
<i>Received/Geliş</i> <i>27 /4/2018</i>	<i>Article History</i> <i>Accepted/ Kabul</i> <i>29 /4/2018</i>	<i>Available Online / Yayınlanma</i> <i>30 /4/2018</i>
--	--	---

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

كلية القانون – الجامعة المستنصرية

الملخص

يهدف البحث الى بيان وتحديد سلطة القاضي التقديرية المتمثلة في التعديل او الالغاء للشروط التعسفية في عقود الاذعان حماية للطرف الضعيف ، اذ قام المشرع المدني بمنح صلاحية التدخل للمحكمة حصرا من اجل رفع الغبن عن هذا الطرف من خلال استعمال القاضي ما يملكه من مكنة ممنوحة له ضمن ضوابط واسس ومعايير لا يمكنه ان يتجاوزها ، مع امكانية قيامه بالتغيير لجعل النص القانوني ملائما من خلال سلاح التطويق الذي يمثل في حقيقته عملية فكرية ذهنية الغرض منها جعل حكم نص المادة 167 من القانون المدني العراقي منسجما مع روح القانون بغية تحقيق العدالة ودون الخروج عن النص القانوني . وقد تناولنا هذا الموضوع لدقته واهميته وتأثيره المباشر على الاستقرار الاقتصادي لانتشار عقود الاذعان نتيجة التطور التكنولوجي فتكاد تشمل كافة جوانب الحياة مثل عقود تجهيز الطاقة الكهربائية والنقل والتأمين والاتصالات وغيرها ، وفق هيكلية اقتضت تقسيمه على ثلاث مباحث خصص الاول لبيان ماهية عقود الاذعان بينما تناول الثاني مدى سلطة القاضي التقديرية في هذه العقود اما المبحث الثالث فوضح الضوابط والقيود القانونية الواردة على هذه السلطة . وقد خلص البحث الى ان الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي يمكنه من السيطرة المبكرة على الدعوى ، مع وضع الضوابط لها وتكريس مبدأ الحياد الايجابي ، اذ يتوجب على القاضي مراعاة مقتضيات العدالة في كل حالة تعرض عليه ، وخرج البحث بمقترحات لتعديل بعض النصوص في القانون المدني وازافة او حذف نصوص اخرى تجسيدا واعمالا للتوجه بتوسيع دور القاضي وسلطاته في عقود الاذعان.

**Legal Regulations of a Judge's Discretionary Power
in Contracts of Adhesion**

Abstract

The current research aims at elucidating and identifying a judges' discretionary power embodied in amending or abolishing of coercive conditions in contracts of adhesion, in protection of the weaker party. The civil legislature granted courts the power to interfere to seize injustice towards this party, exclusively, whereby the judge uses his authority, within regulations and norms he cannot override, with the possibility of change so as to make a provision more expedient by adaption which is, in essence, an intellectual and a mental process aiming at making the provision of article 167 of Iraqi civil law conform to the essence of law in order to achieve justice without having to disregard legal provisions. We are tackling this topic for its specificity, importance and direct effect on economic stability because of spread in adherence contracts due to technological advances which can be seen in all aspects of life, such as electricity supplying contracts, transportation, insurance, communications, etc. The research is divided into three sections, the first of which is dedicated to identifying what contracts of adherence are, the second to the extent of a judge's discretionary power, while the third explicates legal regulations and restraints occurring in this power. The paper concludes that acknowledging a judge's discretionary power enables him of early control over the case, with the necessity of acknowledging the existence of legislative power to set up the regulations, observing affirmative neutrality, for the judge's powers must come in accordance with public order and morals besides observing justice in every case that is presented before him. The paper offers suggestions to amend some provisions in the civil law and add or delete other provisions in order to extend the role and power of the judge in contracts of adherence.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على نبينا الأمين وعلى اله وصحبه الطيبين الطاهرين ، وبعد اعطى مبدا سلطان الارادة وما نجم عنه من حرية التعاقد للارادة سلطانا كبيرا لابرار ما تشاء من عقود في نطاق مايفرضه احترام النظام العام والاداب ، وادى هذا الى انتشار عقود تبرم بين اطراف قد لا تتساوى مراكزهم الاقتصادية وهو ما يطلق عليه في قانوننا بعقود الازعان ، والتي لم يوجد الى الان قانون متكامل يتولى تنظيمها ويحكم نزاعاتها، لذا فقد ظهرت الحاجة لابرار دور القاضي بما يملكه من سلطة تقديرية (يكون قوامها النشاط الذهني) عند تطبيقه للنص القانوني ، وتعزز هذا الدور بتأكيد المشرع تنازله عن جزء من سلطته للقاضي من خلال استعماله عبارات تدلل عن ارادته تلك بقوله (جاز للمحكمة) في الفقرة الثانية من المادة 167 من القانون المدني العراقي المتعلقة بعقود الازعان، فهنا تلعب ارادة القاضي دورا مهما من خلال استعمال سلطته التقديرية، الا ان ما يجب الانتباه اليه ان عملية اصدار الحكم من قبل القاضي - في نطاق عقود الازعان- هي ليست دائما بالعملية السهلة كما قد يتصور البعض ، لان استعمال

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

القاضي لسلطته الاختيارية في هذا النوع من العقود ليست عملية اعتباطية بل هو يخضع لضوابط عديدة يتوجب عليه الالتزام بها ومراعاتها والا عد حكمه قابلا للنقض ، وهذه الضوابط فرضها المشرع اما من خلال النص عليها صراحة او من خلال تطبيق القواعد العامة في القانون .

وهنا يبرز الهدف من تحديد مجال اعمال سلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان باعتبارها مكنة ممنوحة له ضمن ضوابط واسس ومعايير لا يمكنه ان يتجاوزها ، وتتجسد فرضية البحث في ان سلطة القاضي للقيام بالتغيير لجعل النص القانوني ملائما ، من خلال سلاح التطوير الذي يمثل في حقيقته عملية فكرية ذهنية الغرض منها جعل حكم نص المادة 167 منسجما مع روح القانون بغية تحقيق العدالة ودون الخروج عن النص القانوني ، كما ويهدف البحث الى محاولة ارشاد القضاة لتقدير الدليل على الحكم فيما لم يرد فيه تقدير في النص القانوني من خلال تشخيص الموضوعات باعتبارها المهمة الرئيسية في موضوع السلطة التقديرية .

وبناء على ماتقدم ماهي القيود والحدود التي فرضها المشرع كضوابط ينبغي على القاضي التمسك بها عند مباشرته لسلطته التقديرية في نطاق عمله لحماية الطرف الضعيف في عقود الاذعان ؟

وللاجابة على هذه الاشكالية سنعمد منهاجا تحليليا لموقف المشرع العراقي ، حيث سنقوم بتوضيح مفهوم عقود الاذعان في مبحث اول ، ثم نتطرق الى تحديد المقصود بسلطة القاضي التقديرية وبيان مجال تدخله في تفسير عقود الاذعان في المبحث الثاني ، اما المبحث الثالث فسنوضح فيه القيود الواردة على سلطة القاضي في نطاق عقود الاذعان .

