هنا هو السلطة التقديرية الواسعة التي تضمنتها بعض هذه النصوص للقاضي في هذا المجال، والمتمثلة في سلطته في تعديل الأجل المتفق عليه في العقد أو منحه، بما يعد خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على العلاقات العقدية في بعض هذه القوانين كالقانون الفرنسي، والقوانين المستمدة منه

ويلاحظ أن الأجل الذي تنصب عليه دراستنا هنا هو الأجل الذي يكون وصفاً للالتزام ويكون مصدره هو القضاء. كما أن الشريعة الإسلامية كذلك قد اشتملت على (.) تنظيم دقيق لمشكلات الالتزامات المؤجلة

ويسمى هذا الأجل القضائي في هذه الحالة بـ(نظرة الميسرة)، ويمكن تعريف (.) "نظرة الميسرة هذه بأنها "أجل قضائي يجوز منحه للمدين بشروط معينة أما النصوص القانونية في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني

المصري هي كما يلي

أ- في القانون المدني الأردني

- المادة (٢٤٦): "١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما
1- وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد إذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو

بفسخه، ٢- ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنتظره إلى أجل مسمى "ولها أن تقضي بالفسخ والتعويض في كل حال إن كان له مقتضى

المادة (٣٣٤): "١- يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، ٢- على أنه يجوز للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنتظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر "جسيم

وكما يتكفل الاتفاق أو القانون بتحديد وقت الوفاء، كذلك قد يقوم القاضي نفسه بتحديد هذا الميعاد إذا أعطى المدين أجلاً أو آجلاً يفي فيها بالدين وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٣٤) من القانون المدني الأردني (١) في هذا الخصوص

ب- في القانون المدني المصري

المادة (١٥٧): "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه 1- جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعداره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض "في الحالتين إن كان له مقتضى

المادة (٣/٣٤٦): "على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص 2- 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

(مدى سلطة القاضي في منح الأجل أو منعه) (نظرة الميسرة 2.3.4

يلاحظ أن سلطة القاضي في هذا المضمار تتمثل في عدة حالات هي: حالة ما إذا كان تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المدين محدداً بأجل معين متفق عليه مسبقاً، فحل الأجل المتفق عليه للتنفيذ. ولم يتمكن المدين من ذلك بسبب إعساره. وكذا من ناحية أخرى حالة ما إذا كان الاتفاق على الوفاء بالالتزام عند المقدرة أو الميسرة،

فنشأ الخلاف بين الطرفين حول ذلك حيث يتمثل تدخل القاضي في هذه الحالة، في
(.) تحديد أو تعيين ميعاد مناسب لحلول الأجل

والحالة الثالثة التي تبرر فيها هذه السلطة هي حالة الإخلال بالالتزام من قبل
أي من العاقدين، في عقد من عقود المعاوضة الملزمة للعاقدين أثناء طلب الفسخ من
الطرف الذي حصل الإخلال بحقه صراحة أو ضمناً () بمناسبة النزاع المرفوع إلى
القاضي حول ذلك. وبشرط أن تتوافر في هذه الحالة شروط الفسخ (). حيث يمنح
القاضي للمدين أجلاً للوفاء بالتزامه، يصطلح عليه -نظرة الميسرة- أو بعبارة أخرى
تمنح نظرة الميسرة في حالة طلب الوفاء بالالتزام المؤجل، أو دعوى التنفيذ، وفي حالة
طلب الفسخ مع توافر شروطه، وفي الحالة الأولى يكون المستفيد من نظرة الميسرة
بداهه، هو المدين المعسر، إذ تتقرر لصالحه، أما في الحالة الثانية، فإن أيّاً من
المتعاقدين يمكنه الاستفادة من ذلك دائناً أو مدنياً

وستتناول دراسة مدى هذه السلطة في الحالتين الأخيرتين، وذلك من خلال
دراسة "نظرة الميسرة" في حالة الفسخ، ودراسة للحالة الأخرى وهي منح نظرة الميسرة
بمناسبة دعوى التنفيذ، وذلك فيما يلي

مدى سلطة القاضي إزاء الفسخ القضائي في منح الأجل 1.2.3.4
سلطة القاضي في منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه الذي لم يف به بموجب
نص المادة (٢٤٦) من القانون المدني الأردني والمادة (١٥٧) من القانون المدني
المصري هي سلطة تقديرية واسعة الحدود تتمثل في حق القاضي على سبيل الجواز
أن يمنح المدين الأجل الذي يقدره ويراه مناسباً لتمكينه من الوفاء بالتزامه بحسب
الظروف وقد تقررت تلك السلطة بموجب النصين المشار إليهما بصورة صريحة
(.) "ويجوز للقاضي أن يمنح الملتزم أجلاً للتنفيذ إذا اقتضت الظروف ذلك
والافتراض هنا هو وجود أجل متفق عليه سلفاً بين المتعاقدين للتنفيذ، فيحل
الأجل المتفق عليه دون قيام أحدهما بتنفيذ التزامه والإخلال به، مما يخول الطرف
الآخر حق طلب الفسخ للاتفاق المبرم بينهما، والفرض هنا هو أن القاضي المختص
بنظر المنازعة، قد تحقق من توافر جميع شروط الفسخ المقررة قانوناً من إخلال المدين

