

دور القاضي المدني في العقد- دراسة مقارنة-

The role of the civil judge in the contract-comparative study-

الباحث المحامي/ وليد محمد الحسين

The researcher and employer: Waleed Alhussain

جامعة قطر - قطر

Qatar University-Qatar

تاريخ القبول: 25

تاريخ الاستلام: 2022/08/ 28

2022/09/

ملخص:

لم يعد دور القاضي حيال العقد سلبياً بل بات له دور إيجابي قد يكون وقائياً بغية استمراره سواء بتفسيره أو تكيفه أو من خلال تحديد نطاقه واستكمال، وقد يكون دوراً رقابياً يحمي به المتعاقدين عبر تعديل الالتزامات العقدية، وذلك حفاظاً على المصلحة الخاصة للمتعاقدين والمصلحة العامة للمجتمع، لذا منح بعض المشرعين سلطة تقديرية للقاضي يستطيع من خلالها القيام بهذا الدور الإيجابي في العقد.

كلمات مفتاحية: القاضي المدني، التعويض، السلطة التقديرية

ABSTRACT:

The role of the judge regarding the contract is no longer negative. Rather, he has a positive role that may be preventive in order to continue it, whether by interpreting or adapting it or by defining and completing its scope. Therefore, some legislators offer the judge a discretion through which he can play this positive role in the contract.

Keywords: CIVIL judge-compensation-JUDGs discretion



مقدمة:

يقول الله سبحانه وتعالى: بسم الله الرحمن الرحيم "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود،"¹ وفي تلك الآية الكريمة نجد نداءً من الله عز وجل يحث فيه على الالتزام والوفاء بالعقود التي تبرم في المعاملات،² ولقد أولى المشرعون هم الآخرين أهمية بالغة للالتزام بالعقود إذ لا نجد تقنياً في العالم يخلو من النص صراحة على تبني مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهذا ما ذهب إليه المشرع القطري

¹- القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية رقم (1).

²- موقع الشيخ حسن الفوزان، مرجع الكتروني.

فى المادة (1/171) من القانون المدني رقم (22 لسنة 2004) " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين او للأسباب التي يقررها القانون".³

وبعد العقد هو الأداة الأساسية لتعاملات الإنسان وتلبية حاجاته في كافة مناحي الحياة،⁴ تلك المعاملات تقوم على مبدأ سلطان الإرادة وعماده حرية الأشخاص في إبرام العقود التي يشاؤون وترتيب الآثار التي يرتضون مادام أنها لا تخالف النظام العام ولا الآداب العامة،⁵ وبذلك يقوم العقد فيما بين أطرافه مقام القانون من حيث وجوب الإلتزام بمضمونه وهذا مبدأ القوة الإلزامية للعقد، تلك المبادئ هي مبادئ أساسية وجوهرية منذ القدم.⁶

ولم يأت التشريع القطري ولا التونسي على تعريف العقد بل تركا مهمة ذلك للفقه الذي تعددت تعريفاته صياغة فقط والتقت معظمها بالتعريف الذي أورده العلامة السنهاوري للعقد "بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني قد يكون إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"⁷، بيد أن قلة من المشرعين نصوا على تعريف العقد ومنهم المشرع الجزائري في المادة (54) من القانون المدني بأن: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شئ ما".

إن الإرادة التي يبنى عليها العقد وآثاره فإلى جانب وجوب صحتها يلزم التعبير عنها سواءً باللفظ أو الكتابة أو حتى بالإشارة المعهودة سواء كان هذا التعبير ضمنياً أو صريحاً، والذي قد يأتي في مظهر خارجي يتفق والإرادة الباطنة وقد يأتي مختلفاً عن تلك الإرادة الحقيقية الباطنة للمتعاقدين أو لأحدهما، مما تبرز معه الحاجة إلى الوقوف على تلك الإرادة المشتركة لطرفي العقد لا سيما حال تنازعهما وتمسك أحدهما بالإرادة الباطنة وتجاهله التعبير لعدم مطابقته لها بينما يتمسك الآخر بتلك الإرادة الظاهرة وبالتعبير الوارد عنهما مما يحتم على القاضي الفصل بينهما وتحديد التزامات وحقوق كل منهما من خلال

3- عبدالحق صافي، القانون المدني، الطبعة الأولى، 2006، دار الفكر العربي

4- عبدالرحمن محمد محمود، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ص 19.

5- دعاء موسى عبد الرحمن برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، دراسة تحليلية مقارنة، ص 1.

6- عبدالرحمن محمد محمود، مرجع سابق، ص 25-26-27

7- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

8- عبدالرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 21.

تفسير العقد وبنوده والذي يعد من صميم مهامه،⁹ ولم ينفرد المشرع القطري وحده بمنح القاضي سلطة في تفسير العقود بل سائر التشريعات المقارنة هي الأخرى منحت القاضي سلطاناً في ذلك وإن كان ذلك الدور يتفاوت سعة وضيقاً من مشروع إلى آخر.

وقد لا يقف الغموض أو القصور على بند من بنود العقود بل إن الواقع العملي قد أثبت أن أطراف العقد قد يخرجون العقد برمته من إطاره القانوني، سواء عن جهل أو تقصير، فإذا كان ذلك فإن إرجاع العقد إلى إطاره القانوني الصحيح يكون هو الآخر من مهام القاضي ووظيفته وهو ما يعرف بسلطته في تكييف العقد ذلك أن تحديد الوصف القانوني الدقيق والصحيح له يتيح أعمال القاعدة القانونية المناسبة عليه وترتيب آثاره القانونية.¹⁰

ولا تفتق القوة الإلزامية للعقد حدود ما ورد فيه بل تتعداه إلى كل ما هو ضروري ومكمل له إذ من الصعب على أطرافه الإلمام المسبق بكل تفاصيل العلاقة العقدية، فقد يكتفون بالنص على المسائل الجوهرية دون غيرها، وتظهر هذه المسألة بوضوح أكثر إذا تعلق الأمر بمشاريع إقتصادية ضخمة مما تغدو مهمة القاضي فيما يعرف بتطويع العقد سواء بتحديد نطاقه أو استكمالها أكثر حاجة وضرورة تحقيقاً للمصلحة الشخصية للمتعاقدين وللمصلحة الوطنية واقتصادها التي تقتضي إنقاذ العقد من الجمود والإنهيار والوصول به إلى مرحلة التنفيذ.¹¹

وقد حذا المشرع القطري حذو العديد من المشرعين بمنح القاضي السلطة التقديرية فيتطويع سواءً بتضمينه ما يعد من مستلزماته على نحو ما ورد بالمادة (2/172) من القانون المدني والذي يطابق ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 2/107 من القانون المدني، أو باستكمالها بمسائل غير الجوهرية أي التفصيلية حال اتفاقهما على الجوهرية منها على نحو ما ورد بالمادة (79) من ذات القانون والذي يطابق المادة (65) من القانون المدني الجزائري، إلا أن هذه السلطة ورغم أنها ليست مطلقة بل لها أحكامها الخاصة إلا أنها لم تلق قبولاً تاماً لدى البعض من المشرعين- وإن كانوا أقلية- ومنهم المشرع التونسي والذي لانجد في أحكام مجلة العقود والالتزامات ما يشبهه أو يقترب من النص القطري المذكور وإن كان الفصل 243 م أ ع قد تضمن ما يمكن اعتباره سلطة محدودة للقاضي في تكملة العقد وذلك خلافاً لما ذهبت إليه أغلب التشريعات العربية والتي طبقت تشريعاتها مضمون النص القطري سواء القانون المدني المصري أو الأردني أو الجزائري، الأمر الذي يمكن القول معه بأن تلك السلطة للقاضي وذلك الدور يختلف اتساعاً وضيقاً بين مشروع وآخر.

9- سلاف الفريخة، القاضي وتفسير العقد، جمعية الحقوقيين، دار المنظومة، محكمة، 2017، ص 255.

10- حمود غزال، سلطة القاضي في تكييف العقد، جامعة الفرات، الجمهورية العربية السورية، تاريخ الزيارة 2021/ 2/7.

11 - عامر علي حسن أبورمان، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا، المنهل، 2014-ص2.

وقد يعترض القاضي عقداً يكون في جزء منه باطلاً دون الأجزاء الأخرى الصحيحة وفي مثل هذه الحالة ذهب الاتجاه الحديث وبدافع رعاية مصالح الأفراد والمصلحة العامة إلى تنظيم فكرة إنقاص العقد معتبراً ذلك واجباً على القاضي بإبطال هذا الجزء من العقد مع الإبقاء على الباقي منه صحيحاً وذلك ضمن شروط محددة وهذا ما ذهب إليه المشرع القطري في أحكام المادة (166) من القانون المدني والذي يطابق أحكام المادة (104) من القانون المدني الجزائري¹²، وقد يصل الأمر حد درجة البطلان في عقد ما أو قابليته للإبطال إلا أن أركانه في الوقت ذاته تصلح أركاناً لعقد آخر فهنا منح المشرع سلطةً للقاضي بإبقاء العقد الصحيح وذلك في سبيل المحافظة على العلاقة التعاقدية وهذا ما يسمى بنظرية تحول العقد، على نحو ما ذهب إليه المشرع القطري في أحكام المادة (167) من القانون المدني وهو ما يطابق نص المادة (105) من القانون الجزائري.

وحيث أن العقد من الوسائل القانونية المرتكزة على تحقيق العدالة في المعاملات المالية ذلك أن كل طرف يفترض أنه تلقى المنفعة المنشودة من تعاقدته مما يجسد حالة التوازن والتناسب المفترضتين ما بين حقوق والتزامات أطرافه، لذلك قال البعض أن العدل ما ارتضاه الأطراف وبعبارة مشهورة قيل كذلك "من قال عقداً قال عدلاً"¹³، ذلك أن مهام العقد السليم لا تقف عند حد إنشاء الإلتزام فحسب، بل ينبغي أن تحقق المنافع المتبادلة بين أطرافه، كما لا يقتصر دور العقد على منفعة طرفيه بل يتعداها لمنافع إجتماعية تنعكس آثاره على المجتمع، لذا يرى البعض أن من واجب المشرع أن يتولى مراقبته والإشراف عليه بدءاً من تكوينه وصولاً إلى تنفيذه¹⁴، مما دفع بالعديد من المشرعين إلى منح القاضي سلطة تعديل العقد وإعادة التوازن الإقتصادي إليه وتحقيق العدالة.¹⁵

وقد يغيب التوازن العقدي منذ تكوين العقد سواء بإرادة أحد المتعاقدين كحالة استغلال أحد الأطراف للآخر أو غيبه، أو بسبب عدم تكافؤ طرفي العقد كما في عقود الإذعان وما يتضمنه البعض منها من شروط تعسفية، كما يمكن أن يحدث بإرادة الطرفين كما هو حال الشرط الجزائي، كما يحصل وأن نجد فقداناً لهذا التوازن عند تنفيذ العقد وذلك لظروف خارجة عن إرادة أطرافه كالظروف الإقتصادية أو السياسية أو الحروب كما في حال الظروف الطارئة¹⁶، إلا أن رأياً آخرأ يرفض تدخل القاضي بغرض تعديل الإلتزامات العقدية مبرراً ذلك

¹² - بوشقره سونيه، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر، 2013 - ص2

¹³ - دعاء موسى عبد الرحمن برهم - مرجع سابق - ص11

¹⁴ - جلول، رشيد بن الحاج، دور القاضي والأطراف في تعديل العقد - ص10

¹⁵ - شهاب محمد، العقد بين القانون والظروف الإستثنائية، مجلة إلكترونية، محكمة، تاريخ الزيارة 2021/2/8

¹⁶ - دعاء موسى عبد الرحمن برهم - مرجع سابق - ص15-16-17

بعدم جواز تغيير الإلزامات أو تعديلها وإن كانت مرهقة للمدين احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة والقوة الإلزامية للعقد.¹⁷

إن العديد من التشريعات منحت القاضي هذا الدور الرقابي للقاضي على العقد وأجازت له سلطة تعديله في حالات محددة ومنها التشريع القطري على نحو ما ورد بأحكام العديد من مواد القانون المدني رقم 22 لسنة 2004 إلا أن هناك تشريعات أخرى لا يبدو أنها اتخذت ذات النهج إذ لم تمنح القاضي كل هذا الدور على نحو ما يمكن فهمه من أحكام فصول مجلة الإلزامات والعقود التونسية على نحو ماسيائي بيانه.