المبحث الاول : التعريف بعقود الاذعان

تعد المساواة بين اطراف العقد امرا جوهريا لاضفاء الحماية القانونية عليه ، الا ان هذه المساواة قد لا تكون حقيقية في بعض انواع العقود التي افرزها التطور التقني والتكنولوجي الحديث نتيجة تعقد انواع السلع والخدمات مع ازدياد حاجة الناس اليها كعقود تجهيز الطاقة الكهربائية ، والتأمين ، والنقل ، والاتصالات، فهذه العقود وغيرها تمتاز بوجود طرف مدعن في الرابطة العقدية مما جعل المساواة بين اطراف العقد مساواة زائفة وبالتالي اصبحت حماية هذا الطرف الضعيف هي الشغل الشاغل للمشرع والقاضي على حد سواء ، وستتناول في هذا المبحث بيان ماهية عقد الاذعان وطبيعته في مطلبين نخصص اولهما لتعريف عقد الاذعان وبيان خصائصه بينما نوضح في المطلب الثاني طبيعة عقود الاذعان .

المطلب الاول : تعريف عقود الاذعان وبيان خصائصها

تستند فكرة الاذعان على ابرام عقد ينصب على سلعة او خدمة ضرورية يكتريها شخص يتمتع بمركز اقتصادي قوي يمكنه من الغاء التفاوض والاتجاء الى فرض شروط مبالغ فيها تضمن حصوله على حقوقه عبر صيغة محددة يوجهها الى الطرف المدعن الذي لا يملك الا التوقيع على هذه الصيغة بالشروط الموضوعية دون اية حماية لحقوقه في حالة تقصير الطرف الاخر وحتى لو ادى هذا التقصير للاضرار بالطرف الضعيف او خسارته .

اولا : المقصود بعقد الازعان

ذكر القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) في الفقرة (1) من المادة (167) بعض الاشارات عن مفهوم عقد الازعان دون اعطاء تعريف جامع مانع له حيث اكتفى ببيان كيفية حصول القبول فيه بقوله "1- القبول في عقود الازعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة" وبالتالي توجب علينا الرجوع الى الفقه القانوني لبيان المقصود بعقد الازعان ، حيث طرح الفقهاء العديد من التعريفات لبيان المقصود منه ، فعرف عقد الازعان بانه " تغليب ارادة واحدة تنصرف بصورة منفردة وتلمي قانونها ، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة ، ويفرضها مسبقا جانب واحد ولا ينقصها سوى اذعان من يقبل قانون العقد "(1) ، كما عرف بانه "صيغة من صيغ ابرام العقود تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده احد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الاخر الذي ليس له الا الموافقة عليه كما هو او رفضه كلياً دون ان يكون له ان يغير في العبارات الواردة فيه او الشروط او الاحكام التي يتضمنها ولا ان يدخل في مجاذبة او مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد "(2) وعرف عقد الازعان كذلك بانه " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة او مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني او فعلي او تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها "(3).

بناء على ما تقدم يمكننا القول بانه في عقد الازعان يلزم الطرف الضعيف ونتيجة لحاجته الماسة للسلعة او الخدمة المحتكرة بالتعاقد استنادا للشروط التي وضعها الطرف القوي دون مناقشة ، فعقد الازعان كغيره من العقود يبرم بين طرفين احدهما موجب والاخر قابل ، الا ان الايجاب فيه يكون واحدا يوجه لجميع الناس ويكون ملزماً للعاقدين القابل حتى ولو لم يتم بالاطلاع على الشروط الواردة في العقد طالما كان قادراً على الاطلاع عليها (4) ، اما القبول فيتميز بكونه رضوخاً من القابل لارادة الموجب المحتكر ، وبذلك فانه اذا كان الاصل في التعاقد ان يبرم بين طرفين في مركز قانوني واحد ويبنى على ارادتين حرتين في اختيار ما يتم ابرامه ومتوافقتين على جميع الشروط المدرجة في التعاقد ، الا انه قد تطرا ظروف تجبر الاشخاص على ابرام نوع معين من العقود دون توافر حرية الاختيار لديهم ، بمعنى ان الطرفين لا يكونان في مركز واحد ، فاحد المتعاقدين يقبل العقد من خلال اذعانه لما يمليه الموجب من شروط ، وبذلك يكون القابل قد اصدر موافقته

1 - وهذا هو تعريف الفقيه الفرنسي سالي حيث يطلق الفقه الفرنسي على هذه العقود تسمية عقود الانضمام لان من يقبل العقد ينضم اليه دون ان يناقشه ، نقلا عن عاشور فطيمة ، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2004 ص 68-69.

2 - عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مطبعة لجنة التاليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1983 ، ص 68.

3 - عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، الجزء الاول ، قسم الدراسات القانونية ، معهد الدراسات العربية ، القاهرة ، جامعة الدول العربية ، 1958 ، ص 91 .

4 - لان شروط عقود الازعان غالبا ماتكون مكتوبة في وقتنا الحاضر ، كما وتكون في متناول الجميع ومن ثم يلزم القابل بالالتزام بما ولو كان اميا لايجيد القراءة والكتابة : الشيخ حسن الجواهري ، عقود الازعان ، بحث متاح على شبكة الانترنت على الموقع التالي (www.Islamicfeah.com/magazines)

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الأذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

على التعاقد وشروطه دون ان يناقش او يفاوض ، كونه بحاجة الى التعاقد على شيء لا يمكنه الاستغناء عنه وبالتالي فهو لا يملك الا ان يقبل او يرفض ، ومن ثم يكون الرضا موجود الا ان فيه نوعا من الاكراه⁽¹⁾.

ثانيا : خصائص عقود الأذعان

يتميز عقد الأذعان بمجموعة من الخصائص التي ينفرد بها عن بقية انواع العقود وهي :

1- انه عقد يبرم بين طرفين يكون الموجب فيه صاحب مركز اقتصادي واضح يمكنه من احتكار⁽²⁾ قانوني او فعلي لسلمة او خدمة معينة تتميز بأنها من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها⁽³⁾.

2- يكون الايجاب في هذا العقد عاما فهو لا يختص بشخص معين بل يمتد الى مجموع الجمهور او الى فئة تتوافر فيها صفات محددة ، كما انه يكون دائما فلا يتقيد بزمن محدد بل يصدر على نحو مستمر .

3- يعرض الايجاب في عقد الأذعان جميع الشروط التي يفرضها الموجب في قالب نموذجي مطبوع على جانب كبير من الدقة والتعقيد ، بحيث تشكل حزمة واحدة ، ويكون الخيار للقابل اما في الموافقة عليها ككل او رفضها برمتها ، وغالبا ماتصب الشروط في مصلحة الموجب من خلال الحد من مسؤوليته او اعفائه منها ، او بتحميل المدعن المسؤولية عن التقصير المحتمل .

المطلب الثاني : طبيعة عقود الأذعان

احتدم الجدل بين الفقه والقضاء حول طبيعة عقود الأذعان ، فذهب قسم منهم الى انكار صفة العقد عليها واعتبروها مجرد تنظيم لمراكز قانونية ، بينما ذهب قسم اخر الى اعتبارها عقودا قانونية تبنى على توافق ارادتين .

القسم الاول : ينكر اضافة الصفة التعاقدية نتيجة انعدام الارادة الحرة المتبصرة والتي تعد من اهم شروط العقد الحقيقي⁽⁴⁾ ، وبالتالي فان ما يطرحه الموجب من شروط في لائحة مطبوعة لجميع الاشخاص هو في حقيقته تصرف ناشئ عن ارادة منفردة ، أي انه يعد مركزا قانونيا منظما اكثر منه عقدا ، ففكرة العقد لا تصلح لتفسير ما يترتب عليه من اثار قانونية نتيجة انعدام الارادة التعاقدية المشتركة ، فضلا

1 - هنا الاكراه يكون متصلا بعوامل اقتصادية اكثر من اتصاله بعوامل نفسية وبذلك فهو لا يطابق الاكراه المنصوص عليه في عيوب الرضا ، للمزيد ينظر : محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، الجزء الاول ، ط2 ، المطبعة العلمية ، مصر ، 1952 ، ص27 ، و عبد الرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ، الجزء الاول ، ط2 ، 1998 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ص 279

2 - الاحتكار يعني القدرة على فرض شروط العقد مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الاخر لعدم وجود البديل عن محل التعاقد او عدم امكانية الحصول عليه بشروط مختلفة ، انظر : حسن عبد الباسط جمعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ظاهرة اختلاف التوازن بين الالتزامات العقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الامارات والقوانين الاوربية مع اشارة للقوانين الانجوامريكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة (1990) ص 119 .

