Judicial Amendment of the Contract

Lafta Hamel Al-Ajili
College of Law and Politics - Imam Jaafar Al-Sadiq University

lfta.haml@ijsu.edu.iq

Received Date: 18/2/2025. Accepted Date: 19/3/2025. Publication Date: 20/6/2025.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Abstract

be proven, as man is a social being who cannot live alone, and therefore there is no dispute about his inability to meet his needs by himself. This exchange of benefits takes place through a legal means called (contract). Everything we obtain today of basic needs for the purpose of securing living, housing, trade and exchanging experiences is done through one path, which is the agreement that may be made between its parties directly or through an intermediary.

Contracts differ in terms of importance. What we derive from the contract through meeting our simple needs does not raise any problems, and we do not suffer from the difference in the circumstances in which it arose, considering that its implementation takes place at a single moment in time.

However, large and continuously implemented contracts, which may take a long time to achieve the interests of their parties, may be subject to some force majeure circumstances that were not expected to occur, and none of them prepared themselves to confront them and adapt to them, which puts them in front of a huge

and burdensome loss, which necessitates restoring the economic balance of the contract.

Restoring the economic balance of the contract should not be left to the will of its parties, but rather the judiciary should undertake this by granting it discretionary authority in light of which it moves to reduce the severity of the burden that has been inflicted on the debtor, even if not completely, but in the manner that he can bear under normal. Manner that he can bear under normal circumstances Accepting this intervention was not easy in light of the dominance of the principles of the authority of the will and the binding force of the contract, as the convergence of the two wills on the establishment of the contract was considered a law that must be respected, and no amendments to it were made regardless of the circumstances facing its contracting parties. However, social, economic and political developments did not take long to change this firm conviction of the strength of the will and its opposition to any amendment to the contract. Legislation responded to the principle of the judge's intervention in restoring the economic balance of the contract if its parties faced exceptional circumstances that made the implementation of the contract burdensome for the debtor and he faced a huge loss as a result. Or if the agreed compensation estimated by the contract.

ting parties was exorbitant, or if the contract included arbitrary conditions that the weak party in it could not bear, which necessitated the intervention of the judiciary to amend or exempt from them.

Keywords: Amendment , Contract , Judiciary

التعديل القضائي للعقد

لفته هامل العجيلي *
كلية القانون والسياسة ـ جامعة الامام جعفر الصادق(ع)
lfta.haml@ijsu.edu.iq

تاريخ الاستلام: 2025/2/18. تاريخ القبول: 2025/3/19. تاريخ النشر: 2025/6/20.

المستخلص

ان الحاجة المتزايدة للآخر امر لا يمكن البحث عن دليل فيه ، فالإنسان كائن اجتماعي لا يستطيع العيش منفردا ، ومن ثم لا جدال في عجزه عن تلبية احتياجاته بنفسه، فهذا التبادل في المنفعة يجري عبر وسيلة قانونية تدعى ب (العقد) ، فكل ما نحصل عليه اليوم من حاجات اساسية لغرض تأمين العيش والسكن والتجارة وتبادل الخبرات يتم عبر طريق واحد هو الاتفاق الذي قد يتم بين اطرافه مباشرة أو عبر وسيط.

وتختلف العقود من حيث الاهمية ، فما نستمده من العقد عبر تلبية احتياجاتنا البسيطة لا يثير أية مشاكل ، ولا نعاني من اختلاف الظروف التي نشأ فيها ، باعتبار ان تنفيذ ذلك يتم في لحظة زمنية واحدة.

الا ان العقود الكبيرة والمستمرة التنفيذ ، والتي قد تأخذ زمنا طويلا في تحقيق مصلحة اطرافها ، قد تعتريها بعض الظروف القاهرة التي لم يكن من المتوقع حدوثها ، ولم يهيأ أي منهم نفسه لمواجهتها والتكيف معها ، مما يضعه أمام خسارة جسيمة ومرهقة ، مما يستوجب اعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

واعادة التوازن الاقتصادي للعقد يجب أن لا يترك لمشيئة أطرافه ، وانما يجب أن يتولى القضاء ذلك بمنحه السلطة التقديرية التي يتحرك على ضوئها في تخفيف حدة الارهاق الذي وقع حيفه على المدين ، وان لم يكن ذلك بكامله ، وانما بالشكل الذي يتحمله في ظل الظروف العادية.

ولم يكن قبول هذا التدخل امرا سهلا في ظل سيطرة مبدأي سلطان الارادة ، والقوة الملزمة للعقد ، اذ اعتبر تلاقي الارادتين على انشاء العقد قانونا يجب احترامه ، وعدم اجراء أي تعديل عليه مهما كانت الظروف التي تواجه عاقديه ، الا ان التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لم تلبث ان غيرت هذه القناعة الراسخة بقوة الارادة ووقوفها بالضد من أي تعديل يطرأ على العقد ، فقد استجابت التشريعات لمبدأ تدخل القاضي في اعادة التوازن الاقتصادي للعقد اذا ما واجه اطرافه ظروف استثنائية جعلت

* مدرس دكتور

تنفيذ العقد مرهقا للمدين ويواجه خسارة فادحة ازاء ذلك. أو اذا كان التعويض الاتفاقي الذي قدره المتعاقدان قد كان فادحا ، أو ان العقد قد تضمن شروطا تعسفية
ينوء بحملها الطرف الضعيف فيه مما يوجب تدخل القضاء لتعديلها أو الاعفاء منها.
الكلمات المفتاحية: تعديل، عقد ، قضاء

المقدمة
Introduction

العقد هو وليد ارادة طرفيه أو أطرافه ، فللإرادة قدرة على انشاء التصرفات القانونية وتحديد آثارها ، ولا يحدها في ذلك الا الخروج على مقتضيات النظام العام والآداب.

والعقد هو شريعة المتعاقدين ، اذ يستطيع اطرافه أن يمليا على نفسيهما ما شاءا من التزامات قدرا مسبقا انهما عازمين على الايفاء بها ، وتحمل المخاطر المحتملة التي قد تصادف تنفيذهما لمضمونه ، وهي مخاطر لا تخرج عن المألوف في مثل هذه الاتفاقات ، الا انهما قد لا يدركا لحظة التعاقد ، واثناء المفاوضات التمهيدية ان ثمة امرا مجهولا لم يكن بالحسبان قد يتربص طريق العقد الذي عزما على المضي في تنفيذه بكل ما اشتمل عليه.

بيد ان الظروف التي ستواجه العقد لم يكن بالحسبان توقعها ، مهما ملكا بعد النظر وقوة الحدس ، وهي ظروف استثنائية ، تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمدين وتهدده بخسارة جسيمة قد تطيح بكيانه الاقتصادي أو المادي ، مما يستدعي التدخل القضائي لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد بما يحفظ للمدين قدرته على التعافي من هول المفاجأة.

ولم يكن ذلك موضع اتفاق الفقه وحتى القوانين ، اذ اعتبر هذا التدخل اخلال بمبدأ سلطان الارادة التي توجت العقد ، كما انه خروج على المبدأ الآخر الذي لا يقل احتراما عنه ، ألا وهو العقد شريعة المتعاقدين ، الا ان الانتكاسة التي تعرض لها مبدأ سلطان الارادة وانتشار الافكار الاشتراكية قد ازالت هذا العائق امام تدخل القاضي ومنحه السلطة التقديرية لإعادة التوازن المطلوب في العقد ، واسعاف المدين من خسارة فادحة.

ثانيا: اشكالية البحث Research Problem:

اذا كان للإرادة دور اساسي في نشوء الالتزامات التعاقدية ، وتحديد آثارها القانونية ، وهو ما اتسمت به التشريعات لفترات طويلة ، ولا يزال للإرادة هذا الدور، الا انه لم يعد طاغيا بمثل ما كان عليه ، فهل كان المشرع موفقا في الحد من هذه الارادة عندما يجد انها قد الحقت ضررا بالطرف الضعيف في الرابطة العقدية عندما منح القضاء قدرا من السلطة في اعادة التوازن الاقتصادي للعقد من خلال اعادة النظر بالالتزامات المتقابلة ، أو تعديل بعض الشروط التعسفية فيه ، أم ان هذا القدر ليس كافيا للحد من هذه الارادة ، أم ان ذلك يحتاج الى توسيع سلطة القاضي في هذا التدخل.

ثالثا- منهجية البحث Research Methodology:

يقوم البحث على اساس المنهج التحليلي للنصوص القانونية ، وما جاد به الفقه من آراء ، مع مقارنة ذلك مع تطبيقات القضاء العراقي قدر علاقتها بما تناولناه في هذا البحث.

رابعا- هيكلية البحث Research Structure:

سنتناول هذه الدراس في ثلاثة مباحث. حيث سيكون المبحث الاول مخصصا لدراسة مدى امكانية التعديل القضائي للعقد وسنستعرض فيه بمطلبين الاتجاه الذي يرفض فكرة تعديل العقد عن طريق القضاء والاتجاه الذي يمنح القضاء قدرا من السلطة في هذا التعديل.

واما المبحث الثاني فسندرس فيه وبمطلبين التدخل القضائي في العقد بمقتضى النظام العام حيث سنتناول تحديد فكرة النظام العام والاساس القانوني لفكرة التدخل بمقتضاه.

فيما سيكون المبحث الثالث مخصصا لبحث التدخل القضائي في تعديل مضمون العقد وبمطلبين ايضا ، حيث سيكون المطلب الاول مخصصا لتدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي ، فيما سنتناول تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية لعقد الاذعان في المطلب الاخر .وسننهي بحثنا بخاتمة نتناول فيها اهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا اليها.

المبحث الأول

The First Topic

مدى امكانية التعديل القضائي للعقد

The Extent Of Judicial Modification Of The Contract

استقر ومنذ زمن طويل المبدأ القائل بأن" العقد شريعة المتعاقدين" ولا يمكن نقضه أو تعديله الا بإرادة الطرفين المتعاقدين ، بل ان هذا المبدأ تحول الى قاعدة قانونية استقرت في كل التشريعات المدنية.

فالعقد وليد ارادتين حرتين ، ويجب احترام هذه الارادة بعدم اخضاع العقد لأي نقض أو تعديل الا باتفاق الاطراف التي اجتمعت ارادتها على تشييد هذا البناء القانوني ، فلا يجوز مسه حتى من قبل القضاء.

