

سلطة القاضي في تعديل العقد المفهوم والتأصيل القانوني



الدكتور دريد محمود السامرائي

جامعة المرقب

المقدمة :

يعد القانون علماً اجتماعياً ينظم سلوك الأفراد في المجتمع . وحيث أن هذا السلوك متطور متغير نتيجة لتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية بصفة عامة ، فقد اقتضى ذلك وبالضرورة تطور قواعد القانون لمواكبة تلك التغيرات الاقتصادية والاجتماعية . بيد أن استقرار القواعد القانونية هو أمر لازم في الوقت نفسه ، يبرره استقرار المعاملات والثقة بين الناس .

من هنا يحاول المشرع في الدول المختلفة الملائمة بين هذين الاعتبارين المتقدمين . فلا يتدخل لتعديل القواعد القانونية إلا في الحالات التي تصبح فيها تلك القواعد عاجزة عن مواكبة التطور في المجتمع . كما يقرر في ذات الوقت ، منح القاضي سلطة التدخل في تعديل العقد في أحوال معينة بهدف تحقيق العدالة بين المتعاقدين . عليه فإن مهمة القضاء لا تقف في الواقع عند حدود تفسير العقد وإعطائه التكييف القانوني الصحيح . وإنما تمتد فوق ذلك إلى التدخل في مضمون العقد وآثاره بهدف حماية الجانب الضعيف فيه من تعسف واستغلال الطرف الآخر .

وهكذا تتعدد السلطات التي يتمتع بها القاضي في مجال العقد . وقد تتداخل تلك السلطات وتختلط ببعضها البعض ، مما يقتضي بادئ ذي بدء إعطاء المفهوم القانوني الدقيق لسلطة القاضي في تعديل العقد بالنظر لخطورتها وأهمية موضوعها . كما ينبغي في هذا الصدد أيضاً تمييز هذه السلطة عن غيرها من النظم القانونية المشابهة التي يمكن

أن تختلط معها .

من جانب آخر فإن سلطة القاضي في تعديل العقد تشكل خرقاً لمبدأ قانوني مستقر في مجال التعاقد ألا وهو مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) . ومقتضى هذا المبدأ أنه يتعين على القاضي أن يحترم اتفاق المتعاقدين وأن يلتزم بتطبيقه كما يلتزم باحترام القانون وتطبيقه . فليس من شأن العقد أن يلزم المتعاقدين فحسب بل إن من شأنه أيضاً أن يلزم القاضي بتطبيق أحكامه . وعلى الرغم من هذه القاعدة المقررة في جميع القوانين المقارنة ، ينيط المشرع بالقضاء ، استثناءً ، سلطة التدخل في العقد لإلغاء بعض أحكامه وتعديل أحكامه الأخرى . وذلك بهدف تحقيق التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين . وبالتالي فإن هذا الاستثناء لا بد أن يستند على أساس قانوني متين ، يبرر تقريره والنص عليه . لذلك يتعين البحث في التأصيل القانوني لسلطة القاضي في التعديل .

وتأسيساً على ما تقدم فقد قمنا بتقسيم بحثنا هذا إلى فرعين اثنين : نتولى في أولهما دراسة المفهوم القانوني لتعديل العقد وتمييزه عن النظم القانونية الأخرى ، ونبحث في ثانيهما : التأصيل القانوني لسلطة القاضي في تعديل العقد .

الفرع الأول : المفهوم القانوني لتعديل العقد وتمييزه عن بعض النظم القانونية

ينقسم هذا الفرع إلى مبحثين يختص أولهما بتحديد المفهوم القانوني لتعديل العقد ، ونتولى في ثانيهما تمييزه عن النظم القانونية المشابهة .

المبحث الأول

المفهوم القانوني لتعديل العقد

تقرر الفقرة الأولى من المادة (147) من القانون المدني الليبي على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون) . وهو ذات المفهوم الذي تقرره الفقرة الأولى من المادة (147) من القانون المدني المصري . أما القانون المدني العراقي فإنه ينص في المادة (1/146) على أنه (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدین الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)⁽¹⁾ . يتضح من هذه النصوص أنه إذا أبرم العقد

(1) وفي هذا الصدد أيضاً تنص المادة (221) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن (العقود المنشأة على الوجه

صحيحاً أصبح قانون المتعاقدين يلتزمان به كما لو كان قانوناً، وعلى المحكمة احترامه وتطبيقه كما تلتزم باحترام القانون وتطبيقه (1).

وبالتالي فإنه لا يجوز لأحد المتعاقدين التنصل مما التزم به في العقد، ولا أن يغير أو يعدل مضمونه إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي. فعبارة (العقد شريعة المتعاقدين) تعني في واقع الأمر بأن الالتزام المتولد عن العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ عن القانون. ولما كان الفرد لا يستطيع التحلل من التزام فرضه القانون، كذلك لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من التزام تولد عن عقد كان طرفاً فيه.

وفي هذا الصدد يذهب الفقيه الفرنسي دوما إلى القول بأنه إذا تم الاتفاق، فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد (2). وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الاتجاه عندما قضى في المادة (1134) من التقنين المدني بأن «الاتفاق إذا تم شرعاً، قام مقام القانون لمن تعاقد».

خلاصة القول إنه: متى ما انعقد العقد، لا يجوز لأي من المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أو بتعديله. ذلك لأن العقد ثمرة اتفاق بين إرادتين، فلا تستطيع إرادة واحدة أن تعفي منه أو تعدل فيه. ولا يملك القاضي أيضاً أن ينقض العقد أو يعدل فيه بدعوى أن ذلك ما تقتضيه العدالة، إذ ليس من وظائفه إنشاء العقود وإنما تكمن وظيفته في تطبيق القانون على الوقائع المعروضة أمامه. ولكن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه إذ يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين. كما يجوز للقاضي تعديل العقد في حالات استثنائية خولها له المشرع.

يمكننا مما تقدم أن نستخلص التعريف التالي لسلطة القاضي في تعديل العقد:

القانوني تلزم المتعاقدين ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والإنصاف والعرف). كما تقرر الفقرة الثانية من المادة (199) من القانون المدني الأردني ما يلي: (أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما).

(1) انظر د. عبد الحي حجازي - الموجز في النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، مصر، 1955، ص 217، انظر كذلك فريد فتیان - مصادر الالتزام - مطبعة العاني، بغداد، 1957، ص 160، 161.

(2) انظر د. عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد)، دار الفكر، مصر، بدون سنة طبع، ص 96.

وهي الصلاحية التي منحها المشرع للقضاء ، والتي تتمثل بقيام القاضي بعمل إيجابي يجريه على العقد بالحذف أو بالإضافة أو بالتحويل والتغيير في بنوده ، فينزل منزلة المتعاقد بغية تحقيق العدالة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها بين المتعاقدين .

ولغرض الوقوف على المفهوم القانوني لتعديل العقد فإننا نتولى أولاً بحث مدى حرية المتعاقدين في إبرام العقد وتحديد آثاره وذلك في مطلب أول . ثم نقوم بعد ذلك بدراسة مدى سلطة القاضي في تعديل العقد في مطلب ثانٍ .

المطلب الأول : مدى حرية المتعاقدين في إبرام العقد

يخضع النشاط التعاقدي عموماً (لمبدأ سلطان الإرادة) . ويقصد بهذا المبدأ عموماً أمران اثنان : أولهما : أن الإرادة وحدها تكفي لإنشاء العقد أو التصرف القانوني ، ويسمى هذا المبدأ بمبدأ كفاية الإرادة .

ثانيهما : أن الإرادة حرة في تحديد الآثار التي تترتب على العقد أو العمل القانوني ، وهذه هي حرية الإرادة⁽¹⁾ .

وإذا كان هذا المبدأ بشقيه يبدو من بدهيات علم القانون إلا أنه لا يرقى في الواقع إلى أبعد من القانون الكنسي . فقد كانت مبادئ هذا القانون التي تتصل بالدين والأخلاق تسبغ على الوعد المقطوع قوة ملزمة وتعد النكول عنه جريمة دينية ومدنية .

ثم استبدل فقهاء القرن الثاني عشر بالأساس الديني السالف أساساً جديداً مستمداً من نظرياتهم الاقتصادية والفلسفية التي اصطبغت بالطابع الفردي . فالفرد عندهم هو الغاية ويسخر المجموع لخدمته . وحيث أن الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية بل إن مظهر هذه الشخصية يكمن في الإرادة الحرة المستقلة . لذلك فإنه ينبغي أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع قائمة على أساس الإرادة الحرة فلا يخضع لواجبات معينة إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً⁽²⁾ . ونتيجة لهذه الأفكار فقد ازدهر مبدأ سلطان الإرادة آنذاك واتسعت آفاقه وغالى أنصاره فيه غلواً شديداً . فأخذوا يعممون هذا المبدأ على جميع مصادر الالتزام عقدية كانت أم غير عقدية ، بل وعلى اكتساب الحقوق العينية

(1) انظر د . صلاح الدين الناهي - الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت ، مصادر الحقوق الشخصية ، مطبعة البيت العربي ، عمان ، الأردن ، 1984 ، ص 133 .

(2) انظر د . عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، الجزء الأول ، بغداد بلون سنة نشر ، ص 75 .

كذلك (1) .

خلاصة القول إن مبدأ سلطان الإرادة يجعل للإرادة كامل الحرية في أن تقيد نفسها بما تشاء من الالتزامات وأن تجعل لنفسها ما تشاء من الحقوق من خلال العقد . فالعقد وليد إرادة حرة مشتركة بين المتعاقدين . ومعنى ذلك أن الإرادة وحدها قادرة على إنشاء الالتزام . وليس من الضروري أن يفترن التعبير عن الإرادة بأي إجراء أو شكل خاص (2) . وهذا هو مبدأ الرضائية في العقود . كما يترتب على مبدأ سلطان الإرادة أنه إذا ما انعقد العقد فلا يجوز للمتعاقد أن يرجع عما التزم به إلا برضاء المتعاقد الآخر . فضلاً عن أنه لا يملك تعديل العقد بإرادته المنفردة وإنما بمقتضى اتفاق لاحق بين المتعاقدين .

وأياً كان الأمر فقد كان من أثر اكتشاف المخترعات الحديثة أن قامت صناعات كبيرة وتأسست شركات ضخمة وتركزت رؤوس الأموال في يد قلة من الناس واختل التوازن الاقتصادي بين الأفراد . وعند ذاك سادت المذاهب الاشتراكية التي تفضل مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد . فأخذ مبدأ سلطان الإرادة ينكمش ويتقلص نتيجة تدخل الدولة لحماية الضعفاء من تعسف الأقوياء واستغلالهم (3) . وذهب بعض الفقهاء من أنصار المذهب الاشتراكي إلى وصف العقد بأنه نظام اجتماعي يهدف إلى تحقيق التضامن في المجتمع ولا يقصد منه تحقيق ما للإرادة من سلطان . أما القول بأن الإرادة هي التي تخلق العقد وهي التي تنشئ جميع الالتزامات فإنه قول يتنافى مع المنطق القانوني . ذلك أن العقد لا يستمد قوته الملزمة من الإرادة بل يستمدّها من الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية . وترجع هذه الاعتبارات في الواقع إلى فكرة التضامن الاجتماعي الذي يجب أن يسود المجتمع فيدفعه إلى المبادرة لحماية الجانب الضعيف في العقد . كما يستمد العقد قوته الملزمة أيضاً من ضرورة توافر الثقة والاستقرار في المعاملات المالية (4) .