تلك السلطة الممنوحة للقاضي قد ازدادت سواء عبر النصوص التشريعية أو الاجتهادات القضائية والفقهية إلى حد اعتبار القاضي عند البعض طرفاً ثالثاً فيه رافضين التشدد في بعض المبادئ التقليدية لنظرية العقد، ومن ثم تحول دور القاضي من دور سلبي باعتباره طرفاً خارجياً عن العقد إلى دور المتدخل فيه بجميع مراحله كضامن لفاعليته الاجتماعية، إلا أن البعض الآخر يرفض أن يكون كل هذا الدور للقاضي خوفاً من عدم استقرار العلاقات التعاقدية.¹⁸

الإشكالية: وحيث اختلفت التوجهات التشريعية والأحكام القضائية والآراء الفقهية حول مدى سلطة القاضي في العقود التي يبرمها أطرافها ومداها، الأمر الذي يستلزم البحث عما إذا كان الرأي الذي يجيز للقاضي سلطته في مراقبة العقد وحمائته يمثل إنقلاباً على مبدأ سلطان الإرادة والإلزامية للعقود – كما يرى البعض- أم أن في ذلك تطبيقاً لأحكام العدالة اللازمة في العقود بما يحقق إرادة أطرافها والغاية منها- على نحو مذهب إليه البعض الآخر؟ كما يستلزم استعراض ذلك الدور الإيجابي للقاضي وبيان مدى سلطته التقديرية فيها.

منهجية البحث: سيتبع الباحث عدة مناهج علمية أولها المنهج المقارن ما بين أحكام القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 والقانون الجزائري (الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم) من جهة ومقارنته بالتشريع التونسي متمثلاً بأحكام مجلة العقود والالتزامات، وحيث أن التشريعين القطري والجزائري يتوافقان في مضمونهما حول موضوع البحث الأمر الذي سيكتفي معه الباحث بالإشارة إلى أحدهما عند المقارنة مع التشريع التونسي، كما سيتبع الباحث المنهج التحليلي لنصوص المواد، مروراً بالمنهج الاستقرائي.

خطة الدراسة: حيث أن الدور الإيجابي للقاضي منه ماهو وقائي وآخر رقابي الأمر الذي دفع الباحث إلى تقسيم بحثه إلى مبحثين، حيث أفردنا المبحث الأول

¹⁷ - القيراني، نجوى، تدخل القاضي في العقود المدنية، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 2002، ص89

¹⁸ - بلال عثمان، القاضي طرف جديد في العقد المدني، ص 430، 429.

للحديث عن الدور الرقابي للقاضي لاستمرار العقد، بينما خصصنا المبحث الثاني عن دور القاضي الوقائي في حماية أطراف العقد، وينقسم كل مبحث إلى مطلبين رئيسيين على نحو ماسيأتي بيانه.

المبحث الأول: دور القاضي الرقابي على العقد

إن السلطة التقديرية للقاضي تمكنه من الرقابة على العقد سواء من خلال تفسيره أو تكييفه وهذا ماسيكون محل المطلب الأول من هذا المبحث، في حين سيبكون المبحث الثاني مخصصاً للمبحث في دوره الإيجابي بتطويع العقد سواء بتحديد نطاقه بما هو من مستلزماته أو باستكمال العناصر غير الجوهرية.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تفسير العقد وتكييفه

لقد نظم المشرع القطري أحكام تفسير العقد من خلال أحكام المادتين (169، 170) من القانون المدني رقم 22 لسنة 2004 والتي وردت في الفرع الثالث من الفصل الأول من الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول بالإضافة إلى اعتقادنا بوجود نصوص أخرى متفرقة تصب في ذات الدور التفسيري للقاضي بينما نظم المشرع التونسي أحكام تفسير العقد في عدد من الفصول من مجلة الإلتزامات والعقود بدء من الفصل (513) وحتى الفصل (531) والتي أوردها في الفرع الأول من الباب الثاني.

ويعرف الفقه تفسير العقد بأنه كشف ما يعتريه من غموض وإيضاح المراد منه والبحث عما انصرفت إرادة المتعاقدين المشتركة إليه، ويتم التعرف على قصد المتعاقدين من خلال الألفاظ والعبارات التي يستخدمها أطراف العقد للتعبير عن إرادتهم المشتركة، وإذا كانت العبارات واضحة فالأصل عدم جواز الإنحراف عنها وبأن الإرادة الظاهرة (العبرة الواضحة) تتوافق والإرادة الباطنة (النية المشتركة للمتعاقدين) وبالتالي لا يجوز الإنحراف عنها تحت ستار تفسيرها، إلا أنه ليس من الضروري أن تتوافق دائماً الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة في كل صور التعاقد فقد يجد القاضي نفسه مضطراً للتفسير حتى مع وجود العبارة الواضحة، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، فقد تكون على درجة من الوضوح إلا أنها لاتعبر عن النية المشتركة للمتعاقدين.¹⁹

وهنا لا بد من بيان الاتجاهات الفقهية والقضائية والتي تعددت حيال تعارض الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، فالمدرسة اللاتينية أخذت بالقاعدة القانونية التي تأخذ بالإرادة الباطنة وترجحها خلافاً للمدرسة الألمانية التي أخذت بالإرادة الظاهرة المادية المحسوسة، أما مجلس الدولة الفرنسي فقد انحاز للإرادة الباطنة حتى وإن تعارضت مع النصوص العقدية الواضحة.²⁰

19 - عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 671.

20- زريق برهان، نظرية تفسير العقد في القانون المدني والإداري، دار الكتب القانونية، ص 18.

وبرر البعض تغليب الأخذ بالإرادة الباطنة بأن الغاية هي الوصول للنية الحقيقية للمتعاقدين وبأن للألفاظ معان متعددة حتى في المعاجم فليس من الحكمة التعويل فقط على الألفاظ الواضحة للوصول إلى تلك النية، ثم أن وضوح لغة العقد لا يفيد دائماً وضوح المقاصد،²¹ ويضيف البعض أن المشرع أراد عدم الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ذلك أن تفسير العبارة الغامضة لا يحتاج إلى نص تشريعي لتفسيره بل الذي يحتاج هو ذلك اللفظ الواضح الذي لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للطرفين لذا يغلب المشرع الإرادة الحقيقية على التعبير الواضح عند التعارض بينهما.²²

ويرى الباحث أن ماسبق يوصلنا إلى نتيجة مؤداها أن الغاية هي الوصول إلى النية المشتركة للطرفين وهي التي يجب أن تكون محلاً للتفسير والتطبيق، والأصل أن العبارة الواضحة هي التي تكشف عن النية المشتركة إلا أنه في حال ثبوت ما يخالف هذه القرينة يجوز للقاضي تنحية العبارة الواضحة إلى ما يخالفها مما يعبر عن النية المشتركة لأطراف العقد شريطة ثبوتها وتسبب ذلك.

ومن الواضح أن المادة (169)²³ من القانون المدني القطري أوجبت البحث عن النية المشتركة للطرفين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ وهذا ما يتأكد من خلال التعبير الوارد فيها، ذلك أن المقصود هو وضوح معنى العبارة وليس وضوح لفظها، إذ يتبين من النص وجوب مراعاة الإرادة الحقيقة دون التوقف عند الإرادة الظاهرة، بمعنى أن الألفاظ لا يمكن لها الحيلولة دون الكشف عن الإرادة الحقيقية والمشاركة،²⁴ وهذا ما استقرت عليه محكمة التمييز القطرية بالقول: "أن محكمة الموضوع لها السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها وتفسير المحررات واستخلاص ما تراه أوفى بمقصود عاقيدها وتكييفها الصحيح حسبها بيان الحقيقة التي اقتنعت بها وإقامة قضائها على أسباب سائغة تكفي لحمله".²⁵

وهذا يطابق ما ذهب إليه المشرع التونسي بالبحث عن الإرادة المشتركة للطرفين وإن لم يذكر ذلك صراحة في أي من الفصول الخاصة بالتفسير إلا أن

21 - زريق برهان، مرجع سابق، ص 41.

22- حمزه عبد المهيم، ضوابط تفسير العقود بين النص والقانون والإجتهاد والقضائي، ص 52.

23 - إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

2- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وذلك وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

24- حمزه عبد المهيم، مرجع سابق، ص 48.

25 - حكم محكمة التمييز القطرية رقم 16 / 2013 جلسة 26 مارس 2013 .

ماورد بالفصل (515) 26م أ ع يدل على ذلك هو ما قضت به محكمة التعقيب²⁷، وبالعودة إلى ماتضمنته مجلة الالتزامات والعقود التونسية فيما يتعلق بأحكام التفسير نجد أنها نصت على قواعد فقهية وأصولية عديدة كلها تمنح القاضي دوراً كبيراً في تفسير العقود مما شكل دوراً أوسع للقضاء التونسي من نظيره القطري، وبلغ ذلك حد القول أن تلك القواعد التفسيرية هي قواعد أمرة وهذا مذهب إليه القضاء التونسي في معظم أحكامه معزراً بآراء أغلبية الفقه، إذ يرى البعض أن محكمة التعقيب اتخذت موقفاً واضحاً من مشكلة القوة الإلزامية لقواعد التفسير عموماً وأحكام الفصل 515 من م.إ.ع على وجه الخصوص واعتبرت أن هذه القواعد ليست مجرد قواعد نصح وإرشاد وإنما هي قواعد أمرة²⁸ خلافاً لما سار عليه فقه القضاء بفرنسا وسائره في ذلك جانب من الفقه.

وقد ذهب المشرع القطري في المادة (2/169) إلى استخدام لفظ "إذا كان هناك محل لتفسير العقد" ومن ثم فلا خلاف على أن الغموض من ضمن المقصودين في النص المذكور، وبالتالي فإذا ما تبين قصور العبارة الواردة بالعقد في دلالتها بالكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بات لزاماً على القاضي تفسيرها والوصول إلى تلك الإرادة المشتركة²⁹، كأن تحتمل العبارة أكثر من معنى أو جاءت مبهمه وقاصرة عن بيان مراد المتعاقدين سواءً لوجود غلط مادي أو لعدم سلامة التعبير³⁰ أو باستخدام عبارة عامة غير محددة³¹، أو ورود عبارات متناقضة أو متعارضة³²، أو كان معنى العبارة الواردة خفياً.

26 - ينص الفصل 515 على الآتي: العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب.

27- فقد اعتبرت محكمة التعقيب: أن تفسير العقود للتعرف على حقيقة المقصد منها وإن كان يخضع لسلطة محكمة الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك من طرف محكمة التعقيب إلا أنه يتعين على المحكمة أن تبين في حكمها الأسباب التي أفتتها بأن المعنى الذي أخذت به هو المقصود وعليها في سبيل ذلك أن تستعرض فصول العقد وأن توضح المدلول الذي استخلصته من عبارات تلك الفصول وذلك حتى يمكن لمحكمة التعقيب إجراء ما لها من حق الرقابة على حسن تطبيق القانون إضافة إلى أنه لا مناص للمحكمة عند تفسيرها للعقد من الرجوع إلى ظروفه وملابساته الواقعية للتعرف على حقيقة الإرادة المشتركة للطرفين والقاضي لا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق العقد سواء كان واضحاً لا يتطلب عباراته شرحاً أو غامضاً يتطلب تأويلاً قصد الوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وهي إما الإرادة المصرح بها أو تلك التي يقع الكشف عنها بالبحث عن نية المتعاقد. قرار تعقيبي مدني 47837 الصادر في 8 جانفي 1998 غير منشور.

28 - قرار تعقيبي مدني عدد 52610 صادر في 1996/10/30 مذكور سابقاً.

29- نجده علي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، 2004-2005، ص 198.

30 - الفريخة سلاف، مرجع سابق، ص 252.

31- هادي سبيير حسن، القواعد القانونية في تفسير العقد، جامعة بابل، محكمة، دار المنظومة، 2014، ص 128.

32 - عبدالرحمن محمد محمود، مرجع سابق، ص 263.

ولا يقف دور القاضي عند حدود تفسيره العقد بل يتعداه إلى تكييفه بإعطائه الوصف القانوني الصحيح، ومن الجدير بالذكر أن كلا من المشرع القطري والتونسي لم يضمننا تقنيهما نصاً يقضي صراحة بسلطة القاضي بتكييف العقود وذلك خلافاً لما أورده المشرع الجزائري في المادة (29) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنص صراحة: "يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف الخصوم ويفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة عليه".³³

ويعرف التكييف فقهاً بأنه "العملية الذهنية التي تستهدف ربط العقد بالوصف القانوني الذي ينسب إليه بغية إعمال أحكامه القانونية الصحيحة،³⁴ أي تصنيفه ضمن نوع محدد من العقود بيعاً أو هبة أو إجارة....³⁵، ومن هنا تبرز أهمية تكييف العقد والتي من خلالها يمكن للقاضي معرفة نوع العقد وتحديد الآثار القانونية والعملية لهو الوصول إلى الأحكام واجبة التطبيق سواء فيما يتعلق بالقواعد الأمرة أو التكميلية،³⁶ والوقوف على طبيعة التعامل القائم بين طرفيه والوصول للمعنى الحقيقي للعبارات غير الواضحة فيه، وتحديد الأعراف العامة والخاصة الملزمة له والتعرف على الالتزام المميز للعقد،³⁷ وهو في ذلك لا يعتد بتكييف الأطراف، بل هو سلطات القاضي وواجباته فهو عمل إلزامي عليه القيام به لاسيما وأنها عملية فنية لا يمكن لغيره القيام بها،³⁸ ويخضع بذلك قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز،³⁹ وهذا ما استقرت عليه أحكام التمييز القطرية بالقول: "لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والموازنة بينها ما دامت تقيم قضاءها على أسباب سائغة، وأن العبرة في تكييف العقد بحقيقة الواقع واستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين".⁴⁰

³³ قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، الجريدة الرسمية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رئاسة الجمهورية، الأمانة العامة للحكومة، زيارة الكترونية تاريخ 2/8/2022.