3 - وتقدير فكرة الضرورة للسلمة او الخدمة تعد من الامور التي تخضع لسلطة القاضي التقديرية على اعتبار انها مسألة واقع ، انظر : مسعودة بلخضر ، الحماية المدنية للعقد الالكتروني ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاردنية ، 2006 ، ص 31 .

4 - عبد المجيد الحكيم ، الكافي في شرح القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية ، الجزء الاول مصادر الالتزام ، الشركة الجديدة للطباعة ، عمان ، 1993 ، ص187 ، و فتحي ماجد سعد التميمي ، دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الاردني ، رسالة ماجستير ، جامعة عمان العربية للدراسات العليا ، 2010 ، كلية القانون ، ص 21

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الازعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

عن عدم وجود المساواة بين اطرافه والتي تستلزم وجود نقاش ومفاوضات تسبق مرحلة التعاقد⁽¹⁾، كما ان قبول المدعن يكون تحت وطأة الحاجة الضرورية للسلعة والخدمات التي يحتكرها الموجب ، وهو بذلك لا يعد ركنا اساسيا لانشاء التصرف بل يمكن عده امرا مكملا لشروط موضوع للتنفيذ من الموجب نفسه⁽²⁾، ويرى اصحاب هذا الاتجاه ان منح التفوق للموجب في مثل هكذا تصرفات له ما يبرره من اجل تمكينه من التصرف بحرية وبلا تردد وبالتالي فهو يسهم في تقديم خدمات للاقتصاد الوطني⁽³⁾.

وبناء على ماتقدم فان هذا النوع من التصرفات يستند في قيامه على عناصر ثلاث تخرجها من نطاق العقود ، يتمثل العنصر الاول بالموضوعية المرتبطة بصفة الايجاب الذي يتميز بكونه عاما لا يختص بشخص معين ، اما العنصر الثاني فهو الازعان الذي يتمثل بموقف الموجب له الذي لا يمكنه الا الاستسلام للشروط التي فرضت عليه ولا مجال له غير ذلك ان اراد الحصول على السلعة او الخدمة الضرورية التي يحتاجها ، اما العنصر الاخير فيتجسد باكراه المدعن نتيجة ما يمتلكه الموجب من تفوق اقتصادي واجتماعي (احتكار)⁽⁴⁾ . واستنادا لذلك ذهب هذا الاتجاه الى ان عقد الازعان يفسر كما يفسر القانون باعتباره رابطة قانونية تنظم المصلحة العامة لمجموع الافراد الخاضعين لحكمه لا باعتباره وليد ارادة الافراد ، ومن ثم يطبق هذا القانون التعاقدي وفق مقتضيات العدالة وحسن النية⁽⁵⁾.

القسم الثاني يرى ان عقد الازعان هو عقد حقيقي يتم بتوافق ارادتين ، اولاهما ارادة الموجب التي لا يمكن ان تنتج اثرا الا بعد اقتراحها بارادة القابل ، وبذلك فهو عقد تساهم في وجوده ارادتان صريحتان ، ولا يشترط قانونا لاتفاق هاتين الارادتين ان يسبق الاتفاق نقاش ومفاوضات من قبل الطرفين ، فضلا عن عدم ضرورة تساوي مركز الارادتين من الناحية الاقتصادية لبرام العقد⁽⁶⁾ ، فكل ما يشترطه القانون لانعقاد العقد هو اتفاق طرفيه على انشاء التزامات معينة دون شرط التكافؤ الاقتصادي⁽⁷⁾.

ويرى اصحاب هذا الراي ان علاج عدم التكافؤ بين المراكز الاقتصادية لاطراف هذا النوع من العقود لا يكون بانكار الصفة العقدية لان انكارها يؤدي الى ضرب المعاملات وفقدان استقرارها بل يتمثل العلاج بتقوية الجانب الضعيف ومنع استغلاله من قبل الطرف القوي .

ونحن نرجح ماذهب اليه اصحاب الاتجاه الاخير ، فعقود الازعان هي عقود صحيحة لانها تتم باتفاق طرفي العقد وتحكمها القواعد العامة في العقود ، وقد عالج المشرع العراقي في القانون المدني الخلاف الفقهي حول تحديد طبيعة عقود الازعان ومنحه الصفة

1 - عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، المصدر السابق ، ص 96 .

2 - محفوظ بن حامد لعشب ، عقد الازعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، رسالة ماجستير ، مكتبة الجامعة الاردنية . 1998 ، ص 40

3 - عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، المصدر نفسه ، ص 97

4 - حمدي محمد اسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية ، دار الفكر الجامعة ، الاسكندرية ، 2006 ، ص 178 .

5 - عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص 383-384 .

6 - فعدم تساوي المركز القانوني بين الطرفين يوجد في العقود التي يبرمها ناقص الاهلية فضلا عن تلك التي يقبلها احد طرفيها رغم ما فيها من غبن او تلك العقود التي يكون السعر فيها محمدا سلفا ، انظر عبد المنعم فرج الصدة ، عقد الازعان في التقنينات المدنية العربية الحديثة ، المصدر السابق ، ص 97.

7 - عبد المنعم البدرواي ، النظرية العامة للالتزامات ، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1963 ، ص 31 .

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

العقدية من خلال نص الفقرة الاولى من المادة 167 باعتباره القبول في هذه العقود يقتصر على مجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل فيها مناقشة⁽¹⁾. والخلاصة ان عقود الاذعان هي عقود حقيقية لا يؤثر على حقيقتها وجود تفاوت بين اطرافها كونه تفاوت اقتصادي وليس قانوني، وما تتعرض له ارادة القابل هو في حقيقته نوع من الضغط الاقتصادي الذي لا يؤثر بالنتيجة على قيام الرضا ووجود العقد.

المبحث الثاني : مدى تأثير سلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

نظم القانون المدني العراقي عقود الاذعان وفق مقتضيات تستلزم تحقيق التوازن بين اطرافها في جو من العدالة والمساواة لينال الحكم الصادر فيها ثقة المتقاضين وحتى يقال ان الحكم القضائي عنوان الحقيقة، ولتحقيق ذلك مُنح القاضي سلطة تمكنه من اختيار الحكم الملائم وفق ما يراه مناسباً، وان مدار هذه السلطة الممنوحة هو النشاط او العمل الذهني الذي يمارسه القاضي في ضوء ما يعرض عليه من وقائع الدعوى، فهذا النشاط هو الذي يمكن القاضي من تقدير هذه الوقائع ومن ثم اصدار الحكم القضائي الموافق للقاعدة القانونية، ولولا هذه السلطة لاضحت القواعد القانونية مجرد قواعد صماء لا تستطيع مواكبة التطورات التي تشهدتها المجتمعات بشكل متسارع.