بالتزامه الناشئ من العقد، وعدم إخلال من قبل الدائن بالتزاماته المقابلة في الاتفاق، وتوافر المقدرة لدى الدائن طالب الفسخ على تحمل نتيجته ()، فإن تبين له اكتمال شروط الفسخ حينئذ تثبت للقاضي هذه السلطة التقديرية الرحبة. فيكون من حقه اتخاذ القرار الذي يراه ملائماً باختيار الحل الذي يقدره من بين عدة حلول، إما بإجابة المتعاقد إلى طلب الفسخ، أو رفضه، أو منح المدين أجلاً للتنفيذ أو الوفاء بالالتزام (). الذي تقاعس عن أدائه

وباستخدام القاضي هذه السلطة الأخيرة وهي منح المدين أجلاً جديداً، يتمكن خلاله من الوفاء بالتزامه، يكون القاضي قد تدخل في مجال العقد بالتعديل الذي ينصب على مدة أو مدد التنفيذ المشترطة في العقد، وذلك بمدها ()، بسلطته التقديرية التي لا رقابة عليه فيها من قبل محكمة النقض (). وذلك إلى الوقت الذي يراه هو مناسباً، وبحسب ما تقتضيه الظروف التي يقدرها بنفسه، كما إذا قدر أن تغير الظروف الاقتصادية، يبدو وشيكاً، وأن من شأن ذلك تمكن المدين من تنفيذ التزامه في ظل الظروف الجديدة، فيمنحه مهلة للوفاء، أو ينظره إلى ميسرة

ولا يشترط في هذه الحالة لاستخدام القاضي هذه السلطة المتمثلة في منح المدين نظرة الميسرة، أن يطلبها المدين، فللقاضي منحها له ولو لم يطلبها، وهو ما أوضحته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، إذ تقول: "أما إذا اختار (الدائن) الفسخ فلا يجبر القاضي على إجابته إليه، بل يجوز له أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه" () ويعمل الفقه () ذلك بالقول: بأن القاضي ما دام من حقه أن يرفض الفسخ كلية، فإن من حقه من باب أولى أن يمد أجل التنفيذ، أو بمعنى أصح أن يمنح المدين (نظرة الميسرة) حتى دون طلب منه، لأن من يملك الأكثر يملك الأقل

وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري لتؤكد سلطة القاضي هذه، أي أنها تركت الأمر لمحض تقدير القاضي دون أي قيد عليه. بما يعني أنه كما يجوز للقاضي منح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، وحقه في رفض الفسخ، فإنه يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته. ويلاحظ أن إيراد هذه الفقرة ليس إلا من قبيل التأكيد والتوضيح ولا تتضمن في طياتها ما يشكل أي قيد على سلطة القاضي في هذا

المجال الأساسي الذي تقوم عليه سلطة القاضي في منح الأجل، والملاحظ أن أغلب الفقه () يذهب إلى أن الأساس الذي يستند إليه حق القاضي في منح الأجل بموجب نص المادة (٢/١٥٧) مدني مصري أي خلال نظر دعوى الفسخ هو الملاءمة السياسية، وتتمثل كما يقول الدكتور عبد الحي حجازي في الرغبة للحد من صرامة الفسخ وآثاره والعمل على المحافظة على العقود ما أمكن، وهذا النظر يقوم أساساً على التفرقة التي يجريها الفقه بين الأجل الممنوح من قبل القاضي بمناسبة دعوى الفسخ وذلك الأجل الذي يمنحه بمناسبة دعوى التنفيذ حيث يقتصر اصطلاح (نظرة الميسرة) لديهم على الأجل الممنوح بمناسبة الدعوى الأخيرة.

مدى سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ 2.2.3.4
لاحظنا فيما سبق أن سلطة القاضي في منح الأجل القضائي أو نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ واسعة، بحيث لا يوجد ما يمنع القاضي من منح هذا الأجل للمدين في أية حالة من الحالات. أي سواء كان الإخلال بالتنفيذ جسيماً أو بسيطاً، أو بمعنى أصح في أية صورة من الصور التي يظهر فيها عدم تنفيذ الالتزام، فله وحده تقدير الحالة المعروضة عليه في ضوء الظروف المحيطة بها، وهو صاحب السلطان في اتخاذ القرار الذي يراه مناسباً، وتجد سلطته التقديرية هنا مساحة واسعة بين الفسخ الكلي، أو الجزئي، أو منح نظرة الميسرة، كأجل يمنحه للمدين يراه مناسباً للوفاء (). بالتزامه

يرى بعض الفقه أن الأجل الممنوح من قبل القاضي في دعوى التنفيذ يجد أساسه في اعتبارات العدالة، حيث أن المقصود به هو التخفيف من قسوة قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وبذلك كان هذا الأجل استثناء من هذه القاعدة. لذا فقد وضع له القانون عدة شروط بموجبها يستطيع القاضي أن يمنح المدين أجلاً أو آجالاً متعاقبة بشرط عدم وجود النص المانع في القانون، وبشرط أن تستدعي حالة المدين منحه هذا (). الأجل، وبشرط ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم

تنص المادة (٢/٣٣٤) من القانون المدني الأردني على أنه "يجوز للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل معقول أو

آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر
(.) "جسيم

ويفرق الفقه والقضاء بين الأجل القضائي بموجب النص سالف الذكر الذي يمنحه
القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ والأجل القضائي الذي يمنحه بمناسبة دعوى الفسخ
:وذلك من جوانب ثلاثة

