



عمادة الدراسات العليا

كلية الحقوق

"دور القاضي في تحقيق التوازن في العقد المدني"

سرين محمد شحادة برهم

رسالة ماجستير

القدس_ فلسطين

1444هـ/2023م

"دور القاضي في تحقيق التوازن في العقد المدني"

إعداد الباحثة:

سرين محمد برهم

بكالوريوس قانون - جامعة القدس - فلسطين

إشراف الدكتورة:

سمر جورج سمور

قدم هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص/ في برنامج الدراسات العليا/ جامعة القدس/ فلسطين.

1444هـ/2023م.



جامعة القدس
عمادة الدراسات العليا

إجازة الرسالة

"نور القاضي في تحقيق التوازن في العقد المدني"

اسم الطالب: سرين محمد برهم
الرقم الجامعي: 21912580

إشراف: د. سمر جورج سمور

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 2023/6/14م، من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتوقيعاتهم:

- 1- رئيسة لجنة المناقشة: د. سمر سمور، التوقيع:
- 2- ممتحنًا داخليًا: د. محمد خلف، التوقيع:
- 3- ممتحنًا خارجيًا: د. رائد عصفور، التوقيع:

القدس_ فلسطين

2023/1444هـ

الإهداء

إلى من وجدوا بداخلي القوة فساعدوني لاكتشافها عزوتي

الغالية أُمي ... والعزيز أبي ... وريحانة قلبي أخواتي

روند وروان.

إلى من علمونا التواضع، وأخجلتنا كرم تضحياتهم

إلى شهداء العزة والإباء

شهداء الوطن... شهداء غزة.

إلى من نسعى أن نوفهم التجيلا بما قدموا لنا

أساتذتنا ومعلمونا

إلى من ظلموا بالحياة الدنيا... إليهم أهدى تعبى وجهدي

إليهم وفقني الله لهذه الدراسات للوقوف معهم، فكنت أنا

المحامية سرين برهم

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

(وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ
تَعْلَمُونَ)

صدق الله العظيم

البقرة (42)

(الشكر والتقدير)

يا رب لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا وأنت علام الغيوب، فمنا القوة في لحظة الضعف، ومنا العلم في أوقات الجهل، وقد اعنت فيسرت، ويسرت فأعنت، فأمددتني بعونك وتوفيقك لإتمام هذه الرسالة، والصلاة والسلام على نبي الرحمة محمد عليه الصلاة والسلام.

لم تخرج هذه الرسالة إلى حيز الوجود، أو تصل هذه المرحلة، إلا بفضل الله تعالى أولاً، ثم فضل أصحاب الفضل الذين بذلوا الجهد ولم يبخلوا بنصحهم حتى أثمر جهدي هذا. ومن باب الاعتراف بالفضل لأصحاب الفضل ... أجد لزاماً علي أن اتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الصرح العلمي الشامخ جامعة القدس التي أتاحت لي فرصة الالتحاق ببرنامج الدراسات العليا.

ومن عظيم شرفي أن قدر لهذه الرسالة رعاية كريمة من الدكتورة سمر سمور، والتي تفضلت بالإشراف عليها، فكانت نعم المشرف والمشجع، فلها مني كل الشكر والتقدير.

كما لا يفوتني أن أتقدم بعظيم الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل، الدكتور محمد خلف والدكتور رائد عصفور

وإلى كل من مدّ لي يد العون والمساعدة لإتمام هذه الرسالة

اللهم اجعلنا من الذين يحسنون القول والعمل، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

إقرار:

أقر أنا معدة هذه الرسالة بأنها قدمت الى كلية الحقوق- الدراسات العليا في جامعة القدس، لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة عليا لأية جهة أو معهد أو جامعة أخرى.

التوقيع: 

الاسم: سرين محمد برهم

التاريخ: 2023/06/14

المخلص:

جاءت هذه الدراسة، لتتناول موضوع نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد، وهو الموضوع الذي يعتبر أحد أهم موضوعات القانون المدني، ذلك أن ما يتناوله القاضي بالتعديل هو العقد، الذي يعتبر وسيلة الإنسان الأشهر في تداول السلع والمنافع.

وللعقد، قوة ملزمة تعادل في إلزاميتها قوة النص القانوني، بحيث إذا انعقد العقد صحيحاً، مكتمل الأركان، أمتنع على أي من المتعاقدين أن ينفرد في نقضه وتعديله، كذلك الأمر بالنسبة للقاضي المتوجب عليه رعاية هذه البنود، طبقاً لمبدأي "العقد شريعة المتعاقدين" و"مبدأ سلطان الإرادة"، إلا أن عوامل التطور الاقتصادي والاجتماعي، وغيرها من العوامل، قد أبرزت عيوب هذين المبدأين، ومخاطر الأخذ بهما على إطلاقهما، وهو الحال الذي أوجب أن يخضع هذين المبدأين، إلى عدد من القيود التي يجب أن تتوافق مع المصالح الاجتماعية، ومنحت كذلك للقاضي سلطة تعديل العقد، بسبب ما قد يتضمنه من شروط تعسفية، أو ما وقع فيه احد المتعاقدين من غبن، بعد قيامه بهذا التعاقد.

ومن المعلوم أن سلطة القاضي لدى مراجعته للعقود، تتصف بأهميتها وضرورتها، بالنظر إلى أنها تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد.

ويظهر دور القاضي في تعديل العقد، بمرحلتين: أولهما مرحلة تكوين العقد. وثانيهما مرحلة تنفيذ العقد. ففي المرحلة الأولى، يكون للقاضي سلطة تعديل العقد، متى وجد فيه خللاً بالتوازن بين مراكز أطرافه، كحالة الغبن أو الاستغلال لأحد المتعاقدين، أو أن يوصف أحد بنود العقد بالشروط التعسفي، فيكون للقاضي أن يبطل العقد، أو يزيل الغبن الذي شابهه، فينقص من التزامات الطرف المغبون، وله أن يستخدم غير ذلك من الوسائل التي تؤدي إلى ذات النتيجة، كأن يعدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أو أن يعفي الطرف المدعن منها.

أما في مرحلة تنفيذ العقد، فقد منح القانون للقاضي سلطة تقديرية واسعة، في سبيل إعادة التوازن للعقد وإزالة أي إجحاف بحق الطرف الضعيف فيه ففي الظروف الطارئة، أي تلك التي لم تكن متوقعةً عند إبرام العقد،

ويكون من شأنها أن تلحق خسارةً كبيرةً بأحد طرفي العقد، فللقاضي اعمال نظرية الظروف الطارئة، برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول.

وفيما يتصل بالتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، وهو الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف بتعويض الطرف الاخر، في حال أخل الأول بتنفيذ التزامه أو تأخر عنه بوجه الحق الضرر بالآخر، فللقاضي سلطة تعديل التعويض، إما بتخفيض مبلغ التعويض، أو بزيادة التعويض الاتفاقي، وفقاً لحجم الضرر الذي لحق بالمتعاقد الآخر.

الكلمات المفتاحية: العقد، التوازن العقدي، الغبن، الاذعان، الظروف الطارئة، التعويض الاتفاقي.

Title “The role of the judge in achieving balance in civil contracts”

Prepared by: Sereen Barham

Supervisor: Dr Samar Sammour

Abstract:

This study came to deal with the issue of the scope of the judge's authority in amending the contract, which is considered one of the most important topics of the civil law, because what the judge deals with in amending is the contract, which is considered the most popular human means in the circulation of goods and benefits.

The contract has a binding force equivalent in its obligatory force to the force of the legal text, so that if the contract is valid and complete, it is forbidden for any of the contracting parties to unilaterally veto it and amend it. The principle of the authority of the will.” However, the factors of economic and social development, and other factors, have highlighted the shortcomings of these two principles, and the dangers of adopting them at all, which is the case that necessitated that these two principles be subject to a number of restrictions that must be compatible with social interests. The judge also has the authority to amend the contract, due to the arbitrary conditions it may contain, or the unfairness that one of the contracting parties has committed, after making this contract.

It is known that the authority of the judge, when reviewing contracts, is characterized by its importance and necessity, given that it aims to protect the weak party in the contract.

The role of the judge in amending the contract appears in two phases: the first is the formation phase of the contract. The second stage is the implementation phase

of the contract. In the first stage, the judge has the authority to amend the contract, when he finds in it an imbalance between the centers of its parties, such as in the case of unfairness or exploitation of one of the contracting parties, or if one of the terms of the contract is described as arbitrary, so the judge has the right to invalidate the contract, or remove the unfairness that tainted it, and it decreases the obligations. The aggrieved party may use other means that lead to the same result, such as amending the arbitrary conditions in contracts of adhesion, or exempting the obedient party from them.

As for the implementation stage of the contract, the law granted the judge wide discretionary power, in order to restore balance to the contract and remove any prejudice against the weak party in it. In the contract, the judge may work on the theory of emergency circumstances by returning the burdensome obligation to a reasonable extent.

With regard to the compensation agreement (the penal clause), which is the agreement by which one of the parties is obligated to compensate the other party, in the event that the first breaches the implementation of his obligation or delays it in the face of the right to harm the other, the judge has the power to amend the compensation, either by reducing the amount of compensation, or by increasing the agreement compensation, according to for the amount of damage sustained by the other contractor.

Keywords: contract, contractual balance, unfairness, acquiescence, emergency conditions, consensual compensation.

المقدمة:

يُعدّ العقد، أكثر الأنظمة القانونية شيوعاً، كوسيلةٍ لإشباع حاجات الأفراد ورغباتهم، وترتيب الحقوق والالتزامات بينهم. وهو ضرورةٌ اجتماعية للأفراد، أو وسيلةً وجدت في المجتمعات، أوجبتها الحاجة إلى تلبية رغبات الأفراد، لتمكين الفرد من تأمين مستلزمات حياته، من خلال التبادل والتعاون مع الآخرين. وجميع صور هذا التعاون والتبادل، كان العقد وسيلتها.

والعقد اهم المصادر المنشأة للالتزام، والأكثر شيوعاً في التعامل، ومن بعده تأتي المصادر الأخرى، من عملٍ غير مشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون، والإرادة المنفردة، والتي تُعدّ أقل شيوعاً والاضيق قدرةً بين المصادر الأخرى على إنشاء الالتزام، وذلك لتقيدها بالقانون، فهي لا تملك الحرية في انشاء الالتزام، ما لم يسمح لها القانون.

فالعقد آلية قانونية، واجتماعية، واقتصادية على قدرٍ كبير من الأهمية، لذلك سعت القوانين لتنظيمه، بمقتضى أحكام تخضع لها مختلف العقود، لما لها من دورٍ في ترتيب الحقوق والالتزامات بين الأفراد. ووضع القواعد اللازمة للحفاظ على حقوق الأفراد، واستقرار المعاملات التعاقدية، لضمان استقرار الحياة الاقتصادية.

ولما كان الحق يستند في وجوده إلى القانون، كونه هو الذي ينظمه ويحميه، بوصفه مصدر كل الحقوق. فإن القانون حين يقرر الحقوق، يجعل كسبها رهين توفر أوضاع أو شروط معينة. لذلك فإن العقد تصرفٌ قانوني هام، وأحد أهم مصادر الحقوق التي أقرها القانون. ويعني اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني يرتبه القانون إعمالاً لها. فالقانون باعترافه بالعقد كأحد مصادر الالتزام الإرادية، فإنه واستجابةً للإرادة، يرتب لها الأثر الذي اتجهت إليه حين التعبير عنها. إلا أن الإرادة ليست غاية القانون، فهو في ترتيب الأثر الذي اتجهت إليه، لا يكون ذلك امتثالاً لسلطان الإرادة، وإنما يكون لتحقيق المصلحة العامة والعدالة .

وللعقد في اللغة معانٍ كثيرة. كالربط والشد، والتوثيق والإحكام، والجمع بين شيئين. فيقال: عقدت البيع، أي أبرمته واتمته ووثقته. والعقد نقيض الحل. ويقال عقدت الحبل، فهو معقود، وكذلك العهد، ومنه عقدة

النكاح. ويراد به، العهد والالتزام، حيث جاء في لسان العرب: والعقد العهد. والجمع عقود، وهي أوكد العقود. ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا، وتأويله الزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه، فتأويله انك ألزمته ذلك باستيثاق .

والعقد في الفقه الإسلامي، يطلق على معنيين، أحدهما عام والآخر خاص. فالمعنى العام: هو الربط الحاصل بين كلامين، على وجه يثبت عليه حكمٌ شرعي، بالزام لأحد الطرفين، أو كليهما. ويراد بالمعنى الخاص للعقد: كل ما يلزم لوجوده طرفين لانعقاده. أو عاقدين أو إرادتين، وهذان الطرفان، يتبادلان الالتزام، فيلتزم أحدهما بشيءٍ مقابل التزام الآخر بمقابلٍ له.

أما العقد قانوناً: هو توافق إرادتين، على إحداث أثرٍ قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه. ومن المهم في العقد، أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثرٍ قانوني. فإذا لم يكن المراد إحداث الأثر، فليس هناك عقد بالمعنى القانوني .

وهو: "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول".

ومن الجدير ذكره، أنه ورغم وجود عدة تعريفات للعقد، إلا أنه عملياً يصعب وضع تعريفٍ مانعٍ جامعٍ للعقد. فما يبرم من العقود، في إطار التعاملات بين الأفراد، عدد غير محدود، وجميع أنواع العقود ومسمياتها، تخضع للنظرية العامة للعقد، في مبادئها العامة، ويحكمها قاسمٌ مشتركٌ، وهو العقد القائم على التقاء إرادتي المتعاقدين .

ويقف العقد في مقدمة الالتزامات الإرادية، ونمت أهميته وعظمت، بعد ظهور المذهب الفردي، الذي كان يقدر الحرية الفردية، ويعتبر الفرد محور المجتمع، ويعدّ الحرية الفردية، أساس التعامل الاقتصادي، وينادي بمبدأ سلطان الإرادة في العلاقات التعاقدية، وبأنه مصدرٌ لقوة الالتزامات الناشئة عنها. فتنظيم المجتمع، وفقاً لهذا المذهب، يهدف إلى، حماية الفرد، وضمان تحقيق مصلحته الخاصة. فطالما كان الإنسان حراً، فإن إرادته يجب أن تكون كذلك. وهذه الإرادة هي التي تملك إنشاء العقد، وهي التي تملك تحديد آثاره، بمنأى عن أي قيد يرد في القانون، وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة.

ويعني مبدأ سلطان الإرادة: أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود، وفي تحديد آثارها. فكل الالتزامات، ترجع في مصدرها الى الإرادة الحرة، والتي هي أيضاً مصدر الآثار التي تترتب على هذه الالتزامات. ويراد به كذلك، أن الإرادة هي صاحبة السلطان في إنشاء العقود، دون أن تكون مقيدةً بالأنواع التي حددتها ونظمتها القوانين. وتتمتع بحرية الدخول أو عدم الدخول، في علاقاتٍ تعاقدية. وكذلك في تحديد الآثار القانونية التي تترتب على العقد، وتعديلها، وإنهاء العقد، طالما كانت حدودها النظام العام، والآداب العامة.

فإرادة الفرد تشرع بذاتها لذاتها، وتنشئ بذاتها لذاتها التزامها. ولها حرية تحديد آثار العقد. فلا تتقيد بالآثار التي يربتها المشرع على عقد من العقود فقط، وإنما يكون لها الحرية في تضيق هذه الآثار، أو توسيعها أو حذفها، كما يكون لها الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه .

فالأصل، أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة، وكذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام، فهو خاضع للإرادة أيضاً. وينبغي على ذلك، أن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً في ذمته، يكون صحيحاً، ومنتجاً لآثاره، كون التزامه بني على إرادته. وأن العقد إذا تم بتوافق إرادتين مستقلتين، فإنه لا يجوز تعديله الا بتوافق هاتين الإرادتين، ولا يجوز للقاضي أن يعدله، أو أن يضيف إليه .

هذا ويعود مبدأ سلطان الإرادة إلى أصلين، الأول: أن كل الالتزامات، بل كل النظم القانونية، ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة. والثاني: أن الإرادة لا تقتصر على كونها مصدر الالتزامات، بل هي كذلك المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار.

ويتفرع عن مبدأ سلطان الإرادة، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وهي القاعدة التي أصبحت مبدأً ثابتاً ومستقراً في القوانين الحديثة، يطلق عليه القوة الملزمة للعقد، ويراد به: أن الالتزام الذي يربته العقد، يعادل في قوته الالتزام الذي مصدره القانون. فيكون للعقد قوة ملزمة، بحيث يتمتع على أي من المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أو تعديله. وعلى كليهما الخضوع للعقد، كخضوعهما لما شرعه القانون. وأيضاً، يتعين على القاضي رعاية العقود وحمايتها، كرعايته للنصوص القانونية، فإذا طرح عليه نزاع بشأنها، فإن ما يطبقه هو الحكم الخاص الذي وضعه المتعاقدان في العقد .

وكذلك لا يملك القاضي، نقض العقد، أو تعديله، لأنه لا دور له في إنشاء العقود، بل يقتصر دوره على تفسير العقد، وفقاً لنية المتعاقدين، وتحديد نطاقه، ومن ثم تنفيذه، فالعقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز لأحد أن يعدل فيه، بإضافة أي التزام، أو الاعفاء من أي التزام، جاء فيه، إلا باتفاق المتعاقدين، أو لسبب يقرره القانون .

هذا وتتبع القوة الإلزامية للعقد، من الديانات السماوية، والتي أوصت بالوفاء بالعهد. فقد جاء في الآية الكريمة { وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا } . بالإضافة إلى الموجبات الأخلاقية، المرتبطة بالصدق والأمانة، وحسن التعامل مع الناس، والمنافسة الأخلاقية والمهنية، والتي تلزم من يلتزم بها، بإنفاذ العقود التي يبرمها مع الغير .

والقوة الملزمة للعقد، هي التي تمنع أن ينفرد أحد الأطراف بتعديل العقد. فكل ما اتفق بشأنه من شروط، تأخذ مكانة القانون من حيث القوة، وتصبح واجبة التنفيذ. ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً، لأن العقد يقوم مقام القانون، في تنظيم العلاقة فيما بين المتعاقدين. فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضي، فلا يمكن له، أن ينقض عقداً صحيحاً، أو يعدله، بحجة أن النقص أو التعديل، تقتضيه العدالة. فالعدالة تكمل ارادة المتعاقدين ولا تلغيها .

وقد نص المشرع الفرنسي، على القوة الملزمة للعقد، في المادة (1134) من القانون المدني، والتي نصت على أن: (تحل الاتفاقات المبرمة قانوناً محل القانون لأولئك الذين قاموا بها، لا يجوز إلغاؤها إلا عن طريق الاتفاق المتبادل، أو لأسباب مآذون بها بموجب القانون، ويجب أن يتم تنفيذها بحسن نية). وقد نقل المشرع الفرنسي هذا النص عن الفقيه دوما . DOMAT وهذه المادة، شبهت قوة العلاقة العقدية بقوة القانون، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بين طرفيه. فالعقد بين أطرافه له قوة القانون، لا يقبل الإلغاء أو التعديل إلا بالإرادة المشتركة للمتعاقدين. ويتضح كذلك من باقي نص المادة المذكورة، بأنه يجب عدم خيانة ثقة أطراف العقد خلال مرحلة التنفيذ، أي تنفيذ ما اشتمل عليه العقد، بحسن نية، وبذلك تكتمل القوة الملزمة للعقد وفق القانون الفرنسي. وقد وصف الفقيه جون كاربونيي J CARBONNIER، المادة (1134) بأنها المصدر الرئيسي، والقاعدة الحصينة لسلطان الإرادة.

ولتحديد مضمون القوة الملزمة للعقد، لا بدّ من تحديد نطاق العقد، وبيان الالتزامات التي يرتبها بين طرفيه، ومدى التزام كلٍ منهم بتنفيذها، وهو الأمر الذي يستوجب تفسير العقد، للوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وذلك من خلال عبارات العقد، استناداً إلى عبارات العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به.

ويقصد بنطاق العقد: بيان مجال العقد بالمعنى المفهوم في القانون الخاص. أي إضافة ما هو من مستلزمات العقد إليه. وهذا لا يتعارض أبداً مع إرادة المتعاقدين، حيث يفترض أن هذه الإضافة إلى العقد، قد ارتضاها المتعاقدان، إلا أنهما أغفلاها إما عن قصد أو سهو، أو لعلمهما أن القانون وضع لها تنظيماً.

ويراد من التفسير، تحليل نص العقد، للوقوف على إرادة طرفيه، بالمقارنة بين التعبير وبين ما أضمرته النفس، بحسب طبيعة المنهج الذاتية أو الموضوعية في التفسير. ولكن هذه الغاية لا تحقق بالمنهج فقط، فلا بدّ للقاضي أن يستعين ببعض المعايير الموضوعية كالعرف، وظروف الواقع الأخرى، وقرائن الحال. ويكون الدافع إلى تفسير العقد، هو ما اعتراه من غموض، فإذا كانت عبارة العقد واضحة، لا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها، للتعرف على إرادة المتعاقد، أما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة، عندها يتعين على القاضي أن يفسر هذه العبارة، وذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ.

أيضاً للقوانين التكميلية والمفسرة، دورٌ كبير في استكمال نطاق العقد، حيث يصعب أحياناً، ينظم المتعاقدان العلاقة بينهما في جميع تفصيلاتها، فيتركبان بعض التفاصيل، إما لأنهما لم يتوقعاها، وإما اعتماداً على أحكام القانون، فيتم اللجوء إلى الأحكام القانونية المفسرة، لتحديد نطاق العقد .

لكن القوة الملزمة للعقد غير مطلقة، بل تنقيد بمبدأ النسبية الذي يحدد للالتزام امتداده الشخصي، وامتداده الموضوعي، فمن حيث الأشخاص، تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين، أو من قام مقامهما في إبرام العقد ولا تمتد إلى الغير، فيشمل لفظ المتعاقدين، من أبرم العقد أصالةً عن نفسه، ونيابةً عن غيره، وكذلك من يمثل المتعاقدين أو يحل محلها في جميع حقوقهما والتزاماتهما من الخلف العام، ومن يخلفهما في ملكية شيء معين، أو في حق شخصي من الخلف الخاص.

أما من حيث الموضوع، فإن مبدأ نسبية العقد يقتضي أن يكون العقد قانون المتعاقدين، فيلتزمان بما ورد فيه من بنود اتفقا عليها، فلا يملك أحدهما ولا القاضي نقضه ولا تعديله، إلا في ظروف تقتضي ذلك، ضمن قيود مضبوطة.

والهدف من إقرار المشرع، لمبدأ الأثر النسبي للعقد، بشقيه الشخصي والموضوعي، لا يقتصر على حماية مصلحة المتعاقدين، بل يتعداهما إلى حماية مصلحة المجتمع، التي تقتضي الوفاء بالعقود، تحقيقاً لاستقرار المعاملات، والطمأنينة فيها، وهو ما يشكل الأساس الاقتصادي لهذا المبدأ الذي يحفظ الثقة بين الأفراد، ويمنع الاضطراب في المراكز القانونية.

إلا أنه وخروجاً عن المبدأ العام، لوجوب الالتزام بما اتفق عليه في العقد، قد يرخص استثنائياً للمتعاقدين، بإنهاء العقد أو تعديل أحكامه، وقد يكون هذا الترخيص إما من مصدر خارج عن إرادة المتعاقدين، وإما أن يكون نابغاً من إرادتهما. فهناك حالات يتم فيها نقض العقد أو تعديله بعنصرين فوق إرادة المتعاقدين، إما بنص القانون، أو بترخيص القاضي للقيام بذلك، بما يتيح القانون له من سلطة تقديرية لظروف الحال.

فقد يتدخل المشرع، استثناءً عن المبدأ العام أن العقد شريعة المتعاقدين، لينهي العقد أو يعدله، دون أن يملك القاضي في ذلك سلطة تقديرية، فلا يحق له أن يقضي بغير ما وجه إليه القانون، دون أن يكون ذلك من المشرع خروجاً عن قاعدة القوة الملزمة للعقد، لأن التطبيقات الواردة في القانون المدني، لتدخلات المشرع بإنهاء العقد، لم تكن إلا مراعاةً للاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه هذه العقود. كما أنها قواعدٌ مكملة، لا تسري إلا في حال عدم وجود الاتفاق المخالف.

ويعتبر عقد الوكالة مثالاً على ذلك، حيث بين القانون أن الوكالة تنتهي بإتمام الوكيل للتصرف الذي تم توكيله به، أو بانتهاء الأجل المحدد له، إذا عين في نص الوكالة أجلً لانتهائها. وكذلك حالة موت الموكل، أو الوكيل، كون عقد الوكالة، مبنيً على الاعتبار الشخصي. وكذلك عقد العارية، الذي ينتهي بموت أحد أطرافه .

وهناك حالات يكون فيها نقض العقد أو تعديله، باتفاق مسبق بين المتعاقدين، يجيز ذلك. أو إذا رخص القانون للمتعاقدين بذلك. فقد يدرج المتعاقدان بنداً في العقد، يخول لأحد المتعاقدين بإرادته المنفردة، أن

يتحلل من التعاقد، فيكون بذلك الاتفاق المسبق، والقاضي بالاعتراف لأحدهما بسلطة تعديل العقد، أو إنهائه بالإرادة المنفردة، وأساس هذه السلطة، عادةً ما يكون تجنب النزاعات والاشكاليات المستقبلية، والذي يعتبر في حقيقة الأمر تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

وكذلك قد يجيز المشرع، بنصوص خاصة، مراعاةً منه لمصلحة عامة يتوخاها، لأحد طرفي العقد إنهاء العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة، بشرط عدم التعسف في استعمال هذا الحق، والنقيد في ذلك بشرط وجود حالة جدية تقتضي إنهاء العقد، وبشرط إعلام الطرف المتعاقد الآخر مسبقاً، بنية إنهاء الرابطة العقدية. ومثال ذلك عقود العمل .

ويعتبر تدخل القاضي في تعديل العقد، أمراً ذا أهمية بالغة، لما من شأنه المساهمة في بناء نظرية التعديل القضائي للعقد، إذ لا يمكن الاعتراف للقاضي بمثل هذه السلطة، دون أساس قانوني متين. وهذه الدراسة من شأنها تسليط الضوء على أهمية وظيفة القاضي، وحقيقة الدور الإيجابي الذي يجب عليه القيام به، والغاية من ذلك تحقيق العدالة التعاقدية.

أهمية الدراسة:

تتبع أهمية الدراسة في تناولها للحماية القانونية لأطراف العقد؛ ومنع الاستغلال وفرض شروط مجحفة بحق أطراف العلاقة التعاقدية، وإيجاد وسائل تضمن حماية المصلحة المشتركة لأطراف العقد، فضلاً على حماية المصلحة العامة، والمحافظة على التوازن الاجتماعي واستقراره، عن طريق حماية الفئات الضعيفة، التي تكون ضحية اختلال التوازن في العقد.

وعليه، فإن هذه الدراسة هدفها توجيه المجتمع والعامة، بضرورة مواجهة تلك الشروط بالطرق القانونية المتاحة. وتظهر أهمية دراسة "دور القاضي في تحقيق التوازن في العقد المدني"، في كون سلطة القاضي في تعديل العقد، تخرج عن أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد ومنها "القوة الملزمة للعقد" و "العقد شريعة المتعاقدين". الذي لا يجوز لأي كان المساس بقوته الملزمة بما في ذلك القاضي. ومن خلال ذلك أكتسب الموضوع أهمية وأحتاج إلى

نظر وتأمل وبحث، والأمر الذي دفع المشرع إلى النص على حالات استثنائية، يكون للقاضي فيها سلطة في التدخل لتعديل العقد، لاعتبارات تتعلق بالعلاقة التعاقدية، سواء بمرحلة تكوين العقد، أو في مرحلة تنفيذ.

أهداف الدراسة:

تحدد أهداف الدراسة في، تسليط الضوء على مدى صلاحية القاضي في تعديل العقد، وبيان حقيقة الدور الايجابي الذي يتمتع به في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية، والقضاء على مظاهر الغبن والاستغلال والإضرار.

الدراسات السابقة:

ليست هذه الدراسة، أول دراسة تتصل بالموضوع، بل سبق إليه مجموعة من الباحثين بالعديد من الدراسات التالية:

- محمد بوكماش: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، جامعة الحاج لخضر. (رسالة دكتوراه سنة 2012م).

_ زينة صاغي ونسيمة مقري: سلطة القاضي في تعديل العقد، جامعة عبد الرحمان ميرة (بجاية). (مذكرة ماجستير سنة 2014م).

- عبيدة نجاه: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، جامعة ابي بكر بلقايد. (رسالة ماجستير سنة 2016م).

- دعاء برهم: دور القاضي في تعديل العقود المدنية والتجارية، جامعة الأزهر. (رسالة ماجستير سنة 2019م).

إشكالية الدراسة:

ما هو دور القاضي في تحقيق التوازن في العقد المدني؟

ومن خلال هذه الإشكالية الرئيسية، تتبثق عدة أسئلة فرعية، وهي:

- ما هي الوسائل القضائية لتعديل العقد؟

- هل يؤخذ بإرادة المتعاقدين عند تدخل القضاء في تعديل العقد؟

- ما هي ضوابط تدخل القاضي في تعديل العقد وما حدود سلطته في تعديل العقد؟

- هل سلطة القاضي في تعديل العقود المدنية، تكون في مرحلة انشاء العقد أم في مرحلة التنفيذ؟

حدود الدراسة:

تقتصر الدراسة على بيان حدود سلطة القاضي في تعديل العقد، وفقاً للتشريع الفلسطيني، مقارنةً في بعض التشريعات العربية والأجنبية.

منهجية الدراسة:

سنعتمد في هذه الدراسة على استخدام المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في مجلة الأحكام العدلية، مع التعرض لأراء الفقهاء وأحكام المحاكم في هذا السياق.

خطة الدراسة:

سيتم تقسيم الدراسة وفقاً للخطة التالية:

الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إنشائه

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)

سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إنشائه

أخذت قواعد القانون المدني في مختلف التشريعات، بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين". أي أن أساس العقد هو إرادة طرفيه، وهي ما يحدد الالتزامات التي يترتبها العقد، ويترتب عن هذا وجوب احترام حرية المتعاقدين، والقوة الملزمة للعقد، المستمدة من إرادة المتعاقدين، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله، ولا يجوز للمشرع أو القاضي، التدخل في العقد.

لكن التشريعات الحديثة، خرجت عن هذا المبدأ وقررت حالات خاصة، يجوز للقاضي فيها التدخل في العقد، وذلك من أجل حماية أحد طرفي العقد، نظراً لوقوعه في غبن أو استغلال، جعله خاضعاً لشروط الطرف الآخر دون رغبته، حيث مُنح القاضي استثناءً سلطةً للتدخل في العقد الذي يخضع أحد المتعاقدين فيه، لنوع من الاستغلال، أو غيره من التصرفات، التي تجعله في حالة غير متوازنة مع المتعاقد الآخر، لتحقيق التوازن العقدي بينهما، من خلال تصحيح العقد مما شابه من شروط تعسفية، أو ما وقع فيه المدين من غبن بعد التعاقد.

المبحث الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

سوف نتناول في هذا الجزء من الدراسة، سلطة القاضي في تعديل العقد، في مرحلة إنشائه. حيث أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي في هذه المرحلة، هي سلطةً وقائية، والتي تجعل المتعاقدان يراعيان مسألة استقرار تعاقدتهما، وذلك بالالتزام بالحدود المسموح بها، وتوقي ما يؤدي إلى تدخل القاضي لتعديل العقد. لكن سلطة القاضي في هذا الصدد تبقى محددةً، فهو لا يتدخل إلا عند وجود تفاوتٍ بين في التزامات طرفي العقد، ناتج عن حالة غبن، أو استغلالٍ لأحد الطرفين، أو حين يكون العقد عقد إذعان.

المطلب الأول

مفهوم الغبن

إن العدالة تقتضي، أن يكون هناك تعادلٌ تامٌ بين ما يعطيه المتعاقد، وما يأخذه. ولكن تحقيق العدالة في الالتزامات التعاقدية، أمرٌ غير ممكنٍ من الناحية العملية، لأن مصالح الأفراد تتعارض فيما بينها، حيث أن كل فردٍ يهدف إلى تحقيق أكبر قدرٍ ممكنٍ من المنفعة، بموجب العقد الذي يبرمه مع غيره، لذلك فإنه من الممكن، وقوع الغبن في المعاملات، والذي قد ينتج عن استغلال أحد المتعاقدين الضعف في إرادة الآخر.

ومشكلة الغبن من المشاكل الاجتماعية المعقدة، لا يكاد يخلو منه عقدٌ من العقود، لذلك كان لا بد من تدخل المشرع من أجل تحقيق العدالة التعاقدية، في العقود التي يتوفر فيها الغبن والاستغلال، على اعتبار أن إرادة أحد المتعاقدين كانت معيبة عند إبرام العقد. فمنحت القاضي سلطة التدخل في هذه العقود، بمراجعتها وإزالة الغبن منها، بما يحقق استقرار المعاملات.

الفرع الأول

تعريف الغبن

يختلف تأثير الغبن على العقد، باختلاف الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية، فهناك تشريعات لا تهتم بالغبن إلا في حدود ضيقة، وهناك تشريعات توسعت في الغبن، وجعلته سبباً من أسباب الطعن في العقد، وهذا الاختلاف أدى إلى تعدد تعريفات الغبن، سواء لغةً أو في الاصطلاح.

الغبن لغةً:

للفظ الغبن في معاجم اللغة، أكثر من معنى، فيقال غبن الرجل في بيعه، فهو يغبن غبناً، وذلك إذا اهتضم فيه، وغبن في رأيه، وذلك إذا ضعف رأيه¹.