³⁴ - عبدالحق صاقي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي والالتزامات، ص 98.

³⁵ - بن عيسى جيلاني، سلطة القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا عليه، مجلة قانون العمل والتشغيل، ص 418.

³⁶ - بن عيسى جيلاني، مرجع سابق، ص 419.

³⁷ - بن عيسى جيلاني، مرجع سابق، ص 418.

³⁸ - هجيرة بلوشي، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، رسالة ماجستير، ص 13.

³⁹ - بن عيسى جيلاني، مرجع سابق، ص 419، 417، 416.

⁴⁰ - حكم محكمة التمييز القطرية رقم 2006/33، جلسة 2006/6/20، "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل وفهم الوقائع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها والموازنة بينها، ما دامت تقيم قضاءها على أسباب سائغة وكافية لحمله ولها أصلها الثابت في الأوراق وكانت العبرة في تكييف العقد هي بحقيقة الواقع فيه واستخلاص النية المشتركة

وهو أيضاً ما استقرت عليه محكمة التعقيب التونسية والتي قضت: "حيث ان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تكليف العقود واستخلاص ما ترى انه الصحيح بما لارقابة لمحكمة التعقيب عليها ما دامت التزمت في تكليفها للعقد المطروح امامها بجميع ما تضمنه فحواه وما تحتمله عباراته....."⁴¹.

وبناء عليه يتوجب على القاضي وفي كل حالة يظهر فيها الاختلاف ما بين طبيعة العقد الصحيحة وما أطلق عليه من وصف أن يتنطح إلى تكليفه التكيف الصحيح،⁴² ولهذا التكيف طرقاً متعددة يمكن حصرها بأربع صور أساسية، أولها ما يسمى بالتكليف الحصري إذا ما تعلق الأمر بعقد مسمى أو عقد مركب أو مختلط وكان يهدف إلى غرض واحد كعقد بيع بصيغة الإيجار إذ هو في حقيقته عقد بيع بالتقسيط، وفي هذا النوع منها يتخذ القاضي من الالتزامات الرئيسية للعقد معياراً لإنزال الوصف القانوني الصحيح لها والتي تمكنه من تكيفه، أما إذا تضمن عدة التزامات رئيسية وكانت تختلف عن بعضها البعض، وكان منها ما ينتمي إلى عقد مسمى وأخرى إلى عقد مسمى آخر فهنا يكون التكيف لكل مجموعة من الالتزامات الرئيسية على حدة⁴³، وهناك أيضاً التكيف التوزيعي أي التكيف عن طريق تجزئة العقد إذ يتم إخضاعه إلى عدة قواعد قانونية تختلف عن بعضها وذلك بسبب احتواء العقد على عناصر مختلفة لا يمكن إخضاعها إلى قاعدة موحدة، ويمكن أن يكون هذا النوع من التكيف ليس عن طريق تجزئة العقد بل عن طريق التتابع لاسيما إذا كانت طبيعته تتغير في مرحلة التنفيذ، ومثالها عقد بيع عقار أثناء البناء، فهذا العقد في مرحلة البناء هو عقد مقولة وفي المرحلة اللاحقة يكون عقد بيع.⁴⁴

وهناك صورة ثالثة تسمى التكيف غير الدقيق وفيها لا يتوصل القاضي إلى تكيف دقيق للعقد إما بسبب تدليس وتحايل أطرافه وإما أن يكون بسبب غلط راجع لهما، وأحياناً تكون عدم الدقة سببها القضاء ذاته كما هو حال القضاء الفرنسي عندما ظل يكيف عقد الخزينة على أنه عقد إيجار ومن ثم عقد حراسة،

للمتعاقدين لتحديد ما إذا كانا قد قصدا إبرام عقد عمل أم عقداً آخر، كما أن لمحكمة الموضوع سلطة تفسير صيغ العقود والاتفاقات وسائر المحررات والشروط المختلف عليها فيها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين واستظهار النية المشتركة لهما : ما دامت تقيم قضاءها على أسباب سائغة بما له أصل ثابت في الأوراق ولم تخرج عن المعنى الظاهر لعبارات العقد أو الاتفاق وألا تعدد بما تفيد عبارة بعينها من عباراته بل ينبغي أن تأخذ بما تفيد عباراته وبنوده بأكملها مع الاستهداء بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

41 - محكمة التعقيب التونسية، القضية عدد 39327 ، تاريخ 26 أبريل 2017 .

42 - زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام بالعقد والإرادة المنفردة، ص127، وورد أيضاً، بن عيسى جيلاني، مرجع سابق، ص419 .

43 - بن عيسى جيلاني، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ص423، وردت أيضاً جيلاني بن عيسى، مرجع سابق ص 420.

44 - بن عيسى جيلاني، مرجع سابق ص421.

وهناك حالة أخيرة يتعذر معها على القاضي التكيف وإخضاع العقد لأي نوع من الأنواع المعروفة بسبب طبيعته الخاصة⁴⁵.

بقي أن نقول أن هناك شبه إجماع بين الفقه والقضاء سواء القطري أو التونسي أو غيرهما بأن لمحاكم القانون أن تفرض رقابتها على عمل القاضي إذا ما تعلق الأمر بتكييف العقد وتحديد وصفه القانوني الصحيح ذلك أن بيان طبيعة العقد والأحكام المطبقة عليه هي من مسائل القانون.

لكن قد لا يقف الأمر عند غموض عبارات العقد أو الخطأ في وصفها بل قد يصل الأمر درجة النقص والقصور فيماورد فيه من بنود مما يستوجب تدخل القاضي حفاظاً على العلاقة التعاقدية وهذا ما يسمى بتطويع العقد.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تطويع العقد

لقد اختلف الرأي حول طبيعة الإلزامات التي يمكن للقاضي اضافتها إلى مضمون العقد سواء عند تحديد مستلزماته أو تكملته بالعناصر التفصيلية، فهناك من رأى أن الأمر لا يخرج عن كونه امتداداً لإرادة طرفيه، أي تفسيراً له يكشف عنه القاضي بواسطة القواعد المفسرة وبأن الوسائل التي أشار إليها المشرع بمثابة ظروف خارجية يستهدي بها، في حين يميز جانب من الفقه ومنهم السنهاوري بين تفسير العقد وتحديد نطاقه ذلك أن الحالة الأخيرة تأتي لاحقة لتفسيره ولا تقتصر على ما ورد فيه بل تتجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزماته⁴⁶.

وحيث أن العقد قد لا يتضمن الإفصاح عن كل تفاصيله من أجل ذلك نص المشرع القطري في المادة (2/172) من القانون المدني⁴⁷ على أن الإلزام بالعقد لا يقتصر على ما ورد فيه بل يشمل كل ما هو من مستلزماته⁴⁸، كما أن طرفي العقد قد يتفقان على المسائل الجوهرية دون التفصيلية لذا وحرصاً على العقد عهد المشرع إلى القاضي سلطة إستكمال هذه العناصر التفصيلية على نحو ما ورد بالمادة (79) من القانون المدني⁴⁹، والتي لا نجد له نص يقابله في بعض

45- بن عيسى جيلاني، مرجع سابق، ص 420، 421.

46- عبدالرزاق احمد السنهاوري، مرجع سابق، ص 690.

47- تنص الفقرة الثانية من المادة 172 من القانون المدني: ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلزام.

48- حاز مسالم محمد الشوابكة، محددات مستلزمات العقد في القانون المدني البحريني، ص 3989.

49- تنص المادة 79 من القانون المدني القطري على الآتي: إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف وقواعد العدالة.

التشريعات المقارنة ومنها مجلة الالتزامات والعقود التونسية، هذا الدور للقاضي وذلك هو ما يمكن أن نطلق عليه مصطلح تطويع العقد.

ولم يكن المشرع القطري حالة فريدة بالنص على ذلك بل تكاد كل التشريعات المقارنة أن تبنت هذا الاتجاه ومنها ما ذهب إليه التشريع التونسي في الفصل 243 م أ ع⁵⁰ والذي وإن اختلف صياغة مع نص المادة (172) من القانون المدني القطري إلا أنهما اتفقا روحاً ومضموناً إلى حد كبير وإن لم يصلا حدود التطابق، ويرى أغلبية الفقه أن دور القاضي في إضافة تلك العناصر التي تعد من قبيل المستلزمات إنما تتم دون قيد أو شرط إذ تعد جزءاً من العقد وهذا خلافاً لدور القاضي وسلطته في استكماله والذي يأتي لاحقاً على الاتفاق على المسائل الجوهرية دون الأمور التفصيلية التي لم يتفق عليها⁵¹.

وبعد مصطلح تطويع العقد دخيلاً على المصطلحات القانونية ويعتبره البعض استثناءً على المبدأ القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وهو يمنح القاضي سلطة تقديرية تمكنه من التسلل إلى العقد والنفاد إليه لإضافة مستلزماته واستكمال ما أغفله أطرافه عمداً أو سهواً، ولا يمكن إلا الإقرار بأن التطور الاجتماعي والإقتصادي كانا سبباً في نشأة هذا الدور وتقنيته⁵²، ونظراً لوجود خيط رفيع يفصل واجب القاضي في إضافة ما يعد من مستلزمات العقد إلى باقي بنوده عنه في دوره باستكماله في المسائل التفصيلية فقد ارتأينا استخدام مصطلح تطويع العقد والذي نرى أنه يشمل كل منهما، وبعد مظهرأ من مظاهر السلطة التقديرية التي يمارسها القاضي بغية تطبيق أحكام القانون والتي عبر عنها جانب من الفقه بأن القاضي في دوره هذا يعد بمثابة مشرع فيما لم يرد بشأنه نص⁵³، وقد ظهر هذا المصطلح في بداية القرن العشرين فيما يعرف بالالتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص إثر صدور حكم من محكمة السنين التجارية في القضية التي تتعلق بالنقل البحري ومن ثم توسع هذه القاعدة وانتشارها إلى كل مجالات النقل كالعقد الطبي، كما ظهر بعد ذلك الالتزام بالإعلام في عقد البيع⁵⁴.

وبالعودة إلى أحكام نص المادة (172) من القانون المدني القطري والتي تعد المادة الأوضح التي يستند إليها القاضي في تطويع العقد بإضافة إليه كل ما هو من مستلزماته بحسب طبيعة الالتزام ووفقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة وبطريقة تتفق وحسن النية، وحيث أن مفهوم كل من مستلزمات العقد وحسن النية ليس واضحاً ولا محدداً الأمر الذي يترك أمر تحديده للقاضي بحسبانه من

50 - ينص الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود على الآتي: يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته.

51-حاز مسالم محمد الشوابكة، مرجع سابق، ص 3992.

52 -أحمد حدي لاله، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، ص 172، 171، 170.

53-أحمد حدي لاله، مرجع سابق، ص 174.

54-أحمد حدي لاله، مرجع سابق، ص 173.

