العدد 21A 2 تموز 2026
المجلة العراقية للبحوث الانسانية والاجتماعية والعلمية
NO.21A2 Jul.2026 Iraqi Journal of Humanitarian, Social and Scientific Research
Print ISSN 2710-0952 Electronic ISSN2790-1254

التَّطْوِيعُ القَضَائِيُّ لِلْعَقْدِ
" دِرَاسَة تَحْلِيلِيَّة "

م.د علي هادي جهاد
كلية القانون ـ جامعة المثنى
ali.jihad@mu.edu.iq

المُلَخَّصُ
يُعدّ التطويع القضائي للعقد من الموضوعات القانونية المهمة التي تعكس دور القضاء في تحقيق العدالة العقدية وإعادة التوازن بين أطراف العقد عند اختلاله. تهدف هذه الدراسة التحليلية إلى بيان مفهوم التطويع القضائي للعقد، وخصائصه، والأسس القانونية التي يقوم عليها، مع تمييزه عن غيره من النظم القانونية المشابهة كالتفسير والفسخ والإنقاص وتتناول الدراسة مظاهر تدخل القاضي في تعديل آثار العقد، سواء من خلال تفسير بنوده، أو استكمال ما شابه من نقص، أو تعديل الالتزامات بما يتلاءم مع مبدأ حسن النية والظروف الطارئة. كما تسلط الضوء على دور التطويع القضائي في تحقيق التوازن العقدي والحد من التعسف في استعمال الحق، بما ينسجم مع متطلبات العدالة والإنصاف.
وتخلص الدراسة إلى أن التطويع القضائي يمثل أداة فعّالة بيد القضاء لضمان استقرار المعاملات وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، شريطة أن يتم ضمن حدود القانون ودون المساس الجوهري بمبدأ سلطان الإرادة.
الكلمات الافتتاحية : تطويع العقد ، أداة قانونية ، تحقيق العدالة ، تفسير العقد ، التوازن العقدي.
Contract adaptation ، A legal instrument، Achieving justice ، Contract interpretation، Contractual balance

Assistant Professor Ali Hadi Jihad
College of Law - Al-Muthanna University
ali.jihad@mu.edu.iq

Abstract
Judicial adaptation of contracts is considered an important legal topic that reflects the role of the judiciary in achieving contractual justice and restoring balance between contracting parties when an imbalance occurs. This analytical study aims to clarify the concept of judicial adaptation of contracts, its characteristics, and the legal foundations upon which it is based, while distinguishing it from other similar legal mechanisms such as interpretation, rescission, and reduction The study also examines the forms of judicial intervention in modifying the effects of contracts, whether through interpreting their provisions, supplementing deficiencies, or adjusting obligations in line with the principle of good faith and unforeseen circumstances. It further highlights the role of judicial adaptation in achieving contractual balance and limiting the abuse of rights in a manner consistent with the requirements of justice and fairness.
The study concludes that judicial adaptation represents an effective tool in the hands of the judiciary to ensure the stability of transactions and protect the weaker party in contractual relationships, provided that it operates within the limits of the law and without fundamentally undermining the principle of freedom of contract.

المقدمة
يُعدّ القانون الوسيلة الأساسية لتنظيم حياة الأفراد داخل المجتمع، إذ يهدف إلى تحقيق العدالة وحماية الحقوق وضمان الاستقرار. غير أنّ النصوص القانونية، مهما بلغت دقتها وشمولها، تظلّ عاجزة عن استيعاب جميع الوقائع المتجددة التي تفرضها طبيعة الحياة المتغيرة. فالتطورات الاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجية المتسارعة تخلق باستمرار حالات جديدة لم تكن في حسبان المشرّع عند وضع القواعد القانونية، الأمر الذي يبرز الحاجة إلى دور فعّال للقضاء في سدّ هذا النقص وتحقيق العدالة المنشودة ومن هذا المنطلق، لم يعد دور القاضي مقتصراً على التطبيق الحرفي للنصوص

القانونية، بل أصبح يمتد إلى تفسيرها وتأويلها بما يتلاءم مع روح القانون ومقاصده. وهنا يظهر مفهوم التطويع القضائي بوصفه أداة قانونية مرنة تمكّن القاضي من التوفيق بين صرامة النصوص القانونية ومتطلبات العدالة الواقعية، وذلك من خلال تكييف الأحكام القانونية بما يتناسب مع خصوصية كل حالة على حدة، دون الإخلال بمبدأ المشروعية ويُشكّل التطويع القضائي أحد المظاهر الحديثة لتطور الوظيفة القضائية، حيث يعكس انتقال القضاء من دور سلبي يقتصر على تطبيق القانون، إلى دور إيجابي يساهم في تطويره وتحديثه بشكل غير مباشر. فالقاضي، من خلال اجتهاده، لا يكتفي بملء الفراغات التشريعية، بل يعمل أيضاً على معالجة الغموض في النصوص القانونية، والتوفيق بين النصوص المتعارضة، بما يحقق العدالة ويضمن استقرار المعاملات التطويع القضائي في الأنظمة القانونية المعاصرة، خاصة في ظل تعقّد العلاقات القانونية وتداخلها، حيث لم يعد من الممكن الاعتماد على القواعد الجامدة لمواجهة التحديات الجديدة. لذلك، يُنظر إلى التطويع القضائي باعتباره وسيلة ضرورية لمواكبة التطورات وتحقيق التوازن بين الثبات والمرونة في القاعدة القانونية.

أن هذا الدور الإيجابي للقضاء يثير العديد من التساؤلات والإشكاليات، لعلّ أبرزها مدى مشروعية هذا التدخل وحدوده، وإمكانية تحوّله إلى نوع من التشريع غير المباشر، مما قد يُفضي إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات. كما يُثار التساؤل حول الضوابط التي ينبغي أن تحكم ممارسة القاضي لسلطته في التطويع، بما يضمن عدم الانحراف بها أو استخدامها بشكل يُهدّد استقرار القواعد القانونية

مشكلة البحث

تتمحور مشكلة البحث حول التساؤل الرئيس الآتي:

إلى أي مدى يمكن للقاضي أن يمارس التطويع القضائي دون أن يُعدّ ذلك تجاوزاً على مبدأ المشروعية أو تعدياً على سلطة المشرّع؟

ويتفرع عن هذا التساؤل عدد من الإشكاليات، منها:

- ما الحدود الفاصلة بين التفسير القضائي والتطويع القضائي؟
- هل يُعدّ التطويع القضائي ضرورة لتحقيق العدالة أم تهديداً لاستقرار القواعد القانونية؟
- ما مدى تأثير التطويع القضائي على مبدأ الفصل بين السلطات؟

أهمية البحث

- إبراز الدور الحيوي للقضاء في تحقيق العدالة من خلال المرونة في تطبيق النصوص القانونية.
- توضيح مفهوم التطويع القضائي وتمييزه عن المفاهيم المشابهة كالتفسير والاجتهاد.
- بيان أثر التطويع القضائي في سدّ النقص التشريعي ومواكبة التطورات الحديثة.
- المساهمة في إثراء الدراسات القانونية المتعلقة بدور القضاء في الأنظمة القانونية المعاصرة.
- تسليط الضوء على التوازن بين حماية مبدأ المشروعية وتحقيق العدالة الواقعية.

أهداف البحث

- التعريف بمفهوم التطويع القضائي وبيان خصائصه.
- تحليل دور القاضي في تكييف النصوص القانونية مع الوقائع العملية.
- تحديد الضوابط القانونية التي تحكم ممارسة التطويع القضائي.
- بيان الآثار الإيجابية والسلبية للتطويع القضائي على النظام القانوني.
- تقديم رؤية قانونية متوازنة تعزز من دور القضاء دون الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات.

منهجية البحث

- المنهج التحليلي :من خلال تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية المتعلقة بالتطويع القضائي.
- المنهج الوصفي :لعرض مفهوم التطويع القضائي وبيان خصائصه وتطبيقاته.

هيكلية البحث

قمنا بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول (ماهية التطويع القضائي للعقد)، حيث قُسِّم إلى مطلبين، خُصِّص المطلب الأول لبيان مفهوم التطويع القضائي للعقد وتمييزه عن غيره من الأوضاع القانونية، أما المطلب الثاني فقد تناول وسائل التطويع القضائي للعقد، من خلال تفسير العقد وتفسير قواعد القانون ،أما المبحث الثاني فقد خُصِّص لبيان (أحكام وآثار التطويع القضائي للعقد وتطبيقاته)، حيث قُسِّم كذلك إلى مطلبين، تناول المطلب الأول صور ووسائل التطويع القضائي للعقد، في حين تناول المطلب الثاني آثار هذا التطويع على مبدأ سلطان الإرادة والتوازن العقدي ،وأخيراً، اختُتم البحث بخاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات، فضلاً عن قائمة بالمصادر والمراجع المعتمدة.

المبحث الاول

ماهية التطويع القضائي للعقد

يُعد التطويع القضائي من الموضوعات المهمة في نطاق القانون المدني، لما له من دور أساسي في تحقيق العدالة العقدية ومواكبة الظروف المتغيرة التي قد تؤثر على تنفيذ الالتزامات. فالعقود عند إبرامها تقوم على أساس توازن معين بين حقوق والتزامات الأطراف، إلا أن هذا التوازن قد يختل لاحقاً نتيجة ظروف استثنائية أو غموض في نصوص العقد، مما يستدعي تدخل القضاء لإعادة التوازن أو توضيح المقصود من الالتزامات وبناءً على ذلك فقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين أولها تعريف التطويع القضائي للعقد وتمييزه اما المطلب الثاني ،وسائل التطويع القضائي للعقد.

المطلب الأول

مفهوم التطويع القضائي للعقد

من الوسائل القانونية التي يلجأ إليها القاضي لضمان تحقيق العدالة بين أطراف العقد، خاصة في الحالات التي يظهر فيها خلل في التوازن العقدي أو غموض في نصوصه. فالعقد، وإن كان يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذه الإرادة قد لا تكون كافية دائماً لمواجهة الظروف المتغيرة أو الحالات الاستثنائية التي قد تطرأ بعد إبرامه، مما يستدعي تدخل القضاء لضبط العلاقة العقدية.ويهدف التطويع القضائي إلى إعادة التوازن بين الالتزامات المتقابلة، أو توضيح ما غمض من بنود العقد، أو تعديل بعض آثاره بما يتفق مع العدالة وحسن النية، دون المساس بجوهر الاتفاق بين الأطراف. لذلك، فإن دور القاضي هنا يكون مكملاً لإرادة المتعاقدين وليس بديلاً عنها.

ولغرض بيان مفهوم التطويع القضائي بشكل أدق، وتمييزه عن غيره من الأوضاع القانونية المشابهة، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:الفرع الأول: تعريف التطويع القضائي للعقد الفرع الثاني: تمييز التطويع القضائي للعقد عن غيره من الأوضاع القانونية.

الفرع الأول
تعريف التطويع القضائي للعقد

تدور فكرة التطويع القضائي حول العقود التي تتضمن التزامات مالية مؤجلة التنفيذ، بحيث تتغير الظروف الاقتصادية وقيمة العملة بين وقت إبرام العقد وموعد تنفيذه. هذا التغير يؤدي إلى خلل في التوازن الاقتصادي للعقد؛ فالدائن قد يستوفي دينه بالقيمة الاسمية للنقد، لكن قيمتها الحقيقية تكون قد انخفضت كثيراً بفعل التضخم أو تقلب الأسعار، مما يُلحق به ضرراً بالغاً قد يصل إلى الإفلاس. وفي المقابل يتمسك المدين بقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» لتنفيذ التزامه بالقيمة الاسمية نفسها، وهو ما يثير نزاعاً بين الطرفين: دائن متضرر اقتصادياً ومدين متشبث بالنص الحرفي للعقد[1].

[1] آمال أحمد ناجي الدليمي، تطويع العقد في ظل تقلبات الاسعار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2003،ص 67-68

القاضي لا يجوز أن يظل مقيداً بنطاق ما رسمه له الخصوم في العقد، بل يجب أن يكون له دور فاعل في تحقيق العدالة، لأن التشريع لا يمكن أن يستوعب جميع الوقائع والمستجدات الاقتصادية والاجتماعية. فالحياة دائمة التغير، والنصوص القانونية مهما اتسعت تبقى بحاجة إلى تكييف قضائي ينسجم مع الواقع. ومن هنا تبرز أهمية منح القاضي سلطة تقديرية تمكّنه من إعادة التوازن للعقد عندما يختل بسبب تقلبات قيمة النقد، إذ قد يؤدي تجاهل هذه التقلبات إلى ظلم فادح للدائن[2].