الا ان التطورات الاقتصادية والاجتماعية دعت الحاجة الى منح القضاء سلطة تعديل العقد دون الرجوع الى اطرافه ، وقد ساهم الفقه في تعديل هذه النظرة المقدسة للعقد– ان صح التعبير- ، فقد يكون احد اطرافه ضعيفا للدرجة التي لا يقوى فيها على مقارعة جبروت الطرف القوي فيه.

وعلى هذا الاساس تنازع فكرة التعديل القضائي للعقد اتجاهين ، اتجاه لا يرى امكانية تعديل العقد عن طريق القضاء ويتمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. واتجاه يمنح القضاء سلطة تعديل العقد اذا ما تطلبت الظروف الاقتصادية والاجتماعية ذلك.

وسنتولى بيان ذلك في مطلبين:

المطلب الاول: رفض فكرة تعديل العقد عن طريق القضاء.

المطلب الثاني: امكانية تعديل العقد عن طريق القضاء.

المطلب الأول

The First Requirement

رفض فكرة تعديل العقد عن طريق القضاء

Rejection of the Idea of Contract Modification by the Judiciary

العقد – كما عرفته المادة (73) من القانون المدني العراقي هو" ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

وللعقد اهمية كبيرة في الحياة العملية ، اذ لا يمكن للأفراد تحقيق متطلباتهم الشخصية والعملية الا عن طريق هذا الاتفاق ، واذا كان كل عقد هو اتفاق ، الا انه ليس كل اتفاق يعد عقدا بالمفهوم الذي ذهب اليه التعريف المعروض.

ويعد العقد قانونا بالنسبة لأطراف العقد ، لا يجوز مخالفته ، أو التحلل من التزاماته الا بالاتفاق ، أو بإعلان رغبة الفسخ عن طريق القضاء.

ويستند اصحاب هذا الرأي الى المبدأ السائد منذ زمن طويل ، ولا يزال له حضوره في المجال العقدي ، ألا وهو" مبدأ سلطان الارادة". وهذا يعني ان الارادة تحظى بسلطة مطلقة على مستوى تكوين العقد وتنفيذه ، وترتيب آثاره ، ولها الحرية في اجراء التصرفات القانونية وتحديد مضمونها[1].

وهذا يعني ان مبدأ سلطان الارادة يقتضي توافر امرين أولهما : ان الارادة قادرة لوحدها على انشاء التصرفات القانونية دون الحاجة الى افراغ ذلك بشكل معين ، وثانيهما: انها تختص وحدها في ترتيب الالتزامات الناشئة عن هذا التصرف[2].

وازاء ذلك فأن للإرادة نفسها تعديل هذه الالتزامات سواء بالانتقاص منها أو زيادتها تبعا للظروف التي تواجه المتعاقدين عند تنفيذ العقد.

وقد اعترف القانون الروماني بدور كبير للإرادة في انشاء العقود ، بل تعدى ذلك الاعتراف لها بتعديل مضمونه ، وقد قرر الفقيه الروماني " ستيفانوس" قاعدة اصولية هي ان" الارادة هي الام التي تلد العقد"[3]..

كما ظلت فلسفة القرنين الثامن والتاسع عشر مشبعة بروح الفردية وسلطان الارادة الفردية واصبح مبدأ ودعامة اساسية بنيت عليه النظريات القانونية[4]..

ومتى انعقد العقد صحيحا فلا يجوز " لأحد طرفي العقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولا يجوز ذلك للقاضي ، لأنه لا يتولى انشاء العقود عن عاقديها ، وانما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع الى نية هؤلاء العاقدين"[5].

وهذا هو المبدأ الآخر الذي يستند عليه أصحاب فكرة رفض تعديل العقد ، ونعني بذلك مبدأ " القوة الملزمة للعقد" فالعقد متى نشأ صحيحا ، فتعد بنوده وشروطه قانونا بالنسبة للمتعاقدين ويتوجب عليهم تنفيذه بكل ما اشتمل عليه دون المساس به .

ويقوم هذا المبدأ على أساس اخلاقي ، وهو الوفاء بالعهد ، كما ان ضرورات استقرار المعاملات أملت احترامه والتقيد به ، فمتى افتقدت الثقة في العهود التي يقطعها الانسان على نفسه ، فأن ذلك يؤدي الى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها مما يضعف الامان القانوني للعلاقات التعاقدية، ومن ثم المساس بالمصالح الاجتماعية التي يقتضي صيانتها من العبث[6]. كما ان القضاء الفرنسي استقر ومنذ زمن طويل ، على انه يمتنع على القاضي أيا كانت الاسباب ، أن يعدل الشروط العقدية التي تراضى عليها الطرفان[7]..

فالقوة الملزمة للعقد تلد مع ابرام العقد وارتضاء اطرافه لبنوده وشروطه ، ومن ثم ،فأن المساس به ، أو اخضاعه للتغيير أو التعديل ، انما يجب أن يحصل من ذات الارادة التي كانت سببا في نشأته لأول مرة ، فليس هناك أقدر منها على معرفة عيوبه ، وما يحتاج اليه من اصلاح ، من ثم اعادة تشكيله بما يخدم مصلحة الطرفين المتعاقدين.

ووفقا لهذا السياق فقد وصف دور القاضي في المسألة المتعلقة بسلطته في تعديل العقد بأنه " مجرد راع لإرادة الاطراف"[8]. وفي هذا تقييد لسلطته في التعرض لما انصرفت اليه ارادة الطرفين المتعاقدين ، وانه لا يملك ازاءها أي تقدير ، وانما هو يحافظ على البناء القانوني الذي شيدته تلك الارادة دون أن يحدث تعديلا في شكل هذا البناء. بل تبقى مهمته هي حراسة هذا البناء.

كما ان كثرة التدخل في العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص من شأنها أن تؤدي الى ترتيب آثار قانونية لم يكن طرفا العلاقة العقدية ان قصدا احداثها. [9]

فالإرادة هنا عائق أمام قدرة القاضي ، فاذا ما ترآى لأطراف العقد اختلالا في بنيانه ، فأنهم أولى من غيرهم في اعادة التوازن اليه ، ضمانا لاستقرار المعاملات ، وصونا لتلك الارادة التي تمخض عنها انبثاق العقد ، وترسيخ قوته الملزمة.

وبلغ تمسك القضاء الفرنسي بالقوة الملزمة للعقد وعدم التدخل بتعديله ان قرر بأنه" لا يعود للمحاكم في أي حال من الاحوال ومهما بدا لها ان قرارها منصف أن تأخذ الوقت والظروف بنظر الاعتبار بغية تعديل الاتفاقات المبرمة بين الاطراف وابدال بنود جديدة بتلك التي قبلها المتعاقدون بحرية"[10].

المطلب الثاني
The Second Requirement
امكانية تعديل العقد عن طريق القضاء
The Possibility of Contract Modification by the Judiciary

لم تكن العلاقات التعاقدية بمثل التعقيد والسعة التي تجتاح عالم اليوم ، اذ لم تعد العلاقات الاقتصادية من البساطة بحيث يترك امرها لسلطان الارادة وجبروتها ، كما لم يعد التكافؤ بين اطراف العقد امرا غالبا في تعاملات اليوم ، بل ظهرت قوى اقتصادية كبيرة اجتاحت السوق العالمي مما اوهن كثير من الفعاليات الاخرى واضعف قدرتها على مسايرة تلك القوى ، مما اظهر الحاجة الى وجود هيكل تنظيمي يحفظ هذا التوازن ، ويحمي الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

واذا كان مبدأ سلطان الارادة يقوم على أساس التكافؤ بين اطراف العلاقة – كما يذهب الى ذلك أنصاره- فأن هذه الفرضية لم تكن حقيقة مطلقة ، وانما اظهرت التجارب ان هناك دوما طرف يتمتع بموقع اقتصادي اقوى من الطرف الآخر فيكبله بشروط على غير رضاه ، وهو مضطر الى ذلك اضطرارا بحكم الحاجة الى السلعة محل التعاقد[11]..

ولذلك بدت الحاجة ماسة للخروج على القوة الملزمة للعقد ، ومنح القضاء سلطة تعديل العقد تبعا للظروف التي يواجها المتعاقدين ،واسدال الستار عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، بما يضمن مواجهة ظروف اقتصادية لم يكن بالحسبان توقعها وقت ابرام العقد ، بما يعيد التوازن الى العلاقة العقدية التي اهتزت بسبب هذه الظروف ، وكادت أن تؤدي بأحد اطرافه الى خسارة جسيمة.

فمقتضيات العدالة هي التي أملت على المشرع في حالات معينة أن يمنح القاضي سلطة نقض العقد أو تعديله محاولا تجنيب أحد اطرافه خسارة قد تطيح بمستقبله الاقتصادي ، أو على الاقل لا يستطيع تجاوز هذا المأزق الذي اصبح تحت قسوته بأمد قصير.

وهذا التوجه لم يكن ليأخذ مداه لولا الانتكاسة التي تعرض لها مذهب سلطان الارادة في مطلع القرن التاسع عشر ، وذلك بسبب افراطه في تمجيد الارادة ، مما شجع على ظهور توجه جديد يسمح بتدخل التشريع والقضاء صلب العلاقات التعاقدية ، على اعتبار ان الفرد ليس له وجود الا في ظل مجتمع يقوم على اساس التضامن والمنفعة العامة. [12]

ووفقا لهذا التوجه أصبحت الدولة تتدخل في طريقة ابرام العقد وتحديد مضمونه بما يحمي الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية الي يفرضها الطرف القوي في العقد.

وان المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي والتي اعطت للعقد مكانة القانون بين اطرافه ، لم يكن ليقصد منها جعل كلام المتعاقدين بذات قوة القانون ، وانما كان الهدف من ذلك حماية النظام الاجتماعي ، وايجاد نص قانوني يجبر الافراد على احترام تعهداتهم

مهما كان الثمن[13]. وينطلق هذا التكييف من ان المتعاقدين يجب أن يكونوا على درجة من التصور واستشراف المستقبل لما يكون عليه الوضع بعد ذلك مما لا يضعهم أمام ظروف تستدعي الخروج على القوة الملزمة للعقد.

والواقع ان ذلك صعب المنال ، فمهما اوتي المتعاقدان من بصيرة وتبصر لا يستطيعا ادراك المستقبل بكل تجلياته وتقلباته ، ويحكما القبضة على مستقبل العقد المبرم بينهما ، ويحكما مساره من أي ظرف طارئ.