وكان من الطبيعي أن يكون لآراء أولئك الفقهاء صدى في القوانين المختلفة . لذا

(1) انظر د . عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مرجع سابق ذكره ، ص 99 .

(2) انظر د . توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الإسكندرية ، 1978 ، ص 75 .

(3) انظر د . غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971 ، ص 52 .

(4) انظر د . سليمان مرقس ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1956 ، ص 57 .

فقد فرضت القيود على إرادة صاحب العمل في إبرام العقد وإنهائه وأجيز للمحكمة إعادة التوازن الاقتصادي للعقد إذا اختل نتيجة ظروف طارئة . ووضعت نظرية عامة للاستغلال وعقود الإذعان ، ونشأ العقد الجبري وهو عقد مفروض لا تقوم فيه الإرادة بأي دور يذكر . كما نشأ عقد العمل الجماعي أو المشترك وهو عقد تبرمه قلة من أصحاب العمل وقلة من العمال أو من يمثلهم فيلتزم بأحكامه كل العمال وكل أصحاب العمل (1) .

وهكذا فقد حاولت القوانين العربية التوفيق بين هذه الآراء المتقدمة . فوقفت من مبدأ سلطان الإرادة موقفاً معتدلاً فلم تنتقص منه بشكل تجعله يفتى أمام سلطان القاضي . إذ لا يزال الأصل في هذه القوانين أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تنجبه إلى إحداثه . كما أنها لم تترك هذا المبدأ يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية ويحدد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة (2) .

(1) انظر د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1952 ، ص 149 ، انظر كذلك د . سمير عبد السيد تناغو ، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف ، بدون سنة نشر ، ص 19 .

(2) فقد جاء قانون إصلاح النظام القانوني في العراق مثلاً بجملة من الأسس والمبادئ المهمة التي أحدثت تغييراً جذرياً في مفهوم مبدأ سلطان الإرادة مسايرة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية في القطر من جهة ودعماً للمفاهيم الاشتراكية من جهة أخرى . وتمثل هذه المبادئ عموماً فيما يلي :

1 - إعطاء الأولوية لمصلحة المجتمع ، المتمثلة في الدولة ، على مصلحة الأفراد ، المتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة وذلك في إطار تنفيذ وتفسير العلاقات القانونية . وبالتالي تقليص الفروق بين علاقات القانون العام وعلاقات القانون الخاص التي تجد أساسها في الفكر الليبرالي الرأسمالي .

2 - النظر إلى الالتزام باعتباره علاقة بين طرفين لا تحول دون تغير أحدهما أو كليهما ، وتستجيب لمقتضيات التطور الاقتصادي والاجتماعي وتلبي مقتضيات خطة التنمية القومية .

3 - وضع القواعد المنظمة لعقود تنفيذ خطة التنمية القومية ومدى الالتزامات والحقوق الناشئة عنها . =

4 - تبسيط الشكلية إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق . وذلك لما تسببه الشكلية في إبرام العقود من التفريط بالحقوق الخاصة على أن لا يترتب على عدم الاعتداد بها إهدار المصلحة العامة .

5 - التركيز في العقود على التوازن بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها وإبطال ما يخالف ذلك . وجواز تعديل العقد من قبل القضاء بما يحقق هذا التوازن . ومنع التصرف في الحقوق المتنازع فيها ، وذلك تحقيقاً للعدالة ومنعاً للحكم وغضاً من شوكة سلطان الإرادة في سائر العلاقات العقدية إذا أضحت مصدراً للاستغلال .

المطلب الثاني : مدى سلطة القاضي في تعديل العقد

يتضح من خلال البحث في مبدأ سلطان الإرادة أن هذا المبدأ يقوم على فكرتين أساسيتين :

أولهما : حرية التعاقد . فالأشخاص أحرار في أن ينشئوا ما يشاءون من أنواع العقود وأن يدرجوا في هذه العقود ما يرغبون إدراجه من شروط في الحدود التي يسمح بها النظام العام والآداب العامة .

ثانيهما : لزوم احترام المشرع والقاضي والأفراد لما اتفق عليه المتعاقدان في عقدهما . إذ العقد شريعة المتعاقدين الخاصة . وينبغي أن يصار إلى تنفيذ ما اتفقا عليه كما هو وبالطريقة التي رغبا أن يتم التنفيذ فيها . فلا يمكن أن يوقف أو يعدل تنفيذ الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين . وهكذا فإن مبدأ سلطان الإرادة يسيطر على حياة العقد منذ تكوينه وحتى الانتهاء من تنفيذه . بيد أن هذا المبدأ لم يستمر طويلاً إذ سرعان ما وجه إليه أنصار المذهب الاشتراكي انتقادات كثيرة لم يتمكن من الصمود أمامها . فانكصم مبدأ سلطان الإرادة كما بينا آنفاً . ثم عاد وانتعش في ظل القوانين الحديثة ، لكنه لم يعد مطلقاً كما كان من قبل ، وإنما فرضت عليه جملة من القيود التي تهدف في مجملها إلى تحقيق المصلحة العامة .

ولعل من أهم تلك القيود التي فرضت على مبدأ سلطان الإرادة ، هذه السلطة التي منحها المشرع إلى القاضي للتدخل في العقد وتعديله . على أن هذه السلطة تبدأ منذ تكوين العقد وحتى تمام تنفيذه وذلك على النحو التالي :-

أولاً : سلطة القاضي في تعديل العقد قبل تنفيذه

تظهر هذه السلطة عموماً في الأحوال الآتية :

1 - العقد المشوب بعيب الاستغلال

تقرر المادة (129) من القانون المدني الليبي أنه : (1 - إذا كانت التزامات أحد

6 - تغليب صفة العلاقات القانونية على صفة العلاقات العقدية والتوسع في إقرار المسؤولية الناشئة عن حكم

القانون في دائرة العقود وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقات العقدية ، وإيماناً بواجب الدولة في

الرقابة على العلاقات القانونية واستكمالاً لقصور المسؤولية العقدية في ضمان حقوق المتضررين

انظر : قانون إصلاح النظام القانوني رقم 35 لسنة 1977 .

المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل ما غلب عليه من طيش أو هوى ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد) . وهو ذات النص الذي يقرره القانون المدني المصري في المادة (129) .

ويكرس المشرع العراقي هذا الاتجاه أيضاً . حيث تنص المادة (125) من القانون المدني على أنه « إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحش جاز له خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول ، فإذا كان التصرف الذي صدر عنه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقصه » .

2 - عقد الإذعان

نصت المادة (149) من القانون المدني الليبي على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . وهو ذات النص الذي تقرره المادة (149) من القانون المدني المصري والمادة (2/167) من القانون المدني العراقي .

ثانياً : سلطة القاضي في تعديل العقد نتيجة الإخلال بتنفيذه

تتمثل هذه السلطة فيما يلي :-

1 - تعديل التعويض الاتفاقي

تقضي المادة (227) من القانون المدني الليبي بأنه « 1 - لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر . 2 - ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه . 3 - ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » . وهو ذات المفهوم الذي تنص عليه المادة (228) من القانون المدني المصري والمادة (170) من القانون المدني العراقي .

2 - تعديل التعويض القانوني

تنص المادة (232) من القانون المدني الليبي على أنه « إذا تسبب الدائن بسوء نية

وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض الفوائد القانونية كانت أو اتفاقية أو لا يقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر⁽¹⁾. وهو ذات المفهوم الذي تنص عليه المادة (232) من القانون المدني المصري والمادة (173) من القانون المدني العراقي .

ثالثاً : سلطة القاضي في تعديل العقد عند تنفيذه

تظهر هذه السلطة في الحالات التالية :-

1 - حدوث ظرف طارئ يقلب التوازن الاقتصادي للعقد

تقرر الفقرة الثانية من المادة (147) من القانون المدني الليبي أنه « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . وهو ذات المدلول الذي تنص عليه المادة (2/147) من القانون المدني المصري والمادة (1/146) من القانون المدني العراقي .

2 - منح المهلة القضائية

تنص المادة (2/159) من القانون المدني الليبي على أنه « ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته » . وهو ذات النص الذي تقرره المادة (2/159) من القانون المدني المصري والمادة (177) من القانون المدني العراقي .

تلك هي أهم السلطات التي يتمتع بها القاضي في تعديل العقد في القانون المقارن .

ويلاحظ أن هذه السلطات لم تحظَ باتفاق الفقهاء . إذ يذهب بعضهم إلى تأييد سلطة القضاء في تعديل العقد انطلاقاً من أن مبدأ سلطان الإرادة قد أحدث كثيراً من الآثار السلبية . فقد أدى هذا المبدأ بما يقتضيه من حرية واسعة في التعاقد إلى أن

(1) على أن المشرع الليبي قد تدخل لتعديل هذا النص وذلك بموجب القانون رقم 74 لسنة 1972 الذي تم بمقتضاه تحريم الفوائد القانونية والاتفاقية في المعاملات المدنية والتجارية بين الأشخاص الطبيعيين.

تتضمن العقود في كثير من الأحوال شروطاً تعسفية مرهقة يفرضها الطرف القوي على المتعاقد الضعيف . كما أدى هذا المبدأ من جهة أخرى إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد عند حصول ظرف طارئ يقلب التوازن الاقتصادي للعقد أثناء تنفيذه استناداً إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين (1) .

وهكذا فإن تأسيس العقد على مبدأ سلطان الإرادة أدى في الواقع إلى الغبن ومجافاة العدالة خلافاً للغاية التي شرع من أجلها المبدأ المذكور . وانطلاقاً من هذا التصور يذهب بعض الفقه إلى ضرورة التوسع في سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي بين الطرفين . ويتجسد ذلك عموماً من خلال منح القاضي الحق في تكليف أحد المتعاقدين أو كليهما بعمل أو امتناع عن عمل ، أو من خلال قيامه بإنقاص التزام الطرف المغبون أو بزيادة الالتزام المقابل له أو حل الرابطة التعاقدية (2) . بل إن هذا الفقه يذهب كذلك إلى ضرورة التوسع في سلطة القاضي في تعديل العقد لتشمل تلك السلطة العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً . ذلك أن التسليم بالبطلان قد لا يكون هو الجزاء العادل عند مخالفة العقد لقاعدة من قواعد النظام العام . وإنما يجب تمكين القضاء من إعادة النظر في مضمون العقد بالحذف أو بالإضافة على نحو يكفل إخضاع العقد للنظام العام (3) .

