جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد

دراسة مقارنة

رسالة تقدَّم بها الطَّالب

ماجد حمدان عاجب المالكي

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا ، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

الدكتور ضمير حسين المعموري

أستاذ القانون الخاص

١٤٣٩هـ **٢٠١٨م**

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾

سورة النساء / الآية ٥٨

الإهداء

إلى والديَّ . . . . . براً وإحسانا

إلى أُسرتي . . . . تقديرا ووفاءً

إلى كل باحث عن العلم وساع إلى تحقيق

العدالة

من أساتذة وقضاة ومحامين وطلبة

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمد الله وأشكره سبحانه وتعالى الذي انعم علي بإكمال هذه الرسالة . وأتقدَّم بالشكر الجزيل إلى كل من أسهم أو أعانني على انجازها ، واخص بالشكر أستاذي العزيز الدكتور ضمير حسين المعموريّ الذي تفضل بقبول الإشراف على هذه الرسالة وتعهدها بالرعاية والاهتمام إلى أن وصلت إلى ما هي عليه.

كما اُثني على الجهود المباركة لأساتذتي في مرحلة الدراسة التحضيرية ، وهم كل من: الأستاذ الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي والأستاذ الدكتور هادي حسين الكعبي والأستاذ الدكتور باسم علوان طعمة العقابي والأستاذ الدكتور عبد الرسول الأسدي.

كما أتقدم بخالص تقديري لكل من بذل جهداً وقدَّم عونا لي في دراستي . واخصّ منهم موظفي شعبة الدراسات ومكتبة معهد العلمين ، وكذلك موظفي مكتبة كلية القانون / جامعة بغداد ، ومكتبة كلية القانون / جامعة البصرة وجميع زملائي وإخواني في الدراسة وخارجها, لهم جميعاً خالص التقدير.

الباحث

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدّمة	١-٤
الفصل الأول **مـــاهـــيَّة سلطـــة القاضـــي التقديرية في تعديـــل العقـــد**	
المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي	٧-٣٠
المطلب الأول : التعريف بالسلطة التقديرية	٧
الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية	٨
الفرع الثاني : مضمون السلطة التقديرية	١٣
الفرع الثالث : خصائص السلطة التقديرية	١٥
المطلب الثاني : مبررات منح السلطة التقديرية	١٧
الفرع الأول : الاستحالة الفنية في التشريع	١٧
الفرع الثاني : ضمان التطور للقوانين	١٩
الفرع الثالث : طبيعة وظيفة القاضي	٢٠
المطلب الثالث : تمييز سلطة التقدير عما يشتبه بها	٢٢
الفرع الأول : تمييز سلطة التقدير عن التكييف	٢٢
الفرع الثاني : تمييز سلطة التقدير عن التسبيب	٢٤
الفرع الثالث : تمييز سلطة التقدير عن الاجتهاد	٢٧
المبحث الثاني: مفهوم تعديل العقد وتمييزه عما يشتبه به	٣١-٥٤
المطلب الأول : التعريف بتعديل العقد وأساسه	٣١
الفرع الأول : مبدأ سلطان الإرادة	٣٢

الفرع الثاني : تعريف تعديل العقد	٣٥
الفرع الثالث : أساس التعديل القضائي للعقد	٣٨
المطلب الثاني : أنواع تعديل العقد	٤١
الفرع الأول : التعديل الإتفاقي	٤١
الفرع الثاني : التعديل التشريعي	٤٢
الفرع الثالث : التعديل القضائي	٤٣
المطلب الثالث : تمييز التعديل القضائي للعقد عما يشتبه به	٤٥
الفرع الأول : تمييز تعديل العقد عن تفسيره	٤٥
الفرع الثاني : تمييز تعديل العقد عن إكمال نطاقه	٤٨
الفرع الثالث : تمييز تعديل العقد عن تصحيحه	٥١
الفصل الثاني **سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد في مرحلة التكوين**	
المبحث الأول: سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد في حالة الغبن المقترن بالاستغلال	٥٥-٨٣
المطلب الأول: التعريف بالاستغلال ونطاقه	٥٧
الفرع الأول: تعريف الاستغلال	٥٧
الفرع الثاني: نطاق الاستغلال	٥٩
المطلب الثاني : شروط تدخل القاضي في تعديل العقد في حالة الغبن المقترن بالاستغلال	٦١
الفرع الأول: اختلال التعادل بين الأداءات المتقابلة	٦٢
الفرع الثاني: وجود حالة ضعف لدى المتعاقد المُستَغل.	٦٤
الفرع الثالث: نية استغلال حالة الضعف لدى المتعاقد المُستَغل.	٦٧