سلطاته التقديرية،⁵⁵ وبناءً على ما ذهب إليه النص المذكور فإن القاضي وهو في سبيل أداء مهامه المذكورة يسترشد بأحكام القانون والتي تعد هي المرجع الأساسي إذا ما تعلق الأمر بعقد من العقود المسماة فإنه يصار إلى تطبيق الأحكام الخاصة في هذا العقد ومن ثم إلى القواعد العامة ومن ثم إلى تطبيق القواعد المنصوص عليها بالنسبة لأقرب عقد، ولعل المقصود من تلك القواعد بأنها القواعد المفسرة والمكملة وليست الأمرة ذلك أن المتعاقدين لا يملكون البحث في تطبيق أو عدم تطبيق القواعد الأمرة،⁵⁶ وهذه القواعد التكميلية التفسيرية باعتبارها ليست من النظام العام هي جزء من إرادة المتعاقدين فيمكن لهما استبعادها صراحة أو ضمناً.⁵⁷

ولم يعرف المشرع طبيعة الإلتزام لذا تولى الفقه مهام تعريفه والتي تعددت بطبيعة الحال تعريفاته إلا أنها تدور كلها حول فكرة الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدين إبرامه،⁵⁸ تلك الطبيعة التي تقتضي أن يلحق بالعين كل ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات، ويجد المشرع سنداً له في ذلك العديد من القواعد الفقهية ومنها "التابع تابع ولا ينفرد بحكم، ومن ملك شيئاً ملك ما هو من مستلزماته، وإذا سقط الأصل سقط الفرع"، وبالتالي فإن البوصلة الرئيسية للقاضي في استكمال مستلزمات العقد هي طبيعة الإلتزامات والتي تعد كذلك بمثابة الدستور له في أداء مهمته⁵⁹، وله أن يستعين بالعناصر الأخرى التي أوردها المشرع ومنها أحكام القانون والعدالة والعرف "فمن باع سيارة مثلاً فيعتبر باع جميع الأدوات التي لا غنى عنها في تسيرها، وإن كان هناك رأي من الفقه يتصدره الفقيه عبدالرزاق السنهوري يرى أن العوامل التي يسترشد بها القاضي قد وردت على سبيل المثال وأن طبيعة الإلتزام هي أحد تلك العناصر⁶⁰، إلا أن الباحث لا يرى أن طبيعة الإلتزام هي مجرد عنصر شأنها شأن العناصر الأخرى التي أوردها المشرع بل نرى أنها هي الوعاء والموجه للقاضي لتحديد نطاق العقد وفق ما تزوده به الوسائل المذكورة في المادة أعلاه أو إحداها كالقانون والعرف والعدالة.

وللقاضي استكمال مضمون العقد وتحديد نطاقه بالإستعانة بالعرف إستناداً إلى أن سكوت المتعاقدين بمثابة إتفاقهما على تطبيق قواعد العرف⁶¹، لاسيما وأن

55 - حازم سالم محمد الشوابكة، مرجع سابق، ص 3930 .

56- حازم سالم محمد الشوابكة، مرجع سابق ص 3993، 3994.

57- عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ص 693.

58- حازم سالم محمد الشوابكة، مرجع سابق ص 3997 .

59- حازم سالم محمد الشوابكة، مرجع سابق ص 3993.

60- عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 691.

61- أحمد حدي لاله، مرجع سابق، مرجع سابق-ص 176

العرف يجرى مجرى القانون في ما يتعلق بغالبية المعاملات التجارية والبحرية، ويرى جانب من الفقه أن الشروط المألوفة لها إتصال وثيق بالعرف بل هي أكثر تحديداً منه وبالتالي تضاف إلى العقد ما جرت العادة على إضافته من شروط على هذا الفرع من العقود، مما أصبح لكل من أطراف العقد أن يطلب تنفيذ ما تتضمنه تلك الشروط حتى وإن لم يتم تضمينها العقد ذلك أنها أصبحت بمثابة عرف خاص بهذا العقد ومنها على سبيل المثال ما يتم إضافته من نسبة مئوية على حساب الزبون في الفنادق والمقاهي،⁶² وهذا يتطابق مع ماتضمنه الفصل(516) منالمجلة بالنص صراحة"المعمول به عادةً بمحل الكتب كالمشروط نصاً وكذلك ماهو من طبيعة الأمر المقصود".

أيضاً قواعد العدالة والإنصاف هي من الوسائل والقواعد التي يسترشد بها القاضي طبقاً لما يقتضيه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء إذ هي لا تستمد من القانون الوضعي بل من القانون الطبيعي⁶³، فالبائع لا يلتزم فقط بما هو ضروري لنقل المبيع بل أيضاً هو ملزم بالكف عن أي فعل يجعل من نقله صعباً أو مستحيلاً، ومثل هذه القواعد يجب تطبيقها حتى وإن لم يرد بشأنها نص في العقد أو لم ينظمها القانون، فالعامل في مصنع يلتزم بعدم البوح بأسرار المصنع الذي يعمل فيه لمصنع آخر منافس،⁶⁴ وهذا مااستقرت عليه محكمة التمييز القطرية في العديد من أحكامها⁶⁵، وزيادة على ما سبق ونظراً لازدياد المنتجات والخدمات في الأسواق والتي ازدادت معها المخاطر فرضت قواعد العدالة إضافة التزام على عاتق أحد طرفي العقد كالإلتزام بالسلامة والإلتزام بالإعلام باعتباره من مستلزمات العقد حتى وإن لم يذكر هذا الإلتزام في العقد، وقد كان الفقه والقضاء الفرنسي هما الأسبق في إرساء هذه القواعد⁶⁶.

62- عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ص 694.

63-أحمدحدي لاله، مرجع سابق، ص 176.

64-عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 694.

65 - حكم محكمة التمييز المدنية القطرية رقم 2017/122 جلسة 2017/4/25، " بما مؤداه التزام العامل بمقتضيات الواجب في أعمال وظيفته و التي تعد من الإلتزامات الجوهرية التي يرتبها عقد العمل والقانون، وإنه وإن كان توافر إخلال العامل بالتزاماته أو عدم توافره هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط أن تقيم قضاءها على ما يحمله من الأوراق وعلى فهم صحيح لوقائع الدعوى . لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضده هو المدير المسئول لمحل المجوهرات والمنوط به حفظها... وكان تحديد نطاق العقد- وعلى ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة (172) من القانون المدنيمنوطاً بما اتجهت إليه إرادة عاقدية وما يعتبر من مستلزماته وفقاً للقوانين المكملة والمفسرة والعرف والعدالة بحسب الإلتزام، وكان الخطأ العقدي يتحقق بعدم تنفيذ المدين للإلتزامه العقدي، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض القضاء للطاعنة بالتعويض رغم إخلال المطعون ضده بالتزامه الناشئ عن عقد العمل لإهماله الذي أدى إلى فقد المجوهرات فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه.

66، أحمد حدي لاله، مرجع سابق، ص177.

وبالعودة إلى حرفية نص المادة (172) من القانون المدني القطري وما يقابله من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية في الفصل 243⁶⁷، نجد أن المشرع القطري أفرغ المادة المذكورة بفقرتين الأولى استخدمت مصطلح حسن النية في حين أن المشرع التونسي استخدم مصطلح تمام الأمانة وهما وجهان لعملة واحدة، بالإضافة إلى أن المشرع القطري أورد ذات الوسائل الثلاثة التي استخدمها المشرع التونسي باستثناء الوسيلة الثالثة والتي عبر عنها النص القطري بالعدالة فيما عبر عنها الفصل التونسي بالإنصاف، وهو ما لا يشكل أي خلاف في المعنى أو المضمون، ثم أن الترتيب الذي أورده كل من المشرعين هو ذاته (القانون - العرف - العدالة)، لكن الخلاف بينهما أن المشرع القطري استخدم حرف العطف (واو) فيما استخدم المشرع التونسي حرف العطف (أو) ونعتقد أن الاختلاف في استخدام حرف العطف هو اختلاف شكلي ذلك أن حرف العطف (أو) والذي استخدمه المشرع التونسي وإن كان للوهلة الأولى يعنى التخيير دون الجمع، إلا أنه وعلى نحو مذهب إليه بعض علماء النحو يمكن أن يأتي بمعنى الجمع نيابة عن الواو وذلك حسب صياغة الجملة،⁶⁸ كما نعتقد بعدم وجود ما يمنع من الجمع بين وسيلتين أو أكثر من الوسائل التي أشار إليها كل من التشريعين (القانون - العرف - العدالة والإنصاف) إذ قد يلجأ القاضي إلى كل الوسائل الثلاثة مجتمعة وهو في معرض إضافة ما هو من مستلزمات العقد أي أن الأصل أن تكون تلك الوسائل متكاملة.

إلا أننا نختلف مع أغلب الفقه الذي ذهب إلى القول بأن ما أورده المشرع من ترتيب للوسائل الثلاثة لم يكن الغاية منه الترتيب أو الأفضلية لوسيلة عن أخرى، وأن المشرع ذكرها على سبيل التساوي دون أن يمنح لأحدهما الهيمنة على البقية منها، وبأنه خيار تشريعي لامعقب عليه من قبل القاضي،⁶⁹ إلا أننا نرى أن الترتيب الوارد في كل من التشريعين هو ترتيب مقصود من المشرع وله ما يبرره إذ على القاضي أن يلجأ أولاً إلى القواعد القانونية لتحديد نطاق العقد فإن لم يجد مبتغاه يلجأ إلى العرف ومن ثم لأحكام العدالة والإنصاف، ودليلنا في ذلك أن أحكام كل من القانون والعرف لا يمكن أن تكون مخالفة لأحكام العدالة الأمر الذي يجعل - طبيعياً الحال - أحكام العدالة في ترتيب لاحق على كل من أحكام القانون والعرف وبالتالي يكون هذا الشق من الترتيب منطقي ومبرر، أما في حال الرد بأن العرف يمكن أن يسبق قواعد القانون التكميلية والتفسيرية فإنه وإن كان هذا من حيث المبدأ صحيحاً فإنه يلزم لذلك الإثبات وهو ما لا يمكن تصور وجوده في ظل عقد يخلو من النص على مستلزماته مما

67 - ينص الفصل 243 من أحكام مجلة الإلتزامات والعقود: يجب الوفاء بالإلتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ماصرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته.

68 - معجم المعاني الجامع، موقع إلكتروني، تاريخ الزيارة 2021/2/11.

69- فليح حسن حيدر، غانم يوسف محمد، نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها، دراسة مقارنة، ص163

يجعل من باب أولى خلوه مما يفيد الأخذ بالعرف على حساب أحكام قواعد القانون، وإلا فما الحاجة إلى الإضافة إذا ما تضمنه العقد صراحة، ومن جهة أخرى فإن الأكيد أن العرف مقدم على أحكام العدالة، مما يجعل الترتيب الوارد يعبر عن إرادة المشرع، ومن جهة أخرى ومن باب الإستثناس— فإذا ما ذهبنا إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني القطري نجد أنه نص صراحة على تطبيق أحكام النصوص التشريعية أولاً—ومن المؤكد أن ذلك يشمل كلاً من الأمانة والتكميلية. ومن ثم جاء ترتيب العرف بعد الشريعة الإسلامية وأخيراً انتهى إلى قواعد العدالة. وهذا باعتقادنا يعزز صحة ما نعتقد.

من جهة ثانية تناول أغلب الباحثين مسألة تحديد نطاق العقد على أنها مرادفة ومطابقة لتكملة العقد، وهو ما لا نعتقد بصحته ولا بدقته، إذ نرى أن تحديد نطاق العقد على نحو ما أمرت به أحكام المادة (172) من القانون المدني القطري تختلف عن تكملة العقد على نحو ما ورد بنص المادة (79) من ذات القانون وغيرها من المواد الأخرى، ذلك أن تحديد نطاق العقد بإضافة ما هو من مستلزماته سابق على دور القاضي في تكملة العقد بل وقد تغني عن التكملة برمتها، ثم أن المستلزمات تتم إضافتها من قبل القاضي دون قيد أو شرط إذ هي جزء من العقد وذلك خلافاً لاستكمال العقد الذي يستلزم توافر شروط لا بد منها كالإتفاق على المسائل الجوهرية ووجود أمور تفصيلية لم يتم الإتفاق عليه بعد، بالإضافة إلى عدم إتفاق الأطراف بأن العقد بدونها يكون غير تام ولا منعقد⁷⁰، ثم أن حالة تكملة العقد تستدعي إيجاد التزام جديد أما حالة اضافة مستلزماته فهي ليس أكثر من استكمال لتنفيذ التزام موجود أصلاً وبالتالي نكون أمام تنظيم ومراقبة لتنفيذ هذا الإلتزام،⁷¹ ويرى بعض من الفقه في ذلك أن الطريق الوحيد للملاءمة بين ما اتفق عليه طرفي العقد وبين ما اختلفا فيه افتراض أنهما أرادا إحلال القاضي محلهما ليبت في المسائل الخلافية مستنداً لما ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون.⁷²

ورغم وجود أكثر من رأي حول المعيار الذي ينبغي أن يسلكه القاضي في ممارسة سلطته التقديرية في تكملة العقد فيما إذا كان معياراً شخصياً أم موضوعياً، إلا أن غالب الفقه يغلب المعيار الموضوعي والنظرة الموضوعية إلى الإلتزامات العقدية التكميلية والتي تعد هي الأكثر نجاعة وعدلاً، لاسيما وأن في ذلك تحقيق لهدف النظام القانوني في الثبات والاستقرار في الأحكام التي يمكن أن تصدر في القضايا والحالات المشابهة مما يسمح بوضع معايير عامة يمكن أن نصفها بالثبات⁷³.