بينما يذهب جانب آخر من الفقهاء إلى رفض تدخل القضاء في العلاقات العقدية . ويستند هذا الاتجاه في تبرير رأيه إلى أن كثرة التدخل في العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص تؤدي في الواقع إلى ترتيب آثار قانونية بعيدة عن تلك التي يقصدها الطرفان المتعاقدان (4) .

(1) انظر د . عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ذكره ، ص 75 ، 76 . انظر كذلك د . عصمت عبد المجيد ، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ، وزارة العدل ، بغداد ، 1993 ، ص 25 ، والدكتور محمد علي البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، ط 3 ، 1999 ، ص 3231.

(2) انظر د . محمد كاظم العطار ، نحو قانون مدني عربي في ضوء الإيديولوجية العربية الثورية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1977 ، ص 781 ، 682 .

(3) انظر القاضي خليل إبراهيم خليفة ، هل يجوز للمحكمة أن تعدل العقد المخالف للنظام العام ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الأول ، السنة السادسة ، بغداد ، ص 101 .

(4) انظر د . عبد الحي حجازي ، أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد ، بحث منشور في مجلة القضاء

والواقع من الأمر أننا نؤيد ذلك الاتجاه الذي يذهب إلى التوسع في منح القضاء سلطة التدخل في تعديل العقد. إذ أن القواعد القانونية إنما تهدف في أساسها إلى تحقيق العدالة، ويقتضي ذلك أن يتمتع القضاء بسلطة واسعة في تعديل التوازن الاقتصادي للعقد ورفع الغبن الذي قد يلحق بأحد الطرفين المتعاقدين عند تكوين العقد أو أثناء تنفيذه أو نتيجة الإخلال بتنفيذه. عليه فإنه ينبغي أن لا يقتصر دور القاضي على تطبيق العقد وتفسيره. وإنما يتعين أن يكون له دور إيجابي في هذا المجال طالما أن المشرع قد أناط به مهمة تطبيق قواعد القانون وإحقاق الحق.

المبحث الثاني

تمييز تعديل العقد عن النظم القانونية المشابهة

يلحظ أن المشرع قد منح القضاء سلطات واسعة في مجال العقود لا تقف عند تطبيقها وتفسيرها بل تتعداهما إلى أبعد من ذلك. وتهدف تلك السلطات جميعاً إلى تحقيق العدالة بين أطراف العقد، كسلطة القاضي في تكييف العقد وسلطته في تكملة العقد وتحديد نطاقه إضافة إلى سلطته في تحول العقد وانتقاصه.

وإذا كانت هذه السلطات تختلف في الشكل والمضمون عن سلطة القاضي في تعديل العقد فإنها مع ذلك قد تختلط بها في بعض الأحوال، مما يقتضي تمييز تعديل العقد عن كل من السلطات الأخرى المتقدمة.

المطلب الأول : تمييز تعديل العقد عن تكييفه

يقصد بتكييف العقد عموماً تلك العملية التي يقوم بها القاضي بقصد إعطاء الواقعة القانونية المتنازع عليها الاسم أو الوصف القانوني الصحيح. بمعنى أن يقوم القاضي بإضفاء وصف قانوني معين على العقد استناداً إلى الهدف الذي قصده المتعاقدان به (1).

فتكييف العقد إذن عملية قانونية يتولاها القاضي مستنداً في ذلك إلى حقيقة ما قصده المتعاقدان. ويتم ذلك من خلال فهم واقع شروط العقد المعروض عليه وما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة.

والقانون، السنة الثانية، العدد الأول، الكويت، 1971، ص 18.

(1) انظر د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، 1987، ص 220.

ومن خلال التكييف يتم معرفة أحكام القانون الواجبة التطبيق على الواقعة المعروضة أمام القضاء . عليه فإن القاضي يكون ملزماً في كل دعوى تعرض عليه بتكييف العقد موضوع النزاع كي يتسنى له معرفة الأحكام القانونية الواجبة التطبيق . وفي هذا الصدد يذهب العميد ديكي إلى أن هناك ثلاثة عناصر تكون الصفة القضائية لعمل معين :

أولها : مسألة قانونية معروضة على السلطة العامة (الادعاء) .

ثانيها : حل يعطى لتلك المسألة .

ثالثها : قرار يتخذه القاضي ، وهو النتيجة الضرورية منطقياً للحل الذي أعطاه للمسألة القانونية (1) .

إذ ينبغي على القاضي بادئ ذي بدء أن يستمع إلى الخصوم وأن يفسح المجال لهم لتقديم ما لديهم من البيانات القانونية لإثبات ادعائهم . كما يجب عليه أيضاً أن يخوض في جزئيات الدعوى دون الخروج إلى المشاكل الفرعية التي يمكن أن تعرقل سيرها . ويتطلب ذلك منه في الواقع تفكيراً قضائياً سليماً لفهم الوقائع المعروضة عليه فهماً دقيقاً تمهيداً لإعطاء الحل اللازم لها . إذ أن هذا التفسير من شأنه أن يعصم القاضي من الدخول في المتاهات التي لا ضرورة لها في الدعوى أو إضافة إشكاليات جديدة لها فوق مشاكلها الأصلية .

ثم يقوم القاضي بعد ذلك بالبحث عن القاعدة القانونية التي تنطبق على الواقعة المعروضة عليه ، وهي وظيفة تدخل في صميم عمله باعتباره ملماً بالقانون محيطاً بأحكامه (2) . فلا يجوز له إذن أن يطلب من المتخاصمين القيام بذلك لأن تكييف واقعة الدعوى ، كما بينا آنفاً ، مسألة قانونية . لا يتقيد فيها القاضي بتكييف المدعى لدعواه ، ولا بما يرتبه على هذا التكييف من آثار . عليه فإن القاضي لا يتقيد بالوصف القانوني الذي وضعه المتعاقدان للعقد ، وإنما يتعين عليه تصحيح ذلك التكييف من تلقاء نفسه

(1) انظر العميد ليون ديكي ، دروس في القانون العام ، ترجمة د . رشدي خالد ، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل ، بغداد ، 1981 ، ص 84 ، 85 .

(2) انظر أستاذنا ضياء شيت خطاب ، التفكير القضائي ، مقال منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، 1981 ، نقابة المحامين ، بغداد ، دار الحرية للطباعة ، ص 19 .

ولو لم يطلب إليه أي من العاقلين ذلك (1) .

وفي هذا الصدد تقضي محكمة التمييز في العراق بأن: «تكييف واقعة الدعوى مسألة قانونية لا يتقيد فيها القاضي بتكييف المدعى لدعواه ولا بما يرتبه على هذا التكييف من آثار قانونية لأن المدعى قد يضطر إلى تكييف دعواه عن جهل أو يتعمد تكييف دعواه تكييفاً خاطئاً للوصول إلى غرض يريده . فعلى القاضي أن يصل إلى حقيقة دعوى المدعى . فإذا وصل إليها كيفها التكييف القانوني الصحيح ثم أصدر في الدعوى حكمه على مقتضى هذا التكييف» (2) .

كما تقضي محكمة النقض المصرية بأن: «العبارة في تكييف العقود هي بحقيقة ما عناه العاقلون منها وتعرف هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع ، ومتى تبينت تلك المحكمة إرادة العاقلين على حقيقتها فإن عليها أن تكيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيدة في ذلك بتكييف العاقلين» (3) .

فقد يكون المتعاقدان على بينة ودراية بحقيقة ما يعقدانه بيد أنهما يصفانه بغير صفته الحقيقية بغية إخفاء الطبيعة الحقيقية لهذا العقد إضراراً بالدائنين أو للتحايل على القانون . وهنا يتوجب على القاضي أن يعيد للعقد اسمه الحقيقي . كأن يصف المتعاقدان عقدهما بأنه عقد هبة ، ويتبين للقاضي بعد ذلك بأن هذا العقد هو عقد بيع من خلال الثمن الذي ورد فيه . ومن ثم لا يتقيد القاضي بوصف المتعاقلين الذي جاء في العقد ، ويعتبر ذلك العقد عقد بيع يخضع للأحكام القانونية الخاصة بالبيع (4) .

خلاصة القول : إن تكييف العقد يتضمن إضفاء وصف قانوني صحيح عليه . ويعتمد التكييف أساساً على فهم الوقائع والعناصر التي يتكون منها العقد . وإذا أريد

(1) انظر د . إسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، 1966 ، ص 308 . انظر كذلك د . عبد المنعم فرج الصلة - مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1971 ، ص 385 .

(2) انظر قرار الهيئة الموسعة في محكمة التمييز رقم (221) الصادر في 25 - 7 - 1981 ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الرابع لسنة 1981 ، نقابة المحامين ، بغداد ، ص 533 ، 534 .

(3) انظر محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء ، مكتبة القاهرة الحديثة ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص 434 .

(4) انظر د . عبد الحي حجازي ، موجز النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1955 ، ص 183 .

لهذا الفهم أن يكون مبنياً على أساس سليم فإنه لا بد أن يتحصل من تعبير تصرفي واضح لا غموض فيه . فتفسير التعبير التصرفي أمر لازم لفهم واقعة التصرف تمهيداً لإعطاء ذلك التصرف اسمه القانوني الصحيح بصرف النظر عن الاسم الذي أسبغه المتعاقدان على عقدهما (1) .

يتضح مما تقدم أن تكييف العقد هو عملية لاحقة لتفسير العقد واستخلاص ما قصده المتعاقدان من اتفاقهما . إذ يتعين على القاضي أن يكيف هذا الاتفاق بتحديد وصفه القانوني على أساس النتيجة القانونية التي ارتضاها الطرفان المتعاقدان . وبالتالي فإن التكييف عملية تسبق عمل القاضي في تعديل العقد . إذ يستحيل على القاضي ممارسة سلطته في التعديل إن لم يكن قد فسر وكيف العقد محل النزاع . فضلاً عن ذلك فإن تعديل العقد يختلف من حيث المضمون عن تكييفه ، ذلك أن القاضي يقوم بتعديل العقد من خلال عمليتين اثنتين يمارسهما في هذا الخصوص وهما :

1 - البتر أي أن يقطع جزءاً من العقد ويهمله .

2 - الإضافة أي أن يضيف إلى العقد عناصر جديدة لم تكن موجودة فيه من قبل .

ويحدث ذلك كله دونما نظر إلى إرادة المتعاقدين أو رغبتهما . أما التكييف فإنه يتضمن ، كما بينا آنفاً ، إعطاء وصف قانوني صحيح للعقد موضوع النزاع .

يضاف إلى ما تقدم أن سلطة القاضي في تعديل العقد هي سلطة تقديرية منحت له في حالات معينة بهدف تحقيق العدالة . ومن ثم فإنه لا يخضع في مباشرتها لرقابة المحكمة العليا (محكمة التمييز أو النقض) . أما تكييف العقد فإنه أمر لازم في كل دعوى تعرض أمام القضاء وذلك بغية تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد . ومن ثم فإن تكييف العقد مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا (محكمة التمييز أو النقض) (2) .