ورغم ان تشدد القانون المدني الفرنسي ازاء القوة الملزمة للعقد واعتباره قانونا بالنسبة لأطرافه قد استمر طويلا ، الا ان ذلك لم يمنعه من اجراء المراجعة لكثير من المفاهيم التقليدية والراسخة في هذا القانون والتي اعتبرها البعض بمثابة ثورة في مجال قانون العقود والالتزامات الفرنسي[14].

ولهذا وضع المشرع الفرنسي في تعديله الاخير للقانون المدني اربعة خيارات امام اطراف العقد عند حدوث تغير في الظروف غير ممكن التوقع عند ابرام العقد، ترتب عليه ان صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الاطراف[15]:

الخيار الاول: الطلب من المتعاقد الاخر اعادة التفاوض على العقد على ان يستمر في تنفيذ التزاماته اثناء التفاوض.

الخيار الثاني: في حالة رفض التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتبارا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددونها.

الخيار الثالث: الطلب من القاضي ، باتفاقهم المشترك ان يقوم بتطويع العقد.

الخيار الرابع: في حالة عدم الاتفاق على تطويع العقد خلال مدة معقولة ، يمكن للقاضي ، بناء على طلب احد الاطراف ، تعديل العقد أو انهائه ، اعتبارا من التاريخ وفق الشروط التي يحددها.

ويتضح من ذلك ان التعديل الاخير للقانون المدني الفرنسي لم يمنح القاضي سلطة تعديل العقد ابتداء عند تغير الظروف التي نشأ العقد في ظلها ، وانما كان خيارا اخيرا عن استنفاد الخيارات الثلاثة الاولى.

واذا جاء ذلك متأخرا ، فأن قوانين مدنية عربية قد سبقت القانون المدني الفرنسي – رغم عراقته- في الاستجابة لمتطلبات الظروف القاهرة التي تعترض مسيرة العقد وتجعل الاستمرار فيه مرهقا للمدين ويهدده بخسارة جسيمة ، ومنحت القاضي سلطة واسعة في تعديل العقد ، ومنها القانون المدني العراقي[16] ، وسبقه في ذلك القانون المدني المصري[17].

فالمادة (1/146) من القانون المدني العراقي قد اجازت للقاضي تعديل العقد اذا ما طرأت حوادث استثنائية لم يكن بالوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا ، الا انه صار مرهقا للمدين".

ولم يكتف بمنحه هذه السلطة ، وانما وضع له قواعد تمكنه من معالجة ذلك ، بما يحقق مصلحة الطرفين ، فبين أن يتقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، أو زيادة الالتزام المقابل.

والمشرع العراقي لم يقصر تدخل القاضي على الظروف الاستثنائية التي احاطت بالعقد ، وانما وسع من هذا التدخل في حالات اخرى ، كما في تعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان ، او التدخل في اجور الوكيل.

فالمشرع في اجازة القاضي تعديل العقد اذا واجه ظروف استثنائية لم يكن بالوسع توقعها عند ابرام العقد ، انما أوجد مراجعة للعقد من خارج أطرافه ، فالأصل ان يقوم هؤلاء بإجراء هذه المراجعة بأنفسهم بعد تقدير مصلحتهم في ذلك ، لا أن تأتي من طرف لم يكن قد شاركهم في مكابداته ، وقد فعل القانون ذلك ، ليس خروجا على تلك الارادة التي انجبته ، وانما صونا لحقوق الطرف الضعيف في هذه الرباط.

المبحث الثاني
The Second Topic
التدخل القضائي للعقد بمقتضى النظام العام
Judicial Intervention in the Contract Based on Public Order

لا يستطيع المشرع عموما ملاحقة الافراد في تعاقداتهم وسبر اغوار نيتهم في مخالفة القواعد القانونية ، والتي وضعها من اجل حماية الناس ومصالحهم ، ولهذا أوجد فكرة النظام العام لحماية مصالح المجتمع من أن تهدرها العلاقات التعاقدية للأفراد ووضعها كعائق يمكن أن يحد من خلاله هذه التصرفات متى تمكن من ضبطها.

وسنتولى بيان ذلك في مطلبين ، حيث سيكون بيان مفهوم النظام العام موضوعا للمطلب الاول ، فيما سنتناول في المطلب الثاني الاساس القانوني لفكرة التدخل بمقتضى النظام العام.

المطلب الأول
The First Requirement
مفهوم النظام العام
The Concept of Public Order

يعد هذا المفهوم من اكثر المفاهيم القانونية غيابا عن التحديد ، بل انه يسمح بوضع تحت عنوانه كثير من الاعتبارات ذات المساس بالمصلحة العليا للمجتمع والاسس التي يقوم عليها ، والذي يحفظ له ضمان استقراره.

ومع هذا فأن الفقه لم يأل جهدا في وضع تعريفات متعددة لمفهومه ، فهو " مجموع المصالح الاساسية للجماعة ، أي مجموع الاسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره"[18].

كما عرف النظام العام بأنه" القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وتتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصلحة الافراد ، فيجب على جميع الافراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت لهم المصالح الفردية لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"[19].".

ولم تتعرض التشريعات الى تعريف النظام العام ، وانما مثلت لما يعتبر صورا منه ، كما فعل المشرع العراقي"[20].

ويعود السبب في صعوبة تحديد مفهوم جامع مانع للنظام العام الى الاختلاف في المرجعيات الدينية والاخلاقية باعتبار ان الديانة والاخلاق تظهر في القواعد الوضعية المنظمة لمصالح المجتمع ، كما ان اختلاف النهج الاقتصادي والاجتماعي يترك اثره في بنيان المنظومة القانونية لأي مجتمع ، ولهذا يختلف النظام العام تبعا لذلك على اعتباره وليد هذا النهج[21].. ولكن رغم هذه الصعوبة في تحديد ه ، الا ان مجرد ذكره يتبادر الى الذهن سمو المصالح العليا للمجتمع وتعاليها على مصالح الافراد.

وفكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان ، وليس مفهوما جامدا ، وانما يتحرك في ضوء المصالح العليا للمجتمع ، ودرجة تطوره ، وبما يسمح بالحفاظ على قيمه الاساسية.

القضاء – باعتباره الحارس الامين على تطبيق القانون- يشير وفي مناسبات كثيرة الى النظام العام بوصفه مفهوم قانوني يحد من خروج الافراد على المصالح العليا للمجتمع في اتفاقاتهم ، فهو قيد على الحرية التعاقدية في تحديد المضمون العقدي الذي يمس امن ومصالح المجتمع.

وفكرة النظام العام هي ضابط التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، فكل قاعدة آمرة تتصل بالنظام العام ، اما القواعد المكملة فلا تتصل بالنظام [22]. وهذا يعني ان كل ما يتعلق بالنظام العام لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته ، والا تعرض للبطلان.

ولا يمكن القول بأن النص الآمر منشئ للنظام العام لكون النظام العام باعتباره مصلحة عليا للجماعة أمر سابق على النص ذاته ، وهو ليس ذاته النظام العام ، وانما هو محض مقاربة أوجدها المشرع لحماية النظام العام[23].

المطلب الثاني

The Second Requirement

التدخل القضائي في العقد وفقا لمقتضى النظام العام

Judicial Intervention in the Contract in Accordance with Public Order Requirements

المبدأ السائد ان مهمة القاضي تكمن في تنفيذ العقد وفقا لما استقرت عليه ارادة أطرافه ، ولا يملك التدخل الا بنص من القانون ، ومع غياب النص التشريعي يتعذر عليه التدخل في فرض ارادته على اطراف العقد ، أو أن يملي عليهم ما لم يكن قد انصرفت اليه هذه الارادة.

واذا كان ذلك في ظل سيادة مبدأ سلطان الارادة ، وهيمنته على انشاء العقود وتحديد آثارها ، فأن الامر يختلف في ظل سيادة المذاهب الاجتماعية التي تعلي من مصالح المجتمع ، وتمنع تقويض المصلحة العامة لصالح منفعة الافراد الخاصة ، بل ان فكرة النظام العام قيدا شديدا على هذه الحرية.

فالقاضي في ظل غياب النص التشريعي مطالب بالتعامل مع مفهوم النظام العام بتقرير انضواء المسألة المطروحة عليه تحت غطاء النظام العام أو عدم انضوائها تحته ، اذ ان القاضي يستطيع بوصفه مدافعا عن المصالح الاساسية التي يقوم عليها المجتمع اعتبار قاعدة معينة من النظام العام وان لم ينص المشرع على اعتبارها بهذا الوصف. بل يمكنه ابطال عقد اذا ترآى له انه يهدر أو يتعارض مع مصلحة اساسية للمجتمع. [24].

فالقاضي لا ينشئ النظام العام ، وانما يبحث عنه ويستخرجه من بين ثنايا القوانين الوضعية التي تحت يده وهو نظام عام تقديري يظهر في حال غياب النظام العام التشريعي او النصي. [25]..لأن النظام العام لا يستمد من النصوص القانونية ، وانما أيضا من المبادئ العامة التي تهيمن على افراد المجتمع باعتبار الفرد جزء من مجتمعه وان تحقيق المصلحة العامة هي الهدف الاسمى للقانون[26].

وقد منح المشرع العراقي القاضي سلطة الرقابة على محل العقد ، اذ يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا أو مخالفا للنظام العام ، فتحت واجهة النظام العام يمكن للقاضي استعمال سلطته في ابطال العقد[27].. كما منح تلك السلطة اذا تبين له عدم مشروعية

السبب أو تخلفه ، فعن طريق مراقبة القاضي لمحل وسبب العقد يمكن أن يقرر مدى مخالفته للنظام العام.

فالرقابة على العقد ليس مصدرها التشريع فحسب ، وانما منح المشرع القاضي حق التدخل في العقد متى ما كان مخالفا للنظام العام ، وهذا ما نصت عليه المادة (1133) من القانون المدني الفرنسي من ان" السبب يكون غير مشروع عندما يحظره القانون أو عندما يخالف الآداب العامة أو النظام العام".