أولاً: من حيث الأساس الذي تقوم عليه سلطة القاضي في منح الأجل
إذ يرى أنه في حالة الأجل القضائي الذي يمنحه القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ
تقوم سلطة القاضي -كما سلفت الإشارة- على أساس اعتبارات العدالة التي تقتضي
(.) (التخفيف على المدين نظراً لما يحيط به من ظروف قاسية تستدعي ذلك
في حين أنه في الأجل القضائي الممنوح بمناسبة دعوى الفسخ تقوم سلطة
القاضي فيه على أساس الملائمة السياسية، وهي الرغبة في الحد من صرامة الفسخ
(.) (وآثاره والعمل على المحافظة على العقود ما أمكن ذلك

ثانياً: من حيث اتساع سلطة القاضي في كل منهما أو مدى هذه السلطة
فبالنسبة للأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ، تعتبر سلطة القاضي في منحه
أكثر اتساعاً من حيث عدد المرات التي يمكنه فيها أن يمنح الأجل. إذ أن من حقه في
هذا النوع أن يمنح المدين أكثر من أجل أو كما يعبر عنه الفقه والقضاء آجالاً متعاقبة
كلما استدعت حالة المدين ذلك، ومع مراعاة الشروط القانونية (.)، في حين أن سلطة
القاضي في منح الأجل، أو نظرة الميسرة، بمناسبة دعوى الفسخ تبدو من هذه الناحية
ضيقة حيث أنه لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أكثر من مهلة واحدة، وأن العقد
يكون بعد انقضاء المهلة التي منحها له القاضي، مفسوخاً من تلقاء نفسه حتى ولو لم
ينص القاضي على ذلك في حكمه بمنح نظرة الميسرة (.)، وقد ذهب إلى ذلك معظم
(.) (الفقه في مصر

ثالثاً: من حيث الشروط المتطلبة قانوناً في كل منهما

فمنح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ يتوقف على توافر ثلاثة شروط هي التي نصت عليها المادتين (٢/٣٣٤) مدني أردني و(٢/٣٤٦) مدني مصري وموجزها ما يلي: ١- أن لا يوجد نص في القانون يمنع من نظرة الميسرة. ٢- وأن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، بأن كان في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها. ٣- وأن لا يلحق الدائن (.من هذا التأجيل ضرر جسيم

الشروط أو الضوابط القانونية لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة وآثارها 3.3.4
لقد منح المشرع القاضي سلطة التدخل في العقد، وذلك بإعطاء المدين مهلة كي يتمكن من تنفيذ الالتزام المطلوب منه وما هذا إلا مظهر من مظاهر تدخل القاضي في التعديل من شروط العقد، وإن كان لا بد منه فيجب أن يكون بشروط (.وضوابط محددة

ويتبين من نص المادتين (٢/٣٣٤) مدني أردني و(٢/٣٤٦) مدني مصري أن هناك شروطاً أربعة لمنح المدين نظرة الميسرة وهي:
الشرط الأول: ألا يقوم مانع قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة، ومثال ذلك ما ورد في قانون التجارة الأردني من عدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بدين تجاري إلا في (.ظروف استثنائية

فإذا ما كان هناك نص قانوني يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة، كما هو الحال في بعض نصوص القانون التجاري التي لا تجيز للقضاة أن يعطوا مهلة لدفع قيمة الكمبيالة أو السندات الأذنية والسندات لحاملها (). فإن القاضي لا يملك أية سلطة في منح الأجل في مثل هذه الحالة، وإلا عد مخالفاً للقانون يتعرض حكمه للنقض.

الشرط الثاني: أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، بأن كان في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها، ويرتبط بهذا الشرط أن يكون المدين حسن النية في تأخره في الوفاء بالتزامه وعنده مال يكفي للوفاء بالتزامه لكن ليس تحت يده وقت الوفاء وليس في مقدوره مؤقتاً أن يبيع هذا المال كأن يكون عقاراً أو منقولاً يتعذر بيعه في الحال. فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم للتصرف فيها أو يكون للمدين موارد يقبضها في

مواعيد متعاقبة كأجر عمله أو ريع ملكه وهي كافية للوفاء لو قسط القاضي عليه الدين. ولا يجوز منح المدين المعسر عسراً دائماً أجلاً قضائياً إذ لا جدوى من منحه (. هذه النظرة

الشرط الثالث: ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم، كأن يكون الدائن معولاً على الدين في إبرام صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم أو ليفي بديون عليه قد تعرضه للإفلاس إذا لم يتم بوفاءها، فإنه لا يجوز للقاضي أن يعطي المدين مهلة إذا كان يلحق الدائن من جراء التأجيل ضرر جسيم، إذ أن مصلحة الدائن هنا أولى (. بالرعاية، وليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن الشرط الرابع: أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلاً معقولاً وليس طويلاً، فيقاس بقدر ما هو ضروري ليتمكن المدين من الوفاء، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً متعاقبة لا أجلاً واحداً، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ في مواعيدها وفي (. مقاديرها قدرة المدين على الوفاء

فإذا ما توافرت هذه الشروط جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل أو الآجال المعقولة، والأمر متروك لتقدير القاضي، فهو الذي ينظر إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين نظرة الميسرة وتقديره في ذلك تقدير موضوعي، لا معقب عليه من محكمة (. التمييز (النقض

ويترتب على نظرة الميسرة ما يترتب على الأجل الواقف بوجه عام فيوقف التنفيذ حتى ينقضي الأجل الذي منحه القاضي، فإذا ما انقضى الأجل ولم يوف المدين الدين، فإن الدائن يتابع إجراءات التنفيذ حيث وقفت، ولا يحتاج إلى إعادة هذه الإجراءات من جديد. فإذا كان القاضي قد قسط الدين على المدين بأن منحه أجلاً متعاقبة، فإن حل قسط ولم يتم المدين بوفائه، حلت سائر الأقساط جميعاً، ويستطيع الدائن أن ينفذ بها، ولكن يجوز للدائن في أثناء الأجل أن يتخذ الإجراءات (. التحفظية اللازمة كقيد الرهن وتجديده