وإذا كان تكييف العقد أمر واجب في كل دعوى فإن سلطة القاضي في تعديل

(1) انظر د . عبد الفتاح حجازي ، تفسير العقد ، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم البحوث والدراسات القانونية ، جامعة الدول العربية ، 1988 ، ص 129 .

(2) انظر د . إسماعيل غانم ، مرجع سابق ذكره ، ص 308 .

العقد هي سلطة استثنائية لا يجوز له استخدامها إلا في حالات معينة نص عليها القانون على سبيل الحصر تحقيقاً للعدالة بين المتعاقدين⁽¹⁾.

المطلب الثاني : تمييز تعديل العقد عن تحديد نطاقه

قد يلتبس تعديل العقد أحياناً مع سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد . فما الذي نعنيه بسلطة القاضي في تحديد نطاق العقد ؟ وكيف يتم تحديد نطاق العقد ؟

بعد أن يفرغ القاضي من تفسير العقد وتكييفه ببيان طبيعته القانونية ينتقل إلى مرحلة أخرى تتمثل في تحديد نطاق العقد أي تحديد الآثار المترتبة على العقد والملزمة للعاقدين .

وتحديد مضمون العقد لا يقتصر على ما ورد في العقد من بنود وشروط وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين بل يتناول كذلك ما يعتبر من مستلزماته . فالمقصود بتحديد نطاق العقد هو بيان الالتزامات التي تنشأ عنه والتي تقع على عاتق المتعاقدين .

وقد وضع المشرع العراقي في هذا الشأن قاعدة نصت عليها المادة (2/150) من القانون المدني العراقي بقولها : « ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » . كما وضع كل من المشرع المصري والليبي قاعدة مماثلة نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (148) من القانون المدني التي تقرر أنه « ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » .

يتضح من هذه النصوص أنه يكفي لإتمام التعاقد الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد ولو لم يتعرض الطرفان المتعاقدان للمسائل التفصيلية . فالقاعدة في هذا الشأن تتمثل بامتداد آثار العقد بحيث يلزم المتعاقدان بآثار لم يرد ذكرها في العقد ولكنها تعد من مستلزماته . فالمتعاقد لا يلزم بما جاء في العقد من بنود وشروط صريحة فقط وإنما يلزم فوق ذلك بما لم يرد ذكره في العقد ولكن يعد من مستلزماته . ويتم تحديد

(1) انظر د . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء السادس ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بدون سنة نشر ، ص 14 .

مستلزمات العقد عموماً وفقاً للمصادر القانونية المختلفة الأصلية منها والاحتياطية (1).

فتحديد نطاق العقد يتم إذاً من خلال قيام القاضي بإضافة التزامات أخرى إلى العقد مصدرها القواعد المكملّة. سواء كانت تلك القواعد تشريعية أم عرفية أو مما تقتضيها قواعد العدالة وفقاً لطبيعة الالتزام. وفي هذا الصدد تقضي محكمة النقض المصرية بأن: « تحديد نطاق العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص وإنما يضاف إليه ما يعتبر من مستلزماته وفقاً لطبيعة الالتزام » (2).

ويتم تحديد نطاق العقد من قبل القاضي على النحو التالي :

أولاً: يتحدد نطاق العقد بالأحكام والالتزامات التي وردت في العقد صراحة، يضاف إليها الأحكام والالتزامات التي يمكن أن تكون إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها ضمناً (3).

والمثل على ذلك أن يذكر المتعاقدان في عقد البيع المبيع من حيث صفاته ووزنه ولونه ومدى صلاحيته للاستعمال... إلخ. ويذكران في العقد بياناً واضحاً عن الثمن من حيث مقداره وكيفية دفعه هل يدفع مقدماً أو على شكل أقساط، نقداً أو بموجب صك... إلخ. فهذه كلها شروط صريحة في العقد تكون ملزمة للعاقدين باعتبارها شريعتهم الخاصة الملزمة لهم التي اتجهت إرادتهم وبشكل صريح إلى الالتزام بها. ومنها ما يدخل في العقد ضمناً من غير ذكر، فحينما يشتري البزاز (التاجر بالمفرد) من تاجر القماش كمية من الأقمشة فإنه يتعين على التاجر تسليمها إليه بأطوال كبيرة وليست مقطعة أو مجزأة إلى عدة قطع ولو لم ينص على ذلك في العقد. وإلا فإنه يضيع على البزاز الغرض الذي من أجله اشترى البضاعة والتي كان الدافع إليها بيعها مرة أخرى للجمهور.

ثانياً: كما يتحدد نطاق العقد بالأحكام والالتزامات التي تفرضها القواعد القانونية التي تسري على العقد بوجه خاص. فإذا كان العقد عقد بيع انطبقت عليه الأحكام القانونية التي تحكم عقد البيع. وإن كان العقد عقد إيجار سرت بشأنه الأحكام القانونية

(1) انظر د. مصطفى الجمال، مرجع سابق ذكره، ص 217.

(2) انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 28 - 5 - 1968.

(3) انظر د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر

الالتزام، ط2، مطبعة جامعة القاهرة، 1976، ص 307.

التي أوردتها المشرع في خصوص عقد الإيجار .

والمقصود بالقواعد القانونية في هذا المجال تلك القواعد الآمرة التي لا يجوز القانون الاتفاق على خلافها ويعتبر كل اتفاق على خلافها باطلاً بطلاناً مطلقاً . فيطبق القاضي هذه القواعد القانونية باعتبار أنها جزء لا يتجزأ من العقد فإذا ما اتفقوا في العقد على خلافها بطل ذلك الاتفاق (1) .

والمثل على القواعد الآمرة ضمان البائع لاستحقاق المبيع ، إذ لا يستطيع البائع أن يعفي نفسه من هذا الضمان لتعلقه بالنظام العام . وبالتالي فهو ملزم للبائع ولو لم يرد ذكره في العقد . أما القواعد القانونية المكملة لإرادة المتعاقدين ففسري كذلك في حقهم طالما أنهم لم يستبعدوها من عقدهم بشرط صريح فيه . وتعتبر تلك القواعد في مثل هذه الحالة جزءاً لا يتجزأ من العقد . إذ يتعذر على الأفراد في الغالب تنظيم علاقاتهم التعاقدية في تفصيلاتها ويكتفون عادة بالاتفاق على العناصر الرئيسية للعقد تاركين تفصيلاتها كلها أو بعضها لعدم درايتهم بها أو اعتماداً على تنظيم القانون لتلك العلاقات (2) .

ثالثاً : ويتحدد نطاق العقد أيضاً بما يجري به العرف . ويقصد بالعرف اطراد الناس على العمل بسنة معينة إلى الحد الذي يتكون لديهم اعتقادهم بالزامها ووجوب العمل بها (3) . فقد يجري العرف على فرض بعض الالتزامات على المتعاقدين ، ويدخل في العقد من غير ذكر ويكون ملزماً للمتعاقدين (4) . ومن الأمثلة على ذلك ما جرى عليه العرف من إضافة نسبة مئوية إلى حساب العميل عند إقامته في الفندق .

ويجب أن يلاحظ بأن القواعد التي يلتجئ إليها القاضي ويضيفها إلى التزامات المتعاقدين هي القواعد العرفية المكملة لا القواعد العرفية المفسرة . إذ أن العرف المفسر هو العرف الذي يلجأ إليه عند غموض عبارة العقد . أي هو ذلك العرف الذي يستعان به في تفسير العقود وصولاً إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين . أما العرف

(1) انظر د . عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، مؤلف مشترك مع د . عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، جامعة بغداد ، 1986 ، ص 125 ، 126 .

(2) انظر د . محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ذكره ، ص 307 ، 308 .

(3) انظر د . مصطفى الجمال ، مرجع سابق ذكره ، ص 218 .

(4) انظر د . سليمان مرقس ، شرح القانون المدني في الالتزامات ، الجزء الثاني ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1964 ، ص 214 ، انظر كذلك د . عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، ج 1 ، بلون سنة نشر ، ص 173 .

المكمل فهو العرف الذي يلجأ إليه عند عدم وجود نص في العقد ينظم بعض المسائل التي تتعلق بها هذا العرف (1).

وأياً كان الأمر فإن العرف الواجب التطبيق هو العرف المتبع في المكان الذي جرى فيه العقد لاسيما العادات التجارية طالما أنها معروفة من المتعاقدين كليهما، وبشرط أن تكون العادة مطردة غالبية، يسير عليها الناس في الغالب وإن خالفها قلة منهم. حيث يفترض أن المتعاقدين قد قصدا تطبيق حكم هذه العادات في عقودهم ما لم يثبت العكس (2). ويعتبر في عداد العرف أيضاً، الشروط المألوفة أي تلك الشروط التي جرت عادة المتعاقدين على إدراجها في عقود معينة حتى أصبح وجودها في تلك العقود مفروضاً ولو لم تدرج فيها.

رابعاً: ويتحدد نطاق العقد أيضاً بما تمليه قواعد العدالة. ويلاحظ أن القاضي إذا ما استعان بمبادئ العدالة في تحديد نطاق العقد فإنه يقترب من سلطته في تعديل العقد. ذلك لأن الدافع وراء كل من هاتين العمليتين هو تحقيق العدالة والإنصاف بين المتعاقدين (3).

وأياً كان الأمر فإن القاضي يستوحي مبادئ العدالة من مصالح المجتمع ومثله العليا ومن مفاهيمه عن العدل والحق. وطبقاً لتلك المبادئ يذهب الفقه والقضاء إلى القول بأنه إذا ما تعاقد صاحب مصنع كبير مع باحث علمي على إجراء أبحاث لتحقيق هدف معين واشترط عليه أن يخصص وقته كله لهذا البحث مقابل مرتب مجز. فإن العدالة تقضي أن يكون لصاحب هذا المصنع وحده حق استغلال الاختراع الذي تسفر عنه هذه الأبحاث ولو لم يشترط ذلك صراحة في الاتفاق الذي تم بينهما (4).

ويرى بعض الفقهاء بأن هنالك طريقتين يمكن من خلالهما الاهتداء إلى قواعد العدالة: - الطريقة الأولى وتتمثل بالنظر إلى طبيعة المعاملة موضوع العقد، فهي تفرض وجود التزام لم يعرض له المتعاقدان. كما هو الحال في بعض العقود كعقد نقل

(1) انظر د. عبد الحي حجازي، مرجع سابق ذكره، ص 182.

(2) انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي مقارناً بالفقه الإسلامي وأحكام المجلة، الجزء الأول، بدون سنة نشر، ص 310.

(3) انظر د. مصطفى الجمال، مرجع سابق ذكره، ص 223.

(4) انظر د. سليمان مرقس، نظرية العقد، مرجع سابق ذكره، ص 329.