والغبن؛ بالتسكين في البيع، وبالتحريك في الرأي، وغبن رأيك أي نسيتَه وضيعته، غبن الشيء وغبن فيه غبناً وغبناً وأغفله وجهله، والغبن النسيان غبنت كذا من حقي عند فلان، أي نسيتَه وغلطت فيه، وغبن الرجل يغبنه غبناً مر به، وهو مائل فلم يره، ولم يفظن له، ويقال الغبن ضعف الرأي، وغبن رأيه بالكسر إذا نقصه، فهو غبن أي ضعف الرأي وفيه غبانة².

والغبن في البيع والشراء، الوكس غبنه يغبنه غبناً، هذا لأكثر خدعة وقد غبن فهو مغبون. وتغابن القوم، أي غبن بعضهم بعضاً يوم القيامة³، ومنه قوله تعالى: {يَوْمَ يَجْمَعُكُمْ لِيَوْمِ الْجَمْعِ ذَلِكَ يَوْمُ التَّغَابُنِ وَمَنْ يُؤْمِنْ بِاللَّهِ وَيَعْمَلْ صَالِحًا يُكْفِرْ عَنْهُ سَيِّئَاتِهِ وَيُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ}⁴.

¹ محمد بن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى، المجلد الثالث عشر، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1990، ص309.

² بطرس البنتاني، قطر المحيط، الطبعة الثانية، مكتبة لبنان ناشرون، 1995م، ص417.

³ محمد بن منظور، المرجع السابق، ص309.

⁴ سورة التغابن، الآية (9).

الغبن في الاصطلاح:

إن مجلة الأحكام العدلية، وعلى غير ما صيغت عليه بمجملها، لم تورد تعريفاً للغبن. ونحن وبالرجوع للكتب القانونية، نجد أن هناك تعريفات عديدة وضعت للغبن، نورد منها:

الغبن هو: عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه.⁵

وبناءً على هذا التعريف، فإن الغبن يكون في جميع أنواع العقود. بينما هو من غير الممكن وجوده، إلا في العقود التي تتضمن التزامات متبادلة بين المتعاقدين، أي في عقود المعاوضات. ففي عقود التبرعات، حيث لا يوجد التزامٌ بموجبها على الطرف الثاني من العقد، يستبعد وجود التعادل في الالتزامات. وكذلك تخرج العقود الاحتمالية من دائرة الغبن أيضاً، كونه يصعب تحديد الالتزامات بين أطراف العقد حين إبرامه.

ويعرف الغبن كذلك بأنه، عدم التعادل المادي بين الالتزامات المتقابلة⁶. وهذا التعريف قاصرٌ، لأن الغبن يقع فقط في الالتزامات المتقابلة، بالنسبة لعقود العوض فقط، ولا يقع في الالتزامات المتقابلة في العقود الاحتمالية، لأنها تقوم على الكسب والخسارة، كما هو في عقد التأمين، وعقود التبرع.

وعرفه السنهوري على أنه: " التعادل بين ما يعطيه العاقد وبين ما يأخذه"⁷.

كما وعرفه الدكتور عبد الكريم زيدان على أنه: "عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه في عقد المعاوضات وقت إتمام العقد"⁸.

وبالوقوف على هذا التعريف، نجد بأنه يجمع بين أركان الغبن جميعها، حيث يبين أن الغبن هو عدم التعادل بحد ذاته في عقود المعاوضات، مما يلحق ضرراً مادياً وخسارة مادية بأحد المتعاقدين، وينشأ هذا الغبن وقت إبرام العقد، كونه إذا تغيرت الظروف فيما بعد انعقاد العقد ونتج عنها تفاوت وإخلال بالالتزامات

⁵ ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، ج1، 196.

⁶ اياد محمد جاد الحق، النظرية العامة للالتزام، ص160.

⁷ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، ص386.

⁸ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، ص296.

اثناء تنفيذ العقد أو بعد انعقاده وقبل تنفيذه، فإن الغبن هنا لا يتحقق بل نكون أمام ظروف طارئة وليس غبناً إذا توافرت شروطها⁹.

وعليه، فإن الباحثة ترى، بأن الغبن هو اختلال التوازن في عقد المعاوضات، نتيجة عدم التعادل بين ما يعطيه وما يأخذه أحد المتعاقدين.

وقد ارتبط الغبن بالأخلاق والدين والعدل، باعتبار نظرية الغبن نظرية أخلاقية في جوهرها، فهي تعد حلقة الاتصال بين الأخلاق والقانون، إذ نجد بأن التشريعات التي فصلت بين الأخلاق والقانون لم تأخذ بنظرية الغبن بعكس التشريعات التي دمجت بين الأخلاق والقانون¹⁰.

وبظهور الإسلام، قام الفقه الإسلامي بوضع الضوابط التي تنظم المعاملات المالية، حيث حرصت الشريعة الإسلامية على إقامة توازن العقد، وتحقيق العدالة الاجتماعية بين المتعاقدين، عن طريق المساواة التامة¹¹. كما أسست الشريعة الإسلامية مبدأ العدالة في العقود.

ذلك من القواعد التي رسختها الشريعة الإسلامية، قاعدة العدالة، لقوله تعالى: ﴿وَرَبُّنَا بِالْقِسْطِ الْمُسْتَقِيمِ﴾¹²، وكذلك قاعدة وجوب التراضي في العقود، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾¹³.

⁹ دعاء موسى برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2019، ص53.

¹⁰ احمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، ص20.

¹¹ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص50.

¹² سورة الاسراء، اية (35).

¹³ سورة النساء، اية (29).

الفرع الثاني

شروط الغبن

نصت المادة (357)، من مجلة الأحكام العدلية، على أنه: (إذا غرَّ أحد المتبايعين الآخر، وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً، فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ).

ونصت المادة (359) منها، على أن: (المشتري الذي حصل له تغير، إذا أطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف المالك سقط حق فسخه).

وباستقراء النصوص المتقدمة، نجد أنه ولكي نكون بصدد أن العقد قد لحق به عيب الغبن، أن يكون العقد من عقود المعارضة، وأن يكون محدد القيمة. وأن يكون من العقود الملزمة للجانبين. وأن يكون الغبن فاحشاً. وأن يكون الغبن قد وقع وقت تكوين العقد. وألا يكون قد تم بطريق الزيادة أو المناقصة. وأن يكون قد اقترن بتغير أو استغلال، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وسنعرض لهذه الشروط تباعاً، على النحو الآتي:

1. أن يكون العقد من عقود المعاوضة:

إذا كان الغرض المباشر للمتعاقد، أن يأخذ مقابلاً لما يعطى، فالعقد عقد معاوضة¹⁴. فمثلاً التزام البائع بتسليم المبيع، يعد سبباً يُراد من خلاله الحصول على الثمن، لينفقه في شراء سلعة أخرى أو غيرها. فعقد المعاوضة، هو الذي يتلقى فيه كلٌّ من المتعاقدين عوضاً أو منفعة أو فائدة لما أعطاه، كعقد البيع، والمقايضة والعمل، والإيجار¹⁵.

¹⁴ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلدان العربي، ص129. وعبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني "نظرية الالتزام بوجه عام"، مرجع سابق، ص198 وما بعدها.

¹⁵ توفيق حسن فرج وجمال عدوي، دروس في النظرية العامة للالتزام، ص50

2. أن يكون العقد محددًا.

العقد المحدد، هو عقدٌ ينشئ على عاتق أطرافه التزاماتٍ محققة الوجود، ومحددة المقدار. إذ إن كل متعاقدٍ يعرف منذ البداية مقدار ما يعطى وما يأخذ¹⁶. كما في عقود الإيجار، والقرض، والعمل، والبيع. ومن أجل تقدير وجود الغبن من عدمه في التعاقد، يجب أن يكون معروفًا التزام كل من المتعاقدين وقت التعاقد، لأن قياس مدى التفاوت بين البدلين وجسامته، يكون من السهل الوقوف عليه في العقود المحددة¹⁷.

أما العقد الاحتمالي، فهو العقد الذي لا يعرف فيه كل من المتعاقدين، القدر الذي سيأخذه أو سيعطيه، حيث لا يحدد وقت إتمام العقد، القدر الذي أخذه أو القدر الذي أعطى، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل، تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله¹⁸.

3. عدم انعقاد العقد بطريق المزايدة أو المناقصة:

نصت بعض التشريعات، على أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيعٍ تم بطريق المزايدة العلني، إذ تهدف من وراء هذا الشرط اصباح الحصانة على هذه العقود، مما يترتب على ذلك تشجيع الأشخاص على الاشتراك فيها. فإذا تم العقد عن طريق المزايدة أو المناقصة، وفقاً لما نص عليه القانون، فلا يجوز الطعن على أساس الغبن¹⁹، وذلك لأن تلك العقود تبرم وفقاً لإجراءات معقدة تقوم على الشفافية، وتكون غالباً أحد أطرافها الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية، مما يشجع الأشخاص على الاشتراك في المزايدة أو المناقصة، لما لها من حصانة في الإجراءات.

كما وأن العقد الذي يتم بطريق المزايدة، يضمن البائع الحصول على أكبر ثمن ممكن للشيء المبيع، ومن ثم لا تتاح الفرصة لوقوع الغبن في مثل هذه العقود.

4. أن يكون العقد ملزماً للجانبين:

العقد الملزم للجانبين، هو الذي يلتزم فيه كل متعاقد اتجاه الآخر، على وجه التبادل بمقتضى الاتفاق المعقود بينهما ففي عقد البيع، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع، في مقابل أن يلتزم المشتري بدفع الثمن.

¹⁶ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص18.

¹⁷ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، ص45.

¹⁸ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص203.

¹⁹ عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني، ص469.

وكذلك الأمر في عقد المقايضة، وعقد الإيجار، وعقد المقاولة والعمل وغيرها من العقود، التي يكون ظل طرفٍ فيها مديناً ودائناً للآخر في الوقت ذاته²⁰.

ومادام الغبن يتمثل في اختلال الأدات المتقابلة بين طرفي العقد، فإنه لا يمكن تصوره في الأصل إلا في العقود الملزمة لجانبين، أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد، أي لا يترتب عليها التزامات إلا في ذمة طرف واحد دون الآخر، وبهذا لا يتصور وجود الغبن في مثل هذا النوع من العقود²¹.

5. أن يكون الغبن وقت تكوين العقد:

ينظر إلى الغبن، وقت انعقاد العقد. إذ ينظر إلى عدم تعادل الالتزامات من هذا الوقت²². فإذا اختلفت أداءات العقد فيما بعد إبرامه، أو أثناء تنفيذه، أو بعد تنفيذه فلا يؤخذ به. إلا أن هنالك حالات في بعض العقود، يصعب فيها تحديد الأداءات وقت إبرام العقد، كما هو الحال في عقود المدة المستمرة. فهذه العقود لا تتم على مرحلة واحدة، كالبيع بالتقسيط، حيث يصعب فيه تحديد وقت الغبن، فيما لو زادت قيمة البضاعة المباعة، في الفترة الواقعة بين إبرام العقد ودفع آخر قسط، مما يثير صعوبة في معرفة الوقت الذي يقدر فيه الغبن الذي لحق بالعقد. كما أن الغبن الذي يلحق إبرام العقد، يسمى غبناً لاحقاً وليس غبناً معاصراً. وبالتالي فإن هذا النوع من الغبن يمكن النظر إليه في إطار نظرية الظروف الطارئة.

ومن الحالات التي تبرز فيها بعض الصعوبات، فيما يتعلق بتحديد وقت إبرام العقد، ومن ثم تحديد الغبن فيها، العقود المعلقة على شرط واقفٍ أو فاسخ، والتي يلزم لوجودها توفر عنصرٍ عرضي، علاوة على العناصر الأصلية، بحيث يكون التزامات الطرفين قد تحددت ووجدت من وقت العقد، وإن كان تنفيذها معلقاً على تحقيق عنصر آخر²³.

6. أن يكون الغبن فاحشاً:

نصت المادة (165) من مجلة الأحكام العدلية، على أن: (الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة).

²⁰ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 44 وما بعدها.

²¹ موسى أبو ملوح، المرجع السابق، ص 44.

²² موسى أبو ملوح، المرجع السابق، ص 132.

²³ هائل حزام مهيوب العامري، المرجع السابق، ص 125.

أما القانون الفرنسي، فقد حدد نسبة الغبن في بيع العقار، بسبعة على اثني عشرة (12/7)، في المادة 1674 من القانون المدني الفرنسي.²⁴

ونصت المادة (395) منها، على أنه: (إذا باع رجل في مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل ثم مات مديوناً وتركته مستغرقة كان لأصحاب الديون أن يكلفوا المشتري إبلاغ ثمن ما اشتراه إلى ثمن المثل وإكماله وأداءه للتركة فإذا لم يفعل فسخوا البيع).

وقد ذهب الفقه الفرنسي، إلى استعمال عبارة الاختلال المؤثر *déséquilibre le significatif*، واشترط أن يصل التفاوت إلى حد الجسامة، لأن الخلل الجسيم يؤدي أصلاً إلى انعدام العقد. كما أن المشرع الفرنسي استعمل ذات العبارة (الخلل المؤثر)، في التشريع الخاص بحماية المستهلك من البنود التعسفية، كما استخدم القضاء الفرنسي ذات العبارة في معظم قراراته.²⁵

ويتضح من نصوص مجلة الأحكام، أنه يجوز الطعن في العقد بسبب الغبن، إذا كان الغبن فاحشاً، سواء أكان في العقارات أو غيرها، كما أنه يجوز استثناءً، الطعن في العقد بسبب الغبن ولو كان الغبن يسيراً، لاعتبارات معينة، مثلاً إذا أصاب الغبن اليسير مال المريض مرض الموت، وكان دينه مستغرماً لماله. والحكمة من هذا الاستثناء، ترجع إلى أن المشرع يرغب في إعطاء الحماية للدائنين، حتى لا ينقص من الضمان العام.²⁶

7. وجوب اقتران الغبن بالتغريب أو الاستغلال

نصت المادة (357) من مجلة الأحكام العدلية، على أنه: (إذا غرَّ أحد المتبايعين الآخر، وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً، فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ).

ويتضح من هذا النص، أن مجلة الأحكام العدلية، قد أخذت بالمعيار الموضوعي، بالإضافة إلى المعيار الشخصي، لتحديد مدى قيام الغبن من عدمه. حيث أوجبت اقتران الغبن الفاحش بالتغريب.

²⁴ مشار إليه في: دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد - رسالة دكتورة، مصدق فطيمة الزهراء، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2023. ص 68.

²⁵ مشار إليه في: دور القاضي المدني في إعادة التوازن الاقتصادي للالتزامات التعاقدية، بلخير نور الهدى، وحاج بن علو جوهر، رسالة ماجستير، جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت - كلية الحقوق - قسم الحقوق، ص 10

²⁶ المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، الصادرة عن ديوان الفتوى والتشريع، ص 578.

وعرفت مجلة الأحكام العدلية التغيير في المادة (164)، بأنه: (تَوْصِيفُ الْمَبِيعِ لِلْمُشْتَرِي بِغَيْرِ صِفَتِهِ الْحَقِيقِيَّةِ)، أي الغش. كما لو قال المشتري للبائع أن متاعك لا يساوي ألفاً، فبعه مني بألف فأنت الراجح.

والتغيير هو، استعمال الحيل بقصد إيقاع مجري التصرف القانوني، في وهم يدفعه لإبرام تصرف²⁷، ومتمى تحقق الغبن الفاحش عن طريق التغيير، جاز للمتعاقد المغبون أن يطلب فسخ العقد، ويستوي في ذلك أن يكون الغرر صادراً من المتعاقد الآخر أو الغير²⁸، ولا يشترط أن يكون التغيير الصادر من الغير الذي أحدث الغبن، أن يكون الغير بعلم أو دونه، لأننا نطعن بعدم تعادل الالتزامات، وليس عيباً من عيوب الرضا، لأن معيار وجود الغبن هو عدم التكافؤ بين المتعاقدين، وليس عيباً في الإرادة.

فينحقق الغبن، بمجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتبادلة في عقود المعاوضات. ويقدر الغبن وقت إتمام العقد، وهذا يسمى **بالغبن المعاصر**، بمعنى أن قيمة ما يعطيه العاقد، وقيمة ما يأخذه، إنما يعتبران في وقت العقد، فإذا تغيرت القيم بعد ذلك، فلا عبرة بهذا التغيير، ولا يكون هناك غبنٌ إذا كانت القيمتان متعادلتين وقت إتمام العقد، واختل التعادل فيما بينهما بعد ذلك²⁹.

أما الغبن اللاحق، فهو الذي يكون قد طرأ على العقد الملزم للجانبين، ما بين الاتفاق على شروط العقد، وتنفيذه. ويحدث نتيجة ظروف وحوادث، أدت إلى اختلال التعادل بين التزامات المتعاقدين، فيقع الغبن في جانب أحد طرفي العقد بسبب الظروف التي استجدت³⁰.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي، أن هناك نوعاً من الغبن لا يظهر عند إبرام العقد، ولكن يظهر فيما بعد، وقد أطلقوا عليه تسمية الغبن اللاحق، وعليه قاموا بتأسيس نظرية الظروف الطارئة بناء عليه، لأن الإرهاق الذي يتحمله المدين أثناء تنفيذ العقد بفعل الظروف الطارئة، ما هو إلا غبن لاحق، وعرفوه بأنه: عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين المتبادلة الذي يحدث في الفترة ما بين الاتفاق على جميع شروط العقد، وحصول الأمر الذي يتوقف عليه الانعقاد النهائي للعقد، بسبب حدوث ظرفٍ طارئٍ. لكن فكرة الغبن كما يعرفها القانون المدني، من حيث وجوب قياس عدم التعادل بين أداءات المتعاقدين أثناء إبرام العقد، وليس

²⁷ نفين علي الناعوق، التغيير عيب من عيوب الإرادة في القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2012، ص14.

²⁸ امين دواس، المرجع السابق، ص91.

²⁹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص125.

³⁰ هائل حازم مهيبوب العامري، المرجع السابق، ص54.

بعد إبرامه، لا تصلح كأساس لنظرية الظروف الطارئة التي أقيمت أصلاً لرد إرهاب المدين في مرحلة تنفيذ العقد، وهو ما لا يمكن التنبؤ به أثناء إبرام العقد، إضافة إلى أن هذه الظروف أو الحوادث الاستثنائية، لا دخل لإرادة أطراف العقد فيها، بخلاف الغبن الذي يعتبره القانون المدني عيباً من عيوب الإرادة، إذا كان سببه استغلال أحد أطراف العقد لطيش بين أو هوى جامع للطرف الآخر في العقد³¹.

وكل من الغبن المعاصر واللاحق، ينتج عنهما عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين في عقود المعاوضات، لأن أحد المتعاقدين يعطى، ولا يأخذ مقابل ما يعطى، أو يعطى قليلاً. ويختلفان في أن الغبن المعاصر، يوجد في عقود المعاوضات التي أبرمت بشكل نهائي، أما الغبن اللاحق، فيولد في العقد الذي يكون معلقاً أو متوقفاً على أمر لاحق للاتفاق الذي تم على العقد، إذ توجد بعض الصعوبات فيما يتعلق بتحديد وقت إبرام وتكوين العقد، مما يترتب عليه صعوبة في تقدير الغبن، مما يتوجب علينا توضيح حاله الوعد بالتعاقد والتي تعتبر من أهم الحالات التي يصعب فيها تحديد وقت إبرام العقد.

هذ وقد اختلفت التشريعات حول أثر الغبن على العقود، وهذا الاختلاف أورد نوعين من الغبن:

1. الغبن المجرد: وهو عدم التعادل المادي، بين ما يعطيه المتعاقد مقابل ما يأخذه في عقود المعاوضات، وقت انعقاد العقد. ويؤسس هذا النوع على واقعة عدم التعادل أو التوازن، بين الاداءات المتقابلة في العقد، وهو عيب في العقد ذاته، مستقل عن عيوب الإرادة الأربعة (الغلط، التدليس، الاكراه، الغبن الاستغلالي)، ويجوز للمتعاقد المغبون أن يطالب برفعه، ويعتمد في تحديده على معيار مادي بحت، يقتصر على مجرد فقدان التعادل، واختلال التوازن بين الاداءات المتقابلة، دون اعتبار للناحية الشخصية³².

2. الغبن الاستغلالي: وهو الغبن الذي يجمع بين العنصر المادي، والعنصر النفسي للاستغلال، ومن ثم لا يقع هذا النوع من الغبن الاستغلالي، إلا إذا اجتمع فيه عدم التعادل في الاداءات المتقابلة، مع الاستغلال

³¹ مصدق فطيمة الزهراء، المرجع السابق، ص 203.

³² دعاء برهم، المرجع السابق، ص53.

لحالة من حالات الضعف في المتعاقد المغبون، سواء اكانت نتيجة طيش أو رعونة أو حاجة مُلجئة أو عدم خبرة. وهو الغبن الذي يمكن أن يعطي مجالاً للقاضي للتدخل في تعديل العقد³³. فالغبن الاستغلالي، هو انتهاز واستغلال أحد المتعاقدين في الآخر، حاجة مُلجئة، أو طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً، أو عدم خبرة، فيحمله على إبرام عقد، أو إجراء تصرف قانوني معين، بغبنٍ فاحشٍ لصالحه أو لصالح غيره، مما ينتج عنه عدم تناسبٍ باهظٍ، بين ما يلتزم بأدائه الطرف المُستغل، وبين ما يعود عليه من نفع³⁴.

ويعرف الاستغلال لغةً، بأنه الانتفاع من الغير بدون حق³⁵.

أما اصطلاحاً: فهو استغلال الطيش البين، أو الهوى الجامح، الذي يعتري المتعاقد، بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتاً مع العوض المقابل، أو من غير عوض³⁶. فليس التفاوت الموجود بين الالتزامات، هو ما يبرر تدخل القاضي في هذه الحالة، وإنما استغلال طيش أو هوى المتعاقد، الذي نتج عنه اختلال في توازن التزامات المتعاقدين، هو ما يبرر تدخل القاضي.

ويعرف أيضاً بأنه: غبنٌ مصحوب بالجانب النفسي، الذي يؤثر على سلامة التقدير، نتيجة لعاملين، عاملٌ في الطرف المغبون، كالطيش البين والهوى الجامح، وعاملٌ من الطرف الغابن، وهو قصد استغلال ذلك العيب، للحصول على مزايا تفوق كثيراً قيمة المبادلة³⁷.

وقد أخذ مشروع القانون المدني الفلسطيني بفكرة الاستغلال، باعتبارها عيباً من عيوب الإرادة، وبالتالي جعل العقد الذي أبرم واستغل أحد العاقدين، ما وقع فيه المتعاقد الآخر، من طيشٍ بينٍ أو هوى جامحٍ أو حاجة، قابلاً للأبطال. حيث نص في المادة (128) منه على أنه: (إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً، أو عدم خبرة، وجعله ذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره، عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ، بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه، وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، كان للطرف المغبون أن يطلب إبطال العقد أو أن ينقص التزامه. ويجوز للمتعاقد الآخر، أن

³³ دعاء برهم، المرجع السابق، ص54.

³⁴ المرجع السابق، ص55.

³⁵ اخر دخول 2023/5/3، <https://2u.pw/P9LvQc>

³⁶ اخر دخول 2023/5/3، <https://2u.pw/YVdRB9>

³⁷ بوداد خليفة وبوزيان السعيد، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2018، ص10.

يتوقى إبطال العقد، إذا عرض ما تراه المحكمة كافياً لرفع الغبن. 2. في عقود التبرع وليدة الاستغلال، يكون للمتبرع أن يطلب إبطال العقد أو نقص قدر المتبرع به، إذا أثبت أن التزاماته لا تتناسب إطلاقاً مع ثروته، أو مع قدر المتبرع به في مثل الظروف التي تم فيها هذا التبرع. 3. يراعى في تطبيق الفئرتين السابقتين عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود).

عناصر الاستغلال:

للاستغلال عنصران، أحدهما موضوعي، وهو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً. والآخر نفسي، وهو استغلال ضعف في نفس المتعاقد³⁸.

العنصر الموضوعي:

هو فقدان التعادل، بين قيمة ما يأخذ المتعاقد، وقيمة ما يعطي، على نحو يتحقق معه معنى الإفراط³⁹، فمثلاً عقد البيع، لا يشترط به التعادل بين التزامات البائع والتزامات المشتري، فقد يغبن احمد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع، ولكن إذا اختل التعادل اختلالاً فادحاً، بين قيمة المبيع الذي التزم به البائع، والتمن الذي التزم به المشتري، فان العنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق.

وفي الوعد بالبيع، إذا كان الواعد قد التزم مثلاً ببيع منزل كبير القيمة، لقاء تمن زهيد، بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل، وما حصل عليه من فائدة بوعدة هذا، وهو الثمن الزهيد، فقد اختل اختلالاً فادحاً، فإن العنصر الموضوعي ايضاً للاستغلال يتحقق.

والعبرة في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة للمتعاقد، لا بقيمته المادية في ذاته، فقد تكون القيمة المادية لمنزل أربعة آلاف، فيرغب شخص في شرائه بخمسة آلاف، لأن قيمة المنزل بالنسبة له تبلغ هذا الثمن، فالعبرة هنا بالقيمة الثانية دون الأولى⁴⁰، ولو اشتراه الراغب فيه بخمسة آلاف أو بمبلغ أكبر، بحيث لا يكون الاختلال فادحاً بين ما دفعه، وما يعتبر قيمةً شخصيةً للمنزل، فإن العنصر

³⁸ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص296.

³⁹ المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (128)، منشور على موقع ديوان الفتوى والتشريع.

⁴⁰ المرجع السابق، ص297.

الموضوعي للاستغلال لا يتحقق. أما إذا دفع ثمناً عالياً، يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية، كأن دفع ثمانية آلاف مثلاً، جاز القول بأن الاختلال في التعادل اختلالاً فادح.

فالفداحة في اختلال التعادل، معيارها مادي، ولكن هذا المعيار ليس رقماً ثابتاً، بل هو معيارٌ متغيرٌ تبعاً للظروف في كل حالة، فقد تتحقق الفداحة بثمانية آلاف في المثل المتقدم، وقد تتحقق بمبلغ أقل، وقد لا تتحقق إلا بمبلغ أكبر. والقاضي هو الذي يقدر بأي مبلغٍ تتحقق. فالمسألة هنا، مسألة واقع لا قانون. ومحكمة النقض، لا رقابة لها في ذلك إلا من حيث قصور التسبيب، فإذا بينت محكمة الموضوع، الظروف التي جعلتها تقدر أن الاختلال في التعادل فادح، وكان بيانها في ذلك كافياً، فلا تعقيب لمحكمة النقض. ويقع عبء اثبات الفداحة في اختلال التعادل، على عاتق المتعاقد المغبون⁴¹.

وأكثر ما يكون الاختلال فادحاً في عقود المعاوضة المحددة، ولكن قد يقع أيضاً في العقود الاحتمالية، وهي عقودٌ تنطوي على احتمال المكسب والخسارة كما هو معروف. إذ ينبغي أن يكون هناك نوعٌ من التعادل المعقول، بين احتمال المكسب وقيمته من جهة، واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى. وأيضاً، لا يمكن القول في عقود التبرع، أن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل، لأن المتبرع يعطى ولا يأخذ⁴².

العنصر النفسي:

هو استغلال المتعاقد الذي أصابه الغبن. وهذا الأمر من العموم بحيث يتسع لجميع الفروض، التي لا يكون للمتعاقد فيها ما يكفي من حرية الرضا أو الخيار. فلم يعد أساس الغبن بعد هذا التوسع، قاصراً على افتراض الاكراه فحسب، بل جاوز ذلك إلى افتراض التغيرير أو الغلط، وبهذا يصبح الغبن عيباً من عيوب الرضا.

وليس من الضرورة ان يستتبع وجود هذا العيب قابلية العقد للأبطال، فقد يكتفي القاضي بإنقاص الالتزامات المفترضة أو الفحاشة، أو يرى ابطال العقد. ففي استطاعة المتعاقد الآخر، أن ينفي هذا الأثر، إذا عرض

⁴¹ المرجع السابق، ص279.

⁴² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص296.

أن يؤدي ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن. وعلى هذا النحو، يكون جزء استغلال المتعاقد، إما إنفاص الالتزامات الفاحشة، وإما تكملة الالتزامات الناقصة⁴³.

ووقوع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد، مسألة واقع لا مسألة قانون، فلا تعقيب عليها من محكمة النقض، ولكن الوصف القانوني لوقائع الاستغلال، وأن ما يصح استغلاله مقصورٌ على الطيش البين والهوى الجامح، مسألة قانون تبسط عليها محكمة النقض رقابتها. وعلى المتعاقد المغبون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسي، إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادي، لا مستخلص منه ولا مفروض⁴⁴.

والاستغلال هو العنصر المعنوي للغبن، والذي يتجلى بالصورة التي استغل فيها المتعاقد الأول في المتعاقد الثاني ضعفاً، يحتمل استغلاله، ويتمثل ذلك في أربع حالات:⁴⁵

1. الحاجة الملجئة: فقد يتولد عن الظروف المادية أو الشخصية، ضغطٌ يجعل الشخص يتعاقد تحت ظروف مجحفة، وقد يكون الضغط ناتجاً عن ضائقة مادية أو أدبية، مما تؤدي إلى جعل إرادة المتعاقد معيبة، وهنا يشترط أن يكون المتعاقد الذي استغلها يعلم بتلك الضائقة⁴⁶.

2. حالة الطيش البين: وتعني الإقدام على عملٍ دون مبالاة بما قد ينجم عن التصرفات التي يقوم بها المتعاقد من نتائج، وهذا نتيجة التسرع وعدم إدراك المرء لعواقب أعماله. فإذا أدرك الطائش أن ما لحق به من غبنٍ فاحش، وأن ما دفعه من ثمن في البيع، مخالفٌ للمألوف، وأن المتعاقد الآخر قد استغل طيشه، جاز له ابطال العقد⁴⁷.

⁴³ المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (128)، منشور على موقع ديوان الفتوى والتشريع.

⁴⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص296.

⁴⁵ غازي عايد الغثيان، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، 2005، دون رقم صفحة.

⁴⁶ موسى أبو ملوح، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص137..

⁴⁷ توفيق فرج وجمال العدوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص170.

3. **الهوى الجامح:** وهو الشعور الملح والعنيف في نفس المتعاقد، والذي يؤدي إلى فقدان سلامة الحكم على أعمال معينة، وهي موضوع هذا الشعور⁴⁸، إذ يشترط على سلوك الشخص، أن يتساهل ويضحى مالياً بشكل يلحق الغبن به نتيجة للعقد الذي أبرمه⁴⁹.

4. **عدم الخبرة:** فهي عدم الدراية والمعرفة في نطاق المعاملات، بحيث لا يستطيع الشخص إدراك حقيقة ما يلتزم به، وفي هذه الحالة لا تكون الإرادة مدركة لما اتجهت إليه لذلك تكون معيبة، ولا يشترط عدم الدراية والمعرفة بكل نواحي الحياة بل يكفي أن يتحقق بالنسبة إلى موضوع معين. فإذا استغل شخص آخر عدم دراية ومعرفة الطرف الآخر، ونتج عنه غبن، جاز لمن وقع في الغبن أن يطالب بإبطال العقد⁵⁰.

ويمكن القول إن التغير والاستغلال مختلفان، وأن كلاهما عيبٌ من عيوب الإرادة. كما أن التغير الذي أوردته مجلة الأحكام العدلية، قد اقتران بالغبن الفاحش، والذي لا يتحقق إلا بعد تحقق معيارٍ مادي كالخمس مثلاً، وهذا لا يتحقق إلا بطرق احتياليٍ يقوم بها أحد المتعاقدين أو الغير.

أما القانون الفرنسي، فلا يعتبر الاستغلال من عيوب الإرادة، بالرغم من أن القضاء الفرنسي يأخذ بإبطال العقد للاستهواء *La captation*، وقد عدت الفقرة 1 من المادة (1130) من عيوب الإرادة بقولها: (الغلط، التدليس والإكراه تعيب الرضا، إذا كانوا ذو طبيعة لولاها لم يكن لأحد المتعاقدين أن يبرم العقد، أو كان ليبرم العقد بشروط مغايرة). وعليه، فإن الاستغلال لا يعد حسب القانون الفرنسي عيباً في الرضا⁵¹.

الفرق بين الغبن والاستغلال

قدمنا بأن الغبن، عبارة عن عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذ. فهو بهذا يعتبر المظهر المادي للاستغلال، إلا إنه يتميز عنه بأمرين: الأول، أنه لا يكون في عقود التبرعات، لأن العاقد فيها يعطي ولا

48 عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص298.

49 موسى أبو ملوح، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص136.

50 توفيق فرج الصده، المرجع السابق، ص170.

51 مشار إليه في: دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد - رسالة دكتوراة، مصدق فطيمة الزهراء، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة كلية الحقوق

والعلوم السياسية، سنة 2023، ص 47.

يأخذ. والثاني، أنه يقاس بمعياري مادي، فينظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوتٍ في القيمة المادية.

أما الاستغلال، فهو أمرٌ نفسي، ولا يكون الغبن إلا مظهرًا ماديًا، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين، لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر، للحصول على مزايا لا تقابلها منفعةً له، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف. ومن هذا، فهو يختلف عن الغبن في كونه، يصح أن يقع في جميع التصرفات. كما أن المعيار فيه، معيارٌ شخصي لا مادي.

والغبن يظهر 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 الاستغلال⁵².

وجديرٌ بالذكر، أن القوانين الحديثة لا تعتبر الغبن بحد ذاته عيباً من عيوب الإرادة، لأن القول بغير ذلك إلى نتيجة مفادها، أن كل الأفراد في المجتمع يعتبرون بمثابة قصر، كما أن اعتبار الغبن عيباً من عيوب الإرادة بحد ذاته، سيؤدي إلى إهدار مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لذلك لا يعتبر الغبن عيباً من عيوب الإرادة بحد ذاته، إلا إذا اضيف له عنصر الاستغلال، كون العدالة اهدرت، فلا بد من تدخل القاضي عند رفع الأمر إليه، لإنصاف الطرف المغبون المستغل.