ولما كانت قواعد النظام العام متغيرة ومتطورة تبعا لتطور المجتمع ، فأن هذا التطور قد هيأ لهذه القواعد أن تكون الثغرة التي تسمح للعوامل الاقتصادية والاجتماعية لأن تدخل للبناء القانوني ، فتؤثر فيه وتجعله مسايرا لهذا التطور ، وقد اختير القاضي لهذه المهمة ، ويكاد يكون مشرعا في دائرتها. [28]

كما الزم المشرع الفرنسي الافراد بعدم مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة في اتفاقاتهم الخاصة[29]..وقضت محكمة النقض الفرنسية " ان دعوى الرجوع عن الهبة لعلة الجحود ، لا يمكن للواهب أن يرجع عنها قبل وقوع فعل الجحود كونها تتعلق بالنظام العام[30].

والمشرع العراقي سن العديد من النصوص القانونية التي تكفل للقاضي التدخل بمقتضاها في العقد كلما لاحظ النيل من كل مصلحة تهم النظام العام هادفا من ذلك تحقيق مصلحة عامة. [31] وهذه النصوص التشريعية تؤكد بجلاء حرص المشرع على ملاحقة العقود التي يجد فيها القاضي انتهاكا لمصلحة عليا.

ووفقا لما تقدم يستطيع القاضي أن يحتمي بالمصلحة العامة لغرض التدخل في تعديل العقد والنيل من انحرافه عن النظام العام ، الا ان هذا التدخل ينبغي أن لا يكون وسيلة لانتهاك ارادة المتعاقدين ، أو أن يكون بديلا عنها ، بل ينبغي توخي الحذر في تحقيق موازنة من نوع خاص.

المبحث الثالث

The Third Topic

التدخل القضائي في مضمون العقد

Judicial Intervention in the Content of the Contract

لما كان الانسان كائن اجتماعي ، ويحتاج لإدامة متطلباته الحياتية الى تعاونه مع الانسان الآخر ، والا تحولت حياته الى مشقة لا يستطيع المضي فيها ، ووسيلته في هذا التعاون وتبادل المنفعة هي" العقد " الذي يصاحبه صباح مساء وفي حله وترحاله.

ولكي يؤمن وفاء المتعاقد الآخر بالتزاماته ، وتحقيق المصلحة المشتركة بينهما ، فأنه يعمد الى تضمين العقد شرطا ماليا كجزاء على اهماله وتعثره في اتمام مسيرة العقد ، أو تأخره في تنفيذه ، وهو ما يطلق عليه " التعويض الاتفاقي" أو الشرط الجزائي.

أو ان السلعة التي يبتغيها هذا الطرف أو ذاك ذات مساس بحياته اليومية ولا يستطيع الاستغناء عنها ، وهي لدى طرف محتكر لها ، فيفرض عليه شروطه – وغالبا ما تكون محررة وفق نموذج معد سلفا- دون أن يعطيه الفرصة بشأن التفاوض على بنودها ، أو المساومة بشأنها ، فليس امامه سوى طريق واحد هو القبول أو الرفض ، وهذا ما يطلق عليه ب" عقد الاذعان".

وقد منح القانون القاضي سلطة التدخل في هذين العقدين ، بأحداث تعديل فيهما من داخل العقد ، ليصبحا اكثر ملائمة من حيث العدل والانصاف من ذي قبل، واعادة العقد الى طبيعته في سعيه لتحقيق العدالة التعاقدية ، فهدف القاضي هو تصحيح التوازن بين الالتزامات التعاقدية ، بما يمليه العدل والمنطق.

وسنتولى عرض ذلك في مطلبين ، حيث سيكون المطلب الاول مخصصا لتدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي ، فيما سيكون تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان موضوعا للمطلب الثاني.

المطلب الأول
The First Requirement
تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي
Judicial Intervention in the Modification of the Penalty Clause

قد يعمد الطرفان المتعاقدان – من اجل ضمان تنفيذ العقد- ادراج شرطا جزائيا فيه وذلك بتحديد مبلغ مالي كجزاء على اهمال الطرف الآخر في تنفيذ العقد، والشرط في ذلك أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب.

والهدف من وراء ذلك هو ضمان الحصول على هذا التعويض دون الحاجة للجوء الى القضاء ، وتحمل نفقاته واجراءاته الطويلة ، واثبات وقوع الضرر من عدمه.

ولكن ما هو الشرط الجزائي ، وشروط استحقاقه ، وكيفية اعماله عند عرض النزاع على القضاء؟.

سنتناول ذلك في ثلاثة بنود:

البند الاول: تعريف الشرط الجزائي:

لنسلم اولا ان التشريعات العربية اختلفت في هذه التسمية ، فقد ذهب المشرع العراقي والمصري الى تسمية ذلك ب " التعويض الاتفاقي : اما المشرع الفرنسي واللبناني فقد اطلقا تسمية " البند الجزائي" ، فيما اطلق المشرع التونسي عليه " الشرط التغريمي".

ومهما كانت التسمية التي اطلقت عليه فهو لا يعدو عن كونه اتفاق بين اطراف العقد على تحديد التعويض مسبقا كجزاء على تخلف أحد الطرفين عن الوفاء بالتزامات العقد.

وعرفته المادة (1226) من القانون المدني الفرنسي بأنه" البند الذي يلتزم شخص بموجبه ، لأجل ضمان تنفيذ اتفاقية ، بأداء شيء في حال عدم التنفيذ".

فالشرط الجزائي أو " التعويض الاتفاقي " ما هو في حقيقته الا تعويض مقدر مسبقا قد استبقا فيه طرفي العقد القضاء في تقديره ، تحاشيا لإجراءاته الطويلة ، وللزمن الذي يستغرقه نظر الدعوى.

ولا يلزم ذكره في الاتفاق الاول حتما ، وانما يمكن أن يرد في صك لاحق ، اذ قد لا يفطنا المتعاقدان الى ذلك ابتداء ، وانما قد اهتديا اليه لاحقا ، وهذا ما أكدته المادة (170) من القانون المدني العراقي ، والمادة (266) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

وهو تقدير جزافي ، بمعنى انه مجرد نبوءة ، عما قد يعترض طريق العقد من عوائق قد ينتج عنها تعطيل مسيرته ، فما قدر من مبلغ لا يمثل في كل الاحوال ، مقدار الضرر الفعلي ، وانما هو محاولة لاستباق حصول الضرر ، وربط ذلك بتعويض عالي التقدير ، ربما يكون من باب حث اطرافه على العمل حثيثا لإنجازه وفقا لما اشتمل عليه ، تجنبا لدفع التعويض الذي يعلمان مسبقا انه قد لا يحصل الضرر بمقداره.

ووضع الشرط الجزائي في صلب الاتفاقات المبرمة ، هو من باب الحرية التعاقدية التي يملكها الافراد استنادا لمبدأ سلطان الارادة ، والعقد شريعة المتعاقدين ، اذ لا يخرقان في ذلك النظام العام والآداب ، ولكن لم يجعل المشرع من هذا الاتفاق قانونا لا يجوز نقضه أو تعديله ، وانما تدخل فيه بالشكل الذي يؤمن العدالة التعاقدية.

البند الثاني- شروط استحقاق التعويض:

لا يكفي ان يتفق اطراف العقد على تقدير التعويض مسبقا وتعيينه بمبلغ مالي معين ، وانما يجب توافر الشروط الآتية:

1- يجب أن يكون العقد الاصلي صحيحا:

لكي ينتج الشرط الجزائي آثاره والمتمثلة بتعويض المتعاقد الآخر ما تم الاتفاق عليه من مبلغ مالي كجزاء على عدم تنفيذ العقد ،فأنه يلزم أن يكون العقد المتضمن لهذا الشرط صحيحا ، فاذا كان باطلا – كما في بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري- ، فأن وجود الشرط الجزائي لا يولد آثاره ، والسبب في ذلك ، ان الشرط الجزائي التزام تبعي ، فاذا كان العقد باطلا ، فأن الشرط يبطل هو الآخر.

في وقت لا يتأثر فيه الالتزام الاصلي بعدم مشروعية الشرط الجزائي ، باعتباره فرعا ، وتابعا للالتزام الاصلي. .[32] ولكن فسخ العقد بناء على طلب الدائن لعدم تنفيذ المدين لالتزامه ، يمنع الدائن من المطالبة بالشرط الجزائي على اعتبار ان الفسخ يزيل العقد بأثر رجعي الى حين انعقاده ، فاذا زال العقد وهو الالتزام الاصلي ،فلم يعد الالتزام الاصلي قائما[33].

وقد اشارت الى ذلك بصريح العبارة المادة (1227) من القانون المدني الفرنسي ، اذ اعتبرت بطلان الالتزام الاصلي بطلان للبند الجزائي ، ولا يؤدي بطلان هذا الاخير أبدا الى بطلان الالتزام الاصلي ، ولم يتعرض التعديل الاخير لهذا المبدأ.

واذا ابطل الشرط الجزائي ببطلان الالتزام الاصلي ، فلا يحكم بالتعويض المقدر في العقد ، وانما يصار الى التعويض وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على الدائن. [34].

2- ان يكون هناك ضررا قد لحق الدائن.

لا يكفي لاستحقاق التعويض المقدر مجرد ثبوت عدم تنفيذ المدين لالتزامه الذي تعهد به ، فالتعويض وان قدر من قبل طرفي العقد ، الا ان ذلك يعني وجوب توافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، فبدون هذا الثالوث لا يستحق الدائن تعويضا يذكر.

والخطأ هو اخلال بالتزام قانوني في اطار المسؤولية التقصيرية ، واخلال بالتزام عقدي في المسؤولية العقدية ، ويقوم على ركنين : اولهما الركن المادي ، ويتحقق بانحراف السلوك عن مساره الصحيح ، أي تعمد الشخص الاضرار بالغير ، وثانيهما : الادراك ، وهو ان كون من قام بالخطأ عالما ومدركا لما قام به من عمل[35].

ويجب أن يقود هذا الخطأ الى ضرر يلحق الدائن ، اذ لا يترتب على كل خطأ ضرر ، فالشرط الجزائي كتعويض عن الاخلال بالعقد يدور وجودا وعدما مع الضرر. [36].

والضرر الذي يستوجب التعويض هو الضرر الحال المباشر ، وليس الضرر المحتمل ، أي ان المطالبة بالشرط الجزائي كجزاء عن ضرر الحقه المتعاقد الآخر به يجب أن يكون نتيجة مباشرة للخطأ الذي ساهم المدين في حصوله.

ولهذا استبعد المشرع استحقاق التعويض الاتفاقي اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، ولم يجز المشرع الاتفاق على استحقاق الشرط الجزائي حتى وان لم يصب الدائن أي ضرر ، اذ اعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام ويقع باطلا[37]..