الأشخاص . إذ تفرض طبيعة هذا العقد وجود التزام يقع على عاتق الناقل ويتمثل بضمان سلامة المسافر . على أن الغالب أن تفرض طبيعة العقد امتداداً للالتزامات المنصوص عليها فيه بالفعل إلى أشياء أو أعمال لم يعرض لها المتعاقدان . فمن يبيع حقاً من الحقوق يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى ذلك ما يكفله وما يؤيده من رهن أو كفالة أو دعوى ضمان . ومن يبيع سيارة يعتبر أنه قد باع معها الأدوات الإضافية التي تلزم لتسييرها . ومن يبيع متجراً يعتبر أنه قد باع معه السجلات التي توضح ما عليه من ديون وما له من حقوق وما يتصل بذلك من عملاء .

والطريقة الثانية التي يمكن أن تهدينا إلى مبادئ العدالة تتمثل بما يتضمنه العقد من عناصر . والمثل على ذلك أن قدر العناية المطلوب من المدين في تنفيذ التزامه وفي اختيار المواد التي ينفذ بها يرتبط بمدى ارتفاع وانخفاض المقابل النقدي لهذا الالتزام (1) .

من كل ما تقدم يتبين أن عملية تحديد نطاق العقد تتمثل بتحديد الآثار التي تترتب عليه في ذمة كل من عاقديه . إذ أن آثار العقد لا تقتصر على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين الفعلية فحسب ، بل تشمل أيضاً ما هو من مستلزماته ولو لم تتجه إليه إرادتهما . ويتكون من مجموع ذلك نطاق العقد . وهذا هو الفارق الرئيسي بين تحديد نطاق العقد وسلطة القاضي في التعديل . إذ في الحالة الأخيرة يعمل القاضي على إحداث تغيير في بنود العقد . فالالتزام هنا منصوص عليه في العقد بيد أن القاضي يعمد إلى تغييره أو يرفع ذلك الالتزام عن العقد بأن يعفى المتعاقد منه كما في الشرط التعسفي الذي يتضمنه عقد الإذعان .

المطلب الثالث : تمييز سلطة القاضي في تعديل العقد عن سلطته في انتقاص العقد وتحوله

للعقد أركان ثلاثة هي : الرضا ، والمحل ، والسبب . والشكلية في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية . فإذا انعدم ركن من هذه الأركان أو اختل المحل أو السبب كان العقد باطلاً (أي باطلاً بطلائاً مطلقاً) . وإذا توافرت للعقد أركانه ولكن اختل ركن الرضا كان العقد قابلاً للإبطال (أو باطلاً بطلائاً نسبياً) (2) .

(1) انظر د . مصطفى الجمال ، مرجع سابق ذكره ، ص 218 ، 219 .

(2) انظر أستاذنا الفاضل د . حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الجامعة المستنصرية ، 1976 ، ص 89 .

والعقد الباطل (منعدم) وليس له وجود قانوني كعقد . وبالتالي فإنه لا يرتب من حيث الأصل أية آثار قانونية . وإذا كانت هذه هي القاعدة فإنها غير مطلقة . فقد يرتب العقد الباطل بعض الآثار باعتباره واقعة قانونية أحياناً ، وباعتباره عملاً أو تصرفاً قانونياً أحياناً أخرى (1) .

ويلاحظ أن الآثار التي ينتجها العقد الباطل باعتباره واقعة قانونية ليست هي الآثار الأصلية التي تترتب على العقد الصحيح . وإنما هي مجرد آثار عرضية تترتب على العقد باعتباره واقعة مادية . فعقد الزواج الباطل لا يحل التمتع للزوجين ، ولكن إذا صحب هذا العقد الدخول ، فإن هذه الواقعة (الدخول) تترتب عليها بعض الآثار كوجوب العدة ، والمهر ، وثبوت النسب ، وسقوط الحد (أحياناً) (2) .

ولعل من أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل تلك الآثار التي تنشأ عملاً بفكرة انتقاص العقد ، أو بفكرة تحول العقد . على أن كلاً من تحول العقد وانتقاصه يقتضي تدخلاً من القاضي فيقوم في أولهما بتحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح ، ويقوم في ثانيهما برفع الشق الباطل من العقد والإبقاء على جزئه الصحيح . بيد أن سلطة القاضي في تحويل العقد وانتقاصه قد تختلط مع سلطته في تعديل العقد مما يقتضي التمييز بينهما .

أولاً : تحول العقد ودور القاضي فيه

تقوم فكرة تحول العقد عموماً على أساس أن العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر صحيح . فيتحول العقد الباطل إلى العقد الصحيح الذي توافرت أركانه ، إذا تبين من ظروف العقد ، أن العاقدين لو علما بأن تصرفهما الواقع لا ينعقد لقبلاً أن يعقدا بدلاً عنه ذلك التصرف الآخر الممكن . وهنا يتحول العقد الباطل إلى العقد الصحيح الذي توافرت عناصره وشروطه في هذا التصرف الباطل إعمالاً للنية المفترضة للمتعاقدين (3) .

(1) انظر د . غني حسون طه ، مرجع سابق ذكره ، ص 291 ، 292 .

(2) انظر استاذنا الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام بين الشريعة والقانون ، محاضرات أقيمت على طلبه الدراسات العليا في كلية القانون ، جامعة بغداد عام 1997 ، ص 48 .

(3) انظر د . مأمون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، بدون سنة طبع ، ص 257 .

ومن الأمثلة على تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح عقد البيع الذي لا يكون فيه الثمن ثمناً حقيقياً . إذ يكون العقد في هذه الحالة باطلاً باعتباره عقد بيع وصحيحاً باعتباره عقد هبة . فيتحول العقد الباطل وهو عقد البيع إلى عقد هبة صحيحة باعتباره العقد الذي توافرت أركانه (1) . كذلك ما تقضي به قوانين التجارة من أن الكمبيالة التي لا تتوافر فيها الشروط التي يتطلبها القانون تتحول من كمبيالة باطلة إلى سند عادي صحيح إذا كانت مستوفية الشروط اللازمة لهذه السندات .

وقد أخذ القانون المدني العراقي بنظرية تحول العقد . حيث تنص المادة (140) منه على أنه « إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا التصرف » . كما أخذ بها القانون المدني الليبي في المادة (144) التي تقرّر أنه « إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

يتضح من هذه النصوص أنه يشترط لإعمال فكرة تحول العقد توافر ثلاثة شروط هي :

- 1 - أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال كلاً أو جزءاً .
- 2 - أن يتضمن العقد الباطل عناصر عقد آخر صحيح . والمثال على ذلك : أبيعك هذه السيارة بعشرة دنانير . فهذا الثمن تافه ، والثمن التافه يساوي انعدام الثمن . ولما كان الثمن ركناً في البيع فإن البيع يبطل . فإذا كنت قد سلمت لك السيارة فقد انقلب العقد إلى هبة منقول . إذ يكون العقد الباطل قد اشتمل في هذه الحالة على كل عناصر الهبة .
- 3 - أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى العقد الذي نريد التحول إليه ، لو أنهما تبينا ما في العقد الأصلي من أسباب البطلان (2) . ومعنى هذا أننا نتساءل عما لو كان المتعاقدان وقت إبرام العقد قد علما ببطلانه فهل كان من المحتمل أن

(1) انظر د . سليمان مرقس ، نظرية العقد ، مرجع سابق ذكره ، ص 308 ، 309 .

(2) انظر د . غني حسون طه ، مرجع سابق ذكره ، ص 296 ، انظر كذلك د . عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ذكره ص 127 .

تنصرف إرادتهما إلى هذا التصرف الآخر الذي نريد تحويل تصرفهما الباطل إليه ؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب تحول العقد وإلا فإنه يبطل .

وعلى ذلك فإن تحول العقد لا يتم بناءً على إرادة المتعاقدين الحقيقية لأن هذه الإرادة قد انصرفت إلى العقد الأصلي الباطل . وإنما بناءً على إرادتهما المحتملة التي يفترض أنها كانت تتجه إلى الارتباط بالعقد الجديد الصحيح لو أنهما علما بطلان العقد الأصلي . ويبرر ذلك على أساس أن العبرة تكمن في الغاية العملية التي قصد إليها المتعاقدان . وما العقد إلا وسيلة للوصول إلى تلك الغاية . فإذا تبين بطلان الوسيلة التي اختارها المتعاقدان فما الذي يمنع من الأخذ بوسيلة أخرى ، أي بعقد آخر ، إذا ما كانت هذه الوسيلة تحقق الغاية العملية التي قصد المتعاقدان تحقيقها (1) .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن نظرية تحول العقد لا تعدو أن تكون تطبيقاً خاصاً من تطبيقات نظرية تكييف العقد . ذلك أن تكييف العقد يعني إعطائه الاسم الصحيح الذي ينطبق عليه بحسب القانون وهو من صميم عمل القاضي . وهو لا يعتد في ذلك بالاسم الذي يطلقه المتعاقدان على العقد ، لأن التكييف مسألة عملية ومسألة قانونية . فإذا أعطى شخص شيئاً يملكه إلى شخص آخر لينتفع به مدة معينة دون مقابل فإن هذا العقد يعتبر عارية ولو سماه المتعاقدان إيجاراً . وإذا نقل شخص ملكية شيء إلى شخص آخر دون مقابل فإن هذا العقد يعتبر هبة ولو سماه المتعاقدان بيعاً (2) .

بيد أننا لا نحبذ هذا الاتجاه ونرى أن تحول العقد ليس تفسيراً أو تكييفاً للعقد ، وإنما هو عمل تقوم به المحكمة مقام المتعاقدين فتبدل عقدهما القديم عقداً جديداً تقيمه لهما ، وذلك بناءً على نيتهما المحتملة .

ثانياً : انتقاص العقد ودور القاضي فيه

تقوم نظرية انتقاص العقد على فكرة مؤداها أن العقد الأصلي ليس باطلاً بأكمله بل في جزء منه فيزول ذلك الجزء ويبقى العقد صحيحاً منتجاً لآثاره . وقد أخذ القانون المدني العراقي بنظرية انتقاص العقد . حيث تنص المادة (139) منه على ما يأتي : « إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل أما الباقي من العقد فيظل

(1) انظر د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، مرجع سابق ذكره ، ص 502 .

(2) انظر د . سليمان مرقس ، نظرية العقد ، مرجع سابق ذكره ، ص 325 ، انظر كذلك د . أنور سلطان ، النظرية العامة

للاتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار المعارف ، الإسكندرية ، 1965 ، ص 336 ، 337 .

صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً» .

كما أخذ بها أيضاً القانون المدني الليبي في المادة (143) التي تقرّر أنه «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 الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله» .

يتضح من هذه النصوص أنها تتعرض لحالة بطلان شق من العقد ، فهذا الشق هو وحده الذي يبطل ويعتبر كأن لم يكن ويبقى العقد صحيحاً منتجاً لآثاره . فيجب إذاً أن يكون العقد باطلاً في شق منه فقط . أما إذا كان العقد باطلاً بأكمله فلا يمكن إعمال فكرة انتقاص العقد . كما ينبغي أيضاً أن يكون العقد قابلاً للانقسام . فإذا لم يكن قابلاً للانقسام ، لم يعد هنالك محل لانتقاص العقد ويبطل العقد بأكمله⁽¹⁾ .