ولنظرة الميسرة أثر نسبي فهي مقصورة على المدين الذي منح الأجل دون غيره من المدينين المتضامنين معه، وهي أيضاً مقصورة على الدائن المحكوم بها في

مواجهته، فلا تتعدى إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول لأن
(.) الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقي

ونظرة الميسرة لا تحول دون وقوع المقاصة إذا توفرت شروطها بين الدين الذي
منحت بمناسبته نظرة الميسرة وبين دين في ذمة الدائن للمدين يحل بعد منحها وهذا
الحكم مفهوم، إذ أن نظرة الميسرة لم تمنح إلا لأن المدين لا يستطيع الوفاء في الحال
فإذا حل دين له بعد ذلك في ذمة الدائن - سواء نشأ من قبل أو من بعد منح نظرة
الميسرة - لا يحول دون وقوع المقاصة فيه. وأيضاً لا تحول نظرة الميسرة دون
استعمال الدائن للحق في الحبس (الاحتباس) إذا كان الدائن لا زال يحتفظ بالمقابل
(.) معه

والأجل في نظرة الميسرة يسقط بما يسقط به الأجل الاتفاق فيسقط () إذا

- 1- أشهر إفلاس المدين أو إعساره
- 2- لم يقدم المدين للدائن ما وعد بتقديمه من التأمينات
- 3- أضعف المدين بفعله تأمينات الدين، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى
سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً
كافياً

على أن الأجل في نظرة الميسرة يسقط أيضاً بسبب جديد، هو توافر شروط
المقاصة السابقة، ففي هذه الحالة لا مبرر لانتظار انقضاء الأجل الذي منحه
(.) القاضي، ما دام المدين قد أصبح قادراً على الوفاء بدينه

نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي 4.3.4

تجد نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي مصدرها الأساسي في الكتاب الكريم
والسنة النبوية، فأما الكتاب فقد قال تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن
تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون" (). والمقصود بالعسرة هنا ضيق الحال من جهة
المال أما النظرة فهي التأخير. وأما الميسرة مصدر بمعنى اليسر ووفرة المال

وفي السنة النبوية فقد حضت الأحاديث الثابتة عن رسول الله على نظرة الميسرة
للمدين حتى يتبين يساره، ومنها قوله عليه الصلاة والسلام "من أنظر معسراً كان له
بكل يوم صدقة" وقوله عليه أفضل الصلاة والسلام "من سره أن ينجيّه الله من كرب

يوم القيامة فلينفس عن معسراً أو يضع عنه". وقوله صلى الله عليه وسلم "من أنظر
(.)"معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله

ومن جماع هذه الأدلة الثابتة بكتاب الله وسنة رسوله يمكن القول أن المدين
المعسر خليق بنظرة الميسرة التي حُبب إليها الشارع الإسلامي وحض عليها ويستوي
أن يكون الدين ربوياً أو أي دين ناشئ عن معاملات أخرى ولا بد أن يكون المدين
معسراً أي لا مال له، فإن كان ذا مال أجبر على الوفاء وواجب ولي الأمر حاكماً كان
أو قاضياً أن يرفع الظلم ويجبر المدين على الوفاء، وسوف نستعرض المذاهب الفقهية
(.) وموقفها من نظرة الميسرة على النحو التالي

أولاً: المذهب الحنفي: لا خلاف في المذهب على وجوب الوفاء بالدين من المدين
الموسر القادر على الوفاء عند حلول أجل الدين ولا يجوز للقاضي أن يمهل المدين إلا
إذا كان معسراً لا يقدر على الوفاء فينتظر إلى الميسرة، ويجب أن يثبت لدى القاضي
إعسار المدين وعدم قدرته على الوفاء بالدين ويكون ذلك بالسؤال عنه وبشهادة الشهود
ببساره أو إعساره. ويتجه الفقه الحنفي إلى حبس المدين في كل دين ما خلا دين الولد
على الأبوين أو بعض الأجداد فهؤلاء لا يحبسون في دينه. ويرى أبو حنيفة أنه إذا
حجر على المفلس فإنه لا يحجر عليه في تصرفه وأن حكم به قاض لم ينفذ حتى
يحكم به قاض ثان وإذا لم يصح الحجر عليه صحت تصرفاته كلها سواء ما احتمل
الفسخ أو لم يحتل فإذا نفذ الحجر قاض ثان صح من تصرفاته ما لا يحتل الفسخ
كالنكاح والطلاق وبطل ما يتحمل الفسخ

ثانياً: المذهب المالكي: لا خلاف عند المالكية في منح نظرة الميسرة للمدين المفلس أو
المعسر طالما ثبت إعساره بيقين، ويجب أن تقوم البينة على إعسار المدين حتى ينظر
إلى ميسرة لعدم الإضرار بالغرماء. ويتجه المالكية مع جمهور الفقهاء عدا الأحناف
إلى الحجر على المدين المفلس ومنعه من التصرف حتى لا يضر بالغرماء وله أن
يبيع أمواله إذا امتنع عن بيعها. ويرى الإمام مالك بيع كل أموال المفلس سواء كانت
عقاراً أو عروض ولا يترك له إلا مايواريه. وأعمالاً لا تجاه المالكية في الحجر على
المدين المفلس فإن تصرفاته لا تنفذ في أعيان ماله ببيع أو هبه أو عتق ولا يجوز
إقراره بدين في ذمته لقريب أو بعيد إلا أن يكون لواحد منهم بينه على ذلك