فالتطويع القضائي هو وسيلة لتحقيق العدالة الاقتصادية، يقابل من حيث المبدأ نظرية الظروف الطارئة التي تحمي المدين، لكنه في المقابل يحمي الدائن من انخفاض قيمة العملة. ولا تتعارض هذه السلطة مع قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، لأن العقد يستمد قوته الإلزامية من القانون الذي غايته تحقيق العدالة، لا التمسك الحرفي بالألفاظ[3]..

وقد أقر القضاء العراقي بهذا المبدأ في أحكام عدة، منها قراراته بشأن أجر المثل التي بيّنت أن تقدير الأجرة يجب أن يراعي الزمان والمكان والظروف الاقتصادية، لأن تغير هذه العناصر يؤدي إلى تغير القيمة العادلة للأجر، مما يعكس تبنّي القضاء لفكرة التطويع لتحقيق التوازن والإنصاف في العلاقات التعاقدية[4].

يُقصد بتطويع العقد، كما يوضح الفقيه جوسيران (Losserand) في كتابه العقد الموجَّه، تمكين القاضي من توسيع مضمون العقد بإضافة التزامات لم يتطرق إليها المتعاقدان، سواء أغفلاها أو تعمّدا استبعادها، وذلك لتحقيق العدالة والتوازن[5].

ويعرف أيضاً بانه للقاضي الحق في إدخال التزامات جديدة على العقد لم تكن في نية الطرفين، وهو التعريف الأدق لأنه يُبرز أن التطويع استثناء على مبدأ عدم المساس بالعقد، أي أنه تدخل قضائي لتعديل إرادة الأطراف متى اقتضت العدالة ذلك[6].

وقد أثارت هذه الفكرة جدلاً واسعاً بين الفقهاء؛ فأنصارها، ومنهم جوسيران، يرفضون فكرة استقلالية الإرادة المطلقة، معتبرين أن العقد ليس نتاج إرادة الأطراف وحدهم، بل هو أداة لتنظيم المصالح العامة في ظل ما سماه بـ"الاشتراكية القانونية" أو "العقد الموجَّه" الذي يخضع لتدخل القضاء والسلطة العامة لضمان التوازن والإنصاف[7].

استناداً لما تقدم يمكن تعريفه هو تدخل القاضي في مضمون العقد القائم بين الطرفين بهدف إعادة التوازن الاقتصادي أو العدلي إليه عند اختلاله بسبب ظروف طارئة أو تغيّرات اقتصادية — مثل تقلبات قيمة النقد — وذلك من خلال تعديل أو إضافة التزامات لم يتضمنها العقد صراحةً، بما يحقق العدالة بين المتعاقدين.

الفرع الثاني

تمييز التطويع القضائي للعقد عن غيره من اوضاع قانونية

أولاً- تمييز التطويع القضائي للعقد عن عقد الاذعان:

أدت التحولات الاقتصادية الحديثة إلى ظهور فئة من الأقوياء اقتصادياً من شركات ومؤسسات وأفراد يحتكرون تقديم السلع والخدمات، في مقابل الأغلبية الضعيفة اقتصادياً من المستهلكين الذين يضطرون إلى قبول الشروط التي يفرضها هؤلاء دون مناقشة، فتسمى هذه العقود عقود الإذعان.

وقد اختلف الفقه في تكييفها؛ فهناك من رأى أنها ليست عقوداً بل تصرفات بإرادة منفردة لأن أحد الطرفين يفرض إرادته بالكامل، ورأى آخرون أنها مراكز قانونية شبيهة بالقواعد العامة لأنها توضع لتنطبق على عدد غير محدد من الحالات.

---

(2) آمال أحمد ناجي الدليمي، المصدر نفسه، ص69.

(3) د. احمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، بلا دار طبع، مصر، 1913، ص 140.

(4) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم 1200/حقوقية، 1966، ابراهيم الشاهدي، قضاء محكمة التمييز، المجلد 4، بغداد، 1998، ص60.

(5) مشار اليه حدي لالة أحمد، دور القاضي المدني في تطويع العقد، بحث منشور في كلية الحقوق، جامعة تلمسان، بل معلومات، ص 172.

(6) زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، 2009، ص 94.

(7) حدي لالة أحمد، المصدر السابق، ص173.

إلا أن الرأي الراجح يعتبرها عقوداً حقيقية، لأن القانون لا يشترط المساومة أو التوازن الاقتصادي لقيام العقد، بل يكفي توافق الإرادتين ولو كان أحدهما أضعف من الآخر[8].

يرجع الخلاف بين الفقهاء حول طبيعة عقود الإذعان إلى اختلاف زاوية النظر إليها، فهي عملية مركبة تتضمن شقين الأول هو تلاقي إرادتي الطرفين، والثاني هو تحديد الشروط التي يضعها الطرف القوي منفرداً. فمن يركز على الشق الثاني يراها تصرفاً بإرادة منفردة أو مركزاً قانونياً، ومن يركز على الأول يعدّها عقداً عادياً، أما الاتجاه الوسط فيعتبرها عقداً ذا طبيعة خاصة يجمع بين الإرادتين لكنه يتميز بانفراد أحد الطرفين بوضع الشروط[9].

وبناءً على هذا الرأي، يمكن تعريف عقد الإذعان بأنه اتفاق يضع أحد الطرفين شروطه مسبقاً، ولا يملك الطرف الآخر سوى القبول بها كما هي، دون نقاش أو تعديل[10].

اعتبر القانون المدني العراقي النافذ عقد الاذعان عقداً حقيقياً تمشياً مع رأي الفقهاء الذين يرون أن عقد الاذعان هو عقد كسائر انواع العقود الاخرى أو يذهبون إلى ان حماية الطرف الضعيف المذعن يتولاها المشرع لا القضاء ، فقد تولى المشرع العراقي نفسه هذه الحماية ونص في المادة (167) في فقرتها الثانية على ما يلي (2. اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك3.. ولايجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة المذعن ولو كان دائناً" .

يتضح من النص اعلاه ان المشرع قد منح المحكمة سلطة واسعة في حماية الطرف المذعن عن طريق تعديل الشروط التعسفية او اعفاء المذعن منها وهذه السلطة هي (سلطة تخرج عن حدود مهمة المحكمة التي تقتصر على التفسير) [11].

لكن السؤال يثور حول متى يعد الشرط تعسفياً؟ والاجابة تساعدنا على ذلك هو مبدأ التعسف في استعمال الحق فقد نص على ذلك القانون المدني المصري في المادة (5) منه، اما القانون المدني العراقي فقد نص في مادته السابعة على مبدأ التعسف بصورة صريحة اذ جاء فيها :-"1.من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان . 2. ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية :-

أ. اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب. اذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير في ضرر بسببها . ج. اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة ".

إن الدور الذي يمارسه القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان والذي يخول له إما تعديل هذه الشروط وإما إلغاءها كلية. بهدف تحقيق العدالة، يتميز عن دور القاضي الهادف إلى تطويع العقد المواجهة التغير الحادث في الظروف الاقتصادية ، ويتم لسبب لاحق على ابرام العقد، وهو التغير الحادث في الظروف الإقتصادية التي أبرم العقد في ظلها، والذي قاد إلى إختلال العدالة التعاقدية بين الطرفين أما التدخل بهدف مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان فإنه يجد سببه في أمر كامن في العقد منذ إبرامه أي أن المتعاقد الضعيف قد أذعن لمثل هذه الشروط منذ لحظة تعاقده مع الطرف الآخر (القوي) وذلك الحاجته إلى ما يرتبه العقد لصالحه، ولعدم وجود البديل[12].

أما عن مدى السلطة الممنوحة للقاضي بعد تدخله فإنها في التطويع متعدية لتشمل العقد ككل في مجموعه، ولا تقتصر على شرط فيه كما أنها لا تقف عند حد تعديل التزام على عاتق المدين في العقد، أو إعفائه منه بل إنها تتجاوز ذلك إلى حد فرض التزام على عاتق الطرف الآخر، أو على الأقل زيادة التزام قائم على عاتقه. لكن هذه السلطة في الشروط التعسفية في عقد الإذعان تعتبر مقصورة على تعديل الشرط التعسفي أو على الأكثر الغاء مثل هذا الشرط[13].

---

[8] د. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الاذعان في القانون المصري، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1946، ص20.

[9] د. سعيد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الاذعان، 1992، بلا دار ومكان طبع، ص 2.

[10] د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ص 83.

[11] د.عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1974 ص148 .

[12] د.حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك – دراسة مقارنه ، دار الفكر العربي ، القاهر ، 1997 ،ص53 .

[13] د.احمد محمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية ازاء المضمون العقدي ، دار النهضة العربية ، 1994 ، ص212 .

لكن يجب أن يكون ملحوظا ان هذا الفارق في سلطة القاضي في الحالتين فارق مرن وغير جامد فخطوط الدورين الذين يمارسهما القاضي في التطويع وفي مواجهة الشروط التصفية، تتلاقى في الكثير من المواضع، وعلى الخصوص فيما يتعلق بتعديل التزام على عاتق المدين أو إعفائه منه. لذلك يكون الفارق الحاسم للتمييز بين دور القاضي في تطويع العقد المواجهة الظروف الاقتصادية المتغيرة ودوره ازاء عقود الإذعان كامنا في سبب التدخل فسبب التدخل للتطويع يكمن في ظروف اقتصادية تغيرت بعد إبرام العقد على حين يكمن سبب التدخل في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان في عيب كامن في العقد منذ مولده[14].

ثانياً- تمييز التطويع القضائي للعقد عن الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي هو اتفاق بين الدائن والمدين على تحديد مبلغ معين كتعويض مسبق في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه. أي أن الطرفين يقدّران سلفًا مقدار التعويض دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء لإثبات الضرر[15].

يُستخدم هذا الشرط في العقود التجارية مثل عقد التوريد أو البيع بالتقسيط، حيث يلتزم المورد أو المشتري بدفع مبلغ محدد إذا أخل بالتزامه أو تأخر في الوفاء به. الهدف منه هو تجنب النزاع القضائي حول مقدار الضرر وتبسيط تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ويجد اساسه في المادة (1/170) من القانون المدني العراقي التي نصت على " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعي في هذه الحالة احكام 168، 256، 257، 258"[16]. ويقوم الشرط الجزائي، وفقاً للتحليل القانوني، على أساسين متكاملين:

1- حلول الشرط الجزائي محل التعويض القانوني: يفترض أن الدائن قد لحقه ضرر نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه كلياً أو جزئياً، أو بسبب تأخره في التنفيذ. في هذه الحالة، ينشأ حق الدائن في التعويض طبقاً للقواعد العامة. إلا أن وجود شرط جزائي في العقد يجعل الجزاء المتفق عليه بديلاً عن هذا التعويض. وبالتالي، لا يستحق الدائن المبلغ إلا إذا توافرت أركان المسؤولية العقدية في جانب المدين[17].

ومع ذلك، لا يُلزم الدائن بإثبات جميع أركان المسؤولية، بل يكفي أن يثبت عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه. أما المدين، فيمكنه أن يُعفى من دفع الجزاء إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو التأخر راجع إلى سبب أجنبي، كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن أو الغير.

ثانياً: الشرط الجزائي كتقدير اتفاقي للتعويض: يُعدّ الشرط الجزائي تعويضاً اتفاقياً، لذلك إذا كان العقد الذي تضمنه باطلاً، بطل الشرط تبعاً له. كما يمكن إبطاله إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال[18].

ودور القاضي في تعديل الشرط الجزائي يمكن أن يكون التعديل لصالح المدين أو لصالح الدائن، فالتعديل لصالح المدين، يجوز للقاضي خفض المبلغ المتفق عليه إذا تبين أن الجزاء مبالغ فيه أو إذا نفذ المدين جزءاً من التزامه. أما التعديل لصالح الدائن، يجوز للقاضي زيادة مبلغ الشرط الجزائي إذا ثبت أن الضرر الحقيقي تجاوز المبلغ المتفق عليه، بشرط أن يثبت الدائن وجود غش أو خطأ جسيم من جانب المدين[19].

أما الإعفاء من الشرط الجزائي ، يتفق الفقه على أن الشرط الجزائي ليس مصدر التعويض، بل وسيلة لتقديره مقدماً، فمصدر التعويض هو الإخلال بالعقد ذاته، سواء كان بعدم التنفيذ أو التأخير فيه، ويشترط لاستحقاق الجزاء توافر، خطأ المدين، ضرر يصيب الدائن، علاقة سببية بين الخطأ والضرر[20]. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (170) من القانون

---

[14] د. رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة القاهرة، 1994 ،ص 292-293.