والمثل على ذلك أن يقتزن عقد الهبة بشرط غير مشروع دون أن يكون هذا الشرط هو الدافع إلى الهبة . ففي هذه الحالة يمكن إعمال فكرة انتقاص العقد ، فيبطل الشرط وحده ويبقى عقد الهبة صحيحاً . أما إذا تبين أن الشرط هو الباعث على الهبة ، أي أن الواهب ما كان ليهب لولا اعتماده على تنفيذ الشرط الباطل ، فيبطل العقد كله⁽²⁾ .

يتبين من هذا العرض أن عمليتي تحول العقد وانتقاصه ، هما عمليتان متوقفتان على مشيئة وإرادة المتعاقدين . إذ أن القاضي لا يحول العقد من عقد باطل إلى عقد صحيح منتج لآثاره إلا بعد الوقوف على إرادة المتعاقدين الحقيقية والمحملة . بعبارة أخرى أن القاضي لا يستطيع أن يجبر المتعاقدين على هذا التحول رغماً عن إرادتهما . ويتضح ذلك من نص المادة (140) من القانون المدني العراقي بقولها : «فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد» . كما يتضح أيضاً من خلال نص المادة (143) من القانون المدني الليبي بقولها : «فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد» .

ويترتب الحكم ذاته بالنسبة لانتقاص العقد إذ لا يستطيع القاضي أن ينتقص من

(1) انظر د . غني حسون طه ، مرجع سابق ذكره ، ص 297 .

(2) انظر د . عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مرجع سابق ذكره ، ص 125 .

العقد شرطه الباطل متى ما تبين له أن هذا الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد . فلو صرح أحد المتعاقدين مثلاً بالقول أنه لولا هذا الشرط الذي وضع في العقد لما أبرم العقد . فإن القاضي يلزم حينذاك باحترام إرادة المتعاقد فيكف يده عن انتقاص العقد ويحكم ببطالان الشرط وبطلان العقد كله . أي يعامله معاملة العقد الباطل بطلاناً مطلقاً .

أما سلطة القاضي في تعديل العقد فمقتضاها أن يجري القاضي في العقد تعديلات معينة تتمثل بالتغيير في بنود العقد . فينزل منزلة المتعاقد فيه . وهنا يكمن التقارب بينها وبين سلطة القاضي في تحول العقد وانتقاصه . لأنه في كلا الحالتين يحدث تغييراً في العقد . لكن سلطة القاضي في تعديل العقد تفتقر عن سلطته في انتقاص العقد وتحوله من حيث أن سلطته الأخيرة تعتمد على إرادة المتعاقدين . في حين أن سلطته في تعديل العقد تكون رغم إرادة المتعاقدين أي جبراً على إرادتهما .

الفرع الثاني : تأصيل سلطة القاضي في تعديل العقد

لم يتفق فقهاء القانون على أساس قانوني معين تقوم عليه سلطة القاضي في تعديل العقد ، فقد قيلت في تبرير سلطته آراء متعددة ، تتولى دراستها ضمن أربعة مباحث .

المبحث الأول

فكرة العدالة

يقصد بمبادئ العدالة مجموعة القواعد التي تصدر عن مثل عليا تستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة (1) .

هذا وقد استعملت الدول من قبل ، اصطلاحات متعددة للإشارة إلى مبادئ العدالة . فقد سماها اليونان (قانون الطبيعة) ، بينما اصطلاح عليها الرومان [قانون الشعوب] . ثم أطلقوا عليها بعد ذلك اصطلاح (القانون الطبيعي) . أما الفقهاء المسلمون فقد استخدموا تعبير (الرأي أو العقل) للدلالة على مبادئ العدالة (2) .

(1) انظر د . عبد الباقي البكري ، قواعد العدالة مفهومها ، منزلتها ووسائل إدراكها ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، بغداد ، 1984 ، ص 184 .

(2) انظر د . هاشم الحافظ ، تاريخ القانون ، مؤلف مشترك مع د . آدم وهيب الندلوي ، جامعة بغداد ، 1989 ، ص

ويعرف الرأي لغة بأنه الاعتقاد والعقل والتدبير⁽¹⁾. ويعرفه ابن القيم بأنه «كل ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الإمارات»⁽²⁾. وإذا كان من المسلم به في فقه الشريعة الإسلامية إن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة (القولية والفعلية والتقريرية) مصدران أصليان من مصادر القاعدة الشرعية⁽³⁾. بيد أنه وبعد وفاة الرسول الكريم محمد ﷺ واتساع رقعة الدولة الإسلامية تنوعت المعاملات وازدادت العلاقات بين أفراد المجتمع الإسلامي الكبير. وكان من نتيجة ذلك أن برزت حالات تفصيلية جديدة لم يرد بشأنها حكم خاص في كتاب الله أو في سنة رسول الله ﷺ. كما أن هنالك مصالح لم يقيم دليل من المشرع على اعتبارها أو إلغائها. وقد واجه الفقهاء المسلمون تلك الحالات بنشاط اجتهادي أفضى إلى توسيع نطاق الأحكام الشرعية أو تخصيص حكمها المطلق أحياناً واستنباط أحكام جديدة وفقاً لتطور المجتمع ولشعور العدالة الكامن في النفس أحياناً أخرى⁽⁴⁾.

فإذا عرضت على القاضي الإسلامي واقعة معينة فإنه يبحث عن حل لها أولاً في كتاب الله. فإن لم يجد، بحث في سنة رسول الله ﷺ استناداً إلى قوله تبارك وتعالى ﴿فَإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: 59]. فإن لم يجد حلاً لتلك الواقعة في السنة النبوية الشريفة بحث فيما أجمع عليه فقهاء الأمة الإسلامية. فإذا لم يجد في الإجماع حلاً للواقعة المعروضة أمامه اجتهد برأيه⁽⁵⁾. على أن الرأي في الشريعة الإسلامية كما هو في القانون منضبط بعدم مخالفته للنصوص الشرعية. كما أنه مقيد من جانب آخر بأن يدور في نطاق المقاصد التي يهدف إليها الشارع والمتمثلة في حفظ

70. انظر كذلك د. محمود عبد المجيد المغربي، الوجيز في تاريخ القوانين، المؤسسة الجامعية للدراسات

والنشر والتوزيع - بيروت، 1979، ص 252.

(1) انظر المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الجزء الأول، القاهرة، 1960، ص 32.

(2) انظر شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الأول، مطبعة السعادة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1955، ص 76.

(3) انظر أستاذنا الجليل د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسبجه الجديد، الجزء الأول، كلية صدام للحقوق، بغداد، 1991، ص 106، 107.

(4) انظر د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، المطبعة العربية، بغداد، 1964، ص 106، 107.

(5) انظر أبو نصر السمرقندي، رسوم القضاة، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1985، ص 30، 31.

الدين والنفس والعقل والنسل والمال (1) .

وأياً كان الأمر فإن التشريعات الحديثة تجعل من قواعد العدالة مصدراً من مصادر القانون . ولعل ذلك هو الذي دفع بعض الفقه إلى تأسيس سلطة القاضي في تعديل العقد على قواعد العدالة . حيث تنص المادة الأولى من القانون المدني الليبي مثلاً على أنه « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . وبهذا الاتجاه أيضاً ينص القانون المدني المصري على وجوب الحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة متى ما تعذر على القاضي إيجاد حل للقضية المعروضة عليه في التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية . أما القانون المدني العراقي فإنه يقرر في المادة الأولى ما يلي : « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة » .

ويلاحظ أن فكرة العدالة التي تدفع القاضي إلى تعديل العقد عند حدوث اختلال بالتوازن المالي للعقد قد لاقت معارضة شديدة من قبل بعض الفقهاء الذين يرون أن دواعي العدالة التي تملي على القاضي تعديل العقد يقابلها ضرورة الاستقرار الذي لا يقل عنه شأنًا . وبالتالي فإن القضاء محظور عليه ، حسب هذا الفقه ، المساس بالعقد متى ما كان قد أبرم باقتران إرادتين اجتمعت لهما الحرية والبصيرة وكان الغرض الذي ترميان إليه مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة (2) .

يضاف إلى ما تقدم ، أن ما تنطوي عليه عبارة (قواعد العدالة) من الغموض والإبهام وعدم التحديد قد جعلت من سلطة القاضي سلطة واسعة في التدخل في شروط العقد . كما أن اتساع هذا المعيار له أثره البالغ في اختلاف فهم القضاة لمدلوله الذي يجعل من هذه العدالة قيمة أو معياراً نسبياً . فتتعدد تبعاً لذلك الحلول القضائية وربما

(1) انظر خليفة بابكر الحسيني ، الرأي ودوره في استنباط الأحكام في الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة العدالة ، أبو ظبي ، العدد السادس ، 1976 ، ص 19 .

(2) انظر أستاذنا الجليل الدكتور حسن علي الننون - أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في تطوير فكرة العقد ، محاضرات ألفت على طلبه الدراسات العليا في كلية القانون ، جامعة بغداد 1984 ، 1985 ، ص 75 ، 66 .

يكون ذلك بنسبة تعدد القضاة أنفسهم . فضلاً عن أن العدالة إنما تتوفر أكثر ما تتوفر في احترام إرادة المتعاقدين وبالتالي في استقرار المعاملات (1) .

ومهما يكن من الأمر فإن هذه الانتقادات لم تقف في وجه جانب كبير من الفقه الذي نادى بضرورة تدخل القاضي في ميدان العقد بغية الحفاظ على توازنه المالي ، وذلك استناداً إلى مبادئ العدالة والإنصاف والوجدان السليم والتضامن الاجتماعي الذي يأبى أن يقع المدين فريسة الفاقة والإفلاس .

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد

سبق وأن بحثنا في تمييز سلطة القاضي في تعديل العقد عن سلطته في تحديد نطاقه . وقد تبين أن سلطته في تحديد نطاق العقد تتمثل بإلزام المتعاقدين بالتزامات لم تتطرق لها نصوص العقد ، ولكن تملئها القواعد القانونية الآمرة والمفسرة والعرف وطبيعة الالتزام وأخيراً مبادئ العدالة .

على أن هناك فريقاً من الفقهاء يذهب إلى أن منح القاضي سلطة تعديل العقد بهدف إعادة التوازن المالي إلى العقد إنما هو في الحقيقة إعمال لسلطته في تحديد نطاق العقد وبيان ما هو من مستلزماته . هذا وإن سلطة القاضي التقديرية تزداد سعة كلما لجأ إلى قواعد العدالة لتحديد نطاق العقد (2) . فنظرية الظروف الطارئة ، وفقاً لهذا الرأي ما هي إلا تطبيق لمبادئ العدالة في تحديد نطاق العقد وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد ، إذا ما طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام صار مرهقاً للمدين إلى الحد الذي يخل بالعدالة الواجبة .

