



السلطة التقديرية للقاضي في حماية الطرف الضعيف في العقد

The judge's discretion is to protect the weak
Party in the contract

الباحثة: سارة نعمت (اسمر) أ.و. شروق عباس فاضل

كلية الحقوق – جامعة النهرين

المُلخَص

منح المشرع العراقي للقاضي سلطة تقديرية في حماية الطرف الضعيف في العقد و إعادة التوازن العقدي، إذ يقوم القاضي بالتدخل عند وجود شرط جزائي مُدرج في العقد يتفق بموجبه المتعاقدان على تحديد الجزاء مُسبقاً، ويُطبق عند إخلال أحدهما بالتزاماته، فيتدخل القاضي بتعديله بالزيادة أو النقصان، فالهدف الإقتصادي و الإجتماعي من العقد يتطلب التناسب بين الأدعاءات المُتقابلة، و للقاضي سلطة التدخل في تحديد المسائل غير الجوهرية في العقد، فينقذ العقد بمطابقة الإيجاب للقبول في المسائل الجوهرية و الثانوية التي تتعلق بتفصيلات العقد، فقد يترك المتعاقدان بعض المسائل التفصيلية للإتفاق عليها لاحقاً ثم يحصل خلافٌ بينهما، فيتدخل القاضي لإكمال العقد، وذلك بتحديد نطاقه وما ينتج عنه من التزامات تحكّم مسائله التفصيلية بالإعتماد على الموجهات التي يسترشد بها القاضي، و تتمثل بالقانون والعرف والعدالة وطبيعة العقد، ويتدخل القاضي أيضاً لحماية المتعاقد الضعيف من الشرط التعسفي الذي يفرضه المتعاقد القوي لتحقيق ميزة فاحشة على حساب الطرف الأقل كفاءةً وخبرةً، فيقوم القاضي بإستبعاد الشرط التعسفي من العقد أو تعديله، كما يتدخل القاضي عند حدوث الظرف الطارئ بأن يستعمل سلطته التقديرية بإنقاص الإلتزام المرهق أو زيادة الترامات الدائن أو وقف تنفيذ العقد أو فسخه.

(السلطة التقديرية Discretion) – (طرف ضعيف Weak party) الكلمات المفتاحية

– (قاضي judge) – (شروط conditions) – (تعديل modification) – (الشرط الجزائي Penal clause)

– (وسائل Means) – (عقد Contract) – (حماية Protection).

Summary

The Iraqi legislator granted the judge discretion in protecting the weak party in the contract and rebalancing Contract, as the judge intervenes when contractors agree Upon determining the penalty in advance and applying it when one of them violates his obligation, the judge will intervene by amending the increase or Decrease, as the economic and social goal of the contract requires proportionality between corresponding performances, and he is not have the authority to interfere



in determining non-material matters in the contract For acceptance in the substantive and minor relating to contract details, the two contractors may leave some Detailed issues for agreement later, and then a dispute occurs between them, so the judge intervenes to complete the contract, This is by defining its scope, The nature of the contract, and the judge interferes That is guided and represented by law, custom and justice Weak contraction from the arbitrary requirement imposed by a strong contractor to achieve an obscene advantage over Calculating the less qualified and experienced, judge removes the arbitrary clause, and he intervenes when the emergency occurs musing his discretion to reduce the onerous obligation or termination of the contract .

المقدمة

مما لا شك فيه أن القاضي يحكم وفقاً للقانون ، و إن مهمته في ذلك ليست سهلة كونها لا تقتصر على مجرد إستنباط الأحكام من النصوص القانونية ، و إن إرادته ليست منعقدة عند مباشرته وظيفته ، كونه يقوم بالترجيح بين الأدلة المتعارضة للحكم في النزاع ، لذلك فهو يحتاج الى مساحة من الحرية تسمح له بإتخاذ القرار ، و هو ما جسده المشرع العراقي حين أعطى السلطة التقديرية ^(١) للقاضي الموضوع في تقدير الأدلة المعروضة عليه ، و إعادة التوازن العقدي المختل ، نتيجة ظهور طرف ضعيف فيه .

لذا نتناول في هذا المبحث السلطة التقديرية للقاضي في تعديل الشرط الجزائي في المطلب الأول ، أما المطلب الثاني فنتناول فيه السلطة التقديرية للقاضي في تحديد المسائل غير الجوهرية في العقد ، و تبين في المطلب الثالث السلطة التقديرية للقاضي في العقود المتضمنة لل شروط التعسفية ، و في المطلب الرابع تبين السلطة التقديرية للقاضي في إطار نظرية الظروف الطارئة ، و على النحو الآتي :

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تعديل الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي بأنه " إتفاقٌ يُحدد بموجبه الطرفان المتعاقدان مُسبقاً المبلغ الذي يجب على المدين أن يدفعه إذا لم يُنفذ إلتزامه أو عقده بعد ميعاده " ^(٢) .
كما يُعرف بأنه " إتفاق المتعاقدين مُقدماً على مقدار التعويض الواجب أدائه إذا أخل المدين بإلتزامه ، و ذلك بعدم تنفيذه أو التأخر في تنفيذه ، و يُشترط لإعتبار هذا الإتفاق

(١) تُعرف السلطة التقديرية للقاضي المدني بأنها " النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه و إستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يُقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه " . د. آدم وهيب الندوي ، دور الحاكم المدني في الإثبات ، الدار العربية للنشر ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٨٦ .

(٢) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات ، مطبعة القائي ، بغداد ، ١٩٥٠ ، ص ٢٩٤ .



شرطاً جزائياً أن يتم قبل الإخلال بالالتزام ، أما لو تم بعد ذلك فإنه يُعتبر إتفاقاً على تعويض مستحق بالفعل " (١).

كما عُرف بأنه " تقديرٌ إتفاقي للتعويض ، يُقدر به الطرفان مُقدماً التعويض الذي يستحقه أحدهما عن الضرر الذي يلحقه نتيجة خطأ يقترفه الآخر " (٢).
و الأصل في الشرط الجزائي هو تنفيذه كما إتفق عليه المتعاقدان ، و قد أجاز المشرع للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي المُقترن بالعقد بإنقاصه أو زيادته و حسب الأحكام المقررة في القانون .

لذا تُقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول أحكام الشرط الجزائي ، أما الفرع الثاني فنُبين فيه سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ، و على النحو الآتي :

الفرع الأول: أحكام الشرط الجزائي

يقومُ المتعاقدان في بعض الحالات بتحديد مقدار التعويض الإتفاقي كبند في العقد ، والذي يجب على الطرف المُخل بالعقد دفعه الى الطرف المتضرر (الطرف الضعيف) ، عند عدم قيام المُخل بتنفيذ التزامه أو تأخره في تنفيذه .

و يُعد هذا الشرط يُعد صحيحاً و ملزماً لطرفيه و موافقاً للقانون ، كونه يمثل تعويضاً يتفق عليه الطرفان و يدرجاً في العقد و يُسمى " الشرط الجزائي " ، لأن المبلغ يتم تقديره جزافاً في العقد و يكون في أغلب الحالات أكبر من قيمة الضرر الحقيقي الذي يصيب الدائن بالالتزام ، لذلك فهو إتفاق يتعهد به المدين مُقدماً و بشكلٍ جزافي بأن يدفع مبلغاً معيناً من المال في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه (٣).

و سبب إستحقاق التعويض في هذه الحالة هو ليس الشرط الجزائي في حد ذاته، بل هو عدم قيام المُلتزم بتنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه ، أما الشرط الجزائي فهو مجرد تقدير مقدم للتعويض يتفق عليه المتعاقدان و يدرجاً في العقد (٤).

إن شروط إستحقاق الشرط الجزائي هي شروط إستحقاق التعويض نفسها، وإذا وجد القاضي تناسباً بين مقدار الضرر وقيمة التعويض الإتفاقي فإنه يحكمُ بمقتضى الشرط الجزائي دون تعديل في قيمته، وإن تعديل القيمة يكونُ عند وجود الإختلال بين قيمة الشرط الجزائي و مقدار الضرر المُتحقق .

و قد تناول المشرع العراقي أحكام الشرط الجزائي في المادة (١٧٠) ، من القانون المدني التي نصت على أنه " ١ - يجوزُ للمتعاقدين أن يُحددا مُقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق و يُراعى في هذه الحالة أحكام المواد ١٦٨ و ٢٥٦ و

(١) د. منير قزمان ، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ١٠٥.

(٢) د. محمد شتا أبو سعد ، التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٦٩.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٣٢.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٢ ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .



٢٥٧ و ٢٥٨ -٢- و لا يكون التعويض الإتفاقي مُستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر و يجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نُفذ في جزءٍ منه و يقع باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة ٣- أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يُطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً " .

و أشار المشرع المصري في المواد (٢٢٣ و ٢٢٤ و ٢٢٥)^(١) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل الى أحكام الشرط الجزائي .

أما بشأن القانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة (١٢٣١-٥) منه على أنه " عندما ينص في العقد على أن من يتخلف عن تنفيذه يلتزم على سبيل التعويض بدفع مبلغ معين لا يجوز أن يُمنح الطرف الآخر مبلغاً يزيد أو ينقص عن هذا المبلغ ، على الرغم من ذلك ، يجوز للقاضي و لو من تلقاء نفسه إنقاص أو زيادة الجزاء المُتفق عليه إذا كان باهظاً أو تافهاً بشكل واضح ، و إذا تم تنفيذ التعهد جزئياً ، يجوز للقاضي و لو من تلقاء نفسه أن يخفض الجزاء المُتفق عليه ، و ذلك بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من هذا التنفيذ الجزئي ، دون إخلال بأعمال الفقرة السابقة يُعد كأن لم يكن كل شرط يخالف الفقرتين السابقتين في غير حالة عدم التنفيذ النهائي ، لا يستحق الجزاء المُتفق عليه ، إلا إذا تم إعدار المدين " ^(٢) ، و قد أسماه المشرع الفرنسي (ب- البند الجزائي)^(٣)

و أن الشرط الجزائي الإلتزام تابعٌ للإلتزام الأصلي الوارد في العقد ، لأن الإتفاق على الشرط الجزائي لم يُقصد لذاته ، و إنما تم بمناسبة الإتفاق على التزم آخر و بقصد حمل المتعاقدين على تنفيذه ، فهو إتفاق لا يولد إلتزاماً أصلياً بالتعويض ، و إنما يُنشئ إلتزاماً تبعياً بتقدير التعويض في مواجهة الإلتزام الأصلي المُنصب عليه ^(٤) .