المطلب الثالث : صور تدخل القاضي في العقد في حالة الغبن المقترن بالاستغلال	٦٨
الفرع الأول: سلطة القاضي في دعوى الاستغلال في القانون المدني العراقي.	٦٨
الفرع الثاني: سلطة القاضي في دعوى الاستغلال في القانون المدني المصري.	٧٣
الفرع الثالث: سلطة القاضي في دعوى الاستغلال في القانون المدني الأردني.	٨٠
المبحث الثاني : سلطة القاضي التقديرية في تعديل عقود الإذعان	٨٤-١٠٥
المطلب الأول : التعريف بعقود الإذعان وخصائصها.	٨٥
الفرع الأول: تعريف عقود الإذعان	٨٥
الفرع الثاني: خصائص عقود الإذعان	٨٨
المطلب الثاني : شروط تدخل القاضي في تعديل عقود الإذعان	٩١
الفرع الأول: أن يتعلق النزاع بعقد إذعان	٩١
الفرع الثاني: أن يتضمن العقد شروطا تعسفية	٩٤
المطلب الثالث : صور تدخل القاضي في تعديل عقود الإذعان	٩٩
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية	٩٩
الفرع الثاني: سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية	١٠١
الفصل الثالث **سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ**	
المبحث الأول : سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد في الظروف الطارئة	١٠٧-١٣١

المطلب الأول : شروط تدخل القاضي في تعديل العقد في الظروف الطارئة	١٠٨
الفرع الأول : وجود التزام تعاقدي صحيح	١٠٨
الفرع الثاني : أن يجد بعد العقد حوادث استثنائية عامة ليس في الوسع توقعها	١١٠
الفرع الثالث : أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً	١١٣
المطلب الثاني : ضوابط تدخل القاضي في تعديل العقد في الظروف الطارئة	١١٥
الفرع الأول : مراعاة القاضي للعدالة والظروف المحيطة بالدعوى	١١٦
الفرع الثاني : الموازنة بين مصلحة الطرفين	١١٧
الفرع الثالث : الحد المعقول في رد الالتزام المرهق	١١٨
المطلب الثالث : صور تدخل القاضي في تعديل العقد في الظروف الطارئة	١١٩
الفرع الأول : إنقاص التزامات المدين	١٢٠
الفرع الثاني : زيادة التزامات الدائن	١٢٢
الفرع الثالث : وقف تنفيذ العقد	١٢٤
الفرع الرابع : وقت المطالبة بإنقاص الالتزام المرهق	١٢٨
المبحث الثاني : سلطة القاضي التقديرية في تعديل التعويض الاتفاقي والقانوني	١٣٢-١٦٤
المطلب الأول : مفهوم التعويض الاتفاقي	١٣٢
الفرع الأول : تعريف التعويض الاتفاقي	١٣٣
الفرع الثاني : نطاق تطبيق التعويض الاتفاقي	١٣٦
الفرع الثالث : شروط تدخل القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي	١٣٩
المطلب الثاني : صور تدخل القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي	١٤١
الفرع الأول : سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي	١٤١
الفرع الثاني : سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي	١٤٨
المطلب الثالث : سلطة القاضي التقديرية في تعديل التعويض القانوني	١٥٤