المبحث الثالث

القواعد التي تحظر على القاضي الامتناع عن إحقاق الحق

إن التشريع مهما بلغ سعة من التشعب والدقة فإنه لا يستطيع أن يحيط بدقائق

(1) انظر د . حامد زكي ، عقد التوريد وتغير الظروف الفجائي ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، القاهرة ، ص 113 ، 114 .

(2) انظر د . نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية ، بحث منشور في موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، الدار العربية للموسوعات ، المحامي الفكهاني ، الجزء الأول ، 1985 ، ص 260 ، 261 .

الأمر وتفاصيلها . إذ أن التطبيق العملي للنصوص التشريعية لا بد وأن يفضي إلى إيجاد حالات لم تكن في ذهن المشرع وقت إعداده للنصوص القانونية . فالتطور الاقتصادي والاجتماعي والعلمي يؤدي في الغالب إلى إيجاد شيء من النقص في التشريع .

من هنا فإنه ليس من المستبعد أن تعرض على القاضي بعض الوقائع التي لا يجد بصدها نصاً قانونية في التشريع تحكمها وتنطبق عليها . فماذا يفعل القاضي في مثل هذه الحالة . هل يمتنع عن النظر في هذه الوقائع بحجة خلو التشريع من نصوص تعالجها ؟

تقرر معظم القوانين في هذا الشأن أنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الفصل في النزاع المعروف عليه بحجة غموض التشريع أو خلوه من نصوص تنطبق على هذا النزاع . لكن هذه القوانين اختلفت في الصلاحية التي تمنحها للقاضي في هذه الحالة . وقد انقسمت في هذا الصدد إلى قسمين رئيسيين : يذهب أولهما إلى تقرير القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز الامتناع عن الفصل في النزاع مع السماح للقاضي بالبحث عن حكم قانوني في المصادر الأصلية والاحتياطية الأخرى للتشريع . بينما يذهب ثانيهما إلى إنابة القاضي في وضع الحلول القانونية الملائمة للوقائع المعروضة عليه . ونبحث كلا من هاتين الحالتين بشيء من التفصيل .

المطلب الأول : القواعد التي تحظر على القاضي الامتناع عن إحقاق الحق

تقضي المادة (2/720) من قانون المرافعات المدنية الليبي بأن «القاضي يعد منكراً للعدالة إذا امتنع عن الفصل في الدعوى بحجة غموض القانون أو قصوره عن معالجة الواقعة المعروضة عليه» . وتنص المادة الثلاثون من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه «لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعاً عن إحقاق الحق ، ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق» .

كما أن القاضي اللبناني ملزم هو الآخر في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف يمكن تطبيقه على الواقعة المعروضة أمامه - ولم يكن الأمر متعلقاً بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية - بالحكم في الدعوى المعروضة أمامه . إذ لا يجوز له أن يمتنع عن الحكم في الدعوى بحجة غموض القانون أو نقصانه وإلا كان متخلفاً عن إحقاق الحق .

يتضح من هذه النصوص أنها تعترف صراحة بعجز المشرع عن الاحاطة بكل الوقائع التي قد تعرض على القاضي وتكون محل نزاع بين الأفراد . وبالتالي يترك أمر البت فيها إلى القاضي وبخلافه يكون القاضي قد امتنع عن إحقاق الحق . والواقع من الأمر أن هذه الحقيقة التي تتمثل بعجز المشرع عن الاحاطة بكل الجزئيات الخاصة بالمجتمع ، هي حقيقة ثابتة منذ القدم . فقد ذهب الفقيه (الشهرستاني) إلى تناهي النصوص وعدم تناهي الوقائع حيث يقول : « نعلم قطعاً وبقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً . والنصوص إذا كانت متناهية فالوقائع غير متناهية . وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى علم قطعاً ، إن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد» (1) .

فالتشريع مهما بدا كاملاً فإنه ما أن ينشر حتى يواجه القاضي العديد من المسائل غير المتوقعة وغير المنصوص عليها . فالتشريعات تبقى كما هي أما المجتمع فإنه على العكس تماماً لا يبقى كما هو بل يتغير باستمرار . وهذا التغير الذي لا يتوقف أبداً ينتج في كل مرحلة بعض التراكيب الجديدة ، وبعض الوقائع الجديدة أيضاً التي تؤدي إلى نتائج جديدة (2) . وعلى الرغم من أن القواعد القانونية قد وضعت لتنظيم حياة الأفراد وأنها ذات صلة وثيقة بالمجتمعات ، إلا أنها تفقد صلتها تدريجياً عن مجتمعاتها وبيئتها كلما تغيرت التكنولوجيا والقيم الاجتماعية السائدة في المجتمع . لهذا فهي تعجز عن مواكبة التطورات التي تحصل في المجتمع (3) .

ويلاحظ هذا الاتجاه أيضاً في القانون المدني الفرنسي حيث تقرر المادة الرابعة منه ما يلي : « إن القاضي الذي يرفض الحكم بحجة سكوت أو غموض أو نقص التشريع ، يمكن مقاضاته بسبب إنكاره للعدالة » .

وقد ثار الخلاف على صعيد الفقه حول نص المادة الرابعة من القانون المدني

(1) انظر أبو الفتح عبد الكريم الشهرستاني - الملل والنحل بهامش الفصل في الملل والأهواء لابن حزم الظاهري -

الجزء الثاني - المطبعة الأدبية - القاهرة - ص 49 .

(2) انظر : Arthur T. Von Mehren - The Judicial process: A Comparative analysis - The American Journal of Comparative Law - Vol. (5) - No. (2) - 1956 - P. (205) .

(3) انظر : Frank M. Coffin - The Problem of absolute statutes - a new Role for Courts? - The Yale Law Journal - Vol. (91) - No. (4) - 1982 - P. (829) .

الفرنسي آنف الذكر . إذ يرى البعض بأن هذه المادة التي تلزم القاضي بإصدار الحكم القضائي على الوقائع المعروضة عليه وتجنب الامتناع عن ذلك بحجة سكوت أو غموض النص ، إنما تنطوي في الواقع على دعوة من المشرع إلى القاضي لمعاونته في تكميل التشريع (1) .

بيد أن هذا الاتجاه لا يتفق مع المنطق القانوني . لذلك فقد انتقده جانب كبير من الفقه الذي يرى بأن ما يصدر عن القاضي من أحكام لا يرقى إلى مرتبة التشريع . والعلة في ذلك أن الأحكام التي تصدر عن القاضي لا تتمتع بخاصية العموم والتجريد التي تتميز بها القاعدة القانونية . فهناك فرق بارز بين عمل القاضي وعمل المشرع . إذ أن الحكم القضائي لا يرتب آثاره إلا على أطراف النزاع فقط ، بينما يرتب القانون الذي يصدره المشرع آثاره على الجميع . فضلاً عن ذلك فإن الحكم الذي يتخذه القاضي بشأن الواقعة محل النزاع لا يكون ملزماً له في قضية أخرى مشابهة كما لا يكون ملزماً للمحاكم الأخرى الأدنى درجة (2) .

المطلب الثاني : إنابة المشرع للقاضي صراحة أو ضمناً في وضع الحلول القانونية الملزمة للوقائع المعروضة عليه التي لم يرد بشأنها نص

تتمثل هذه الحالة عموماً في التشريعات التي تدعو القاضي إلى الحلول محل المشرع لسد النقص ، وتسمح له بأن يحكم وفق ما كان سيضعه من قواعد قانونية لو عهدت إليه سلطة التشريع . ويلاحظ هذا الاتجاه في القانون المدني السويسري حيث تقرر المادة الرابعة منه ما يلي : « يسري التشريع على كافة المسائل التي يتناولها في لفظه أو في روحه ، وإذا تعذر العثور على نص قانوني قابل للتطبيق تعين على القاضي أن يحكم وفقاً للقانون العرفي وفي حالة عدم وجود العرف ، فوفقاً للقاعدة التي يضعها إن قام بعمل المشرع ويسترشد في ذلك بالحلول التي أقرها الفقه والقضاء » .

وإذ يجيز هذا النص للقاضي وضع الحلول الملزمة للوقائع المعروضة عليه عند خلو التشريع والعرف من نص بشأنها . فإنه يقر في الوقت ذاته بحقيقة قصور التشريع وعجزه عن الإحاطة بكل الوقائع والحوادث والتصرفات التي تحصل في المجتمع والتي

(1) انظر : Walin, Lepouvoir _ Normatif de Jurisprudence, en (A Source Book of French Law _ by Ottokaha : Freund and others) _ Oxford _ 1923 _ P. (132) .

(2) انظر : (1) Mazeaud, (Henry, Leon, Jean) _ Le Cons de droit Civil _ 2nd Edition Montchrestien _ Tome (1) _ Paris _ P. (125 _ 126) .

هي في تغير مستمر .

ويكرس الفقه الانكلوسكسوني هذا الاتجاه صراحة . حيث يذهب إلى أنه من العسير على المشرع أن يتوقع حجم الفرضيات اللامتناهية كثرة وتعقيداً والتي تفرزها وبشكل مستمر الحياة الاجتماعية . ذلك لأن النصوص القانونية جامدة عاجزة عن معالجة الحالات المستجدة لمجتمع دائم الحركة وأمام حالات ترجع مثلاً إلى تقدم العلم أو الفن . هذا التقدم الذي بلغ حداً من السرعة لم يستطع القانون أن يبلغه بعد (1) . فليس من ضمن طاقات البشر توقع المجاميع العديدة من الوقائع التي يحتمل ظهورها . وحتى لو حدث مثل هذا الأمر فإنه من غير المتصور أن تخلو تلك التشريعات من الغموض والتعقيد .

ومهما بلغ التشريع من الدقة فإنه لا يستطيع أن يتناول بالتنظيم كل نشاطات الإنسان التي يلزم أن يقوم بتنظيمها . وحتى لو استعملت المناهج الحرة في تفسير التشريع وحتى لو استعمل المنطق في تطوير القواعد التشريعية فإنه يستحيل على المشرع سد الثغرات الموجودة في القانون .

يتضح مما تقدم أن القواعد القانونية التي تصدر عن المشرع عاجزة في الواقع عن أن تحكم كل الوقائع اللامتناهية بل من العبث أن تحاول ذلك . عليه فإن السلطة التشريعية لا تستطيع وضع تشريعات كاملة وشاملة لدرجة أن يستبعد المشرع صراحة منح القاضي أية سلطة تقديرية ، وأن يجعل دوره مقتصرًا على تطبيق القانون فقط .