(١) نصت المادة (٢٢٣) من القانون المدني المصري على أنه " يجوز للمتعاقدین أن يُحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق و يراعى في هذه الحالة أحكام المواد ٢٢٥-٢٢٠ " .
- نصت المادة (٢٢٤) من القانون نفسه على أنه " ١- لا يكون التعويض الإتفاقي مُستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ٢- و يجوز للقاضي أن يُخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة أو ان الإلتزام الأصلي قد نُفذ في جزءٍ منه ٣- و يقع باطلاً كل إتفاق يُخالف أحكام الفقرتين السابقتين " .

- نصت المادة (٢٢٥) من القانون نفسه على أنه " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يُطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً " .

(٢) جاءت المادة (١٢٣١-٥) من القانون المدني الفرنسي المذكورة في أعلاه ، مُعدلة للمادة (١١٥٢) بموجب المرسوم التشريعي رقم (٢٠١٦/١٣١) الصادر في ٢٠١٦/٢/١٠ ، إذ نصت المادة (١١٥٢) على أنه " عندما تنص الإتفاقية على أن المتعاقدين الذي يتخلف عن تنفيذها ملزمٌ بدفع مبلغٍ مُعين بمثابة تعويضات ، لا يمكن الحكم للمتعاقد الآخر بمبلغٍ يزيد أو ينقص عن هذا المبلغ غير أنه يمكن أن يعمد القاضي حتى من تلقائه الى تخفيف قيمة البند الجزائي المُتفق عليها أو زيادتها و ذلك في حال كانت باهظة أو زهيدة و يُعتبر كل شرطٍ مخالفٍ كأنه لم يكن " .

(٣) عالجت أحكام البند الجزائي المواد (١٢٢٦-١٢٣٣) التي لم تُعدل بموجب المرسوم التشريعي المذكور آنفاً) من القانون المدني الفرنسي .

(٤) د. شروق عباس فاضل ، الشرط الجزائي في عقد التمويل بطريق التأجير ، ط ١ ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠١٧ ، ص ١٢-١٣ .



لذا يتضح في ضوء الأحكام القانونية في النصوص التي أوردناها أن للمحكمة دوراً مهماً في حماية المتعاقد الضعيف من خلال إعادة التوازن العقدي لطرفي العلاقة العقدية ، و ذلك بتعديل الشرط الجزائي إما بزيادته أو تخفيضه .

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

من أهم أحكام الشرط الجزائي هو السلطة الممنوحة للقاضي بتعديل قيمة الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه ، و لأن الشرط الجزائي هو مبلغ جزافي مُقدر مسبقاً للتعويض نتيجة الإخلال بالتزام أصلي ، لذا فإن الصلاحية الممنوحة للقاضي تُعد من النظام العام^(١) ، و لا يجوز لطرفي العقد الإتفاق على سلبها منه ، أو تعديلها و كما جاء بالفقرة (٢) من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي ، و المادة (٢٢٤) من القانون المدني المصري السابق ذكرهما .

فهذه السلطة الممنوحة للقاضي تمثل ضرورة لمواجهة التعسف الذي قد يتسبب به التعويض الإتفاقي و منعه من التحول الى أداة للإستغلال بحجة كونه مظهراً من مظاهر الحرية التعاقدية ، لذا يتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي و حماية الطرف المتضرر الضعيف بإعادة تقدير الشرط الجزائي .

فالهدف الإقتصادي و الإجتماعي من العقد يتطلبان بالضرورة التناسب و التعادل بين الأداءات و يُشكلان مبدأ العدالة التعاقدية التي تتجسد في التوازن بين الإلتزامات العقدية بين طرفي العقد و هو ما أشار إليه الفقيه الفرنسي (جاك غستان)^(٢) .

لذلك فالمحكمة سُلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي الوارد في العقد أو أن تزيد فيه حسب الحالة المعروضة أمامها كتخفيض قيمة الشرط الجزائي اذا كان تقدير قيمته مبالغ فيه أو إذا نفذ المدين إلتزامه تنفيذاً جزئياً .

كذلك فإن للقاضي زيادة قيمة الشرط الجزائي في حالات الإخلال بتنفيذ الإلتزام الإصلي إذا نُسب الى غش المدين أو خطأه الجسيم و كانت قيمة الضرر تفوق قيمة الشرط الجزائي ، كذلك تُراد قيمة الشرط الجزائي إذا كانت قليلةً ولا تدل على الجدية في التعويض عن الضرر ، و إستناداً لما جاء بالفقرتين (٢ و ٣) من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي المذكورة آنفاً .

و يتدخل القاضي بموجب هذه الأحكام في تعديل بنود العقد المتعلقة بالشرط الجزائي، بأن يُعيد تقدير قيمة التعويض الاتفاقي إذا كان لا يتلائم مع الضرر الحاصل نتيجة إخلال المدين بالتزامه.

فإذا تحققت شروط إستحقاق التعويض السابق ذكرها، ووجد القاضي تناسباً بين قيمة التعويض الإتفاقي وبين مقدار الضرر الذي لحق بالدائن، فإنه يحكم بتنفيذ الشرط الجزائي

(١) د. حسني محمد جاد الرب ، التعويض الإتفاقي عند عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٠٦ .

(٢) جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، (تكوين العقد) ، ترجمة منصور القاضي ، ط ١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص ٨٨ .



دون تعديل قيمته ، أما إذا وجد القاضي أن هناك فرقاً بين قيمة الشرط الجزائي و مقدار الضرر المُتحقق للدائن فله أن يقوم بتعديل قيمة الشرط الجزائي لتلافي حصول إختلال في التوازن العقدي ، و طبقاً لظروف كل قضية و حالة المتعاقد الضعيف فيها ^(١). كما أن سلطة القاضي في تعديل العقد هي سلطة مفيدة و ليست مطلقة فهي مُحددة بالحالات التي أقرها المشرع من جهة ، و من جهةٍ أخرى فإن القاضي لا يتدخل من تلقاء نفسه في حماية الدائن الذي أصبح طرفاً ضعيفاً نتيجة لإخلال المدين بالتزامه ، بل إن القاضي مُقيد بقيام أحد طرفي العقد بتقديم طلب تحريري له ، و إثبات ما إشتراطه المشرع وفقاً للفقرتين (٢ و ٣) من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي ، و المادتين (٢٢٤ و ٢٢٥) من القانون المدني المصري المذكورتين آنفاً .

و يُلاحظ أن المشرع الفرنسي هو الأوفق في تحقيق التوازن العقدي و العدالة بين طرفي العقد ، إذ يستطيع القاضي الفرنسي تعديل الشرط الجزائي في العقد و في المسألة المعروضة أمامه من تلقاء نفسه دون الحاجة الى تقديم طلب من أطراف الدعوى ، و ذلك بموجب المادة (١٢٣١-٥) و المادة (١٢٣١)^(٢) من القانون المدني الفرنسي (التي لم تُعدل بموجب المرسوم المذكور آنفاً) ، و لكي يتمكن القاضي الفرنسي من التدخل في تعديل قيمة البند الجزائي يجب أن تكون قيمة هذا البند باهظة أو زهيدة ، و هو ماجاء به قرار محكمة النقض الفرنسية بأنه " لا يُمكن لقضاة الموضوع و بهدف تخفيض قيمة البند الشرط الجزائي أن يقتصروا في قرارهم على التصريح بأنها كانت مرتفعة قليلاً ، و أما يجب أن يبحثوا فيما إذا كانت تلك القيمة باهظة و بشكل ظاهر " ^(٣).

كما أوجب القضاء الفرنسي على قاضي الموضوع أن يقوم بتعليل قراراته و تحديد الأسباب التي تبرر تعديل قيمة البند الجزائي بالزيادة أو النقصان ، و تكون المحكمة غير ملزمة بتعليل قرارها إذا كان يقضي برفض التدخل في زيادة قيمة الشرط الجزائي أو إنقاصه كونه يُطبق إتفاق طرفي العقد ، و لأن سلطة القاضي في التدخل ذات طابع إستثنائي و الأصل أن العقد يُطبق كما تم الإتفاق عليه بين أطرافه ^(٤) .

يُلاحظ أن بعض قرارات محكمة التمييز العراقية قد بينت وجوب تنفيذ الشرط الجزائي كأحد البنود الواردة في العقد و ضرورة توافر الشروط اللازمة لتنفيذه بإعتباره تعويضاً ، أما منح القاضي سلطة تعديل العقد من تلقاء نفسه و تعليل أحكامه عند التدخل بزيادة قيمة الشرط الجزائي أو تخفيضها ، فهذا الأمر لم تسنّه قراراتها ، و منها القرار الصادر في

(١) د. شروق عباس فاضل ، الشرط الجزائي في عقد التمويل بطريق التأجير ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

(٢) نصت المادة (١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي على أنه " يحق للقاضي ، في حال تنفيذ التعهد تنفيذاً جزئياً ، أن يخفض الجزاء المتفق عليه حتى من تلقاء نفسه بنسبة إستفادة الدائن من التنفيذ الجزئي و دون الإخلال بتطبيق أحكام المادة ١١٥٢ و كل نص مخالف يُعتبر كأنه لم يكن " .

(٣) قرار محكمة النقض الفرنسية / الغرفة المدنية الأولى / تاريخ القرار ١٩٩٥/١١/١٤ / النشرة المدنية الأولى / رقم ٤١٢ / دالوز ٢٠٠٩ العربية / تعليقاً على المادة ١١٥٢ المُعدلة بالمادة (١٢٣١-٥) من القانون المدني الفرنسي.

(٤) قرار محكمة النقض الفرنسية / الغرفة المدنية الأولى / ٢٠٠١/٦/٢٦ / النشرة المدنية الأولى / رقم ٤١٢ / دالوز ٢٠٠٩ العربية / تعليقاً على المادة ١١٥٢ .



١٩٧٤/٧/٢٣ الذي جاء فيه أنه " لا يجوز الحكم بأكثر من قيمة الشرط الجزائي إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً " (١) .

كذلك الحال بالنسبة للقضاء المصري الذي لم يبين سوى حالات زيادة أو إنقاص الشرط الجزائي و بيان شروط إستحقاقه من دون ذكر مسألة تدخل القاضي من تلقاء نفسه في تعديل قيمة الشرط الجزائي (٢) .

يتضح مما تقدم أن المشرع منح القاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد بزيادة قيمة الشرط الجزائي أو تخفيضها ، و حسب ما قرره المشرع و هي سلطة مُقيدة في القانونين المدني العراقي و المدني المصري بطلب يُقدمه أحد طرفا العقد الى القاضي ، أما المشرع الفرنسي فقد منح القاضي سلطة تعديل العقد بزيادة الشرط الجزائي أو تخفيضه من تلقاء نفسه دون الحاجة الى تقديم طلب من أي طرف من أطراف الدعوى كوسيلة لحماية المتعاقدين الضعيف .