70- "عامر علي محسن أبو رمان، مرجع سابق، ص 185 وحتى 188.

71- فليح حسن حيدر، مرجع سابق، ص 163.

72- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ص 234.

73- فليح حسن حيدر، محمد غانم يوسف، مرجع سابق، ص 146 — 150.

وبالعودة إلى أحكام المادة (79) من القانون القطري نجد أن المشرع وضع ثلاث شروط لتدخل القاضي في تكملة العقد أولها إتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية، وتكمن خطورة هذا الأمر في تحديد العنصر الجوهرية والذي يعود تقديره لقاضي الموضوع، بالإضافة إلى الشروط الأخرى التي ترك عناصر تفصيلية لم يتم الاتفاق عليها، وكذلك عدم تعليق العقد عليها، أما المشرع التونسي فلم تتضمن مجلة الالتزامات والعقود فصلاً يطابق نص المادة 79 من القانون القطري يمنح القاضي ذات السلطة التقديرية، بل جاء وعلى النقيض من ذلك بالنص صراحة في الفصل (24) من المجلة بالآتي: "إذا صرح المتعاقدان بإبقاء بعض الشروط لعقد تال، فما وقع عليه الاتفاق والحالة هذه لا يترتب عليه الالتزام ولو وقع تحرير الشروط الأولية بالكتابة"، وعليه وبصريح النص يتبين أن المشرع التونسي لم يترتب ثمة التزام عقدي إذا لم يتم الاتفاق على سائر البنود، وهذا الاتجاه بعيداً عن التوجه الذي سار عليه المشرع القطري والعديد من التشريعات المقارنة على نحو ماسبق بيانه.

إلا أن سلطة القاضي قد لا تقتصر على الدور الرقابي للعقد بل ربما وفي حالات محددة تصل إلى الدور الحمائي والذي يتوجب فيه حماية الطرف الضعيف وهذا ماسيكون محل المبحث الثاني من بحثنا.

المبحث الثاني : دور القاضي الوقائي في حماية أطراف العقد

إن الأصل في العقود خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة وبأنه شريعة المتعاقدين إلا أن المشرع يسعى إلى تحقيق العدالة التعاقدية فالعقد يجب أن يكون عادلاً كي يتسم بالصيغة الإلزامية ذلك أن العدالة فوق الإدارة،⁷⁴ لذا سعت معظم التشريعات إلى التوفيق ما بين سلطان الإرادة ومقتضيات العدالة الفقهية لم تنتقص من الأول بحيث تجعله ينهار أمام سلطان القاضي ولم تتركه يطغى فيستبد في إنشاء العلاقات القانونية وتحديد آثارها خلافاً للمصلحة العامة ولقواعد العدالة،⁷⁵ ولا يتحقق ذلك إلا بإعادة التوازن للالتزامات العقدية عبر الإقرار للقاضي بسلطة استثنائية تجيز تعديله،⁷⁶ وهو ما ذهب إليه المشرع القطري في الفقرة الأولى من المادة (1/171) من القانون المدني والتي نصت على الأصل بأن العقد شريعة المتعاقدين ثم أوردت استثناء عليه بجواز التعديل للأسباب التي يقررها القانون بالإضافة إلى إتفاق أطرافه،⁷⁷ إلا أن هذا الموقف لم يتبناه المشرع التونسي في

74- دعاء موسى عبدالرحمن برهم، مرجع سابق ص 10.

75- السامرائي، دريد محمود، مرجع سابق، ص 216.

76 - نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، جامعة أبي بكر بلقايد، 2015-2016، ص 4.

77- تنص المادة 1/171 من القانون المدني القطري على الآتي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون."

الفصل (242) م أ ع والذي لم يأت على ذكر التعديل إطلاقاً مكتفياً بإمكانية نقض العقد بالصور المقررة قانوناً أو برضاء أطرافه⁷⁸، ولما كانت تلك السلطة في تعديل العقد حصرية واستثنائية، فإنها يمكن أن تأتي عند تكوين العقد وهذا ما سنبجته في المطلب الأول كما يمكن أن نجد لها محلاً عند تنفيذ هو هذا محل المطلب الثاني.

المطلب الأول : سلطة القاضي في تعديل العقد عند تكوينه

لقد ربطت أحكام المادة (171) من القانون المدنى سلطة القاضي في تعديل العقد بالأسباب التي يقرها القانون مما يستلزم وجود نص قانوني يجيز استعمال هذه السلطة ولعل من أولها ما نصت عليه المادة (140) من القانون المدنى القطري⁷⁹ والتي تتضمن ما يعرف بنظرية الاستغلال⁸⁰، ونجد من قراءته أن المشرع قد وضع المضرور في الخيار ما بين طلب إبطال العقد أو تعديله بانقاص التزاماته أو زيادة التزامات الطرف الآخر أي أن دور القاضي في التدخل لتعديل العقد نتيجة الغبن الاستغلالي مرتبط ببدء بثبوت توافر عنصر الاستغلال سواء حاجة ملحة أو لطيش واضح أو لضعف ظاهر أو لهوى جامح، وأن يترتب على هذا الاستغلال اختلال فادح في الإلتزامات العقدية أي تفاوت جسيم، ومن ثم وبعد طلب المضرور يترتب للقاضي هذه السلطة في تعديل العقد وبنوده سواء بزيادة التزامات الطرف الآخر أو بانقاص إلتزامات الطرف المغبون.

وقد ثار جدل فقهي حول معيار التفاوت المعتمد به بين التزامات المتعاقدين إذ لم يحدده المشرع مكتفياً بذكر عبارة "عدم تناسب باهظ" فهناك من يرى أن عدم التناسب الباهظ يقع بالقياس إلى قيمة هذا الشئ بالنسبة للمتعاقد المغبون ذاته وليس بقيمته المادية وهذا ما ذهب إليه السنهاوري وغيره⁸¹، ويرى جانب آخر ضرورة الأخذ في تقدير وجود عدم التناسب الباهظ بالنظر للقيمة المادية للشئ محل التعاقد ومقياسه القيمة المعقولة مع أخذ الظروف الشخصية بالإعتبار وفريق ثالث يرى أن المعيار مختلط أي موضوعي وشخصي معاً.

78- ينص الفصل(242) م أ ع على الآتي: "ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاءهما أو في الصور المقررة في القانون".

79 - تنص المادة 140 من القانون المدنى: "إذا استغل شخص في آخر حاجة ملحة أو طيشاً بيناً أو ضعفاً ظاهراً أو هوى جامحاً أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه وبين ما يجره عليه العقد من نفع مادي أو أدبي، كان للقاضي بناء على طلب الطرف ضحية الاستغلال أن ينقص من التزاماته أو يزيد من التزامات الطرف الآخر أو يبطل العقد".

80- عبيد نجا، مرجع سابق، ص 14.

81- عبدالرزاق أحمد السنهاوري، مرجع سابق، ص 394.

ونحن نعتقد أن الرأي الأول والمتمثل بالمعيار الشخصي أي بالنظر إلى قيمة الشيء عند الشخص وقت التعاقد لا يلبي روح نص المادة التي أجازت للقاضي سلطة تعديل العقد ولا هدف المشرع من النص عليها، ذلك أن تطبيق النص معلق على وجود حاجة ملحة أو طيش ظاهر ... الخ، مما يجعل قيمة الشيء لدى هذا الطرف عند التعاقد هي قيمة مبالغ فيها، بمعنى آخر أن تقديره لقيمة هذا الشيء هو بالأصل تقدير معوج ومن أجل ذلك أجاز المشرع للقاضي سلطته بالتدخل بغرض التعديل، ثم إن هذا الرأي يمكن أن يكون الأخذ به ملائماً ومناسباً فيما لو لم يشترط المشرع أن يكون الغبن مرتبطاً بالاستغلال وبالظروف الواردة بالنص المذكور (كالطيش أو الضعف أو السطوة) إلا أن توافر الاستغلال لتلك الظروف التي كان فيها المتعاقد لا يصلح معه تقدير قيمة الشيء بالنسبة إليه، إذ لا يمكن أصلاً وقوع الغبن إذا ماتم تقدير قيمة الشيء بالنسبة إلى المغبون ذاته في وقت التعاقد، لذا نعتقد أن تحقيق غاية المشرع من النص المذكور والتطبيق الصحيح لروحه يحتم أن يكون تقدير التفاوت بالنسبة إلى قيمة الشيء ذاته وقت التعاقد ومن خلال ذلك التقدير يمكن إصلاح الاختلال في الالتزامات العقدية والذي يتحقق معه العدالة التعاقدية.

أما المشرع التونسي فقد جاء بأحكام مغايرة لما ذهب إليه المشرع القطري والجزائري وغيرهما إذ رتب الفصل (43) م أ ع⁸² على التغيرير قابلية العقد للإبطال والفصل (56)⁸³ أوجب الفسخ في شروط محددة، وعلى الغبن الذي يتجاوز الثلث الفسخ في الفصل (61)⁸⁴، وبالتالي نجد أن المشرع التونسي لم يأخذ بنظرية الغبن الاستغلالي، إلا أنه يمكن فهم ماورد بأحكام الفصل (57) م أ ع⁸⁵ على أنها صورة من صور تعديل العقد إذ نصت على جواز الحكم بالتعويض إذا كان التغيرير قد وقع على تابع من توابع العقد، وكان قصد المشرع من ذلك تفادي فسخ العقد والتعويض للطرف المغرر به ما هي إلا تعديل للالتزامات العقدية، إلا أن ذلك لا يعني أن المشرع التونسي قد سار في ذات الطريق الذي ذهب فيه المشرع القطري.

82 - ينص الفصل 43 من المجلة على الآتي: الرضاء الصادر عن غلط أو عن تدليس أو عن إكراه يقبل الإبطال.

83 - ينص الفصل 56 م أ ع: التغيرير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الجانبين أو من نائبه أو ممن كان متواطئاً معه مختارات أو كنايةات حملت الجانب الآخر على العقد بحيث أنه لم يتم إلا بها وكذلك حكم التغيرير الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به

84 - ينص الفصل 61 م أ ع على الآتي: الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيراً أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانوناً ولو لم يقع تغيرير من معاقده الآخر والغبن في هاته الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث.

85 - ينص الفصل 57 م أ ع على الآتي: التغيرير الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع القطري لم يغفل حالة الإستغلال التي يمكن أن تقع في عقود التبرع، على الرغم من أن الأصل في هذا النوع من العقود لا يكون هناك عدم تناسب باهظ فالتبرع يعطي ولا يأخذ، وعلى الرغم من ذلك فقد يقع الإستغلال حتى مع التبرع إذا أجاز المشرع في المادة (141) من القانون المدني سلطة التدخل بإبطال هذا العقد أو إنقاص المال المتبرع به وذلك بناءً على طلب المتبرع، وهذا بلا شك صورة من صور تدخل القاضي في تعديل العقد والذي تركت له السلطة التقديرية في مقدار الإنقاص مسترشداً بمقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية حسب كل حالة على حده، وقد ضرب السنهوري مثلاً على ذلك بإستغلال الزوجة الثانية لطيش بين أو هوى جامع لدى الزوج يكون قد حمله على التبرع لها بماله ولو في صورة بيع⁸⁶، وهو مالم يذهب إليه المشرع التونسي.

بقي هنا أن نشير إلى ما ورد بأحكام المادتين (143، 144) من القانون المدني القطري، حيث أن المادة (143) لم ترتب ثمة أثر على الغبن المجرد غير المقترن بإستغلال أو إكراه أو غلط، إلا أن المادة (144) استتنت فئات محددة بعينها (الدولة — الشخص المعنوي العام — عديم الأهلية أو ناقصها، جهة الوقف) فأجازت للقاضي تعديل العقد بما يرفع عنه الغبن الفاحش وحددته بالخمس.

وقد يحصل عدم التوازن العقدي في صورة أخرى من صور التعاقد وهي عقود الإذعان والتي فرضها التطور الإقتصادي الكبير في العالم المعاصر الأمر الذي لا بد أن يكون لها أحكاماً خاصة تساير هذا التطور الذي أنشأ تكتلات إقتصادية ضخمة تؤثر بلاشك على الأحكام التقليدية لنظرية العقد، مما استوجب من المشرعين ومنهم القطري التدخل لتحقيق التوازن العقدي عندما تؤدي الظروف إلى إختلاله، إذ أجاز للقاضي التدخل في هذا العقد بتعديل شروطه بل وبالإعفاء منها كلياً وفقاً لأحكام العدالة على نحو ما ورد بالمادة (106) من القانون المدني.⁸⁷

ولم يرد تعريف عقد الإذعان في التشريعات وبذلك تعددت تعريفات الفقه له⁸⁸ والتي تقاطعت معظمها في إدخال عنصر الاحتكار كسمة رئيسية له، إلا أننا نعتقد وعلى ما يمكن الإستفادة مما تضمنته المادة (105) من القانون

86 - عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 396.