كما يتميز عيب الاستغلال عن بقية العيوب الأخرى بمجموعة من المميزات:

1. أن المشرع ربط عيب الاستغلال بالغبن، فإن وقع أحد المتعاقدين ضحية لاستغلال المتعاقد الآخر، فإنه لا يمكنه طلب إنقاص العقد ولا إبطاله، إلا إذا لازم هذا الاستغلال في وقوعه غبن، فإن لم يقع في غبن، كان العقد صحيحاً ومنتجاً لأثاره. فالمشرع جمع بين مفهومين متباينين وإن كان أحدهما يؤدي إلى الآخر.

⁵² غازي عايد الغثيان، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، ص 67.

2. كما أنه بالإضافة لذلك، أعطى المشرع الحق للمتعاقد المستغل في طلب إبطال العقد، وقد أعطى المشرع القاضي أيضاً، سلطة التدخل لتعديل العقد، بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون، خروجاً عن مبدأ الزامية العقد، كما منح المشرع القاضي، سلطة تقدير العرض الكافي لرفع الغبن الواقع على المتعاقد⁵³.

ومما تقدم، فإن الباحثة ترى بأن الغبن يختلف عن الاستغلال، فالغبن عيبٌ في العقد، لا في إرادة أحد المتعاقدين. كونه يتحقق بمجرد التفاوت بين ما يعطيه أحد المتعاقدين، وبين ما يأخذه، حتى وإن كان سليم الإرادة. بينما الاستغلال هو عيبٌ في الإرادة، إذ لا بد أن يستغل أحد المتعاقدين، ضعفاً في المتعاقد الآخر، يحمله على التعاقد.

⁵³ المرجع السابق، ص56.

المطلب الثاني

سلطة القاضي إزاء الغبن

من المعروف، أنه ونتيجة لخصوصية الوضع القانوني في فلسطين، فإن التشريعات السارية فيها، هي خليطٌ من تشريعات الدول التي تعاقبت على حكم فلسطين. وفيما يخص القانون المدني، فقد ظلت مجلة الأحكام العدلية، هي القانون المدني الساري في الضفة الغربية دون قطاع غزة. فبعد الانقسام السياسي في العام 2007، استمرت الحكومة في قطاع غزة بالتشريع وإصدار القوانين، والتي كان من بينها القانون المدني رقم (4)، لسنة 2012.

ونحن بعد تعريف الغبن وشروطه، والتي لا يقوم الغبن إلا بتوافرها، ولكي يرتب الغبن الآثار التي حددها القانون، لا بد من إثبات توافر شروطه، ومن ثم معرفة موقف القانون من الغبن، ثم بيان آثار وجزاء الغبن.

الفرع الأول

الغبن في مجلة الأحكام العدلية

أخذت مجلة الأحكام العدلية، بالغبن، فنظمت الغبن في قاعدة عامة في البيع والقسمة والمعاوضات، إذ أن تنظيم الاعتداد بالغبن ليس بالأمر السهل، لتعدد الحلول والاستثناءات، والتي تكون بمجموعها نظرية متكاملة، فهناك نظرية تجعل من الغبن نظرية عامة في كل العقود، إذا كان فاحشاً وصاحبه تغرير، وتأخذ مجلة الأحكام العدلية بجانب ذلك، بالغبن المادي الذي يكون في حالاتٍ محددة، لذلك سنقوم بعرض موقف مجلة الأحكام العدلية، من النظرية المادية والشخصية للغبن، والحالات التي يعتد فيها بالغبن لفسخ العقد.

أولاً: النظرية المادية للغبن في مجلة الأحكام العدلية

اعتبرت مجلة الأحكام العدلية، حرية التعاقد مبدأ مهماً من مبادئها، إلا أنها وضعت بعض القيود على هذه الحرية، بهدف تحقيق العدل بين المتعاقدين. وكان خيار الغبن خروجاً على هذا المبدأ⁵⁴.

وقد استقر الفقه، على أنه ليس من مهمة التشريع أن يمنع التغابن المجرد، وإنما مهمته أن يقيم المتعاقدين على قدم المساواة، في الأهلية والحرية، ثم على كل متعاقد أن يتبصر ويحمي نفسه من الغبن، وإن لكل متعاقد من حرصه على مصلحته دافعاً وكفياً لتحري الأصلاح، فالغبن بين الراشدين لا يعيب العقد مهما كان فاحشاً، ما لم يصاحبه خديعة أو استغلال⁵⁵.

هذا وتفرق مجلة الأحكام العدلية، بين الغبن اليسير والغبن الفاحش، إذ تعتبر أن الغبن اليسير، هو الغبن المألوف في المعاملات المالية، ولا يمكن الاحتراز منه، وفي غير الحالات المحددة بنص القانون، والتي تهدف لحماية فئة معينة، لا بد من التسامح فيه، كون أن الحياة الاقتصادية لا تمنع من أن يكون هناك ربح⁵⁶، بحيث لا يكون هناك تفاوت بين أداءات المتقابلة، وكون الغبن اليسير لا يؤثر في العقود⁵⁷.

أما الغبن الفاحش، فقد نصت المادة (165) من مجلة الأحكام العدلية على أن: **(الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة).**

كما ونصت المادة (356) من المجلة على أنه: **(إذا وجد غبن فاحش في البيوع ولم يوجد تغير فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه إذا وجد الغبن في مال اليتيم لا يصح البيع ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم).**

⁵⁴ على الخفيف، الغبن في العقد بحث منشور في مجلة الاحكام البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، العدد العاشر، دار نافع للطباعة، 1979-1980م، ص4.

⁵⁵ محمد يحيى المحاسنة، حالان الاعتداد بالغبن بين الشريعة والقانون المدني الأردني " دراسة مقارنة، بحث محكم منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة الأردن، المجلد الخامس، العدد الأول، 1990م، ص273 وما بعدها.

⁵⁶ محمد عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص65.

⁵⁷ محمد يحيى المحاسنة، المرجع السابق، ص280.

ويتضح من النصوص السابقة، بأن الغبن الفاحش حتى يعتد به، يجب أن يزيد على النسب المذكورة، كما يتضح بأن الغبن اليسير، لا يؤثر في العقود، إلا أن هنالك عقوداً استثنائية، يتحقق فيها الغبن لاعتبارات خاصة بها.

وعن أثر الغبن الفاحش في العقود، فقد نصت المادة (357) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (إذا غرر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ).

أي أن الغبن الفاحش وحده، لا أثر له على العقد، ولا يكفي لفسخ العقد، إلا إذا صحبه تغير، وهذا هو الأصل، إلا أن هناك استثناءات على هذه القاعدة، بحيث يكفي فيها الغبن الفاحش المادي ليعيب العقد، وهذه الاستثناءات هي:

1. يعتد بالغبن كعيبٍ مادي، في عقد البيع المتعلق بمال اليتيم، أو بمال الوقف، أو بمال بيت المال، كما جاء في المادة (356) من مجلة الأحكام العدلية، إذ تكمن الحكمة في أنه ليس من المصلحة بيع هذه الأموال بغبن، ولو لم يصحبه تغير.

2. يعتد بالغبن الفاحش كعيبٍ مادي، في عقد الإجارة الذي يبرمه وصي اليتيم، أو متولي الوقف، أو مأمور بيت المال، إذا تعلق العقد بعقار لليتيم، أو الوقف، أو بيت المال، وهذا ما أكدت عليه المادة (441) من مجلة الأحكام العدلية، والتي نصت على أن: (الإجارة بعدما انعقدت صحيحة لا يجوز لآجر فسخها بمجرد زيادة الخارج في الأجرة). كما ونصت المادة (433) من نفس المجلة على أنه: (تنعقد الإجارة بالإيجاب والقبول كالبيع).

وهذا النص، وإن لم يتضمن أو يتعلق بالغبن صراحةً، إلا أن جانباً من الفقه وشرح مجلة الأحكام، ذهبوا إلى أن أحكام الغبن الفاحش الواردة في كتاب البيوع، تسري على عقود الإجارة، لأن الإجارة هي بيع المنافع. على أن المجلة قد أوجبت، إيجار عقار اليتيم أو الوقف بأجر المثل، فإذا كان البديل المعقود عليه، أقل منه فسدت الإجارة ووجب أجر المثل.

3. يعتد بالغبن الفاحش كعيبٍ مادي في عقد القسمة، حيث نصت المادة (1160) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (إذا ظهر الغبن الفاحش في القسمة تفسخ وتقسم ثانية قسمة عادلة). وكذلك نصت المادة (1127) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (يجب أن تكون القسمة عادلة بمعنى أنه يلزم تعديل

الحصص بحسب استحقاقها بحيث لا يكون فيها نقصان فاحش، فدعوى الغبن الفاحش في القسمة تسمع، أما إذا أقر المقسوم لهم باستيفاء الحق ثم ادعوا الغبن فلا تسمع دعواهم).
بمعنى أن وجود الغبن الفاحش، في حالة استبقاء محل القسمة تحت اليد، لا يصلح سبباً لطلب الفسخ، لتعارض ذلك مع نقض عقد القسمة. والحكمة من ذلك، أن الشريك طالب القسمة يريد الخروج من الملك المشترك، وأخذ نصيبه من هذا المال بشكلٍ عادل، فالقسمة بعيدة عن فكرة المضاربة والمساومة، التي يسعى كل طرفٍ فيها للحصول على الربح أو المنفعة، فإذا لم تكن عادلة فيجب فسخها⁵⁸.

والقانون المدني الفرنسي، فقد نص على منح المدعى عليه في القسمة، حق اختيار الوسيلة المناسبة لزيادة نصيب الشريك المقاسم المغبون وذلك إما نقداً، أو تكملة نصيبه عيناً، طبقاً للمادة (1/889)، التي جاء فيها: (إذا أثبت أحد المقاسمين إصابته بغبن يزيد عن الربع، تكون زيادة نصيبه بناء على اختيار المدعى عليه إما نقداً أو عيناً)⁵⁹.

4. يعتد بالغبن الفاحش كعيبٍ مادي، في الوكالة الخاصة بالشراء، فلا يجوز للوكيل بالشراء أن يشتري بغبنٍ فاحش. وهذا ما أكدت عليه المادة (1482) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على أنه: (أما إذا اشترى بغبن فاحش فلا ينفذ شراؤه على الموكل في كل حال بل يقع عليه). وكذلك الطعن اليسير في الأشياء محددة القيمة والسعر، مثل اللحوم والخبز وغيرها.

5. لا يعتد ببيع المحجور عليه بسبب الدين المستغرق لماله، فإن بيع المدين المحجور عليه بسبب دينه المستغرق لماله، يعتد بالغبن الذي وجد فيه مطلقاً، ويبقى العقد موقوفاً على إجازة الدائنين، أو تكملة الثمن إلى قيمته الحقيقية، فإذا أجاز الدائنون أو أكملوا الثمن، نفذ البيع وإلا بطل⁶⁰، وهذا ما أكدت عليه المادة (1002) من مجلة الأحكام العدلية، والتي نصت على أن: (الحجر يؤثر في كل ما يؤدي إلى إبطال حق الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بأنقص من ثمن مثله). وعلى هذا، لا تعتبر عقود المديون المفلس وتبرعاته، وسائر تصرفاته المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر. ولكن

⁵⁸ محمد يحيى المحاسنة، المرجع السابق، ص280..

⁵⁹ مصدق فطيمة الزهراء، المرجع السابق، ص 79.

⁶⁰ علي حيدر، المرجع السابق، ص481.

تعتبر في حق أمواله التي اكتسبها بعد الحجر، ولو أقر لآخر بدين، لا يعتبر إقراره في حق أمواله التي كانت موجودة في وقت الحجر.

ويلاحظ بأن مجلة الأحكام العدلية، قصرت تأثير الحجر في إبطال تصرفات المدين، إذا كان مال المدين موجوداً في وقت الحجر فقط، ولا يؤثر في المال الذي تملكه بعد الحجر، وهذا ما أكدت عليه المادة (1001) من مجلة الأحكام العدلية⁶¹.

ويمكن القول، بأن الغبن في مجلة الأحكام العدلية، ليس له أي أثرٍ على العقد، سواء كان الغبن فاحشاً أو يسيراً، ما لم يكن مصحوباً بالتغريب، إلا في بعض الحالات والاستثناءات السابقة، والتي تهدف إلى المحافظة على حقوق الغير، كون أن من له الولاية على تلك الأموال، يجب أن يعمل لتحقيق مصلحة من هم تحت ولايته، أو من لهم مصلحة كالدائن بالنسبة للمحجور عليه.

6. يعتد بالغبن الفاحش كعيبٍ مادي، بالصلح في مال الصغير، فلا يصح الصلح في مال الغير بغبنٍ فاحش، فلو صالح ولي القاصر على ما يعادل مقدار طلب القاصر، لو بغبن يسير صح صلحه، ولكن لو كان هناك غبنٌ فاحش، لم يصح الصلح. وهذا ما أكدت عليه المادة (1540) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على أنه: (إذا صالح ولي الصبي عن دعواه يصح إن لم يكن فيه ضرر بين بالصغير وإن كان فيه ضرر بين لا يصح ومن ثم لو ادعى واحد ديناً على صبي فصالحه أبوه على أن يعطيه كذا من مال الصبي صح الصلح إن كانت للمدعي بينة وإن لم تكن له بينة لا يصح. وإذا كان للصبي دين في ذمة آخر وصالحه أبوه حظ بعض الدين وإسقاطه لا يصح صلحه إن كانت له بينة وإن لم تكن له بينة وعلم أن المديون سيحلف فحينئذ يصح. ويصح صلح الولي عن دين الصبي على مال تساوي قيمته مقدار الدين ولكن إذا وجد غبن فاحش فلا يصح الصلح).

⁶¹ محمود الرشدان، المرجع السابق، ص134 وما بعدها.

ثانياً: النظرية الشخصية للغبن في مجلة الأحكام العدلية

يعتبر العقد تصرفاً قانونياً قوامه الإرادة، وقد تكون الإرادة موجودة، لكنها معيبة بعيب، كالإكراه أو التدليس أو التغيرير وغيرها، فيؤثر في القوة الملزمة للعقد، فالعقد ملزمٌ ما لم يمنع اللزوم سبباً آخر، لأن فسخ العقود دون سبب، من شأنه أن يخل الثقة في المعاملات، ويؤدي عدم استقرار التعامل بين الأفراد، وبالتالي ينبغي أن يتجرد العقد من كل غش أو تغيرير ونحوه.

حيث نصت المادة (356) من مجلة الأحكام العدلية، على أنه: (إذا وجد غبن فاحش في البيوع ولم يوجد تغيرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع). كما نصت المادة (357) منها على أنه: (إذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ).

ويتضح من النصوص السابقة، بأنه لكي يرتبط الغبن مع التغيرير، يجب أن يكون قد استعمل طرق احتيالية، بحيث تكون الحيل التي لجأ إليها الغار، هي التي دفعت المغرور إلى إبرام التصرف القانوني، وهو ما يتضح من المثال المذكور في المادة (164) من المجلة، كما لو قال المشتري للبائع إن متاعك لا يسوي ألفاً فبعه مني بألف فأنت الراجح. ففيه دلالة واضحة على اشتراط أن يكون التغيرير هو الدافع لإبرام التصرف القانوني.

والتغيرير كما عرفته المادة (164) من المجلة هو الغش، أي إظهار الشيء بمظهر غير حقيقي، مع إعطائه صفةً ليست له، لكي يثير رغبة الطرف الآخر فيقدم على إبرام العقد⁶².

كما يشترط لفسخ العقد الذي لحقه غبنٌ فاحش نتيجة التغيرير، أن يكون التغيرير قد صدر من أحد المتعاقدين، إذ نجد أن مجلة الأحكام العدلية، لم تتعرض للحالة التي يكون فيها التغيرير صادراً من الغير. ومن ثم فإن التغيرير الصادر من الغير لا يعتبر عيباً من عيوب الإرادة⁶³. وهذا ما أكدت عليه المادة (357) من المجلة إذ نصت على أنه: (إذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً

⁶² بهاء الدين مختار العلابي، الغبن في العقود، "دراسة مقارنة"، الإدارة العامة مجلة دورية، معهد الإرادة، المملكة العربية السعودية، السنة الثامنة والعشرون، العدد 59، سبتمبر، 1988م، ص211 وما بعدها.

⁶³ امين دواس، المرجع السابق، ص90.

فلمغبون أن يفسخ البيع حينئذ). حيث لا تجيز للمغرور به فسخ التصرف القانوني، إذا كان التغيير صادراً من أجنبي، لأن الغير لا يعبأ بقوله.

وعليه، فإن مجلة الأحكام العدلية، قد أخذت بالنظرية الشخصية للغبن بمفهومها التقليدي، فقد أجازت فسخ العقد الذي أصابه غبنٌ فاحش، إذا ارتبط بالتغيير. ويؤخذ عليها، أنها لم تحدد مدى جسامته التغيير، وبالتالي يجوز فسخ العقد الذي أصابه الغبن الفاحش، حتى لو كان التغيير الصادر من الغار، على غير قدرٍ من الجسامته، مما يفتح الباب لكثرة الطعن في العقود.

أما القانون المدني الفرنسي، فقد منح للطرف المغبون إمكانيتين، الأولى هي فسخ العقد بسبب التفاوت المادي بين قيمة العقار والثلث الذي قبضه البائع. والثانية تتمثل في التصريح بالتنازل عن الفسخ وقبول تكملة الثمن، طبقاً للمادة (1674) منه التي تنص على أنه: (إذا أصاب البائع غبن بأكثر من 12/7 من ثمن العقار، فله الحق في طلب فسخ عقد البيع، ومع ذلك فله أن يتنازل صراحة عن حقه في طلب الفسخ، والتصريح بمنحه فائض القيمة).

كما منح المشرع الفرنسي المشتري أيضاً، إذا ثبت الغبن بموجب دعوى الفسخ، الحق في الخيار بين إرجاع الشيء المبيع واسترجاع ما دفعه من نقود، أو الإبقاء على المال وتكملة الثمن الإضافي مع خصم 10/1 من الثمن الإجمالي، وذلك طبقاً للمادة (1681) من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على أنه: (إذا كانت دعوى الفسخ مقبولة، فإن للمشتري الخيار إما في ما الاحتفاظ بالمال بتكملة الثمن العادل، تحت إرجاع الشيء واسترجاع الثمن الذي دفعه، تحت خصم 10/1 من الثمن الإجمالي).⁶⁴

⁶⁴ مصدق فطيمة الزهراء، المرجع السابق، ص 76.

الفرع الثاني

تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال

بينت المادة (356) من مجلة الأحكام العدلية، الجزاء المترتب على الغبن، حيث أجازت هذه المادة للمغبون، المطالبة بفسخ التصرف القانوني، إذا توفرت عناصره وشروطه كافة. فالتصرف القانوني يكون غير ملزم للغبن الفاحش، إذا اقترن بالتغيير. ومن ثم يجوز للمغبون المطالبة بفسخه. والفسخ يعني حل العقد بسبب عدم تنفيذه كلياً أو جزئياً. ولذا لا يكون إلا في العقود التبادلية⁶⁵.

ومنحت مجلة الأحكام العدلية المغبون نتيجة التغيير، الحق في المطالبة بفسخ التصرف القانوني، وليس المطالبة بإبطاله. ذلك أن الأصل في التصرفات القانونية الصحيحة، أن تكون لازمة، فلا يجوز لأحد أطرافها دون الآخر أن يفسخها، إلا أنه ومراعاةً لتحقيق العدالة بين أطراف العقد، جعلت المجلة ما هو لازمٌ ليس بلازمٍ أحياناً، كما هو الحال بالنسبة للغبن الفاحش المصحوب بالتغيير⁶⁶.

فإذا وقع المغبون بالغبن الفاحش، نتيجة لجوء الغابن إلى استعمال الحيل للتأثير على إرادة المغبون به، فإن التصرف يكون غير ملزم، والتصرف غير اللازم، يعطي الحق لأي من المتعاقدين أن يتحلل منه ويفسخه، دون توقفٍ على رضا الطرف الآخر⁶⁷، فهو تصرفٌ صحيحٌ اجتمعت كافة عناصره، إلا أنه يجوز فسخه لأسباب معينة، كالغبن الفاحش المصحوب بالتغيير. فهو صحيح ونافذ، لكنه غير لازم⁶⁸.

وبناءً على ما سبق، فقد أجازت مجلة الأحكام العدلية، للمغبون حق فسخ التصرف القانوني، نظراً لأنه غير لازم، فإذا لم يرتض الطرف الآخر ذلك، جاز للمغبون اللجوء للقضاء للمطالبة بفسخه، ويكون للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

⁶⁵ أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص245.

⁶⁶ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ص9.

⁶⁷ أنور سلطان، المرجع السابق، ص251.

⁶⁸ امين دواس، المرجع السابق، ص90.

ويترتب على فسخ التصرف القانوني، زواله بأثر رجعي، وذلك من وقت إبرامه، وانعدام كافة الآثار التي ترتبت عليه⁶⁹، ويعاد طرفي التصرف القانوني، إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام التصرف القانوني، بخلاف العقود المستمرة⁷⁰، فإذا تعذر ذلك، يحكم بالتعويض.

كما ويترتب على حكم الفسخ، إلزام كل طرف بأن يرد كل ما تسلمه، باعتبار أن كل ما تسلمه طرف من الآخر، قد تسلمه بدون وجه حق، ويكون لكل طرف الحق في حبس ما أخذه، ما دام الطرف الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه، أو يقدم ضماناً لهذا الرد⁷¹، وهذا ما أكدته المادة (373) من مجلة الأحكام العدلية. كما يسري أثر الفسخ في مواجهة الغير، ما لم يكن حسن النية⁷².

وقد نظمت مجلة الأحكام العدلية، حالات سقوط الحق في الفسخ، فنصت في المادة (358)، على أنه: (إذا مات من غر بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغير لورثته).

ونصت المادة (359) منها، على أن: (المشتري الذي حصل له تغير إذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف المالك سقط حق فسخه).

ونصت المادة (360) على أنه: (إذا هلك أو استهلك المبيع الذي بيع بغبن فاحش وغرر أو حدث فيه عيب أو بنى مشتره العرصة عليها بناء لا يكون للمغبون أن يفسخ البيع).

يتضح لنا من هذه النصوص، أن هنالك حالات يسقط فيها الحق في الفسخ، هي:

1. موت المغرر به:

جعلت مجلة الأحكام العدلية، موت المغبون غبناً فاحشاً، سبباً لسقوط الحق في الفسخ، ما لم يكن الغبن يزيد عن الثلث، فلا ينفذ في حق الورثة إلا بإجازتهم⁷³. أي أن خيار الفسخ للتغير مع الغبن الفاحش، لا ينتقل إلى الورثة إلا إذا زاد عن الثلث، فإذا رفع المغبون دعوى للمطالبة بفسخ التصرف القانوني، لكنه

69 امجد محمد منصور، المرجع السابق، ص213.

70 أنور سلطان، المرجع السابق، ص262 وما بعدها.

71 عبد المنعم حسني، المرجع السابق، ص66.

72 امجد محمد منصور، المرجع السابق، ص214.

73 موسى سلمان أبو ملوح، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص259 وما بعدها.

مات قبل الحكم به، فحق الفسخ لا ينتقل إلى الورثة، لموته قبل أن يتقرر حقه⁷⁴. وإذا مات الغابن قبل أن يقيم المغبون دعواه، فللمغبون حق أقامتها على ورثته⁷⁵.

2. إجازة العقد:

يسقط الحق بالفسخ، إذا لحقه إجازة ضمنية، كالتصرف في محل التصرف القانوني، أو البناء عليه، أو الإجازة الصريحة⁷⁶، بكل تعبيرٍ عن الإرادة، يقصد به تصحيح العيب الذي لحق بالتصرف القانوني، فإذا أجزى التصرف القانوني، أصبح ملزماً منذ تاريخ الإجازة، دون حاجة لقبوله الإجازة من الطرف الآخر، ودون الإخلال بحقوق الغير حسن النية⁷⁷.

3. عدم إمكانية إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد:

بينت المادة (360) من مجلة الأحكام العدلية، حالاتٍ ينتج عنها استحالة إعادة الحال، إلى ما كانت عليه قبل إبرام التصرف القانوني. وهي هلاك محل التصرف القانوني، أيّاً كان سبب الهلاك، أو استهلاكه من قبل المغبون، أو من قبل الغير، أو تعييبه، أو قام بتغيير جوهري في محله، فإن التصرف القانوني يصبح لازماً⁷⁸، مما يترتب عليه عدم إمكانية فسخه، لعدم إمكانية إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام التصرف القانوني⁷⁹.

⁷⁴ كفاح عبد القادر السوري، التغيرير وأثره في العقود، الطبعة الأولى، دار الفكر ناشرون وموزعون، الأردن، 2007م، ص280.

⁷⁵ علي حيدر، المرجع السابق، ص336.

⁷⁶ عمر السيد مؤمن، التغيرير والغبن كعيبين في الرضاء في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، دراسة مقارنة، بالقانون المدني والمصري والفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة/ 1997م، ص170.

⁷⁷ المذكرات الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص157.

⁷⁸ سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية - دار العلم للجميع - بيروت لبنان- الطبعة الثالثة، 1998م، ص157.

⁷⁹ عمر السيد مؤمن، التغيرير والغبن كعيبين في الرضاء في قانون المعاملات المدنية الإماراتية، مرجع سابق، ص170.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

إن القول، بحرية الأفراد والمؤسسات في تحديد شروط التعاقد، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، قد يؤدي إلى نوع من تعسف الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وظلمه للطرف الضعيف. لذلك نجد أن المشرع في مختلف الدول، تدخل لحماية الطرف الضعيف، وتحقيق التوازن بين المتعاقدين، عندما تؤدي الظروف الاقتصادية والاجتماعية إلى اختلاله، كما هو الشأن في عقود الإذعان. وفضلاً عن ذلك، يمنح المشرع القاضي، سلطة تعديل الشروط التعسفية التي قد يشملها العقد، أو أن يعفي الطرف المذعن منها⁸⁰.

المطلب الأول

ماهية عقد الإذعان

الأصل في العقد، حتى يكتسب قوته ويكون ملزماً لأطرافه، هو حرية إرادة أطرافه، بحيث لا يلتزم الطرف إلا في الحدود التي أَرادها، فالأصل في التعاقد، هو أن يعطي أطرافه حرية النقاش والمساومة للوصول إلى الغاية، فإذا انعدمت هذه الحرية تنعدم الإرادة، وبالتالي تكون الإرادة معيبة بعيب من عيوبها مما يترتب عليها أن يصبح التصرف معيباً⁸¹.

إلا أن هناك بعض العقود، يكون فيها المتعاقد غير قادرٍ، على التفاوض بحرية مع الطرف الآخر، فلا يكون هناك مجال سوى الموافقة على الشروط أو رفضها، ويطلق على هذا النوع من العقود عقود الإذعان.

⁸⁰ د. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر -باتنة- كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية- الجزائر، سنة 2012، ص144..

⁸¹ موسى سلمان أبو ملوح، شرح القانون المدني الأردني/ المرجع السابق، ص 101.

الفرع الأول

تعريف عقد الإذعان

عقد الإذعان في اللغة:

إِذْعَانٌ: (اسم)، وهو مصدر أذَعَنَ. والإذعان معناه: الانقياد، والرضوخ. وأذعن بالحق: أقرَّ به. وهو من ذعن يذعن ذعناً، والإذعان الانقياد. يقال أذعن الرجل إذا انقاد، ومنه ناقة مذعان أي سلسة الرأس، منقادة لصاحبها. ومنه قوله قال: {وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ}.⁸²

والإذعان هو الإسراع مع الطاعة. والإذعان: الانقياد، وأذعن الرجل انقاد وسلس.⁸³

فَعَقْدُ الإِذْعَانِ مَعْنَاهُ: عَقْدُ الرِّضْوَخِ وَالانْقِيَادِ.

عقد الإذعان اصطلاحاً:

عرف بأنه: العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يميله الموجب.⁸⁴

وهو العقد الذي يسلم في أحد الطرفين، بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر، ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها.⁸⁵

وعرفه البعض الآخر بأنه: العقد الذي ينفرد أحد العاقدين فيه، بوضع الشروط العقدية، وتحديد الآثار التي تترتب على العقد، ولا يسمح للطرف الآخر في أن يناقشها، وذلك لما يتمتع به الطرف الأول من احتكارٍ فعلي.⁸⁶

⁸² الآية (49)، من سورة النور.

⁸³ أبي الفضل جمال الدين بن مكرم أبن منظور الأفرقي، المرجع السابق، المجلد الخامس، دار المعارف للنشر، الإسكندرية، ص 172.

⁸⁴ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، ص297.

⁸⁵ محمد بوكماش، المرجع

⁸⁶ د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 160.

وعرف السنهوري عقود الإذعان بأنها: العقود التي يكون القبول فيها، مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد، لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب، لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه.⁸⁷

وعليه، فإن عقد الإذعان:

العقد الذي يسلم فيه المقابل 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 التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول. فليس للطرف الثاني الحق في مناقشة شروطه، فإن قبلها، ووافق قبوله إيجاب الطرف الأول، واختار الدخول في التعاقد، وارتبط قبوله بالإيجاب تكوّن العقد، وترتبت عليه آثاره، وإن رفض الشروط، فقد الخدمة أو السلعة محل التعاقد.

ويطلق على عقود الإذعان في القانون الفرنسي، عقود الانضمام Contrats d'adhésion، وصاحب هذه التسمية هو الفقيه "سالي"، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه. بينما يسمى الفقه العربي هذه العقود ب"عقود الإذعان" وصاحب هذه التسمية هو الفقيه السنهوري، الذي يرى أن هذه التسمية أصح من التسمية الفرنسية، لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول، بينما الانضمام أوسع دلالة من ذلك، إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود، التي ينظم إليها القابل دون مناقشة. ولهذا السبب أيضا تعد تسمية عقد الإذعان أفضل من التسمية التي جاء بها المشرع اللبناني حيث يسمى هذا النوع من العقود ب"عقود الموافقة".

بمعنى انضمام أحد الطرفين إلى الإيجاب الصادر من الطرف الآخر، ولكنها أعم من عقد الإذعان، كون الانضمام قد يكون لشروط غير تعسفية، كما في حالة البيوع بأسعار محددة التي تقوم بها المحال الكبرى. وتسمى في القانون المصري بعقود التسليم، وفي القانون اللبناني بعقود الموافقة، نظراً لموافقة المتعاقد على الشروط دون مناقشة.⁸⁸

⁸⁷ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 193.

⁸⁸ مشار إليه في بحث: د. شريف بجاوي- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية -دراسة مقارنة، منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية- عدد حزيران، 2014. ص 4.

ويرى جانب آخر من الفقه، تسمية هذه العقود بعقود الانضمام، فهو برأيه أقرب إلى معنى اللفظ الفرنسي وأشمل من لفظ الإذعان، لأن الإذعان لا يعدو أن يكون في حالة خاصة من الانضمام، وأنه لا حاجة للعدول عن اللفظ الفرنسي إلى معنى آخر.⁸⁹

هذا وانقسمت آراء فقهاء القانون، في تحديد طبيعة عقود الإذعان، فمنهم من يرى أنها عقود حقيقية، لأنها تتكون بترابط إرادة أطرافها، وتخضع للقواعد التي تخضع لها كل العقود، ومُلزمة لأطرافها بكل ما جاء فيها، وأنها لا تخالف القواعد العامة للعقد. مبررين ذلك، بأن أكثر العقود يتحقق فيها اضطرار أحد أطرافها، أو كلهم للتعاقد، فعدم التساوي أو التعادل بين أطراف العقد، لا يمكن توقيه.⁹⁰ وأن ضعف أحد أطراف العقد، لا يقوم مبرراً لتدخل القضاء حمايةً للطرف الضعيف، ما دام الطرف القوي لم يستغله، وأن تدخل القضاء لا يجوز إلا في بعض الحالات منها: حالة استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف.

بينما يرى فريق آخر إلى أنها مراكز قانونية منظمة. وأنها ليست بعقود، لأن العقد لا ينعقد صحيحاً، ولا تترتب عليه آثاره، إلا إذا توافرت في أطرافه حرية الإرادة، والاختيار. وعقود الإذعان لا تتوافر فيها حرية الإرادة، وإن توافرت حرية اختيار العقد، فأحد أطراف العقد يبرمه وهو غير مكتمل الرضا، لأنه لا يستطيع الاعتراض على أي شرط من الشروط التي يملها الطرف القوي، فالرابطة القانونية بينهما أملت إرادة الطرف القوي وحده.⁹¹

ويذهب هذا الفريق إلى أن الإرادة المنفردة التي يمل بها المحتكر شروطه، تعد بمثابة قانون ينظم هذا النوع من العقود، وهذا ما أخذت به شركات الاحتكار الناس، شأنه شأن كل قانون يطبق على المجتمعات. ولهذا فإنهم يرون أن تفسير عقد الإذعان، وتحديد ما يولده من التزامات، يجب أن يكون في ظل هذه الاعتبارات، فيفسر العقد كما يفسر القانون، ولا يفسر بحسبان أنه وليد إرادة الأفراد، بل يفسر بحسبان أنه رابطة قانونية، تنظم المصلحة العامة لمجموع الأفراد الذين يخضعون لها، فيطبق هذا القانون التعاقدية

⁸⁹ مشار إليه في رسالة دكتوراه: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم- كلية الحقوق والعلوم السياسية. الطالب طيب فايزة، سنة 2018/2019 ص 206-207

⁹⁰ المرجع السابق، ص 283 وما بعدها.

⁹¹ المرجع نفسه.

تطبيقاً تراعى فيه مقتضيات العدالة، وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي ووضعت لتنظيمها⁹².