[15] د. محمد شتا ابو سعد، الشرط الجزائي، مجال اعماله وشروط ذلك الاعمال، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الاول، ص 55.

[16] تقابله المادة (222) من القانون المدني المصري ، والمادة (1152:1) من القانون المدني الفرنسي.

[17] فرج توفيق، لنظرية العامة للالتزام، في حكام الالتزام، ج2، 1985، بلا مكان النشر، ص 39.

[18] د. رشوان حسن رشوان، المصدر السابق، ص 297.

[19] ينظر: المادة (2،3/170) من القانون المدني العراقي.

[20] د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992، ص 293.

المدني العراقي على أنه" ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر..". وهذه القاعدة لا تضيف حكماً جديداً، بل تنقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين.

يتميز التطويع القضائي عن الشرط الجزائي بأنه إذا أعفى القاضي المدين من الشرط الجزائي بعد أن ثبت له أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، أو إذا خفّض مقدار الشرط الجزائي بسبب تنفيذ المدين جزءاً من التزامه، فلا مجال للخلط بين دور القاضي في هذه الحالة ودوره في تعديل العقد لمواجهة تغير الظروف الاقتصادية. ففي الحالة الأولى، يطبق القاضي قواعد المسؤولية العقدية، إذ إن أحد أركانها – وهو الضرر – قد تخلف، مما يؤدي إلى سقوط الالتزام بالتعويض. فلا يجوز إلزام المدين بدفع الجزاء المتفق عليه في غياب الضرر. أما في الحالة الثانية، والمتعلقة بالتنفيذ الجزئي، فإن مسؤولية المدين تقوم جزئياً فقط، لعدم تنفيذه كامل التزاماته، ومن ثم يكون من العدل تخفيض مبلغ الجزاء بنسبة الجزء المنفذ من الالتزام[21].

تبقى بعد ذلك حالتان قد يختلط فيهما دور القاضي بشأن الشرط الجزائي بدوره في تطويع العقد، وهما: تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه لصالح المدين، وزيادته لصالح الدائن عندما يتجاوز الضرر الحقيقي المبلغ المتفق عليه، أو عندما يكون الجزاء تافهاً. هذا التشابه الظاهري بين الدورين يستدعي التمييز بينهما على أساسين رئيسيين: أولاً، من حيث توافر أركان المسؤولية العقدية: فالقاضي لا يتدخل لتعديل الشرط الجزائي إلا بعد تحقق هذه الأركان في جانب المدين. أما في حالة تطويع العقد، فلا يُشترط قيام المسؤولية أصلاً، لأن التدخل القضائي هنا يهدف إلى تحقيق العدالة العقدية وإعادة التوازن بين التزامات الطرفين بعد اختلاله بفعل ظروف طارئة خارجة عن إرادتهما.

ثانياً، من حيث زمن نشوء سبب تدخل القاضي: فالسبب في تعديل الشرط الجزائي – سواء كان مبالغاً فيه أو تافهاً – يكون قائماً منذ لحظة إبرام العقد، إذ يتعلق بتقدير الطرفين لقيمة الجزاء عند التعاقد. أما سبب تدخل القاضي لتطويع العقد فينشأ لاحقاً، بعد إبرام العقد، نتيجة تغير الظروف الاقتصادية التي أُبرم في ظلها، والتي جعلت العقد الذي كان متوازناً في الأصل غير متوازن بسبب هذا التغير[22].

ثالثاً- تمييز التطويع القضائي للعقد عن الغبن:

يُقصد بالغبن في الفقه القانوني بأنه اختلال التعادل بين ما يقدّمه المتعاقد وما يحصل عليه، أي أن يكون المقابل المتفق عليه في العقد بعيدًا عن القيمة الحقيقية للمال أو الخدمة وقت التعاقد[23]. ويُعرف الغبن في الفقه الإسلامي بأنه عدم التكافؤ بين العوضين في عقود المعاوضة إلى درجة تخرج عن المألوف في التعامل بين الناس[24].

يتميز الغبن بعدة السمات الأساسية ومنها، يقتصر على عقود المعاوضة دون التبرع أو العقود الاحتمالية، لأن هذه الأخيرة تقوم بطبيعتها على احتمال الربح أو الخسارة. كذلك الوقت المعتمد لتقدير الغبن هو لحظة التعاقد، لا ما يطرأ من تغيّر لاحق في القيمة أو الأسعار؛ وهو ما يميّز الغبن عن نظرية الظروف الطارئة التي تفترض تغيرًا لاحقًا في التوازن العقدي. وأيضاً الغبن يُقاس بالقيمة الموضوعية للشيء، لا بالقيمة الشخصية في نظر أحد المتعاقدين، لأن الاعتبارات الذاتية لا أثر لها في تقدير العدل التعاقدي. وأخيراً لا يُعتد إلا بـالغبن الفاحش الذي يخلّ بالتوازن الاقتصادي للعقد، أما الغبن اليسير فلا أثر له لكونه أمرًا مألوفًا في المعاملات اليومية[25].

لم ينظم المشرع العراقي الغبن كعيب مستقل وحده الا إذا اقترن بالتغرير، ويتميز الغبن عن الاستغلال ، يُعدّ الغبن عيبًا في العقد يتمثل في اختلال التعادل بين ما يقدمه المتعاقد وما يحصل عليه اختلالًا فاحشًا يحدده القانون في كل حالة على حدة. ويختلف عن نظرية الاستغلال إذ تقوم هذه النظرية على استغلال أحد المتعاقدين لضعف أو حاجة أو طيش في الطرف الآخر للحصول على ميزة غير عادلة. ويكمن الفرق الجوهري بين النظريتين في أن الغبن يقوم على عدم التعادل الموضوعي في الأداءات دون حاجة لإثبات استغلال أو ضعف في الإرادة، بينما الاستغلال يشترط وجود سلوك

---

[21] د. رشوان حسن رشوان، المصدر السابق، ص 302.

[22] د. رشوان حسن رشوان، المصدر السابق، ص 303.

[23] د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، 1992، ص 222.

[24] علي الخفيف، الغبن في العقود، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات العربية، العدد العاشر، ص 2.

[25] د. خالد عبدالله عيد، نظرية العقد، جامعة محمد الخامس ، المغرب، 1979، ص 140.

استغلالي واع استهدف تحقيق منفعة من ضعف المتعاقد الآخر. كما أن تقدير الغبن يتم بالنظر إلى القيمة الموضوعية للأداءات وقت التعاقد، في حين يُنظر في الاستغلال إلى القيمة في نظر الأطراف ومدى تأثير الاستغلال في إرادتهم[26].

يمكن تمييز بين الغبن والتطويع القضائي من عدة نواح فإذا كان الغبن يتحدد بالنظر إلى قيمة الأداءات وقت ابرام العقد فإنه يتميز لذلك عن التطويع القضائي الذي يقوم سببه بعد فترة من إبرام العقد. فالتغير الحادث في الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها يؤدى إلى إختلال التوازن العقدي الذي كان قائما وقت ابرام العقد مما يقود إلى ضرورة تدخل القاضي لتطويع العقد. لادخال حكم المستجدات في الاعتبار. أما الغبن فهو أمر قائم منذ لحظة إبرام العقد، ولا ينظر بصدده إلى مستجدات الظروف الإقتصادية. ومن ناحية ثانية، فإن تدخل القاضي إزاء الغبن مقصور على العقود المنصوص عليها تشريعيا دون سواها، في حين أنه يتدخل في جميع العقود التبادلية أن تعلق الأمر بالتطويع لمواجهة الظروف الاقتصادية المتغيرة[27].

كذلك يتميز التطويع القضائي عن الغبن في الدور الذي يمكن أن يقوم القاضي به قدور القاضي مقصور في الغين على إما أن يجيب الطرف المغبون إلى طلبه إبطال العقد. وإما أن يرفض هذا الطلب ويعدله إلى رفع الغبن أما في التطويع القضائي فإن للقاضي سلطة أوسع نسبيا تساعده على إقامة العدالة بالكيفية التي يراها مناسبة المصلحة الطرفين.

وأخيرا فإنه يمكن تمييز التطويع القضائي عن الغبن، في أن القاضي لا يتقيد في التطويع بنسبة أو درجة إختلال العدالة، بل أنه قد يرى بالنظر إلى ظروف القضية المعروضة عليه أن العدالة التعاقدية اختلت بالرغم من أن الخسارة التي أصابت الطرف المدعى بسيطة أو العكس، فقد ترتفع الخسارة التي تحل بالمدعى ويرى القاضي على الرغم من ذلك أن العدالة التعاقدية لم تختل بدرجة تستدعى تدخله لتطويع العقد. وعلى العكس في الغبن حيث يتقيد القاضي بالنسبة التي نص عليها المشرع فإن لم تصل الخسارة التي حلت بالمدعى إلى النسبة التي حددتها القوانين فلا يمكن للقاضي أن يتدخل ويبطل العقد أو يرفع الخسارة، باسم الغبن[28].

رابعاً- تمييز التطويع القضائي للعقد عن نظرة الميسرة:

نصت الفقرة الثانية من المادة (394) من القانون المدني العراقي على أنه" فإذا لم يكن الدين مؤجلاً، او حل اجله، وجب دفعه فوراً ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة ، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم"[29].

يتضح من هذين النصين أن المشرّع في كلا النظامين منح القاضي سلطة استثنائية تخوّله أن يمنح المدين أجلاً جديداً أو آجالاً متعددة للوفاء بدينه، متى كانت حالته تبرر ذلك، شريطة ألا يترتب على هذا التأجيل ضرر جسيم يلحق بالدائن.

وعلى هذا الأساس تُعرَّف نظرة الميسرة بأنها إعفاء مؤقت للمدين من الوفاء في الميعاد المحدد، ومنحه أجلاً إضافياً يسدد خلاله دينه إذا اقتضت ظروفه ذلك ولم يتضرر الدائن ضرراً بالغاً من هذا التأجيل[30].

وشروط منح نظرة الميسرة هي **أن تكون حالة المدين تبرر منح الأجل**، يجب أن يكون المدين حسن النية في توقفه المؤقت عن الدفع، أي أن عثرته مالية عارضة لا تنم عن مماطلة أو تهرب. فيقدّر القاضي – بحسب ظروف كل حالة – ما إذا كانت هذه العثرة مؤقتة وقابلة للزوال. فمثلاً، من أصيب بمرض منعه من تسويق محصولاته وسداد ديونه يُعدّ في

---

[26] د.رشوان حسن رشوان، المصدر السابق، ص 307-308.

[27] د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، المصدر السابق، ص 212. 140.

[28] د. عصمت عبد المجيد، الغبن اللاحق وموقف القانون العراقي منه، العدالة، العدد الاول، السنة الرابعة، ص 40.

[29] تقابله المادة (246/ 2) من القانون المدني المصري، و الفقرة الثانية من المادة (1244) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه" يجوز للقاضي، مع مراعاة حالة المدين ومصالح الدائن، أن يؤجل أو يجزئ سداد المبلغ المستحق في حدود لا تتجاوز سنتين".

[30] بسام احمد حمدان، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين "دراسة مقارنة، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الاردن، 2018، ص 274.

وضع يبرر منحه نظرة ميسرة متى استوفت الشروط الأخرى. وتقدير هذه الحالة من مسائل الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي دون رقابة من محكمة النقض[31].

أن ألا يلحق بالدائن ضرر جسيم، شترط ألا يؤدي التأجيل إلى إلحاق ضرر كبير بالدائن، لأن العدالة التي تبرر التيسير على المدين لا يمكن أن تقوم على حساب إضرار صاحب الحق. فإذا كان الدائن قد بنى التزاماته المالية على استيفاء حقه في ميعاده، وكان أي تأخير سيؤدي إلى توقفه عن سداد ديونه وربما إلى إفلاسه، فلا يجوز للقاضي منحه نظرة ميسرة.

كذلك ألا يمنع القانون صراحة منح الأجل، إذا ورد نص قانوني يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة، وجب احترامه. فالمشرّع في هذه الحالة يكون قد حسم بنفسه التوازن بين مصالح الطرفين. ومن أمثلة ذلك المادة 161 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه في بيع المنقولات، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع، فإن البيع يُفسخ دون حاجة إلى إنذار إذا لم يدفع المشتري الثمن عند حلول الميعاد، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك[32].

أما عن دور القاضي في نظرة الميسرة يؤدي دورين رئيسيين هما **التحقق من ظروف الطرفين**، يبحث القاضي حالة المدين لتقدير مدى استحقاقه لنظرة الميسرة، ثم ينظر في ظروف الدائن لمعرفة ما إذا كان التأجيل يتعارض مع مصالحه أو يلحق به ضرراً جسيماً. وهذه المسائل من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض.