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد المسائل غير الجوهرية في العقد
لكي ينعقد العقد صحيحاً يجب أن يكون الإيجاب الصادر من أحد الطرفين مطابقاً لقبول الطرف الآخر في المسائل الجوهرية كافة التي ترتبط بطبيعة العقد و الثانوية التي تتعلق ببعض التفاصيل ، لذلك فإن رفض مسألة يتضمنها الإيجاب حتى لو كانت ثانوية فسيكون هناك عدم مطابقة الإيجاب للقبول ، فإن إنعقاد العقد في هذه الحالة يُعد متعذراً و لا ينتج آثاره القانونية ، ما دام الإيجاب تضمن هذه المسألة الثانوية ، أما إذا لم يتضمنها الإيجاب فلا مانع من إنعقاد العقد ، و إن الإكتفاء بتنظيم المسائل الجوهرية في العقد هو أمرٌ طبيعي يفرضه الواقع العملي ، فلا يتصور إلزام الأطراف المتعاقدة على تنظيم جميع المسائل الجوهرية و الثانوية في عقودهم مما يُمثل مشقة تحولُ بينهم و بين إبرام العقد (٣) ، و يُستفاد ضمناً من قيام المشرع بوضع قواعد تفصيلية لتنظيم العقود المختلفة (٤) .

فيتم العقد بعد قيام المتعاقدين بمناقشة المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية و يتفقان عليها ، و ينعقد أيضاً إذا تم الإتفاق على المسائل الجوهرية و تم إغفال المسائل التفصيلية إذ يجوز تركها لإتفاق لاحق بين المتعاقدين، و لكن قد يختلف المتعاقدان على المسائل التفصيلية، لذا وضع المشرع العراقي حكماً في المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي التي نصت الفقرة (٢) منها على أنه " و إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و إحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا ان

(١) قرار محكمة التمييز / مدنية / تاريخ القرار ١٩٧٤/٧/٢٣ منشور في النشرة القضائية / ٣٤ / ص ٥٥ ، ص ٣٣. أشار اليه إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، منشورات مركز البحوث القانونية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص ٢٧٠ .

(٢) قرار محكمة النقض المصرية / نقض مدني / تاريخ القرار ١٩٦٧/١١/١٤ . مجموعة أحكام النقض / ص ١٨ / دار القضاء العالي / ١٩٩٨ / ص ٣٥ . أشار إليه د . عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع فقه القانون والقوانين المعاصرة) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٧٠ .

(٣) د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ .

(٤) مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني، ج ١ ، مصادر الإلتزام ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١٤٩ .



العقد يكون غير منعقد عند عدم الإتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم ، و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع و لأحكام القانون و العرف و العدالة " .

حيثُ يقوم القاضي بإكمال العقد ، و تحديد المسائل التفصيلية فيه و التي نوضحها في الفرعين الآتيين ، نُبين في الفرع الأول آلية قيام القاضي بإكمال العقد بموجب أحكام القانون المدني العراقي ، و نُبين في الفرع الثاني الموجهات التي يسترشد بها القاضي لتنظيم المسائل التفصيلية في العقد ، و على النحو الآتي :

الفرع الأول: آلية قيام القاضي بإكمال العقد بموجب أحكام القانون المدني العراقي

ينعقد العقد إذا إتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية فيه و تركا الإتفاق على المسائل التفصيلية لاحقاً ، طالما أنهما لم يُعلقا إنعقاد العقد على حصول إتفاق حاسم بشأن هذه المسائل^(١)، فإذا أخفق المتعاقدان في الوصول الى إتفاق على المسائل التفصيلية المُعلقة، فهنا يأتي دور القاضي للفصل في هذه المسائل بناءً على طلب يقدمه كلا المتعاقدين أو أحدهما بعد أن عجزا عن التوصل الى إتفاق بينهما و رفعاً مسألتهما الى القضاء، وعلى القاضي أن يُحدد نوع المسائل المطروحة أمامه من حيث كونها مسائل جوهرية أم ثانوية.

فإذا وجد القاضي أن المسألة جوهرية عندها لا يتدخل ، لأن العقد لم ينعقد بعد ، إذا اختلف الطرفان في مسائل جوهرية ، لذلك يكون الطرفان ما زالوا في مرحلة التفاوض^(٢) . و قد ثار نقاشٌ فقهي حول طبيعة دور القاضي عند تنظيمه للمسائل التفصيلية وفق المادة (٨٦) من القانون المدني ، مفاده هل يقتصر دور القاضي على تفسير العقد أم يساهم في تكوين العقد ؟

و للإجابة ظهر رأيان :

الرأي الأول/ ذهب جانبٌ فقهي الى أن مهمة القاضي في المسائل التفصيلية تخرجُ عن المألوف فلا يقتصر دوره على تفسير إتفاق المتعاقدان، بل إنه يقومُ بتنظيم المسائل التفصيلية التي اختلفا فيها ، لذا فهو يساهم في تكوين العقد، فالمرشح اعطى للقاضي دوراً أوسع وهو المساهمة في تكوين العقد خلافاً للقواعد العامة التي تقصر دوره على التفسير^(٣)، و قد فسر (الدكتور السنهوري) منح القاضي هذا الدور في تكوين العقد بالقول " يوجه هذا الحكم فيما إنطوى عليه من جرأة ما دام المفروضُ أن المتعاقدين قد أرادوا إبرام

(١) صالح ناصر عتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٨٢ .

(٢) د . محمد عبد الظاهر حسين ، مصدر سابق ، ص ٢٧

(٣) د. نزيه محمد صادق المهدي ، النظرية العامة للإلتزام ، ج ١ ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٧ .



العقد و لو لم يتفقا على المسائل غير الجوهرية و إستتبع ذلك أن نفترض أيضاً أنهما أرادا أن يحل القاضي محلها للبت فيما اختلفا فيه..." (١) .
أما الرأي الثاني / فيتمثل بأن السلطة الممنوحة للقاضي و إن كانت تُجاوز السلطة العادية الممنوحة له المُتمثلة بتفسير العقد و تجاوزها الى تكميل العقد ، إلا أنه لا يعني أن يُساهم القاضي في تكوين العقد لأن تدخله يأتي لاحقاً على إنعقاد العقد و ليس سابقاً عليه (٢) .
فالعقد قد إنعقد باتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية طالما أنهما لم يُعلقا إبرامه على الاتفاق على المسائل التفصيلية فيه ، و إن ما يحتفظان به من مسائل تفصيلية لا يؤثر على جوهر العقد ، مما يدل على أن إرادتهما إتجهت الى ترك تسوية تلك المسائل التفصيلية المختلف بشأنها للقاضي (٣) .

و هذا الرأي هو الأجدر بالتأييد لأن القاضي عندما يُكمل نطاق العقد وفقاً للفقرة (٢) من المادة (٨٦) من القانون المدني فهو لا يُساهم في تكوين العقد و إنما يُساهم في تحديد نطاقه و ما ينتج عنه من إلتزامات تحكم المسائل التفصيلية فيه ، و لا مانع من إعطاء القاضي هذه السلطة في إكمال العقد الذي لم يوفق المتعاقدان في الاتفاق على مسأله التفصيلية ، و هو دليل على تسليمهما بقدرة القاضي على إيجاد الحلول لهذه المسائل لما يتمتع به من مؤهلات ، لأن ترك هذه المسائل بدون معالجة او اكمال سيؤدي الى آثار سلبية على العلاقة التعاقدية ، أو تفرد الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف ، كما أن السلطة للقاضي تُعزز الدور الإيجابي له في تحديد مضمون العقد (٤) .

الفرع الثاني: الموجهات التي يسترشد القاضي بها لتنظيم المسائل التفصيلية في العقد
يسترشد القاضي عند إكماله نطاق العقد بتنظيم المسائل التفصيلية فيه بعدد من الموجهات تُمثل معايير موضوعية مُجردة من إرادة المتعاقدين (٥) ، فالقاضي عند تنظيمه لهذه المسائل لا يُمثل الإرادة المُفترضة للمتعاقدين .

إذ حدد المشرع هذه الموجهات في الفقرة (٢) من المادة (٨٦) من القانون المدني بـ (طبيعة الموضوع ، أحكام القانون ، العرف ، مبادئ العدالة) ، و يُلاحظ أن المشرع لم يكن موفقاً في صياغة نص هذه المادة ، لأن النص جعل الموجهات على قدم المساواة مع بعضها البعض ، و كان الأفضل أن يُحدد الموجهات بـ (القانون ، العرف ، العدالة) و أن تكون مُرتبطة بـ (طبيعة العقد) ، لكي تُحقق التناسق بين ما تُقرره هذه الموجهات في المسائل التفصيلية بالعقد و بين ما تقتضيه طبيعة هذا العقد الذي يتم إكمال نطاقه ، لذا

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ .

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني ، مصادر الإلتزام ، المصادر الإرادية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٧٠ .

(٣) ياسر الصيرفي ، دور القاضي في تكوين العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٩ .

(٤) د. محسن عبد الحميد البيه ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، ج ١ ، المصادر الإرادية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٣ ، ص ٣٦٧ .

(٥) د. سعد حسين عبد ملحم ، دور القاضي في إكمال نطاق العقد ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية ، كلية القانون ، جامعة الفلوجة ، ع ١ ، ٢٠١٠ ، ص ٣٠ .



نرى أنه يُفضل تعديل نص المادة بتغيير عبارة (طبيعة الموضوع) الى (طبيعة العقد) لتكون الأخيرة هي الموجه الأساسي الذي تدرج تحته الموجهات الأخرى ، و هذه الموجهات مُتمثلة بالآتي :

المقصد الأول: القانون

يُساهم المشرع لإكمال العقد بوضع القواعد القانونية التي تُنظم الجوانب القانونية المُختلفة للعقد و تُسدّ النقص الحاصل نتيجة تنظيم الأفراد له سواء في القواعد المُفسرة أو الأمرة ، و يهدف من ذلك الى تحقيق غايتين أساسيتين هما:

١- حماية المتعاقدان من مواجهة بعضهم البعض لعدم التبصر أو قلة الدراية بالمسائل القانونية^(١).

٢- تفصيل العقد بإكمال إتفاق الطرفين، إذ ان المشرع يُفضل فاعلية العقد على عدمها. فيُطبق القاضي القواعد القانونية المُكاملة التي تساهم في تحديد مضمون العقد و عدّها مُدرجة فيه ، إلا إذا إتفق الطرفان صراحة على إستبعادها ، فحماية للمتعاقدین من جهلهم بالمسائل القانونية أو قلة علمهم بالقانون و ضعف خبرتهم و درايتهم به خصوصاً الطرف الضعيف من حيث التبصر والعلم فيسترشد القاضي بالقانون لاكمال العقد الذي قام بتنظيمه الافراد ، و من أمثلة القواعد المُكاملة للعقد (زمان و مكان الوفاء بالثمن)^(٢)، كذلك من أمثلة القواعد المُكاملة للعقد مكان و زمان تسليم المبيع^(٣)، وما يرجع به المشتري على البائع في حالة إستحقاق المبيع جزئياً أو كلياً^(٤)، و ظهور العيب الخفي في المبيع^(٥)، والإصلاحات التي يلتزم بها المُستأجر كذلك الإصلاحات التي تقع على عاتق المؤجر " ^(٦).