الفرع الأول : تعريف التعويض القانوني	١٥٤
الفرع الثاني:سلطة القاضي في تخفيض التعويض القانوني أوعدم الحكم به	١٥٦
الفرع الثالث : سلطة القاضي في الحكم بتعويض تكميلي	١٦٠
المبحث الثالث : سلطة القاضي التقديرية في تعديل الأجل الاتفاقي	١٦٥-١٧٦
المطلب الأول : صور تدخل القاضي في منح الأجل	١٦٥
الفرع الأول : سلطة القاضي في منح الأجل القضائي في دعوى الفسخ	١٦٦
الفرع الثاني : سلطة القاضي في منح الأجل القضائي في دعوى التنفيذ	١٦٩
المطلب الثاني : الشروط القانونية لمنح ألأجل القضائي وآثاره	١٧١
الفرع الأول : شروط منح القاضي الأجل القضائي	١٧٢
الفرع الثاني : آثار الأجل القضائي (نظرة الميسرة) في دعوى التنفيذ	١٧٣
الفرع الثالث : آثار الأجل القضائي على دعوى الفسخ	١٧٥
الخاتمة ونتائج البحث	١٧٧
مصادر البحث ومراجعه	١٨٣
ملخص بالإنجليزي	A

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيْمِ

المقدمة

إنَّ النظام الاجتماعي يرتكز على المجتمع بصورة عامة والفرد بصورة خاصة. ولمَّا كان الفرد يعيش في المجتمع فإنَّه لا يستكمل شخصيته إلَّا بالحرية . وإنَّ مظهر الشخصية الإنسانية هي الإرادة الحرة المستقلة، فلا يخضع لواجباتٍ إلَّا إذا كان قد ارتضاها مختاراً . وكل التزامٍ أساسه الرضا يتماشى مع القانون الطبيعي الذي يقوم على أساس الحرية الشخصية . ووجود الفرد داخل المجتمع يحتاج إلى نوعٍ من التعاون ليحصل على ما يحتاج إليه ، وقد نشأ عن هذا التعاون بين أفراد المجتمع للحصول على ما يحتاجونه **(نظام العقد)** بوصفه رابطة اجتماعية تعبِّر عن التعاون بين الأفراد في المجتمع .

ويستمد العقد قوَّته من مبدأ (**سلطان الإرادة**) الذي يعبر عن احترام العقد من قبل أطرافه ؛ كونه ناتجاً عن توافق إرادتين ، وهو ما يسمَّى مبدأ **(الرِّضائية)** ؛ إذ إنَّ المهمة التي يضطلع بها القانون هي تحقيق حرية كل شخص بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين .

إنَّ هذا التوازن بين الحريات هو ما يجب على المُشَرِّع أن يُعنى به ، وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتَّفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق . كما ليس عليه أن يرى إلى أيٍ حدٍّ يتَّفق صالح المجموع مع صالح الفرد ؛ فالفرد هو الذي يجب أن يحميه القانون لا المجموع .

ويتفرَّع عن مبدأ سلطان الإرادة قاعدة عامة تُعرف بـ **(العقد شريعة المتعاقدين)** ، ويترتب على هذه القاعدة أنَّه لا يجوز للقاضي تعديل العقد خلافاً لإرادة المتعاقدين ، وهو ما يسمى **(مبدأ القوَّة الملزمة للعقد)** ، إذ يجب عليه تنفيذه كما يُنَفِذ القانون فالتزامه بتنفيذ العقد كالتزامه بتنفيذ القانون؛ لأنَّه قانون المتعاقدين وشريعتهما ،وهذا ما تضمنَّه الحديث الشريف **(المؤمنون عند شروطهم)** فلا يجوز لأحدهم أن يعدِّله بأن يضيف إليه التزاماً لم يتضمنَّه أو يعفي من التزام نصَّ عليه إلَّا باتفاق الطرفين.