أيضاً تحديد مدة الأجل المناسبة، يقوم القاضي بتحديد المدة التي تمكّن المدين من تجاوز عثرته دون أن تُصيب الدائن بخسارة فادحة، فيوازن بين مصلحة المدين في التيسير ومصلحة الدائن في سرعة الوفاء. وتقدير هذه المدة يخضع أيضاً لسلطته التقديرية المطلقة. ويسترشد القاضي في ممارسته لهذين الدورين بمبادئ العدالة؛ فهي التي تبرر منحه المهلة للمدين إذا اقتضت حالته ذلك، وهي نفسها التي تدفعه إلى رفض التأجيل إذا كان سيصيب الدائن بضرر جسيم أو إذا كانت عثرة المدين لا يُتوقع زوالها.

والعلاقة بين نظرة الميسرة وتطويع العقد ، رغم أن نظرة الميسرة وردت بنصوص خاصة في التشريعات الحديثة، فإنها تُعد في جوهرها تطبيقاً من تطبيقات نظرية تطويع العقد لمواجهة الظروف الاقتصادية المتغيرة. فكلاهما يقوم على مبدأ واحد هو تحقيق التوازن العقدي عند اختلاله بفعل ظروف طارئة غير متوقعة. وإذا كان تطويع العقد يمثل القاعدة العامة في تعديل الالتزامات تبعاً لتغير الظروف، فإن نظرة الميسرة تُعد صورة خاصة من هذه القاعدة، تُطبّق في مجال الوفاء بالديون، وتستهدف تمكين المدين من تجاوز عثرته دون الإخلال بمصلحة الدائن أو الإضرار بها[33].

المطلب الثاني

وسائل التطويع القضائي للعقد

لا يقتصر دور القاضي في التطويع القضائي على جانب واحد، بل يمتد ليشمل مجموعة من الوسائل القانونية التي تمكّنه من تحقيق التوازن العقدي وضمان العدالة بين أطراف العقد. فالعقود قد تتعرض لظروف مختلفة، كالغموض في عباراتها أو تغير الظروف المحيطة بها، الأمر الذي يستدعي تدخل القاضي باستخدام وسائل متعددة تتناسب مع كل حالة.ومن خلال هذه الوسائل، يتحقق الهدف الأساسي للتطويع القضائي وهو تحقيق العدالة ومنع التعسف، مع مراعاة الظروف الواقعية والقانونية التي تحيط بالعقد.ولبيان هذه الوسائل بصورة أوضح، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:الفرع الأول: التطويع القضائي عن طريق تفسير العقد الفرع الثاني: التطويع القضائي للعقد عن طريق تفسير قواعد القانون

الفرع الأول

تطويع العقد عن طريق تفسير العقد

ولا شك أن أول ما يواجه القاضي عند نظره في العقد هو تفسيره متى اقتضت الحاجة ذلك، إذ إن التفسير في جوهره يقوم على "استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين"[34]. وحالات التفسير فهي لا تعدو أكثر من حالة واحدة ومنها:

---

[31] عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، 2016، ص142.

[32] عبد المنعم فرج صده، نظرية العق، المصدر السابق، ص 582.

[33] د. رشوان حسن رشوان، المصدر السابق، ص 319.

[34] د. عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص10.

1-حالة عبارة العقد واضحة: إذا جاءت عبارات العقد واضحة ومعبّرة بدقة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز للقاضي العدول عنها بالتفسير، إذ إن النص الواضح لا يحتاج إلى تأويل ما دام معناه الظاهر يتفق مع ما قصده الطرفان. وهذه القاعدة وضعها المشرّع على سبيل الإلزام، ويُعد الخروج عليها مخالفة للقانون تخضع لرقابة محكمة التمييز[35]. وهذه الحالة تخرج من نطاق مواجهة التغيير الطارئ في الظروف الاقتصادية عن طريق تفسير العقد، قد يستخدم المتعاقدان ألفاظًا واضحة في ظاهرها لكنها لا تعكس قصدهما الحقيقي، وهنا يجب على القاضي أن يطرح المعنى الظاهر ويبحث عن الإرادة الحقيقية للطرفين، مع خضوعه في ذلك لرقابة محكمة النقض[36]. ولم ينص القانون المدني العراقي على هذا المبدأ في مجال تفسير العقد المدني، حتى هذه الحالة تخرج من التطويع بالتفسير.

حالة عبارات العقد غامضة: قد تكون عبارات العقد غير واضحة أو مشوبة بغموض يجعل معناها غير جلي للوهلة الأولى، أو تحمل أكثر من معنى محتمل، وهنا تبرز الحاجة إلى تفسير العقد، ويقوم القاضي بهذا الدور للوصول إلى إرادة الطرفين الحقيقية وكشف مقصدهما المشترك[37]. **كذلك حالة قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين:** الأصل في حال الشك بشأن إرادة المتعاقدين أن يُؤول العقد لمصلحة المدين، إذ إن قاعدة براءة الذمة هي الأصل، والالتزام أو تحمل الذمة يعتبر استثناءً. كما أن عبء إثبات الالتزام يقع على الدائن، ويستثنى من ذلك تفسير العقود لمصلحة الطرف الأضعف اقتصاديًا، حتى لو كان الدائن، كما هو الحال في عقود الاذعان، حيث لا يجوز أن تضر العبارات الغامضة بمصلحة الطرف المذعن[38].

واستناداً لما تقدم أن مسألة وضوح العقد أو غموضه تُعد من سلطة القاضي الموضوعية المطلقة، ولا تخضع لرقابة محكمة النقض، لأن تحديد ما إذا كانت عبارات العقد واضحة أو غامضة هو بحث في واقع الدعوى، فالقاضي، عند ممارسته لسلطته في التفسير، يستطيع أن يُعيد التوازن بين التزامات الطرفين إذا طرأت ظروف اقتصادية جديدة، شريطة أن يكون هناك غموض في العقد من وجهة نظره هو، لا بحسب ما يراه المتعاقدان. لكن لا يجوز للقاضي، إذا قرر أن عبارات العقد واضحة، أن يُعدل مضمونه بحجة تحقيق العدالة أو استنادًا إلى العرف أو مبادئ القانون الطبيعي، لأن ذلك يُخالف نص الفقرة الأولى من المادة (150) من القانون المدني المصري التي تُلزمه بالالتزام بعبارات العقد الواضحة[39].

اخذت التشريعات محل الدراسة بالنظرية الذاتية في تفسير العقود التي تذهب إلى أن الإرادة هي أساس التصرف القانوني، سواء كانت صريحة أو ضمنية أو مفترضة، ويجب تغليب الإرادة النفسية عند إبرام العقد على التعبير المادي عنها. فالإرادة المشتركة تصبح قاعدة العقد وشريعته، ويلتزم الطرفان بما تضمنه العقد ضمن العلاقة القانونية الناشئة بينهما، وقد تأثرت بها القوانين العربية الحديثة، مثل المادة 150 من القانون المدني المصري، والمادة (155) من القان المدني العراقي ، والمادة (1188) من القانون المدني الفرنسي عند تفسير العقود[40]، وضحت أن إرادة الطرفين هي

---

[35] د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2020 ، ص264.

[36] جلال علي العدوي، مبادئ الالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، بدون معلومات طبع ومكانه، ص173.

[37] ينظُر: المادة (150/ 2) من القانون المدني المصري نصت على ما يلي " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات". وفي ذلك تنص المادة ١١٨٨ من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله في ٢٠١٦، على أن" يفسر العقد وفقا للنية المشتركة للأطراف دون التوقف عند المعنى الحرفي الألفاظه"، " إذا تعذر الكشف عن هذه النية. يفسر العقد وفقا للمعنى الذي يعطيه الشخص العادي حال وجوده في نفس الظروف".

[38] د. نبيل إبراهيم سعد، المصدر السابق، ص266-267.

[39] حسب الرسول الشيخ الالقزاوي، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص 598.

[40] ينظُر: المادة (1188) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن" يتم تفسير العقد وفقاً للنية المشتركة للاطراف دون التوقف عن المعنى الحرفي لألفاظه. اذا تعذر الكشف عن هذه النية يفسر العقد وفقاً للمعنى الذي يعطيه له الشخص العادي حال وجوده في نفس الظروف".

المرجع الأساسي في العقد، ويلزم القاضي البحث عنها والعمل بموجبها، حتى لو استلزم ذلك تجاهل المعنى الحرفي للألفاظ. وبذلك، يكرس المشرع الفرنسي أولوية الإرادة الباطنة على التعبير اللفظي عند تعارضهما.
وهناك اكثر من طريقة لرفع الغموض عند تفسير العقد، بحيث يعمل القاضي على تطويعه ويمنحه فرصة تعديله بشكل يتلائم مع مستجدات في الظروف الاقتصادية المتغير ومنها:

1-الاستناد الى الى قواعد العدالة في التفسير للوصول إلى تطويع العقد ،

استخدم المشرع فكرة العدالة عندما أحال القاضي الى قواعدها للبحث عن حكم يحسم النزاع المعروض عليه عند عدم وجود نص تشريعي أو عرف يحكم النزاع، وهذا ما نصت عليه المادة (2/1) من القانون المدني العراقي على (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة". كذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (2/150) من القانون المدني العراقي على هذا المعنى، مؤكدة شمولية نطاق العقد بما يتفق مع إرادة الطرفين وما يقتضيه لتحقيق أهدافه: "٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". ويعود أصل هذا النص للفقرة الثانية من المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري حيث نقلها المشرع العراقي حرفياً . وفي ذلك تنص المادة (1194) من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة 2016 على أن " لا تلزم العقود بما ورد فيها فقط، بل أيضاً بجميع ما يعتبر من مستلزماتها وفقاً للعدالة والعرف والقانون".
تُخوّل النصوص القانونية القاضي سلطة مرنة تمكّنه من تفسير العقود بما يتلاءم مع تغيّر الظروف الاقتصادية، مستندًا إلى فكرة العدالة التي تمنحه حرية تقديرية واسعة. فباسم العدالة، يمكن للقاضي تعديل التزامات العقد إذا تغيّلت مراكز المتعاقدين تغيّرًا جوهريًا، بما يضمن توازن الالتزامات ومنع إثراء أحد الأطراف على حساب الآخر[41].

2-الاستناد الى مبدأ حسن النية في التفسير للصول الى تطويع العقد:

حيث نصت المادة (1/150) من القانون المدني العراقي على "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وتنص المادة(١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي على أن الاتفاقات يجب أن تنفذ بحسن نية " ومن هنا يستطيع القاضي أن يستند إلى هذه النصوص في تفسير الغموض الذي يكتنف العقد المعروض عليه نزاع خاص به فيأخذ بتفسير يتفق مع حسن النية في المعاملات.
تُلزم فكرة حسن النية المتعاقد بالاستقامة والتعاون في تنفيذ العقد، فيمتنع عن الإضرار بالطرف الآخر ويساعده عند الحاجة، كتحمّل جزء من المخاطر عند تنفيذ الالتزامات. وعند تفسير النصوص الغامضة، يراعي القاضي هذا الالتزام المتبادل بين الطرفين ليصل إلى تفسير منصف، كما تمنح فكرة حسن النية القاضي سلطة واسعة في تفسير العقود، فيمكنه إعفاء أحد المتعاقدين من بعض الالتزامات غير الجوهرية أو تحميل الآخر التزامات جديدة لم تُذكر صراحة، مما يجعل التفسير أداة قضائية مرنة لتكييف العقد بما يحقق العدالة والتوازن بين الطرفين[42].

3- الاستناد الى فكرة النظام العام في التفسير للوصول الى تطويع العقد

واشار المشرع العراقي الى النظام العام في المادة (1/130) التي جاء فيه " يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام أو الاداب والا كان العقد باطلاً"، كذلك المادة (1/132) التي نصت على " يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام أو للاداب"[43] .
يمكن القول إن القاضي، عند تفسير العقد، يستطيع الاستناد إلى مفهومي النظام العام والآداب الحميدة بما يتوافق مع متغيرات الزمان والمكان، ليُطوّع العقد بما ينسجم مع العدالة الاجتماعية وظروف الواقع الاقتصادي المتبدلة. فإغفال تأثير التغيرات الاقتصادية يتعارض مع النظام العام والآداب، ومن ثم يجوز للقاضي تعديل التزامات المتعاقدين لتحقيق

---

[41] د. حامد زكي، عقد التوريد وتغير الظروف الفجائي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، ص 95.

[42] د.السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، ص910 وما بعدها.

[43] تقابله المادتان (135 و136) من القانون المدني المصري ، والمادتان (1128، 1133) من القانون المدني الفرنسي.