(١) د. محسن عبد الحميد البيه ، مصدر سابق ، ص ٣٦٩ .

(٢) نصت المادة (٥٧٣) من القانون المدني على أنه " إذا كان مكان أداء الثمن مُعيناً في العقد لزم أدائه في المكان المُشترط أدائه فيه ، فإذا لم يُعَيّن المكان وجب أدائه في المكان الذي يُسلم فيه المبيع ، و إذا لم يكن الثمن مُستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المُشتري وقت الإستحقاق ، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك " ، كما نصت الفقرة (٢) من المادة (٥٧٥) من القانون المدني على أنه " و يجب على المشتري ان يُنفذ الثمن أولاً في بيع سلعة بنقد ان أحضر البائع السلعة ، أما إذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها فيسلم المبيع و الثمن معاً " .

(٣) قضت محكمة التمييز بأن " العقد الذي يستند اليه المُدعي لم يُعَيّن فيه محل التسليم ، فكان على المحكمة أن تنجح الى تطبيق الفقرة (١) من المادة (٥٤١) من القانون المدني ، و حيث أن مُطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الموجود فيه وقت التعاقد أما إذا لم يُعَيّن محل وجوده أعتبر مكانه محل إقامة البائع... " . رقم القرار ٩١٨ / مدنية ثالثة / تاريخ القرار ١٩٧٦/٢/٣ . مجموعة الأحكام العدلية ، ع ١٤ ، س ٧ ، ١٩٧٦ ، ص ٢٢ .

(٤) أشارت الى أحكامه المواد (٥٥٧-٥٤٩) من القانون المدني العراقي .

(٥) المواد (٥٧٠-٥٥٨) من القانون المدني العراقي .

(٦) قضت محكمة التمييز بأن " لدى التدقيق و المداولة وجد أن الحكم المُميز مخالف للقانون ، لأن المحكمة لم تُراع أحكام المادتين ٧٦٣ و ٢/٧٦٤ من القانون المدني ، بالنسبة للأضرار التي أصابت المأجور و أن المادة ٢/٧٦٣ تقضي بالزام المستأجر بالأضرار الطفيفة التي يلزمه بها العرف كالمصابيح الكهربائية و الزجاج و الأقفال و ما الى ذلك ، و المادة ٢/٧٦٤ تقضي بأن يكون هناك إستعمال غير إعتيادي فيضمن الضرر المُتولد عنه " قرار محكمة التمييز / رقم القرار ٥٢٥/مدنية سادسة/ تاريخ القرار ١٩٧٧/١/١٧ ، مجموعة الأحكام العدلية ، ع ٣ ، و ٤ ، س ٨ ، ١٩٧٧ ، ص ٢٤ .



المقصد الثاني: العُرف

يُقصد بالعُرف " إعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة واعتقادهم بالزامه لهم " ^(١) ، و للعرف دوران أساسيان (دور أصلي) و(دور تبعي)، فالدور الأصلي ^(٢) يتمثل في سد النقص الحاصل في التشريع وهذا الدور نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني على أنه " فإذا لم يوجد نص تشريعي يُمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ... " ، و من أمثلة الدور الأصلي للعرف رجوع القضاء اليه عند عدم وجود نص تشريعي ، فقضت محكمة التمييز العراقية في قرارها الصادر في ١١/٢/١٩٥٥ في قضية تتمثل وقائعها بأنه " تم تعيين شخص مديراً لفندق و سكن في الفندق الذي تم تعيينه فيه مديراً له ، بعد ذلك حصل خلاف بين هذا المدير و صاحب الفندق حول مدى إلزام مدير الفندق بدفع أجور سكنه في الفندق ، فرجعت محكمة التمييز الى العرف و قضت بأن مدير الفندق يسكن في الفندق المُكلف بإدارته ليتمكن من الإشراف على الأمور المتعلقة بإدارته له و المحافظة على أثاثه و لذلك لا يلزم بدفع بدل الإيجار " ^(٣) ، فرجع القاضي الى العرف لحل هذه القضية عند عدم وجود النص التشريعي لحل المسألة عند عدم وجود إتفاق بين طرفي العقد على إلزام مدير الفندق بدفع بدل الإيجار للسكن .

و قد يكون للعرف (دورٌ تبعي) تابعاً للنص التشريعي الأصلي ، ليس ليسد نقص في القاعدة التشريعية و إنما يقوم بمساعدتها في تنظيم مسألة معينة بضبط معيار مرن ورد في القاعدة التشريعية أو الكشف عن نية المتعاقدين عند غموض إرادتهما الظاهرة ، و من النصوص التشريعية التي أحالت تنظيم مسألة معينة الى العرف الفقرة (٢) من المادة (٥٥٨) من القانون المدني التي نصت على أنه " و العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار و أرباب الخبرة ... " ، إذ ترك المُشرع للعرف التجاري تحديد ما يُعتبر عيباً في المبيع من عدمه ، و الفقرة (ج) من المادة (٥٣٧) من القانون المدني التي إستعانت بالعرف لوضع معيار مرن لتحديد مشتملات المبيع بنصها على أنه " يدخل في البيع من غير ذكر : ج - كل ما يجري العرف على انه من مشتملات المبيع " ، فعبارة مشتملات المبيع مرنة إستعان المشرع بالعرف لتحديدها .

و يتبين لنا مما تقدم أن العرف يُعد أحد الموجهات المهمة التي يعتمد عليها القاضي لتنظيم المسائل التفصيلية و تحديد الإلتزامات التبعية بين المتعاقدين و التي تدخل ضمن مستلزمات العقد و بحسب طبيعة كل عقد .

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني ، المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ١٦١ .

(٢) قررت محكمة التمييز المبدأ الآتي " يكون للعرف قوة القانون إذا لم يوجد نص تشريعي " . رقم القرار ٢٣٣٢ / تاريخ القرار ١٩٥٧/٢/٣ ، مجلة القضاء العراقية ، ع ٣ ، ص ١٥ ، ص ٤٠٧ .

(٣) مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج ١ ، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٣٩٢ .



كذلك بإمكان القاضي الإستعانة بـ(العادة الاتفاقية)^(١) كمكمل للعقد ، إذ إن لها دوراً مهماً في المعاملات القانونية ، إذ تقوم بتكملة و تفسير الكثير من العقود ، إلا أنها محكومة بإرادة المتعاقدين للأخذ بها مثال ذلك ما جرت عليه العادة من إدراج شروط مألوفة في العقد بحيث تصبح جزءاً من هذا العقد و لو لم يتم ذكرها فيه ، كالعادة بإضافة نسبة مئوية (٥% أو ١٠%) على المبلغ النهائي لفاتورة العميل من قبل المطعم أو المقهى لعمال الخدمة في صورة هبة أو يقشيش .

المقصد الثالث: العدالة

تُعرف العدالة بأنها " الشعور بالإنصاف ، و هو شعور كامن في النفس يميل اليه الضمير النقي و العقل السليم ، يوحى بحلول تسري على الأشخاص و الحالات و هادفة الى إعطاء كل ذي حق حقه " ^(٢) ، كذلك هي " ما يستقر في النفس و الوجدان من شعور يستهدف المساواة مع مراعاة الظروف و الملابسات " ^(٣) .

فجوهر فكرة العدالة هو حصول كل إنسان على حقه و بالتالي فهي وسيلة لتحقيق التوازن في المجتمع و المحافظة على النظام ، فلا وجود للنظام من دون عدالة^(٤) . و قد أحال المشرع العراقي القاضي في الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني الى قواعد العدالة حيث نصت عى أنه " فإذا لم يوجد نص تشريعي يُمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى ... قواعد العدالة " ، و ذلك لكي يبنى حكمه عليها في المسألة المطروحة أمامه متى لم تُسغه المصادر الرسمية الأخرى كالتشريع و العرف ، و لكي لا يمتنع القاضي عن إصدار الحكم في القضية عند عدم وجود القاعدة التي يستند عليها في حكمه ، أي ان على القاضي الرجوع الى قواعد العدالة ليستتبط منها أحكامه لحسم النزاع عند عدم تنظيمها من المصادر الأخرى ، و عندما أجاز المشرع للقاضي في الفقرة (٢) من المادة (٨٦) السابقة الذكر ، الرجوع الى قواعد العدالة كضابط من أجل تنظيم المسائل التفصيلية لتكملة العقد التي عجز المتعاقدان أو أغفلا تنظيمها فلا ينظر القاضي الى العدالة وفقاً لمفهومه أو وجهة نظره الخاصة بل عليه أن ينطلق من إعتبارات موضوعية تتلائم مع طبيعة العقد و ما يستوجبه مبدأ (حسن النية) في تنفيذ العقود من قيام المتعاقدان بسلوك الإتجاه المطابق للثقة المشروعة بينهما^(٥) .

(١) إن الإختلاف بين العرف و العادة الإتفاقية يتمثل في أن العرف يُعد قانوناً يطبقه القاضي من تلقاء نفسه وذلك لإفتراض علمه به ، في حين أن العادة الإتفاقية مجرد إعتياد لا يتميز بالإلزام إلا بوجود سند إتفاقي . د. عبد الباقي البكري ، أ. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة بيت الحكمة ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ١٤٤ .

(٢) د. عبد الباقي البكري ، إ. زهير البشير ، مصدر سابق ، ص ١٦٨ .

(٣) د. حسام الدين كامل الأهواني ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص ١٩٠ .

(٤) د. محمد جمال عطيه عيسى ، أهداف القانون بين النظرية و التطبيق ، بحث منشور في المجلة القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، ع ٧ ، ١٩٩٥ ، ص ١٨٩ .

(٥) Philippe Malaur , Laurent Ayne s , cours de droit civil , Les obligations , 6e dition,part,1995,p352.

أشار اليه د. سعد حسين عبد ملحم ، دور القاضي في إكمال نطاق العقد ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .



و نظراً لأن للعدالة مفهوماً واسعاً فقد ربطها المشرع بطبيعة العقد ، لذلك فإن العدالة التي يقصدها القاضي في تنظيمه للمسائل التفصيلية هي التي تتسجم مع طبيعة العقد ، و توجد العديد من الإلتزامات التي تستند الى مبادئ العدالة و لكنها فُترت بنصوص تشريعية في الوقت الحاضر منها ما نصت عليه الفقرة (١) من المادة (١٠٢٦) من القانون المدني على ان " يُلزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفاء الدين ، المستندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع " .

كما نصت المادة (٥٣٥) من القانون المدني على أنه " يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع الى المشتري و أن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلاً او عسيراً " .

كذلك فقد إستند القضاء الفرنسي الى قواعد العدالة لإثراء مضمون العقد ، كالإلتزام الذي يفرض على العامل عدم إفشاء الأسرار الصناعية للمصنع الذي يعمل فيه ، و الإلتزام بضمان السلامة الذي يفرض على الناقل في عقد النقل لمصلحة الراكب ، و يلاحظ أن المشرع العراقي قرر هذين الألتزامين في قانون النقل^(١) و في قانون العمل^(٢) .

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في العقود المتضمنة للشروط التعسفية

يُعد التصدي للشروط التعسفية من أولويات المشرع التي أعطاها إهتماماً كبيراً و منها ما يتعلق بالقانون المدني و قانون حماية المستهلك و ذلك لتحقيق التوازن بين طرفي العلاقة العقدية و تجنب ظهور طرف ضعيف في العقد .

و قد اختلف الفقه و التشريع و القضاء في إعطاء تعريف واضح للشروط التعسفية و بيان المعايير المعتمدة في تحديدها ، فعلى المستوى التشريعي نجد أن أغلب التشريعات لم تأت بتعريف للشروط التعسفية في قوانينها المدنية ، و قد عُرِفَتْ فقهاً بتعريفات متعددة بحسب رأي كل فقيه و طبيعة و ظروف كل علاقة تعاقدية^(٣) .

فقد عُرِفَ الشرط التعسفي بأنه "كل شرط تعاقدى يُحقق منفعة أو ميزة لمصلحة المُشترط على حساب المُتعاقد الضعيف" ^(٤) .

كذلك عُرِفَ بأنه " الشرط المُحرر مُسبقاً من جانب الطرف ذو النفوذ الإقتصادي القوي والذي يُخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر " ^(٥) .

(١) أن هذا الإلتزام مُقرر في قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ في الفقرة (١) من المادة (١٠) منه التي نصت على أنه " يُسأل الناقل عن الأضرار التي تُصيب الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل و يبطل كل إتفاق يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من هذه المسؤولية " .

(٢) نص البند (ثانياً/ ج) من المادة (٤٢) من قانون العمل العراقي رقم (٣٧) سنة ٢٠١٥ على أنه " يلتزم العامل بما يأتي : ج - عدم إفشاء أي أسرار يطلع عليها بحكم عمله " .

(٣) د . ريماء فرج مكي ، تصحيح العقد ، ط ١ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١١ ، ص ٣٥ .

(٤) سليمان براك الجميلي ، الشروط التعسفية في العقود ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٢ ، ص ١١ .

(٥) د . سعيد سعد عبد السلام ، التوازن الإقتصادي في نطاق عقد الإذعان- دراسة فقهية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٣٥ .



إلا أن التعريف الأقرب الى تحديد الشرط التعسفي هو أنه " كل شرط يُدرج في العقد يؤدي الى الإخلال بالتوازن بين حقوق و التزامات المُتعاقدِين التي تكون لمصلحة الطرف الذي يتمتع بالحرفية و القوة الإقتصادية و المهنية " (١) .

و من الملاحظ انه يصعبُ وضع تعريف شامل يُحيط بجميع جوانب الشروط التعسفية كونها من المفاهيم الحديثة ، لذا يتم الإكتفاء بذكرها في قوائم على سبيل المثال لا الحصر ، و يتم الإعتماد على معيار لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا عن طريق غُنصري (المزية الفاحشة و إستغلال النفوذ الإقتصادي) ، بموجبه يكون كل شرط يفرضه الطرف القوي من الناحية الإقتصادية أو الفنية على الطرف الأقل كفاءة أو خبرة لتحقيق ميزة فاحشة لمصلحته على حساب المتعاقد الضعيف ينطبق عليه وصف التعسف و يكون (شرطاً تعسفياً) (٢) .

أما من حيث نطاق الشروط التعسفية فلا يقتصر على العقود التي تتفاوت القدرة الإقتصادية لطرفيه ، بل يتوسع نطاقها ليشمل جميع أنواع التفاوت سواء أكان مهنيًا أم حرفيًا أم اقتصاديًا (٣) ، فيتحقق الشرط التعسفي عندما لا تتحقق العدالة و التوازن العقدي بأن يستغل المتعاقد المُحترف مركزه فيفرض على المتعاقد الآخر شروطاً تخل بالتوازن العقدي لتحقيق مزايا له، فإذا إختل التناسب بين المنافع المتحققة لكلا المتعاقدين عن طريق ادراج شرط تعاقدِي يُظهر طرفاً ضعيفاً في العقد عُدَّ هذا الشرط تعسفياً (٤) .

و يقوم القاضي بحماية الطرف الضعيف في العقد عن طريق إعادة التوازن العقدي الى أطراف العلاقة التعاقدية و هو في سبيل ذلك يقوم بتفسير الشروط الغامضة في العقد أو تعديلها أو إستبعادها منه ، و هو ما نبينه في الفروع الآتية :

الفرع الأول: سلطة القاضي في تفسير الشروط الغامضة الواردة في العقد

منح المُشرع للقاضي جملةً من الوسائل التي يمكن من خلالها للطرف الضعيف التخلص من تسلط الطرف القوي ، سواء ما نص عليه القانون المدني او قانون حماية المستهلك أو غيرها من القوانين ، إذ أهتم القانون بحماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي ذو النفوذ الذي يقوم بتضمين العقد شروطاً تعسفية تخفف من التزاماته على حساب الطرف الضعيف ، فقواعد القانون الأمرة هي التي تحد من تسلط الطرف القوي و تمنعه من فرض إرادته على الطرف الضعيف الذي لا يقوى بسبب ضعف مركزه في العقد على أن يدافع عن مصلحته، ومن هذه الضمانات القانونية النص على منح القاضي سلطة التدخل لتعديل أو الغاء الشروط التعسفية في العقد، وكذلك منح القاضي سلطة تفسير العبارات الغامضة في العقد لمصلحة المدين.

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢١٤.

(٢) جاك غستان، المطول في القانون المدني، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٣) د. موفق حماد عبد ، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية ، ط ١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٢٥٠-٢٥٢ .

(٤) د. منصور حاتم محسن ، العلاقة بين الشرط التعسفي و الشرط الجزائي ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، ع ٤ ، ٢٠١٥ ، ص ١٧٤ .



إن الشروط الواردة في العقد يجب أن تكون واضحة و صريحة ، و لكن القاضي أثناء قيامه بإعادة التوازن العقدي المُختل يُفسر عبارات النص الغامضة ، و قد نصت الفقرة (٣) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي على أنه " و لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن و لو كان دائماً " ، كما نصت الفقرة (٢) من المادة (١٥١) من القانون المدني المصري على أنه " و مع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن " .

و نصت المادة (١٦٦) من القانون المدني العراقي على أنه "يُفسر الشك في مصلحة المدين"، ونصت الفقرة (١) من المادة (١٥١) من القانون المدني المصري على أنه "يُفسر الشك في مصلحة المدين".

و ينصبُّ تفسير القاضي على العبارات الغامضة التي ترد في العقد لأجل إزالة غموضها، فالتفسير يُعد الوسيلة القضائية لإظهار إرادة المتعاقدين في العقد^(١)، و يتم إظهار هذه الإرادة عن طريق البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، أي ما إتفقا عليه وتقابلت إرادتهما الحقيقية بشأنه^(٢).

و من المسلم به في التشريعات الحديثة أن (حسن النية) يُعد أحد المبادئ الأساسية في المجال القانوني بشكل عام و في مجال العقود بشكل خاص ، فيمتلك حسن النية الإطار و الروح التي يجب أن تسود إنشاء العقد و تفسيره و تنفيذه ، و تحديد محتواه فإذا تعددت معاني عبارات العقد و أصابها الغموض بأن تحمل عبارات العقد أكثر من معنى فيُصيب القاضي الشك من حقيقة المعنى المقصود ، فيستعين القاضي بالعرف و الأمانة و الثقة و العدالة و طبيعة التعامل بين المتعاقدين^(٣).

و قضت إحدى المحاكم المصرية بأن الشك في عقد التأمين يُفسر لصالح المؤمن له كونه الطرف الضعيف لأن المؤمن هو الطرف الذي حرر عقد التأمين و كان بإمكانه تلافي الغموض في تحديد مدى الخطر المؤمن ضده^(٤) ، لذلك رفضت المحكمة تشبيه الخطأ الجسيم بالغش و قضت بالتعويض لشخص قام بقيادة سيارته تحت تأثير المسكر ،

(١) د. محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ١٨٣ .

(٢) نبيل عبد الرحمن حسن ، دور القاضي في تحقيق التوازن بين الحقوق و الإلتزامات في العقود ، بحث منشور في مجلة العدالة ، وزارة العدل ، س ٥ ، ع ٢ ، ١٩٧٩ ، ص ٤٩٩ .

(٣) د . عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الإلتزام - دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٩ ، ص ٣٨١ .

(٤) ان المؤمن هو من يمتلك مهارة الصياغة ، و تعني " العمل على تقليل إحتمال الرجوع الى قواعد التفسير و يُشترط في القائم بالصياغة أن يكون على دراية بهذه القواعد " . أشار اليه د . أحمد عبد الرحمن الملحم ، نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها ، مجلة الحقوق الكويتية ، ع ١ و ٢ ، س ١٦ ، ١٩٩٢ ، ص ٢٧٢ ، إضافة الى وجوب قيام القائم بالصياغة بتفادي المواطن التي تؤدي الى تطبيق قواعد التفسير عليها و بالتالي إعطائها معنى لا يتوافق مع رغبة عميله . د . أحمد شرف الدين ، أصول الصياغة القانونية للعقود ، ط ٣ ، دار نصر للطباعة الحديثة ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٨ .



على الرغم من أن عقد التأمين ينفي مسؤولية الشركة إذا كانت الأضرار ناشئة عن غش المؤمن^(١).

أن القاضي عند تفسيره للعقد يحاول تحديد مضمونه في ضوء الإرادة الظاهرة للمتعاقدين بالنظر الى العبارات التي أدرجت بالعقد ، فإذا صعب عليه الأمر لجأ الى الإرادة الباطنة أي نية المتعاقدين و قصدهما من الألفاظ التي إستعملها في التعبير عن إرادتهما، فيبحث القاضي عن النية المشتركة للمتعاقدين^(٢)، ويستعين القاضي في تفسيره لعبارات العقد بقواعد عامة منصوص عليها في المواد (١٥٥-١٦٧) من القانون المدني.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إستبعادهما

في ظل الرغبة التشريعية لتوفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العقد توجهت التشريعات الى التدخل بصورة مباشرة بإستبعاد الشروط التي تُعد تعسفية في حد ذاتها من بعض أنواع العقود كالعقود النموذجية ، إذ لا يُمكن تحديد الشروط التعسفية على سبيل الحصر و التي يُمكن أن ترد في العقد ، فغالباً ما يعتمد المُشرع الى إشتراط تضمين العقد بنوداً تحمي الضعيف فيه ، و منها ما جاء في المادة (٩٨٥) من القانون المدني التي تضمنت جملة من الشروط التعسفية التي يُمكن أن ترد في وثيقة التأمين و تُعد باطلة^(٣).