ويكون الإيجاب في عقود الإذعان معروض على كافة الأشخاص، وبصورة مستمرة، وبشروط معتبرة وثابتة لا تختلف من شخصٍ لآخر، سواء أصدرت بصورة صريحة أم ضمنية، ويكون الإيجاب مُلزماً للموجب، ويجب أن يُمكن الموجب الجميع من الاطلاع على شروط العقد.⁹³ ويعد القبول في عقود الإذعان، تسليماً بالشروط التي وضعها الموجب، ومن أوصاف القبول في عقود الإذعان، التي يتميز بها عن غيره من العقود، أنه لا يحق للطرف المدعن القابل، المساومة أو المناقشة في شيء من شروط عقد الإذعان، فهو لا يملك إلا القبول أو الرفض فقط. وبأن الطرف القوي في عقد الإذعان، ملزم بالتعاقد إذا قبل الطرف المدعن.

الفرع الثاني

شروط وخصائص عقد الإذعان

ينبغي لتحقيق صفة الإذعان في العقد، توافر مجموعة من الشروط، هي:⁹⁴

1. أن يكون محل العقد سلعاً، أو منافع يحتاج إليها عموم الناس حاجة ماسة، ولا يكون لهم غنى عنها، كالماء، والكهرباء، والغاز.
2. احتكار الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق، احتكاراً قانونياً أو فعلياً.
3. انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه، دون أن يكون للطرف الآخر أي حق في مناقشتها، أو إلغاء شيء منها أو تعديله. فالموجب يعرض إيجابه في شكل باتٍ نهائي، لا يقبل أي مناقشة فيه،

⁹² محمد أبو كماش، المرجع السابق، ص151.

⁹³ أنس بن عبد الله العيسى، رسالة في عقد الإذعان، ص 11 وما بعدها.

⁹⁴ د. نزيه كمال حماد، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، العدد 24، 2005.

والطرف الآخر لا يسعه إلا أن يذعن فيقبل، إذ لا غنى له عن التعاقد، لحاجته الماسة إلى تلك السلع أو المنافع.

دور الإيجاب أو العرض موجهاً إلى الجمهور، موحداً في تفاصيله، ساري المفعول مدة طويلة، غير محصورة في الزمن اليسير الذي يكفي لقبول العرض فحسب، كما هي العادة أو الشأن في العقود الأخرى.

أما عن خصائص عقد الإذعان، فهذا العقد يتميز عن غيره من العقود بمجموعة من الخصائص، وهي:⁹⁵

1. صدور الإيجاب موحد الشروط والتفاصيل للجمهور، وعلى شكل مستمر، فهو غير موجه لشخص بعينه، إنما هو موجه لكل من يملك أهلية القبول، ودون أن ينتهي بانتهاء المجلس، كما في العقود التقليدية، التي ينتهي الإيجاب بمجرد انفضاض مجلس العقد.
2. القبول في عقود الإذعان، يكون تسليماً بما جاء في الإيجاب جملةً وتفصيلاً، دون إبداء أدنى رأي، ويكون عقد الإذعان ملزماً بالنسبة للطرف القابل، أما الموجب فإنه يكون ملزماً في العقد، إن لم يشترط لنفسه حق الفسخ.
3. أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضرورات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين. والضرورة نسبية تختلف من مجتمع لآخر، فما يكون في مجتمع ضرورياً يكون حاجياً، أو تحسينياً في مجتمع آخر.
4. ينفرد الموجب في عقد الإذعان، بوضع الشروط والتفاصيل التي دائماً تكون لصالحه، ولا يكون للطرف الآخر أي شروط، وظاهر تلك الشروط أنها تعسفية لانفراد الموجب بوضعها، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية، وأخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر، وما كان للقابل أن يرضى بها لو كانت له الحرية الكاملة في المساومة.
5. احتكار مقدم السلعة أو الخدمة لها احتكاراً فعلياً، كتفرد الموجب بالإنتاج، أو قانونياً كشركات الهاتف والمياه والكهرباء، أو سيطرته بمنافسة شكلية، بتكتل المنتجين واتفاقهم وتوحيد شروطهم، كما في شركات التأمين، أو منافسة محدودة جداً، لا تحول دون سيطرة الموجب أو تحكمه في الشروط.

⁹⁵ د. عبد المنعم فرج الصده، عقود الإذعان في القانون المصري، ط 1946، ص 66، وما بعدها.

6. عقود الإذعان ليست أبدية، بل تنتهي بالفترة المحددة لها، إن كان هناك زمن للانتهاء.

7. صدر الإيجاب في قالب نموذجي، وهو يعرض ككل يقبل جملة أو يرفض، ويغلب أن يكون في صفة مطبوعة تنطوي على كثير من الدقة والتعقيد، لا يفهمها الرجل العادي، وقد لا يكلف نفسه مؤونة قراءتها، وتتضمن عادة شروطاً كثيرة في صالح الموجب.

وعليه، فإننا وحتى نكون أمام عقد اذعان، يتوجب أن ينفرد الموجب، بوضع شروط وتفاصيل العقد، وأن تكون هذه الشروط والتفاصيل مقررة لمصلحة الموجب، وأن تكون هذه الشروط المقررة من الموجب، تعسفية بحق القابل، وما دفع القابل على التعاقد رغم وجود هذه الشروط، هو حاجته الماسة لمثل هذا التعاقد. فلذلك، لا بد من توافر جميع هذه الخصائص والعناصر، السابق ذكرها، لاعتبار العقد عقد إذعان.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في الرقابة على عقود الإذعان

من المبادئ المسلم بها، أن العقد يقوم مقام القانون انطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة، ويكون العقد كما هو معروف شريعة المتعاقدين. وهذان المبدأان، يحولان دون تدخل القاضي لمراجعة العقد، مادام غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة. غير أن التطورات الاقتصادية، أثرت بشكل واضح على العلاقات التعاقدية، وأصبح من اللازم على القاضي، التدخل لإعادة التوازن العقدي.

وفي القانون الفرنسي، عرف تدخل القاضي عدة مراحل، فقد صدر نص قانوني يسمح صراحة للقاضي أن يتدخل بالدعوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلكين، ولكن في حالات خاصة، وهو قانون 14/88. ونص في مادته السادسة على أنه يجوز للجمعيات رفع دعوى على المحترفين، وإن اقتضت الضرورة باللجوء إلى الغرامة التهديدية أن تأمر هذه الجهة بإلغاء الشروط التعسفية.

وفي سنة 1955، صدر قانون جديد هو القانون 96/95، والذي تميز بالتوسع في الشروط التعسفية، حيث أخذ بمعيار الهيمنة الاقتصادية. وقد كان نقلاً مباشراً للتوجه الأوروبي رقم 13/93. وجاء من بين النصوص الجديدة أنه في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، تعد شروط تعسفية تلك البنود التي يكون محلها أو أثرها خلق خلل فاحش أو صارخ بين حقوق والتزامات الأطراف، ومن شأن هذا الخلل الإضرار بمصالح المستهلك.⁹⁶

⁹⁶ د. شريف بحماوي، المرجع السابق، ص 9.

الفرع الأول

شروط تدخل القاضي لتعديل عقود الإذعان

هناك مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في عقود الإذعان؛ لكي يتمكن القاضي من التدخل لتعديل هذا العقد. بحيث يشترط أن يكون هناك عقد، وأن يكون العقد قد تم بطريق الموافقة، إضافة إلى احتواءه على شروط تعسفية مجحفة بحق القابل، مما يؤدي ذلك إلى إرهابه.

فيشترط لتدخل القاضي في العقد⁹⁷:

1. أن يكون العقد موضوع النزاع، عقد موافقة. وهو العقد الذي ينفرد الموجب فيه بوضع شروطه، إما بواسطته، أو من قبل غيره، ويسلم القابل بها دون مفاوضة أو مساومة أو نقاش.
2. أن يتضمن العقد شروطاً تعسفية. ذلك أن وجود الشروط التعسفية، في العلاقة التعاقدية، من شأنه أن يؤدي إلى اختلال العلاقة التعاقدية، ويجعل المتعاقدين متفاوتين من حيث المراكز القانونية، مما يلحق الظلم بأحد المتعاقدين.
والشرط التعسفي هو: الشرط الذي يفرضه المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية، على الطرف الضعيف، الذي لا يستطيع إلا أن يقبلها، نظراً لضعفه وعجزه.
أو هو كل شرط جائر، يفرض من طرف متعاقد قوي على متعاقد آخر ضعيف، يستطيع معه جني منفعة كبيرة له سواء أكان ذلك بزيادة حقوقه على التزاماته، أم بزيادة التزامات الطرف الآخر على حقوقه، أم بإمكان رجوعه عن العقد أو وقف تنفيذه بشكل يخدم مصلحته، وينافي العدالة التعاقدية.

⁹⁷ دعاء برهم، المرجع السابق، ص103 وما بعدها.

فيكون إيراد أي شرط بهذا النوع، عند تكوين عقود الاذعان، يجعل المتعاقد الضعيف، إن قبل التعاقد، أن يقبل بإذعان وخضوع، مما يولد عقد اذعان يحمل شروطاً تعسفية، مما يوجب تدخل القاضي، لإعادة التوازن العقدي. وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير ما اذا كان الشرط تعسفياً، أم لا.

وعرف المشرع الفرنسي الشروط التعسفية في المادة (35) من قانون 1978، المتعلق بحماية وإعلام المستهلك الملغى بأنها: (تلك الشروط التي تفرض على المستهلك أو غير المهني من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة فاحشة). أما قانون المستهلك الفرنسي رقم 95-96، فقد عرفها في المادة 1-132، الفقرة 6 المستبدلة بالمادة 1-212 بأنه: (في لعقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، تعد شروطاً تعسفية تلك الشروط التي تهدف أو تحدث اختلالاً واضحاً بين حقوق وواجبات الأطراف).⁹⁸

وهناك فرق بين الشروط التعسفية بذاتها، والشروط التعسفية بحكم استعمالها، فالأولى يظهر تعسفها منذ إدراجها وإيرادها بالعقد، فتكشف عنه ذات ألفاظه، فيتناقض العقد في جوهره. أما النوع الثاني من هذه الشروط، فإنها لا تظهر صفة التعسف فيها عند إدراجها بالعقد، وإنما عند التطبيق، بتطبيقها بحرفيتها، وعدم مراعاة روحها.

وحتى يكون الشرط تعسفياً، فإنه يجب أن يتضمن عنصرين:

أ. التعسف في استعمال القوة الاقتصادية أو الاجتماعية أو التقنية أو القانونية أو غيرها.

وينتج للتعسف حسب هذا العنصر، عن انعدام التوازن بين الأطراف، حيث يستغل الطرف القوي موقعه ليفرض على الطرف الضعيف شروطاً تعسفية بحقه. ومن الجدير بالذكر، أن التعسف لا يأخذ دائماً شكل التعسف في القوة الاقتصادية والتفوق الاقتصادي، بل قد يتعلق بأشكال أخرى من التفوق، كالتفوق الاجتماعي أو التقني أو القانوني أو غيرها.

⁹⁸ مصدق فطيمة الزهراء، المرجع السابق، ص 127-128.

ب. الميزة والمنفعة المفترضة، التي يحصل عليها المتعاقد القوي بمناسبة العقد.

فحتى يعتبر الشرط تعسفياً، يجب أن يؤدي إلى حصول الطرف المنفرد بوضعها، على ميزة فاحشة ومنفعة كبيرة من جراء إيرادها في العقد، وهذا الأمر لا يتعلق بثمن السلعة أو الخدمة، بل المقصود هنا هو عدم التوازن بين أطراف العقد من حيث الحقوق والالتزامات فيما بينهم، سواء بفرض التزامات مبالغ فيها على الطرف الضعيف، أو الإنقاص من التزامات الطرف القوي.

وهناك مجموعة من الخصائص، التي لا بد من توافرها في الشرط التعسفي، والتي تجعل له ذاتية خاصة تميزه عن غيره. وهي:

1. أن قياس التعسف في الشروط الواردة في العقد، يكون بالنظر إلى الشروط في مجموعها، وليس لكل شرطٍ على حدى، لأنه قد يكون أحد الشروط وفر ميزة أو منفعة للمشتري، في حين يكون هناك شرط آخر، أعطى الطرف الضعيف ما يقابل هذه الميزة.

2. أن اصطلاح التعسف في الشرط التعسفي، له مدلولٌ مختلفٌ عن مدلوله في نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن وجود شرطٍ يخل بحقوق الطرف الضعيف، دليلٌ بذاته على وجود التعسف وافترضه، سواء اتجهت نية المشتري إلى إلحاق الضرر بالطرف الضعيف، أو لم تتجه.

3. أن الحماية من الشروط التعسفية، توجد عندما يكون هناك تفاوتٌ في القدرة الفنية، أو الاقتصادية أو الاجتماعية بين الأطراف، أو غيرها من صور التفاوت، أما إذا كان هناك تساوي فيما بينهم، حيث كانوا جميعهم في منزلة واحدة، فلا سبيل لإثارة موضوع الشروط التعسفية، لأن كل منهم في ذات المرتبة التي للمتعاقد الآخر.

4. طبيعة الشروط التعسفية واحدة أينما وردت، بحيث يمكن ترتيبها في أي نوع من العقود، حتى في عقود المساومة. لذلك لا بد من إعمال السلطة الحمائية للطرف الواقع بحقه هذه الشروط، أي كانت هذه العقود، حتى وإن لم تكن عقود إذعان.

وقد عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي، في المادة 35 من القانون رقم 23/78، الصادر بتاريخ 1978/1/10، المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، حيث جاء فيها "في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين قد تكون محظورة، أو محددة، أو منظمة،... الشروط المتعلقة ب... متى يظهر أن

هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر، والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة".⁹⁹

وعدّ المشرع الفرنسي البند التعسفي بنداً غير مكتوب، كما ورد في العديد من المواد التي تضمنها قانون المستهلك الفرنسي كالمادة 623-32، التي تنص على أنه: (يعد غير مكتوب الشرط الذي يكون موضوعه أو يترتب عليه منع المستهلك من المشاركة في عمل جماعي).¹⁰⁰

⁹⁹ د. شريف بحماوي، المرجع السابق، ص 13.
¹⁰⁰ مصدق فطيمة الزهراء، المرجع السابق، ص 164.

الفرع الثاني

نطاق سلطة القاضي بتعديل عقود الإذعان

يقصد بسلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي، هو الإبقاء عليه، مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها، بالوسيلة التي يراها القاضي مناسبة وملائمة. وهذه الشروط، لا يمكن للقاضي إعفاء الطرف المذعن منها، بسبب طبيعتها، فالغاؤها من شأنه أن يؤدي إلى القضاء على العقد برمته، كالأجرة في عقد الإيجار، أو الثمن في عقد البيع، وبالتالي لا يكون للقاضي إلغاؤها إذا رأى أنها شروطاً تعسفية، كون أن إلغاؤها يؤدي إلى نسف العقد بأكمله، وبالتالي يكتفي القاضي بتعديلها¹⁰¹.

وقد تكون هذه الشروط متأصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل، أو الثمن في عقد البيع، أو ما شابه ذلك في العقد، مما يجعله شرطاً جوهرياً في العقد، يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف والضرر عن المتعاقد. فعلى سبيل المثال في عقد البيع، إذا كان الثمن مبالغاً فيه، جاز للقاضي تخفيضه تبعاً للظروف، وليس إلغائه، لأن في ذلك نسفٌ للعقد.

وقد تكون هذه الشروط، متعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته، فيكون للقاضي التعديل بالزيادة أو بالإنقاص بشكل يزيل معه المظهر التعسفي للشرط، وإعادة التوازن بين الأداءات المتقابلة.

وبالتالي يعتبر أي تعديل يقوم به القاضي لشرط تعسفي، يتعلق بحجم الأداءات المتبادلة، ينتهي إما بزيادة أو تخفيض بعض الالتزامات الناجمة عن العقد، لصالح الطرف المذعن بما يحقق معه التوازن التعاقدية بين أطراف العقد، ويزيل معه الضرر الواقع على كاهل الطرف المذعن.

وتمتد سلطة القاضي، إلى تعديل كافة شروط العقد إذا كانت تعسفية، بدون استثناء سواء علم بها الطرف المذعن وقت التعاقد وتنبه لها، أو لم ينتبه لها، ففي كل هذه الأحوال يتوافر الإذعان، إلا أنه يجب مراعاة أن بعض الشروط في عقود الإذعان، قد تكون محل مناقشة، وبالتالي تخرج عن إطار عقد الإذعان

¹⁰¹ دعاء برهم، المرجع السابق، ص107.

باعتبارها شروطاً تفاوضية، شريطة أن يكون التفاوض بشأنها حقيقياً، وإكماله بشروط أياً كانت، لإبرام العقد.

كما وتمتد سلطة القاضي، إلى إلغاء الشرط التعسفي، وإعفاء الطرف المذعن منه. وهذه السلطة التي للقاضي، تعتبر سلاحاً خطيراً، فإذا تبين له الطابع التعسفي للشرط، فإنه يعطله ويعفي الطرف المذعن منه، وبذلك يكون القاضي قد خالف أهم مبدأ يحكم العلاقات التعاقدية، وهو مبدأ سلطان الإرادة.

ويلجأ القاضي لهذه الوسيلة، عندما يقدر أن تعديل الشرط التعسفي، بالتخفيف من الالتزام المقابل، ليس الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف، الذي وصف به الشرط، وكان إعفاء الطرف المذعن منه لا ينسف العقد بأكمله، وتتحقق هذه الحالة، عندما يكون الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، ولن ترجع العدالة التعاقدية إليه، إلا بإعفاء الطرف المذعن منه¹⁰².

وتتميز سلطة القاضي في تعديله لعقود الإذعان، وإنهاء هذه الصفة عن العقد، بتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، بمجموعة من الخصائص أهمها¹⁰³:

1. سلطة القاضي في التعديل غير محددة:

لم يضع المشرع حدوداً يقف عندها القاضي، عند إعمال سلطته في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان، إلا ما تقتضيه قواعد العدالة، إذ يعتبر هو المعيار الوحيد الذي يسترشد به القاضي عند إعماله هذه السلطة، فلم يرسم له المشرع أنماطاً معينة، يتم على أساسها التعديل أو الإلغاء، بل ترك له سلطة تقديرية واسعة في ذلك.

2. سلطة القاضي تخيرية وجوازيه:

تعتبر السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقود الإذعان، سلطة جوازيه له وليست وجوبية، إذ أنه رغم وجود شروط تعسفية في عقود الإذعان، إلا أنه يجوز للقاضي الامتناع عن استعمال هذه السلطة المخولة له من قبل المشرع، كون المسألة تخضع لتقديره ومدى اقتناعه باستخدامها من عدمه.

¹⁰² دعاء برهم، المرجع السابق، ص109.

¹⁰³ المرجع السابق، ص111 وما بعدها.

3. سلطة القاضي من النظام العام:

تعتبر سلطة القاضي الممنوحة له في تعديل عقد الإذعان من النظام العام، بحيث لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن ينزعوا هذه السلطة من القاضي، ومثل هذا الاتفاق يقع باطلاً. فمن حق الطرف المذعن اللجوء إلى القضاء، وطلب تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، باعتباره حقاً يتعلق بالنظام العام، إزالة وصف الإذعان عن العقد.

والتطبيقات القضائية في هذا الصدد، كثيرة، نورد منها:

1. قضت محكمة النقض الفلسطينية في حكم لها بأنه: "يفسر عقد لتأمين وفق القواعد التي تحكم تفسير العقود العادية ويستهدي القاضي في ذلك بطبيعة التعامل بين أطراف العقد التي يتجلى فيها الغرض منه، فعقد التأمين يجب أن يقرأ كما يفهمه الشخص العادي ال كما يفهمه الشخص الذي يمتلك معرفة فنية في القانون أو في التأمين. فإذا وجد غموض في البوليصة فإن الشرط الغامض يفسر ضد مصلحة المؤمن ولمصلحة المؤمن له ذلك أن المحاكم تلجأ في تفسيرها لشروط البوليصة حتى تكون إلى جانب المؤمن له على أساس أن المؤمن له لم يكن له في الواقع حرية اختيار ألن المؤمن هو الذي قام بتحرير عقد التأمين ولذلك يفترض فيه أن يمثل نية طرفي العقد ليجعل معانيه واضحة وأن قاعدة الشك والغموض يفسر لصالح المؤمن له ال تطبق الا عندما تقرر المحكمة عدم وضوح العقود وليس في كل حالة يسيء فيها المؤمن له تفسير العقد أو يعجز عن فهم شروط¹⁰⁴".

2. قضت محكمة النقض المصرية: " محكمة الموضوع هي التي تملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا"¹⁰⁵.

3. قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه: "الشرط الذي يخول البلدية قطع التيار الكهربائي دون اذار بعد مدة شهر من التخلف عن دفع أثمان الكهرباء انما يعتبر اذعانا من المشترك وصفة الاذعان هذه تسوغ للقضاء استبعاد الشروط التعسفية ويستهدي القاضي في ذلك بطبيعة التعامل بين أطراف العقد الذي يتجلى فيها الغرض منه"¹⁰⁶.

¹⁰⁴ نقض مدني فلسطيني رقم (2003/24)، قرار رقم 41 صادر في جلسة 2003/11/19م (رام الله).

¹⁰⁵ نقض مدني مصري رقم (57/83)، جلسة 1989/12/12. مشار اليه في موقع رواق الجمل، <https://2u.pw/kBgsZo>، اخر دخول 2023/5/15.

¹⁰⁶ نقض مدني فلسطيني رقم (2003/39)، جلسة 2004/1/29م (رام الله).

وتخلص الباحثة إلى تأييد منح القاضي سلطة التدخل في مثل هذه العقود، ذلك أن منح هذه السلطة للقاضي، أولى من ترك الطرف المذعن تحت رحمة الموجب. فالمرشع هو صاحب الحق، في تقدير ضرورات الحق في الخروج عن أحكام القواعد العامة، تبعاً للتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك، وخضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد، يعد مبرراً كافياً للخروج عن المبادئ العامة.

سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه

رأينا فيما تقدم بحثه في هذه الدراسة، بأن الأصل أنه لا يجوز للقاضي التدخل في العقد، بتعديل ما اتفقت عليه إرادة طرفيه، حتى وإن كان ذلك، بحجة مخالفة العقد لقواعد العدالة. غير أن هنالك عقود لا يتم تنفيذها فوراً، وإنما تنفذ بعد فترة من انعقادها، ويحدث أن تتغير الظروف التي تم التعاقد خلالها، في الفترة الفاصلة بين الانعقاد والتنفيذ، على نحو يهدد أحد الطرفين بخسارة كبيرة، فيما إذا نفذ التزامه بالصورة المتفق عليها. وفي هذه الحالة، فإن العدالة تقتضي تعديل العقد، على نحو يقلل من الخسارة التي قد تلحق بأحد الطرفين.

وتعديل العقد أثناء مرحلة تنفيذه، هو سلطة ممنوحة للقاضي استثناءً، لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد. كونه لا بدّ من توزيع عبء الظرف الطارئ على كلا المتعاقدين، بتعديل بعض شروطه أو حتى إلغائها، وذلك منعاً لوقوع ضرر لأحد المتعاقدين، والعمل على تحقيق العدالة بينهما.

أما إن كانت هذه الظروف التي قد تطرأ، قد جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلاً، لكانت قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام. أما إن كان من شأنها جعل تنفيذ الالتزام يلحق الخسارة بالمدين، بصورة لا تخرج عن الحد المألوف في التعامل، لما كان لها أثر، لأن كلاً من الكسب والخسارة أمران متوقعان، والتزم المدين بتنفيذه التزامه كاملاً. ولكن، لو أن تنفيذ الالتزام نتيجة للظروف الطارئة لم يصبح مستحيلاً، بل صار مرهقاً يهدد المدين بخسارة تخرج عن الحد المألوف. فما هي سلطة القاضي تجاه هذه الظروف، في تعديل العقد؟

وكذلك في حال تضمن العقد تعويضاً اتفاقياً، وتبين أن هذا التعويض غير عادل، لا يتوافق مع الضرر الحقيقي الحال بأحد طرفي العقد، فإنه يجوز للقاضي التدخل لتعديل مضمون التعويض الاتفاقي.

كما ويملك القاضي، ومن أجل تحقيق العدالة التعاقدية، تعديل الأجل المتفق عليه لتنفيذ العقد، وذلك في حالات معينة.

وسنتناول في هذا الفصل، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه، سواء بسبب الظروف الطارئة، أو سلطته في تعديل الشرط الاتفاقي، أو تعديل أجل تنفيذ العقد.

المبحث الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، ويجب على كلٍ منهما أن ينفذ التزاماته طبقاً لما تضمنه العقد، وبصورة تتوافق مع مبدأ حسن النية. غير أنه قد تجد خلال تنفيذ العقد ظروفً استثنائيةً عامة، لم تكن متوقعة عند انعقاد العقد، تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقاً، ويهدده تنفيذ العقد بخسارة فادحة، فتقتضي العدالة إعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين، وذلك بمنح القاضي سلطة تعديل العقد، نتيجة للظروف الطارئة. وسنعرض فيما يلي، لشروط تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب ما سمي بالفقه بنظرية الظروف الطارئة.

ونظراً لأن مجلة الأحكام العدلية، هي القانون المدني الساري المفعول، فإننا وفي إطار تناولنا لنظرية الظروف الطارئة، سنقف على ما يقابل هذه النظرية في الفقه الاسلامي، ألا وهو نظرية الجوائح.

المطلب الأول

مفهوم الظروف الطارئة

الفرع الأول

التعريف بنظرية الظروف الطارئة

تسمى نظرية الظروف الطارئة أو الحوادث الاستثنائية، لكن التسمية المعروفة في إطار القانون المدني، هي الظروف الطارئة. وقد جاء الفقه القانوني بالعديد من التعريفات لنظرية الظروف الطارئة، فهناك من عرفها بأنها:

كل حادث لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يترأخى في تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً وتهدهد بخسارة فادحة تخرجه عن الحد المألوف في خسائر التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً وغير متوقع.

وهناك من عرفها أيضاً بأنها: عبارة عن حوادث وظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة.¹⁰⁷

وهناك من عرفها أيضاً بأنها: عبارة عن حوادث وظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة.¹⁰⁸

وهي: مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين، الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها.¹⁰⁹

¹⁰⁷ زهرة بلقاسم، اثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة اكلي محند اولحاج، الجزائر، 2013-2014، ص10-11.

¹⁰⁸ زهرة بلقاسم، اثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة اكلي محند اولحاج، الجزائر، 2013-2014، ص10-11.

¹⁰⁹ منصور، تغير قيمة النقود وتأثير ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، ص153.

وعرفتھا محكمة النقض المصرية بأنها تقوم على: كون الحادث استثنائي وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد.¹¹⁰

وعرفھا القانون الإداري الفرنسي بأنها: الحادث الخارج عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وغير المتوقع وغير المرتقب والذي يستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية.¹¹¹

وكذلك عرفت بأنها: حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية عامة، لم تكن في حسابان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما توقع حدوثها بعد التعاقد، يترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدی مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة وإن لم يصبح مستحيلاً.¹¹²

فالظرف الطارئ هو حالة أو حادث غير متوقع يحدث في الفترة الواقعة بين انعقاد العقد وتنفيذه، ويترتب عليه جعل التزام المدين مرهقاً، بحيث يهدده بخسارة فادحة، مما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد. ومثال ذلك: شخص تعهد بتوريد سلعة بثمن معين ثم نشبت حرب مفاجئة، وتعذر استيراد السلعة وارتفع ثمنها على المورد ارتفاعاً فاحشاً فترفع النظرية هذا الضرر بتوزيع تبعته على طرفي العقد.¹¹³

ويراد بنظرية الظروف الطارئة، تعديل التزام مرهق من عقد غير منفذ أو فسخه لوقوع حادثة غير متوقعة خارجة عن إرادة المتعاقدين.¹¹⁴

ويقول الدكتور السنهوري إن نظرية الظروف الطارئة، هي نظرية تصلح اختلال التوازن العقدي، في مرحلة تنفيذ العقد، وهي تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان في مرحلة تكوين العقد، ويجمع بينهما قاسم مشترك وهو الضرب على يد المتعاقد الأقوى.¹¹⁵

ونستنتج مما سبق، أن نظرية الظروف الطارئة، هي خروجٌ عن مبدأي: سلطان الإرادة، والعقد شريعة المتعاقدين. وجاءت كحلٍ قانوني للموازنة بين مصلحة الدائن في التمسك بالقوة الملزمة للعقد، ومصلحة

¹¹⁰ محمد ابو بكر المقصود، المرجع السابق، ص18.

¹¹¹ مصدق فاطيمة 193.

¹¹² مشار إليه من هزريشي عبد الرحمن أثر العذر من جوائح الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بين نظرية الظروف الطارئة، رسالة ماجستير،

تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 2005 - 2006 ص 1

¹¹³ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني 705/1-706، سوار، النظرية العامة للالتزام ص334-335.

¹¹⁴ عارف محمد الجناحي، تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في بيع التسيط والمرابحة للامر بالشراء في الفقه الإسلامي اولقانون، ص129.

¹¹⁵ مشار إليه: مصدق فاطيمة، ص 176

المدين في تجنب الإرهاق والخسارة اللذين يهددانه بفعل الظروف الطارئة. وبأن فكرتها تتلخص في أن هناك عقوداً يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال، ويحصل عند حلول أجل التنفيذ، أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت، بسبب حادث لم يكن متوقعاً، فيصبح تنفيذ الالتزام شاقاً على المدين، ومرهقاً له إلى الحد الذي يجعله مهدداً بخسارة فادحة.

وتشكل نظرية الظروف الطارئة خرقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد أو استثناءً منه، لذلك كان هنالك من الفقهاء، من هو معارضٌ لهذا الاستثناء، متمسكاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد. لكن ما لبث هذا الموقف أن تغير تبعاً لما أظهرته الوقائع من ظلم قد يقع بأحد المتعاقدين، نتيجة لحوادث لم يحتسبها، حيث يثري الدائن على حسابها، ويختل التوازن العقدي، فأصبحت نظرية الظروف الطارئة مقبولةً من جانب الفقهاء.

وحيث إن مبدأ القوة الملزمة للعقد، لا يجوز خرقه أو الاستثناء منه إلا بمسوغ مقبول، فقد حاول فقهاء القانون تبرير هذا الاستثناء، بالاستناد إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد نفسه، وذلك لإظهار أنهم لم يخرقوا هذا المبدأ. ومن أهم المبررات التي ساقوها لذلك:

1. أن أساس القوة الملزمة للعقد، يكمن في شرط ضمني، هو بقاء الظروف على حالها. أي أن المدين ما رضي بالالتزام إلا على أساس بقاء الظروف التي أبرم العقد في ظلها. وقد كان هذا هو الأساس الفني للنظرية في الفقه الكنسي¹¹⁶، وانتقد بأنه شرط مفترض لم تتصرف إليه إرادة المتعاقدين الحقيقية¹¹⁷.
2. أن أساسها فكرة الغبن. فالقانون لا يجيز الغبن عند تكوين العقد، لذلك يتعين أن لا يقبله عند تنفيذه. وانتقد هذا التبرير بالقول أن الغبن يجب أن يكون في أصل العقد لا نتيجة خارجه عنه، كما أن القانون لا يجازي على الغبن إلا استثناء فلا يتوسع فيه¹¹⁸.
3. أن أساسها فكرة الإثراء بلا سبب، فالدائن يثري على حساب المدين بسبب ظرف طارئ، وانتقد هذا الأساس، لأن هناك سبباً قانونياً لإثرائه، وهو العقد¹¹⁹.

¹¹⁶ المقصود بالفقه الكنسي الكتابات القانونية والتشريعية لبعض رجال الدين، خاصة في مجال العقود المدنية والأحوال الشخصية متأثرين بالنصوص الدينية والتعاليم المسيحية مثل التسامح ورفع الغبن، وقد كان لهم أثر في قوانين أوروبا خاصة في بداية العصور الوسطى كما قد صدرت عدة قوانين في تلك العصور ذات صبغة دينية.

¹¹⁷ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، منشورات جامعة دمشق، 1993، ص 336.

¹¹⁸ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 336.

¹¹⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، ج1، ص: 709.

4. ومهم من أسسها على فكرة التعسف في استعمال الحق. إذ الدائن يطلب تنفيذ حقه في التزام المدين، غير أنه بما يتهدد المدين من خسارة فادحة جراء هذه المطالبة (3)، واعترض عليه بأن الدائن أراد بتراخي العقد مدة من الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف، فإذا تغيرت وطالب بحقه كان متبصراً لا متعسفاً.¹²⁰

ويمكن القول بأن ما استقر عليه الفقه، هو الاستناد إلى مقتضيات العدالة، إذ من الظلم أن يتحمل المدين وحده الناحية المرهقة في الالتزام، نتيجة حادث لا يد له فيه، وأن ما أملى نظرية الإثراء على حساب الغير بلا سبب، ونظرية التعسف في استعمال الحق، هو ذاته ما يملي نظرية الظروف الطارئة¹²¹.

وقد عرفت هذه النظرية في الفقه الاسلامي، وسميت بنظرية الجوائح. هذا ويعود الربط بين نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني، ونظرية الجوائح في الفقه الإسلامي، فيما أورده الدكتور السنهوري، في دراسة له عام 1936، بعنوان "وجوب تنقيح القانون المدني المصري". حيث قال في هذه الدراسة: "إن هذه النظرية عادلة، ويمكن المشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج، تتسع لنظرية الظروف الطارئة ولها تطبيقات كثيرة."¹²²

وقد أشار السنهوري، في كتابه "مصادر الحق في الفقه الإسلامي"، إلى وجود تطبيقين للنظرية في الفقه الإسلامي، هما: فسخ الإجارة بالعدر عند الحنفية، والجوائح في الثمار عند المالكية والحنابلة.¹²³

¹²⁰ مشار إليه في دراسة بعنوان: منهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة (تحليل - ونقد)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية) المجلد 28 (7)، 2014. أيمن الدباغ، ص 1672.

¹²¹ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 336.

¹²² أيمن الدباغ، المرجع السابق، ص 1672.

¹²³ أيمن الدباغ، المرجع السابق، ص 1672.