التوازن بينهما. وبهذا التفسير، يتمكن القاضي من استنباط الالتزامات الضمنية من بنود العقد أو تقييد بعض الشروط أو حتى إهمالها إذا خالفت روح العدالة أو المصلحة العامة[44].

الفرع الثاني

التطويع القضائي للعقد عن طريق تفسير قواعد القانون

يرى بعض الفقه أن التفسير يقتصر على القانون المكتوب دون أن يمتد إلى العرف أو قواعد الدين، لأن تفسير العرف يرتبط بإثبات وجوده، ولأن النصوص الدينية لها مناهج تفسير خاصة بها. لكن الرأي الراجح يعتبر أن التفسير يشمل جميع مصادر القاعدة القانونية، سواء كانت تشريعية أو عرفية أو دينية أو قضائية، لأن الغموض قد يعتري أي قاعدة من هذه القواعد، مما يستلزم تدخل القاضي لتحديد معناها وتطبيقها على النزاع[45]. يختلف الفقهاء حول دور التفسير تجاه القاعدة القانونية، وانقسموا إلى مدرستين رئيسيتين ثم ظهرت مدرسة ثالثة حديثة:

1. **مدرسة الشرح على المتون:** نشأت بعد التقنينات الفرنسية في عهد نابليون في مطلع القرن التاسع عشر، واعتمدت على تقديس النصوص القانونية واعتبارها شاملة لكل الحلول القانونية الممكنة. يرى أنصارها أن مهمة المفسر هي فقط الكشف عن إرادة المشرّع، لا الاجتهاد أو الابتكار، وأن النصوص تحتوي صراحةً أو ضمنًا على الجواب لكل مسألة[46]. فعندما تكون ألفاظ النصوص واضحة، يلتزم القاضي بالمعنى اللغوي المباشر، أما إذا كانت غامضة، فيجوز له الاستعانة بعناصر خارج النص للوصول إلى إرادة المشرّع الحقيقية.

يرى أنصار مدرسة الشرح على المتون أن المفسر يلجأ إلى عناصر خارج النص للوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرّع عند غموض النص، وأهم هذه العناصر ثلاث: **الأعمال التحضيرية**، وتشمل المناقشات والمذكرات التي رافقت إعداد النص وإقراره في البرلمان، إذ تمكّن المفسر من معرفة نية المشرّع الأصلية. **المصادر التاريخية**، وهي القوانين أو النظم السابقة التي استُمد منها التشريع، مثل اعتماد المشرع المصري على القانون المدني الفرنسي أو الفقه الإسلامي. **والحكمة من النص**، أي الغاية التي أراد المشرّع تحقيقها من وضع النص، إذ تساعد على توضيح مقصوده ومجال تطبيقه[47].

وعندما يتعذر معرفة الإرادة الحقيقية للمشرّع رغم كل ذلك، ينتقل المفسر إلى الإرادة المفترضة، أي استنباط الحلول التي يُفترض أن المشرّع كان سيختارها لو واجه المسألة محل النزاع. ويتم ذلك من خلال أدوات الاستنتاج القانونية، أهمها: **القياس**، إلحاق حالة غير منصوص عليها بأخرى منصوص عليها لتشابه العلة بينهما. **والاستنتاج من باب أولى**، إعطاء حكم لحالة غير منصوص عليها تكون علة الحكم فيها أقوى من الحالة المنصوص عليها. **ومفهوم المخالفة**، استنتاج حكم معاكس للحكم الوارد في النص إذا اختلفت علة الحالة الجديدة عن علة الحالة المنصوص عليها. بهذه الوسائل يحافظ المفسر، في نظر هذه المدرسة، على احترام إرادة المشرّع سواء كانت حقيقية أو مفترضة[48].

كما يرفضون القياس على الاستثناءات، لأن المشرّع قصد حصرها في نطاق ضيّق. وعند تعذر الوصول إلى إرادة المشرّع، يلجأ المفسر إلى المبادئ العامة المستخلصة من تجميع النصوص القانونية للوصول إلى فكرة مشتركة تعبّر عن الإرادة المفترضة للمشرّع.

2- **مدرسة التفسير الحر:** فقد نشأت ردًا على جمود مدرسة الشرح على المتون بعد أن أثبت الواقع عجزها عن مواكبة التطورات. فقد ظهر أن القوانين المكتوبة، مهما بلغت دقتها، لا تستطيع استيعاب كل الوقائع المستجدة، خاصة مع التحولات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية الحديثة. كما أن الاعتماد على الأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية للوصول إلى نية المشرّع ثبت أنه غير دقيق، لأنها غالبًا متناقضة وغير ملزمة. لذلك دعت هذه المدرسة إلى منح القاضي حرية أوسع في تفسير النصوص، مستندًا إلى روح القانون ومقتضيات العدالة والظروف المتغيرة، لا إلى إرادة المشرّع التاريخية وحدها[49].

---

[44] د. حسن كيره، المدخل الى القانون،ط4، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1971، ص 47.

[45] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، د. احمد حشمت ابو ستيت، أصول القانون، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ص 236.

[46] د. نعمان محمد خليل جمعه، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، 1994، ص 290.

[47] د.عبد الرشيد مأمون، الوجيز في المدخل للعلوم القانونية، ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 290.

[48] د. رشوان حسن رشوان، المصدر السابق، ص 345..

[49] د.عبد الرشيد مأمون، المصدر السابق، ص 245.

نتيجة لذلك، ظهر الفقيه الفرنسي فرنسوا جيني (F. Gény) الذي أسس عام 1899 ما يُعرف بـ مدرسة البحث العلمي الحر أو المدرسة العلمية في التفسير. ترى هذه المدرسة أن المفسر يجب أن يقتصر على الإرادة الحقيقية للمشرّع، لا الإرادة المفترضة التي ابتكرتها مدرسة الشرح على المتون. وإذا لم تكشف النصوص عن إرادة واضحة، فعلى القاضي أن يبحث بحرية عن الحل العادل استنادًا إلى الحقائق الاجتماعية والعقلية والتاريخية، فيتقمص دور المشرّع عند الضرورة دون أن يتحول إلى مشرّع مطلق[50].

تركز هذه المدرسة على أن القانون ليس مجرد نصوص جامدة، بل كائن حيّ يتطور مع المجتمع، وأن دور القاضي هو تكييف القاعدة القانونية مع واقع الحياة. ومع ذلك، تبقى سلطته مقيدة بالقيم الاجتماعية السائدة حتى لا تتحول إلى سلطة تحكمية.

وقد تبنّى الفقه والقضاء المعاصران هذا الاتجاه، خصوصًا في تفسير قواعد العقد لمواجهة الظروف الاقتصادية المتغيرة. إذ أدركوا أن التفسير الحرفي للنصوص القديمة لم يعد كافيًا بعد التطور العلمي والاقتصادي والاجتماعي، فمالوا إلى تفسير أكثر مرونة يحقق العدالة وفق متطلبات الواقع. وبذلك أصبحت مدرسة التفسير أو البحث العلمي الحر وسيلة لتحديث القانون وجعله قادرًا على مواكبة التغيرات دون الإخلال بمبدأ العدالة[51].

يُظهر الفقه والقضاء ميلاً واضحاً نحو مدرسة التفسير العلمي الحر، خاصة في مجال نظرية العقد، سعياً لتكييف أحكام القانون المدني بما ينسجم مع التحولات الاقتصادية المتغيرة. وقد قاد هذا الاتجاه في بعض الأحيان إلى تجاوز حرفية النصوص القانونية، انطلاقاً من مبدأ أن النص القانوني يُفسَّر في زمن تطبيقه لا زمن وضعه، حتى يحقق غايته الأساسية في إقامة العدل بين المتعاقدين[52].

استخدم القضاء الفرنسي أداة التفسير المرن لمواجهة أثر تغير الظروف الاقتصادية على العقود. فبينما حددت المادة (1108) من القانون المدني الفرنسي على أن السبب ركن من أركان العقد يجب توافره عند إبرامه، وفي ضوء ذلك تفسر المادة (1131) من القانون المدني الفرنسي على وجود السبب وقت التعاقد لا وقت التنفيذ وجاء فيها " الالتزام بدون سبب أو المستند الى سبب وهي أو إلى سبب غير مشروع لا ينتج أي أثر"[53] رأت محكمة النقض الفرنسية أن السبب يجب أن يظل قائماً حتى مرحلة التنفيذ، وإلا انهار العقد. وقد تجلى ذلك في حكمها الصادر بتاريخ 25 أكتوبر 1977، إذ قررت أن استحالة تنفيذ الالتزام بسبب إفلاس الشركة المدينة يجعل الالتزام بلا سبب، شريطة ألا يكون ذلك نتيجة خطأ من الدائن نفسه. وبهذا وسّع القضاء مفهوم السبب ليشمل الظروف اللاحقة على التعاقد، مما أتاح له تطويع العقد لمواجهة المتغيرات الاقتصادية[54].

أما في ما يخص مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، فقد حاول بعض الفقه الفرنسي توسيع مفهومه ليشمل التزاماً إيجابياً بالتعاون بين الأطراف لمواجهة التغيرات الاقتصادية، استناداً إلى المادة (2/1134) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على " يجب تنفيذها بحسن نية"[55]. غير أن القضاء الفرنسي تمسك بالمفهوم التقليدي لحسن النية، مقتصراً على الالتزام السلبي بعدم الغش أو المخادعة، ورفض تحويله إلى وسيلة لتعديل العقد أو إعادة التوازن فيه بعد إبرامه.

وخلاصة القول، إن الفقه الفرنسي سعى من خلال التفسير العلمي الحر إلى جعل العقد أداة مرنة قادرة على التكيّف مع الواقع الاقتصادي، بينما ظل القضاء أكثر تحفظاً، متمسكاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد واستقرار المعاملات القانونية، رغم إدراكه لحاجة القانون إلى التفاعل مع التحولات الاجتماعية والاقتصادية.

المبحث الثاني

تطبيقات واثار التطويع القضائي للعقد

تتجلى تطبيقات التطويع القضائي في صور متعددة، مثل معالجة الغموض في بنود العقد، أو مواجهة الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، أو الحد من التعسف في استعمال الحق. وفي كل هذه الحالات، يسعى القاضي

---

[50] د.نعمان محمد خليل جمعة ، المصدر السابق، ص 410.

[51] د. رشوان حسن رشوان، المصدر السابق، ص 349.

[52] د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، بلا سنة نشر، ص 569.

[53] تقابله المادة (132) من القانون المدني العراقي ، والمادة (136) من القانون المدني المصري.

[54] د. رشوان حسن رشوان، المصدر السابق، ص 355.

[55] تقابله المادة (150) من القانون المدني العراقي ، والمادة (146) من القانون المدني المصري.

إلى حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي دون الإخلال بأصل الاتفاق أما من حيث الآثار، فإن التطويع القضائي يؤدي إلى نتائج قانونية مهمة، منها تعديل بعض الالتزامات العقدية، أو إعادة تفسيرها بما يتفق مع نية المتعاقدين، أو حتى الحد من تنفيذها في حالات معينة. وهذه الآثار تسهم في تحقيق الاستقرار في المعاملات القانونية وتعزز الثقة في القضاء.ولغرض بيان ذلك بشكل مفصل، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:المطلب الأول: تطبيقات التطويع القضائي للعقد ،المطلب الثاني: آثار التطويع القضائي للعقد

المطلب الأول

صور التطويع القضائي للعقد

تتعدد صور التطويع القضائي للعقد تبعاً لاختلاف الحالات التي تستدعي تدخل القاضي، إذ لا يقتصر هذا التدخل على وسيلة واحدة، بل يشمل عدة صور تهدف جميعها إلى تحقيق العدالة العقدية وإعادة التوازن بين أطراف العقد. فالقاضي يتدخل عندما يكون هناك غموض في العقد، أو نقص في أحكامه، أو تغير في الظروف التي تم في ظلها إبرام العقد وتُعد هذه الصور وسائل أساسية بيد القاضي لضمان تحقيق التوازن العقدي ومنع التعسف، مع الحفاظ على مبدأ سلطان الإرادة ضمن الحدود التي يقرها القانون ولبيان هذه الصور بشكل أوضح، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:الفرع الأول: التطويع القضائي للعقد عن طريق إنشاء القواعد القانونية،الفرع الثاني: التطويع القضائي للعقد عن طريق استكمال نقص العقد.