87 - تنص المادة (106) من القانون المدني القطري على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناءً على طلب الطرف المدّعى أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها أو أن يعفيه منها كلية ولو ثبت علمه بها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

88 - نجاة عبيد، مرجع سابق، ص 53.

المدني⁸⁹ والتي بينت طريقه حصول القبول في عقود الإذعان أن السمة البارزة في هذا النوع من العقود هو عدم قبول الطرف القوي المذعن لمناقشة بنوده خلافاً للأصل الذي يجيز مناقشة سائر البنود، مما يجعلنا لانسلم بضرورة توافر شرط الإحتكار القانوني أو الفعلي لا اعتباره عقد إذعان.

كما أن المشرع لم يحدد المقصود بالشروط التعسفية لذا فإن أول سلطة تقديرية للقاضي هي تحديد إذا ما كان الشرط تعسفياً من عدمه،⁹⁰ إلا أن بعض الفقه عرفه بأنه الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح له ميزة خاصة عن الطرف الآخر، وغالباً ما تظهر على شكل شروط عامة لا يكون المتعاقد الآخر مدركاً لها بصورة جدية ولا لآثارها الحقيقية وأحياناً لا يعلم بها أصلاً⁹¹، أي أن الإذعان يتحقق حين لا يتواجد الطرفان في مركز واحد وعلى درجة واحدة من القوة بل يكون أحدهما في مركز أعلى وهو الذي يضع شروطه والآخر يكون في مركز أدنى ليس له الإضافة ولا الحذف أو التعديل أو حتى النقاش⁹².

وحول سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي نجد أنها لاتخرج عن زيادة أو انقاص بعض الإلتزامات الواردة بالعقد بغية تحقيق التوازن وإزالة الضرر عن الطرف المذعن، أما إلغاؤه فهذا يتم مع الإبقاء على العقد عندما يكون الشرط هو مظهر التعسف فيه⁹³، ويرى البعض أن في ذلك توسع في حماية الطرف المذعن إلى حد يعرض العلاقات التعاقدية إلى عدم الإستقرار والخروج بحلول متباينة للمسألة الواحدة لعدم وجود ضوابط محددة لذا يجب أن تحدد وتعدّد الشروط التعسفية بموجب نصوص تشريعية، على أن رأياً آخر يؤيد توجه المشرع فحماية الطرف المذعن بحسبانه الطرف الضعيف وأن عدم مناقشة شروط العقد مبرراً كافياً لهذه الحماية⁹⁴.

كما نجد أن سلطة القاضي غير محدودة إلا فيما تقتضيه العدالة فهو المعيار الأوحد الذي يستهدي به القاضي سواء في تعديله للشرط التعسفي أو بالإعفاء منه فله في ذلك واسع السلطة التقديرية وهي سلطة من النظام العام لم يجز النص الإتفاق على ما يخالفها، وهي سلطة جوازية وهذا ما أورده المشرع في

89 - تنص المادة 105 من القانون المدني القطري على الآتي: "لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعائاً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الموجب مسبقاً لسائر عملائه ولا يقبل مناقشة في شروطه.

90- نجاة عبيد، مرجع سابق، ص 59.

91 - نجاة عبيد، مرجع سابق، ص 60.

92 - الحبيصة علي مصبح صالح، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان ص 25، 26.

93 - نجاة عبيد، مرجع سابق، ص 76 إلى 85.

94 - نجاة عبيد، مرجع سابق، ص 79، 80، 81 -

ذات المادة بقوله (جاز للقاضي) أي أن للقاضي السلطة التقديرية لاستعمالها من عدمه حسب كل حالة على حدة⁹⁵.

وبالعودة إلى المجلة التونسية نجد أنها لم تتضمن فصلاً يجيز للقاضي التدخل حال فقدان التوازن بين الالتزامات العقدية كما أنها لم تمنح القاضي سلطة تعديل الالتزامات العقدية في حالة عقود الإذعان مخالفة بذلك ما ذهبت إليه العديد من التشريعات العربية، وقد يكون صدور المجلة التونسية في 15 ديسمبر 1906 سبباً في عدم تضمينها أحكاماً خاصة بعقود الإذعان ذلك أن مصطلح عقد الإذعان يعد حديثاً نسبياً أول من عرفه هو الفقيه الفرنسي سالي في مؤلفه الإعلان عن الإرادة سنة 1923 وبالتالي هو لاحق على صدور المجلة⁹⁶.

حيال ماسبق كانت هناك محاولات قضائية بالدخول إلى بنود بعض العقود سواء من بوابة التفسير العريضة التي تضمنتها المجلة مثل الفصل 529 منها والذي يفسر الشك لمصلحة المدين بيمينه⁹⁷، وتارة أخرى من أحكام الفصل (243) م أ ع وأحياناً من بوابة الفصول الخاصة، لكن رغم كل تلك المحاولات القضائية والتأييد الفقهي لا نعتقد بكفايتها لمنح القاضي التونسي ذات الدور الممنوح للقاضي القطري أو غيره من القضاة في الدول العربية بسبب عدم توافر النصوص التشريعية التي تمنحه هذا الدور.

ومن جهة أخرى وإن كان إنقاص العقد وتحوله هما بمثابة فقرتين مستقلتين إلا أن دور القاضي فيهما يعد صورة من صور تعديل العقد، وقد نظمت المادة (166) من القانون المدني أحكام نظرية إنقاص العقد بالنص على الآتي: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق فيبطل العقد كله"، ويقابله الفصل (327) م أ ع حيث ينص بأن: بطلان بعض الالتزام بيبطل جميعه إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمر بصورة عقد خاص"، وعليه نجد أن النص القطري جعل الأصل في حال بطلان شق من العقد أو قابليته للإبطال هو إبقاء العقد دون هذا الشق والاستثناء يكون بإبطال العقد بأكمله إذا كان هو جوهر العقد وأساسه، أما الأصل في الفصل (327) م أ ع فهو بطلان الالتزام كله والاستثناء هو الانقاص، ومن الجدير بالذكر أن الفصل (326) م أ ع هو الذي فتح الباب لأحكام نظريتي إنقاص العقد وتحويله، وبأن الفقرة الأخيرة منه تضمنت الصورة الأكثر وضوحاً لأحكام هذه النظرية بالنص صراحة على الإبقاء على الالتزام الأصلي قائماً حال بطلان الالتزام التبعية.

95 - نجاة عبيد ، مرجع سابق، ص 83 إلى 86.

96 - علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان ص 23.

97 - ينص الفصل 529 من مجلة الالتزامات والعقود بالآتي " التفسير عند الريب يكون بما هو أخف على المدين بيمينه".

وبالعودة إلى ما يمكن فهمه من المادة (166) من القانون المدني القطري نجد أنها استلزمت عدة شروط لمنح القاضي سلطة تعديل الإلتزامات العقدية من جهة إنقاص العقد ولعل أولها شرط البطلان الجزئي فيه أو قابليته للإبطال وألا يكون هذا الشق هو جوهر وأصل الإلتزامات العقدية⁹⁸ ونعتقد أن هذه الشروط هي ذاتها ما عبر عنها الفصل (326) م أ ع: "بطلان الإلتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل".

ونصت المادة (167) من القانون القطري على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانها إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، فهي تقابل ما ذهب إليه المشرع التونسي في الفصلين (327، 328) م أ ع بالنص على أن: "بطلان بعض الإلتزام يبطل جميعه إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمر بصورة عقد خاص" أما الفصل اللاحق له فنصه: "إذا بطل الإلتزام وكانت به من الشروط ما يصح به إلتزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الإلتزام"، والذي نراهما بحق يكملان بعضهما البعض ويؤكدان مضمون كل منهما.

ومما نجده في المادة (167) من القانون القطري أنها استلزمت لممارسة القاضي لدوره في تعديل العقد من حيث تحوله إلى عقد آخر شروطاً ثلاثة أولها بطلان التصرف الأصلي وتوافر عناصر تصرف آخر وثالثها إنصراف إرادة أطرافه إلى التصرف الأخير،⁹⁹ أي يجب ألا يكون التصرف الأصلي صحيحاً ولا باطلاً بأكمله بل يكون في جزء منه باطلاً دون الجزء الآخر ويكون قابلاً للإنقسام، وأن تتوافر في عناصر التصرف الباطل جميع العناصر التي يتطلبها العقد الجديد من دون إدخال أي عنصر أو إلتزام جديد، ويستلزم النص إنصراف إرادة أطرافه المحتملة إلى التصرف الآخر أي أنهما كانا يريدان هذا العقد الجديد وتعليلاً لذلك يقول الفقيه سالي: "أن هناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها وقد اختارا لذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه"،¹⁰⁰ وتكمن سلطة القاضي في أنه يحل محل أطراف العقد بأن يقيم لهم عقداً جديداً بدلاً عن الباطل¹⁰¹.

وبالنظر لما أورده المشرع التونسي بالفصلين (327، 328) م أ ع نجد أنه لم يستلزم وجود نية الطرفين وانصرافها إلى التصرف الجديد خلافاً للنص القطري، بل نجد أن الفصل الأول يقوم على أسباب موضوعية وهي قابلية الإلتزام للتجزئة وعلى أسباب ذاتية تهدف لإنقاذ العقد بماله من سلطة في ذلك، ونحن نعتقد أن السلطة التقديرية للقاضي بشكل عام ودوره بتعديل العقد بشكل

98 - عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 184

99 - عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 548.

100 - عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 549، 550، 550.

101 - عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 20.

خاص يجب أن يسهمان بالحفاظ على العلاقات التعاقدية وحمايتها من الإنهيار وآثاره السلبية، ومن أجل ذلك فإننا نرى أن اشتراط النص القطري بشكل صريح على توافر النية لطرفي العقد على التصرف الجديد هو إفراغ لنظرية تحول العقد من مضمونها واقتصارها على إنقاصه وتكييفه، بمعنى آخر إن الممارسة الفعلية لمفهوم نظرية تحول العقد تكمن بإلزام طرفيه بالإلتزامات غير الباطلة أما اشتراط النص توافر نية طرفيه إلى هذا الجزء هو قيد شديد من المشرع على القاضي وحصر دوره على إنقاص العقد مع تكييفه التكييف الصحيح، وليس ممارسة فعلية لمفهوم تحول العقد، لذا فإننا نعتقد أن سلطة القاضي التونسي تعد أوسع منها للقاضي القطري وأنها تمثل الممارسة الحقيقية لمفهوم نظرية تحول العقد.

إلا أن سلطة القاضي في تعديل الإلتزامات العقدية قد تستدعيها الظروف حتى في مرحلة ما بعد إبرامه وسريانه هذا ما سيكون محل بحثنا في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء تنفيذه

قد يختل التوازن الإقتصادي للإلتزامات العقدية أثناء تنفيذه بسبب ظروف عامة واستثنائية ومفاجئة، وقد يكون مرده شرط عقدي تبين المغالاة فيه من أجل ذلك منح العديد من المشرعين القاضي دوراً بإعادة التوازن للإلتزامات التعاقدية سواء فيما يتعلق بتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة أو فيما يتعلق بالشرط الجزائي.

وقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تطبيق أحكام الظروف الطارئة فالعدل من ركائز هذه الشريعة السمحاء وأساساً لها وهي تستند إلى قوله سبحانه وتعالى: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"¹⁰² وفي قوله تعالى "وما جعل الله عليكم من حرج"¹⁰³، ثم وجد لها تطبيقاً في القواعد الفقهية والأصولية "لا ضرر ولا ضرار" و"المشقة تجلب التيسير" والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"¹⁰⁴.

وتجد هذه النظرية أساسها في التشريع القطري في الفقرة الثانية من المادة (171) والتي تنص على: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد

102 - القرآن الكريم، سورة البقرة، آية رقم (158).

103 - القرآن الكريم، سورة الحج، آية رقم (78).

104 - عمار حسن كزاز، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الإقتصادي المحتمل في العقد، ص 86.

المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، وتعد تلك الفقرة استثناء على القاعدة العامة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من ذات نص المادة "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

وعليه يتضح مما سبق أنها تجاوز واستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقود مما يجعل سلطة القاضي في تطبيقها مقيدة بتحقيق الشروط الواردة في النص والتي أجملها الفقه بثلاث، أولها يتعلق بالعقد ذاته بأن يكون مترخياً في التنفيذ وهذا غالباً نجد في العقود الزمنية، إلا أنه يمكن حدوثه في العقود الفورية إذا وقع الظرف بعد الإنعقاد شريطة ألا يكون هذا التراخي نتيجة خطأ المدين ذاته إلا أننا لانجد له تطبيقاً في العقود الاحتمالية كالمضاربة في البورصة وهذا ما تفرضه طبيعة هذه العقود،¹⁰⁵ ويشترط أيضاً أن يكون الظرف طارئاً استثنائياً وعماماً وغير متوقع، ولعل المقصود باستثنائي أن يكون غير مألوف أي نادر الوقوع كالحروب والأوبئة، وأما عماماً فهذا يعني أن تطول آثاره طائفة أو مجموعة من الناس ولا يعني ذلك كافة أفراد المجتمع، وهذا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع في تقدير ما إذا كان عماماً من عدمه، غير أن هذا الشرط لقي معارضة من البعض على اعتبار أنه يضيق من سلطة القاضي في تطبيق أحكام هذه النظرية¹⁰⁶ ولا مبرر لهما دام تقدير توافر الظرف الاستثنائي من عدمه يخضع لسلطان القاضي مما لا يجوز حرمان المدين المرهق لظرف طارئ واستثنائي خاص من أحكام هذه النظرية.¹⁰⁷

إلا أننا لنعتمد أن تلك المبررات كافية لإلغاء شرط العمومية من أحكام تطبيق نظرية الظروف الطارئة سيما وأنه استثناء على مبدأ إلزامية العقود، ثم أن السلطة التقديرية للقاضي لا تشكل ضمناً بقدر ما تعد مدعاة لاختلاف الأحكام على الوقائع المتشابهة، لذا فإن التوسع التشريعي لأحكام هذه النظرية في العقود المسماة ربما يكون هو الحل الأمثل على نحو ماورد بأحكام المواد (632) من القانون المدني¹⁰⁸ والتي أفردت لطرفي عقد الإيجار شروطاً وأحكاماً خاصة للظروف الطارئة الخاصة، وأما أن يكون الظرف غير متوقع ولا يمكن دفعه فهذا يوجب أن يتجاوز كل تقدير يمكن أن يتوقعه الأطراف ومعيار ذلك الرجل من

105 - نجا عبيد، مرجع سابق، ص 93-94-95.

106 - كزار عمار، مرجع سابق، ص 93.

107 - دعاء موسى عبد الرحمن برهم، مرجع سابق، ص 149.

108 - تنص المادة 1/632 من القانون المدني القطري "إذا جدد لأحد طرفي العقد ظروف غير متوقعة من شأنها أن تجعل استمرار الإيجار مرهقاً له، جاز للقاضي بناء على طلبه، وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين، إنهاء الإيجار مع تعويض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً".

أوسط الناسأي معيار موضوعي،¹⁰⁹ ومن نافلة القول ينبغي أن يكون الطرف الطارئ لاحقاً على إبرام العقد ولايد للمتعاقدين فيه.

أما الشرط الجوهري الاخر فهو أن يترتب عليه إرهاب للمدين في تنفيذ التزامه وليس استحالة وهو معيار التفرقةبين القوة القاهرة والحادث الطارئ غير أنه معيار مرن وغير ثابت يتبدل بتبدل الظروف، كما وينبغي أن يصيب المدين بخسارة جسيمة على أن المقصود بالخسارة هو بالنظر إلى هذه الصفة والالتزام وليس إلى مجموع ثروة وأعمال المدين أي أن المعيار موضوعي بالنسبة إلى ذات العقد والالتزام وليس إلى شخص المدين¹¹⁰، كما يظهر أحكام المادة المذكورة أن المشرع حظر الإتفاق على ما يخالفها وبالتالي فهي من النظام العام.

ولا يفوتنا أن ننوه إلى ما نعتقده من أن وباء كورونا (covid19) قد توافرت فيه شروط الظروف الطارئة بالنسبة لبعضالعقود، وبالنسبة للبعض الآخر يعد من حالات القوة القاهرة، لا سيما في بداية انتشار هذا الوباء، على أنه وبحسب رأينا أن البعض من العقود وبالأخص التي جرى إبرامها بعد إنتشار الوباء ولا زالت سارية قد لا يتوافر فيها شروط تطبيق أحكام هذه النظرية.

وبناء على ما سبق فإذا توافرت الشروط المذكورة يصار إلى تطبيق أحكام المادة (2/171) من القانون المدني والتي تخول القاضي تعديل التزامات المدين برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقولأي أن المشرع أطلق يد القاضي في تقرير التعديل الذي يراه كافياً ومناسباً وتوزيع تبعه الحدث المفاجئ على طرفي العقد، فصلاحية القاضي هنا تعد أوسع منها في معالجة الغبن الاستغلالي، فالقاضي ليس مقيداً بإجراء محدد فقد يرتأي إنقاص التزام المدين أو زيادة إلتزام الطرف الآخر أو وقف تنفيذ العقد¹¹¹ شريطة أن يكون هذا الرد في الحدود المعقولة أي أن الضابط الذي يلتزمه المعقولة، وباعتقادنا أنها من إطلاقات وسلطات قاضي الموضوع على أنه وفي حال ارتأى زيادة الإلتزام المقابل أو إنقاص إلتزام المدين فلا يكون هذا الرد إلا فيما يتعلق بالحاضر دون المستقبل إذ بزوال الحادث المفاجئ يعود العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل¹¹²، كما أن السلطة التي منحها المشرع للقاضي في حال وقوع الحادث المفاجئ اقتصرت على معالجة الإلتزامات العقدية دون انائها فالغاية هي توزيع آثار هذا الحادث على طرفي العقد.¹¹³

109 - دعاء موسى عبد الرحمن برهم، مرجع سابق، ص 150 - 151.

110 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 723 - 724.

111 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 735، 736.

112 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 737.

113 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 737.

بقي أن نشير إلى أن السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق أحكام المادة المذكورة جاءت بصور متعددة ويظهر ذلك من استخدام المشرع لمفردات تفيد باتساع تلك السلطة "إستثنائية، وعامة، وغير متوقعة" إذ أن توافر الشروط الثلاثة من عدمه يخضع كله لتقدير القاضي ثم معيار الإرهاق للمدين هو الآخر يخضع توافره من عدمه لتقدير القاضي والأمر ذاته يتعلق بالوسائل الإستثنائية للقاضي والتي غير عنها المشرع تبعاً للظروف وبعد الموازنة فهي ذات معايير واسعة ترك المشرع أمر تقديرها للقاضي، وأخيراً الجزاء الذي رخص المشرع فيه للقاضي القيام به هو الآخر غير محدد ويمنحه سلطته تقديرية واسعة، فهذا النص من وجهة نظرنا يعد فيه القاضي مفوضاً من المشرع بإحلال إرادته محل إرادة المتعاقدين.

إلا أن موقف المشرع القطري والعديد من المشرعين غيره لم يأخذ به المشرع التونسي إذ لم يأت بنص يطابق النص المذكور والخاص بنظرية الظروف الطارئة الأمر الذي لم يستطع معه القضاء التونسي من تجاوز إلزامية العقود، إذ قضت محكمة التعقيب التونسية بمناسبة القرار التعقيبي المؤرخ في 20 نوفمبر 1979 أنه لا يمكن الأخذ بعين الاعتبار للظروف الطارئة ولو أدت إلى ارتفاع الأسعار وانخراط كبير في التوازن بين الطرفين¹¹⁴.

من جهة أخرى منح المشرع القطري القاضي وعلى غرار العديد من المشرعين غيره سلطة أخرى في تعديل العقد في حالة التعويض الإتفاقي على نحو ما ورد بأحكام المادة (266) من القانون المدني¹¹⁵ ذلك أن المتعاقدين قد يلجأون إلى إدراج شرط في عقودهم يحددون من خلاله مقدار التعويض عند الإخلال بتنفيذ الالتزام أو غالباً ما يكون الهدف منه تحذير الملتزم، وبموجب النص المذكور يتبين أن المشرع أجاز للقاضي تخفيض قيمة هذا الشرط إذا كانت المبالغة بتقديره قد وصلت حد الجسامة أو بحسب تعبير المشرع بلغت درجة كبيرة، وعليه فإذا ما ثبت أن قيمة الشرط الجزائي قد تجاوزت الأضرار التي لحقت بالدائن وبلغ هذا التجاوز حد المبالغة-إذ لا يكفي إثبات أن مقدار الشرط تجاوز الأضرار إذ لا بد أن يصل حد المبالغة الكبيرة بحسب تقدير القاضي- عندها يجوز له تخفيض قيمة هذا الشرط، كما يمكن للقاضي ذات الصلاحية إذا ما ثبت تنفيذ جزء من الالتزام.

وتكمن مبررات هذه السلطة الإستثنائية في أحكام العدالة التي تأبى الخضوع إلى التحديد الجائر لقيمة الجزاء والذي يلحق أشد الضرر بالمتعاقدين، ثم أنه يتعارض وأحكام حسن النية الواجب توافرها في تنفيذ العقود علاوة على أن

114 - قرار تعقيبي مدني صادر بتاريخ 20 نوفمبر 1979 نشرية محكمة التعقيب القسم المدني لعام 79 ص 97.

115 - تنص المادة 266 من القانون المدني القطري: لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ويجوز للمحكمة أن تخفض التعويض عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

القول بخلاف ذلك سيدفع بالمتعاقدين إلى المبالغة أكثر بالنص على شروط جزائية مرتفعة،¹¹⁶ وهذا ما استقرت عليه محكمة التمييز القطرية تطبيقاً للنص المذكور: "إن المقرر في قضاء محكمة التمييز أن مفاد نص المادة (266) من القانون المدني أن وجود الشرط الجزائي يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن وعلى القاضي أن يُعمل هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فعندئذ لا يكون الاتفاق مستحقاً أصلاً أو إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قضى بالغرامة المقضي بها لمجرد وجود شرط متفق عليه في العقد بتحديد الغرامة التأخيرية إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ودون تقدير من القضاء ولم يعرض لشروط استحقاق الشرط الجزائي، وما دفع به الطاعن من أن التأخير كان لسبب من جانب المطعون ضده مالك المشروع وانتفاء الضرر بعد تنفيذه ما يعادل 90% من أعمال المقولة مما يعيب الحكم ويوجب تمييزه في الشق المطعون عليه من الحكم.¹¹⁷

ويظهر من الحكم أنه اعتمد الحالتين التي تضمنهما النص المذكور (المبالغة في تقدير التعويض وتنفيذ جزء من الإلتزام)، وباعتقادنا أنه تعمد ذكر نسبة الإنجاز وهي 90% من أعمال المشروع وذلك بغرض استيفاء الحالة الثانية الواردة في نص المادة والتي عبر عنها المشرع " أن الإلتزام قد نفذ في جزء منه" في حين أن النسبة التي أوردها الحكم يمكن تقييمها من وجهة نظرنا بأنها أكثر من الجزء الذي عبر عنه المشرع في النص، وهذا يقودنا إلى القول بأن الجزء المنفذ المانع من تطبيق الشرط الجزائي ينبغي أن يعود بالفائدة على الدائن كي تتحقق معه الحالة التي تستوجب تعديل الشرط الجزائي، ويرى الباحث أن المشرع ألزم المدين إثبات حالة المبالغة في التعويض المتفق عليه للضرر الحاصل وهذا خلافاً للقواعد العامة التي تضع على عاتق الدائن إثبات الضرر.

ويرى جانب من الفقه أن تعديل الشرط الجزائي حال توافر شروطه بأن يتم إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر الواقع¹¹⁸ إلا أننا لا نسلم بدقة هذا الرأي ولا نراه يتوافق وهدف المشرع والذي وصف التعويض الإتفاقي الذي يجب تعديله أن يكون مبالغاً به وأن تكون درجة المبالغة كبيرة، وبالتالي — وبحسب مبتغى المشرع — فإن التعديل يجب أن يطول فقط المبالغة الكبيرة في التقدير للتعويض ولا يجب أن يوصله إلى مرحلة المساواة والتعادل مع الضرر بل يمكن أن يبقى الزيادة في التعويض عن حجم الضرر زيادة مقبولة غير كبيرة ولا جسيمة.

116 دعاء موسى عبد الرحمن برهم، مرجع سابق، ص 176، 177.

117 - حكم محكمة التمييز القطرية (الدائرة المدنية) الطعن رقم 107 لسنة 2014، جلسة 17 يونيو 2014.

118 - نجا عبيد، مرجع سابق ص 128، ورد في علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة ص 184.

وفي ذات المقام نصت المادة (267) من ذات القانون على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً"، وفي ذلك يظهر عدم منح القاضي أية سلطة بتعديل الشرط الجزائي إذا كان الضرر يفوق التعويض الإجمالي إلا أنه عاد واستثنى حالتين هما ارتكاب الغش والخطأ الجسيم ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق الدائن.