وسنعرض لمضمون نظرية الجوائح، فيما يلي:

تعريف الجوائح:

في اللغة: جمع جائحة من جاح يجوح جوحًا والجوح الإهلاك، والاستئصال¹²⁴. والجائحة هي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة. يقال: جاحتهم الجائحة، واجتاحتهم، وجاح الله المال، وأجاحه، بمعنى، أي أهلكه بالجائحة¹²⁵.

وإصطلاحاً: المقصود بالجائحة هنا الآفة التي تهلك الثمار أو الزروع أو الخضار، المشتراة بعد بدو صلاحها، وهي على رؤوس أشجارها، إهلاكاً كاملاً أو جزئياً أو هي "ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة، قدرًا من ثمر أو نبات بعد بيعه¹²⁶. أي كل ما يتلف قدرًا من الثمار، أو الزروع، أو الخضار، بعد البيع، وبعد بدو الصلاح، مما يعجز المشتري المنكوب عن دفعه عن ماله في العادة. وأطلق في (القدر) لأجل أن يعم الثمار وغيرها؛ لأن الثمار وإن اشترط فيها كون التلف ثلثاً - عند المالكية - لكن البقول لا يشترط فيها ذلك¹²⁷.

وعرفها ابن تيمية بقوله: هي الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد مثل الريح والمطر والجليد والصاعقة¹²⁸. وأدخل معها فعل الادميين الذي لا يمكن ضمانه كالجيوش واللصوص.

ويقصد بها كذلك، تلك النظرية المتكاملة في الفقه الإسلامي الخاصة بالمعاملات المالية، أو الالتزامات المالية، والتي جاءت لتضاهي ما هي عليه القوانين الوضعية، وقد عرفت أنها: "مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد الملتزمين بعقد أو غيره، الناتجة عن تلف الملتزم به أو المنفعة المقصودة منه في أثناء التنفيذ¹²⁹.

¹²⁴ الزاوي، الطاهر أحمد، ترتيب القاموس المحيط: (بيروت: دار الكتب العلمية، 1399هـ. 1979م) 252/1، وابن الأثير، النهاية في غريب الحديث: تحقيق:

الزاوي، طاهر أحمد، والطناحي، محمود محمد (مكة المكرمة: دار الباز)، 211/1.

¹²⁵ الرازي، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح: (بيروت: دار الكتاب العربي، 1401هـ - 1981م)، ص: 116.

¹²⁶ الدسوقي، الشيخ شمس الدين محمد غرفة، الحاشية على الشرح الكبير سيدي أحمد الدردير: 182/3، ونسبه الى ابن عرفة. والزرقاني، شرح الموطأ:

(بيروت: دار المعرفة، 1401هـ - 1981م) 264/3.

¹²⁷ الدسوقي، الحاشية، 182/3.

¹²⁸ احمد بن عبد الحلیم الحراني (ابن تيمية)، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد، المدينة النبوية، السعودية، 1995م، (278/30).

¹²⁹ منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ص44

أي أن الجوائح التي تدخل على الالتزامات، هي بمثابة ظروف طارئة لم يحسب حسابها عند بداية الالتزام، وغير متوقعة وغير ممكن دفعها، أو دفع أضرارها.

وتستند نظرية الجوائح إلى المبدأ الأساسي الذي تقوم عليه الشريعة الإسلامية، وهو رفع الحرج لقوله تعالى: "لا يكلف الله نفساً إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت"، وإزالة الضيق لقوله تعالى: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"، وحرمة أكل مال الناس بالباطل لقوله تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل".

مضمون نظرية وضع الجوائح:

يقوم مضمون هذه النظرية على اعتبار أن هناك ظرفاً أو حادثاً طارئاً، نشأ بعد إبرام عقد البيع على الزرع أو الثمار أو الخضار بعد بدو صلاحها، وهو الجائحة غير المتوقعة، والمتعذر دفعها عن المبيع غالباً؛ فتؤدي إلى إتلاف المبيع جزئياً أو كلياً، فيتضرر المشتري بتلك الجائحة تضرراً فاحشاً، فيما لو أجبر على المضي في موجب العقد، مما يقتضي التدخل في تعديل الالتزامات العقدية، بالحط عن المشتري مقدار التالف؛ عملاً بمبدأ التوازن العقدي، وهو الأخذ بمقدار ما أعطى الغنم بالغرم¹³⁰، وقد يسقط الثمن كله إذا اجتاحت الجائحة المبيع كاملاً واستأصلته، وتحميل البائع عبء الخسارة كلها، أو التخيير بين الفسخ والرجوع على البائع بالثمن، وبين الإمضاء والرجوع على المتلف بالقيمة، في الجائحة البشرية؛ كالجيش الغالب، والسرقعة.

والجوائح لا حصر لها، ومنها عند مالك ابن أنس ما جاء في المدونة الكبرى:، الجراد جائحة، وكذلك النار، والبرد والمطر، والطير الغالب تأتي فتأكل الثمرة، والدود وعفن الثمار في رؤوس الشجر، والسموم تصيب الثمرة والعطش من انقطاع الماء أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت.¹³¹

¹³⁰ انظر: الزركشي، "المنثور في القواعد" 120/2، والسيوطي، "الأشباه النظائر" ص 136.

¹³¹ مشار إليه في المرجع السابق، مصدق فطيمة، ص 188.

وقد عرف الفقهاء المعاصرون ثلاث تطبيقات أساسية لنظرية الظروف الطارئة، وهي: ¹³²

أولاً: وضع الجوائح عند المالكية والحنابلة.

المقصود بوضع الجوائح ¹³³: أن من اشترى ثمرة دون أصلها بعد بدو صلاحها، وخلي البائع بينه وبين قطفها لكنه أبقاها إلى أن يكمل نضجها، فهلكت كلها أو بعضها قبل ذلك، بما لا يستطاع دفعه كمطر أو ريح أو برد، فيجب على البائع أن يرضع عن المشتري من الثمن بمقدار ما تلف بالجائحة.

واحتجوا بالحديث النبوي: "لو بعت من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟" ¹³⁴.

وقالوا إن القبض لم يكمل ولم يتم، فتعلق الضمان بالبائع حتى يتم القبض، ولا يتم القبض إلا ببلوغ الثمرة كمال الصلاح، إذ العرف يقضي بتبقيتها إلى هذا الحين. والدليل على أن القبض لم يتم، أن على البائع حق تعهد الثمار حتى يكمل صلاحها، حتى إذا هلكت بعطش كانت من ضمانه باتفاق، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض، بدليل المنافع في الإجارة، فالتخلية وجواز التصرف في العين المستأجرة، حاصل مع أن ضمان استمرار المنفعة على المؤجر. ¹³⁵

ثانياً: فسخ الإجارة بالأعذار عند الحنفية.

المقصود بفسخ الإجارة بالأعذار، إثبات خيار فسخ عقد الإجارة لكل من المتعاقدين فيه، إذا عرضت له ظروف خاصة تلحق به ضرراً إذا استمر في التزام العقد. وقد ذكر الحنفية أمثلة لهذه الظروف والأعذار، حيث قد تكون في جانب المستأجر: كان يفلس فيقوم من السوق يريد سفراً، أو ينتقل من الحرفة

¹³² أيمن الدباغ، المرجع السابق، ص 1678

¹³³ يقول الشوكاني (الجوائح: جمع جائحة وهي الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها يقال: جاحهم الدهر واجتاحهم بتقديم الجيم على الحاء فيهما إذا أصابهم بمكروه عظيم، ولا خلاف أن البرد والقحط والعطش جانحة وكذلك كل ما كان أفة سماوية الشوكاني، نيل الأوطار 190/5.

¹³⁴ رواه مسلم، صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، رقم الحديث (1554)، 398.

¹³⁵ النووي، شرح صحيح مسلم 460/10 - 461.

إلى الزراعة مثلاً. وقد تكون في جانب المؤجر: كان يترتب عليه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر. وقد تكون في جانب المستأجر كبلوغ الصبي المستأجر، الذي أجره أبوه أو وصي أبيه.¹³⁶ وللفقهاء في إثبات حق فسخ الإجارة بالعدر رأيان الأول: رأي أكثر الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة: حيث لم يثبتوا فسخ الإجارة بالعدر. واحتج الجمهور لمذهبهم بمبدأ القوة الملزمة في العقود، قياساً على سائر العقود كالبيع.

والرأي الثاني رأي الحنفية: حيث أثبتوا خيار فسخ عقد الإجارة بالعدر، وأيدوا ذلك بأمرين:¹³⁷

الأول: الرجوع إلى مقتضى القياس في الإجارة وهو أن المنافع لما كانت غير مقبوضة ولا موجودة عند عقدها صارت في حكم المضاف من العقود في حق المعقود عليه فلا تلزم.

والثاني: القياس على العيب في المبيع قبل قبضه، وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وهذا هو معنى العذر.

ووجه تخريج نظرية الظروف الطارئة على التطبيق المذكور: أن العذر الذي يصيب أحد المتعاقدين في الإجارة، يسوغ الخروج عن بنود العقد التي تقتضي الالتزام بالعقد على كل حال، إلى المطالبة بفسخه بإرادة منفردة، رفعا للضرر.

ثالثاً: تغير قيمة الفلوس عند الحنفية.

إذا نقصت قيمة الفلوس في القرض أو البيع الأجل ونحوهما، أو زادت هل يطالب المدين بوفاء مثل الفلوس أم يطالب بالوفاء بقيمتها حين التعاقد؟

فمثلاً لو اقترض شخص عشر قطع معدنية من النحاس، تعادل حين القرض عشرة كيلوات من القمح، وحين موعد سدادها، أصبحت قيمتها تعادل خمسة كيلوات من القمح، فهل يُلزم المقترض برد عشرين

¹³⁶ أيمن الدباغ، المرجع السابق، ص 1679

¹³⁷ أيمن الدباغ، المرجع السابق، ص 1680-1681.

قطعة معدنية من النحاس، لتعادل قيمة العشرة كيلوات من القمح، أم لا يُلزم إلا بمثل ما اقترض وهو عشر قطع من النحاس؟

واختلف الفقهاء في ذلك على قولين:¹³⁸

الأول: عدم اعتبار الرخص والغلاء سبباً لتعديل الالتزام الأصلي، فيجب رد المثل لا القيمة.

الثاني: اعتبار الرخص والغلاء سبباً لتعديل الالتزام الأصلي، فيجب رد القيمة لا المثل.

وعدم إشارة الفقه الإسلامي، لنظرية في الظروف الطارئة تعمم على جميع الحالات، على غرار النظرية التي شادها الفقه الغربي في ذلك، لا ينتقص من الشأن العظيم الذي بلغه الفقه الإسلامي، بل لذلك أسبابه المنطقية التي ليس منها عيب في ذلك الفقه أو قصور فيه وهو ما يؤكد السنهاوري، الذي يعزو عدم إشادة الفقه الإسلامي لنظرية في الظروف الطارئة إلى سببين:

الأول: سبب عام، وهو أن الفقه الإسلامي سلك منهجاً يهتم بمعالجة المسائل مسألة مسألة، يضع لها الحلول العملية العادلة، ولم ينح منحى التنظير التشريعي المعاصر، وإن كانت تلك المسائل تنطوي على منطق واتساق نظري يمكن الكشف عنه.

والسبب الثاني: سبب خاص، وهو أن الفقه الغربي غالى في القوة الملزمة للعقد، وبالغ في تقديس النزعة الفردية، ما أدى إلى مخالفة مقتضيات العدل في كثير من الأحيان، فتطلب الأمر مواجهة تلك المبالغة بنظرية تحقق مقتضيات العدالة، بخلاف الفقه الإسلامي الذي كانت مقتضيات العدالة فيه سائدة، ويتم تحقيقها كلما لزم الأمر في مواجهة القوة الملزمة للعقد وبالتالي لم تظهر حاجة إلى إيجاد تبرير نظري لتحقيق هذه المقتضيات من خلال إشادة نظرية.¹³⁹

¹³⁸ أيمن الدباغ، المرجع السابق، ص 1682-1684.

¹³⁹ السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 90/6.

الحلول التي تقدمها النظرية وشروطها.

تقدم هذه النظرية حلولاً لرفع الإرهاق، والخسارة الفادحة، عن الطرف المنكوب بالجائحة، وتحقيق التوازن العقدي، هي¹⁴⁰:

1. تعديل الالتزامات العقدية، بتضمين البائع خسارة المبيع التالف بالجائحة. فإن كان الإتلاف جزئياً بالجائحة السماوية، يحط عن المشتري من الثمن بقدر ما تلف من المبيع. وأما إن كان الإتلاف كلياً، بأن استأصلت الجائحة المبيع كله، فسخ العقد، ويرجع المشتري بجميع الثمن على البائع إن كان دفعه له، وإن كان لم يدفع سقط عنه.

2. يتحمل الطرف المضرور المنكوب بالجائحة في المبيع من الثمار، ما دون الثلث؛ لأنه في حكم اليسير التافه، ودخول المشتري عليه بالشرط الضمني؛ فإن بلغت الخسارة الثلث فصاعداً، كانت من ضمان البائع.

3. لا يتحمل الطرف المضرور شيئاً من الخسارة، ولو كانت قليلة في الجائحة التي تصيب البقول؛ لأنه ليس من المعتاد تلف شيء منها بالسقوط، أو أكل الطير، أو تأثير الريح، كما في الثمر.

4. يتحمل الطرف المضرور شيئاً من الخسارة، ولو كانت قليلة في الجائحة بسبب العطش، وإنما يتحملها البائع؛ لأن الإتلاف جاء من طرفه، بتقصيره في السقي. حيث بقي عليه منها حق التوفية، ومنها السقي.

5. يخير المشتري بين فسخ العقد والرجوع على البائع بالثمن، وبين إمضائه والرجوع بالقيمة على المتلف، في حالة الإتلاف بفعل الادمي، كالجيش الغالب، أو السرقة، على المذهب الحنبلي.

6. في حالة تعيب الثمرة بالجائحة من غير تلف، يخير المشتري بين إمضاء البيع، والرجوع على لبائع بما نقص من قيمة المبيع بعد العيب، وبين رد المبيع وأخذ الثمن كاملاً؛ لأن ما ضمن تلفه بسبب في وقت، وهو هنا الجائحة، كان ضمان تعييبه فيه بذلك السبب أولى.

¹⁴⁰ نظرية وضع الجوائح في الفقه الإسلامي، د. حسين بن سالم الذهب، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية - جامعة صحار، عمان، ص 101.

ويشترط للاستفادة من حلول هذه النظرية:¹⁴¹

1. الا تشتري الثمرة مع أصلها؛ لحصول القبيص التام بالإخلاء، ولانقطاع علاقة البائع عن المبيع بعد العقد والتسليم.

2. الا يؤخر الثمرة عن وقتها المعتاد في الأخذ، فإن اخرها عن الوقت المعتاد، وهو وقت حصول النظرية بسبب تقصيره في الأخذ.

3. أن يشتري الثمرة بعد بدو الصلاح، أو يشتريها قبل بدو الصلاح، بشرط البقاء، أو بشرط القطع، فتلفت بجائحة قبل تمكنه من القطع، فيستفيد - حينئذ - من حلول هذه النظرية، فتكون الجائحة من ضمان البائع. أما إذا تلفت بجائحة بعد تمكنه من القطع؛ فهي من ضمان المشتري؛ لتفريطه بتأخير القطع.

4. يشترط أن يصل مقدار الإلتاف بالجائحة الثلث، أو النصف، على الخلاف المذكور، فإن كانت أقل، فهي من ضمن المشتري. هذا على قول من اشترط الثلث في الثمار، وأما من جعلها في القليل والكثير، فهو شرط ساقط عندهم. أما في البقول، والتلف الحاصل بالعطش، فهو شرط غير معتبر فيها.

ونجد تطبيق نظرية الجوائح، في مجلة الأحكام العدلية- القانون المدني الساري في دولة فلسطين- في القواعد الفقهية التي أوردتها، والتي تنص على دفع الضرر وتحقيق المصلحة وأهمها قاعدة "درء المفسد مقدم على جلب المصالح". كذلك قاعدة: "الضرر يزال"، فالضرر الحاصل بسبب الجائحة يجب إزالته، ففساد السلعة أو تعييبها يلحق ضرراً وإرهاقاً بالمشتري الذي لا دخل له في هذه الجائحة، ومراعاة لهذا الضرر الواقع، يجب وضع الجائحة عنه، وعدم إجباره على تنفيذ الإلتزام بإشراك البائع، وهذا رفعا للضرر عن المشتري.

وقاعدة: "تلف المقصود المعقود عليه قبل التمكن من قبضه وإن كان لا يملك ضمانه بطل العقد، وإن أمكن ضمانه فللمشتري الفسخ"، ويدور معنى هذه القاعدة على إن محل العقد إن أصابته جائحة فأتلفته،

¹⁴¹ المرجع السابق، ص 101، وما بعدها.

فليس على العاقد أي شيء، سواء كان مشترياً أو مستأجراً، ومن حقه أن يعرض عما لحقه من ضرر، وليس للعاقد الآخر أخذ العوض منه بلا مقابل¹⁴².

وجميع الأدلة الشرعية التي يستند عليها أحكام الجوائح في الشرع تقوم على أسس جلب المصلحة، وتحقيق العدل، ومنع أكل أموال الناس بالباطل، ورفع الضرر، وذلك بتقرير مختلف الأحكام التي من شأنها تحقيق كل ذلك.

وفي القوانين الوضعية، نجد أن أغلب القوانين قد أخذت بهذه النظرية، لكن المشرع والقضاء الفرنسيين لم يأخذوا بها، كونها تشكل خرقاً للقوة الملزمة للعقد، كونها تجيز تعديل العقد من طرف القاضي، بناءً على طلب أحد أطراف العقد، دون موافقة الطرف الآخر. وهي بذلك تخالف قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين). لكن المشرع الفرنسي عاد وأخذ بهذه النظرية، في بعض القوانين، منها: القانون 18 أبريل 1933، الذي منح المحاكم سلطة تخفيض أجره الأراضي الزراعية، وأجرة المباني المعدة للاستعمال التجاري والصناعي.

أما القضاء الإداري، فقد سار على خطى مجلس الدولة الفرنسي، فأخذ بالنظرية وطبقها على عقود التزام المرافق العامة، وعقود التوريد بين الإدارة والأفراد. إلا أنه بموجب التعديلات التي شهدها القانون المدني الفرنسي، قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة طبقاً لتعديل سنة 2016، بموجب المادة (1195)، التي يتضح منها أن المشرع الفرنسي قد تراجع عن موقفه الراض لنظرية الظروف الطارئة.¹⁴³

وينبغي لنا الإشارة هنا، إلى أنه كثيراً ما الخلط بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وذلك بسبب تقاطعهما، فكلتاها تتشابهان في أن وقت نشوء كلٍ منها، يكون أثناء تنفيذ العقد، وبأنهما حوادث خارجة عن إرادة أطراف العقد، ويشترط في كليهما، عدم صدور خطأ من المدين. وفي مجالهما، فهما تتقاطعان في الحروب، الأوبئة، والكوارث الطبيعية، فهذه يمكن تكييفها كظرف طارئ، وكذلك كقوة القاهرة، بحسب ما ينتج عنها، من أثر على العقد. وتشارك الظروف الطارئة والقوة القاهرة، في عدم إمكانية التنبؤ بحدوثها عند إبرام العقد. وعدم إمكانية دفعهما عند حدوثهما. وتلتقيان كذلك في مجال إعمالهما، وهو العقود المستمرة.

¹⁴² هبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص 33

¹⁴³ مشار إليه: مصدق فطيمة ص 182 - 183.

وتفترق الظروف الطارئة والقوة القاهرة، في مدى التأثير على الالتزام؛ فالقوة القاهرة تجعل الالتزام مستحيلًا بصورة مطلقة، بينما ينحصر أثر الظروف الطارئة، في جعل الالتزام مرهقاً وليس مستحيلًا. وفي أن سلطة القاضي في مواجهة القوة القاهرة، تنحصر في فسخ العقد. بينما له صلاحيات وسلطة تقديرية أوسع في مجال الظروف الطارئة، فله زيادة الالتزام المقابل، أو إنقاص الالتزام المرهق، أو وقف تنفيذ العقد حتى زوال الظروف الطارئة. كما ويمكن للقاضي، منح المدين أجلاً مناسباً لتنفيذ التزامه. فبالمجمل تسعى نظرية الظروف الطارئة إلى إعادة التوازن المالي للعقد، وتمام تنفيذه.¹⁴⁴

هذا وفرق الدكتور السنهوري بين كلٍ من القوة القاهرة، والظروف الطارئة أو الفجائية، بقوله: أن القوة القاهرة يشترط فيها امكانية الدفع واستحالة التوقع، فيما تكون الظروف الطارئة ممكنة التوقع ومستحيلة الدفع.¹⁴⁵

¹⁴⁴ مصدق فطيمة، المرجع السابق، ص 194-196.

¹⁴⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، ج 1، ص: 705. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج 1، ص 319.

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تنص المادة (151) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012، على أنه: (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك).

بدايةً، يستفاد من عبارة "ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك"، أن نظرية الظروف الطارئة في التشريع الفلسطيني، من النظام العام. وهذا يعني أنه لا يجوز لأطراف العلاقة العقدية، الاتفاق على استبعاد تطبيق حكمها، وأن أي شرطٍ بينهما يقضي بخلاف نص هذه المادة، هو شرطٌ باطل. فإذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر، استبعاد سلطة القاضي عند وقوع ظرف من الظروف الطارئة، ووقع ظرف طارئ أصبح معه تنفيذ المدين لالتزامه مرهقاً له، ويهدده بخسارة فادحة، فتمسك المدين بهذا الظرف لتعديل الالتزام المرهق، وتمسك الدائن بذلك الشرط المدرج في العقد، والذي يقضي باستبعاد سلطة القاضي، ففي هذه الحالة يكون مثل هذا الشرط باطلاً ويبقى العقد صحيحاً.

وموقف المشرع الفلسطيني هنا، لا يخرج عن موقف أغلب التشريعات العربية في جعل حكم الظروف الطارئة أمراً. وقد برر الفقه القانوني هذا الحكم، بأن الجزاء في حالة وقوع الطرف الطارئ، يكون صورياً لا قيمة له، إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه، فيستطيع المتعاقد القوي، أن يملئ شرط المخالفة على المتعاقد الضعيف، وهذا نوعٌ من الإذعان.¹⁴⁶

إلا أننا نجد ان المشرع الفلسطيني، وفي المادة (181) من القانون المدني قد نص على: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك).

¹⁴⁶ هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية (دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني)، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، غزة، فلسطين، ص 73.

فهو اعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، ولم يعتبر القوة القاهرة، التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، من النظام العام. وهو في ذلك أيضاً قد سار على نسق التشريعات العربية المماثلة. وهو برره الفقه القانوني بقوله أن الاتفاق على تحمل المدين لتبعية القوة القاهرة، إنما هو نوعٌ من التأمين، لا يقدم المدين عليه مضطراً، أما الاتفاق على تحمل المدين لتبعية الحادث الطارئ فمغامرة قد تهون حالة الاضطرار الإقدام عليها. بينما ذهب رأيٌ ثانٍ إلى رأيي إلى أن الظروف الطارئة، أكثر وقوعاً في الحياة العملية من القوة القاهرة، وهذا يجعل المتعاقد القوي يتجه إلى الاحتياط ضد الظروف الطارئة، أكثر مما يتجه إلى ذلك ضد القوة القاهرة.¹⁴⁷

ويجدر بنا هنا ان نشير إلى أن استخدام المشرع لكلمة جاز للقاضي، لا يعني أن للقاضي سلطة تقديرية في إعمال النظرية أو عدم إعمالها بالرغم من توافر شروطها، وإنما يقصد به أن القاضي لا يطبقها، إلا إذا تمسك المدين أمامه بها.

هذا ويجوز للمدين المرهق، بعد وقوع الحادث الطارئ، أن ينزل عن حقه في التمسك بالحادث الطارئ وأن يتعهد بوفاء التزامه كاملاً غير منقوص. ويترتب على ذلك، أن باستطاعة الطرفين المتعاقدين، الاتفاق على سحب الدعوى المرفوعة بمناسبة الظروف الطارئة، أو الاتفاق على وقف إجراءات تنفيذ الحكم الذي قد يصدر فيها.

وبالوقوف على ما جاء في المادة (151) آفة الذكر، نجد ان للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. وذلك سواءً بإنقاص الالتزام المرهق، أو بزيادة الالتزام المقابل، أو بوقف تنفيذ العقد حتى يزول أثر الظرف الطارئ. فالمشرع هنا ووفقاً لما أنبأت عنه هذه المادة، لم يخول المتعاقدين رد الالتزام، وإنما جعلها رخصة للقاضي، يستعملها متى تحققت شروط معينة. فالمشرع حينما أجاز للقاضي التدخل في العقد، أحاط هذا التدخل بضمانات عديدة ولم يجعله تحكيمياً، وإذا أجاز للمتعاقدين رد الالتزام، فسيكون في ذلك إهدار لتلك الاعتبارات والضمانات، وبالتالي إهدار لحكم نظرية الظروف الطارئة نفسه، وهو ما لا ينبغي إهداره لقيامه على قاعدة أمره. كما أن التجاء المتعاقدين إلى وضع شروط خاصة في عقودهم، لمعالجة مشكلة الظروف

¹⁴⁷ هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 74-75.

الطارئة وفقاً للجزاء الذي أورده القانون، ولكن بالقدر الذي يرويه، إنما هو أمر اتفاقي، والمفروض أن لا يوجد العنصر الاتفاقي في نظرية الظروف الطارئة.¹⁴⁸

وعوداً لذي بدء، وإلى نص المادة (151) المذكورة، يتبين لنا من هذا النص، أنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر ركنان: الأول وجود التزام عقدي؛ فإذا لم يكن هناك عقد فلا مجال لتطبيق النظرية، والظرف الطارئ الغير متوقع والغير مستطاع دفعه، فإن كان مستطاع دفعه، فلا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة، لا بد من توافر شروط وضوابط معينة، وسنتناول هذه الشروط بالتفصيل على النحو الآتي:

1. أن يكون العقد الذي تثار من أجله النظرية متراخي التنفيذ:

لتطبيق النظرية، يشترط أن يكون العقد متراخياً، بمعنى أن تكون هناك فترة زمنية تفصل بين إبرام العقد وبين تنفيذه أو انتهاء تنفيذه، كعقد الإيجار والعمل والتوريد والمقاوله، وهذه العقود تسمى بالعقود المستمرة فالتراخي هو من طبيعتها. أو من العقود الفورية التنفيذ ولكن تنفيذه مؤجل¹⁴⁹، بمعنى أن تمر فترة زمنية بين لحظة انعقاد العقد والبدء في تنفيذه، بحيث لا يكون الالتزام قد نفذ عند حدوث الظرف الطارئ، وذلك لإمكان تطبيق النظرية من قبل القاضي.

فلا تنطبق هذه النظرية على العقود الاحتمالية، لأنها تقوم على المخاطرة من جانب المتعاقدين، وتعرضهما لاحتمال الكسب الكبير أو الخسارة الفادحة، كما يشترط ألا يكون تراخي التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين، حتى لا يستفيد هذا الأخير من إهماله، ويتحمل تبعه خطئه.¹⁵⁰

¹⁴⁸ هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 80.

¹⁴⁹ محمود علي الرشدان، الغين في القانون المدني، ص 67.

¹⁵⁰ أحمد شوقي أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 256.

حدوث ظرف استثنائي عام غير متوقع الحدوث ولا يمكن دفعه أو تلافيه:

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، يشترط حدوث ظرف استثنائي عام، ليس في الامكان توقعه أو دفعه، وهذا ما سنبينه فيما يأتي:

أن يكون الظرف استثنائياً:

يشترط في الظرف أن يكون استثنائياً، ويقصد بالاستثنائي أنه غير مألوف، ونادر الوقوع، بحيث يبدو شاذاً بحسب المألوف ولا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخل بحساباته، كالزلازل، والوباء، والحروب، فرض تسعير جبري، والفيضانات¹⁵¹.

أن يكون الظرف عاماً:

ويقصد بالعام، أن يكون الظرف شاملاً لجميع افراد المجتمع أو طائفة منهم، فينبغي أن يكون الظرف الاستثنائي غير خاص بالمدين وحده، كحرق مزرعته أو تلف محصوله أو إفلاس المدين، فليس له التدرع بتطبيق هذه النظرية في هذه الحالة¹⁵². فهي لا تطبق الا إذا كان الظرف عاماً يعم عدداً كبيراً من الأشخاص، كالفيضانات والزلازل.

ويدخل في الظرف العام، الظرف الطارئ الذي يصيب طائفة من الناس، والمقصود بطائفة من الناس، كسكان مدينة أو قرية معينة، أو طائفة معينة كطائفة التجار والمقاولين أو الزراع، وعليه لا يشترط أن يصيب الناس كافة، بل يكفي أن يصيب طائفة معينة كما ذكرنا، كالحريق الذي يصيب حياً أو قرية، ويكون المدين جزءاً منه، وكذلك الحال بالنسبة للحادث الذي يؤثر على طائفة معينة من التجار من منتجي سلعة معينة، فيعد هذا الحادث ظرفاً طارئاً¹⁵³.

¹⁵¹ ، اخر دخول <https://2u.pw/SigAnP.2023/2/23>

¹⁵² أمين دواس، المصادر الارادية للعقد والارادة المنفردة، المرجع السابق، ص223.

¹⁵³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص643. موسى أبو ملوح، شرح القانون المدني الاردني، ص299.

ج. أن يكون الظرف غير متوقع الحدوث:

يعد شرط التوقع، شرطاً جوهرياً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحيث يجب أن يكون المتعاقدين لم يتوقعاه، ولم يكن بالحسبان وقت انعقاد العقد. فإذا كان متوقعاً أو كان يمكن توقعه، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة، كاختلاف سعر العملة، وانتشار دودة القطن، كل هذه الحوادث في الوسع توقعها¹⁵⁴، كمن استأجر منزلاً، ثم تهدم بفعل زلزال، أو استأجر أرضاً ليزرعها فأغرقها السيل.

فمعيار عدم التوقع، هو المعيار الموضوعي، معيار الشخص العادي. وبذلك يكون القانون قد وفر على القاضي الكثير من العناء، في إثبات مدى توقع الظرف من عدمه، فلو طبق المعيار الشخصي، لكان من الصعب على القاضي معرفة التوقع من عدمه، لأنه امر باطني نفسي صعب الإثبات، اي ليحدد القاضي معيار التوقع من عدمه، يقيس على ما إذا كان الشخص المعتاد سيتوقعه، إذا وجد في نفس ظروف المتعاقدين¹⁵⁵.

د. أن يكون الظرف لا يمكن دفع أو تلافيه:

يجب أن يكون الحادث من الغير ممكن دفعه وتقاضيه، فإن كان الحادث استثنائياً، الا أنه من الممكن التغلب عليه ببذل جهد معقول، فهنا لا تطبق نظرية الظرف الطارئة، فالقدرة على الدفع، تمنع حدوث الاثر بصفة مطلقة، مثل رب العمل الذي يمكنه أن يمنع أضراب عمال مصنعه، فهذه الحالة ليس له أن يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة¹⁵⁶. ويمكن للمتعاقد أن يتخذ تدبير وقائي، كقيام المدين بإبلاغ المتعاقد الاخر بأنه حادثة قد تقع، ليتخذ هذا الأخير كل ما يلزم للحد من الاثار التي قد تترتب على ذلك¹⁵⁷.

¹⁵⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص225 وص226.

¹⁵⁵ ياسمين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج2، ص249.

¹⁵⁶ محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص256.

¹⁵⁷ هبة محود الذيب، مرجع سابق، ص44.

ومعيار تحديد دفع الطرف أو تلافيه من عدمه، هو معيار الشخص العادي الموجود في نفس الظروف، وليس المعيار الشخصي، ويخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع، فيما اذا كان الطرف ممكن تفاديه ام لا، دون الخضوع في تقديره لرقابة محكمة النقض، لأنه يطبق واقع لا يطبق قانون¹⁵⁸.

2. أن يتحقق الحادث بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه أو أثناء تنفيذه:

يشترط في الطرف الاستثنائي العام غير المتوقع، أن يحدث بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، فإذا حدث الطرف الطارئ قبل إبرام العقد، فلا نطبق النظرية عليه، وكذلك الحال لو حدث بعد الانتهاء من التنفيذ، لذلك لا تطبق النظرية إلا على العقود التي تحتاج مدة زمنية لتنفيذها، كالعقود الزمنية أو المستمرة، كعقد المقاولة أو العقود الفورية مؤجلة التنفيذ، كعقد البيع مؤجل التنفيذ.

وإذا حدث الطرف خلال مدة التراخي في تنفيذ العقد، وكان التراخي راجعاً إلى تقصير من المدين وإهماله، فلا مجال هنا لتطبيق النظرية، لأنه لا يجوز للمدين أن يستثمر ويستغل خطأه على حساب الدائن، ولا يجوز تطبيق النظرية إذا حدث الطرف الطارئ، بعد إعطاء المدين مهلة قضائية من قبل القاضي، لأن الالتزام يبقى مستحقاً حتى لو أعطي المدين المهلة القضائية، فحتى نطبق النظرية يجب ألا يكون التأخير في التنفيذ راجعاً إلى إهماله، أو مهلة قضائية أعطاه القاضي له لكي يتمكن من التنفيذ بسبب عسره¹⁵⁹.

3. أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً:

لكي تعتبر الحادثة ظرفاً طارئاً، يجب أن يترتب عليه جعل الالتزام مرهقاً للمدين، والإرهاق هو الأثر المترتب على نشوء حادثة استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، والذي يؤدي الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً¹⁶⁰، لأن تحقق الاستحالة لا يشترط الا في القوة القاهرة، لذلك فإن القاضي يبدأ دائماً، بالبحث عن تحقق شرط الارهاق، عندما يُطلب منه تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، ثم يبحث بعد ذلك عن مدى توافر الشروط الأخرى، وإن كان الحادث الطارئ والقوة القاهرة يشتركان في أن كلاهما لا يمكن توقعه، ولا يستطيع دفعه، الا

¹⁵⁸ ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج 1، ص 298.