الفرع الأول

التطويع القضائي للعقد عن طريق إنشاء القواعد القانونية

أحياناً لا تكفي وسائل التفسير التقليدية لتمكين القاضي من الوصول إلى الحل العادل للنزاع، ويحدث ذلك عندما يكون هناك نقص أو قصور في القواعد القانونية. فالمشرّع يضع القوانين في ظل ظروف اقتصادية وسياسية واجتماعية وأخلاقية معينة، إلا أن هذه الظروف تتغير مع تطور الحياة، مما يجعل بعض النصوص عاجزة عن مواجهة الوقائع الجديدة والمنازعات المستحدثة أمام القضاء.

وفي المقابل، تُلزم التشريعات القاضي بالفصل في جميع المنازعات المعروضة عليه، وتحظر عليه الامتناع عن الحكم لأي سبب، وإلا عُدّ مرتكباً لجريمة إنكار العدالة، حتى في حال عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع، ولحل هذا التعارض بين واجب القاضي في إصدار الحكم وقصور النصوص القانونية، اتجهت التشريعات والفقه وأحكام القضاء إلى تمكين القاضي من دور خَلّاق في استنباط القواعد اللازمة للفصل في النزاعات، أي منحه قدراً من سلطة التشريع عند غياب النص، بما يحقق العدالة ويواكب تطور المجتمع[56].

تصوّر شُرّاح القانون المدني الفرنسي الأوائل أن هذا القانون بلغ من الكمال والدقة حدّاً يجعله قادراً على معالجة جميع المنازعات دون استثناء، وأن على القاضي فقط أن يرجع إلى نصوصه ليجد الحل المناسب لكل قضية تُعرض عليه. وقد استند هذا الاعتقاد إلى ظروف تاريخية خاصة عاشتها فرنسا قبل الثورة، حين ساد الفساد القضائي والفوضى التشريعية، إذ كان القضاء آنذاك مجالاً للنفوذ والرشوة والتدخل في شؤون الإدارة، مما عطّل سير العدالة والإدارة معاً[57].

بعد الثورة الفرنسية، ساد الاتجاه نحو الفصل الصارم بين السلطات، فحُصر التشريع في يد السلطة التشريعية، بينما اقتصر دور القضاء على تطبيق القانون دون تجاوزه أو الإضافة إليه. وجاءت مدونات نابليون لتُوحِّد القواعد القانونية بعد تعدد الأعراف والتشريعات المحلية، فكان طبيعياً أن يتولد لدى الفقه التقليدي نوع من التقديس لهذه المدونات، واعتبارها مصدراً مكتفياً بذاته، بل شبه مقدّس لا يجوز الخروج عنه أو استحداث قواعد جديدة بجانبه[58].

---

[56] د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية بوهران، الجزائر، 1984، ص 192.

[57] د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، دور القاضي في صنع القواعد القانونية أو الدور الخلاق للقاضي دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العدالة التي تصدرها دولة الامارات العربية، العدد الثامن عشر، السنة السادسة، ص 72.

[58] د. حسن كيره، المدخل الى القانون، المصدر السابق، ص 302.

وانتقل هذا الفكر إلى بعض الفقهاء المصريين، الذين رأوا أن القاضي يجب أن يلتزم بدوره المحدود في تطبيق النصوص القانونية دون أن يتدخل في تعديلها أو إنشاء قواعد جديدة، فإعادة النظر في العقود أو تعديلها من اختصاص الأطراف لا القضاء. فالقاضي، في نظر هذا الاتجاه، ليس مشرّعاً وإنما مجرد مُفسِّر للفصل في النزاع المعروض عليه[59].

ويستند هذا الموقف إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به الفيلسوف مونتسكيو، ومؤداه أن لكل سلطة اختصاصاً محدداً لا يجوز تجاوزه، السلطة التشريعية تضع القوانين، والتنفيذية تطبقها، أما القضائية فمهمتها تطبيق القانون القائم دون إنشائه، كما أضاف أنصار هذا الاتجاه حججاً عملية، مؤكدين أن القاعدة القانونية يجب أن تكون عامة ومجردة وموجهة للمستقبل، بينما القاعدة التي يضعها القاضي لحكم نزاع معين تكون خاصة وذات أثر رجعي، مما يفقدها صفة العموم والتجريد. ولهذا، نصت المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي صراحة على منع القضاة من إصدار أحكام ذات طابع تنظيمي أو تشريعي، وهو ما أكدته أيضاً المادة 1351 التي" قصرت حجية الشيء المقضي به على موضوع الحكم ذاته دون أن تمتد لغيره"[60].

ومهما بدت حجج الاتجاه الرافض لتوسيع سلطة القاضي مقنعة من الناحية النظرية، فإنها تنهار أمام الواقع العملي. والحقيقة أن كثيراً من المسائل تبقى خارج نطاق التشريع التفصيلي، إما لأنها محل خلاف فقهي وتشريعي، أو لأن واضعي القانون آثروا تركها لتقدير الواقع وتطور الزمان. وتظهر هذه الحقيقة بوضوح في الأعمال التحضيرية للتشريعات، التي كثيراً ما تبرر السكوت التشريعي باعتبارات تتعلق بالمرونة أو باختلاف الآراء داخل السلطة التشريعية. لقد أثبت التطور العلمي والتقني والاجتماعي — من صناعة السيارات إلى التحولات الأخلاقية والفكرية — أن التشريعات، كالقانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804، لم تكن قادرة على استيعاب العلاقات الجديدة التي أفرزها العصر الحديث، فبقيت نصوصها عاجزة عن معالجة الكثير من الوقائع المستحدثة. وينطبق هذا أيضاً على التشريعات الحديثة في الدول الأخرى، ومنها التشريع المصري، الذي يواجه الإشكال ذاته في مجاراة تطور المجتمع[61].

إزاء هذا الواقع، دعا الفقه المعاصر في فرنسا ومصر إلى ضرورة تمكين القاضي من دورٍ خَلّاق في تطوير القاعدة القانونية، بحيث لا يقتصر على تطبيق النصوص الجامدة، بل يُسهِم في تفعيل روح القانون لمواكبة تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية.، فالفقه الفرنسي يقول "السماح للقاضي بأن يكمل كل نقص في القانون إذا ما عرض عليه نزاع ولم يجد له حكما فيما بين يديه من قواعد قانونية ففي غياب النص يجبر القاضي على أن يشيد بنفسه القواعد الصالحة لتكملة القصور في القانون، وذلك عند وجود مشكلة اقتصادية". فالفقه الفرنسي الحديث يعتبر "أن القضاء يعد مصدرا من مصادر القانون يدرك بصفة مباشرة وفورية عند ضرورات الحياة الاجتماعية فأحيانا يأتي القانون متأخرا عن الوقائع الاجتماعية، وعندئذ تكون المحاكم هي التي تضع القواعد التي تبدو لها ضرورية ونقول منذ الآن أنه يحدث أن يشيد القضاء قاعدة جديدة كليا دون سند حقيقي من النصوص ونقول عندئذ أن الأمر يتعلق بقضاء بريتوري متذكرين سلطات البريتور الروماني في إنشاء القانون"[62].

، أما الفقهاء العرب المعاصرون فيقولون أن "القاضي محظور عليه الامتناع عن إصدار الحكم في المسألة المعروضة عليه حتى ولو لم يجد نما في التشريع وإنما يتعين عليه البحث عن الحل في المصادر الأخرى مثل العرف ومبادىء الشريعة الإسلامية أو مباديء العدالة والقانون الطبيعي، كما أن طريق القياس مفتوح أمام القاضي المدني بحيث لا يقف عاجزا أمام قصور النصوص"[63].

يُلاحظ أن القضاء المدني، بخلاف القضاء الإداري، يمارس دوره في إنشاء القواعد القانونية بحذر شديد، إذ يلتزم في الغالب بقاعدة الفصل بين السلطات ولا يتجاوزها إلا في حالات نادرة، وغالباً ما يُخفي هذا التجاوز وراء تبريرات

---

[59] د. د. حامد زكي، عقد التوريد وتغير الظروف الفجائي، المصدر السابق، ص 95.

[60] د. عبد المنعم عبد العظيم جيره، المصدر السابق، ص63.

[61] د. رشوان حسن رشوان، المصدر السابق، ص 372– 373.

[62] PHILIPPE MALAURIE, Rapport sur les reactions de ladoctrine a la creation du droit par les juges, Travaux de l'assaction de H.C. 1980, P. 80, No. 13.

[63] د. محمد عبد الظاهر حسين، المدخل للدراسات القانونية، نظرية القانون، دار النهضة العربية، 1993، ص 266،.

ظاهرها احترام النصوص. أما في الدول ذات النظام القضائي المزدوج، فإن القضاء الإداري يتمتع بقدر أكبر من الجرأة في خلق القواعد اللازمة لحسم النزاعات عند غياب النص[64].

كما يتجلى في أحكام مجلس الدولة الفرنسي، الذي أرسى مبدأ تعديل الالتزامات التعاقدية لمواجهة التغيرات الاقتصادية الطارئة. فقد قضى المجلس في حكمه الصادر بتاريخ 2 فبراير 1846 بزيادة الأسعار في عقد مبرم بين الإدارة وأحد الأفراد بعد أن تسببت الحرب في ارتفاع الأسعار العامة. كما كرّس في حكمه الصادر في 13 مارس 1870 مبدأ السماح بتعديل شروط العقد بما يتناسب مع الظروف الاقتصادية الجديدة الناتجة عن الحرب الفرنسية – الألمانية[65].

غير أن الحكم الأبرز في هذا المجال هو قضية "غاز بوردو" الشهيرة لعام 1916، حيث أقرّ مجلس الدولة الفرنسي قاعدة جديدة مؤداها أن الضرر الناتج عن تغير الظروف الاقتصادية لا يتحمله أحد المتعاقدين وحده، بل يجب أن يشارك الطرف الآخر في تحمله تحقيقاً للعدالة واستمراراً لسير المرفق العام بانتظام. وبذلك أرسى القضاء الإداري مبدأ نظرية الظروف الطارئة التي أصبحت لاحقاً من أسس العدالة التعاقدية[66].

أما القضاء المدني، فعلى الرغم من أنه أحياناً يبتدع حلولاً جديدة لمشكلات لا نص يحكمها، إلا أنه يتجنب الاعتراف الصريح بسلطته التشريعية، ويدّعي أن ما توصل إليه ليس خلقاً لقواعد جديدة، بل كشفٌ عن مبادئ قائمة ضمن "قواعد القانون الطبيعي" أو "مقتضيات العدالة" أو "روح الإنصاف". وهي تعبيرات فضفاضة تخفي في حقيقتها دور القاضي المبدع في صياغة الحل المناسب لما يعرض عليه من نزاعات.

وفي القانون المدني المصري، منح المشرّع القاضي سلطة أوسع من نظيره الفرنسي، إذ نصت المادة الأولى على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي، فعلى القاضي أن يحكم بالعرف، ثم بمبادئ الشريعة الإسلامية، ثم بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وهذه الإحالة الواسعة تفتح أمام القاضي مجالاً رحباً للإبداع، وتمكنه عملياً من سنّ القاعدة القانونية التي يراها أكثر ملاءمة للفصل في النزاع، أي أنه يجمع بين دور المشرّع والقاضي في آن واحد. ويُفسَّر هذا الحذر لدى القضاء الفرنسي تاريخياً برغبته في الحفاظ على هيبة النصوص والتقاليد القانونية الراسخة، في حين تتجه المدرسة القانونية الحديثة في فرنسا ومصر إلى تجاوز الجمود التشريعي، والدعوة إلى قراءة القوانين القديمة بعيون جديدة تراعي الواقع الاقتصادي والاجتماعي المعاصر. ومن ثم، أصبح من المقبول اليوم النظر إلى القاضي بوصفه شريكاً في تطوير القانون، لا مجرد منفّذ له، يبتكر الحلول حين يعجز التشريع عن مواكبة تطور الحياة[67].

وخلاصة القول أن بلاد القانون المدنى تعطى القاضي القدرة على خلق القواعد القانونية عند عجز التشريعات عن مواجهة ما يجد من نوازل وما أكثر هذه الأخيرة في عصر يموج بالتغيرات الإقتصادية السريعة والمتلاحقة .

وبهذه المكنة يتدخل القاضي في الرابطة العقدية ليعيد التوازن إليها إذا ما اختل هذا التوازن بفعل التغيرات الإقتصادية وبالتالي يقوم بعملية تطويع العقد ليجعله يستوعب التقلبات الإقتصادية الجديدة، دون أن يصاب أحد طرفيه بضرر، ويثرى الطرف الآخر على حساب هذا الضرر.

أما الشريعة الإسلامية تقوم على مبدأ الكمال المطلق في أحكامها، كما جاء في قول الله تعالى: «وما فرطنا في الكتاب من شيء»[68]، وقوله سبحانه: «اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا»[69].