ولا يكفي ان يكون هناك خطأ وضرر لاستحقاق التعويض ، وانما يقتضي أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ المرتكب ، بمعنى توافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، فاذا اثبت المدين ان الخطأ قد حصل بسبب اجنبي لا يد له فيه ، أو قوة قاهرة ، أو خطأ الغير ، أو عدم تنفيذ الدائن لالتزامه ، فلا محل للأخذ بالشرط الجزائي.

ويفهم ذلك من الاشارة الى المادة (168) مدني التي وجب المشرع مراعاة أحكامها والتي تستبعد الحكم بالتعويض اذا كان الاخلال بالالتزام راجعا الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه ، أو تأخر الدائن في تنفيذ التزامه.

الا ان استبعاد الشرط الجزائي وعدم الحكم به في حالة القوة القاهرة أو السبب الاجنبي يجوز مخالفته ، اذ يعد ذلك من قبيل اشتراطات التشديد في المسؤولية. [38]

3 – اعذار المدين:

اشترط المشرع لاستحقاق التعويض المتمثل بالشرط الجزائي الى اعذار المدين ، ويفهم ذلك من الاشارة الى المادة (256) من القانون المدني ، والتي تشترط لاستحقاق التعويض اعذار المدين. فالأعذار شرط لقبول دعوى التعويض ، الا اذا توفرت حالة من حالات الاعفاء من الاعذار الواردة بالمادة (258) من القانون المدني.

ولم يعين القانون الطريقة التي يوجه بها الاعذار ، فقد يكون عن طريق الكاتب العدل ، أو بأي طلب كتابي ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذورا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى انذار (م257) من القانون المدني.

ويمكن أن ينتج الانذار عن رسالة عادية اذا كان يستفاد منها مطالبة واضحة بإتمام الالتزام (م1146) من القانون المدني الفرنسي. وترى محكمة النقض الفرنسية بأنه" يحق للعاقد عندما يكون عدم التنفيذ اكيدا ومسببا ضررا له ، أن يحصل على تعويضات بالرغم من عدم توجيه انذار "[39].

والغاية من الاعذار هو اثبات حالة التخلف عن تنفيذ الالتزام ، ويرمي الانذار المرسل الى المدين تكليف هذا الاخير بتنفيذ موجبات العقد التي تخلف عنها ، وان يتضمن مهلة معقولة لتنفيذ التزاماته ، وان يتم تبليغه الى المدين بالذات. [40]..

ويبدو واضحا أن تلكؤ المدين لوحده في تنفيذ التزامه لا يكفي لاستحقاق الشرط الجزائي مالم يعذر بوجوب تنفيذ هذا الالتزام ومنحه المهلة الكافية لكي يتأكد وعلى نحو واضح اثبات تأخر المدين في الوفاء بالتزامه ، كما يظهر رغبة الدائن في وجوب تنفيذ المدين لالتزاماته.

البند الثالث- اعمال الشرط الجزائي عند عرضه أمام القضاء.

ان الشرط الجزائي – وان كان اعمالا – لمبدأ الحرية التعاقدية التي اتاحها المشرع للأفراد لأن يضمنوا اتفاقاتهم ما شاءوا من شروط ، الا ان ذلك لا يعني انها بعيدة عن تدخل القضاء من اجل اقرار العدالة التعاقدية التي ينشدها القانون ، فسمح المشرع للقاضي التدخل في ذلك من اجل المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقد ، وأن لا تؤدي مثل هذه الشروط الى الاثراء دون سبب.

وسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تتمثل في استبعاده أو تخفيضه. او زيادته:

1- استبعاد الشرط الجزائي.

عندما يعرض النزاع بشأن الشرط الجزائي أمام القاضي ، فأن مهمته هي تفحص النزاع المعروض ، اذ يتوجب عليه أن يحدد الخطأ الذي ارتكب والضرر الذي تحقق والارتباط الحاصل بين الخطأ والضرر.

فاذا وجد ان لا خطأ قد ارتكب ، ولا ضرر قد تحقق ، أو ان الضرر الذي حصل لم يكن بإرادة المدين وانما لسبب اجنبي عنه [41]، أو ان الدائن أصلا لم يقم بتنفيذ التزامه ، أو ان ثمة خطأ قد ارتكبه المدين الا انه لم يقابله ضرر قد لحق بالدائن ، فأن استبعاد الشرط الجزائي يصبح أمرا مؤكدا.

وعدم الحاق ضرر بالدائن مكلف المدين بإثباته [42] ، فعبء الاثبات يقع على عاتقه ، وهو ما قررته الفقرة (2) من المادة(170) من القانون المدني العراقي. فالقاضي ليس مكلفا بإثبات الضرر ومقداره ، وانما يحكم وفقا لما اتفق عليه المتعاقدين ، الا اذا دفع المدين بأن الدائن لم يصبه ضرر، فيقع على عاتق القاضي التحقق من ذلك.

وهناك من يرى ان اتفاق الطرفين المتعاقدين لم يكن مبنيا على حصول ضرر لاستحقاق التعويض ، وانما استحقاق قيمة الشرط الجزائي مرتبط بعدم التنفيذ أو التأخر عن التنفيذ دون الالتفات الى حصول الضرر من عدمه ، فاستحقاق الشرط الجزائي يجد ضالته لمجرد التأخر في التنفيذ. [43]

2- تخفيض الشرط الجزائي.

لم يكتف المشرع بمنح القاضي سلطة استبعاد الشرط الجزائي اذا ما اثبت المدين بأن لا ضرر قد أصاب الدائن ، وانما اجاز له تخفيض الشرط الجزائي في حالتين:

الحالة الاولى: اذا كان التقدير فادحا.

لا يكفي لانقاص قيمة الشرط الجزائي أن يكون المبلغ المقدر كتعويض يفوق الضرر الذي ترتب على ذلك ، وانما يجب أن يكون التقدير فادحا (في وصف المشرع العراقي) ومبالغا فيه (في وصف المشرع المصري) على اعتبار ان السلطة التي منحها المشرع للقاضي ، انما هي استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي حرص المشرع على التقيد بها واحترامها ، الا اذا اصبح التقدير فادحا مما يستوجب تدخل القضاء في هذه الحالة. . [44] والتقدير الفادح هو التقدير الكثير.

وليس بالضرورة أن يكون التخفيض الذي يلجأ اليه القاضي مساويا للضرر الذي وقع فعلا ، وانما يكفي أن يكون متناسبا معه من حيث الجسامة ، اذ يكفي التخفيض أن يساهم في محصلته النهائية في أن لا يعرض الدائن الى خسارة كبيرة.

ويقتضي عدم المبالغة في تقدير الشرط الجزائي ، اذ الاصل انه كان تقديرا يراد منه جبر الضرر ، فاذا تجاوز ذلك فيعتبر بمثابة عقوبة جزائية ،فالتعويض الذي لا يتناسب مع الضرر يعد شرطا عقابيا. [45]

وقد اجاز القانون المدني الفرنسي في تعديله لعام (2016) للقاضي ولو من تلقاء نفسه انقاص الجزاء المتفق عليه اذا كان باهضا رغم ان الفقرة الاولى من المادة (5/1231) من القانون لم تجز منح الطرف الآخر مبلغا يزيد او ينقص عن المبلغ المتفق عليه.

الحالة الثانية- **التنفيذ الجزئي للالتزام**.

ان الهدف من وضع الشرط الجزائي في صلب العقد المبرم أو في اتفاق لاحق ، انما يراد منه حث الطرفان على تنفيذ الالتزام والوصول به الى غايته النهائية والتي تحقق للطرفين مبتغاهم من هذه الرابطة العقدية.

وتنفيذ جزء من الالتزام خير من عدم الوفاء به اجمالا ، فاذا تأيد للقاضي – وهو ينظر النزاع – ان المدين قد نفذ جزء من التزامه ، فيتعين عليه أن يحتسب مبلغ التعويض على اساس الجزء الذي قام بالوفاء به ، أي تخفيض الشرط الجزائي بنسبة ما انجزه من الالتزام.

وهذا ما عالجه المشرع المدني الفرنسي في تعديله الاخير ، اذ اجاز للقاضي أن يخفض الجزاء المتفق عليه وذلك بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من هذا التنفيذ الجزئي ، ولم يسمح التعديل بالاتفاق على خلاف ذلك[46].

ولكن ذلك ليس قاعدة عامة تصح في كل الاحوال ، وانما تصح في الالتزامات القابلة للتجزئة ، اما في الالتزامات التي لا يصح فيها التبعيض ، فأن التنفيذ الجزئي لا يحقق للدائن مصلحته ، ويصبح التنفيذ الجزئي كأن لم يكن ، ومن ثم يجب أن يعامل المدين وكأنه لم يف بالتزامه. [47] وهذا يعني ان المتعاقدين لا يعلموا بمقدار قيمة الجزاء المترتب على المدين الا بعد التخلف عن التنفيذ الجزئي على اعتبار ان تحديده مرتبط بمقدار ما تخلف عن تنفيذه[48]. وهذا صحيح ، فالشرط الجزائي – كما عرفنا سابقا- هو تقدير جزافي ، وغير ملائم في اكثر الاحيان مع مقدار الضرر الذي يصيب الدائن.

3- زيادة الشرط الجزائي:

لم يجز المشرع زيادة الشرط الجزائي – كمبدأ عام- اذا تحقق ان الضرر الذي أصاب الدائن هو اكثر من مبلغ التعويض المقدر في العقد ، الا انه اجاز ذلك استثناء في حالة ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما:

والغش هو كل تصرف صادر عن سوء نية قوامه الحيلة والخدعة. [49].

وأما الخطأ الجسيم : فقد عرفه الفقيه الفرنسي بوتييه pothier بأنه" ما يتأدى في عدم بذل العناية والحيطة في شؤون الغير ، بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه"[50].

ولما كان القانون يوجب على المتعاقدين تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وحسن النية تستدعي مراعاة الاخلاص والامانة وتوخي القصد والاعتدال في تنفيذ العقد[51] ، وان عدم مراعاة المدين لما تقدم كان سببا في الحاق الضرر بالدائن ، لذا فأن المشرع اجاز في هذه الحالة زيادة مبلغ الشرط الجزائي بما يتناسب ومقدار الضرر.