وأياً كان الأمر وسواء أتاب المشرع القاضي في وضع الحلول المناسبة للنزاع المعروف عليه عند عدم وجود النص أو ألزمه بالحكم في ذلك النزاع من خلال البحث عن نص ملائم في المصادر الأصلية والاحتياطية للتشريع ، فإن ذلك يعد حسب رأي بعض الفقهاء (2) أساساً لسلطة القاضي في تعديل العقد . فإذا ما اختل التوازن الاقتصادي للعقد بسبب حادث سابق لتنفيذه أو أثناء تنفيذه ، وطالب المدين بإعادة التوازن إلى العقد . ولم يجد القاضي في نصوص القانون ما يسعفه للنطق بالحكم العادل في هذا النزاع فإنه لا يستطيع أن يمتنع عن نظر الدعوى بسبب هذا الفراغ التشريعي . وإنما

(1) انظر : (95) . P. 1976 _ Stevens and Sons _ London _ 9th _ Glanville Williams _ Learning the Law

(2) انظر: الدكتور محمود السقا ، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، القاهرة ، العدد 1 ، السنة 43 ، 1973 ، ص 108-109 .

ينبغي له أن يقوم بدور إيجابي في حسم النزاع فيرجع إلى المصادر الأخرى باحثاً عن حكم عادل في هذا الخصوص .

المبحث الرابع

تطويع القانون وفقاً لمتطلبات الظروف

حاول جانب من الفقه والقضاء ، أن يرد سلطة القاضي في التدخل في العقود لتعديلها بغية إعادة التوازن المالي لها ، إلى بعض المبادئ القانونية المعروفة في القانون المدني بتطويعها لخدمة القضاء ، عن طريق التوسع في مجال تطبيقها .
ففيما يتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقد لحدوث ظرف طارئ ، يذهب بعض الفقه والقضاء الفرنسي إلى تطويع نص المادة (1674) من القانون المدني الفرنسي والخاصة بفكرة الغبن المعاصر لنشوء العقد .

ذلك لأن القانون الفرنسي يجيز إبطال العقد إذا ما لحق أحد المتعاقدين غبن ، وينسب معينة ، من دون اشتراط وجود الاستغلال أو التغيرير . فالمادة (1674) من القانون المدني الفرنسي تجيز لبائع العقار الذي لحقه غبن يزيد على سبعة أجزاء من اثني عشر جزءاً (12/7) من ثمن العقار ، طلب إبطال العقد بسبب الغبن .

بيد أن هذا الاتجاه لا يتفق - حسب تقديرنا - مع المنطق القانوني السليم . وتعليل ذلك هو أن نص المادة (1674) من القانون المدني الفرنسي إنما يختص بحالة الغبن المعاصر لانعقاد العقد فقط . وأن توسيع مفهوم هذا النص لا يشكل سوى تطبيقاً جزئياً لفكرة الظروف الطارئة . إذ أن الإطار الذي تعمل فيه سلطة القاضي في التدخل هنا يحكمه فكرة الغبن المعاصر لانعقاد العقد . وليس الغبن اللاحق له . وبالتالي فإنه لا يكون في استطاعة القاضي أن يحكم بإبطال العقد في حالة تحقق الغبن اللاحق . كما لا يكون في مقدوره أيضاً أن يقضي بتأجيل الوفاء أو بتأديته على أقساط ، أو تعديل شروط العقد على نحو أو آخر مع الإبقاء على العقد دون فسخ أو إبطال (1) .

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى تطويع مبدأ [حسن النية في تنفيذ العقود] ليكون أساساً قانونياً لسلطة القاضي في تعديل العقد . ويقولون إن هذا المبدأ يوجب على المتعاقدين القيام بتنفيذ التزاماتها في حدود التغيرات المألوفة المتوقعة . أما

(1) انظر : Henri et Leon Mazeaud ، Jean Mazeaud، Francois chabas _ Lecon de Droit civil _ obligation Edition

_ Tome (II) _ Paris _ 1998 _ P .(209) .

التغيرات غير المألوفة التي تهز كيان العقد ، فليس من حسن النية في شيء اعتبارها غير مؤثرة في العقد ، والمطالبة بتنفيذها من دون تعديل للعقد⁽¹⁾ .

بيد أن هذا الاتجاه لا يقدم هو الآخر تأصيلاً قانونياً صحيحاً لسلطة القاضي في تعديل العقد . ذلك أن مبدأ حسن النية يقتضي أن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه لا أن يعدل القاضي هذا الاتفاق ، فيفتح باباً واسعاً للتحكم . فمبدأ حسن النية لم يشرع لإجازة المطالبة بتعديل ميزان العقد تعديلاً جوهرياً إذا ما اختل هذا الميزان . وإذا ما أجاز للقاضي تعديل العقد تحت ستار مبدأ حسن النية فإنه يكون بذلك قد فرض على المتعاقدين حتماً شروطاً جديدة لم يقع عليها اتفاقهما .

ويرد جانب ثالث من الفقه سلطة القاضي في التعديل إلى مبدأ الإثراء بلا سبب . استناداً إلى أن القاضي حينما يتولى تعديل التزامات الطرفين المتعاقدين ، فإنه يعمل في حقيقة الأمر على منع الدائن من أن يشري على حساب مدينه⁽²⁾ . ويكرس القضاء المصري هذا الاتجاه في العديد من أحكامه . ولعل من أبرز تلك الأحكام قرار محكمة الاستئناف المصرية الذي يقضي « بأن الروح التي أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الإفراط في استعمال الحق مع عدم وجود نصوص في القانون خاصة بهما هي نفسها التي تملي نظرية احترام الظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد »⁽³⁾ .

ويؤسس فريق أخير من الفقهاء سلطة القاضي في التعديل - بغية إعادة التوازن المالي للعقد - بالاستناد إلى نظرية التعسف في استعمال الحق . ذلك لأن الدائن الذي يتمسك بتنفيذ العقد وفقاً لما تم الاتفاق عليه برغم الخسارة التي قد تلحق بالمتعاعد الآخر من هذا التنفيذ ، إنما يكون في الواقع قد تعسف في استعمال حقه . والأصل أن كل تعسف يجب الحد منه⁽⁴⁾ .

(1) انظر أستاذنا الفاضل د . حسن علي دنون ، أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية ... مرجع سابق ذكره ، ص 66 .

(2) انظر ادوارد رياض ، نظرية الظروف الطارئة في القانونين السوداني والمصري ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الأول ، السنة الرابعة والعشرين ، 1980 ، ص 157 .

(3) انظر قرار محكمة الاستئناف المصرية المرقم (1615) الصادر بتاريخ 19 أبريل 1931 ، منشور في مجلة المحاماة المصرية ، السنة الثانية عشر ، 1932 ، 1933 ، ص 63 .

(4) انظر د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، مرجع سابق ذكره ، ص 735 .

بيد أن هذا الرأي مردود عليه بأن نظرية التعسف في استعمال الحق إنما شرعت للحد من استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير⁽¹⁾. والدائن لا يقصد حتماً الإضرار بمدينه عندما يطالب بتنفيذ العقد وفقاً لما تم الاتفاق عليه. فهو في حقيقة الأمر إنما يطالب بتحقيق المنفعة التي هيأتها له حسن بصيرته أو حسن حظه.

المبحث الخامس

رأينا في أساس سلطة القاضي في تعديل العقد

إذا كانت الثورة الفرنسية قد أرست دعائم مبدأ الفصل بين السلطات، فإن هذا الفصل في الواقع هو فصل نسبي وليس مطلقاً. فالتداخل قائم بين أعمال السلطة التشريعية والتنفيذية كما أنه يقوم بين أعمال السلطة التشريعية والقضائية. ولعل خير مثال على هذا التداخل هو تلك السلطة التي يخولها القانون للقضاء ويعطيه بمقتضاها الحق في تعديل العقد. ذلك لأن المشرع مهما كانت فطنته وحذقه لا يمكن أن يحيط بدقائق الأمور وتفصيلاتها. فضلاً عن أن أهم سمات التشريع هي الثبات والاستقرار. في حين أن الحياة الاقتصادية والاجتماعية متطورة، متغيرة. وهذا التطور والتغير يقتضي تطوراً في الأحكام القانونية. ولما كان من المتعذر على المشرع أن يتدخل بين الحين والآخر لمواكبة هذا التطور الاقتصادي والاجتماعي فإنه يعمل على منح القاضي سلطة التدخل في العقد وصولاً إلى تحقيق العدالة بين المتعاقدين.

من جهة أخرى، فإن القضاء ملزم بمقتضى المادة (720) من قانون المرافعات الليبي والمادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي بأن يقول حكم القانون بشأن النزاع المعروض أمامه وإلا عد منكرًا للعدالة. فيكون من الواجب على القاضي إذا ما عرض عليه نزاع معين أن يعتمد إلى تطويع النصوص القانونية بالشكل الذي يحقق العدالة بين الطرفين المتعاقدين مستهدياً في ذلك بنصوص القانون المقارن والمبادئ المستقرة فيه.

الخاتمة

(1) انظر المادة الخامسة من القانون المدني الليبي التي تنص على أنه «يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ب - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا

تناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر يسببها. ج - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

يمكننا أن نستخلص من هذا البحث نتائج قانونية متعددة لعل من أهمها ما يلي :

أولاً : - يقصد بـ (سلطة القاضي في تعديل العقد) تلك الصلاحية التي منحها المشرع للقضاء ، والتي تتجسد من خلال قيام القاضي بعمل إيجابي يجريه في العقد . فيحذف بعض أحكامه أو يعدل بعضها الآخر أو يضيف إليه أحكاماً جديدة لم تكن موجودة فيه من قبل . بعبارة أخرى فإن هذه السلطة إنما تخرج القاضي من نطاق وظيفته المعتادة ، التي تتمثل في تفسير العقد وتطبيق قواعد القانون عليه ، ليتدخل في مضمون العقد والآثار المترتبة عليه ، وكأنه واحد من المتعاقدين .

ثانياً : واستناداً إلى ما تقدم فإن سلطة القاضي في تعديل العقد تعتبر في الواقع استثناءً من القاعدة القانونية المعروفة التي تقضي بأن (العقد شريعة المتعاقدين) . إذ يحاول المشرع في الدول المختلفة التوفيق بين هذه القاعدة من جانب وبين ما تستلزمه مقتضيات العدالة بين المتعاقدين من جانب آخر . لذلك فإنه يقرر ابتداءً بأن «العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون»⁽¹⁾ . ثم ينص بعد ذلك على حالات معينة يجوز فيها للقاضي تعديل أحكام العقد وآثاره .

ثالثاً : تتأسس سلطة القاضي في تعديل العقد ، حسب تقديرنا ، على مبدأ مقتضاه أن المشرع مهما بلغت فطنته وحذقه فإنه لا يمكنه أن يحيط بدقائق الأمور وتفاصيلها . فضلاً عن ذلك فإن أهم السمات التي يتصف بها التشريع هي الثبات والاستقرار ، في حين أن الحياة الاقتصادية والاجتماعية متطورة متغيرة . ويقتضي هذا التطور والتغير تطوراً مستمراً في الأحكام القانونية لتتواءم وتنسجم مع تلك التطورات والتغيرات . وحيث أن من المتعذر على المشرع أن يتدخل بين الحين والآخر لتعديل التشريع فإنه يعمل على منح القضاء سلطة التدخل في العقد بهدف تحقيق العدالة بين أطرافه .

(1) انظر الفقرة الأولى من المادة (147) من القانون المدني الليبي والمصري .