غير أن معنى كمال الشريعة يختلف باختلاف فروعها: ففي مجال العقيدة والعبادات والأخلاق، يتجلى الكمال في وجود النصوص القطعية التي تحدد هذه الأحكام تفصيلاً، كالإيمان بالله وملائكته ورسله، والصدق والكرم وحسن الخلق، وأحكام الصلاة والزكاة والصوم والحج، وكلها وردت بنصوص واضحة في القرآن والسنة. أما في مجال المعاملات – وهو ما يقابل القوانين بالمعنى الحديث – فإن مفهوم الكمال يأخذ بعداً مختلفاً. فبعض أحكام المعاملات تتسم بالثبات، مثل المواريث وأحكام الأسرة، وهذه مصدرها النصوص القطعية التي لا تتغير. بينما هناك معاملات أخرى تتطور بتطور

---

(64) د. محمد عبد الاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991، ص 192.

(65) الرسول الشيخ الفزاوي، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، المصدر السابق، ص 122.

(66) د. رشوان حسن رشوان، المصدر السابق، ص 378.

(67) د. عبد العظيم جبره، المصدر السابق، ص 82.

(68) سورة الانعام، الآية (38).

(69) سورة المائدة، الآية (3).

الزمان والمكان، مثل البيع، والشركات، والعقود الدولية، وهذه تتطلب اجتهاداً فقهياً متجدداً لاستنباط أحكامها من مصادر الشريعة المتعددة، لا من نصوص محددة بالضرورة[70].

ولهذا أجمع جمهور الفقهاء على أن القاضي يجب أن يجتهد إذا لم يجد نصاً صريحاً يحكم النزاع المعروض عليه، حتى لا يبقى الناس في حرج. والقاضي حين يفعل ذلك لا يحكم بالهوى، بل يستند إلى مقاصد الشريعة العامة وأدلتها الكلية، ابتغاءً للوصول إلى الحكم الذي شرعه الله تعالى في الواقعة. فالله سبحانه دلّ على أحكامه بأدلة متنوعة: منها نصوص القرآن، وأحاديث الرسول ﷺ، والمبادئ العامة، والقواعد الكلية، والقياس، والمصلحة، والعرف، والاستحسان، والاستصحاب، وشرع من قبلنا، وغيرها من أصول الاستنباط المعتبرة. ومن ثم، فإن القاضي في الإسلام مشرّع بمعنى الاجتهاد لا الابتداع؛ فهو يستخرج الحكم الشرعي بما يتفق مع روح النصوص ومقاصدها. وقد أجمع الفقهاء – باستثناء أهل الظاهر – على أن للقاضي دوراً خلاقاً في استنباط الحكم المناسب للوقائع المستجدة التي لم يعرفها السابقون[71].

يتضح لنا أن القاضي يلتزم أولاً بالنظر في الكتاب والسنة، فإن وجد الحكم عمل به، وإن لم يجد لجأ إلى الإجماع، ثم إلى القياس. فإن لم يسعفه شيء من ذلك، تمسك بـ البراءة الأصلية، ثم بما يراه من الأدلة المعتبرة في مذهبه. وفي حال التعارض بين الأدلة، يبدأ بمحاولة الجمع بينها، فإن تعذر، رجع إلى الترجيح، فإن لم يجد مرجحاً عمل بالأحدث من الأدلة. إن كمال الشريعة الإسلامية لا يعني جمودها أو توقفها عند حدود النصوص، بل يعني قدرتها الدائمة على توليد الأحكام عبر الاجتهاد، بما يجعلها صالحة لكل زمان ومكان، ويجعل من القاضي المسلم شريكاً في استنباط حكم الله، لا مجرد ناقلٍ جامدٍ له.

الفرع الثاني
التطويع القضائي للعقد عن طريق استكمال نقص العقد

يُعد استكمال نقص العقد من أبرز صور التطويع القضائي التي يمارس فيها القاضي دوراً إيجابياً في تحقيق العدالة العقدية، إذ لا تقتصر مهمة القاضي على تفسير ما ورد في العقد من نصوص، وإنما تمتد لتشمل سدّ ما قد يشوبه من نقص أو سكوت عن تنظيم بعض المسائل الجوهرية أو الثانوية. فالعقود في الواقع العملي لا تكون دائماً كاملة من جميع الجوانب، بل قد تغفل بعض التفاصيل نتيجة إهمال المتعاقدين أو لعدم توقعهم لبعض الظروف المستقبلية، مما يستوجب تدخل القضاء لاستكمال هذا النقص ويقصد باستكمال نقص العقد قيام القاضي بإضافة أحكام أو شروط لم ينص عليها المتعاقدان صراحة، وذلك استناداً إلى القواعد العامة في القانون، أو إلى العرف، أو إلى طبيعة المعاملة، بهدف إتمام العقد وتمكينه من تحقيق الغاية التي أُبرم من أجلها. ويُعد هذا التدخل مظهراً من مظاهر الدور الإنشائي للقاضي، إلا أنه يبقى مقيداً بعدم مخالفة الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

ويستند القاضي في استكمال نقص العقد إلى عدة مصادر، في مقدمتها نصوص القانون التي تُعد المرجع الأساسي لسد الفراغ التشريعي أو التعاقدي، حيث غالباً ما يضع المشرّع قواعد مكملة تُطبّق في حال سكوت الأطراف عن تنظيم مسألة معينة. كما يستند القاضي إلى العرف، الذي يُعد من أهم المصادر التي يعتمد عليها في تحديد ما جرى عليه التعامل بين الناس في المعاملات المماثلة، خاصة في العقود التجارية التي تتسم بالسرعة والمرونة. فضلاً عن ذلك، يلجأ القاضي إلى مبادئ العدالة وحسن النية، والتي تُعد من الركائز الأساسية في تنفيذ العقود، إذ يُفترض في المتعاقدين الالتزام بالسلوك الشريف الذي لا يضر بالطرف الآخرولا يقتصر دور القاضي على مجرد إضافة شروط مادية للعقد، بل يمتد إلى استنباط الالتزامات الضمنية التي تُفهم من طبيعة العقد، حتى وإن لم يتم النص عليها صراحة. فمثلاً، في عقد البيع، يُفترض التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق، وكذلك التزامه بضمان العيوب الخفية، حتى لو لم يُذكر ذلك في العقد، لأن هذه الالتزامات تُعد من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف[72].

كما يظهر التطويع القضائي من خلال استكمال النقص في الجوانب الإجرائية والتنظيمية للعقد، كحالة عدم تحديد زمان أو مكان تنفيذ الالتزام، أو عدم بيان كيفية التنفيذ. ففي هذه الحالات، يتدخل القاضي لتحديد هذه المسائل بما يتفق مع طبيعة الالتزام وظروف التعاقد، كأن يحدد ميعاداً معقولاً للتنفيذ أو يقرر أن يكون التنفيذ في موطن المدين أو في مكان

---

[70] د. محمد علي محجوب، المدخل لدراسة التشريع الاسلامي والنظريات العامة في المعاملات، بلا اسم دار ومكان طبع، 1985، ص 47.

[71] د. نادية شريف العمري، إجتهاد الرسول، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص220.

[72] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار الكتب القانونية، ص 450 وما بعدها.

وجود الشيء محل الالتزام. ومن التطبيقات المهمة أيضاً، تدخل القاضي في العقود المستمرة أو طويلة الأجل، التي غالباً ما تعجز عن الإحاطة بكافة الظروف المستقبلية، حيث يقوم القاضي باستكمال ما قد يظهر فيها من نقص عند التنفيذ، بما يحقق استمرارية العقد ويمنع تعطّله. وهذا يظهر بشكل واضح في عقود الإيجار أو المقاولة، التي تتطلب أحياناً تدخل القضاء لتنظيم مسائل لم تكن محل اتفاق صريح أن استكمال نقص العقد يُسهم في تحقيق الاستقرار في المعاملات، لأنه يمنع بطلان العقد أو فسخه بسبب نقص يمكن تداركه، وبذلك يُفضل القاضي الإبقاء على العقد مع استكماله بدلاً من إنهائه، انسجاماً مع مبدأ استقرار المعاملات واحترام الإرادة التعاقدية.

أن هذا النوع من التطويع القضائي يعكس التوازن بين مبدأ سلطان الإرادة من جهة، ودور القضاء في تحقيق العدالة من جهة أخرى، إذ لا يُسمح للقاضي بأن يتجاوز حدود الاستكمال إلى حد إنشاء التزامات جديدة لا يمكن نسبتها إلى نية المتعاقدين أو إلى طبيعة العقد. لذلك، فإن تدخل القاضي يجب أن يكون في إطار ما يُفترض أن المتعاقدين كانوا سيوافقون عليه لو أنهم انتبهوا إلى المسألة محل النقص،أن استكمال نقص العقد يختلف عن تعديل العقد، إذ أن الاستكمال يقتصر على سد الفراغ دون المساس بما تم الاتفاق عليه، بينما التعديل قد يؤدي إلى تغيير في الالتزامات القائمة. وهذا التمييز يُعد مهماً لتحديد حدود سلطة القاضي ومنع تجاوزها. أن استكمال نقص العقد يُعد أداة قانونية مهمة بيد القاضي، تُمكّنه من تحقيق العدالة العقدية وضمان تنفيذ العقد بصورة تتفق مع مقاصده الحقيقية، دون الإخلال بمبدأ سلطان الإرادة، مما يجعله أحد أبرز مظاهر التطويع القضائي في القانون المدني[73].

أن استكمال نقص العقد تدخل القاضي لسد ما أغفله المتعاقدان من مسائل لم تُنظم في العقد، بهدف إتمامه وتحقيق الغاية منه. ويستند القاضي في ذلك إلى نصوص القانون والعرف ومبادئ العدالة وحسن النية. ويشمل هذا التدخل إضافة التزامات ضمنية تفرضها طبيعة العقد دون مخالفة إرادة الأطراف. ويُعد هذا النوع من التطويع وسيلة للحفاظ على العقد وضمان استمراريته بدلاً من الحكم ببطلانه أو فسخه [74].

المطلب الثاني

آثار التطويع القضائي للعقد

يترتب على التطويع القضائي للعقد مجموعة من الآثار القانونية المهمة التي تنعكس على العلاقة العقدية بين الأطراف، إذ لا يقتصر دور القاضي على تفسير العقد أو استكماله أو تعديله، بل يمتد أثر ذلك إلى إعادة تنظيم الالتزامات بما يحقق العدالة والتوازن بين المتعاقدين. وتظهر هذه الآثار بشكل واضح في استقرار المعاملات وضمان تنفيذ العقود بصورة عادلة.

ومن أهم الآثار التي تترتب على التطويع القضائي للعقد هو تعديل أو إعادة تفسير الالتزامات العقدية بما يتفق مع إرادة المتعاقدين الحقيقية أو مع ما يفرضه القانون، مما يؤدي إلى تغيير في نطاق أو كيفية تنفيذ الالتزام دون المساس بجوهر العقد. كما قد يترتب عليه استكمال العقد بإضافة عناصر أو شروط مكملة تُصبح جزءاً من العقد بعد حكم القاضي. ولبيان هذه الصور بشكل أوضح، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول أثر التطويع القضائي على مبدأ سلطان الإرادة ، الفرع الثاني أثر التطويع القضائي على التوازن العقدي

الفرع الأول

أثر التطويع القضائي على مبدأ سلطان الإرادة

يُعد مبدأ سلطان الإرادة من الركائز الأساسية في نظرية العقد، إذ يقوم على أن إرادة المتعاقدين هي المصدر الرئيس لإنشاء العقد وتحديد آثاره، وأن العقد شريعة المتعاقدين بما يترتب عليه من التزامات لا يجوز الخروج عليها. غير أن هذا المبدأ لم يعد مطلقاً في الفقه والتطبيق القضائي الحديث، بل أصبح مقيّداً بجملة من الضوابط التي تفرضها اعتبارات العدالة وحماية التوازن العقدي، ويأتي التطويع القضائي للعقد في مقدمة هذه القيود يتمثل أثر التطويع القضائي على مبدأ سلطان الإرادة في كونه يُدخل القاضي كعنصر فاعل في تنظيم العلاقة العقدية، إذ لم يعد العقد محصوراً بإرادة الأطراف

[73] أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، ص 320

[74] أنور سلطان، المصدر نفسة .