أو قد يقوم المشرع بإعطاء السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ما إذا كان الشرط الوارد في العقد شرطاً تعسفياً أم لا حماية للطرف الضعيف منه ، و هو ما يُستخلص من نص الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني ، إذ منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في أن يُعدل أو يُعفي الطرف المُدّعن من الشرط التعسفي بإستبعاده من عقد الإذعان ، فقد نصت على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان و كان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تُعدل هذه الشروط أو تُعفي الطرف المُدّعن منها و ذلك وفقاً لما تقضي به العدالة و يقع باطلاً كلُ إتفاق على خلاف ذلك"^(٤).

فوظيفة القاضي هي تحقيق التوازن بين المتعاقدين ، و بالتالي فهو الأقدر من المشرع على تمييز الشرط التعسفي من الشرط غير التعسفي تبعاً لظروف كل قضية و حالة

(١) د. حسن علي الذنون ، د. محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، ج ١ ، مصادر الإلتزام ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي و القانون ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص ٦٧ .

(٢) د . عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٣٧٣ .
(٣) ذكرت المادة (٩٨٥) من القانون المدني العراقي طائفة من الشروط التعسفية التي يُمكن أن ترد في وثيقة التأمين و تكون باطلة ، حيث نصت على أنه " يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية : ١- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين و الأنظمة ، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية ٢- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخر في إعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول - ٣- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر و كان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي الى البطلان أو السقوط - ٤- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة - ٥- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه " .

(٤) تُقابلها المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان ، و كان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يُعدل هذه الشروط أو أن يُعفي الطرف المُدّعن منها ، و ذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ، و يقع باطلاً كلُ إتفاق على خلاف ذلك " .



المتعاقدين ، و ذلك وفقاً لما تقضي به قواعد العدالة و يُعد كل إتفاق يقضي بخلاف ذلك باطلاً لمخالفته النظام العام^(١) ، و هو ما سار عليه القضاء العراقي بترك تحديد الشرط التعسفي الى قاضي الموضوع و لا تملك محكمة التمييز التعقيب على تقدير القاضي طالما كان حكمه مُستمدّاً من أوراق الدعوى و لا يُخالف الثابت فإذا وجد شرطاً تعسفياً مُدرجاً في العقد كانت له سلطة تعديله بما يُزيل أثر التعسف و له أن يُلغيه أو يُعفي الطرف الضعيف منه^(٢) ، كما أن على القاضي أن يتعرف على الكيفية التي يُكتب بها الشرط التعاقدية و مدى عدالته و معقوليته^(٣) .

و بالرجوع الى الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي السابقة الذكر، نرى أن المشرع قد أشار الى الطريقة التي يتِم فيها التعاقد (بطريق الإذعان) و ليس العقد في ذاته في هذه الفقرة ، لذا بالإمكان أن تشمل الحماية بموجب هذه الفقرة جميع أنواع العقود سواء أكانت عقوداً رضائية أو عقود إذعان ، لكون الإذعان يكون بالطريقة التي تم فيها العقد و التي لا يستطيع الطرف الضعيف المُتعاقد فيها سوى قبول التعاقد أو رفضه دون مناقشة أو إبداء رأيه ، فقد يضطر البائع أو المُشتري في عقد البيع الى القبول ببعض الشروط التي قد تتسم بالطابع التعسفي و ذلك لحاجته الماسة الى إبرام العقد كحاجة المُشتري الى السلعة الضرورية أو تلهف البائع للحصول على الثمن فيضطر الى القبول بشروط المُشتري^(٤) ، كذلك يستشف من المادة المذكورة أنفأ أن إعفاء الطرف الضعيف من الشرط التعسفي معناه تطبيق نظرية تصحيح العقد عن طريق إستبعاد هذا الشرط فاستبعد المشرع حكم الشرط البطلان و إستبعاد الإتفاق الذي تضمن التعسف و عدم ترتيب أثره و إن لم ينص عليه صراحة^(٥) .

اما بالنسبة الى قانون حماية المستهلك العراقي فإن المشرع لم يتطرق في هذا القانون الى حماية المستهلك من الشروط التعسفية سواء عند حديثه عن حقوق المستهلك أو عند بيان التزامات المُعلن و المجهز ، و بالتالي فلم يتبع أسلوباً معيناً لتحديد الشروط التعسفية . كما أن قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦ لم تتضمن نصوصه صراحةً معياراً يتم الإعتماد عليه لتحديد الشروط التعسفية ، إذ اشارت المادة (١٠) منه الى فكرة لتحديد الشرط التعسفي بموجبها يقع الشرط باطلاً إذا أنشأ تفاوتاً واضحاً بين

(١) د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

(٢) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصدر سابق ، ص ٦٦ .

(٣) د . سحر البكباشي ، دور القاضي في تكميل العقد ، دراسة تحليلية لأحكام الفقه و القضاء المصري و المقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٢١٥ .

(٤) نرى أن تُعاد صياغة الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي لتكون أكثر شمولية و كالآتي : " إذا تضمن العقد شروطاً تعسفيةً جاز للمحكمة أن تُعدل هذه الشروط أو تُعفي المتعاقد منها ، وفقاً لما تقضي به العدالة ، و يقع باطلاً كل إتفاق يقضي بخلاف ذلك " .

(٥) د. منصور حاتم محسن ، مُتطلبات تحقيق العدالة التعاقدية ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة بابل ، مج ٢٦ ، ع ٣ ، ٢٠١٨ ، ص ٤ .



التزامات طرفي العقد (إعفاء مورد السلعة أو مُقدم الخدمة من أي من التزاماته بمقتضى القانون) ^(١).

و الحكمة من إعطاء القاضي هذه السلطة التقديرية لفسح المجال له من أجل دراسة كل حالة على حده ، و توفير حماية كافية للمتعاقد الضعيف ، إذ يتمتع هذا الأسلوب بالبساطة و المرونة على الرغم من عدم وضوح المعايير التي يتقيد بها القاضي في تقديره للطابع التعسفي للشرط ^(٢) ، حيث أنه يزيد من احتمال تحكم القضاة و إساءة تقدير و إستعمال السلطة الممنوحة لهم ^(٣).

فُيعد الشرط تعسفياً إذا لم يكن المقصود منه إلا الإضرار بالغير ، أو إذا كانت المصالح التي يهدف الى تحقيقها من إدراج الشرط ضئيلة الأهمية و لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب المتعاقدان بسببها ، أو عندما تكون المصلحة المتحققة غير مشروعة، فيقوم القاضي بتحديد مدى كون الشرط الوارد في العقد تعسفياً أم لا، وهي وسائل منحها المشرع الى القاضي المعروض أمامه النزاع لكي يُعيد التوازن العقدي ويحمي الطرف الضعيف الذي ظهر نتيجة العقد المُختل .

المطلب الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في إطار نظرية الظروف الطارئة
مرت نظرية الظروف الطارئة بمراحل تأريخية عديدة تمتد جذورها الى الفقه الأسلامي والقانون الروماني ^(٤)، قبل أن تنتقل الى التشريعات المدنية الحديثة نتيجة إنتشار الأفكار الاشتراكية التي دفعت المشرع الى التدخل بالتنظيم للكثير من العقود حماية للمتعاقد الضعيف وإستثناءً من مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) وهو من نتاج مبدأ (سلطان الإرادة) الذي ظهر من فلسفة القرن الثامن عشر والذي إتسم بالأراء الحرة و الفردية ^(٥).

و تعرف نظرية الظروف الطارئة بأنها "مجموعة القواعد والأحكام التي تُعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد المتعاقدين نتيجة تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها" ^(٦).

^(١) نصت المادة (١٠) من قانون حماية المستهلك المصري على أنه " يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد او وثيقة او مستند او غير ذلك ، مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط اعفاء مورد السلعة او مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون " .

^(٢) العربي مياد ، عقود الإذعان ، ط ١ ، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر ، الرباط ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٦ .
^(٣) و قد عمد المشرع الفرنسي الى إستخدام أسلوب اللانحة (المتضمن إدراج الشروط التعسفية ضمن قوائم و بالتالي يُحظر إدراجها في العقود) في تحديد الشروط التعسفية في قانون حماية و إعلام المستهلكين الصادر بتاريخ ١٠/٢٣/١٩٧٨ في الفصل الرابع منه (حماية المستهلكين من الشروط التعسفية) ، و قانون الإستهلاك الفرنسي رقم (٩٤٩) الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٣ ، و ذلك رغبة من المشرع الفرنسي في تجنب العيوب المصاحبة للتدخل القضائي في تحديد الشروط التعسفية . د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج ٢ ، مطبعة جامعة الأزهر ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ١١٨ .

^(٤) د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الإقتصادي في العقد أثناء تنفيذه ، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٦ ، ص ٢٤-٢٨ ، كذلك تُنظر المواد (٢٠، ١٩، ١٨، ١٧، ...، ٢٧، ٢٦، ٢٥...، ٣٢، ٣١) من مجلة الأحكام العدلية .

^(٥) د. محمد لبيب شنب ، مصادر الالتزام ، بدون دار نشر ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٢٣٢ .

^(٦) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص ٣٩١-٣٩٢ .



إن هذه الأحكام و القواعد تتلخص في كون العقد من العقود مستمرة التنفيذ أو من العقود الفورية و كان تنفيذه مؤجلاً ، و طرأت عليه ظروف إقتصادية لم يتوقعها أي من طرفي العقد عند إبرامه مما أدى الى إختلال خطير في التوازن الإقتصادي في العقد ، جعل أحد المتعاقدين طرفاً ضعيفاً فيه ، لذلك فإن قيامه بتنفيذ إلتزامه يهدد بخسارة فادحة تصيبه تخرج عن المألوف في المعاملات ، لذا فلا يجبر المدين على تنفيذ إلتزامه الوارد في العقد بل ينقص إلتزامه الى الحد الذي تقتضيه العدالة^(١).

و نصت الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي " على أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي و إن لم يُصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول إن إقتضت العدالة ذلك و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك " ^(٢).