وقد تضمنت النصوص القانونية نوعين من القواعد في نطاق تحديد سلطات القاضي منها ما هو الزامي يجبر القاضي على اتخاذ اجراء وحكم معين باستخدام الفاظ مثل (يجب او على المحكمة) ومنها ما يترك للقاضي صلاحية اتخاذ اجراء او قرار حسب ما تقتضيه ظروف القضية كالقول (للمحكمة او يجوز للمحكمة)، وهذا النوع الاخير يتجلى فيه دور القاضي المتمثل باستعمال سلطته التقديرية التي لا بد من تنظيمها لتكون وسيلة فاعلة في اقتضاء الحق وحمائته وفي الوقت ذاته لا تؤدي الى اهداره نتيجة المغالاة في الشكل على حساب الموضوع، علماً ان ما يبثه القاضي عند فض الخصومة يدخل في نطاق الحقيقة القضائية والتي قد تكون مخالفة للحقيقة الواقعية، ويكمن سبب ذلك في تاثر المشرع عند تنظيمه لعملية الاثبات باعتبارين يحاول دائماً الموازنة بينهما، الاعتبار الاول يكمن بسعي المشرع لتحقيق العدالة من خلال جعل الحقيقة القضائية مطابقة للواقع، اما الاعتبار الثاني فيتجسد برغبة المشرع في استقرار المعاملات من خلال ما يسنه من ادلة محددة للاثبات تحد من سلطة القاضي في نطاقها⁽²⁾.

ولتفصيل ما تقدم سنوضح المقصود بسلطة القاضي التقديرية في مطلب اول، ومن ثم نبين دور هذه السلطة في تفسير عقود الاذعان في مطلب ثان.

المطلب الاول : ماهية سلطة القاضي التقديرية

يتميز الحكم الذي يصدره القاضي، فضلاً عن كونه عملاً ارادياً، بوجود ان يكون مسبقاً بوعي تام للواقعة محل النزاع، وتأسيساً على هذا الوعي ينهي القاضي الخصومة بترجمة ارادته الى ارض الواقع من خلال حكم ملزم، وهذا يعني ان القاضي يملك سلطة تقديرية تكون مفترضات النص التشريعي وما يرتبه من اثار وعائنها فيستند للوصول لقناعته القضائية الى عنصر شخصي (يقدر الواقعة

1 - حسني محمود عبد الدائم، العقود الاحتكارية بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دارالفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 99

2 - عباس العبودي، شرح أحكام قانون البنات، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 26.

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

بأعمال المنطق والعقل) وعنصر موضوعي (الادلة المستقاة) وبالتالي تكون سلطته التقديرية عبارة عن حالة ذهنية نابعة من ضميره الذاتي ولا يقيد بها سوى الزام المشرع للقاضي بدليل معين ، وبهذا يرتبط مفهوم سلطة القاضي بالنشاط الذهني الذي يمارسه عند تصديه للعقد موضوع النزاع ، فالسلطة هنا تعني تلك الملكة التي منحها المشرع للقاضي من اجل مواجهة ظروف تطبيق القانون لان سلطة القاضي التقديرية في واقع الامر تسير جنباً الى جنب مع العمل القضائي ، فلا يمكن الكلام عن نشاط قضائي مالم تصاحبه سلطة تقديرية، ويكمن سبب ذلك في ان القاعدة القانونية عند تشريعها تؤسس على عدالة شكلية ، الامر الذي يبرز الحاجة الى سلطة القاضي التقديرية للوصول الى العدالة الموضوعية من خلال الموازنة بين مصلحة المضرور ومفترضات القاعدة القانونية ، والقول بان القاضي يملك سلطة يقصد به انه يملك كل ماتفيده كلمة السلطة من القوة والصلاحية فيمكنه اصدار الحكم بالشكل الصحيح ويكون له تنفيذ هذا الحكم ولو بالقوة ، فيكون لاحكامه من الحجية والنفاد مايجعل منها مفيدة ومستقلة⁽¹⁾ ، اما قصدنا بالتقديرية فهو ان هذه السلطة تبني على التفكير بالامر بحسب نظرة وبناء العقل عليه ، وقيل ان التقديرية تعني اعطاء المعلوم حكم الموجود او العكس⁽²⁾ .

وقد تم تعريف السلطة التقديرية للقاضي بانها " ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي ، من خلال تقديره لواقع النزاع ، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع ضمن نطاق قاعدة قانونية معينة يرى انها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه ومن ثم اعطاء الوصف القانوني لمعطيات هذا الواقع اي فهم القانون واعمال اثره"⁽³⁾، وقيل بانها "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بالتفكير والتدبير بحسب النظر والمقاييس لتطبيق النصوص القانونية على النزاع المعروض امامه من جميع جوانبه بدأ من قبول سماع الدعوى المتعلقة به الى تهيئتها لاثبات صحتها الى الحكم فيها واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة احوال اطراف العقد في جميع مراحل الدعوى لاهميتها واثره في الحكم القضائي "⁽⁴⁾.

وتأسيساً على ما تقدم يمكننا تعريفها باعتبارها (مكنة القاضي القانونية التي تمكنه من الموازنة بين هدف المشرع من وضع القاعدة القانونية ومصلحة اطراف النزاع عن طريق اعمال ملكتي الوعي والارادة)، وعليه يمكن التأكيد على ان سلطة القاضي التقديرية هي سلطة تتوقف على احترام القانون ، وهي استثنائية لانها ليست مطلقة لارتباطها بغايات المشرع عند وضعه للنص القانوني ، فهي مقيدة بما ترسمه القاعدة القانونية من نشاط معين للقاضي لا يستطيع الخروج عنه ، الا انها في نفس الوقت ليست مقيدة بشكل كامل لان القاضي يكون حراً في تكوينها⁽⁵⁾ . وتجدر الاشارة الى ان القاضي عند اصداره للحكم نتيجة استعماله سلطته التقديرية لا يحل محل المشرع ولا يقوم بعمله ، بل هو يقوم بعملية ذهنية تفصيلية لمطابقة ما يشمله النزاع من واقع القانون⁽⁶⁾، هذا وان استعمال القاضي لسلطته التقديرية لا يؤدي الى

1 - محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن ، ط1، 2007 ص78

2 - عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، تحقيق محمود بن التلاميذ الشنقيطي ، دار المعارف ، بيروت ، لبنان ، ج2، ص95.

3 - نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2002 ، ص121 .

4 - محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي ، المصدر نفسه ، ص80

5- عباس مهدي الداوقني ، الاجتهاد القضائي ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة، 2015 ، ص411.