ثالثاً: المذهب الشافعي: يتلخص اتجاه الشافعية في منح المدين نظرة الميسرة حالة عدم قدرته على الوفاء فيما ورد على لسان الإمام الشافعي رضي الله عنه بقوله "إذا ثبت عليه الدين بيع ما ظهر له ودفع ولم يحبس وأن لم يظهر حبس وبيع ما قدر عليه من ماله فإن ذكر عسرة قبلت منه البينة لقول الله جل وعلا "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة" وأحلفه مع ذلك بالله وأخليه ومنعت غرمانه من لزومه حتى تقوم بينة إن قد أفاد مالا فإن شهدوا أنهم رأوا في يديه مالا سألته فإن قال مضاربة قبلت منه مع يمينه ولا غاية لحبسه أكثر من الكشف عنه فمتى استقر عند الحاكم ما وضعت لم يكن له حبسه ولا يغفل المسألة عنه". ويتجه الشافعية إلى بيع مال المفلس جميعه سواء كان من العقار أو العروض ولا يترك له شيء وهو ما اتجه إليه المالكية كما سبق بيانه ويرى الشافعية أنه يترك له ما يحتاج من نفقة إن لم يكن له كسب

رابعاً: المذهب الحنبلي: يرى الحنابلة أنه إذا كان الدين مؤجلاً لا يطالب به المدين قبل حلول الأجل، أما إذا حل أجل الدين وكان المدين معسراً وجب إنظاره، أما إذا كان موسراً لزمه الوفاء. ومن أحاط به الدين وكان دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله كان مفلساً لأن ماله مستحق الصرف من جهة دينه فكأنه معدوم فإذا حلت ديونه ولم يكن ماله كافياً للوفاء بها وقع تحت طائلة الحجر عليه بمعرفة القاضي بناء على طلب غرمائه الذين تعلقت حقوقهم بعين ماله وكان للحاكم أن يبيع عليه ماله وفاء لدين الدائنين، بل يحق لكل غريم وجد عنده مالا أن يأخذه ويكون أحق به من سائر الغرماء. هذا ويترك للمفلس ما يلزم نفقته، ويتجه الحنابلة إلى حبس المدين حتى يأتي ببينة تشهد بعسرته. لأن الحبس إما أن يكون لإثبات العسرة أو لقضاء الدين

وعلى ضوء ذلك يمكننا أن نستخلص مما سبق الشروط أو الضوابط الشرعية اللازمة مراعاتها لقيام القاضي بمنح المدين الأجل القضائي - حسب الاصطلاح القانوني- أو نظرة الميسرة في إطار الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، وتتلخص
(:) فيما يلي

الشرط الأول: أن يكون الدين المطالب به حال الأداء. وهذا الشرط مفهوم ضمناً مما أوردناه من النصوص الفقهية في مختلف المذاهب الإسلامية المشهورة، ولأن نظرة

الميسرة أساساً إنما تكون عند حلول الأجل المتفق عليه مع عدم إمكان التنفيذ، حيث لا يحق للدائن المطالبة بالدين قبل حلول أجله.

الشرط الثاني: أن يكون المدين ذا عسرة. وهناك تفرقة بين الإفلاس والإعسار، حيث يقول "المفلس هو من قصر ماله عن دينه ولو هو كثير والمعسر من لا يملك شيئاً زائداً على ما يستثنى فمن ادعى أنه معسر وظاهره اليسار فعليه البينة وإن كان ظاهره الإعسار قبل قوله مع يمينه. هذا ويلاحظ أن منح الأجل في هذه الحالة يصبح واجباً شرعاً (). تقرر هذا الوجوب بالنص القرآني "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة" صدق الله العظيم.

الشرط الثالث: ألا يكون عدم الوفاء نتيجة مماطلته وسوء نيته. أما إذا كان عدم الوفاء قد جاء نتيجة مطل، وثبت أنه موسر، فإنه يستحق العقوبة والجزاء، لأن الشريعة الإسلامية تعتبر هذا السلوك من المدين ظلماً، وهي تحارب الظلم في جميع صورته وأشكاله كما هو معلوم.

ويلاحظ وكما سبق البيان أن نظرة الميسرة من الأمور الوجوبية على القاضي في الفقه الإسلامي لأنها حكم الشارع المترتب على وجوب السبب وهو الإعسار، على حين نجد أن التشريع المدني الأردني (مادة ٢/٣٣٤) والتشريع المدني المصري (مادة ٢/٣٤٦) جعلها جوازية للقاضي إن شاء أمهل المدين وإن شاء لم يمهله، ومن ناحية أخرى فإن نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي جاءت عامة مطلقة لا تتعلق بدين دون الآخر، في حين أننا نجد أنها مقيدة في التشريع الأردني والمصري الذين نصا على عدم منح نظرة الميسرة في ديون معنية وهو ما أطلق عليه المانع القانوني من منح نظرة الميسرة كتلك التي لا تجيز للقضاة أن يعطوا مهلة لدفع قيمة الكمبيالة أو السندات الأذنية والسندات لحاملها. كما أنها مقيدة من ناحية أخرى بعدم الإضرار (). (بالدائن بصورة أو بأخرى ولم نلاحظ هذا القيد في فقه المذاهب