وقد اجاز القانون المدني الفرنسي زيادة الشرط الجزائي المتفق عليه في حالة واحدة وهي اذا كان المبلغ المقدر تافها [52]. والتقدير التافه ، وان لم يجري تعريفه ، وانما يمكن أن يقاس على الثمن التافه في المبيع وهو: الثمن القليل جدا بحيث أن عدم تناسبه مع قيمة المبيع تصل حدا يبعث الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول عليه وإن كان قد حصل عليه فعلا، كما لو باع شخص عقارا قيمته مائة مليون دينار بخمسة ملايين[53].

المطلب الثاني

The Second Requirement

تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية

Judicial Intervention in the Modification of Unfair Terms

ان التطور العلمي والتكنلوجي الذي غزا العالم ، ترك تأثيره على الحياة الاجتماعية والاقتصادية للأفراد ، وامتدت حاجة الانسان لسلع لم تكن تثير اهتمامه سابقا ، كما لا تتوقف عليها تمتعه بالحياة المدنية الحديثة ، الا ان الامر لم يعد بهذه البساطة ، وانما اصبحت حاجته لنوع معين من السلع والخدمات أمرا لا يمكن تجاهله.

واذا كان الاصل ان الحرية التعاقدية تتيح للإنسان اجراء مزيد من المفاوضات للحصول على أي من السلع والخدمات ، ويبقى الخيار الاول له في اختيار ذلك أو ايجاد طرف آخر للحصول منه على ذات السلعة بشكل افضل.

الا ان هناك بعض السلع والخدمات لا يمكن الحصول عليها عبر مساومة ومناقشة فيها ، وانما امام هذه الحاجة اليها ليس هناك اكثر من خيار واحد وهو اما القبول بما تم وضعه من بنود من قبل الطرف القوي في هذه الرابطة ، وهي في مجملها ، بنود تعسفية ليس فيها للطرف المتعاقد أي رأي مخالف ، أو رفض التعاقد.

وهذا ما يطلق عليه في القانون ب " عقد الاذعان" وهو العقد الذي يختل فيه التوازن الاقتصادي للعقد وذلك بميله لكفة الطرف القوي ، ولا يراعى فيه أي اعتبار لمكنة هذا الطرف الاقتصادية. وقد عرفته المادة (1110) من القانون المدني الفرنسي المعدل " بأنه العقد الذي تكون شروطه العامة غير القابلة للتفاوض محددة سلفا من قبل أحد الاطراف"

أما المشرع اللبناني فقد اطلق عليه عقد الموافقة ، وهو العقد الذي يقتصر فيه أحد الطرفين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ، ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما تضمنه. [54]

وقد انكر بعض الفقه صفة العقد على عقود الاذعان ، لأنها لا تخضع لما تخضع له العقود من مناقشة ومساومة ، اذ يفتقد الى التوافق بين اطرافه وحريتهم في التوصل لبنوده. (55). فهو اقرب الى الارادة المنفردة منه الى العقد.

فيما يرى فقهاء آخرين بأن عقد الاذعان ، عقد اكتملت فيه كل شروط القانون ، ونشا بتوافق ارادتين ويخضع الى ما تخضع اليه سائر العقود ، وان الاكراه الاقتصادي الذي ذهب اليه بعض الفقه ،غير معتبر في العلاقات التعاقدية ، فهذا نوع مغاير لمفهوم الاكراه الذي يعيب الارادة. (56)

وقد واجهت التشريعات المعاصرة هذه المسألة بعناية من حيث منح القضاء سلطة التدخل في العقد وتعديل الشروط التعسفية بالشكل الذي يحقق العدالة ويحمي الجانب الضعيف في العلاقة التعاقدية.

وقد اجازت المادة (167) من القانون المدني العراقي للقاضي تعديل الشروط التعسفية أو الاعفاء منها ،وسنتناول ذلك في بندين:

البند الاول: تعديل الشروط التعسفية:

الشرط التعسفي هو الشرط الذي تم كتابته مسبقا دون أن يشارك الطرف الآخر في صياغته أو المساومة عليه ، وانما يفرض عليه فرضا دون تمكينه من المجادلة فيه ، ويشتمل على احكاما منافية للعدالة.

وميزة العقد الذي يتضمن الشروط التعسفية هو ان محل العقد من سلع أو خدمات لا يمكن الحصول عليها من جهة اخرى ، وانما هي جهة محتكرة للسلع والخدمات ، فاذا كانت السلعة مما يمكن الحصول عليها من متعاقد آخر ، فلا نكون أمام عقد اذعان ، كما لا نكون أمام تدخل للقضاء فيه .

فما يجب أن يلاحظه القاضي عند نظر النزاع المرفوع امامه ، هل انه بمواجهة عقد اذعان قد خضع فيه أحد اطرافه الى املاءات الطرف الاخر دون نقاش أو مفاوضة ، أم انه عقد تم بمواجهة طرفين متكافئين .

واذا ما وجد القاضي ان العقد المعروض يحتوي على شروط تعسفية ، وان هذه الشروط تعصف بالعلاقة المتوازنة التي يجب أن تسود العقد ، فأنه يعمل على ازاحة البنود التعسفية بالشكل الذي لا يضمن المساواة التامة في الالتزامات ، وانما يجعل العقد أقرب الى العدالة التعاقدية ، لأن عدم المساواة امرا لا يمكن نكرانه في العقود.

وان ما يواجه القاضي عند تصديه لهذه المسألة ليست البنود التعسفية التي قرر لها القانون هذا الوصف ، فعمله في هذه النقطة لا يتعدى تطبيق القانون

فحسب ، وانما المواجهة الصعبة ازاء بنود يرى القاضي انها تعسفية ، اذ يجب أن يتجلى له ذلك من خلال دراسة كافة بنود العقد ، وتحديد أي من البنود الواردة فيه تخل بما يجب أن يسود هذه العلاقة من تعادل نسبي يبعد الهيمنة الراجحة لطرف على آخر.

وهذا ما عالجه المشرع الفرنسي، اذ اعتبر كل شرط يحدث اختلالا واضحا في التوازن بين حقوق والتزامات اطراف العقد كأن لم يكن. [57]وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد استبعد عن القاضي سلطة التعديل ، رغم ان ثمة حالات قد يكون فيها التعديل هو الحل المناسب لتوفير الحماية للطرف الضعيف..

وسلطة القاضي في التعديل ليست مطلقة ، وانما هي سلطة تخضع لرقابة محكمة التمييز باعتبار ان وصف هذا البند أو ذاك من البنود التعسفية يعتبر من قبيل القانون الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا.

ولكن هل يشترط لتدخل القاضي في تعديل الشرط التعسفي أو الغاءه أن يكون الطرف المذعن عالما بهذا الشرط عند ابرام العقد ، أم لا يشترط ذلك.؟

الواقع ان هناك من يرى ذلك ، فالطرف الذي لم يعلم بالصفة التعسفية للشروط التعسفية هو اجدر بالحماية ممن لا يجهلها ، فقبوله بها على الرغم مما اشتملت عليه من تعسف يعني انه كان راضيا بالآثار الناتجة عنها ، مما يعني عدم جواز تدخل القاضي استقرارا للمعاملات[58]. الا ان هذا التوجه لا يتفق مع ما قررته التشريعات من مبدأ عام في لجوء القضاء الى التدخل ألا وهو تحقيق العدالة ، فالفيصل في تدخل القاضي في تعديل أو الغاء الشروط التعسفية هو اعادة التوازن للعقد الذي اختل ميزانه لصالح الطرف القوي فيه ، دون النظر فيما اذا كان الطرف الضعيف في العقد عالما بتلك الشروط أو جاهلا لها.

اضف الى ذلك ان المشرع قد اعتبر أي اتفاق يسلب القاضي سلطة التدخل في العقد باطلا ، مما لا يترك مجالا للشك في ان العلم بالشروط التعسفية أو الجهل بها لا ينتج اثرا في هذه السلطة.

البند الثاني: الاعفاء من الشروط التعسفية:

لم يكتف المشرع بمنح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان ، وانما منحه سلطة الاعفاء منها أيضا.

ويعود السبب في ذلك الى ان هذه الشروط قد تكون مرتبطة بعضها بالبعض الآخر دون امكانية الفصل فيها ، أو استحالة التوفيق بينها عند اجراء التعديل ،

لذا يعمد القاضي الى اعفاء الطرف المذعن منها ، وهذا ما يحقق العدالة المطلوبة[59].

ولم يضع المشرع معيارا محددا للكشف عن التعسف الذي يستبطنه العقد ، ولكن ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية ، وحسبما يتجلى له من الوقائع المعروضة عليه.

والرخصة التي منحها المشرع للقاضي سواء أكان ذلك في التعديل أو الاعفاء ليست وجوبية ، وانما له – حتى مع وجود الشرط التعسفي – عدم استعمال هذه الرخصة ، فالأمر يختلف من عقد اذعان الى آخر ، حسب ظروف وطبيعة كل عقد ، اذا رأى ان ذلك يعرض مصلحة المشروع للخطر ، فيراعي في ذلك الهدف الاقتصادي للمشروع مضحيا بمصلحة الفرد من اجل المصلحة العامة.[60] وهذا واضح من نص المادة (167) من القانون المدني العراقي ، والتي لم تلزم المحكمة ، وانما اجازت لها استعمال هذه الرخصة.

والمشرع العراقي – كحال التشريعات العربية الاخرى- لم يضع ضوابط معينة للشروط التعسفية يمكن أن تسهل للقاضي عمله في تحديد الشرط التعسفي ، مثلما اعتمدت ذلك بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي والالماني في اطار عقود الاستهلاك ،حيث اتبعت بعض الاساليب لضبط هذا النوع من الشروط ، ومنها اعداد قوائم تحتوي على انواعا للشروط ، واعتماد لجان متخصصة في تحديدها.[61] ونرى ضرورة ذلك حتى وان كان على سبيل التمثيل ليهتدي بها القاضي عند البحث عن معيار للتعسف.

وازاء التطور الكبير في مجال التجارة الالكترونية التي غالبا ما تكون العقود فيها محررة بشكل عقود نموذجية وتحتم على من يرغب بالتعاقد أن يقبل بها أو يرفضها ، فأن ذلك يتطلب أن تمتد يد القضاء الى التدخل فيها بهدف حماية حق المستهلك في ظل تنامي هذا النوع من التجارة.