6 - نبيل اسماعيل عمر ، السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، المصدر السابق ، ص109

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

الخضوع لرغبات وشهوات القاضي لان من يتولى القضاء يشترط فيه العديد من الشروط لعل ابرزها ان يكون مشهودا له بالصدق والنزاهة والامانة والعدل فضلا عن الخبرة والدراية وبالنتيجة فلا يتوقع ممن وصل لهذه الدرجة والمكانة ان يُغلب هواه وشهوته ، فسلطة القاضي التقديرية منحت له ليستطيع مباشرة الوظيفة الموكلة اليه وفق ضوابط قانونية معينة تستند لمبادئ محددة له سلفا لايحوز له تجاوزها، لتحقيق اهداف واضحة ، فهي حرية ممنوحة لمواجهة ظروف تطبيق القانون ، اذ غالبا ماتثير التصرفات (باعتبارها جوهر العمل القضائي) العديد من الصعاب مما يوجب على القاضي ان يحاول مطابقة الواقع المطروح مع الواقع النموذجي الوارد في النص القانوني ليتمكن من تطبيق الحكم القانوني الوارد في النص، فالقاضي عندما يتصدى للحكم في النزاع المعروض امامه يمر عمله بثلاث مراحل⁽¹⁾:

تتمثل الاولى بالتأكد من وجود وقائع النزاع المدعاة من قبل الخصوم ، اما الثانية فتبدا بعد ثبوت الوقائع والتأكد من صدق حدوثها ومدى تأثيرها في الدعوى حيث يبدأ القاضي بالبحث عن التكييف القانوني لما تم عرضه من وقائع ، والمرحلة الثالثة تتجسد بعملية استخلاص النتائج وتحديد المادة القانونية التي تحكم النزاع ومن ثم فض النزاع ففي هذه المرحلة يقوم القاضي باعمال حكم القاعدة وانزال الاثر القانوني . وعلى ضوء ماسبق يمكننا ان نؤكد ان القاضي عند استعماله لسلطته التقديرية انما يمارس عملا اراديا تقديريا يصدر عنه نتيجة ممارسته لسلطة الفصل في النزاع ولا بد له من مراعاة مدى ملائمة الاثر القانوني من حيث التطبيق على النزاع المطروح فضلا عن ملاحظة مدى الشعور بالعدل المتولد في ضمير الجماعة بناء على حكمه الصادر ، وبالتالي يتوجب على القاضي تقدير كل حالة على حدة وفقا لملاساتها وظروفها الخاصة⁽²⁾، وفي عقود الاذعان اعطى المشرع بشكل صريح للقاضي الحق لممارسة سلطته التقديرية من خلال ترك تحديد الاثر القانوني وتطبيقه على وقائع النزاع استنادا لمعيار مجرد يتمثل بالعدالة ، وبذلك يكون للقاضي ان يحكم بتعديل او اعفاء الطرف المدعن من الشروط التعسفية الواردة في العقد وفقا لما تقضي به قواعد العدالة⁽³⁾ ، وبلاستناد لهذا المعيار يمكننا ملاحظة ان القاضي يتمتع بنصيب وافر في استعماله لسلطته التقديرية ، وخاصة في مجال تفسير هذه العقود، حيث يتوجب عليه ان يضع يده على الفكرة التي تثيرها الخصومة فضلا عن ضرورة احتواء الحكم على فكرة او اكثر باعتبارها من ضمن الوسائل المساعدة له في اعمال نشاطه الذهني والذي يتوصل من

1 - احمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها، دار النهضة العربية ، 1988، ص238

2 - نبيل اسماعيل عمر ، السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، المصدر نفسه ، ص186.

3 - تعد القاعدة القانونية المصدر الاول الذي يعتمد عليه القاضي في ممارسته لسلطته التقديرية وهي قد تكون مكتوبة في اطار نص تشريعي او قد تكون غير مكتوبة فيستنبطها القاضي من مصادرها العرفية او يستمدها من احكام الفقه الاسلامي ، كما قد تكون متصلة بقواعد العدالة ، ومن ثم يقوم بتطبيقها على الخصومة المعروضة امامه ، كما يعتمد القاضي في عملية اتخاذ قرار الحكم على مجموعة من الوسائل المنطقية والقانونية التي تساعده على فهم النزاع وبناء قناعته القانونية ، فمما لاشك فيه انه يتوجب على القاضي اتباع منهجية تعتمد على مجموعة من الاسس والبناءات القانونية فضلا عن الاستعانة بادوات صياغة تشريعية تساعده في اعمال سلطته التقديرية لفض الخصومة ، وتمثل هذه الاسس في المبادئ العامة للقانون التي تمثل مجموعة من الوقائع العامة التي تتميز بجمودها النسبي وتغيرها البطئ المعتمد على التطور في مجموعها ، والتي تعتبر حقلًا خصبا يمكن للقاضي ان يستمد منه الكثير من الاحكام لمواجهة ما يستجد من الوقائع التي لا يوجد تنظيم تشريعي خاص بها ، كما تعد النظريات المتميزة بطابعها الشمولي ومضمونها التشريعي العام من الاسس التي تساهم في تكوين فهم القاضي وتوسيع ادراكه من خلال تقديم مجموعة من الافكار العملية لضمان الوصول الى الحكم المناسب في ضوء الواقع والظروف الملازمة لها . للتفصيل ينظر : نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية ، المصدر السابق ، ص142

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

خلاله الى الحكم الصائب باستخدام وسائل فنية كالحيلة والقرائن والمعايير القضائية ، وهذا كله يؤدي الى قيامه بتعديل او الغاء الشروط التعسفية المتعارضة مع فكرة تحقيق المساواة والتوازن بين طرفي العلاقة التعاقدية والتي تمثل جوهر العدالة⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء في مدى وجود سلطة تقديرية للقاضي ، فذهب قسم منهم الى انكار ورفض وجود مثل هكذا سلطة باعتبار ان مصدر العمل القضائي هو نصوص القانون التي وضعها المشرع وبالنتيجة فان المشرع هو الذي يحدد نطاق سلطة القاضي ، ولذا فان ما يمارسه القاضي من سلطة اثناء الفصل في الدعوى المعروضة امامه لا تعد تقديرية كونه يكون مقيدا بغايات العمل القضائي ، وبالتالي فان ما يطلق عليه بالسلطة التقديرية هو في حقيقته لخدمة السلطة القضائية ، لان القاضي عند ممارسته لعمله يستمد ولايته من المشرع الذي تولى تحديد نطاق هذه الولاية استنادا لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في معناها⁽²⁾ ، واسس اصحاب هذا الراي قولهم على ضرورات الحفاظ على الاستقرار في المحاكم ومنع التضارب في الاحكام والتي قد تتاثر اذا تم فسح المجال امام القاضي لمزاولة نشاطه التقديري مما يؤدي الى تحكم القضاة وبالنتيجة يخل بميزان العدالة⁽³⁾.

بينما ذهب اتجاه اخر الى ان دور القاضي لا يقتصر على تطبيق القانون فهو ليس مجرد آلة تطبق دون تفكير بل ان القاضي يمتاز بعقله الذي يقوم بنشاط ذهني للتمييز والفصل في كل ما يعرض عليه⁽⁴⁾ ، بل ان القاضي قد يخل محل المشرع ، ومثاله ان القانون المدني العراقي وبالاستناد لنص الفقرة ثلثا من المادة الاولى منه قد جعل القاضي مشرعا في حالة عدم وجود نص اذ يمكن ان يحكم استنادا للعرف او الشريعة او مقتضيات العدالة ، واكد اصحاب هذا الاتجاه رايهم بان عملية تحديد سلطات القاضي لا يمنع من وجود سلطة تقديرية تمنح له اثناء ممارسته لعمله القضائي تنصب على مفترضات تطبيق النص القانوني والاثر الذي ينظمه ، وبالتالي فلا يمكن نفي هذه السلطة التقديرية سواء تعلق الامر بفهم الوقائع او باعمال القانون ، اذ انه لا يمكن اعمال السلطة القضائية دون تقدير مسبق للوقائع والقانون ، فالقاضي يفسر النص القانوني بعد تطويعه ليلئم حاجات المجتمع ، شرط ان لا تتوسع هذه الحرية الى حد تغيير النص القانوني لان هذا الامر من صميم عمل المشرع⁽⁵⁾ ، وهذا يعني ان الصفة التقديرية في سلطة القاضي تكون نتيجة وجود حالة قانونية معينة ، أي انها مرتبطة مع التنظيم القانوني ولا يمكن ان تظهر الا في نظام الدولة القانوني فاذا لم تكن الدولة قانونية فلا مجال عندئذ الا للكلام عن سلطة تحكمية لا تقديرية⁽⁶⁾.