وحدها، بل أصبح خاضعاً لرقابة قضائية تهدف إلى تصحيح ما قد يشوبه من غموض أو نقص أو اختلال في التوازن. فالقاضي لا يتدخل لإلغاء الإرادة أو استبدالها، وإنما يعمل على توجيهها نحو تحقيق العدالة وإظهار مضمونها الحقيقي[75].
ويظهر هذا الأثر بشكل واضح في حالات تفسير العقد أو استكماله أو حتى تعديله، إذ قد يضطر القاضي إلى إعادة صياغة بعض الالتزامات أو تحديد نطاقها بما يتفق مع نية المتعاقدين المفترضة أو مع ما تقضي به القواعد القانونية المكملة. وهذا يعني أن الإرادة لم تعد المصدر الوحيد الجامد للعقد، بل أصبحت إرادة نسبية قابلة للتقويم القضائي عند الضرورة.
يحد التطويع القضائي من إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في الحالات التي يترتب فيها على تنفيذ العقد ضرر جسيم أو اختلال واضح في التوازن بين الطرفين، كما في الظروف الطارئة أو حالات الغبن أو التعسف في استعمال الحق. ففي هذه الحالات، يمنح القانون للقاضي سلطة تعديل الالتزام أو إعادة توزيعه بما يحقق التوازن العقدي، حتى لو لم يكن ذلك متفقاً عليه صراحة بين الأطراف. وهذا يمثل تحولاً مهماً من حرية التعاقد المطلقة إلى حرية مقيدة بحدود العدالة فإن هذا التدخل القضائي لا يُعد إلغاءً لمبدأ سلطان الإرادة، بل هو إعادة صياغة له بما يتلاءم مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة. فالتطويع القضائي يسعى إلى حماية الإرادة الحقيقية للمتعاقدين من الانحراف أو الاستغلال أو الغموض، ويُفترض فيه أنه لو كان المتعاقدان على علم بالظروف أو النقص أو الاختلال، لكانا قد اتفقا على الحل الذي يتوصل إليه القاضي ، فإن التطويع القضائي يُسهم في تعزيز الثقة بالعقود وليس إضعافها، لأنه يمنع انهيارها لأسباب شكلية أو لثغرات لم يتوقعها الأطراف، ويجعل العقد أكثر مرونة وقدرة على الاستمرار. وبذلك يتحول مبدأ سلطان الإرادة من مبدأ جامد إلى مبدأ مرن يخضع لمعادلة دقيقة تجمع بين حرية التعاقد من جهة، وسلطة القضاء في تحقيق العدالة من جهة أخرى إن التطويع القضائي لم يُلغِ مبدأ سلطان الإرادة، وإنما أعاد تنظيمه وتقييده في إطار وظيفي يوازن بين حرية الأطراف في التعاقد وبين ضرورة تدخل القضاء لحماية العدالة ومنع التعسف، مما يجعل الإرادة التعاقدية إرادة محمية وموجهة وليست مطلقة.[76]

الفرع الثاني
أثر التطويع القضائي على التوازن العقدي

يُعد التوازن العقدي من أهم المبادئ التي تسعى القواعد القانونية الحديثة إلى تحقيقها في العلاقات التعاقدية، ويقصد به وجود نوع من التعادل النسبي بين حقوق والتزامات أطراف العقد، بحيث لا يترتب على العقد تحميل أحد الأطراف عبئاً غير متكافئ مع ما يحصل عليه من منفعة. غير أن هذا التوازن قد يتعرض للاختلال سواء عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، نتيجة الغموض في النصوص، أو نقص في تنظيم بعض المسائل، أو بسبب ظروف طارئة وغير متوقعة تؤثر على التنفيذ. وهنا يظهر الدور المهم للتطويع القضائي بوصفه وسيلة لإعادة هذا التوازن وحمايته ويتمثل الأثر الأساسي للتطويع القضائي على التوازن العقدي في منح القاضي سلطة إعادة ضبط العلاقة العقدية بما يحقق العدالة بين الطرفين، إذ لم يعد العقد يُفهم على أنه نص جامد مكتوب فقط، بل أصبح علاقة قانونية مرنة تخضع لرقابة القضاء عند الحاجة. فالقاضي يتدخل لتفسير بنود العقد الغامضة، أو استكمال ما نقص منه، أو إعادة توزيع الالتزامات إذا اقتضت العدالة ذلك، بما يؤدي إلى إزالة الاختلال الذي قد يضر بأحد الأطراف يظهر أثر التطويع القضائي بوضوح في معالجة الاختلال الناتج عن الظروف الطارئة، حيث قد يبرم العقد في ظروف اقتصادية أو اجتماعية معينة، ثم تتغير هذه الظروف بشكل جذري يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد الأطراف أو يهدد بخسارة فادحة تفوق التوقعات المعتادة. في مثل هذه الحالات، يتدخل القاضي لإعادة التوازن من خلال تخفيف الالتزام أو تعديله بما يتناسب مع الظروف الجديدة، دون أن يؤدي ذلك إلى إنهاء العقد إلا في أضيق الحدود[77].
دور التطويع القضائي في حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، إذ إن الواقع العملي يشهد تفاوتاً في القوة التفاوضية بين الأطراف، سواء بسبب الوضع الاقتصادي أو الخبرة القانونية أو طبيعة العقد ذاته، خصوصاً في العقود

---

[75] سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 455.

[76] محمد حسين منصور، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، ص 275.

[77] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام – العقد)، دار النهضة العربية، القاهرة، الجزء الأول،ص567.

النمطية أو عقود الإذعان. وهنا يعمل القاضي على إعادة التوازن من خلال الحد من الشروط المجحفة أو تفسير الشروط الغامضة لصالح الطرف الأقل قوة، بما يحقق نوعاً من العدالة التعاقدية ومن الآثار المهمة كذلك أن التطويع القضائي يسهم في تعزيز مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، إذ يُفترض أن الأطراف يتعاقدون على أساس من الثقة والتعاون، وليس على أساس الاستغلال أو الإضرار. لذلك فإن تدخل القاضي لإعادة التوازن لا يُعد خروجاً على إرادة المتعاقدين، بل هو في الحقيقة تجسيد للإرادة المفترضة التي تقوم على العدالة وحسن النية، أي ما كان سيتفق عليه الأطراف لو كانت الظروف واضحة ومستقرة منذ البداية.أن التطويع القضائي يحد من النتائج القاسية التي قد تترتب على التطبيق الحرفي للعقد، فبدلاً من التمسك الصارم بالنصوص بما قد يؤدي إلى إجحاف أو ظلم، يعمل القاضي على تحقيق نتيجة أكثر عدلاً وإنصافاً من خلال إعادة تفسير أو تنظيم الالتزامات العقدية. وهذا ما يجعل العقد أكثر مرونة وقدرة على الاستمرار بدل أن يكون سبباً في النزاع أو الانهيار.

فإن تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي ليس مطلقاً، بل يخضع لحدود دقيقة، أهمها عدم المساس بجوهر العقد أو تغيير طبيعته الأساسية، وعدم تحويل العقد إلى عقد جديد لم يقصده الأطراف. فالتطويع القضائي هنا يهدف إلى الإصلاح لا الإلغاء، وإلى التعديل الجزئي لا إعادة البناء الكامل للعقد إن التطويع القضائي يُعد أداة فعالة لإعادة التوازن العقدي كلما اختل، سواء بسبب غموض النصوص أو نقصها أو تغير الظروف أو تفاوت القوة بين الأطراف، مما يجعله ضمانة أساسية لتحقيق العدالة العقدية، وتعزيز الثقة في المعاملات، وضمان استقرار العلاقات القانونية بين المتعاقدين[78].

الخاتمة

في ختام هذا البحث، يتبيّن أنّ التطويع القضائي يُعدّ من أبرز الوسائل التي يعتمدها القضاء لتحقيق العدالة في ظل قصور النصوص القانونية عن استيعاب جميع الوقائع المستجدة. إذ لم يعد القاضي مجرد مُطبّق للنصوص بشكل حرفي، بل أصبح يلعب دوراً محورياً في تكييفها وتفسيرها بما يتلاءم مع متطلبات الواقع وروح القانون. وقد ساهم هذا الدور في تعزيز فعالية النظام القانوني، من خلال تحقيق التوازن بين استقرار القواعد القانونية ومرونتها.

Conclusion

In conclusion, this study demonstrates that judicial adaptation is one of the most significant mechanisms relied upon by the judiciary to achieve justice, particularly when legal texts fall short of addressing all emerging situations. The judge is no longer merely a literal applier of legal provisions; rather, they play a central role in adapting and interpreting them in a manner consistent with the demands of reality and the spirit of the law. This role has contributed to enhancing the effectiveness of the legal system by striking a balance between the stability of legal rules and their flexibility.

أولاً: النتائج

من خلال هذا البحث، يمكن التوصل إلى مجموعة من النتائج، أهمها:

- إنّ التطويع القضائي يُمثّل وسيلة فعّالة لسدّ النقص التشريعي ومعالجة الغموض في النصوص القانونية.
- لا يقتصر دور القاضي على التطبيق الحرفي للنص، بل يمتد إلى تفسيره وتكييفه بما يحقق العدالة.
- يُسهم التطويع القضائي في تحقيق التوازن بين استقرار القواعد القانونية ومرونتها.
- وجود علاقة وثيقة بين التطويع القضائي ومبدأ تحقيق العدالة الواقعية وليس الشكلية فقط.
- يختلف نطاق التطويع القضائي باختلاف الأنظمة القانونية ومدى مرونتها.

ثانياً: المقترحات

استناداً إلى ما تم التوصل إليه من نتائج، يمكن تقديم المقترحات الآتية:

- ضرورة وضع ضوابط قانونية واضحة تحدد نطاق التطويع القضائي وتمنع إساءة استخدامه.

[78] عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق،ص569.

- تعزيز دور الفقه القانوني في توضيح مفهوم التطويع القضائي وبيان حدوده.
- تشجيع المشرّع على مواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية لتقليل الحاجة إلى التطويع القضائي.
- تدريب القضاة وتأهيلهم بشكل مستمر لتمكينهم من ممارسة التطويع القضائي بشكل متوازن.

قائمة المصادر

القران الكريم

اولاً : الكتب والمؤلفات

1- احمد محمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية ازاء المضمون العقدي ، دار النهضة العربية ، 1994 ، ص212 .
2- احمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، بلا دار طبع، مصر، 1913، ص 140.
3- بسام احمد حمدان، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين "دراسة مقارنة، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الاردن، 2018، ص 274.
4- جلال علي العدوي، مبادئ الالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، بدون معلومات طبع ومكانه، ص173.
5- حامد زكي، عقد التوريد وتغير الظروف الفجائي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، ص 95.
6- حسب الرسول الشيخ الالقزاوي، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص 598.
7- حسن كيره، المدخل الى القانون،ط4، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1971، ص 47.
8- حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك – دراسة مقارنه ، دار الفكر العربي ، القاهر ، 1997 ،ص53 .
9- خالد عبدالله عيد، نظرية العقد، جامعة محمد الخامس ، المغرب، 1979، ص 140.
10- سعيد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الاذعان، 1992، بلا دار ومكان طبع، ص 2.
11- السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، ص910 وما بعدها.
12- عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص10.
13- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، بلا سنة نشر، ص 569.
14- عبد الرزاق احمد السنهوري، د. احمد حشمت ابو ستيت، أصول القانون، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ص 236.
15- عبد الرشيد مأمون، الوجيز في المدخل للعلوم القانونية، ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 290.
16- عبد المجيد الحكيم، الوجيز في القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ص 83.
16- عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1974 ص148 .
17- عبد المنعم فرج الصدة، عقود الاذعان في القانون المصري، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1946، ص20.
18- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، 1992، ص 222.
19- عصمت عبد المجيد، الغبن اللاحق وموقف القانون العراقي منه، العدالة، العدد الاول، السنة الرابعة، ص 40.
20- فرج توفيق، لنظرية العامة للالتزام، في حكام الالتزام، ج2، 1985، بلا مكان النشر، ص 39.
21- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية بوهران، الجزائر، 1984، ص 192.
22- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992، ص 293.
23- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2020 ، ص264.
24- نعمان محمد خليل جمعه، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، 1994، ص 290.
25- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية بوهران، الجزائر، 1984، ص 192.

ثانياً : الرسائل والاطاريح

1- آمال أحمد ناجي الدليمي، تطويع العقد في ظل تقلبات الاسعار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2003،ص 67-68.
2- رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة القاهرة، 1994 ،ص 292-293.
3- زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، 2009، ص 94.
4- عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، 2016، ص142.
5- محمد شتا ابو سعد، الشرط الجزائي، مجال اعماله وشروط ذلك الاعمال، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الاول، ص 55.
6- علي الخفيف، الغبن في العقود، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات العربية، العدد العاشر، ص 2.

ثالثاً: المواد القانونية

1- القانون المدني المصري رقم131 لسنة 1948
2- القانون المدني الفرنسي الصادر سنة1804
3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

.