3.3 الخاتمة

ليس الهدف من وضع خاتمة لهذا البحث أن تكون ملخصاً شاملاً لجميع ما استعرضناه في بحثنا، لأن في ذلك تكرار لا داعي له، بل الهدف من كل ذلك إجمال

أهم الاستنتاجات التي تم التوصل إليها من خلال هذه الدراسة، وإن ذلك يتمثل بمجموعة من النتائج:

أولاً: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لم تعد هي القاعدة المقدسة ولم يعد بالتالي دور القاضي سلبياً في مجال المعاملات، إذ أصبح في العصر الحاضر وفي ظل التشريعات الحديثة يقوم بدور إيجابي فعال في مجال العقد تتحقق من خلاله الحماية القانونية للأفراد داخل المجتمع مما يمكن أن يتعرضون له من مظاهر الاستغلال (. والظلم في معاملاتهم العديدة

ثانياً: إلا أن مبدأ سلطان الإرادة يتعارض مع أي محاولة لتعديل بنود العقد ولا يعتد المبدأ بالمعايير الموضوعية، بل إن العدالة تتحقق بمعيار شخصي، غير أن الفكر القانوني الحديث الذي يعطي للحق وظيفة اجتماعية ويسعى إلى حماية الطرف الضعيف، أخذ يناهض بشدة هذا المبدأ، حيث يبدو لنا أن توسيع السلطة التقديرية للقاضي، بالإضافة إلى كونه عاملاً مهماً من عوامل المرونة والتطور يعد مظهراً من مظاهر حماية الجماعة في التشريع لما يستتبعه من جعل القاضي حارساً للعدالة، يقي الأفراد من قسوة بعض المعايير وينأى بهم عن المظالم التي قد يؤول إليها الإغراق في حماية الفرد في ظل مبدأ سلطان الإرادة

ثالثاً: أن سلطة القاضي في مراجعة العقود قد وجدت منذ زمن بعيد، وقد حظي هذا الدور الملحوظ للقاضي في تعديل العقد بالعديد من الدراسات منذ زمن بعيد. وفي ظل هذا المفهوم القانوني الحديث، وما صاحبه من نظريات فلسفية تدعو إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، اتجه المشرع الأردني بدوره إلى الحد من إطلاق حرية التعاقد، وتبدى ذلك في مواطن عدة سواء في مرحلة تكوين العقد، أو في مرحلة التنفيذ، بهدف تحقيق التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي ومنع الضرر بأحد أطرافه

رابعاً: إن سلطة القاضي في تعديل العقد، من أهم وسائل الحماية التي قررتها التشريعات الحديثة، تلك السلطة التقديرية الواسعة، التي منحها للقاضي بحيث خولته الحق في التدخل الإيجابي لتعديل العقد في عدة حالات، حيث يقصد بالتعديل القضائي للعقد إجراء تغيير جزئي في العقد، ينصب على عنصر من عناصره، أو بند

من بنوده، وذلك إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك. بحيث لا يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد أو نقضه، وانتهينا إلى أن نظام التعديل القضائي، يختلف عن بعض الأنظمة القانونية التي قد تشتهر مع نظام التعديل أو قد تختلط به إلى حد ما، كسلطة القاضي في تفسير العقد، وسلطة القاضي في استكمال العقد، وسلطة القاضي في إنقاص العقد، أو الإبطال الجزئي، بحيث يستقل عن غيره من الأنظمة القانونية في أنه ذا صفة استثنائية وأنه ينصب على جميع العقود المدنية دون استثناء عند توافر أسبابه، وفي أنه يقع على العقد الصحيح لخروجه عن العدالة، وأنه يتم بموجب سلطة تقديرية لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة التمييز (النقض)، باعتباره من مسائل الواقع.

خامساً: أن السلطة التقديرية أمر مرتبط أوثق الارتباط بطبيعة وظيفة القاضي وهي حل المنازعات حيث يباشر القاضي دوراً خلاقاً يسد به النقص أو الفراغ الموجود في النظام القانوني وأنه يتمتع في سبيل تحقيق ذلك بحرية التقدير (). فالسلطة التقديرية عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، ومن ثم تعد من صميم عمل القاضي، فأينما وجدت السلطة القضائية أمكن الحديث عن السلطة التقديرية التي يمارس القاضي من خلالها ولاية القضاء.

سادساً: إن نشاط القاضي الذهني يشمل الواقع القانوني في آن واحد، وبالتالي فإن سلطته التقديرية ترد على الواقع والقانون وهي مادة النشاط التي يمارس القاضي عليها وظيفته ومن خلالها سلطته التقديرية، هذا الواقع يعمل القاضي بصدد نشاط ذهني يهدف إلى التأكد من مطابقتها لمجموع الوقائع النموذجية الواردة في النص التشريعي، ويتم ذلك من خلال نشاط ذهني في وصف وقائع النزاع المطروح وصفاً قانونياً يسمح بأعمال الأثر القانوني الوارد في هذا النص. وأخيراً عندما يمنحه المشرع سلطة خلق الأثر القانوني وتطبيقه على النزاع المطروح، على أن يراعي في ذلك ملائمة هذا الأثر، وشعوره بالعدل في ضمير الجماعة.

سابعاً: أن السلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة له كي يباشرها على هواه، ولكنها تمنح له كي يباشر الوظيفة المسندة إليه وفق ضوابط قانونية معينة، فسلطته لها

أهداف واضحة ومحددة ينبغي أن يسعى إلى تحقيقها وأن يباشر سلطته طبقاً لطرق معينة ووسائل فنية ومبادئ محددة.