ونحن نميل الى القول بوجود سلطة تقديرية للقاضي باعتباره الاقرب الى الصواب ، لان القاضي باعماله لسلطة التقدير لا يخل محل المشرع وانما يمارس عملية ذهنية تنصب على معطيات النزاع ، فضلا عن ان ممارسته لهذه السلطة يدخل من باب القناعة المسببة والمنضبطة

1 - عبد الحكيم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، المصدر السابق ، ص 258

2 - ابراهيم بن حديد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دراسة تحليلية نقدية ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، 2005 ، ص 10

3 - عزمي عبد الفتاح ، تسبب الاحكام واعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، ط 1 ، 1983 ، دار الفكر العربي ، ص 194

4 - نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية ، المصدر نفسه ، ص 100

5 - ابراهيم بن حديد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني ، المصدر السابق ، ص 11

6 - نبيل اسماعيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقد في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1980 ، ص 142

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

بالضوابط التي تمنع تدخل الهوى والمزاج ، فيتعين على القاضي التقدير قبل القضاء، مع ملاحظة ان القاضي اولا واخيرا هو رجل قانون يدرس النصوص القانونية ويتعمق في فهمها فضلا عن تأثره بالنظريات الفقهية والاجتهادات القضائية السائدة في مجتمعه ، ناهيك عن وجود تدقيق ورقابة على عمله وخاصة في نطاق الاحكام التي تبنى على قناعاته الشخصية .

المطلب الثاني : دور السلطة التقديرية للقاضي في تفسير عقود الاذعان

نظرا لما تتميز به عقود الاذعان من طريقة خاصة في تكوينها اتسعت سلطة القاضي التقديرية في تفسير هذه العقود عن سلطته في العقود بصورة عامة لضرورة مراعاة العدالة فضلا عما يوجب حسن النية في التعاقد ، فقد يتضمن عقد الاذعان بعض العبارات غير الواضحة او يكتنف ارادة المتعاقدين المعبر عنها في العقد نوع من الغموض مما يؤدي الى النزاع بين اطراف العقد او امتناع احدهم عن تنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمته، وهذا يتطلب تفسير العقد لحل مثل هذه المنازعات لكي يكون بالامكان تطبيقه بعد ذلك .

وسلطة القاضي التقديرية في تفسير عقود الاذعان ومن ثم تعديلها اشار لها المشرع العراقي في نص المادة 167 حيث وضحت الفقرة الثانية انه " اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" واكد المشرع على حالة تفسير العقد في الفقرة الثالثة من نفس المادة والتي نصت على انه "ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن ولو كان دائما" ولضمان تنفيذ النص أكد المشرع على بطلان كل اتفاق يمنع تدخل القاضي لتخفيف او الغاء مظاهر التعسف ، لاسيما ونحن نعلم ان هذه العقود غالبا ما تتضمن شروطا كثيرة يقبلها الطرف المدعن بشكل اعمى دون تفكير بماهيتها وتأثيرها او دون قدرة على تخفيفها لحاجته الى موضوع العقد⁽¹⁾.

وتفسير العقد بشكل عام نقصد به تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي بسبب وجود نوع من الغموض في العقد مما يقتضي منه معرفة الارادة الحقيقية المشتركة بين الاطراف المتعاقدة ، مستندا الى اصل العقد والعناصر المرتبطة به داخلية كانت ام خارجية⁽²⁾ .
مما تقدم يتبين لنا ان تفسير العقد يمثل في حقيقته عملية ذهنية ذات شقين اولهما شق مادي ينحصر بالبحث في صيغة العقد وشروطه كوحدة متكاملة من خلال الاستعانة ببعض المعايير الموضوعية كالعرف السائد وما يمكن استخلاصه من القرائن وشهادات الخصوم ، اما الشق الثاني فهو المعنوي ويكون نتيجة طبيعية للشق المادي ويتجسد بمجموعة الافكار التي تستقر لدى القاضي من حصيلة بحثه السابق ومن خلاله يتعرف على النية المشتركة لدى اطراف التعاقد⁽³⁾ ، فتفسير العقد هي العملية الاولى التي لا يمكن ان يقوم بها الا القاضي

1- صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بحث موازن بين احكام المعاملات المالية الشرعية والمدنية المرعية في بلاد الجامعة العربية، بغداد، 1950، ص44

2 - عبد الحكيم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1985 ، ص10-11.

3 - وليد صلاح رمضان ، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، كلية الدراسات الاسلامية ، جامعة الازهر ، دار

الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2009 ، ص137

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الأذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

المتمكن قانونيا من عملية التفسير لمعرفة مدى تطابق ارادات اطراف العقد وتحديد الالتزامات المترتبة على كل طرف وفقا لما تقضي به قواعد العدالة⁽¹⁾.

ويعد التفسير القضائي اهم انواع تفسير العقد لان القضاء هو الجهة المختصة بتطبيق القانون للفصل في النزاعات المرفوعة امامه والمتعلقة بالعقد ، حيث يتوجب على القاضي ان يبدأ التفسير من خلال فهم المراد من النص القانوني وتحديد معناه من خلال استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين حتى يتمكن من تطبيقه بشكل سليم على النزاع المعروض امامه ، اما في حالة عدم وجود نص فلا بد للقاضي ان يستنبط الحكم من القواعد العامة والا عد ممتنعا عن تحقيق العدالة⁽²⁾.

وتفسير عقود الأذعان له معنى خاص يتضح من نص الفقرة (3) من المادة 167 اذ لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الأذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن ولو كان دائما ، فالطبيعي عند وجود شك في العقد ان يتم تفسير العبارات الغامضة لمصلحة المدين ، الا ان المشرع العراقي قد استثنى عقود الأذعان من القاعدة العامة بان جعل التفسير يصب في مصلحة الطرف المدعن دائما كان ام مدينا، وبالنتيجة فان كل مايشوب عبارات العقد من غموض تقع تبعثها على المدعن له ، وقد كان المشرع العراقي مصيبا في نضه اذ قطع الطريق امام الاجتهاد والتفسير في هذا المجال ، لان الطرف المدعن لا بد ان تتوافر له الحماية المطلوبة من سطوة وتعسف الطرف القوي لاقامة التوازن بين اطراف العلاقة العقدية⁽³⁾.

الا انه لا بد من التاكيد ان تطبيق هذا النص القانوني يكون في حالة عدم استطاعة القاضي الوصول الى غرض المتعاقدين من خلال قواعد التفسير المتبعة ، مما ادى الى اثاره شكه فعندئذ يقوم بالتفسير على اساس تغليب مصلحة المدعن انطلاقا من مبدا منحه صلاحية التدخل في عقد الأذعان والمتمثل بحماية الطرف الضعيف .

وهذا التفسير لمصلحة المدعن يطبق على جميع انواع الشروط سواء التي كانت موجودة عند التعاقد او اضيفت بعد ذلك ، لان الطرف المدعن غالبا مايفتقد القدرة على صياغة أي شرط من شروط التعاقد حتى ولو كانت تصب في مصلحته نظرا لما يمتلكه الطرف القوي من سيطرة لايمكن الاستهانة بها حتى بالنسبة للشروط اللاحقة على التعاقد⁽⁴⁾.