و هذا النص يُعد من النصوص الأمرة و لا يجوز للطرفين الإتفاق في العقد على إستبعاد اللجوء الى القضاء عند حصول الظروف الطارئة و يجوز الإتفاق بينهما بعد حصولها بأن يتحمل المدين وحده هذه الظروف إستناداً للمادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي ، إذ تقوم المحكمة بتقدير الشروط الواجب توافرها لقيام هذه الظروف ، و تُقدر على وجه الخصوص نطاق الإرهاق الذي يصيب المدين من تنفيذ الإلتزام عند حدوث الظرف الطارئ ، إذ أن إرهاق المدين هو معيار مرن يتغير بتغير الظروف فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون كذلك لمدين آخر ، و ما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى ، و يجب أن يترتب على تنفيذ الإلتزام خسارة فادحة تصيب المدين^(٣).

و أمام هذا التشدد في القوة الملزمة للعقد و ضرورة إحترام إرادة المتعاقدين ، فقد أوجد المشرع إستثناءً على هذه القوة الملزمة يتمثل بإعطاء المحكمة مكنة التدخل في هذا العقد عن طريق إعادة توازنه المختل عندما يكون مرهقاً لأحد أطرافه بسبب الظروف الطارئة و أخذت بهذه النظرية بعض التشريعات منها القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٩٥) منه ^(٤) ، و بعضها الآخر رفض الأخذ بها كالقانون المدني الألماني

(١) كامل خير الله طراد ، نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي و القانون المقارن و أثرها على عقود التجارة الدولية ، بحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة ، ع ١٧ ، ٢٠١٥ ، ص ٢٧٩ .

(٢) تقابلها الفقرة (٢) من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه " و مع ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وب عد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول ، و يقع باطلاً كل التزام خلاف ذلك " .

(٣) د. أحمد الصويحي ، نظرية الظروف الطارئة ، بحث منشور في المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية ، كلية الشريعة ، جامعة الشارقة ، مج ٣ ، ع ٢ ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٠ .

(٤) نصت المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي على أنه " إذا حدث تغير في الظروف غير ممكن التوقع عند إبرام العقد ترتب عليه أن صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الأطراف الذي لم يقبل تحمل تبعه هذا التغير يُمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء



فهو من التشريعات التي تتمسك بمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) و لا يجوز نقضه و لا تعديله إلا بمقتضى القانون أو باتفاق الطرفين ، و تبرير ذلك بأن تعديل العقد لا يصح أن يكون من عمل المحكمة و لها أن تفسخ العقد أو توقف تنفيذه فقط دون أن يكون لها أن تعدله و إن مجال تطبيق هذه النظرية هو القضاء الإداري و ليس المدني ، إذ أن القضاء الإداري طبقها في أثناء الحرب العالمية الأولى ، حيث طبقها القضاء الفرنسي لأول مرة في عام ١٩١٦ عندما تغيرت الظروف الاقتصادية و كان لها تأثير بالغ على تنفيذ عقود التزام المرافق العامة ^(١) .

و أورد المشرع العراقي تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة في المادتين (٢/٧٨٣) و (٧٨٤) ^(٢) في عقد الإيجار و المادة (٨٧٨) في عقد المقاولة التي نصت على أنه " ليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية و أجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الإرتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً على أنه إذا إنهار التوازن الإقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول إنهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، و إنعدام بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجرة أو بفسخ العقد " ، و بمقتضى هذا النص تملك المحكمة سلطة فسخ العقد أو زيادة الأجرة كجزاء لرفع الإرهاق عن المدين ، بينما نجد في النص العام للفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من القانون المدني السابق ذكرها ، لا تملك المحكمة مثل هذه السلطة .

حيث أعطى المشرع العراقي بموجب المادة أعلاه سلطة تقديرية للقاضي عند تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة المذكورة آنفاً ، أن ينقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، أو يُقدر القاضي أن الإرهاق لا يمكن رفعه إلا بزيادة الإلتزام المقابل للإلتزام

إعادة التفاوض في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الإتفاق على فسخ العقد إعتباراً من التاريخ و وفق الشروط التي يحدونها أو الطلب من القاضي باتفاقهم المشترك أن يقوم بتطويع العقد في حالة عدم الإتفاق خلال مدة معقولة يمكن للقاضي بناءً على طلب أحد الأطراف تعديل العقد أو إنهائه إعتباراً من التاريخ و وفق الشروط التي يحددها " .

^(١) قرر القضاء الإداري في فرنسا نظرية الظروف الطارئة لأول مرة في حكم مجلس الدولة الصادر في ٣٠ يونيو ١٩١٦ ، في قضية معروفة التزمت فيها شركة الغاز ببوردو الفرنسية بتوريد الغاز بسعر مُعين ، و سرعان ما ارتفع السعر تحت تأثير الحرب ، فقرر مجلس الدولة بعد نظر النزاع تعديل العقد ، بما يتناسب مع الثمن الجديد في السوق ، إستناداً إلى أحكام نظرية الظروف الطارئة. ينظر : د. عبد الحكم فوده ، آثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ط ١ ، ١٩٩٩ ، ص ١٩ .

^(٢) نصت المادة (٧٨٣) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه " ١- لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر و لا بموت المُستأجر -٢- و مع ذلك إذا مات المُستأجر ، جاز لورثته أن يطلبوا فسخ العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزاً لحدود حاجتهم و في هذه الحالة يجب أن تُراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء في المادة ٧٤١ و أن يكون طلب الفسخ في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المُستأجر " .

^(٣) نصت المادة (٧٨٤) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه " إذا لم يُعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المُستأجر أو إعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا فسخ العقد " .



المدين^(١). و بموجب المادة أعلاه ، فلا يملك القاضي الحكم بفسخ العقد بل يمكنه الحكم بتشارك المتعاقدان في الخسارة الناجمة عن وقوع الحادث الطارئ ، فإذا قرر القاضي تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد بعد التحقق من توفر شروطها فإن له الحكم بعدة خيارات تُعالجها في أربعة فروع نتناول في الفرع الأول سلطة القاضي في إنقاص الإلتزام المُرهِق في الفرع الأول ، و نتناول في الفرع الثاني سلطة القاضي في إزالة الإرهاق بزيادة التزامات الدائن ، و نبين في الفرع الثالث سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقد أما الفرع الرابع فنبحث فيه سلطة القاضي في فسخ العقد ، و على النحو الآتي :

الفرع الأول: سلطة القاضي في إنقاص الإلتزام المُرهِق

قد يرى القاضي أن إزالة الإرهاق و إعادة التوازن الإقتصادي بين طرفي العقد يتم بإنقاص الإلتزامات المترتبة على عاتق المدين كونه المتعاقد الضعيف ، و بهذه الحالة يوزع على عاتق الطرفين الزيادة غير المألوفة في عبء الإلتزام^(٢) ، كأن يتعهد تاجر بتوريد كمية كبيرة من القمح لأحد المعامل الكبيرة بالتسعييرة الرسمية ثم تقل كمية القمح المتداولة في السوق لحادث طارئ كقيام حرب مثلاً و تمنع إستيراد القمح فيُصبح من العسير جداً على التاجر أن يورد الكميات المُتفق عليها في العقد فيتحول الى طرف ضعيف فيه ، فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن ينقص الكمية المتفق عليها إلى المقدار الذي يستطيع التاجر توريده دون إرهاق ، لذلك يتم إنقاص الإلتزام المُرهِق من ناحية الكم ، و ذلك بإنقاص مقدار ما يقدمه المدين^(٣).

كما قضت محكمة التمييز بأنه " إذا زاد السعر الرسمي للمادة المتعاقد على تجهيزها بعد التعاقد زيادة ملحوظة فعلى المحكمة أن تنقص الإلتزام موازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين " ^(٤).

و يدور حكم المحكمة بإنقاص الإلتزام المُرهِق الى الحد المعقول مع الظرف الطارئ وجوداً و عدماً ، فإذا زال الظرف الطارئ زال معه الإنقاص و رجع العقد إلى ما كان عليه و العكس صحيح في حالة إشتداد و تفاقم آثار الظرف الطارئ ، و بذلك تكون غاية المشروع رعاية الطرف الضعيف من الجانب القوي و إقامة التوازن العقدي .

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إزالة الإرهاق بزيادة التزامات الدائن

بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين قد يرى القاضي أن مُقتضيات العدالة توجب إزالة الإرهاق عن المدين بزيادة إلتزامات الدائن ، كأن يتعهد الطرف الأول

(١) د. عصمت عبد المجيد ، نظرية الظروف الطارئة و دور القاضي في تطبيقها ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ٧٢ .

(٢) د. عبد الخالق حسن أحمد ، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية ، ج ١ ، مصادر الإلتزام ، أكاديمية شرطة دبي ، دبي ، ١٩٩٩ ، ص ٢٠٩ .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٤ ، ص ٤٨٦ .

(٤) قرار محكمة التمييز / رقم القرار ٥٤ / مدنية رابعة/ تاريخ القرار ١٩٧٨/١/١٢ (المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - القسم المدني) ، ص ٤٩٠ .



بتوريد (١٠) أطنان من سلعة (قطن) و سعر الطن الواحد (١٠٠.٠٠٠) مائة الف دينار وقت التعاقد ، و لظروف طارئة غير متوقعة حصلت أثناء التنفيذ إرتفع سعر السلعة ليُصبح سعر الطن (٢٠٠.٠٠٠) مائتي الف دينار ، مما أدى إلى أن تكون عملية توريده من قبل الطرف الثاني مرهقة له ، و لإزالة إرهاب المدين باعتباره المتعاقد الضعيف على القاضي أن يقف على مقدار الزيادة المتوقعة في الظروف الاعتيادية في أسعار السلعة بمعرفة أهل الخبرة و الإختصاص ، و يتم طرحها من المستوى الذي بلغته الأسعار لنفس المادة بسبب الظروف الطارئ ، و بذلك يتم التوصل إلى معرفة مقدار الزيادة غير المتوقعة في الأسعار ، حيث لا يتحمل أحد طرفي العقد بمفرده الزيادة غير المتوقعة بل تُوزع على كلا الطرفين ، فللقاضي أن يرفع من الإلتزام المقابل و هو التزام المشتري بدفع الثمن إلى الحد المعقول و ليس للحد الذي يزيل كل الخسارة التي تقع على البائع ، بحيث يبقى جزءاً من الخسارة من الممكن أن يتحملها التاجر ، لذلك فإن القاضي في هذه الحالة يعمدُ إلى توزيع عبء الظروف الطارئ على الطرفين المتعاقدين ليتحمل كليهما الإرهاب أما الزيادة المألوفة و العادية في الأسعار فيتحملها المدين وحده ^(١) .