وقد أبرزت عوامل التطور الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي عيوب هذا المبدأ ومخاطر الأخذ به على إطلاقه ، كما أظهرت ما يؤدي إليه من خلل في موازين العلاقات القانونية ، وكذلك

ما ينجم عنه من ظلمٍ واستغلال ، وقد تجاوزت هذه الحرية الحدود التي يجب أن تقف عندها ؛ كونها تؤدي إلى استغلال الأقوياء للضعفاء ؛ مما أدى إلى انتقاص مبدأ سلطان الإرادة فدفع العديد من المشرعين إلى إدخال الكثير من القيود على هذا المبدأ وبما يتَّفق مع المصالح الاجتماعية، فجاءت تلك النصوص في صورة نصوص قانونية آمرة تحد من حرية الإرادة في مرحلة تكوين العقد ، كما تحد منها في مرحلة تنفيذه أيضاً؛ إذ تعطي تلك النصوص للقاضي حق تعديل العقد في حالة وجود اختلال في التوازن المطلوب فيه . ويكون تطبيق هذه النصوص من خلال السلطة التي يتمتع بها القاضي المدني في حل المنازعات المعروضة أمامه ، وهذه السلطة تمثل ضرورة حتمية ، وخصيصة جوهرية للدعوى والقاضي . ووفقاً لذلك يتعين على القاضي أن يراعي الضوابط والقواعد المنظمة لها .

أولاً : أسباب اختيار الموضوع واهميته

إنَّ من عوامل تطور القانون المدني (العراقي والمصري والأردني) هو السلطة التقديرية التي أعطاها المشرع للقاضي المدني في تطبيق أحكام القانون وفقاً للظروف بحيث جعل أحكام القانون أداة طيعة في يد القاضي يطوّر بها القانون تطويراً مستمراً ،ويواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال تصل في بعض الأحيان إلى استكمال ما فات المتعاقدان أن يتفقا عليه ، بل وإلى تعديل ما تم الاتفاق عليه فيما بينهما غير أنَّه وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء ، إذ إنَّ العدل هو أحدى الغايات التي شرعت من أجلها القوانين،وإنَّ بلوغ هذه الغاية يتوقف على سلامة الوسيلة التي تتولى تحقيقها .

وتكمن هذه الوسيلة في القاضي الذي يتوقف على قضائه تحقيق العدالة ، فالعدل الذي ينبعث من شعور القاضي ووجدانه هو الذي يجعل القانون صالحاً في المجتمع .

وتتسم سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد بالخطورة ؛ على أساس إنَّ هذه السلطة تعد خروجاً على أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد ، وهو المبدأ الذي يقضي بأنَّ ((**العقد شريعة المتعاقدين**)) فلا يجوز تعديله أو إنهاءه على انفراد ، كما لا يجوز ذلك حتى للقاضي الذي يجب عليه احترام ما اتفقت عليه إرادة المتعاقدين ، وتطبيق بنود العقد كقانون . لذا كان لزاماً علينا تسليط الضوء على أهمية وظيفة القاضي وحقيقة الدور الإيجابي الذي يجب أن يقوم به في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية بالتدخل لإنهاء مظاهر اختلال التوازن العقدي عن طريق إيجاد وسائل

تضمن حماية المصلحة المشتركة لأطراف العقد والمحافظة على التوازن العقدي واستقراره من أجل حماية الفئات الضعيفة ؛ لأن العقد السليم المولِّد للإلتزام ليس هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتين على إنشاء التزامات فحسب. وإنما هو العقد الذي تتناسب فيه منافع الطرفين ؛لأن للعقد منافع اجتماعية ولا يقتصر أثره على المتعاقدين إنَّما أثره ينعكس على المجتمع لذا كان واجباً على المشرع التدخل لتنظيم أحكامه .