ثامناً: أن المشرع وعلى وجه الخصوص في الأردن حينما قرر للقاضي سلطة تعديل عقد السلم المشوب بعيب الاستغلال كان يميل إلى حصرها وتقييد نطاقها. وهو ما أدى في بعض الحالات إلى تضيق هذه السلطة بصورة جعلتها قاصرة عن أن تحقق الهدف الذي توخاه المشرع منها كما هو الحال بالنسبة لنص المادة (٥٣٨) مدني أردني، نظراً للقيود التي فرضتها هذه المادة لإمكانية تطبيقها، إذ تتعلق بعقد بيع السلم دون غيره من العقود الأخرى، كما لا تتناول أي شخص بل لا بد أن يكون مزارعاً دون الفئات الأخرى التي هي بحاجة فعلية للحماية، كذلك فقد قصرت الحماية القضائية على حالة واحدة وهي استغلال الحاجة وتركت العديد من مظاهر الضعف الإنساني كعدم الخبرة والطيش البين والهوى الجامح وضعف الإدراك. وكل هذا النقص الحاصل هو جراء إغفال المشرع الأردني تبني نظرية عامة لعيب الاستغلال. أما بالنسبة لنص المادة (١٢٩) مدني مصري فقد قصرت الحماية القضائية على حالتي الطيش البين والهوى الجامح وتركت العديد من مظاهر الضعف الإنساني كالحاجة وعدم الخبرة وغيرها دون حماية.

تاسعاً: أما معالجة الاختلال في التوازن الاقتصادي بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة، فيبرز دور القاضي فيها، في حالة تعديل العقد، وينصب دور القاضي في هذه الحالة على تعديل قيمة الالتزامات، عن طريق إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وللقاضي أن يعالج التوازن المختل عن طريق وقف تنفيذ العقد إذا كان يقدر للحادث الطارئ أن يزول بعد فترة قصيرة، وقد يعالج القاضي الاختلال في التوازن، بالفسخ، عندما يرى أن بقاء العقد واستمرار المدين بالالتزام بتنفيذه، يهدده بخسارة فادحة، فيعيد التوازن الاقتصادي المختل بالفسخ. وتبين لنا أن القاعدة العامة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا تجيز فسخ العقد، وإنما أجازة المشرع في عدة تطبيقات تشريعية، في عقد الإيجار، استناداً إلى مبدأ فسخ الإيجار للعدر الطارئ المعروف في الفقه الإسلامي. كما أجاز للقاضي فسخ عقد المقاول إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول.

عاشراً: لا شك أنه توجد فائدة عملية لأعمال الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في جميع العقود، وخاصة في الأردن في تلك الفترة التي تشهد نهضة اقتصادية هائلة ودور تشجيع الاستثمار.

حادي عشر: منح القانون المدني الأردني القاضي سلطة تقديرية واسعة لتعديل مقدار الشرط الجزائي إذا ما طلب منه أحد الطرفين ذلك، بحيث لم يحدد الحالات التي يستطيع فيه القاضي تعديل الشرط الجزائي زيادة أو نقصاناً. وذلك بعكس القانون المدني المصري والقوانين العربية المستمدة منه التي حددت الحالات التي يستطيع فيها القاضي تعديل الشرط الجزائي زيادة أو نقصاناً.

ثاني عشر: إذا لم يتم تعديل نص المادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني، بحيث يتم تحديد الحالات التي يحق فيها للقاضي تعديل مقدار الشرط الجزائي، فإن هذا يؤدي إلى إلغاء كل دور فعال للشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، ما دام أن الأمر سينتهي حتماً إلى التقدير القضائي للتعويض، مما سيجعل نظام التعويض الاتفاقي عديم الجدوى بالرغم من الحاجة العملية له.

وبعد عرض هذه النتائج لهذا البحث فإننا نقدم جملة من الآراء والمقترحات يمكن إجمالها بما يلي:

- 1- على القاضي الأردني أن يتوسع في تطبيق أحكام المادة (٥٣٨) من القانون المدني بحيث لا يقصرها على استغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم، بل عليه أن يأخذ بمظاهر الضعف الإنساني كالحاجة أو عدم الخبرة أو الطيش البين أو الهوى الجامح أو ضعف الإدراك. وإلى حين تبني المشرع الأردني نظرية عامة لعيب الاستغلال. فإلى أن يصار إلى مثل هذا التعديل، فإن القاضي الأردني ملزم بالرجوع (.) إلى أحكام الفقه الإسلامي كونه المصدر الثاني من مصادر هذا القانون.
- 2- نفضل تعديل نص المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني بحيث ينص على سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقد إذا كان يقدر أن يزول الحادث الطارئ في وقت قريب، وأن العدالة تقتضي ذلك.
- 3- نقترح تعديل المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني، ونؤيد التعديل المقترح من الأستاذ خالد سامعة، لتصبح على النحو التالي: "إذا طرأت حوادث استثنائية

4- نتمنى لو أن المشرع الأردني لم يجعل نظرية الظروف الطارئة من النظام العام
(.)أسوءً بنظرية القوة القاهرة

6- نرى أن يتشدد القاضي عند منح المدين المعسر مهلة جديدة (نظرة الميسرة)، وأن لا يكون ذلك إلا في أضيق الحدود بحيث لا يطمع المدين في سماحة القاضي

إبراهيم، محمد محمود، (١٩٨٢)، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، مصر.