ويلزم القاضي عند قيامه بتفسير العقد بعدم الانحراف وتطبيق العقد بما ورد فيه من عبارات اذا كانت تلك العبارات واضحة التعبير عن قصد المتعاقدين ، اي كانت تعبر عن الارادة الحقيقية لاطراف العلاقة التعاقدية وذلك احتراماً لمبدا سلطان الارادة ولضمان استقرار المعاملات⁽⁵⁾، اما اذا كانت عبارات العقد غامضة ، وهذا يتصور في صورتين اولاهما ان يكون اللفظ واضحا الا ان الارادة غامضة لان ظروف العقد او طبيعته تولد الشك في مقصود طرفي العقد ، فهنا يكون للقاضي اذا تبين له من ظروف الدعوى مايرر عدم الاخذ بالمعنى

1 - المصدر نفسه ، ص 141

2 - توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية 1981، ص 389

3 - ويمكن تصور الموجب مدينا في عقود الأذعان اذا كان قد قام بتنفيذ جميع التزاماته الا ان القابل لم ينفذ ما ترتب عليه من التزامات جراء العقد .

4 - حسن جمعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، المصادر السابق ، ص 255

5 - محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، 1999 ، ص 131.

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

الظاهر العدول عنه الى غيره من المعاني على ان يسبب مبررات عدوله عن المعنى الظاهر الى معنى اخر خفي وفي هذه الحالة يكون خاضعا لرقابة محكمة التمييز الاتحادية .

اما الصورة الثانية فتتمثل في غموض الفاظ العقد وعدم وضوح ارادة اطرافه فيتردد العقد بين عدة اوجه للتفسير بحيث يكون من الصعوبة ترجيح تفسير على اخر، وهنا يتوجب على القاضي استعمال سلطته التقديرية باللجوء الى القرائن التي تساعد لاجلاء الحقيقة المخفية في النص⁽¹⁾، وغالبا مايستند القاضي الى العوامل الموضوعية والمادية المقترنة بالتعاقد كطبيعة التعامل والعرف الجاري ومايفرضه حسن النية بين المتعاقدين من ثقة وامانة وعدم استغلال جهل الاخر⁽²⁾.

مما تقدم يتضح لنا ان تفسير العقد هي عملية موضوعية تعتمد اساسا على ظروف ووقائع كل عقد ومايجتويه من عبارات ودلالات وبالتالي فان القاضي يستخلص تفسيره من عبارات العقد التي تحتمل المعنى الذي وصل اليه ، وهي اشياء موجودة فعلا وثابتة وغير متعارضة مع ظروف النزاع ، ومن ثم فلا يكون هناك رقابة على تفسير القاضي بشكل عام .

المبحث الثالث : القيود الواردة على سلطة القاضي في نطاق عقود الاذعان

السلطة التقديرية هي مكنة حولها المشرع للقاضي لتحقيق العدالة المتوخاة من تطبيق النصوص القانونية⁽³⁾، لان القانون لا يعمل بشكل تلقائي فلا بد من وجود القضاء لتطبيقه واعمال نصوصه ، الا أن إرادة القاضي مقيدة الى حد ما بضوابط لتوفير عنصر المشروعية نص عليها المشرع بقواعد قانونية ، سواء كانت موضوعية أم اجرائية ، وهي قيود تم فرضها بسبب الخشية من سوء استخدام القاضي لسلطته التقديرية مما قد يفتح بابا للتعسف⁽⁴⁾ الا ان وجود هذه الضوابط لا يؤثر على قناعة القاضي وارادته⁽⁵⁾، ولما كان عقد الاذعان يعتبر من وسائل التعاملات الاجتماعية التي ينبغي تنظيمها في اطار القواعد القانونية السائدة في المجتمع ، ورغبة من المشرع العراقي في تحقيق العدالة منح القاضي دورا ايجابيا اكبر من دوره في بقية العقود من اجل منع فرض شروط تعسفية من قبل احد اطراف العقد، الا ان الممارسة الفعلية لهذا الدور قد تبدو على غير ما اراده المشرع في كثير من الاحيان ، الامر الذي يقتضي الخروج بفهم متكامل لسلطات القاضي التي حولت اليه بموجب القانون ، اذ من غير المتصور ترك الامر لمطلق تقدير القاضي فهو كاي انسان قد تختلف طريقته في التقدير والادراك ، وعدم ادراك طبيعة هذه المكنة الممنوحة للقاضي قد يؤدي بدوره الى تعطيل لسير العدالة . وبالتالي لا تكون سلطة القاضي مطلقة بل هي ذات

1 - المصدر نفسه ،ص132.

2 - خالد محمود السباين ،الحماية القانونية للطرف المدعى في عقود الاذعان، دراسة مقارنة،رسالة ماجستير ،كلية الحقوق ،جامعة القدس، فلسطين ، 2001 ، ص106

3 - المنجد في اللغة والاعلام ، ط43 ، دار الشروق ،2008 ،ص344

4- الضوابط هي مجموع كلمة (ضابط) وهي تعني : حكم كلي ينطبق على جزئياته ، ينظر في ذلك مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ط4 ، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، 2004 ، ص533.

5- وحدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1974 ، ص354.355.

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الأذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

نطاق محدود فهي تتعلق بتقدير مدلول بعض المصطلحات داخل النص القانوني او في حالة عدم وجود نص قانوني او غموضه (1)، دون ان تتدخل بتحديد مضمون النص القانوني او مجالات تطبيقه (الاختصاص القيمي والنوعي) (2)، وسنفضل ضوابط سلطة القاضي التقديرية في مطلبين نخصص اولهما للكلام عن الضوابط القانونية العامة على سلطة القاضي التقديرية، اما المطلب الثاني فسنوضح فيه الضوابط القانونية الخاصة على سلطة القاضي التقديرية في عقود الأذعان

المطلب الاول : الضوابط القانونية العامة على سلطة القاضي التقديرية

نحن نبحت في سلطة القاضي التي يستطيع من خلالها ضمان المساواة بين اطراف العقد لتحقيق العدالة، الا ان القاضي هو انسان لا يسلم من الخطا، كما انه لا يتصور ان يصدر القضاة احكاما مطابقة للواقع دائما مما قد يولد الضغائن والاحقاد في نفوس المتقاضين فضلا عن الشعور بعدم الثقة، لذا توجب على المشرع العمل على ضمان مصلحة الخصوم من انفراد وتجبر القاضي وذلك من خلال توفير ضمانات تحد من سلطة القاضي التقديرية وتراقبها، ولتحقيق ذلك فقد اشترط المشرع ضوابط معينة تعتبر بمثابة قيود تفرض على النشاط الذهني الصادر من القاضي اثناء نظره للدعوى، واهم هذه الضوابط العامة ما يأتي :

1- الالتزام بان يكون الحكم في اطار غاية النص القانوني

استمد هذا الضابط من القاعدة الفقهية (الاحكام تتبع المصالح)، فالقاضي يتمتع بقسط من الحرية عند ممارسة عمله القضائي لفهم وقائع الخصومة وموازنتها في عقله، ولذا يتوجب عليه التقيد بالمصلحة التي يراد تحقيقها من تشريع النص القانوني، والذي غالبا ما تكون عباراته مصاغة بصورة عامة مطلقة مجردة ليحقق المنفعة العامة لكل افراد المجتمع فضلا عن موائمتها لجميع الازمنة، فبموجب هذا القيد لا يكون باستطاعة القاضي اتخاذ سلطته التقديرية التي يستخدمها لتفسير نصوص القانون كوسيلة لمخالفة المصلحة التي ابتغى المشرع تحقيقها لتحقيق مصلحة خاصة به، لان هذا يؤدي الى انحرافه عما قصده المشرع من منحه سلطة التقدير، بل يتوجب ان ينصب فعل القاضي وجميع قراراته على تحقيق المصلحة العامة التي من اجلها وجد النص القانوني والمتمثلة في حماية مراكز اطراف الدعوى القانونية من خلال دفع الضرر عنهم وتحقيق مصالحهم (3).