ولابد من ملاحظة أن قرار القاضي بإنقاص الإلتزام المُرهق أو زيادة الإلتزام المقابل لا يكون إلا بالنسبة الى الحاضر وهو الوقت الذي يوجد فيه أثر الظروف الطارئ، فذهبت محكمة التمييز الإتحادية في قرارها الى أن "أحكام الظروف الطارئة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد وفق المادة (١٤٦) من القانون المدني يجب أن يتمسك بها المتضرر أثناء فترة العقد فإذا إستمر بتنفيذ العقد لحين إنتهائه دون أن يطلب تنقيص الإلتزام فليس له الحق للمطالبة بذلك بعد إنتهاء المُدة " ^(٢) .

وإذا زال الظرف الطارئ قبل إنتهاء مدة العقد ، عادت الى العقد قوته الملزمة ^(٣) التي هي الأصل، ونظرية الظروف الطارئة هي الإستثناء، وقد إستقر قضاء محكمة التمييز على تقسيم الخسارة مناصفة بين المتعاقدين ^(٤)، إلا إنها لم تمنع في قراراتها من الأخذ بمعيار غير المناصفة متى كان أكثر تحقيقاً للعدالة ^(٥) .

الفرع الثالث: سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقد

قد يُقرر القاضي لإعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين ليس إنقاص التزام المدين و لا زيادة إلتزام الدائن ، و إنما يختار وقف تنفيذ العقد مُدة مُعينة حتى يزول الظرف

(١) د. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصادر الحقوق الشخصية ، مج ١ ، نظرية العقد ، القسم الثالث ، آثار العقد و إنحلاله ، وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، ص ٣٠٠ .

(٢) قرار محكمة التمييز الإتحادية / رقم القرار / ٣٦٢ / مدنية/تاريخ القرار ٢٠٠٧ . مجلس القضاء الأعلى ، قرارات محكمة التمييز الإتحادية ، منشور على الموقع الإلكتروني تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٦/١٧ www.hjc.iq/qview.281/

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٥٣٠ .

(٤) د. عصمت عبد المجيد ، نظرية الظروف الطارئة و دور القاضي في تطبيقها ، مصدر سابق ، ص ٨٢ .

(٥) قرار محكمة التمييز / رقم القرار / ١٦٣٨ / تاريخ القرار ١٩٥٧/٧/٢ ، أشار اليه د. عبد العزيز السهيل ، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني ، دار التضامن ، بغداد ، ١٩٦٢ ، ص ١٧٣ .



الطارئ ، هذا إذا كان الحادث وقتياً يُقدر له الزوال في وقت قصير و تعود بعدها الظروف طبيعية^(١) ، أما إذا كان من غير المتوقع إنقضاء هذا الطرف فلا جدوى عندئذ من وقف تنفيذ العقد ، و قد تختار المحكمة بدلاً من الوقف أن تمنح المدين أجلاً لتنفيذ إلتزامه بالصورة التي تضع إطارها لتحقيق التوازن^(٢) ، و قد نصت الفقرة (٢) من المادة (٣٩٤) من القانون المدني العراقي على أنه " فإذا لم يكن الدين مؤجلاً ، أو حل أجله ، وجب دفعه فوراً ، و مع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا إستدعت حالته ذلك و لم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم " ، و يُطلق عليه في هذه الحالة (نظرة الميسرة) و هي مأخوذة من الآية القرآنية الكريمة " و إن كَانَ دُوْ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ " ^(٣) .

كما لو تعهد مقول بإقامة مبنى و حدث ظرف طارئ ترتب عليه أن إرتفعت أسعار بعض مواد البناء إرتفاعاً فاحشاً لفترة قصيرة لقرب فتح باب الإستيراد^(٤) ، أو حالة تعطل الطرق بفعل السيول الجارية ، و يُقدر القاضي أن مثل هذه الظروف ستزول حال فتح الطرق مثلاً ، فيقرر وقف تنفيذ العقد كي يعود التوازن للعقد و يتسنى للمقاول (المتعاقد الضعيف) تنفيذ إلتزامه في ظروف إعتيادية، ويكون وقف التنفيذ لمدة معينة تُقدر على وجه التقريب لأنه ليس في مقدور المحكمة أن تعرف مقدماً وقت زوال الظرف الطارئ^(٥) .

و يترتب على وقف تنفيذ العقد خلال مدة وقوع الحادث الطارئ بقاء إلتزامات المتعاقدين كما هي و بقيمتها المُحددة بالعقد دون أن يمسهما التعديل بالزيادة أو النقصان ، و لا يحق لأي من المتعاقدين أن يُطالب الطرف الآخر بتنفيذ إلتزامه إلا في حالة وفاة المدين أو إجباره أو تنفيذ المدين طوعاً لإلتزامه ، إذ يكون الوقف بمثابة أجل (نظرة الى ميسرة) منحه المحكمة لمصلحة الطرف الضعيف و هو المدين لا يسقط إلا بإعساره أو إفلاسه أو تنازله عنه .

الفرع الرابع: سلطة القاضي في فسخ العقد

لاحظنا أن القاعدة العامة بموجب الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي لا تجيز فسخ العقد، بل تعطي للقاضي سلطة تعديل العقد بإنقاص الإلتزام المرهق للحد المعقول، إذا إقتضت العدالة ذلك.

إو للمحكمة أن تزيد إلتزام الدائن أو تنقص من إلتزام المدين طبقاً للمادة أعلاه ، و لا يستطيع المدين فسخ العقد لأنه يؤدي إلى تحمل الدائن تبعه الحادث ، إلا أن الدائن له الخيار في أن يقبل ما تقررره المحكمة أو يختار الفسخ دون تعويض و دون التوقف على رضا المدين ، فليس من المعقول أن يفرض على الدائن التعديل في العقد الذي تقررره

(١) د. رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣ .

(٢) د . عبد المجيد الحكيم و آخرون ، القانون المدني و أحكام الإلتزام ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ .

(٣) سورة البقرة / الآية (٢٨٠) .

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٥٣٣ .

(٥) د . غازي عبد الرحمن ، التوازن الإقتصادي في العقد أثناء تنفيذه ، مصدر سابق ، ص ١٤٩ .



المحكمة إذا كان يقضي بالتخلي عن الصفقة لا سيما إذا كان الفسخ في صالح المدين بأن يدفع عنه كل عبء على تحقق الظرف الطارئ ، أما التعديل فلا يرتب عليه إلا رفع بعض هذا العبء .

أما المدين فلا يحق له المطالبة بالفسخ و إنما عليه أن ينفذ إلتزامه المرهق إلى الحد المعقول و جواز تعديل الإلتزام المرهق جعله المشرع من النظام العام ، فلا يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على إستبعاد حكم النظرية ، و بذلك تكون غاية المشرع رعاية الطرف الضعيف في العقد من الجانب القوي و إقامة التوازن العقدي ، و قد أجاز المشرع العراقي صراحة فسخ العقد في المقاولات حصراً في المادة (٨٧٨) التي نصت على أنه "..... إذا إنهار التوازن الإقتصادي بين إلتزامات كل من رب العمل و المقاول إنهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد و إنعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاوله جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد " (١) .

فعلى الرغم من أن عقد المقاوله يعتمد على الخبرات القانونية و الهندسية و الفنية و خاصة في المقاولات المهمة ، إلا أن الأمر قد يخرج عن نطاق التوقع بحيث ينعدم الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد ، لذلك قد يُقرر القاضي إستناداً لسلطته التقديرية الواسعة فسخ العقد (٢) ، حماية لطرفي العقد .

الخاتمة

في خاتمة بحثنا هذا نُشير الى أهم النتائج التي توصلنا اليها ، و المقترحات التي تُبنيها بالآتي :

أولاً : النتائج

- ١- أن المشرع العراقي قد توسع في إسباغ الحماية القانونية للطرف الضعيف في إطار نظرية العقد حيث منح القاضي سلطة تقديرية في التدخل لحماية الطرف الضعيف في العقد ، لا سيما ما يتعلق بالشروط الجائرة المفروضة على المتعاقد الضعيف عند ابرام العقد أو تنفيذه و التي يفرضها الطرف القوي و لا يقبل مناقشتها .
- ٢- للقاضي السلطة التقديرية في تعديل الشرط الجزائي ، و ذلك بطلب أحد اطراف العقد أو كليهما ، حيث يقوم القاضي بإنقاص الشرط الجزائي إذا تبين ان تقديره مبالغ فيه ، او زيادته كان مبلغه تافهاً او إذا إرتكب احد طرفا العقد الغش او الخطأ الجسيم تجاه المتعاقد الآخر .
- ٣- يصعب وضع تعريف شامل يُحيط بجميع جوانب الشروط التعسفية كونها من المفاهيم الحديثة، لذا يتم الإكتفاء بذكرها في قوائم على سبيل المثال لا الحصر والإعتماد على معيار لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا عن طريق عُنصري (المزية الفاحشة وإستغلال النفوذ الإقتصادي)

(١) د. عبد المجيد الحكيم و آخرون ، القانون المدني و أحكام الإلتزام ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ١٩٢ .

(٢) د. عصمت عبد المجيد ، نظرية الظروف الطارئة و دور القاضي في تطبيقها ، مصدر سابق ، ص ١٠٦ .



٤- تتمتع نظرية الظروف الطارئة بأهمية كبيرة في الواقع العملي كونها تمثل قيداً نتج عن قواعد العدالة ، و إستثناءً من مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) .

ثانياً : المقترحات

- ١- حث المشرع العراقي على تحديد الموجهات التي يسترشد بها القاضي في تحديد المسائل التفصيلية في العقد بـ(القانون ، العرف ، العدالة) كونها مرتبطة بـ(طبيعة العقد) ، لكي يتحقق التناسق بين ما تقرره هذه الموجهات و بين ما تقتضيه طبيعة العقد الذي يتم اكمال نطاقه ، وتعديل نص الفقرة (٢) من المادة (٨٦) من القانون المدني بتغيير عبارة (طبيعة الموضوع) الى (طبيعة العقد) لتكون الأخيرة الموجه الاساسي الذي تندرج تحته الموجهات الأخرى .
- ٢- ضرورة قيام المشرع بإعطاء الجواز للقاضي ان يقوم من تلقاء نفسه بإنقاص أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان باهظاً أو تافهاً ، بشكل واضح و بنصوص قانونية تكفل توفير الحماية للمتعاقد الضعيف القليل الخبرة و تكون مواكبة للتطور الاقتصادي و التقني و الذي ينشئ عنه حالة الضعف التعاقدية .
- ٣- أن يقوم المشرع العراقي بإعادة صياغة الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني لتكون أكثر شمولية و كالآتي " إذا تضمن العقد شروطاً جاز للمحكمة أن تُعدل هذه الشروط أو أن تُعفي المتعاقد منها ، وفقاً لما تقضي به العدالة ، و يقع باطلاً كل إتفاق يقضي بخلاف ذلك" .