شش شش شش شش شش شش

أبو عرابي، غازي، (١٩٩٨)، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة-، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، المجلد الخامس والعشرين، علوم الشريعة والقانون، العدد الأول، ص ٤٦-٦٢

بن حديد، إبراهيم، (د.ت)، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية

الترمانيني، عبد السلام، (١٩٦١)، سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية، مجلة المحاماة، العدد السادس، السنة الحادية وأربعون، ٨٩٩-٩٢١

الجارحي، مصطفى عبد السيد، (١٩٨٨)، فسخ العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى

الجمال، مصطفى، (١٩٨٧)، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، الإسكندرية

جميعي، حسن عبد الباسط، (١٩٩٠-١٩٩١)، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة

حجازي، عبد الحي، (١٩٥٤)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر

حجازي، عبد الحي، (١٩٥٩)، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، ص ١٣٩-٢٠٤

حداد، حمزة، (٢٠٠٢)، الإذعان وعقد التأمين، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر "القضاء والتأمين"، عمان، الأردن

الحكيم، عبد المجيد، (١٩٦٩)، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد

الحكيم، عبد المجيد، (١٩٧٧)، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد

الخشروم، عبد الله حسين، (١٩٩٢)، عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفقه الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية

الخطيب، محمد، (١٩٩٢)، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر

الخفيف، الشيخ علي، (١٩٧٩-١٩٨٠)، الغبن في العقود، مجلة البحوث والدراسات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، العدد العاشر، ص ١-٢٨

درادكة، فؤاد، (١٩٩٤)، الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية

الذنون، حسن علي والرحو، محمد سعيد، (٢٠٠٤)، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان

الزعبي، محمد يوسف، (١٩٩٣)، العقود المسماة في شرح عقد البيع في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دون ناشر

زكي، حامد، (١٩٣٢)، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الأول، ص ٢٤٦-٢٧٧

السباتين، خالد محمد، (٢٠٠١)، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة القدس، كلية الحقوق، فلسطين

السرhan، عدنان وخاطر، نوري حمد، (١٩٩٧)، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، (الالتزامات)، دراسة مقارنة، دون ناشر

سعد، أحمد محمود، (١٩٨٨)، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني "ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة

سعودي، عبد الرحمن عبد العزيز، (١٩٩٠)، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر

سلامة، مأمون، (١٩٧٥)، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة

سلطان، أنور، (١٩٧٠)، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر

سلطان، أنور، (١٩٨٧)، تعليق له على نظرية العقد في القانون المدني الأردني، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد الثاني، ص ١٩٣-٢١٧

سلطان، أنور، (١٩٨٧)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، منشورت الجامعة الأردنية

سماعة، خالد رضوان، (١٩٩٧)، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية

السنهوري، عبد الرزاق، (١٩٥٢)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية

السنهوري، عبد الرزاق، (١٩٨١)، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية

السنهوري، عبد الرزاق، (د.ت)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان

السنهوري، عبد الرزاق، (د.ت)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دون ناشر

سوار، محمد وحيد الدين، (١٩٧٩)، الغبن والاستغلال في القانون المدني الأردني - عدل العقد - مجلة نقابة المحامين، ملحق الأبحاث، ص ٨٥-١١٤

سوار، محمد وحيد الدين، (١٩٩٢)، سلطة القاضي في تعديل العقود، مجلة نقابة المحامين، العدد (١-٣)، ص ١١١-١٤٣

سوار، محمد وحيد الدين، (٢٠٠١)، الاتجاهات العامة في القانون المدني - دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع

السيد، عادل حسن، (د.ت)، أحكام إنقاص العقد الباطل، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر

الشرقاوي، جميل، (١٩٧٦)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة

الشرقاوي، جميل، (١٩٨١)، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة

شوشاري، صلاح الدين محمد، (٢٠٠٣)، الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الثانية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن

صاوي، أحمد السيد، (د.ت)، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة

الصدّة، عبد المنعم فرج، (١٩٧٩)، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة

الصيرفي، ياسر أحمد، (١٩٩٨)، دور القاضي في تكوين العقد، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد السابع، ص ٣٣١-٣٨٨

عبد الباقي، عبد الفتاح، (١٩٨٤)، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون ناشر

عبد الفتاح، عزمي، (١٩٨٣)، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي

العتار، عبد الناصر توفيق، (١٩٧٨)، نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، مطبعة السعادة، القاهرة

علوبة، عادل، (١٩٦٠)، نظرية الحوادث الطارئة، مجلة المحاماة، العدد الأول، السنة الأربعون، ٢٤٨، ٢٥٧

عمر، نبيل إسماعيل، (١٩٨٠)، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية

عمر، نبيل إسماعيل، (١٩٨٤)، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية

العويدي، أحمد، (١٩٩٩)، الحماية القانونية للطرف المدّعى في عقد التأمين، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان

عياد، عبد الرحمن، (١٩٧٢)، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية

غانم، إسماعيل، (١٩٦٦)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة وهبة، القاهرة

ضضضضضضضض

معوض، فؤاد محمود، (٢٠٠٤)، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية
وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر،
الإسكندرية.

المقابلة، وفيق علي، (١٩٩٤)، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد
عليها - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان.
نجيدة، علي، (١٩٨٨)، الرقابة على دستورية القوانين - المحكمة الدستورية العليا، دار
الفكر العربي، القاهرة.