ثانياً : مشكلة البحث

يثير موضوع سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد العديد من التساؤلات المهمة والتي ينبغي التعرض لها بالبحث والدراسة ، منها ضرورة تحديد مفهوم السلطة التقديرية للقاضي بحسبان ان سلطة القاضي في تعديل العقد هي سلطة تقديرية؛ لأنَّها توجد جنباً إلى جنب مع السلطة القضائية التي يملكها القاضي، إذ يتعين عليه عند مباشرته لسلطته في تعديل العقد **التقدير** قبل **القضاء** ثمَّ ضرورة تحديد مفهوم تعديل العقد باعتباره استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وضرورة تمييزه عن غيره من ألأوضاع القانونية التي تشتبه به ؟ وبيان الأسباب التي دفعت المشرع إلى وضع نظريات عامة تجيز للقاضي تعديل العقد في حالات معينة ، ثم ما هي الحالات التي يتدخل فيها القاضي في تعديل العقد ؟ وهل يملك سلطة الحلول محل المتعاقدين في تحديد الالتزامات التعاقدية ؟وهل السلطة الممنوحة له في تعديل العقد هي سلطة وجوبية أم جوازية ؟ .وهل يستطيع القاضي التدخل بتعديل العقد من تلقاء نفسه أم أنَّ ذلك يتوقف طلب ذوي الشأن ؟

هذه الأسئلة وغيرها هي ما سيكون عليها مدار البحث والدراسة.

ثالثاً : منهج البحث

سوف يتبع في هذا البحث المنهج الآتي :

١ – **المنهج التحليلي** : يتم من خلاله عرض النصوص القانونية والقرارات القضائية ؛ إذ سوف تتضمن الدراسة مجموعة من القرارات القضائية الصادرة من محكمة التمييز العراقية ، أو محكمة النقض المصرية أو الأردنية ، بحسب تعلقها بالموضوع الذي سوف ترد فيه مع تضمين ذلك نقد وتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية عند الحاجة وبيان مدى مطابقة النصوص القانونية مع أحكام موضوع البحث (سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد) .

٢- **المنهج المقارن** : سوف نستخدم المنهج المقارن لكي نتمكن من تغطية جزئيات البحث ، وسوف تكون المقارنة للنصوص القانونية المتعلقة بتعديل العقد في القانون المدني العراقي والمصري والأردني فقط ؛ والسبب في ذلك هو اعتقادنا أنَّ المقارنة بالقوانين المدنية العربية الأخرى أو الفقه الإسلامي, أو القوانين الأجنبية, سوف يتجاوز السقف المحدد قانوناً لعدد صفحات الرسالة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أنَّ التخصص في المقارنة بين هذه القوانين فقط سوف يعطي الرسالة ميزة بارزة أمام الانفتاح في الدراسات العليا في وطننا العربي ، وما ترتب عليه من كثرة الكتابة في العلوم القانونية.

رابعاً : هيكلية البحث

يتكون هذا البحث من ثلاثة فصول وخاتمة على النحو الآتي :

وتناولنا في الفصل الأول (ماهية سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد)، ويتكون هذا الفصل من مبحثين، اختص المبحث الأول منهما ببيان مفهوم السلطة التقديرية ، في حين اختص المبحث الثاني ببيان مفهوم تعديل العقد وتمييزه عما يشتبه به .

وتناولنا في الفصل الثاني (سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد في مرحلة التكوين) ، وقد اشتمل هذا الفصل على مبحثين اختص المبحث الأول منهما بسلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد في حالة الغبن المقترن بالاستغلال ، وتناولنا في المبحث الثاني سلطة القاضي التقديرية في تعديل عقود الإذعان .

في حين تناولنا في الفصل الثالث (سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ) ، وقد اشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث ، تناولنا في المبحث الأول منها سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد في الظروف الطارئة ، وجعلنا المبحث الثاني منها لسلطة القاضي التقديرية في تعديل التعويض الاتفاقي والقانوني ، أما المبحث الثالث فخصص لسلطة القاضي التقديرية في تعديل الأجل الإتفاقي.

وأخيراً تكون الخاتمة التي تتضمن أهم النتائج التي سوف نتوصل إليها من خلال هذا البحث . ثم المقترحات التي نعتقد أنها تمثل الحلول اللازمة لما توصلنا إليه من بعض النتائج . ثم مصادر البحث ومراجعه .