¹⁵⁹ موسى أبو ملح، مرجع سابق، ص 227.

¹⁶⁰ حسب الرسول الغازي، المرجع السابق، ص 366، سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 528-529.

انهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، أما الحادث الطارئ فيجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات المالية، دون أن تبلغ الاستحالة¹⁶¹.

والإرهاق المترتب على وقوع الظرف الطارئ، معيار مرن يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقاً للمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر، وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة، قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى، ويكفي أن يكون تنفيذ الالتزام مهدداً للمدين بخسارة فادحة، فإلخسارة المألوفة في التعامل، لا تكفي فإن التعامل مكسب وخسارة¹⁶².

كما وأن المعيار المعتمد لتقدير الخسارة هو المعيار الموضوعي، إذ ينظر الى الإرهاق نظرة موضوعية، بالرجوع الى ظروف الصفقة ذاتها التي ابرم العقد بشأنها، وليس إلى ظروف المتعاقد الشخصية، فيتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيراً بين قيمة الالتزام المحدد في العقد، وبين قيمة العقد الفعلية عند التنفيذ، ولو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء¹⁶³. إلا أنه إذا قام المدين بتنفيذ التزامه المرهق، فلا يحق له أن يتمسك بتطبيق هذه النظرية، إلا اذا كان تنفيذه قد تم بشكل اضطراري، كي يدرأ عن نفسه مسؤوليات جسيمة تترتب على عدم التنفيذ، فيما لو لم يثبت له الحق في تعديل التزاماته وفقاً لنظرية الظروف الطارئة، وكان قد قرن التنفيذ بالاحتفاظ بحقه في تعديل التزاماته، فعندها يكون له هذا الحق حتى بعد حصول التنفيذ¹⁶⁴.

ويخضع شرط الإرهاق لسلطة القاضي التقديرية، ولا رقابة عليه من محكمة النقض ما دام استخلاصه سائغاً، كما يجب التمسك بهذا الشرك أمام محكمة الموضوع، وإلا فلا يجوز إبدائه لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه يتعلق باعتبارات موضوعية خاصة بالصفقة¹⁶⁵.

¹⁶¹ ، تسجيل الدخول <https://2u.pw/8Yp9ll>.2023/2/26

¹⁶² عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص572.

¹⁶³ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القانون العربي، ص486.

¹⁶⁴ سليمان مرقس، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري، ص531.

¹⁶⁵ أحمد شوقي عبد الرحمن: النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، ص198.

المطلب الثاني

آثار نظرية الظروف الطارئة

متى توافرت الشروط السابقة، كان للقاضي أن يتناول العقد بالتعديل، عن طريق وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، سواء بأن ينقص من التزامات المدين، أو يزيد من التزامات الدائن، أو يوقف تنفيذ العقد لمدة محددة، إذا كان هناك احتمال لزوال الظرف الطارئ، وتحكمه في ذلك ضوابط قانونية، يجب عليه مراعاتها أثناء عملية التعديل.

الفرع الأول

رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

قد يرى القاضي، أن رفع الإرهاق عن كاهل المدين، يكون بإنقاص الالتزام المرهق، سواء من حيث الكم أو الكيف، ويتعين على القاضي في سبيل إنقاص الالتزام المرهق، أن لا يرفع الإرهاق كلية عن المدين لأنه لا يجوز أن يوضع كل هذا العبء على عاتق الدائن الذي لا يلزمه العقد بشيء من ذلك، ولأجل ذلك، يتعين عليه ألا يوزع على عاتق الطرفين، سوى الزيادة الغير مألوفة في عبء الالتزام، بينما يتحمل المدين وحده عبء الخسارة المألوف.¹⁶⁶

ولا تقتصر سلطة القاضي في الإنقاص، على تقليل الكمية الملتمزم بها من المدين فحسب، بل للقاضي فضلاً عن إنقاص الكمية، إنقاص الثمن الذي يدفعه المدين، أو يقسطه أو أن ينقص فوائده أو يسقطها.¹⁶⁷ ومثال إنقاص الثمن أن ينخفض سلع الوحدة من السلعة انخفاضاً فاحشاً، بحيث يصبح السعر الذي التزم به المشتري، مرهقاً له إرهاباً يهدده بخسارة فادحة، كأن ينخفض السعر من عشرة إلى ثلاثة، فيستطيع القاضي في هذه الحالة أن ينقص من هذا الثمن، أو ينقص من جملة الفوائد المستحقة على هذا

¹⁶⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 874.

¹⁶⁷ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 442.

الثلث، أو تخفيض سعر هذه الفائدة كل ذلك مدة بقاء أثر الظرف الطارئ، فإذا انجلى هذا الأثر، عادت للالتزام قوته الأصلية كما اتفق عليها الطرفان وقت التعاقد.

وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي، فيقرر زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، ويكون هذا في حالة ارتفاع الأسعار مثلاً،¹⁶⁸

ويتعين على القاضي عند اختياره تعديل العقد، بزيادة الالتزامات المقابلة للالتزام المرهق، أن يبقي على عائق المدين ما يعتبر زيادة مألوفة في عبء الالتزام، لأنه كان من الممكن توقعها وقت التعاقد، وبذلك لا يوزع على عائق المتعاقدان سوى الزيادة غير المألوفة.

والقاضي عندما يرفع السعر لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر، بل يخيره بين أن يشتري به أو يفسخ العقد، فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين، إذ يرتفع عن عائقه كل أثر للحادث للطارئ.¹⁶⁹

وذهب بعض الفقه، إلى أنه يمكن للقاضي التدخل في العقد بزيادة التزام الدائن، دون أن يحمله كل العبء الناشئ عن الظرف الطارئ، بل يزيدها بما يوازي نصف هذا العبء في شقه غير المألوف، أي أن الدائن لا يتحمل ارتفاع السعر المألوف، بل يتحملة المدين، كما يتحمل الدائن الانخفاض المألوف.¹⁷⁰

كذلك نظرية الظروف الطارئة، تطبق على العقود الملزمة للجانبين، مثلما تطبق بشأن العقود الملزمة لجانب واحد، وفي الحالة الأخيرة لا يمكن أن تكون الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق وسيلة يلجأ إليها القاضي تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، لأنه في نطاق هذه العقود لا وجود للأداء المقابل، وبالتالي لا يبقى أمام القاضي سوى اللجوء إلى إنقاص الالتزام أو وقف تنفيذ العقد.¹⁷¹

¹⁶⁸ د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار

العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 300

¹⁶⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 647.

¹⁷⁰ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 444-445.

¹⁷¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 380

وقد تكون وسيلة القاضي لتحقيق التوازن العقدي، هي وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال أثر الظرف الاستثنائي. فقد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد، حتى يزول الحادث الطارئ، إذا كان الحادث وقتياً، يقدر له الزوال في وقت قصير، وأنه ليس من شأن هذا الوقف المؤقت أن يلحق ضرراً كبيراً بالدائن، و قدر أن اللجوء إلى وسيلة الإنقاص من الالتزام المرهق، يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.¹⁷²

فيأمر القاضي بوقف تنفيذ العقد لمدة محددة، ويكون التحديد تقريبياً بقدر الإمكان، إذ ليس في مقدور القاضي أن يتنبأ مقدماً، بالوقت الذي سيزول فيه أثر الظرف الطارئ، لكن بدراسة ظروف الحاضر، يمكن له أن يكون فكرة تقريبية عن المستقبل، أو قد تكون غير محددة من الوقت حتى تزول آثار الظرف الطارئ، بشرط أن يراعي القاضي في هذه المهلة أن يكون من شأنها السماح للمدين بتدبر أمره، كما يراعي في ذلك عدم الإضرار بمصلحة الدائن من جهة ثانية.

ويشتبه وقف التنفيذ الذي يحكم به القاضي في نظرية الظروف الطارئة، بنظرة الميسرة، من حيث أن كلاهما يتضمن ترحيلاً للأجل الأصلي لأداء الالتزام، لأجل لاحق يحدده القاضي، إلا أنهما معاً نظامان مستقلان عن بعضهما، لاختلافهما من حيث أن السبب الذي يدعو إلى منح نظرة الميسرة، هو حادث فردي خاص بالمدين وحده، أو بأحد أفراد أسرته، بينما الوقف في نظرية الظروف الطارئة، يكون لحادث استثنائي عام وليس خاص بالمدين وحده.

ويختلفان من حيث أن المعيار الذي يمنح على ضوءه القاضي نظرة الميسرة، هو معيار شخصي يرجع إلى ظروف المدين الخاصة، بينما معيار وقف تنفيذ الالتزام في الظرف الطارئ هو معيار موضوعي، لا ينظر فيه إلى ظروف المدين، بل إلى الرجل المعتاد في مثل ظروف المدين.¹⁷³ وكذلك لا ينتقد القاضي، بعد أقصى للمهلة التي يمنحها للمدين في الظرف الطارئ، بينما ينتقد بفترة محددة، وهي عدم تجاوز سنة في نظرة الميسرة.

وإذا استمرت الظروف الطارئة، التي استدعت وقف تنفيذ العقد طوال المدة المحددة للعقد، بحيث لم تبقى جدوى لتنفيذه، عندئذ لا مناص من الحكم بفسخ العقد. ولا شك أن الظروف الطارئة في مثل هذا الافتراض،

¹⁷² عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 91

¹⁷³ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 448

تعد قوة القاهرة نظراً لاستحالة التنفيذ، ولا يجوز اعتبارها ظرفاً طارئاً، لاقتصار هذا على حالة الإرهاق دون الاستحالة.¹⁷⁴

كذلك إذا كان العقد قد نفذ في جزء منه قبل حدوث الظرف الطارئ، فلا محل لتعديل العقد بالنسبة لهذا الجزء، بحيث يقتصر التعديل على ما لم يتم تنفيذه، وبالمثل فإن التعديل يجب أن يقتصر على الجزء من العقد الذي ينفذ أثناء قيام أثر الطرف الطارئ، فإذا زال أثر الظرف الطارئ قبل انتهاء مدة العقد، عادت إلى العقد قوته الملزمة كاملة كما كانت عليه في الأصل قبل التعديل، ذلك أن إعمال حكم العقد هو الأصل، وتعديله ليس سوى استثناء اقتضته ضرورة حماية المدين من الظرف الطارئ، والضرورة تقدر بقدرها.¹⁷⁵

أما في الفقه الإسلامي، وكما قدمنا، فإن الجزاء في الجوائح، أن ما أهلكته الجوائح هو من ضمان البائع، فيوضع على المشتري ثمن ما أهلكته الجائحة من ذلك، واستدلوا على قولهم هذا بقول الرسول عليه الصلاة والسلام: "لو بعت من أخيك ثمار فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق"، ويفهم من ذلك أن الأثر المترتب عن الجائحة هو إما فسخ البيع، أو التيسير على المشتري جراء الضرر الذي أصاب الثمار.¹⁷⁶

أما في القانون الفرنسي، فقد نصت المادة (1195) من القانون المدني الفرنسي على أنه: (إذا طرأت ظروف غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد، جعلت من تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد أطراف العقد الذي لم يقبل تحمل الخسارة، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من الطرف الآخر إعادة التفاوض، على أن يواصل تنفيذ التزاماته أثناء المفاوضات. في حالة رفض أو فشل إعادة المفاوضات، يمكن للأطراف الاتفاق على فسخ العقد في التاريخ أو الشروط التي يحددها، أو توجيه طلب مشترك للقاضي لتعديله. إذا تم الاتفاق على أجل معقول يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف مراجعة العقد أو إنهائه في التاريخ أو بالشروط التي يحددها).

¹⁷⁴ عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، المرجع السابق، ص 104

¹⁷⁵ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 346

¹⁷⁶ مصدق فطيمة، ص 188.

فالمشرع الفرنسي، قبل أن يسند إلى القاضي سلطة التدخل لتعديل العقد بناءً على نظرية الظروف الطارئة، قد ترك المجال أولاً لطرفيه في إعادة التفاوض، فإذا رفض الطرف الآخر التفاوض أو فشلت المفاوضات، جاز لطرفي العقد الاتفاق على فسخ العقد في تاريخ وشروط يحددهما، ولهما أيضاً في سبيل المحافظة على العقد، أن يقدموا طلباً مشتركاً للقاضي المدني. لكن المشرع الفرنسي لم يحدد وسائل إعادة التوازن المالي للعقد من طرف القاضي الفرنسي، وإنما نص على أن تعديل العقد أو إنهائه بالشروط التي يحددها، وهذا يعني أن له سلطة تقديرية واسعة في إعادة التوازن المالي للعقد.¹⁷⁷

الفرع الثاني

ضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد للظرف الطارئ

تحكم القاضي أثناء عملية تعديل العقد، لأجل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، جملة من الضوابط يتعين عليه مراعاتها، زيادة على اعتبار هذه السلطة من النظام العام، وهذه الضوابط هي:

1. مراعاة الظروف المحيطة بالقضية.

إن القاضي، لا يستطيع أن يقضي بتعديل المضمون المادي للالتزام، إذا ما تبين له من الظروف المحيطة، أن الحادثة الاستثنائية حادثة وقتية، يقدر زوالها في وقت قصير، لا يستدعي تعديل مضمون العقد، وإنما يتطلب فقط تأجيل تنفيذه.

2. الموازنة بين مصلحة الطرفين:

يوجب القانون على القاضي في جميع حالات التعديل، أن يتقيد بمبدأ "الموازنة بين مصلحة الطرفين"، ويكون ذلك في اختيار نوع التعديل الذي يجب إجرائه على العقد، كما يكون بعدم تحميل أحد المتعاقدين عبء الحادث الطارئ، وتوزيعه بينهما، وعلى ذلك ليس له في سبيل تجنب المدين الخسارة الفادحة، أن يوقع الدائن في خسارة فادحة، إذ يجب على القاضي وهو يرد الالتزام إلى الحد المعقول، ألا يرفع كل الخسارة عن المدين إذا رأى أن ينقص التزاماته، وأيضاً لا يحمل الدائن آثار الظرف الطارئ إذا رأى أن يزيد من التزاماته، فالخسارة المتوقعة

¹⁷⁷مشار إليه: مصدق فطيمة، المرجع السابق، ص 224-225.

يضيفها إلى جانب المدين، وما زاد عنها يقسمه بين المدين والدائن، سواء مناصفة، أو بالنسبة التي يراها ملائمة مع مصلحة الطرفين واعتبارات العدالة.¹⁷⁸

3. مدى إمكانية الحكم بالفسخ:

إن السلطة المخولة للقاضي، هي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك سواء بإنقاص الالتزام المرهق، أو وقف تنفيذ العقد، مهما كانت الظروف الطارئة أو قسوتها، فتنزع بذلك تبعة هلاك الحادث بين الطرفين، غير أنه لا يجوز له فسخ العقد، فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي بالحادث الطارئ، كما ينقضي بالقوة القاهرة، ولكن يرد إلى الحد المعقول.

كما أن الفسخ يؤدي إلى أن يتحمل الدائن وحده تبعة الحادث، مع أن أساس النظرية تضحية من الجانبين، وليس إخلاء أيهما من التزامه. كما أنه قد يمتد العقد إلى ما بعد زوال أثر الحادث الطارئ، فتعود إلى العقد قوته الملزمة كاملة كما كانت في الأصل، وهذا الأمر لا يصح أن نحول دونه بإجازة الفسخ.¹⁷⁹

ويرى أغلب الفقه، أنه في جميع الأحوال التي يرى فيها القاضي تعديل الالتزام، يكون للدائن الخيار في أن يقبل حكم القاضي، أو أن يرفض التعديل ويؤثر التخلي عن العقد، بحيث يختار الفسخ دون تعويض، وحينئذ يجيبه القاضي إلى هذا الطلب ولو لم يطلبه المدين، ذلك أن الفسخ في هذه الحالة، يكون في صالح الطرف الآخر (المدين) بما يؤدي إليه من رفع أثر الحادث الطارئ عن عاتقه. ولكن ليس للقاضي، أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب المدين الذي لا يحق له طلب الفسخ، وإنما يتعين عليه أن يؤدي التزامه وفق التعديل الذي يراه القاضي، وبذلك يقتصر هذا الطلب على الدائن وحده.

¹⁷⁸ حمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 360

¹⁷⁹ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 884

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)

يسعى الافراد في إطار تعاملاتهم جميعها، الى تحقيق وحماية مصالحهم، وضمان حصولهم على المقابل لكل ما يبذلونه. والعقد هو الوسيلة الاكثر انتشارا لتحقيق هذا؛ لذلك نجد ان المشرع قد منح الافراد تحديد آلية ضمان تنفيذ ما يبرموه من عقود، ومن ذلك تضمين عقودهم بند الشرط الجزائي او التعويض الاتفاقي.

الأصل في التعويض أن يكون قضائياً، يقدره القاضي بعد أن يتحقق من توافر شروط وعناصر هذا التعويض. ولكن في الكثير من الأحيان يفضل المتعاقدين، عدم ترك هذا التعويض الى القضاء، فيتقنا مقدماً وقت ابرام العقد على مقدار التعويض، في حال عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر في تنفيذه، ويطلق على هذا الاتفاق (الشرط الجزائي)، لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي ابتداءً، أو يوضع ضمن شروط عقد ملحق للعقد الأصلي، ولكن قبل وقوع الضرر. حيث يحدد المتعاقدان مقدماً في أحد بنود العقد، مقدار التعويض الذي يجب على المدين أن يدفعه الى الدائن في حالة عدم تنفيذه لالتزامه، أو في حالة التأخر في تنفيذه. وهذا البند يتضمن تعويضاً اتفاقياً يقدره المتعاقدان ويتقنا عليه.

وكذلك سمي بالشرط الجزائي، لان مبلغ التعويض يقدره المتعاقدان جزافاً، وقد يكون أحياناً، أكبر من الضرر الحقيقي الذي يصيب الدائن، نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو التأخر فيه.

المطلب الأول: مفهوم التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

حتى نقف على مفهوم واضح للتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، لا بد من بيان تعريفه، وخصائصه، والتي سنوضحها تباعاً على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف التعويض الاتفاقي وخصائصه

تناولت العديد من التشريعات المقارنة، الشرط الجزائي أو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي بصورة واضحة، وجعلت له نصوصاً تنظمه، في مختلف القوانين المدنية، وكذلك فعل المشرع الفلسطيني. فقد نصت المادة (240) من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 المطبق في غزة على أنه: (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون).

ونصت المادة (241) منه على أنه: (1- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. 2- يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. 3- 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. 4- يقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة).

وبخصوص القانون المدني الساري في الضفة الغربية، وهو مجلة الأحكام العدلية، فإنها لم تنص صراحةً على الشرط الجزائي، ولم تعالج موضوع التعويض الاتفاقي بنصوص خاصة، بل تركت ذلك للأحكام العامة فيها. لكنها وضعت العديد من القواعد التي تصلح أساساً للشرط الجزائي، إضافةً إلى قواعد تؤيد تعديل الشرط الجزائي، بحيث يمكن تقسيم الأسانيد القانونية التي تدعم وجود الشرط الجزائي وفق المجلة إلى قسمين: الأولى في القواعد الفقهية الكلية، بينما الثانية في النصوص العامة المنظمة للعقد.¹⁸⁰ وسوف نتطرق لها لاحقاً.

والقانون المدني الفلسطيني، لم يضع تعريفاً للتعويض الاتفاقي، أو الشرط الجزائي، شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات العربية. لذلك في البحث عن مفهوم التعويض الاتفاقي، نجد أن فقهاء القانون قد وضعوا عدة تعريفات له. فقد عرفه الدكتور سليمان مرقس على أنه: "اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود- في حالة إخلاله بالالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره

¹⁸⁰ د. محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، القواعد الناطمة للشرط الجزائي وضوابط تطبيقه في التشريع الفلسطيني: دراسة مقارنة، منشور في العدد (37)، من مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ص 582.

في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي، جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضاً للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك"¹⁸¹.

بينما نجد أن المشرع الفرنسي، عرفه في المادة (1229) من القانون المدني بأنه: (تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، ولا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بالأصل والجزاء ما لم يكن الشرط مقررًا لمجرد التأخير). وبعد التعديلات التي أدخلت على قانون العقود الفرنسي، وإدراج المادة (5-1231)، التي تنص على أنه: (عندما ينص العقد على أن من يخل بالتنفيذ يدفع مبلغاً محدداً على سبيل التعويض عن الضرر، فلا يمكن أن يدفع للطرف الآخر مبلغ لا أكثر ولا أقل. ومع ذلك يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يخفض أو يزيد الجزاء بما يراه مناسباً إذا كان باهظاً أو سخيلاً. إذا تم تنفيذ الالتزام جزئياً، يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يخفض الجزاء بما يتناسب مع الفائدة التي حصل عليها الدائن من التنفيذ الجزئي، دون مخالفة أحكام الفقرة السابقة. كل نص يخالف الفقرتين السابقتين يعد كأنه لم يكن، ما لم يكن عدم الأداء نهائياً، لا يتم فرض العقوبة إلا عندما يتخلف المدين عن السداد).¹⁸²

وعرفه الفقيه الفرنسي TOULLIER بأنه: "ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كعقوبة لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه". وعرفه السنهوري بأنه: "اتفاق المتعاقدين مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه أي منهما في حال تخلف أحدهما عن التنفيذ أو التأخر في التنفيذ".¹⁸³

وعليه فإن الشرط الجزائي هو، اتفاق بين طرفي العقد، يعين فيه مقدار التعويض المستحق لأحدهما، في حال إخلال الآخر بالتزاماته بموجب العقد. وهذا الاتفاق قد يأتي بصورة بند في العقد، ومن الممكن أن يأتي بصورة اتفاقٍ ملحقٍ بالعقد الأساسي.

¹⁸¹ سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي القاهرة، 1961، ص 675.

¹⁸² مشار إليه، مصدق فطيمة، المرجع السابق، ص 247-248.

¹⁸³ مشار إليه، سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات، طارق بهاء الدين العياشي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ص 42.

ويجدر بنا الإشارة هنا، إلى أن الشرط الجزائي التزام تابع لالتزام أصلي هو العقد، فإذا بطل العقد بطل الشرط الجزائي الوارد فيه.¹⁸⁴ فالغاية التي يقصدها المتعاقدان ليست الشرط الجزائي، وإنما وسيلة ضغط على المدين لتنفيذ التزامه، فهو مجرد تعويض قدره المتعاقدان مسبقاً قبل وقوع الاخلال.

وعليه، فإن التعويض الاتفاقي يكون سابقاً لوقوع الضرر، ويجب أن يتوفر بها الأركان العامة الواجب توافرها بأي عقد من رضا، وأهلية، ومحل، وسبب، وهذا الاتفاق غالباً ما يرد ضمن شروط العقد، لكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون هذا الاتفاق لاحقاً للعقد، لكن من الواجب أن يكون قبل وقوع الضرر الذي يستحق التعويض من أجله وقبل اخلال المدين بالتزامه، لأنه إذا كان لاحقاً لهما فإنه يعد صلحاً¹⁸⁵.

والتعويض الاتفاقي يكون محله عادةً مبلغاً من النقود، لكن لا يوجد ما يمنع بأنه يكون محله شيئاً آخر، كأن يكون محله القيام بعمل، أو الامتناع القيام بعمل، وقد يكون محله اشتراط استحقاق جميع اقساط الدين عند التأخر عن دفع أحدها في تاريخ استحقاقها المتفق عليه، أو استحقاق المؤجر للمنشآت التي اقامها المستأجر في المأجور بسبب تأخره عن التسليم عند انتهاء عقد الايجار¹⁸⁶.

وإن التعويض الاتفاقي، أو ما يعرف بمصطلح "الشرط الجزائي"، الغاية منه التأكيد على القوة الملزمة للعقد، ومعاينة المدين على إخلاله بالالتزام الملقى على عاتقه بموجب العقد، وبذات الوقت تعويض الدائن عن هذا الاخلال، فالتعويض، في حين أعتبر الدكتور عبد الرزاق السنهوري التعويض الاتفاقي الاتفاق بين الدائن والمدين على التعويض المستحق في حالة اخلال المدين بالتزامه التعاقدية¹⁸⁷.

كما أن الفقه الإسلامي عموماً يحتوي على مدلول الشرط الجزائي، ومن ذلك ما روي عن البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكرية: "أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: مَنْ شرط على نفسه طائناً غير مكروه فهو عليه"، وهو ما أيده جانب

¹⁸⁴ د. محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 579.

¹⁸⁵ تمييز حقوق رقم 11/221، مجلة نقابة المحامين، السنة الحادية والأربعون، ص 186.

¹⁸⁶ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 27.

¹⁸⁷ طارق محمد ابو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح، فلسطين، 2007، ص 10.

من الفقه الإسلامي الحديث حين أقر جواز الشرط الجزائي حتى في حالة الديون التي يتأخر فيها المدين عن السداد في المعاد المحدد.¹⁸⁸

خصائص التعويض الاتفاقي:

يتميز التعويض الاتفاقي بعدة خصائص، هي:

1. التعويض الاتفاقي اتفاق مسبق على تقدير التعويض

يتميز التعويض الاتفاقي بأنه ينشأ بناءً على اتفاق الاطراف، بإرادة المتعاقدين هو المصدر الوحيد لهذا الشرط؛ وبهذا فإنه يحتاج لقيامه تدخل إرادة الدائن من جهة بتقرير التعويض الاتفاقي ضماناً لعدم تنفيذ الالتزام العقدي، وإرادة المدين من جهة أخرى، بقبوله له من خلال الالتزام به في حالة الإخلال بالالتزام الأصلي.

ويمكن القول بأن أساس الاتفاق على قيمة التعويض الاتفاقي هو القاعدة القانونية العامة "العقد شريعة المتعاقدين". حيث أن مبنى هذه القاعدة، هو احترام إرادة المتعاقدين التي أنشأت هذا العقد.

2. التعويض الاتفاقي تابع للالتزام الأصلي

فلا يجوز الاتفاق على التعويض الاتفاقي مستقلاً عن الالتزام الأصلي، فهو يقوم إلى جانب التزام آخر وهو الالتزام الأصلي¹⁸⁹.

وبالنظر إلى طبيعة هذه النتيجة، فإن الشرط الجزائي يدور مع الالتزام الأصلي وجوداً أو عدماً إذ العبرة دائماً بالالتزام الأصلي، بحيث أن بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي، فإذا كان محل الالتزام الأصلي غير مشروع بطل الالتزام وبالتالي يبطل الشرط الجزائي، وكذلك إذا كان العقد قابلاً للإبطال، وتمسك به من له الحق في ذلك، سقط الالتزام الأصلي، وبالتالي يتبعه سقوط الشرط الجزائي، كما لو كان المتعاقد ناقص الأهلية، أو شاب إرادته عيب من عيوب الإدارة¹⁹⁰، والعكس غير صحيح؛

¹⁸⁸ د. محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 578.

¹⁸⁹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 81.

¹⁹⁰ عبد الرزاق ايوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، مرجع سابق، ص 24.

فإذا كان الالتزام الاصيلي صحيحا، لكن شرط التعويض باطلاً، فإن البطلان يكون مقتصر على الشرط فقط، دون أن يمتد الى الالتزام الأصلي. وإذا كان الالتزام الاصيلي معلقاً على شرط، أو مضافاً لأجل، فإن هذا الوصف يخلق بالشرط الجزائي بالتبعية¹⁹¹.

3. التعويض الاتفاقي التزام احتياطي

فالتعويض الاتفاقي يقوم بدوره بالتعويض، الا انه وسيلة احتياطية، فلا يمكن اللجوء للمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام الأصلي إذا كان ممكناً، وإذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام بخطأ منه، فللدائن عندها حق المطالبة بقيمة الشرط الجزائي¹⁹². كما وان التعويض الاتفاقي ليس التزاماً بديلاً، لأن الالتزام الأصلي ان كان من الممكن تنفيذه لا يمكن للمدين أن يعدل عن تنفيذ التزامه بتقديم التعويض كبديل له.

وبعد أن بينا تعريف التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، نجد أن تضمين العقود بنداً بخصوص التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، يضمن العديد من المزايا للمتعاقدين، أهمها ضمان تنفيذ هذه العقود حسب ما اتفق عليه اطرافها بدون تأخير، وذلك تجنباً لدفع قيمة الشرط الجزائي كتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، وأن ذلك يؤدي إلى حماية مصالح الأفراد او الجماعات. يمكن اجمال هذه المزايا على النحو التالي:¹⁹³

أ. ضمان تنفيذ الالتزام.

وهذه الميزة هي أهم مزايا الشرط الجزائي، حيث أن ذلك يعتبر إحدى الوسائل لضمان تنفيذ الالتزام بطريقة فعالة، حيث أن الشرط الجزائي يشكل قوة ضاغطة على الملتزم، بتنفيذ ما التزم فيه بموجب العقد، وبالتالي تجنب الضرر للمتعاقد الآخر، حيث أن ذلك يمنع سوء النية لدى المتعاقد الآخر. كما أنه يجعله حريصاً على عدم الإخلال في أي التزام، كما أنه يجعل الطرف الآخر في العقد في حالة من الاطمئنان والأمان.

¹⁹¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص84

¹⁹² أحمد حدي لالة، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، دراسة مذكرة لنيل رسالة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2013م، ص150.

¹⁹³ طارق بهاء الدين العياشي، المرجع السابق، ص 44-47.

ب. يجب المتعاقدان تحكم القضاء .

لجوء المتعاقدين الى تقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه نتيجة اخلاله بالالتزام، يجنبهم اللجوء إلى القضاء في تقديره، فهما أقدر على تقدير الضرر الذي حل بأحدهما نتيجة عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر في تنفيذه.

إلا أن وجود الشرط الجزائي في العقد، لا يعتبر أمراً ملزماً للعاقدين، حتى لو اتفقا على عدم اللجوء الى القضاء، لأن في ذلك مخالفة واضحة وصريحة للتطبيقات القانونية الصحيحة، والمنطق القانوني السليم، وعليه وبناءً لما تقدم فإن هذه الميزة التي يتميز فيها الشرط الجزائي تكون في حالة واحدة وهي عند عدم اللجوء الى القضاء.

ت. يزيد قوة العقد الملزمة.

إن الشرط الجزائي يسبغ على العقود قوة مضافة على قوتها القانونية العادية، حيث أن ذلك يؤدي إلى عدم إخلال الملتزم بتنفيذ التزامه، وإلا وبالعكس ذلك سوف يكون ملزماً بدفع التعويض المتفق عليه في العقد، فالغالب أن يكون مقدار الشرط الجزائي أكبر من مقدار الضرر الحقيقي، الذي يكون لحق بالدائن وان هذه الميزة تقرض احترام الالتزامات العقدية.

ث. توفير النفقات والوقت.

إن الاتفاق على قيمة الشرط الجزائي، يجنب من اشترط لمصلحته الإجراءات القضائية، والتي تكون دائماً طويلة، وأنه في حالة عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه، فإنه يوفر النفقات في حالة عدم الطعن في قيمة التقدير، حيث أن الملتزم يقوم بدفع قيمة الشرط الجزائي في حالة عدم تنفيذه للالتزام، أو تأخر في ذلك تجنباً للجوء الطرف الآخر إلى القضاء، وما يترتب على ذلك من دفع الرسوم والنفقات والمصاريف الأخرى التي يتطلبها اللجوء إلى القضاء .

ج. يجنب المنازعات التي تثور حول الضرر.

إن تضمين العقود بند الشرط الجزائي، يجنب المنازعات سواء ما تعلق منها بوقوع الضرر أو عدمه، أو حتى تقديره، ويغني في الغالب عن رفع الدعاوى، سواء كان الضرر مباشراً أو غير مباشر، متوقفاً أو غير متوقع، لأن وجود مثل هذا الشرط يعني ضمناً بأن هنالك اقرار من الملتزم به، وأنه في حالة اخلاله

بالالتزام يترتب عليه ضرر للدائن، وهذا ما يرفع عن كاهل الدائن اثبات الضرر، ويجعل نفيه على كاهل المدين خلافا للقواعد العامة.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للتعويض الاتفاقي في التشريع الفلسطيني

إننا إذ نتناول في هذه الدراسة، سلطة القاضي في تعديل العقد، والتي بأغلب صورها تتجلى بخصوص التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، لا بدّ لنا من بيان الاساس القانوني للشرط الجزائي، في النظام القانوني في فلسطين، مجلة الأحكام العدلية المطبقة في الضفة الغربية، والقانون المدني الفلسطيني الساري في قطاع غزة، وذلك للوصول إلى أساس تدخل القاضي في تعديل العقد فيما يتعلق بالشرط الجزائي.

أولاً: الاساس القانوني للشرط الجزائي، في ظل مجلة الأحكام العدلية.

قدمنا بأن مجلة الأحكام العدلية، لم تتناول موضوع التعويض الاتفاقي بنصوص خاصة، وأن البحث في تأصيله في إطار مجلة الأحكام العدلية، يحتم علينا الرجوع إلى الأحكام العامة في المجلة، الواردة في القواعد الكلية، وفي النصوص المنظمة للعقد. فالأساس القانوني للتعويض الاتفاقي، ينقسم في مجلة الأحكام العدلية إلى قسمين، هما:

أ. القواعد الكلية (الأصولية):

يوجد من بين القواعد الكلية الواردة في مجلة الأحكام العدلية، عدة قواعد يمكن اتخاذها أساساً للشرط الجزائي. وهذه القواعد هي:

1. قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)¹⁹⁴، وقاعدة (الضرر يزال)¹⁹⁵.

¹⁹⁴ المادة (19) من المجلة.

¹⁹⁵ المادة (20) من المجلة.