ويرى الباحث أن لا عبرة في تمييز حالة المدين الملتزم بتعويض مبالغ فيه إلى درجة كبيرة عنه في حالة الدائن المضروب إذا كان حجم الضرر يفوق التعويض المتفق عليه إلى درجة كبيرة، إذ نرى أن ذات المبررات التي استحق معها المدين تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي قد تتوافر في حالة الدائن أحياناً مما يقتضي الأمر منحهم ذات الحماية والحقوق.

وحول موقف المشرع التونسي فقد جاء خالياً من النص على فصل خاص يمنح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي مما يجعله خاضعاً للمبدأ العام والمقرر بأحكام الفصل (242) م أ ع والذي يقضي بأن "مانعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاها أو في الصور المقررة في القانون"، أما موقف فقه القضاء التونسي فقد جاء متردداً ما بين موقف يسلم بخضوعه للقواعد العامة في ظل غياب النص الصريح الذي يمنح سلطة تعديله، وما بين موقف آخر يدعو لتجاوز التفسير السلبي لنص الفصل (242) من المجلة والإعتراف بحق القاضي في مراجعة العقد عملاً بقواعد الإنصاف والمعقولة، بل ذهب رأي آخر لما هو أبعد إذ يرى في النظام العام والأخلاق الحميدة ما يكفي لتدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي¹¹⁹ مستدلين على ماورد بأحكام الفصل (243) م أ ع وبضرورة اعتبار ماورد فيها من تنفيذ الالتزام مع تمام الأمانة والإنصاف كأدوات تمكن القاضي من التدخل لإعادة التوازن للعقود¹²⁰، إلا أن الأحكام القضائية سواء الصادرة عن محكمة التعقيب أو الموضوع لم تسير على النحو الذي أراده البعض والتي جاءت أحكامها مخيبة للآمال تحت عنوان الحفاظ على الروابط العقدية واحترام بنود العقد وإلزاميته، وهذا مانستنتج من القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 28 أفريل 1975، إذ فيه حُجِّرَتْ محكمة التعقيب على القاضي بتغيير الالتزامات أو تعديلها ولو كانت مرهقة بالنسبة للمدين بل يجب عليه أن يسهر على احترام وتنفيذ ذلك الشرط الجزائي احتراماً للقوة الملزمة للعقد وبالتالي ليس للقاضي تغيير الاتفاقات بين الأطراف المتعاقدة ولو باسم العدل والإنصاف¹²¹، ومن الجدير بالذكر أن المشرع التونسي في الفصل (815) م أ ع منح القاضي سلطة تقديرية

119 - نجوى القيراني، تدخل القاضي في العقود المدنية، ص 65، 66، 67.

120 - نجوى القيراني، مرجع سابق، ص 53.

121 قرار تعقيبي مني بتاريخ 28 أفريل 1975 عن الدوائر المجتمعة، ورد في بحث نجوى قبروان، مرجع سابق، ص 51.

في مراقبة تنفيذ عقد الكراء والذيرأى البعض أن للقاضي القياس عليه في باقي العقود¹²².

الخاتمة:

وفي الختام نوجز بالخلاصة التالية:

أولاً: توصلنا أن للقاضي المدني دوراً رقابياً على العقد من خلال تفسيره للوصول إلى الإرادة المشتركة للطرفين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وبيننا أن كلاً من المشرع القطري والجزائري والتونسي قد منحوا هذا الدور للقاضي إلا أن المشرع التونسي قد منح دوراً أوضح وأوسع من خلال النص على العديد من القواعد الفقهية والأصولية في فصول أحكام مجلة الإلتزامات والعقود.

ثانياً: بينا دور القاضي وواجبه بإعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح له دون الإعتداد بوصف طرفيه وهذا ما يسمى بتكييف العقد، وأن الأحكام القضائية والفقه يجمعان على واجب القاضي في تكييف العقد التكيف الصحيح، وهو يخضع بذلك لرقابة محكمة التمييز (التعقيب).

ثالثاً: بعد ذلك أوضحنا دور القاضي في تطويع العقد سواء من خلال تحديد مستلزماته أو تكملته.

رابعاً: كما أعطى المشرع القطري بموجب المادة (79) من القانون المدني سلطة للقاضي باستكمال العقد بالمسائل التفصيلية حال اتفاقهم على المسائل الجوهرية شريطة ألا يكون العقد قد تضمن بنداً يقضي بعدم إنعقاده في حال عدم الاتفاق على تلك المسائل التفصيلية، وهذا يعد دوراً للقاضي في صنع العقد وتكوينه وهو يطابق نص المادة (65) من القانون المدني الجزائري، وهو ما خلصت منه أحكام المجلة من نص يماثله، بل ما ذهب إليه الفصل (24) م أ ع يبين أنه لم يمنح ذات السلطة للقاضي بتكملة العقد.

خامساً: توافق المشرع القطري والجزائري على دور القاضي في حماية أطراف العقد وفق ما تستلزمه مقتضيات العدالة، خلافاً للمشرع التونسي الذي لم يمنح مثل هذا الدور للقاضي، حيث أجاز المشرع القطري والجزائري للقاضي تعديل العقد في حالة الغبن الاستغلالياً المشرع التونسي فلم يمنح القاضي مثل هذا الدور، أيضاً للقاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أو حتى الإعفاء منه إذا ماورد بعقد من عقود الإذعان، وهو ما لم يذهب إليه المشرع التونسي.

سادساً: نظم المشرع القطري والجزائري والتونسي أحكام إنقاص العقد وتحوله ومنحوا القاضي دوراً في تعديله من حيث إنقاصه ومن حيث تحوله، وسلطنا

122 - ينص الفصل 815 م أ ع: "إذا زرع المكثري الأرض ثم أجيح زرعها كله بأمر طارئ أو قوة قاهرة وبلا تقصير منه فله إسقاط الكراء واسترجاع ما دفعه معجلاً".

الضوء على أن المشرع التونسي لم يستلزم على غرار المشرع القطري والجزائري توافر نية الطرفين وانصرافها إلى التصرف الجديد كشرط لتطبيق نظرية تحويل العقد، والذي نرى أن ما ذهب إليه المشرع التونسي هو الأنجع.

سابعاً: تحدثنا عن دور القاضي في تعديل العقد أثناء تنفيذه والذي أعطى القاضي تلك السلطة في التعديل إذا ما توافرت شروط الظروف الطارئة والتي تكمن بتوزيع تبعات تلك الظروف على طرفي العقد، وكذلك سلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي وهذا ما لم يذهب إليه المشرع التونسي.

التوصيات:

بعد القيام بهذا البحث نوصي بالآتي:

أولاً: نوصي بإجراء المشرع التونسي تعديلاً تشريعياً يمنح من خلاله القاضي سلطة تكملة العقد حال الاتفاق على المسائل الجوهرية دون التفصيلية بالإضافة إلى سلطة تعديل الشرط الجزائي، وتبني نظرية الظروف الطارئة، وتعديل الالتزامات العقدية حال توافر الغبن الاستغلالي.

ثانياً: نوصي بتعديل كل من نص المادة (167) من القانون المدني القطري والمادة (105) من القانون المدني الجزائري بحذف فقرة: "إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

ثالثاً: يوصي الباحث بتعديل المادة (267) من القانون المدني القطري والمادة (185) من القانون المدني الجزائري بإضافة فقرة: "أو إذا تبين أن المبلغ المقدر زهيداً بالنسبة إلى حجم الضرر الواقع"، بمعنى تمكين القاضي من تعديل الشرط الجزائي إذا كانت قيمته تافهة بالنسبة للضرر.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع العامة

جابر محجوب علي، شرح القانون المدني القطري، مصادر الالتزام في القانون القطري، سنة 2016.

سرايش زكريا، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار هوميه للنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2014.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية 2015.

عبدالحق صافي، القانون المدني، المصدر الإداري والالتزامات، الجزء الأول، طبعة جديدة ومنقحة، دار السلام للطباعة والنشر، 2020.

علي نجيده، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، 2004-2005.

مأمون عبدالرشيد، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، المؤسسة الفنية للطباعة، بدون سنة نشر.

محمود عبدالرحمن محمد، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر

ثانياً : المراجع الخاصة :

زريق برهان، نظرية تفسير العقد فى القانون المدني والإداري، دار الكتب القانونية، بدون سنة نشر.

عامر علي حسن أبورمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2015.

ثالثاً : البحوث والمقالات :

بن عمو نذير، الشرط الجزائي بعد ثلاثين سنة، صحوة البركان، تعليق على القرار 42624 بتاريخ 28 أبريل 1994، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، سنة 1996.

جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا عليه، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الخامس، جانفي 2018.

حازم سالم محمد الشوابكة، محددات مستلزمات العقد في القانون المدني البحريني، دراسة مقارنة، جامعة الأزهر، مجلة كلية الشريعة والقانون، العدد 22، الجزء الخامس، 2020.

حمزه عبد المهيمن، ضوابط تفسير العقود بين النص والقانون والإجتihad والقضائي، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، محكمة، دار المنظومة، يونيو 2012.

دريد محمود السامرائي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المفهوم والتأصيل القانوني، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، العدد الثالث، 2004، دار المنظومة.

سلاف الفريخة، القاضي وتفسير العقد، جمعية الحقوقيين، العدد 13، دار المنظومة، محكمة، 2017.

عامر رحمون، تفسير العقد فى القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، جامعة زين عاشور بالجلفة، دار المنظومة مارس 2019.

عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الإقتصادي المختل في العقد، جامعة الكوفة، العدد 38، محكمة – 2015 – دار المنظومة.

فليح حسن حيدر، محمد غانم يوسف، نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، العدد الثاني، 2018.

هادي سهير حسن، القواعد القانونية في تفسير العقد، جامعة بابل، محكمة، دار المنظومة، 2014.

رابعاً: رسائل الماجستير والدكتوراة:

أحمد حدي لاله، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق، 2112-2113م.

بلشير هجيرة، تكيف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، رسالة ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، 2012، 2013.

دالي بشير، مبدأ تأويل العقد – دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق الجزائر، - لسنة 2018.

دعاء موسى عبد الرحمن برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماستر في القانون الخاص بكلية الحقوق بجامعة الأزهر في غزة – 2019.

رشيد بن الحاج جلول، دور القاضي والأطراف في تعديل العقد، رسالة ماجستير، المركز الجامعي أحمد زبانه- غليزان، معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، سنة 2015.

سونيه بوشقره، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر، 2013- 2014.

علي مصباح صالح الحبيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، دار المنظومة، 2011.

نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة ماجستير، 2015- 2016.

نجوى القيراني، تدخل القاضي في العقود المدنية، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 2002.

خامساً: القوانين :

القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2014، دار الفكر العربي " رقم الإيداع 2005/13560، الطبعة الأولى 2006.

قانون المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 16 لسنة 1990، المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1982 الجريدة الرسمية، موقع الميزان تاريخ الزيارة 2020/10/28.

مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، الصادرة بالأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1906 ، (منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1905).

قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، الجريدة الرسمية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رئاسة الجمهورية، الأمانة العامة للحكومة، زيارة الكترونية تاريخ 2022 / 2/8.

الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

سادساً: الأحكام والقرارات القضائية:

القرار التعقيبي المدني رقم 52610 والصادر في 1996 / 10/30.

القرار التعقيبي المدني رقم 47837 والصادر في 8 جانفي 1998، غير منشور.

حكم محكمة التمييز القطرية الدائرة المدنية في الطعن رقم 33 / 2006، جلسة 2006 / 6/20، موقع الميزان.

حكم محكمة التمييز القطرية الدائرة المدنية في الطعن رقم 107 / 2014 جلسة 2014 / 6/17، موقع الميزان.

حكم محكمة التمييز القطرية الدائرة المدنية في الطعن رقم 122 / 2017، جلسة 2017 / 4/25، موقع الميزان.

سابعاً: المراجع الإلكترونية

حمود غزال، سلطة القاضي في تكييف العقد، جامعة الفرات، الجمهورية العربية السورية، تاريخ الزيارة 2021 / 2/7.

<http://journal.alfuratuniv.edu.sy/index.php?lang=1&set=31&func=12&Se=6&id=132>

شهاب محمد، العقد بين القانون والظروف الإستثنائية، مجلة إلكترونية، محكمة، تاريخ الزيارة 2021/2/8.

<https://mahkama.net/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B8%D8%B1%D9%88%D9%81-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B3%D8%AA%D8%AB%D9%86%D8%A7%D8%A6/>

معجم المعاني الجامع، موقع إلكتروني، تاريخ الزيارة 2021/2/11.

<https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/>