وتدخل القاضي في تعديل أو الغاء الشروط التعسفية لا يتطلب دفعا من الطرف المطلوب حمايته ، وانما اجاز المشرع للقاضي هذه السلطة متى تضمن العقد المعروض امامه شروطا تعسفية قد سلبت من الطرف الضعيف قدرته على المناقشة والمساومة فيه.

ورغم ما عرضناه من سلطة للقاضي في تعديل العقد في مضمونه أو شروطه ، الا اننا لا نزال نرى أن المشرع بحاجة الى توسيع سلطة القاضي في هذا المجال في ظل التوسع الكبير والواسع في ابرام العقود ، وامتداد نطاقه الى ميادين كثيرة في الحياة العملية.

الخاتمة

Conclusion

بعد ان انهينا بحثنا هذا ، نجمل اهم الاستنتاجات والمقترحات وكما يأتي:

اولا- الاستنتاجات Conclusions :

لقد هيمنت الارادة المنفردة على الحياة القانونية منذ زمن طويل ولا زالت ، الا انها ليست بذات الدرجة السابقة ، وانما قلصت المذاهب الاجتماعية الى حد كبير هذه الهيمنة ، واصبح للقضاء دورا في الحد منها.

وقد عارض الفقه تدخل القضاء في تعديل العقد ، واعتبر ذلك مساسا بأهم القواعد القانونية المتمثلة ب " العقد شريعة المتعاقدين" وانه يعتبر قانونا بالنسبة لطرفي التعاقد ، ولا يجوز المساس به بنقضه أو تعديله الا برضا اطرافه أو بنص القانون. لذا يعد تدخل القاضي في تعديل العقد خرقا لهذا المبدأ المستقر في العلاقات التعاقدية.

كما يستند أصحاب هذا الرأي الى مبدأ " القوة الملزمة للعقد" والذي يقوم على أساس اخلاقي وهو الوفاء بالعهود ،كما ان ضرورات استقرار المعاملات تفرض الالتزام بالعقد وصولا الى غايته التي ينشدها طرفيه ، وهو تحقيق المصالح المتبادلة ، والامن القانوني.

الا ان ذلك لم يستمر طويلا ، فسرعان ما عصفت التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية بهذا الثبات الذي يرى اصحابه عدم امكانية زحزحته ، وظهرت الحاجة الى التدخل القضائي في العقد بالنظر للتوسع الكبير الذي حصل في النشاطات الاقتصادية سواء أكان ذلك من قبل الافراد أو الشركات ، اذ لم يعد التكافؤ بين اطراف العلاقة العقدية قائما ، وانما ثمة هيمنة ظاهرة ، وثمة طرف ضعيف وآخر قوي ، مما ولد الحاجة الى حماية الاطراف الضعيفة حفاظا على التوازن الاقتصادي للعقد.

وتدخل القاضي في العقد قد اباحته تشريعات كثيرة ، ومنها التشريع العراقي واللبناني والمصري والفرنسي ، وأخذ هذا التدخل صورتين ، اولهما تعديل العقد اذا كان ثمة شروط تعسفية يمكن تعديلها بالشكل الذي يزيل فيه القاضي تعنت الطرف القوي في هذه العلاقة ، وثانيهما : الاعفاء من كافة الشروط التعسفية اذا وجد القاضي ان هذه الشروط مترابطة لا يمكن الفصل فيما بينها ، أو انها جميعا تحمل معنى التعسف.

وتحسبا لما يقد يفرضه الطرف القوي أو المحتكر من شروط بموافقة الطرف الآخر ، فأن المشرع اعتبر كل شرط من هذا القبيل باطلا ولا يعتد به.

ولم يقتصر الامر على ذلك، وانما اباح المشرع التدخل حتى في حلة اتفاق طرفي العقد على تعويض مسبق لما قد ينجم عن العقد من ضرر لأحدهما ، اذ اجاز للقاضي تخفيض هذا التعويض ، أو حتى زيادته في احوال اخرى.

ثانيا- المقترحاتRecommendations :

ا- ان المشرع وان تجاهل تعريف البنود أو الشروط التعسفية في العقد ، فأن الامر يستوجب أن يحدد أو يعين البنود التي يمكن وصفها بالتعسفية كمعايير تعين القاضي على تلمس الطريق للاهتداء بها عند وقوفه أمام تلك الشروط. وهو ما فعلته تشريعات اخرى ، حتى وان كان ذلك على سبيل التمثيل وليس الحصر..

2- بالنظر لاتساع وتنامي التجارة الالكترونية ، وما تشتمل عليه عقودها من شروط محررة مسبقا وقد تكون موضوعة على موقعها الالكتروني ، ودون أن تسمح بمناقشتها فيها ، فأن المشرع مدعوا لحماية المستهلك من شروطها التعسفية وذلك بتدخل القاضي في تعديلها أو الاعفاء منها.

الهوامش
Endnotes

(1)- خولة بوراوي ، التعديل القضائي للعقد ، ط1 ، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المختص وتوزيعه ، تونس ، 2021 ، ص18.

(2)- د. عبد الحميد فوده ، مبدأ سلطان الارادة بين القانون الروماني والفقه الاسلامي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة 1996 ،ص14.

(3)- د. صوفي حسن ابو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية –مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، 1984، ص457.

(4)- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الاول- نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ، 2011 ، ص96-97.

(5)- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج2 ، ص279-280.

(6)- د. توفيق حسن فرج ، النظرية العمة للالتزام في مصادر الالتزام ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2008 ، ص291.

(7)- د. عايد فايد عبد الفتاح فايد ، تعديل العقد بالإرادة المنفردة – محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن ، دار الكتب القانونية – مصر ، 2010 ، ص23.

(8)- خولة بو راوي ، مصدر سابق ، ص31.

(9)- د. عبد الحي حجازي ، اثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد ،مجلة القضاء والقانون ، السنة الثانية ، العدد الاول- الكويت ، 1971 ، ص18.

(10)- نقض مدنية 6 آذار/ مارس 1876 ، دالوز 2009 ، ص1063. (كان ذلك قبل تعديل عام 2016).

(*1)- د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج1 ، العقد مع مقدمة في موجبات المدنية ، مؤسسة يحسون للنشر والتوزيع – بيروت ، 1995 ، ص105.

(*2)- د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص106.

(*3)- د. عايد فايد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص36.

(*4)- د. محمد حسين قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد بالغة العربية ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ، 2018 ، ص8.

(*5)- ينظر المادة (1195) من القانون المدني الفرنسي المعدل عام(2016).

(*6)- ينظر المادة (2/146) من القانون المدني العراقي. وقد دعا قانون اصلاح النظام القانوني في العراق رقم (35) لسنة 1977 الى " تغليب العلاقات القانونية على صفة العلاقات العقدية والتوسع في اقرار المسؤولية عن حكم القانون في دائرة العقود وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقات العقدية " كما حث على " التركيز في العقود على التوازن بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها ، وابطال ما يخالف ذلك وجواز تعديل العقد من قبل القاضي بما يحقق هذا التوازن ومنع التصرف في الحقوق المتنازع فيها وذلك تحقيقا للعدالة ومنعا للتحكم وغضا من شوكة سلطان الارادة في دائرة العلاقات العقدية اذ اصبحت مصدرا للاستغلال".

(*7)- ينظر المادة (2/147) من القانون المدني المصري.

(*8)- د. حسن كيرة- المدخل الى القانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ،2014 ، ص46.
(*9)- د. عبد الرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، المجلد الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت ، 2008 ، ص399-400.
(20)- ينظر المادة (2/130) من القانون المدني العراقي.
(21)- د. علاق عبد القادر ، اشكالية تحديد مفهوم للنظام العام ، مجلة المعيار ، المجلد العاشر ، العدد 4 ديسمبر -2019 ، ص8.
(22)- د. عبد الرزاق السنهوري ، د. أحمد حشمت أبو ستيت ، اصول القانون ، دار الفكر العربي – القاهرة ، 1979 ، ص153.
(23)- د. اسيد حسن الذنيبات مفهوم النظام العام واشكالات تطبيقه ونطاقه في تنظيم القانون المدني الاردني للتامين ، المجلة الاردنية للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد (12) العدد(3) ، السنة 2020 ، ص42.
(24)- خولة بوراوي ، مصدر سابق ، ص106.
(25)- شامي يسين ، لقاء عبد علي ، دور النظام العام في تحقيق العدالة التعاقدية ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، المجلد (6) - العدد (1) ، ص 1040.
(26)- خليل ابراهيم خليفة ، هل يجوز للمحكمة أن تعدل العقد المخالف للنظام العام، مجلة العدالة ، العدد الاول- السنة السادسة ،1980، ص109.
(27)- ينظر المادة (1/130) من القانون المدني العراقي.
(28)- د. احمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، مطبعة مصر ، 1945 ، ص161.
(29)- ينظر المادة (6) من القانون المدني الفرنسي.
(30)- نقض مدنية 1، 22 تشرين الاول: اكتوبر 1977 ، دالوز 2009 ، ص46.
(31)- ينظر المواد (130 و131و 287و704) من القانون المدني العراقي., وترى المحكمة الاتحادية العليا " اذا ما اريد معرفة ما اذا كان التصرف مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة فيلزم الرجوع الى التشريعات كافة لمعرفة ما اذا كان التصرف محظورا بنص من عدمه ، فاذا لم يوجد نص فيقتضي الرجوع الى القضاء فهو الذي يقرر ما اذا كان التصرف مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة وذلك في ضوء القواعد المجتمعية التي توافق عليها افراد المجتمع في زمان ومكان معينيين ، لأن مفاهيم النظام العام والآداب العامة تختلف زمانا ومكانا". رقم القرار 63/ اتحادية /2012 في 10/11/ 2012 ، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا https://www.iraqidevelopers.com/iraqfsc/ar/node/392 تاريخ الزيارة 2025/2/3.
(32)- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج2 ، أحكام الالتزام ، المكتبة القانونية – بغداد ، ص35.
(33)- د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر نفسه ، ص35.
(34)- د. جورج الاحمر ، وجود البند الجزائي ، ط1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب- لبنان ،2019 ، ص12.
(35)- د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص882.