وتعني القاعدة الأولى، بأنه لا يجوز لأحد أن يضر أحداً في نفسه أو ماله. بينما تعني الثانية، أنه يجب إزالة الضرر في حال وقوعه، كونه من الظلم السماح باستمرار الضرر.¹⁹⁶ والدائن يتمسك بتنفيذ الشرط الجزائي، في حال إخلال المدين بالتزامه التعاقدية، كونه يفترض تضرره جراء ذلك. وبما أن الضرر ركن جوهري للحكم بالشرط الجزائي، فإن هاتين القاعدتين تحكمانه باعتبارها حاكمة لقواعد المسؤولية العقدية والمسؤولية عن الفعل الضار في المجلة، ما دام توفر الإضرار والضرر وعلاقة السببية. وبناء عليه، متى تحققت أركان الشرط الجزائي؛ وجب إزالة الضرر.

وبتطبيق قاعدة (الضرر يزال)، بخصوص الشرط الجزائي، نجد أنها تصلح أساساً لتدخل القاضي وإزالة الضرر. مع ضرورة ملاحظة أن التعويض وفق أحكام المجلة، يجب أن يكون مساوياً للضرر الفعلي، ولا يجوز أن يزيد عنه، لذلك فإن للقاضي وفقاً لأحكام المجلة، التدخل في تقدير الشرط الجزائي، ورده إلى الحد الذي يصبح فيه مساوياً لمقدار الضرر الواقع فعلاً، كون نصوص التعويض في المجلة، والتي تعتبر التعويض جبراً للضرر، هي نصوص خاصة، تقيد النصوص العامة، وهي القواعد الكلية.¹⁹⁷

2. قاعدة (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان).¹⁹⁸

تقف هذه القاعدة في مقدمة القواعد الكلية، التي يمكن الاستناد إليها في تحديد الأساس القانوني للشرط الجزائي، كونها قد نصت صراحةً على وجوب مراعاة شروط العقد المتفق مع الشرع. وقد قيل في شرحها العديد من الأمثلة على ما هو جائز من الشروط، وما هو غير جائز. وقد وردت في شرح المجلة بصدد هذه المادة أمثلة كثيرة على الشروط الجائزة وغير الجائزة، ولعل أهم هذه الأمثلة: (إذا اشترط الدائن في الدين المقسط بأنه إذا لم يدفع المدين الأقساط في أوقاتها المضروبة يصبح الدين معجلاً)، فهنا يجب مراعاة وإعمال هذا الشرط. حيث أن يكون الضرر مفترضاً ضمناً، ولا داعي للبحث في تحققه، فهو حتماً قد تحقق بمجرد حصول الإخلال بالأقساط، حيث أن الفقه اعتبر الشرط المذكور شرطاً جزائياً بالمعنى المتبنى في التشريعات، وأن صورة التعويض فيه تتمثل في تعجيل الأقساط جميعها، وليس مقداراً معيناً من النقود.¹⁹⁹

¹⁹⁶ . علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، ص 36.

¹⁹⁷ محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 583-584.

¹⁹⁸ المادة (83) من المجلة.

¹⁹⁹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 2، الإثبات - آثار الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص796.

3. قاعدة (العادة محكمة)،²⁰⁰ وقاعدة (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)²⁰¹.

لقد بينا آنفاً أن الشرط الجزائي، نجد له أساساً قانونياً في المجلة، ويضاف إلى ذلك أن للعرف والعادة دورهما في تأسيس الاعتراف به وفقاً لأحكام المجلة. وهاتين القاعدتين، قد بينتا أن اطراد الناس على التعامل في شيء لا يناقض الشرع، يجعل هذا التعامل ملزماً وحجة يؤخذ بها أمام القضاء.²⁰² والعادة وفق نص المادة (41) من المجلة، تكون معتبرة إذا أطردت أو غلبت. وعليه فإن اطراد الناس على التعامل بالشرط الجزائي، وتضمينه لعقودهم، يجعل منه عادةً مطردة وفق المعنى الوارد في المجلة، وذلك يجعل منه حجة توجب اعتراف القضاء الفلسطيني به.

²⁰⁰ المادة (36) من المجلة.

²⁰¹ المادة (37) من المجلة.

²⁰² علي حيدر، المرجع السابق، ص 44.

ب. النصوص العامة المنظمة للعقد في المجلة، التي تدعم الشرط الجزائي:
وهذه النصوص تقسم إلى قسمين:

1. نصوص تستند إلى معنى العقد وفق أحكام المجلة.

عرفت مجلة الأحكام العدلية العقد بأنه التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب²⁰³ بالقبول.²⁰⁴

ولما كان الشرط الجزائي، عبارة عن اتفاق الأطراف على تقدير الضرر، فهو يتضمن إيجاباً وقبولاً، ومن ثم ينطبق عليه ما ينطبق على العقود، وبما أن معنى العقد وفق المجلة، هو التزام المتعاقدين أمراً، فإن الشرط الجزائي اتفاق عقدي، يلزم العاقدين فمعنى العقد ينطبق على كل ما فيه من التزامات ناشئة بالإيجاب والقبول، فإن الشرط الجزائي لا يخرج عن هذا المعنى، وكل ما ينطبق على معنى العقد ينطبق عليه، ويصبح معترفاً به في نطاق المجلة.²⁰⁵

2. الاستناد إلى الشروط المقترنة بالعقد.

نجد في نصوص المجلة النازمة لعقد البيع، وهو الصورة الأكثر انتشاراً واستعمالاً من العقود، أن المجلة وضعت أحكاماً خاصة بالشروط المقترنة بالبيع، والتي قد تفيد في معرفة مدى جواز اشتراط التعويض الاتفاقي في العقد في ظل المجلة، مما يمكن قياس أحكامه على غيره من العقود بما لا يعارض طبيعتها. فقد جاءت الشروط الصحيحة المقترنة بالبيع على ثلاثة أنواع، الأول هو البيع بشرط يقتضيه العقد، وفق ما جاء في المادة (186) من المجلة، والتي نصت على أن: (البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر، مثلاً لو باع بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن، فهذا الشرط لا يضر في البيع، بل هو بيان لمقتضى العقد).

والنوع الثاني هو البيع بشرط يؤيد العقد، إذ نصت المادة (187) من المجلة على أن: (البيع بشرط والشرط أيضاً معتبر مثلاً لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند صحيح البائع شيئاً معلوماً، أو أن يكفل له بالثمن

²⁰³ المادة (101) من المجلة.

²⁰⁴ المادة (102) من المجلة.

²⁰⁵ محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 586.

هذا الرجل صح البيع، ويكون الشرط معتبراً حتى أنه إذا لم يف المشتري بالشرط، فللبائع فسخ العقد لأن هذا الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد).

أما النوع الثالث فهو البيع بشرط متعارف، وهو ما نصت عليه المادة (188) من المجلة بقولها: (البيع بشرط متعارف يعني الشرط المرعي في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر، مثلاً لو باع الفروة على أن يخطط بها الظهارة، أو القفل على أن يسمره في الباب، أو الثوب على أن يرقعه يصح البيع، ويلزم البائع الوفاء بهذه الشروط).

هذا وقد بينت المجلة، مثلاً على الشرط غير الصحيح، وذلك في المادة (189)، أن (البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح والشرط لغو، مثلاً. بيع الحيوان على المشتري لآخر، أو على شرط أن يرسله في المرعى صحيح والشرط لغو).

ويفهم من ذلك، أن البيع بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين بيع صحيح والشرط معتبر، وهو ما يعني إذن أنه لا يشترط لصحة الشرط الوارد في العقد أن يعود بالنفع على كلا المتعاقدين، فإما أن يعود عليهما معاً، أو يعود على أحدهما. وإن الشرط الذي يعود بالنفع على أحد العاقدين ينطبق من حيث المبدأ على الشرط المتضمن تعويضاً اتفاقياً، فهو شرط يعود بالنفع على الدائن إذا ما أخل المدين بالتزامه العقدي، كما أن الشرط المتعارف المذكور بموجب المادة (188) يفيد في تقرير مشروعية الشرط الجزائي؛ على اعتبار أن تواتر الناس في زمن معين على شرط ما يدرجونه في عقودهم، ولا يخالف هذا الشرط النظام العام أو القانون، فهو شرط معتبر يتعين الوفاء به، واعتراف القضاء بمشروعيته هذا بالإضافة إلى أن الشرط الجزائي يصدق عليه كذلك وصف الشروط المؤيدة لمقتضى العقد؛ لأنها تؤكد على مجازاة المضار بما رتبته من ضرر للطرف الآخر.²⁰⁶

وبالرغم من وضوح إمكانية تأصيل وجود الشرط الجزائي في المجلة، بناءً على ما قدمناه من الأحكام الواردة أعلاه، إلا أن محكمة استئناف رام الله، ذهبت في حكم لها بانه لا يمكن تبني وجود الشرط الجزائي، بالاستناد إلى الأحكام العامة الواردة في المجلة. فقد جاء في الحكم رقم 2018/9، استئناف حقوق، الصادر بتاريخ 2018/4/24، بأنه:

²⁰⁶ محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 587.

(..يتعين الوقوف على نظامنا القانوني فيما إذا أخذ أو جرى القوانين المجاورة، حيث يلاحظ من واقع نصوص أحكام المجلة في المادة (19) لا ضرر ولا ضرار، والمادة (20) الضرر يزال، والمادة (92) المباشر ضامن وإن لم يتعمد، وبما أن العقد يترتب آثاره فإن أي إخلال أو عدم تنفيذ له يترتب القانون عليه التعويض بشرط إثبات وقوع الإخلال بالعقد بعدم تنفيذ الالتزام مع ضرورة إثبات الضرر، بما لا يتجاوز واقع حكم المادة (11) من المجلة بإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، بمعنى أن كل دائن وقع عليه ضرر جزاء عدم تنفيذ المدين لتعهدده عليه إثبات أمرين: الأول إثبات عدم تنفيذ المدين لتعهدده، والثاني إثبات قيمة الضرر الواقع، مما ينفي في نظامنا القانوني التمسك بالشرط الجزائي على أساس القواعد المذكورة أعلاه في المجلة، أو على الدائن إثبات إخلال المدين بما تعهد به بحدوث الخطأ (الضرر)، حيث يتعين إثباتهما معا ليصار إلى التعويض... وبما أن الواقع المشار إليه أعلاه أخفق من جانبي طرفي النزاع إثبات صحة الادعاء لكل طرف، فلا يجوز لمحكمة الدرجة الأولى الحكم بواقع الشرط الجزائي الذي لا يأخذ به نظامنا القانوني حتى ولو فسخت الاتفاقية من جانب الجهة المدعى عليها في الادعاء الأصلي..).²⁰⁷

فالمحكمة في حكمها هذا، قد استدلت على عدم جواز الأخذ بالشرط الجزائي، بناءً على أن القواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية وفق المجلة تلزم الدائن بإثبات الإضرار والضرر، ومن ثم لا يمكن التمسك بالشرط الجزائي باعتباره يقلب عبء الإثبات بخصوص الضرر على عاتق المدين، وأن ذلك خروج على مذهب المجلة.

ولكن الذي لم توجه إليه المحكمة الموقرة ذهنها، هو أن أحكام الشروط المقترنة بالعقد التي نصت عليها المجلة، يتم الأخذ بها ما دامت لا تخالف القانون والنظام العام. وأن قواعد الإثبات في نظامنا القانوني، ليست من النظام العام، وأنه يجوز قلب عبء الإثبات باتفاق الأطراف، ما دام أن أركان المسؤولية العقدية متوافرة من إخلال وضرر ورابط سببية، حتى وإن كان الضرر مفترضاً، فهذه مسألة خاضعة لقواعد الإثبات يجوز الاتفاق عليها.²⁰⁸

ويتضح لنا من استعراض التأصيل القانوني لتبني الشرط الجزائي في ظل مجلة الأحكام العدلية، أن هذا الشرط يتفق مع أحكام التعويض في المجلة، في حالة كان المقصود به التعويض مع تحقق الضرر، ذلك

²⁰⁷ مشار إليه في المرجع السابق، ص 589.

²⁰⁸ المادة (68)، من قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، العدد 38، سبتمبر 2001، ص 226.

أن تحقق الضرر، هو شرطٌ للتعويض. وأن الشرط الجزائي يقلب عبء الإثبات، فيجعله على عاتق المدين، بحيث يصبح المدين مجبراً على إثبات أنّ الدائن لم يصبه ضرر، أو أن يثبت أنّ التعويض المتفق عليه مبالغ فيه. هذا مع ضرورة التأكيد على أن الاتجاهات الفقهية والقضائية التي تعفي الدائن من إثبات حصول الضرر، لا تخرج عن شرط تحقق الضرر، وكل ما هنالك أن يعفى الدائن من إثبات وقوعه، فيصبح الضرر مفترضاً بناءً على قرينة غير قاطعة، ونقل ذلك على عاتق المدين، فإن أثبت عدم تحقق الضرر، فإنه لا يحكم للدائن بقيمة الشرط، وبالتالي يظل شرط حصول الضرر متوافراً. وأنه ونظراً لكون قواعد الإثبات ليست من النظام العام، فإنه يجوز الاتفاق على تحميل المدين عبء إثبات عدم وقوع الضرر.

إلا أن هنالك من يرى أنه في القول بأن الشرط الجزائي ينقل عبء إثبات وقوع الضرر على المدين فيه هدمٌ لفلسفة الشرط والغاية منه، إذ إن الشرط الجزائي ما هو إلا رغبة الطرفين في جعل الضرر مفترضاً، بحيث لا يناقش الطرف المخل بالالتزام وجود الضرر من عدمه، وإلا لما خرج الشرط الجزائي إذن عن نطاق التعويض العادي عن الإخلال العقدي، ولأصبح دوره محصوراً في نقل عبء الإثبات، ويكون بهذه الحالة مجرداً من معنى ردع المدين عن الإخلال بالعقد. وأنه طالما أن المجلة تشترط وقوع الضرر، فإنه لا يوجد في افتراض الضرر وعدم وجوب إثبات وقوعه خروجاً عن مذهب المجلة، فالضرر فعلاً واقع باتفاق الأطراف بمجرد حصول الإخلال أي فعل الإضرار. وأن حق المدين ينحصر فقط في إثبات المبالغة في تقدير الدائن للضرر، من خلال مبالغته في قيمة الشرط، وذلك أسوة بحق القضاء في تعديل الشروط التعسفية. هذا بالإضافة إلى أن السماح للمدين بإثبات عدم وقوع ضرر، صعبٌ عملياً؛ لأنه يتطلب إقامة دليل على النفي، أي ليس دليلاً لإثبات واقعة بل دليل نفي واقعة معينة²⁰⁹.

والشرط الجزائي ذو طابعين، الأول الطابع التعويضي، لأن أركان المسؤولية متوافرة بحسب الالتزام الذي أخل به، وإن الضرر هنا مفترض، إلا أنه لا يمكن إهمال جواز تعديل الشرط الجزائي في حال المبالغة فيه، لجعله مناسباً لرفع الضرر. أما الطابع الثاني فهو الصفة الجزائية للشرط الجزائي، حيث يظل محتفظاً بصفته التهديدية، من خلال عدم إطلاق سلطة القضاء في تعديل قيمته، فيلزم تدخل القضاء في حالة المبالغة سواء في زيادته عن الضرر أو نقصانه عنه، فلا يجوز إذن تعديله بقصد جعل التعويض مساوياً للضرر، إنما متناسباً معه، إذ أن القول بغير ذلك يفقد الشرط معناه، ويهدم طابعه التهديدي، فلا نظن أنّ

²⁰⁹ محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 590-592.

الدائن وهو يضع الشرط الجزائي في العقد يأمل فقط منه أن يقلب عبء الإثبات على المدين، بل يرتجي منه أن يبلغ في نفس المدين أثراً تهديدياً يحثه على احترام العقد، وعدم التهاون في تنفيذ التزاماته، وأنه إن أخل فسيعرض نفسه لجزاءٍ يفوق التعويض العادي الذي يلزم به المدين في حالة الإخلال العادي غير المضمون بشرط جزائي، فهذه الصفة الجزائية هي ما تميز هذا الشرط عن التعويض العادي.²¹⁰

ثانياً: الأساس القانوني للشرط الجزائي، في القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.²¹¹

إن المشرع لم ينظم الشرط الجزائي، بصورةٍ كتلك التي في القوانين المدنية الحديثة. ويقر القانون المدني الفلسطيني نقل عبء إثبات الضرر على المدين بناءً على الفقرة الأولى من المادة (241)، فيكون للدائن الادعاء بوقوع الإخلال، وعلى المدين نفي وجود الضرر، فإن أثبت ذلك لا يستحق الدائن قيمة الشرط الجزائي.

كما أن القانون المدني الفلسطيني، قد أقر بحق القضاء في مراجعة قيمة الشرط الجزائي وفق شروط مقيدة، وفق الفقرة الثانية من المادة (241)، التي تنص على حق القضاء في تخفيض قيمة الشرط الجزائي، دون سلطة زيادة قيمة التعويض، في حال كان لا يتناسب مع الضرر الواقع فعلاً، إلا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم.

وبعد أن بينا الأساس القانوني للشرط الجزائي في النظام القانوني الفلسطيني، لا بد لنا من توضيح الشروط الواجب توفرها، حتى يستحق الدائن التعويض الاتفاقي، وهي:

1. الخطأ: يتمثل في امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه العقدي أو تأخره، مما يسبب الحاق الضرر بالدائن.

²¹⁰ هشام إبراهيم سليمان، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2006، ص 28.

²¹¹ صدر هذا القانون عن المجلس التشريعي الفلسطيني - غزة، في الفترة ما بعد الانقسام السياسي بين الضفة الغربية وقطاع غزة، ونظراً للحالة السياسية التي ترتبت على هذا الانقسام، فإن هذا القانون ينحصر سريانه في قطاع غزة دون الضفة الغربية.

ويشترط في عدم التنفيذ بعد الخصائص²¹² وهي: أن يكون عدم التنفيذ نهائياً حتى يستوجب استحقاق التعويض، فإن كان مؤقتاً يوقف العقد والا يستحق الشرط الجزائي. وأن يكون عدم التنفيذ كلياً، فإن كان التنفيذ جزئياً يمكن للدائن الاستفادة من التعويض الجزائي تحت تحفظ تحفيظه من قبل القاضي. وقضت محكمة النقض المصرية: "إن عدم تنفيذ المدين التزامه التعاقدى يعتبر في حد ذاته خطأ يرتب المسؤولية"²¹³.

2. الضرر:

يعد الضرر شرطاً جوهرياً لاستحقاق التعويض الاتفاقي في حالة أخل المدين بالتزامه، سواء بسبب عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذه، فإن لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن فإنه لا يستحق التعويض الاتفاقي، فوفقاً لما جاء في المادة (1/241) من القانون المدني الفلسطيني: " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

وخروجاً عن القواعد العامة، فإن عبء الاثبات يقع على عاتق المدين، أي عليه أن يثبت أن الدائن لم يلحق به ضرراً، فقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية: " قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه: "متى وجد الشرط الجزائي في العقد، فإن تحقق هذا الشرط يجعل الضرر واقعا إثباته، وإنما يقع على المدين عبء في تقدير المتعاقدين، فلا يكفي على المدين اثبات أن الضرر لم يقع، أو أن التعويض مبالغ فيه الى درجة كبيرة"²¹⁴

وجاء في قرار اخر: "لا يكفي لاستحقاق التعويض الاتفاقي مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام، وإنما يشترط ايضاً توافر ركن الضرر في جانب الدائن، فإذا أثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط"²¹⁵.

²¹² عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1993، ص115.

²¹³ نقض مدني مصري في 1968/12/5 مجموعة أحكام النقض السنة 227/19، ص1490.

²¹⁴ نقض مدني مصري رقم (873) لسنة 493، بتاريخ 1994/12/8.

²¹⁵ نقض مصري في 1967/11/14 مجموعة المكاتب الفنية السنة 18 رقم 252 ص1668.

3. العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

فيشترط للتعويض الاتفاقي أن تجمع علاقة سببية بين كل من الخطأ والضرر، بمعنى اثبات ان الخطأ هو السبب المباشر في حصول الضرر، فامتناع المدين عن تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه سبب في الحاق ضرراً بالدائن.

فإذا انتفت العلاقة السببية بإثبات المدين السبب الاجنبي أو تبين أن الضرر كان غير مباشراً أو كان غير متوقع، فإن المسؤولية لا تتحقق، بالتالي لا مجال لإعمال الشرط الجزائي ولا يستحق الدائن تعويض عن الضرر²¹⁶.

أما في مجلة الأحكام العدلية، فإن الشرط الجزائي، يعتبر متفقاً مع أحكام التعويض الواردة فيها، وذلك في حال كان المقصود به، التعويض مع تحقق الضرر، والذي نراه مفترضاً غير قابل لإثبات العكس، إذ إن تحقق الضرر شرط للزوم التعويض، وذلك حسب نص المادتين (19) و (20) من المجلة. والرأي الشائع في الفقه والقضاء، أن الشرط الجزائي يقلب عبء الإثبات، فينقله على عاتق المدين، بحيث يصبح المدين مجبراً على إثبات أن الدائن لم يصبه ضرر، أو أن يثبت أن التعويض المتفق عليه مبالغ فيه، فوفقاً لهذا الرأي، فإن الدائن يعفى من إثبات وقوع الضرر، فيصبح الضرر مفترضاً بناء على قرينة غير قاطعة، ونقل ذلك على عاتق المدين، فإن أثبت عدم تحقق الضرر، فإنه لا يحكم للدائن بقيمة الشرط.²¹⁷

إلا أن القول بأن الشرط الجزائي ينقل عبء إثبات وقوع الضرر على المدين، فيه هدمٌ وتجاوزٌ للمقصود بالشرط الجزائي، إذ إن الشرط الجزائي ما هو إلا رغبة الطرفين في جعل الضرر مفترضاً، بحيث لا يناقش الطرف المخل بالالتزام وجود الضرر من عدمه، وإلا لما خرج الشرط الجزائي إذن عن نطاق التعويض العادي عن الإخلال العقدي، ولأصبح دوره محصوراً في نقل عبء الإثبات، وهو على ما فيه في هذه الحالة من فسحة للدائن، إلا أنه قاصر عن تحقيق مراده بردع المدين عن الإخلال، وإن أعمال كلام المتعاقدين أولى من إهماله ما دام لا يخالف القانون.²¹⁸

²¹⁶ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 87.

²¹⁷ د. محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 589.

²¹⁸ د. محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 590.

أما القانون المدني الفلسطيني، فنلاحظ أن المشرع الفلسطيني وكما أسلفنا، قد أقر نقل عبء إثبات الضرر على المدين، وفقاً للفقرة الأولى من المادة (241) منه، وبذلك يكون للدائن الادعاء بوقوع إخلال. وعلى المدين نفي وجود الضرر، فإن أثبت ذلك لا يستحق الدائن قيمة الشرط الجزائي.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

إن أهم حكم من احكام الشرط الجزائي، هو السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي، بما يتناسب مع الضرر الذي سببه الاخلال بالالتزام للدائن، لكون الشرط الجزائي هو تقدير جزافي مسبق للتعويض عن الاخلال بالالتزام الاصلي. فالسلطة الممنوحة للقاضي، تمثل ضرورة لمواجهة كل التعسفات التي قد يتسبب فيها التعويض الاتفاقي، حتى لا يتحول الى أداة للاستغلال. فالهدف الاقتصادي للعقد، والقاعدة الاخلاقية من جانب آخر، يتطلبان بالضرورة التعادل والتناسب بين الاداءات، ويشكلان اساساً لمبدأ العدالة التعاقدية.²¹⁹

الفرع الأول

الأساس القانوني لتدخل القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

قدمنا بأن مجلة الأحكام العدلية، لم تتناول موضوع التعويض الاتفاقي بنصوص خاصة، وأن البحث في تأصيله في إطار مجلة الأحكام العدلية، يحتم علينا الرجوع إلى الأحكام العامة في المجلة، الواردة في القواعد الكلية، وفي النصوص المنظمة للعقد، وهو ما بيناه سابقاً.

أما بخصوص تأسيس تدخل القاضي في تعديل العقد فيما يتعلق بالشرط الجزائي، في ظل مجلة الأحكام العدلية، فإن دور القضاء بصدد تعديل قيمة الشرط الجزائي واردٌ أيضاً، وذلك لأن التعويض هو جبرٌ للضرر الواقع فعلاً، ولا يجوز أن يزيد عنه. ويمكن لنا تأسيس تدخل القضاء بالتعديل، وفق مجلة الأحكام العدلية، في ظل غياب نص واضح ينظم ذلك، على مجموعة من النظريات، هي:²²⁰

1. نظرية الإثراء بلا سبب كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل.

²¹⁹ د. حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص 206.

²²⁰ د. محمود عبد المحسن سلامة، أ. ابراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 594 - 597.

يجب الاعتراف للقضاء بسلطة تعديل الشرط الجزائي، في حال إذا تضمن ما يزيد على جبر الضرر، وإلا فإنّ الدائن يثري على حساب المدين بلا سبب شرعي. حيث نصت المادة (97) من المجلة على أنّه: (لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بغير سبب شرعي)، وكذلك نصت المادة (22) بأنّ: (ما أبيع للضرورة يتقدر بقدرها).

ولكن لا يمكن الركون إلى هذه النظرية في تأسيس سلطة القضاء بصدد الشرط الجزائي، ذلك أن من شروط الإثراء بلا سبب، أن يكون سبب الإثراء واقعة مادية وليس عملاً قانونياً، في حين أنه في الشرط الجزائي عمل قانوني هو العقد. كما أنه يشترط في هذه النظرية، أن يفترق الدائن جراء الإثراء، وهو الأمر غير الحاصل عند الحديث عن الشرط الجزائي، لأنّ الدائن لا يفترق، وإنما يطلب العدالة في تقدير القيمة.

2. نظرية الغبن كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل

تقضي هذه النظرية في سياق مجلة الأحكام العدلية، بأنه من حق المتعاقد المغبون فسخ العقد بالإرادة المنفردة، بسبب ما لحقه من غبن، إذ يؤدي وجود الغبن إلى جعل العقد غير لازم، كون الغبن أحد الخيارات التي تنص عليها المجلة. وهذه النظرية وفقاً لمضمونها، لا تصلح أساساً لمنح القضاء سلطة التعديل، لأنها تمنح خيار فسخ العقد، بينما تعديل الشرط الجزائي، قوامه رفع الضرر عن المدين مع بقاء العقد. هذا بالإضافة إلى أن الغبن يلحق التزامات المتعاقدين الأصلية المتقابلة، إذ يكون منصباً على ركن من أركان العقد، كالتمن في عقد البيع أو الأجرة في الإجارة، وأن منح خيار الفسخ هو بسبب عدم التعادل. في حين أن عدم عدالة قيمة الشرط الجزائي، لا تتناول الالتزام العقدي، إنما ترد على الشرط الذي هو تابع للالتزام العقدي.

3. مبدأ حسن النية كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل.

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ العامة، الذي تدرج تحته العديد من النظريات القانونية، ويكمن جوهره في جوهره ضرورة مراعاة الأمانة والأخلاق والإنصاف، ويمكن الركون إليه كأساسٍ لتبرير تدخل القضاء في تعديل الشرط الجزائي.²²¹

²²¹ روزان طالب السويطي، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2018، ص 38

وبالرغم من أنه لم يرد نص عليه بين نصوص المجلة، إلا أن تطبيقاته فيها كثيرة، منها بيوع الأمانة، وعدم جواز استخدام وسائل تضليلية أو احتيالية، ومنه ما يعرف بالتغريب الذي هو شرط لازم لإعمال خيار الغبن، ومنه كذلك واجب الإعلام بعيوب العين محل التعاقد. وعليه فإن التمسك بقيمة الشرط الجزائي رغم عدم تناسبه مع الضرر الواقع، يعتبر من قبيل سوء النية الذي يجيز تدخل القضاء بالتعديل.²²²

ولكن، وحيث أن مبدأ حسن النية يتسم بالسعة والمرونة، بحيث لا يمكن ضبطه، وفي ظل غياب النص عليه في المجلة، فإن كل ذلك يجعل من الركون إليه، في تأسيس تدخل القضاء، أمراً صعباً بالمقارنة مع غيره من النظريات والمبادئ الأكثر تحديداً وتفصيلاً، كالتعسف الذي هو متفرع عن مبدأ حسن النية، إلا أنه في الوقت ذاته أوضح دلالة في المجلة، وأكثر شيوعاً في استناد القضاة إليه في أحكامهم. كما أن تطبيق مبدأ حسن النية بصدد الشرط الجزائي، يتطلب توفر سوء نية المتعاقد، فلا يمكن تطبيقه إلا إذا ثبت سوء نية الطرف المتمسك بالشرط الجزائي رغم عدم عدالة قيمته، في حين أن الأخذ بنظرية التعسف لا يلزم بالضرورة توفر سوء النية، ومن الممكن تطبيقها وإن كان الدائن حسن النية، وهو الأمر الأكثر عدالة، كون نظرية التعسف تبحث في التجاوز لا نية المتجاوز، مما يمكن القضاء من التدخل لتعديل القيمة.²²³

4. مبادئ العدالة والإنصاف كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل.

ويراد بها، تلك المبادئ المستقرة في وجدان وضمير الناس، والتي يلجأ إليها القاضي حين لا يجد نصاً قانونياً يطبقه على موضوع النزاع. وهناك آراء تقول بصلاحتها أساساً لتدخل القضاء في تعديل الشرط الجزائي، خاصة في ظل الفقه الإسلامي، على اعتبار أنه يقيم لمبادئ العدالة وزناً هاماً، وعلى أساس أنه يندرج تحت هذه المبادئ العديد من القواعد الفقهية التي تصب في معنى مبادئ العدالة،²²⁴ ومن هذه القواعد (الضرر يزال)، و(قاعدة لا ضرر ولا ضرار)، وقاعدة (درء المفسد أولى من جلب المنافع)، وكذلك

²²² دعاء برهم، مرجع اسبق، ص 177.

²²³ وليد قارة، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليميني وبعض القوانين الأخرى: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الندوة للدراسات القانونية إلكترونية، الجزائر، العدد 18، سنة 2018.

²²⁴ أحمد رمضان قشوط، مدى سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة تحليلية بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، مجلة الجامعة الأسمرية، ليبيا، السنة 11، العدد 21، سنة 2014، ص 243 - 263.

قاعدة (الأمر بمقاصدها)، فإن كان الهدف من الشرط الجزائي هو التعويض، فإنه يلزم رده إلى هذه الغاية، إذا خرج عنها سواء في حالة المبالغة في قيمته أو البخس في مقداره، وأيضاً قاعدة (المشقة تجلب التيسير)، فإذا تحققت مشقة للطرف المتضرر من الشرط الجزائي، بسبب المبالغة أو البخس، وجب رفع المشقة عن طريق تعديل القيمة.

إلا أنه ورغم أن القواعد السابقة قد تعتبر أساساً للأخذ بالشرط الجزائي، إلا أنه قد تتضارب الأحكام القضائية في الأخذ بإحداها دون الأخرى، مما يؤدي إلى عدم استقرار الأساس القانوني، خاصة أن كل واحدة منها على حدة لا تشكل نظرية عامة لها معالم وأركان واضحة، مما قد يؤدي إلى قصور حين وضعها موضع التطبيق على الشرط الجزائي. كما أن مضمون قواعد الإنصاف والعدالة ليس مستقراً، بل هو قابل للتغير باستمرار.²²⁵

5. نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس لسلطة القاضي في التعديل.

لم يرد في مجلة الأحكام العدلية نصوص صريحة بخصوص نظرية التعسف، إلا أننا نجد أنها قائمة فيها، وذلك خلال العديد من النصوص، منها قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وكذلك قاعدة (درء المفسد أولى من جلب المنافع)، وأيضاً قاعدة (العادة محكمة)، وقاعدة (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت)، وقاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، وهذه جميعها معايير موضوعية لا تستند إلى شخص المتعسف، ذلك أن الضرر غير المألوف، هو الذي يقدر العرف والعادة أنه غير مألوف. أي أن المعيار الذي تبنته المجلة في التعسف هو المصلحة، وهو معيار مادي موضوعي.²²⁶

هذا وتقوم نظرية التعسف في استعمال الحق، على أساس أن من يخوله القانون حقاً معيناً، فإنه يتعين عليه حين ممارسته لهذا الحق، استعماله استعمالاً مشروعاً، مشروطاً بعدم الإضرار بالغير. فإن كان استعمال الحق ضمن الحد المشروع، لكن شاب هذا الاستعمال أحد معايير التعسف، فإنه يكون يحق

²²⁵ د. محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 599.

²²⁶ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص 39 - 44.

للطرف الآخر الذي تعرّض للتعسف، طلب إزالة التعسف بإزالة الضرر. والتعسف هو المجاوزة في حق مشروع.²²⁷

وعليه، فإن نظرية التعسف هي أفضل النظريات في الاستناد إليها في تأسيس تدخل القضاء في تعديل الشرط الجزائي، ذلك أن حق الدائن مشروع في المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل نتيجة مخالفة المدين، إلا أن المبالغة في قيمة التعويض قد توصف بالتعسف، وبذلك يجوز للقاضي إزالته بإزالة المبالغة، دون ضمان تساوي التعويض مع الضرر.²²⁸

هذا بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية، أما بالنسبة للقانون المدني الفلسطيني، فقد منحت المادة (241) منه، في الفقرة الثانية منها، القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي بنص واضح، حيث نصت على أنه: (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه).

²²⁷ محمد زكي السيد عبد الغني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، أسيوط، مصر، ع 4، سنة 1986، ص 67.

²²⁸ د. محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 601.

الفرع الثاني

موقف القضاء الفلسطيني من الشرط الجزائي

باستقراء أحكام القضاء الفلسطيني، نجد أن هنالك اتجاهين تباهما بخصوص منح القاضي متضاربة في سلطة تعديل قيمة الشرط الجزائي، الأول وهو الاتجاه المؤيد لمنحه هذه السلطة، بشروط وضوابط محددة. والاتجاه الثاني، يمنح القاضي سلطة واسعة دون قيد أو شرط. وسنعرض لكلا الاتجاهين على النحو التالي:

أولاً: الاتجاه القضائي الذي يمنح القاضي سلطة مقيدة في تعديل الشرط الجزائي.

بالرغم من أن مجلة الأحكام العدلية لم تتناول الشرط الجزائي وتنظيمه، وسلطة القاضي تجاهه، بنصوص واضحة ومحددة، وهو ما يجعل للقاضي سلطة مطلقة بخصوصه، إلا أن المنتعج لممارسة القضاء الفلسطيني في الأحكام الصادرة عنه، فيما يتعلق بسلطته في تعديل مقداره، يجد أنها قد جاءت ضمن شروط وقيود محددة، وبأن القضاء قد سلب دوره في الرقابة على مبلغ الشرط من تلقاء نفسه، وأنه مارس هذه الرقابة فقط بناء على طلب المدين. فكان موقفها تجاهه أن الشرط الجزائي هو دين للدائن في ذمة المدين، يجب على المحكمة أن تحكم به كما هو، ولا تبسط رقابتها عليه، إلا في حال ادعى المدين أن قيمة الشرط مبالغ فيها، فهنا إذا أثبت ذلك واقتنعت المحكمة بالمبالغة، فإنها تخفض قيمته.

فوجد أن محكمة النقض الفلسطينية في حكمها الصادر في النقض المدني رقم 2010/262، بتاريخ 2012/11/29، قد ذهبت إلى أنه:

(وبالرجوع إلى التعهد المذكور المنظم في 1998/9/30 نجد ان المدعى عليه الاول تعهد بالعمل لدى الشركة المدعية لمدة سنتين اعتباراً من 1998/9/30 مقابل إرساله في دورة تدريبية في السويد، وبأنه في حال الإخلال بتعهده المتصل بالعمل فإنه يلتزم بدفع مبلغ عشرة آلاف دينار أردني كتعويض متفق عليه مسبقاً عن مصاريف وتكاليف ونفقات البرنامج (الدورة). وقد أثبتت البينة المقدمة من الجهة المدعية إخلال المدعى عليه الاول بهذا الشرط حيث انقطع عن عمله بسفره إلى أمريكا ولما كان التعهد بدفع

المبلغ المذكور يشكل في حقيقته تعويضاً اتفاقياً (شرطاً جزائياً) عما يصيب الدائن من أضرار جراء إخلال المدين بالتزامه وحيث أن اثر هذا الشرط الجزائي ينحصر في إعفاء الدائن من تقديم البينة على حجم الضرر اللاحق به جراء الإخلال بالالتزام فان عبء الإثبات من حيث عدم وقوع الضرر أو المبالغة فيه يقع على عاتق المدين وحيث أن الجهة المدعى عليها لم تنتهج هذا السلوك مع الإشارة إلى ان الجهة المدعية قدمت البينة على ان حجم الضرر اللاحق بها بحدود أربعة عشر ألف دولار ومع الإشارة كذلك إلى ان الجهة المدعى عليها لم تبد أي اعتراض على البينة الشفوية والشيكين المشار إليهما حول قيمة الأضرار، الأمر الذي ينهض معه القول بوجود الحكم للمدعية بالمبلغ المدعى به كاملاً باعتبار ان المدعى عليه الاول مديناً والمدعى عليه الثاني كفيلاً).

وذهب الرأي المخالف في الحكم السابق، إلى أنه:

(..نتفق مع الأغلبية المحترمة في ما ذهبت إليه من أن اثر الشرط الجزائي ينحصر في إعفاء الدائن من تقديم البينة على حجم الضرر اللاحق به جراء الإخلال بالالتزام من قبل مدينه، وان عبء الإثبات من حيث عدم وقوع الضرر أو المبالغة فيه يقع على عاتق المدين، غير أننا نختلف معها فيما قضت به للطاعنة بكامل مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي على الرغم من ان الطاعن الاول قد نفذ القسم الأكبر من التزامه، ذلك ان للمحكمة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين: الأولى إذا اثبت المدين ان تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، والثانية إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، فالشرط الجزائي يوضع عادة لحالة عدم قيام المدين بالتزامه أصلاً، فإذا نفذ جزءاً منه وجب تخفيض الشرط الجزائي بمقدار النسبة التي تم تنفيذها (يرجع في ذلك إلى د. عبد الرازق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني (1) نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية القاهرة سنة 1966 صفحة 808 ، ود. أنور سلطان أحكام الالتزام سنة 1972، صفحة 77،78) بمعنى ان المدين لا يلزم بكامل المبلغ المتفق عليه، بل يخفض بنسبة ما نفذ من الالتزام فينقص القاضي المبلغ المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب والجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام. ولما كان الثابت في ملف الدعوى أن المطعون ضده الاول قد عمل لدى الشركة الطاعنة مدة سنة ونصف من أصل سنتين كما جاء في شهادة الشاهد سمير ظاهر رشيد المصري مدير الموارد البشرية في الشركة المطعون ضدها في جلسة 2009/10/20، فان

ما تستحقه الطاعنة من تعويض هو نسبة تعادل المدة الباقية أي 25% فقط وليس كامل المبلغ المقدر بعشرة آلاف دينار، علماً بأن ما دفعته الطاعنة للمطعون ضده الاول كمصاريف ونفقات للدورة التي حصل عليها بموجب هذا الاتفاق كما هو ثابت في ملف الدعوى هو (8000) دولار أمريكي، وهي تعادل 5600 دينار فقط وهو مبلغ يقل كثيراً عن قيمة التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي. لذلك نرى ان المبلغ الذي تستحقه الطاعنة كتعويض عن عدم إكمال المدة المتفق عليها في العقد هو 2500 دينار فقط ، ولما كانت محكمة الاستئناف قد قضت بأكثر من ذلك ولم يطعن المحكوم عليه فإننا نرى رد الطعن.) وهذا الرأي المخالف، يقر بسلطة القضاء في تعديل الشرط الجزائي، ولكن ذلك مقيّد بحالتين:

1. إثبات المدين المبالغة في قيمة الشرط.

2. تنفيذ المدين جزءاً من التزامه.

وعليه فإننا نجد أن الاجتهاد الوارد في الرأي المخالف، قد أقر حق القضاء في التعديل، لكنه قيده بشروط محددة.

وقد قيل في التعليق على الحكم المذكور، أنه: (.ومن المتفق عليه قانوناً وقضاء أن الإخلال بالتنفيذ يشمل حالات عدم التنفيذ الكلي، عدم التنفيذ الجزئي التنفيذ المعيب أو التأخر في التنفيذ. لم تنكر محكمة النقض على قاضي الاستئناف سلطته في تعديل قيمة الشرط الجزائي بسبب عدم صلاحيته في إجراء هذا التعديل، ولكن بسبب عدم تقديم الطرف المخل ما يفيد عدم تناسب مقدار هذا الضرر مع مقدار الشرط المتفق عليه في العقد. درج العمل القضائي في فلسطين منذ نهاية ثلاثينيات القرن الماضي على منح القاضي سلطة تقديرية في تعديل قيمة الشرط الجزائي بما يتناسب وحجم الضرر الواقع فعلاً على الطرف المتضرر، هذا على الرغم من أنه كان يوجد نص قانوني صريح لا يجيز هذه السلطة، حيث نصت المادة (111) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني لسنة 1296هـ على أنه: "إذا كان قد تبين وشرط ضمن صك المفاوضة أن كلا من الطرفين إذا لم يجر ما تعهد به يدفع للطرف الآخر مبلغاً معيناً على سبيل التضمين فلا يجوز أن يدفع أكثر أو أقل من ذلك المبلغ"، وقد التزمت المحاكم قبل العام (1938) بهذا الحظر. لم يتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الساري رقم 2 لسنة 2001 مثل هذا النص. ولكي تتغلب المحاكم في فلسطين على هذه الصعوبة القانونية لجأ قضاؤها - وهم كانوا في الغالب من الإنجليز أو اليهود إلى الاستعانة بقواعد التفسير المتبعة في إنجلترا بخصوص الشرط الجزائي، حيث يجيز النظام القانوني الإنجليزي للقاضي الوطني سلطة تعديل قيمة الشرط الجزائي، إذا وجد أنه

مبالغاً فيه والغرض منه إرغام الطرف المقابل على تنفيذ التزامه وليس تعويض الطرف المتضرر (شرط تهديدي وليس تعويضي). استندت المحاكم الفلسطينية إلى نص المادة (46) من مرسوم دستور فلسطين للعام (1922) التي نصت على إمكانية استعانة المحاكم الفلسطينية بمبادئ العدل والإنصاف المتبعة في إنجلترا لسد أي نقص تشريعي في القوانين والأنظمة العثمانية على هذا الأساس، تواتر العمل القضائي في فلسطين على تمكين القاضي الوطني من تعديل مقدار الشرط الجزائي ليتناسب وحجم الضرر الواقع فعلاً على الطرف المتضرر، واستمر القضاء الفلسطيني على هذا العمل حتى اللحظة خاصة في ظل حالة عدم وجود قانوني حالي يحظر هذه الصلاحية بعد إلغاء قانون أصول المحاكمات العثماني. في المقابل، تنقيد سلطة القاضي في هذا التعديل بطلب من الطرف المخل يثبت فيه أن مقدار الضرر الذي أصاب الطرف المقابل لا يتناسب وقيمة الشرط الجزائي المتفق عليه، في حين لا يلتزم من ثبت الشرط لصالحه بإثبات مقدار الضرر الذي أصابه، لأن غرض الشرط الجزائي هو التحديد المسبق والجزافي لمقدار التعويض الذي يجب أن يدفعه الطرف المخل وإعفاء الطرف المتضرر من إثبات حجم الضرر الذي أصابه، وهذا ما تواتر عليه العمل في محكمة التمييز الأردنية. يتفق هذا التوجه مع حكم محكمة النقض محل التعليق التي رفضت حكم المحكمة الإستئنافية، لأن المطعون ضده لم يقدم ما يثبت عدم تناسب مقدار الضرر الذي أصاب الشركة الطاعنة مع مقدار الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد).²²⁹

وهناك اتجاه آخر، ذهب إلى أنه من حق القضاء تخفيض قيمة الشرط إذا كان مبالغاً فيه بدرجة كبيرة، وهو يعطي المحكمة سلطة التعديل من تلقاء نفسها، دون شرط ادعاء المدعى وإثباته المبالغة في قيمة الشرط.²³⁰

ويمكن لنا حصر أسباب التعديل التي ساقها هذا الاتجاه القضائي، في الأسباب التالية:

1. أن يكون تقدير التعويض مبالغاً فيه.

يخضع تقدير المبالغة لقاضي الموضوع وفق سلطته التقديرية، مستدلاً بذلك بمعيار موضوعي متمثل في وجود فرق كبير بين الضرر الواقع فعلاً، وقيمة التعويض، بحيث يستشف القضاء أن مبلغ الشرط تجاوز الغرض منه وأصبح تعسفياً.

²²⁹ د. محمود فياض، أستاذ القانون الخاص - جامعة الشارقة، التعليق على الحكم الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله بصفتها الحقيقية، رقم 2010/262، منشور على موقع المقتفي.

²³⁰ نقض مدني، حقوق رقم 2018/159، محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، بتاريخ 2019/3/27، منشور على موقع المقتفي.

ولم يوضح القانون المدني الفلسطيني النافذ في قطاع غزة فيما إذا كان دور القاضي حين التخفيض يصل إلى حد جعل مبلغ الشرط مساوياً للضرر أم متناسباً معه، ولكن يذهب اتجاه فقهي إلى أن سلطته تصل إلى حد جعله متناسباً مع الضرر، حتى لا يفقد الشرط قيمته التهديدية. ولذلك ورغم عدم وجود معيار محدد للقول بأن مبلغ الشرط مبالغ فيه، إلا أنه يمكن للقضاء النظر في قيمة التعويض والضرر الحاصل، وعدم الاعتداد بالمعيار الشخصي. بينما ذهب اتجاه فقهي آخر، إلى أن سلطة القاضي في التخفيض مستمدة من النص القانوني، وتقول على افتراض أن ثمة عيب إرادة وقع فيه المدين، دفعه للتعاقد على قيمة الشرط سواء باعتباره غلطا في التعاقد أو إكراها وقع على المدين جعله يقبل شرطاً مجحفاً، ثم يثبت أن التقدير مبالغ فيه، مما يسمح للقضاء تعديل القيمة أسوة بحق القضاء في النظر في العقد في حال عيوب الإرادة.

2. إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

وهنا فإن علة تخفيض قيمة الشرط هي أنه إذا نفذ المدين جزءاً من الالتزام الأصلي، فإن ذلك يعني أنه يجب تخفيض قيمة الشرط بقدر الجزء الذي نفذ، فلا تصح معاملة عدم تنفيذ الالتزام بذات معاملة تنفيذ جزء منه، بل إن هذه الحالة من تخفيض قيمة الشرط تشمل حالة تنفيذ الالتزام بجودة أقل من المطلوب، بمعنى أداء الالتزام مشوباً ببعض العيوب، وذلك حتى لا يثري الدائن على حساب المدين، وكذلك لكون الجزاء الذي قرره المشرع للشرط الجزائي، إنما يجد مجاله في حالة عدم تنفيذ الالتزام أصلاً، أو التأخر في تنفيذه كله. وهنا على المدين إثبات أداء جزء من الالتزام، فإذا أثبت ذلك، يجب أيضاً أن يكون الجزء المنفذ مفيداً للدائن، أي يحقق ولو جزءاً من مقصود العقد، وألا يكون مقداراً تافهاً من التنفيذ.²³¹

ثانياً: الاجتهاد القضائي المعدل للشرط الجزائي دون قيود.

نجد في بعض الاجتهادات القضائية الفلسطينية، اتجاه ذهب إلى أن للقضاء سلطة تعديل قيمة الشرط الجزائي زيادةً ونقصاناً، دون قيدٍ أو تحديد. فقد جاء في قرار محكمة استئناف رام الله، رقم 2009/25، استئناف حقوق، بتاريخ 2010/5/16، أن:

²³¹ د. محمود عبد المحسن سلامة، أ. إبراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 604-605.

إلى ذلك حين قضت بأنه: (أن هذا شرط جزائي وغالباً ما يكون مقدراً تقديراً جزافياً، ولذلك فهو قابل لإعادة النظر فيه من قبل القضاء، بحيث يكون التعويض مساوياً للضرر بزيادة أو إنقاص المبلغ المتفق عليه، ولا يخل ذلك بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين...).

وبتمحيص هذا الحكم، يتبين أنه يتفق مع ما جاء في مجلة الأحكام العدلية، حيث أنه جعل التعويض مساوياً للضرر، وهذا اتجاه المجلة كونها تشترط أن يكون التعويض عن الضرر الواقع فعلاً، وأن يكون جبراً للضرر، خاصة وأن الحكم تضمن عبارة (مساوياً) التي تقارب اتجاه مذهب المجلة. هذا بالإضافة إلى أن المجلة لم تتضمن نصوصاً خاصة، تمنع القاضي من التدخل في قيمة التعويض زيادة أو نقصاناً، لذلك تبقى القاعدة العامة التي تقر مساواة التعويض للضرر، هي المعول عليها هنا، وهي قاعدة أمره يجب مراعاتها، وتعديل القيمة سواء أكانت أقل أم أكثر من الضرر لتصبح مساوية له. إضافة إلى أن هذا الاتجاه، هذا الاتجاه لا يتطلب من إثبات المبالغة أو البخس في قيمة الشرط الجزائي، كشرط لتدخل القضاء، حيث أنه للقضاء التدخل من تلقاء نفسه، تدخلاً مطلقاً غير محصور بحالات معينة، بل في كل حالة لا يكون فيها التعويض مساوياً للضرر، وهو مطلق من حيث عدم اشتراط طلب الأطراف التدخل من قبل القضاء.²³²

وأما الحق في زيادة قيمة الشرط، فإن الفقرة الثالثة من المادة (241)، من القانون المدني الفلسطيني، فهو لا يكون إلا في حالتين: ارتكاب المدين غشاً، أو خطأ جسيماً. أما الفقرة الثانية منها، فقد أكدت حق القضاء في تخفيض قيمة الشرط الجزائي، في حالات محددة وهي:²³³

الحالة الأولى: إذا كان تقدير التعويض الاتفاقي مبالغاً في إلى درجة كبيرة.

يحتفظ التعويض الاتفاقي بقوته الملزمة في حالة عدم التنفيذ، فلا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض الاتفاقي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدائن، حتى يستطيع القاي خفض التعويض، والا نكون قد نزعنا كل فائدة التعويض الاتفاقي، فينبغي ان يمارس القاضي هذه السلطة بحذر وبطرية استثنائية، حالته

²³² د. محمود عبد المحسن سلامة، أ. ابراهيم خالد عبد يحيى، المرجع السابق، ص 606.

²³³ طارق محمد أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص 76 وما بعدها.

إذا كان التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه الى درجة كبيرة، فإذا ما أثبت المدين ذلك يقوم القاضي بخفض التعويض الى الحد المعقول، أي الى الحد الذي يتناسب مع الضرر، لا الى الحد المساوي للضرر، ويأخذ في عين الاعتبار إرادة المتعاقدين ومصالح الدائن وحسن نية المدين²³⁴.

الحالة الثانية: التنفيذ الجزئي للالتزام.

تنص المادة (372) من القانون المدني الفلسطيني على: **1. ليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يجيز ذلك. 2. إذا كان الدين متنازحاً في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء).**

يستفاد من هذا النص انه من الممكن تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، بمعنى أن التنفيذ الجزئي يستدعي إعادة النظر في تحديد التعويض لأن هذا الأمر لم يكن ملحوظاً عند ابرام العقد²³⁵. فإذا أهمل الدائن الاستفادة من نص المادة (372) سألقة الذكر، والتي تسمح له بأنه يرفض الإيفاء الجزئي للالتزام، وفي هذا يكون الدائن قد عدل عن المطالبة بالتنفيذ الكامل، ولا يحق له عندئذ المطالبة بالتعويض الاتفاقي كاملاً، لأنه بذلك يكون قد استفاد بالوقت نفسه من التنفيذ والجزاء معاً، وهذا ما لا يجوز كما سبق وذكرنا، وعليه فإن القاضي يعدل التعويض الاتفاقي عندما يكون التعويض جزئياً بناءً على طلب المدين والذي يقع عليه عبء اثبات التنفيذ الجزئي²³⁶.

وعندما يكون الدائن قد وافق على التنفيذ الجزئي وقبل به، فإن القانون يأخذ بواقعة رضائه في عين الاعتبار، ويمكن النظر بتخفيض التعويض الاتفاقي بالنسبة للتنفيذ الجزئي للالتزام، ولكن شريطة أن يكون الدائن استفاد من ذلك التنفيذ، وأنه أدى إلى اشباع جزئي للدائن²³⁷.

²³⁴ نبيل إبراهيم سعد، احكام الالتزام، ص75. غازي أبو عرابي، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، ص51.

²³⁵ طارق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص77.

²³⁶ المرجع السابق، 77.

²³⁷ الياس ناصيف، البند الجزائي، ص81.

الخاتمة (النتائج والتوصيات)

في خاتمة هذه الدراسة، لا نزعم أننا بلغنا الغاية، ولكنها محاولة في الإسهام في بحث موضوع يواكب حياة الأفراد بشكل كبير، كما أنه بالغ الخطورة في الكيان القانوني والفقهية، بينا فيها دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، حيث توصلنا لمجموعة من النتائج التي لا بد من ايرادها في آخر طيات هذا البحث، ومجموعة من التوصيات التي لطالما وددنا أن يأخذ بها المشرع الفلسطيني.

أولاً: النتائج

أهم النتائج التي خلصت إليها الدراسة الحالية إليها:

1. أن وصول كل متعاقد في العقد للغاية المبتغاة من إبرامه وحصوله على المنفعة المقصودة التي رغب في تحقيقها بما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر هو الأساس في تحقيق العدالة التعاقدية. والتي تتحقق حتى لو لم يحصل أطراف العقد على منافع متكافئة ومتماثلة بصورة مادية.
2. الإخلال بالتوازن التعاقدية والعدالة التعاقدية، قد ينشأ عن تنفيذ العقد، كما ينشأ عند تكوينه أيضاً.
3. تتبع إلزامية تنفيذ العقد بحسن نية من احترام قداسية مضمون العقد فيما بين المتعاقدين، إذ يقتضي هذا المبدأ الإخلاص والأمانة وينطوي على واجب التعاون والاشتراك فيما بينهم.
4. يعتبر دور القاضي وسلطته فيما يتعلق بالعقود المدنية والتجارية هي سلطة مجازية تظهر عند رفع أمر العقد للقاضي بعد حدوث نزاع بشأن أمر يتعلق بإنشاء العقد وتكوينه أو بتنفيذه .
5. تتسم سلطة القاضي فيما يتعلق بمرحلة تكوين العقد بطبيعة وقائية هامة، بخلاف سلطته فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد التي تمتاز بطبيعة علاجية هامة.
6. يعد تكييف القاضي للعقد من سلطاته على العقود المدنية والتجارية عند قيام نزاع حول مضمونها، حيث يعتبر واجباً مفروضاً على القاضي وليس خياراً متروكاً له.
7. العبرة في تكييف العقد بالغرض العملي الذي قصده المتعاقدين منه، وليس بالوصف الذي يطلقه المتعاقدين عليه، مع عدم الإهمال الكلي لإرادة الاطراف.
8. عقود الإذعان العقود التي يضطر ويرضخ فيها القابل بدون مساومة أو نقاش لشروط الموجب التعسفية المعدة سلفاً من قبله، كونه في مركز أقوى من القابل بخصوص سلعة أو خدمة ضرورية لا غنى للقابل عنها، أما

- عقود الموافقة والانضمام هي العقود التي ينفرد الموجب فيها بوضع شروطه إما بواسطته أو بواسطة غيره، ويسلم القابل بها دون مفاوضة أو مساومة أو نقاش.
9. للقاضي في مجال العقود التي تتم بالإذعان سلطة التدخل لتعديل العقد، إما بتعديل الشرط التعسفي، وإرجاعه إلى حده المعقول، وإما بإلغاء الشرط التعسفي وإعفاء الطرف المذعن منه.
10. يمكن للقاضي أعمال سلطته التقديرية بصدد تعديل الشرط الجزائي، إما بتخفيض قيمته أو بزيادة قيمته أو وقف تنفيذ الالتزام لحين زوال الظرف الطارئ. حيث تتسم سلطة القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي بالعمومية، سواء أكان إخلال المدين يتخذ صورة عدم التنفيذ الكلي أم الجزئي أم التأخير بالتنفيذ أم تنفيذ الالتزام بشكل معيب، لأن الهدف من هذه السلطة هي حماية الطرف الضعيف.
11. لا تقتصر نظرة الميسرة على الديون المتمثل في المبالغ المالية فقط بل يمكن أن تمنح مهما كان نوع الالتزام، سواء أكان التزام القيام بعمل أو امتناع بعمل أو إعطاء شيء يقع على عاتق المدين.

ثانياً: التوصيات

1. أوصي المشرع الفلسطيني بتعديل المادة (١٢٨/١) من القانون المدني، لتصبح إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئه أو طيشاً بيناً أو هوى جامحاً أو عدم خبرة وجعله يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهض بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجريه عليه من نفع مادي أو أدبي، كان للطرف المغبون أن يطلب إبطال العقد أو ينقص التزاماته أو يزيد في التزامات الطرف المستغل. ويجوز للمتعاقد أن يتوقى إبطال العقد إذا عرض ما تراه المحكمة كافياً لرفع الغبن".
2. أوصي المشرع بإضافة مادة جديدة بشأن سلطة القاضي لتكييف العقد، على اعتبار أن قواعد القانون جاءت هي خالية من النص على هذه السلطة في هذا الصدد، لتكون المادة المضافة "لا يتقيد القاضي بالوصف القانوني الذي أطلقه المتعاقدون على عقدهم، حيث يتعين عليه القيام بإنزال الوصف القانوني السليم على الواقعة المطروحة عليه، استناداً إلى حقيقة ما قصده المتعاقدون بعد استخلاصه من واقع شروط العقد."

3. أوصي المشرع بتعديل نص المادة (٨٩) من القانون المدني الفلسطيني لتصبح يقتصر القبول في عقود الموافقة والانضمام على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

4. أوصي المشرع بتعديل نص المادة (١٥٠) من القانون المدني الفلسطيني لتصبح "إذا تم العقد بين أطرافه وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وفقاً لما تقتضي به العدالة مع الأخذ بعين الاعتبار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات المتعاقدين، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

5. كما أوصي المشرع بتعديل المادة (١٥١) من القانون المدني الفلسطيني لتصبح "إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف المحيطة للمتعاقدين وبالموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك".

مصادر ومراجع الدراسة:

المصادر

- القرآن الكريم.
- قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001 م.
- القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 م.
- مجلة الأحكام العدلية.
- المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 م.

المراجع

1. الكتب:

المراجع العامة:

- باز، سليم رستم، "شرح مجلة الاحكام العدلية"، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1998م.
- البهوتي، منصور بن يونس، "كشاف القناع عن متن الاقناع"، دار الكتب للنشر والتوزيع، لبنان، 1997م.
- ابن الأثير، "النهاية في غريب الحديث"، تحقيق: الزاوي، طاهر أحمد، والطناحي، محمود محمد (مكة المكرمة: دار الباز)، 211/1.
- أبو ملح، موسى سلمان، "شرح القانون المدني الأردني" جامعة الأزهر، غزة، 1995م.
- جاد الحق، إياد محمد، "النظرية العامة للالتزام"، دار نشر غزة، فلسطين، 2011م.
- الجبوري، ياسين محمد، "الوجيز في شرح القانون المدني الاردني"، ج1، 1996م.
- الجبوري، ياسين محمد، "المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله"، دار وائل للنشر، عمان، 2002م.
- الحراني، احمد بن عبد الحليم (ابن تيمية)، "تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، "مجمع الملك في المدينة النبوية، السعودية، 1995م.
- الحكيم، عبد المجيد، "الكافي في شرح القانون المدني الأردني"، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، 1993م.

- الدسوقي، الشيخ شمس الدين محمد غرفة، الحاشية على الشرح الكبير سيدي أحمد الدردير: 182/3، ونسبه الى ابن عرفة. والزرقاني، "شرح الموطأ": (بيروت: دار المعرفة، 1401 هـ - 1981م) 264/3.
- الرازي، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر، "مختار الصحاح": (بيروت: دار الكتاب العربي، 1401 هـ - 1981م).
- الزاوي، الطاهر أحمد، "ترتيب القاموس المحيط": (بيروت: دار الكتب العلمية، 1399 هـ. 1979م) 252/1.
- زكي، محمود جمال الدين، "الوجيز في نظرية الالتزام" مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978م.
- زيدان، عبد الكريم، "المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية"، دار الرسالة، بيروت 1960م.
- السعدي، محمد صبري، "الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات"، دار الهدى، الجزائر، 2010م.
- السنهوري، عبد الرزاق، "الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 2، الإثبات - آثار الالتزام"، دار المعارف، الإسكندرية، 2004م.
- سوار، محمد وحيد الدين، "شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول"، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 1993م.
- الشواربي، عبد الحميد، "فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء"، دار الكتب للنشر، مصر، 2017م.
- الصدة، عبد المنعم فرج، "نظرية العقد في قوانين البلدان العربي"، دار النهضة، بيروت، 1974م.
- عبد الرحمن، أحمد، "النظرية العامة للالتزام، العقد، والإرادة المنفردة"، دار الاسكندرية، مصر، 2004م.
- فرج، توفيق، "دروس في النظرية العامة للالتزام"، لبنان، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 2008م.
- مرقس، سليمان، "موجز أصول الالتزامات"، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1961م.
- منصور، محمد حسين، "مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة"، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، 2000م.

المراجع الخاصة

- جاد الرب، حسني محمد، "التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الالتزام او التأخر فيه، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي"، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007م.
- حسن، احمد إبراهيم، "الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش"، دار الاسكندرية، مصر، 1996م.
- سليم، محمد محي الدين ابراهيم، "نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة"، 2010م.
- الصوري، كفاح عبد القادر، "التغير وأثره في العقود"، الطبعة الأولى، دار الفكر ناشرون وموزعون، الأردن، 2007م.

- مؤمن، عمر السيد ، "التغير والغبن كعيين في الرضاء في قانون المعاملات المدنية الاماراتي"، دراسة مقارنة، بالقانون المدني والمصري والفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة/ 1997م.

2. الرسائل:

- برهم، دعاء موسى، "دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، رسالة ماجستير"، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2019.
- بوكماش، محمد، "سلطة القاضي في تعديل العقد"، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر -باتنة- كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجزائر، 2012م.
- الديب، هبة محمد محمود، "أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية: دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني"، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، غزة، فلسطين، 2012م.
- العياشي، طارق بهاء الدين، "سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2016م.
- أبو ليلي، طارق محمد، "التعويض الاتفاقي في القانون المدني"، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح، فلسطين، 2007م.
- سليمان، هشام إبراهيم، "التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي): دراسة مقارنة بين الفقہ الاسلامي والقانون المقارن"، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة ام درمان الاسلامية، السودان، 2006م.
- السعيد، وداد خليفة وبوزيان، "دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد"، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2018م.
- السويطي، روزان طالب، "مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية"، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2018م.
- زهرة بلقاسم، "أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود"، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة اكلي محند اولحاج، الجزائر، 2014م.
- عبد الرحمن، هزرشي، "أثر العذر من جوائح الالتزامات العقدية في الفقہ الإسلامي مقارنة بين نظرية الظروف الطارئة"، رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 2006م.

- الغثيان، غازي عايد، "سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد"، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، 2005م.
- لالة، أحمد حدي، "سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد"، دراسة مذكرة لنيل رسالة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2013م نجاري، عبد الله، "الشرط الجزائي في القانون المدني: دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1993م.
- الناعوق، نفين علي، "التغريب عيب من عيوب الإرادة في القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني"، رسالة ماجستير، جامعة الازهر، غزة، فلسطين، 2012.
- نجاري، عبد الله، "الشرط الجزائي في القانون المدني: دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1993م.

3. الأبحاث:

- حماد، نزيه كمال، "عقود الإذعان في الفقه الإسلامي"، مجلة العدل، العدد 24، 2005م.
- الدريني، فتحي، "نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي"، ط 4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988م.
- سلامة، محمود عبد المحسن. ويحيى، إبراهيم خالد عبد، "القواعد الناظمة للشرط الجزائي وضوابط تطبيقه في التشريع الفلسطيني: دراسة مقارنة"، منشور في العدد (37)، من مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، 2021م.
- عبد الغني، محمد زكي السيد، "نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، أسيوط، مصر، ع 4، سنة 1986م.
- قارة، وليد، "مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى: دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الندوة للدراسات القانونية إلكترونية، الجزائر، العدد 18، 2018م.
- قشوط، أحمد رمضان، "مدى سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: دراسة تحليلية بين القانون المدني والشريعة الإسلامية"، مجلة الجامعة الأسمرية، ليبيا، السنة 11، العدد 21، 2014م.
- المحاسنة، محمد يحيى، "حالات الاعتداد بالغبن بين الشريعة والقانون المدني الأردني" دراسة مقارنة"، بحث محكم منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة الأردن، المجلد الخامس، العدد الأول، 1990م.

4. المعاجم اللغوية:

- ابن منظور، جمال الدين بن مكرم الأفريقي، "لسان العرب، المجلد الرابع"، دار المعارف للنشر، الاسكندرية 1955م.
- ابن منظور، محمد، "لسان العرب"، الطبعة الأولى، المجلد الثالث عشر، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1990م.
- أبي الفضل، جمال الدين بن مكرم أبن منظور الأفريقي، "لسان العرب"، المجلد الخامس، دار المعارف، 2010م.
- البنتاني، بطرس، "قطر المحيط"، الطبعة الثانية، مكتبة لبنان ناشرون، 1995م.

المواقع الالكترونية:

<https://maqam.najah.edu>

<http://muqtafi.birzeit.edu>

<http://www.pal-plc.org>

<https://www.cc.gov.eg>

جدول المحتويات

Contents

7	(الشكر والتقدير)
أ	إقرار:
ب	الملخص:
د	Abstract:
1	المقدمة:
7	أهمية الدراسة:
8	أهداف الدراسة:
8	الدراسات السابقة:
8	إشكالية الدراسة:
9	حدود الدراسة:
9	منهجية الدراسة:
10	الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إنشائه
11	المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن
11	المطلب الأول: مفهوم الغبن
12	الفرع الأول: تعريف الغبن
15	الفرع الثاني: شروط الغبن
28	المطلب الثاني: سلطة القاضي إزاء الغبن
28	الفرع الأول: الغبن في مجلة الأحكام العدلية

35	الفرع الثاني: تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال
38	المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان
38	المطلب الأول: ماهية عقد الإذعان
39	الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان
42	الفرع الثاني: شروط وخصائص عقد الإذعان
45	المطلب الثاني: سلطة القاضي في الرقابة على عقود الإذعان
46	الفرع الأول: شروط تدخل القاضي لتعديل عقود الإذعان
50	الفرع الثاني: نطاق سلطة القاضي بتعديل عقود الإذعان
54	الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه
56	المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة
57	المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة
57	الفرع الأول: التعريف بنظرية الظروف الطارئة
70	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
77	المطلب الثاني: آثار نظرية الظروف الطارئة
77	الفرع الأول: رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول
81	الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد للظروف الطارئ
83	المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
83	المطلب الأول: مفهوم التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)
84	الفرع الأول: تعريف التعويض الاتفاقي وخصائصه
90	الفرع الثاني: الأساس القانوني للتعويض الاتفاقي في التشريع الفلسطيني
101	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

101	الفرع الأول: الأساس القانوني لتدخل القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي.....
106	الفرع الثاني: موقف القضاء الفلسطيني من الشرط الجزائي.....
113	الخاتمة (النتائج والتوصيات).....
113	أولاً: النتائج.....
114	ثانياً: التوصيات.....
116	المصادر.....
116	المراجع.....
116	الكتب.....
118	الرسائل.....
119	الأبحاث.....
120	المعاجم اللغوية.....
120	المواقع الالكترونية.....