(36)- قرار محكمة التمييز بالعدد 880/م/2003 في 2003/1/22 (غير منشور).
(37)- ينظر المادة (170) من القانون المدني العراقي.
(38)- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، آثار الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2011، هامش 1 ، ص859..
(39)- نقض مختلطة 6تموز/ يوليو 2007، دالوز 2009 ، ص1101.
(40)- د. جورج الاحمر ، الانذار في اطار الغاء العقد لعدم التنفيذ ، ط1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب- لبنان ،2018 ، ص17-18.
(41)- قضت محكمة التمييز بأن المدعى عليه قد منع من مزاولة حق عرض الاعلانات التجارية على شاشة السينما استنادا لكتاب وزارة الاعلام المرقم 4792 في 1972/12/18 وبذا استحال على المدعى عليه تنفيذ العقد لسبب اجنبي لا يد له فيه (م168) مدني ، رقم القرار 227/م2/1974 في 1974/7/23 ، النشرة القضائية ،العدد الثالث ، السنة الخامسة ، 1977 ،ص 36.
(42)- وقد اثير بشأن تكليف المدين بإثبات عدم وقوع ضرر للدائن خلافا اثناء مناقشات مشروع القانون المدني العراقي ، اذ الاصل أن يكلف الدائن بإثبات ان هناك ضرر قد لحق به ، الا ان رئيس اللجنة (د. السنهوري) قد بين في معرض رده على هذا الاعتراض بأن ذلك صحيح لو لم يتم الاتفاق على قيمة التعويض ابتداء لأن "1- المتعاقدين قد فرضا فرضا قابلا لإثبات العكس ان اخلال المدين بالتزامه يلحق ضررا بالدائن 2- انهما فرضا ايضا فرضا قابلا لإثبات العكس ان هذا الضرر الذي لحق الدائن قيمة التعويض عنه هو المبلغ الذي اتفقا عليه مقدما" ينظر : ضياء شيت خطاب – ابراهيم المشاهدي – عبد المجيد الجنابي – عبد العزيز الحساني – غازي ابراهيم الجنابي ، القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 مع مجموعة الاعمال التحضيرية ، المجلد الاول ، الاجزاء 1-3 ، مكتبة السنهوري – بيروت ،2022 ، ص206.
(43)- د. سامي منصور ، انقاص البند الجزائي وما ينطوي عليه من طبيعة قانونية ، مشار اليه لدى ، د. جورج الاحمر ، مصدر سابق ، ص43.
(44)- قصي الدليمي ، التعويض الاتفاقي في القانون المدني العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد ، 1996 ، ص121 (غير منشورة).
(45)- ج. س . شيشر وآخرون ، جزاء الاخلال بالعقد ، ترجمة هنري رياض ، ط1 ، دار الجيل – بيروت ،1982 ، 74.
(46)- ينظر المادة (5/1231) من القانون المدني الفرنسي.
(47)- قضت محكمة التمييز بأن" شهادة الماجستير تعتبر مرحلة دراسية واحدة وان الجزء من هذه المدة لا يقام له وزن من التحصيل العلمي ولا يعتبر الطالب بقضائه لذلك الجزء قد أوفى بجزء من التزامه" رقم القرار 13/م2/ 1974 في 1974/1/12 ، النشرة القضائية – السنة الخامسة ،1975 ، ص58.
(48)- د. جورج الاحمر ، وجود البند الجزائي ،مصدر سابق ، ص73.
(49)- د. بيار اميل طوبيا ، الخداع عند تنفيذ العقد- راسة مقارنة ، ط1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب- لبنان ،2018 ، ص14.
(50)- د. محمد السعيد رشدي ، الخطأ غير المغتفر (سوء السلوك الفاحش) ، ط1 ، دار الفكر الجامعي- الاسكندرية ،2014 ، ص77.

(51)- د. سـليمان مرقس ، الوافي في شـرح القانون المدني – نظرية العقد والارادة المنفردة ، ط5 ، المنشورات الحقوقية صادر – بيروت ،ص294.

(52)- ينظر المادة (5/1231) من القانون المدني الفرنسي (تعديل عام 2016).

(53)- امين يوسف حمدان ، الثمن التافه والثمن البخس ، مقال على الموقع الالكتروني https://egyls.com تاريخ الزيارة 2025/2/5.

(54)- ينظر المادة (171) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(55)- د. عبد الرزاق السنهوري ، ج1 ، مصدر سابق ، ص 296 ، د. اسماعيل غان ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ،مكتبة سيد وهبة بمصر ،1964 ، ص131.

(56)- د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع – الاردن ،1995 ، ص122.

(57)- ينظر المادة (1171) من القانون المدني الفرنس تعديل (2016).

(58)- المذكرات الايضاحية للقانون المدني الفلسطيني في اطار المادة (150) – ديوان الفتوى والتشريع – وزارة العدل الفلسطيني ،2003 ، نقلا عن د. صالح ناصر الطباطيبي ، مصدر سابق ، ص78.

(59)- لفته هامل العجيلي ، دراسات في القانون المدني ،ج 2 ، ط1 ، منشورات زين الحقوقية – بيروت ، 2018 ،153.

(60)- د. عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف- الاسكندرية،2016 ، ص350.

(61)- د. صالح ناصر الطباطيبي، التدخل القضائي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الاذعان – دراسة مقارنة ، المجلة القانونية – العدد الخامس عشر ، ص74

المصادر
References

First: Legal Literature

I. Dr. Ahmed Heshmat Abousteit, *Theory of Obligation in Egyptian Civil Law*, Misr Press, Cairo, 1945.
II. Dr. Pierre Émile Tobia, *Deception in Contract Execution - A Comparative Study*, 1st ed., Modern Book Institution, Lebanon, 2018.
III. Dr. George Al-Ahmar, *Notice in the Context of Contract Termination for Non-Performance*, 1st ed., Modern Book Institution, Lebanon, 2018.
IV. Dr. George Al-Ahmar, *The Existence of the Penalty Clause*, 1st ed., Modern Book Institution, Lebanon, 2019.
V. J. S. Chicher and Others, *Contractual Breach Sanctions*, translated by Henry Riyad, Dar Al-Jeel, Beirut, 1982.
VI. Dr. Hassan Soufi Abu Talib, *History of Legal and Social Systems*, Arab Renaissance House, Cairo University Press & University Book, 1984.
VII. Dr. Hassan Kira, *Introduction to Law*, Monshaat Al-Maaref, Alexandria, 2014.
VIII. Khawla Bouraoui, *Judicial Modification of the Contract*, 1st ed., Al-Atrash Complex for Publishing and Distribution, Tunisia, 2021.
IX. Dr. Suleiman Marqous, *The Comprehensive Explanation of Civil Law – Contract Theory and Unilateral Will*, 5th ed., Legal Publications - Sader, Beirut, (No publication year).
X. Dr. Aayed Fayad Abdel Fattah Aayed, *Contract Modification by Unilateral Will*, Legal Books House, Egypt, 2010.
XI. Dr. Abdel Hamid Foda, *The Principle of Willpower Between Roman Law and Islamic Jurisprudence* – PhD Thesis, Cairo, 1996.
XII. Dr. Abdel Hakim Foda, *Contract Interpretation in Egyptian and Comparative Civil Law*, Monshaat Al-Maaref, Alexandria, 2016.
XIII. Dr. Abdel Razzaq Al-Sanhouri, *The Mediator in the Explanation of Egyptian Civil Law – Volume One – The Theory of Obligation*

in General, Sources of Obligation, Hachette Legal Publications, Beirut, 2011.

XIV. Dr. Abdel Razzaq Al-Sanhouri, *Explanation of Egyptian Civil Law – Volume Two – Effects of Obligation*, Hachette Legal Publications, Beirut, 2011.

XV. Dr. Abdel Razzaq Al-Sanhouri, Dr. Ahmed Heshmat Abousteit, *Principles of Law*, Dar Al-Fikr Al-Arabi, Cairo, 1979.

XVI. Dr. Abdel Majid Al-Hakim, *Summary Explanation of Civil Law – Volume 2 – Provisions of Obligation*, Legal Library, Baghdad.

XVII. Dr. Mohamed Al-Saeed Roshdy, *Unforgivable Error (Gross Misconduct)*, University Thought House, Alexandria, 2014.

XVIII. Dr. Mohamed Hussein Qasim, *French Contract Law in Arabic*, 1st ed., Hachette Legal Publications, Beirut, 2018.

XIX. Dr. Mustafa Al-Awji, *Civil Law – Volume 1 – The Contract with an Introduction to Civil Obligations*, Yahya Publishing & Distribution House, Beirut, 1995.

XX. Dr. Munther Al-Fadl, *General Theory of Obligations*, Dar Al-Thaqafa for Publishing & Distribution, Jordan, 1995.

XXI. Lufta Hamil Al-Ajeeli, *Studies in Civil Law – Volume 2*, 1st ed., Zain Legal Publications, Beirut, 2018.

Second: Islamic Jurisprudence Books

- Sheikh Zain Al-Abidin bin Ibrahim bin Najim, *Al-Ashbah wa Al-Nazair* on the Hanafi School, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, 1985.

Third: Research Papers

I. Dr. Osayd Hassan Al-Dhunibat, *Public Order and Its Application Challenges in the Jordanian Civil Law on Insurance*, Jordanian Journal of Legal and Political Sciences, Vol. (12), No. (13), Year 2020.

II. Amin Youssef Hamdan, *Nominal and Insignificant Price*, published article on the website https://egyls.com, accessed on 05/02/2025.

III. Khalil Ibrahim Khalifa, *Can the Court Modify a Contract That Contravenes Public Order?*, Justice Journal, Issue 1 – Sixth Year, 1980.
IV. Shami Yassin, Liqa Abdul Ali, *The Role of Public Order in Achieving Contractual Justice*, Algerian Journal of Law and Political Sciences, Vol. (6), No. (1), Year 2020.
V. Dr. Saleh Nasser Al-Tabtibi, *Judicial Intervention in Modifying Unfair Terms in Adhesion Contracts – A Comparative Study*, Legal Journal, Issue 15, published on the website https://www.legalaffairs.gov.bh/QTopics/Q15T0, accessed on 09/02/2025.
VI. Dr. Abdel Hay Hijazi, *The Impact of Economic and Social Factors on the Contract*, Judiciary and Law Journal, Second Year, Issue (1), Kuwait, 1971.

Fourth: Legal Codes

I. French Civil Code of 1804.
II. Tunisian Code of Contracts and Obligations, 1906.
III. Lebanese Code of Obligations and Contracts No. (46/L) of 1932.
IV. Egyptian Civil Code No. (131) of 1948.
V. Iraqi Civil Code No. (40) of 1951.