ويلزم القاضي كذلك بعدم تجاوز النطاق المحدد له من قبل المشرع لممارسة سلطته التقديرية، لان هذه السلطة لا تأتي من فراغ وانما يتم النص عليها مع بيان حدودها الموضحة في قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل (4)، وهذه الحدود تعتبر بمثابة ضوابط ينبغي على القاضي الالتزام بها، فاذا خالف القاضي وتجاوز الحدود المرسومة له لممارسة سلطته التقديرية بان جعل منها وسيلة

1 - والتقدير في تحديد المدلول يقصد به ما يذله القاضي من نشاط ذهني يمثل باعمال الفكر والعقل والمنطق بحيث يخضع لارادة القاضي من حيث الترجيح وبيان مدى الملائمة، وهو تقدير يتعلق بوسائل تطبيق القانون استنادا للواقع، للمزيد يراجع: احمد هندي، ارتباط الدعوى والطلبات في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1995، ص 111.

2 - مصطفى عبد الحميد عياد، اصول التنظيم القضائي ونظرية الاختصاص في فلسطين، ط2، غزة، لا يوجد سنة طبع، ص 12.

3 - محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2007، ص 152.

4 - ومثاله منعت عليه المادة (2) من القانون المذكور بقولها: (الزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته).

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الأذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

للتحكم الاعمى او لتحقيق مصلحته الشخصية ، وصف نشاطه بالمعيب بعيب الانحراف عن غاية النص القانوني وبالتالي يكون معرضا للنقض⁽¹⁾.

2- الالتزام بمبدأ الحياد

يعتبر حياد القاضي اهم الضمانات القانونية التي توجب الثقة فيه عند استعماله لسلطته التقديرية ، ويقصد بحياد القاضي تجرده من أي مصلحة شخصية في الدعوى المطرحة امامه للحكم فيها ، فضلا عن عدم تحيزه لاي طرف ، ووقوفه على مسافة واحدة من جميع اطراف النزاع على نحو يؤهله للحكم بصورة موضوعية .

ومبدأ حياد القاضي من المبادئ المفترضة باعتباره من مستلزمات سير العدالة ، كما انه يتصل بالنظام العام ، ويتجسد هذا المبدأ بصورتين احدهما سلبية او ما يطلق عليه بالحياد السلبي حيث يتوجب على القاضي ترك ارادة الخصوم لتحديد الاطار الواقعي للدعوى من حيث السبب والموضوع ووسائل الاثبات ، ومن ثم لا يحق له توسيع اطار المحاكمة ولا الاستناد الى امور ووقائع خارج ما طلبه الخصوم ، الا في حالات استثنائية نص عليها القانون .

اما الصورة الثانية فهي الحياد الايجابي وهو امر ملازم لسلطة القاضي التقديرية باعتباره مكلفا بحل النزاع ، وبالتالي يستعمل القاضي جميع السلطات التي خولها له القانون لتأمين حكم عادل ونزيه من خلال اثاره جميع العناصر القانونية التي يقع واجب اثارها على عاتقه دون ان تعد تلك الاثارة اخلايا بواجبه باتخاذ موقف الحياد⁽²⁾ ، فعلى القاضي ان يتحقق من صحة التمثيل عن صاحب المصلحة في الدعوى لان صفة الخصم من الامور المتعلقة بالنظام العام ، ومن ثم يجوز للقاضي ان يحكم من تلقاء نفسه بعدم قبول الدعوى التي ترفع من قبل من لا يمتلك صفة لرفعها دون ان يعد متحيزا .

واستنادا لمبدأ الحياد فانه يمنع على القاضي الانحياز لطرف دون اخر من اطراف الخصومة ، كما يجب عليه منح فرصة اثبات الادعاءات لكلا طرفي الدعوى ، ومن ثم يباشر باستعمال نشاطه الذهني لدراسة الوقائع المطروحة من قبل الطرفين واستخلاص وتثبيت المنتج منها تمهيدا للفصل في النزاع⁽³⁾.

3- الالتزام بعدم الحكم بناء على العلم الشخصي

من الضوابط الرئيسية التي تحدد نطاق سلطة القاضي التقديرية تلك المتعلقة بضرورة قيام القاضي ببناء قناعته للوصول الى فض النزاع واصدار الحكم في الدعوى المعروضة امامه على الادلة التي قدمها طرفي الخصومة حصرا ، ومن ثم فلا يحق له الاستعانة بمعلوماته الشخصية التي لم يتناقش فيها طرفي الدعوى ، لانه بذلك سيتخلى عن حياده القضائي ويؤدي دور الشاهد والقاضي وهذا لا يجوز ،

1 - اسمهان عفيف ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر ، رسالة ماجستير ، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي - كيلة الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، 2011 ، ص 122 .

2 - عبد الحميد الشورابي ، المسؤولية القضائية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1997 ، ص 61 .

3- نبيل اسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2004 ، ص 125 .

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الازعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

وبالتالي يمنع على القاضي الحكم بناء على مايعرفه من معلومات خاصة تتعلق بالجانب الواقعي للنزاع⁽¹⁾، اذ يتوجب عليه ان يتصدى للخصومة وهو خالي الذهن من اية معلومات خاصة تتعلق بالدعوى المطروحة امامه ويمكن ان تأثر على حكمه ، ويترتب على هذا منع القاضي من تاسيس حكمه على امر (تصرف او واقعة) علم بها خارج اطار الدعوى المرفوعة امامه ، كما لا يحق له استخدام المعلومات التي تحصل عليها بعلمه الشخصي للاستدلال بها في تسبيب الحكم ، وبمنع عليه كذلك استبدال ما تحصل عليه من معلومات من خلال الوقائع التي خضعت للاثبات ووقع عليها النزاع بقرائن اخرى لاعلاقة لها بهذه الوقائع .

الا انه يمكن للقاضي في حالة واحدة فقط ان يبني الحكم القضائي بناء على علمه الشخصي ويتمثل ذلك الامر عندما تكون المعلومات التي يستشهد بها هي معلومات عامة معروفة على صعيد كافة افراد المجتمع ، وهذا ما اكده نص المادة (8) من قانون الاثبات العراقي والتي جاء فيها (ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة ، ومع ذلك فله ان يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض المام الكافة بها).

4- الالتزام بمبدأ المواجهة

من حق كل طرف من اطراف الدعوى ان يقدم اسانيده ودفعه التي يجدها مفيدة لضمان حقه في النزاع المطروح امام القضاء ، فضلا عن حقه في ان يعلم بكل ما يقدمه خصمه من ادعاءات ووسائل دفاع ليتسنى له مناقشة خصمه وتفنيد مايدعيه ، ومن ثم يمنع على القاضي ان يستمع الى أي طرف في غيبة الاخر او بعد اقفال باب المرافعة ، ويجب ان يبني حكمه على مايتضح له من اوراق الدعوى اثناء المرافعات فيها ، كما يلزم القاضي باحترام حق كلا طرفي النزاع في الدفاع عما يدعيه ، ومنحهم فرصا متكافئة لابداء مالدبيهم ضمن حدود القانون .

5- التزام القاضي بعدم التدخل الا بعد رفع دعوى

وهذا ضابط ضروري وبديهي في نفس الوقت ، اذ لايجب للقاضي التدخل وبحث مجال اعمال القانون الا بطلب يقدم من احد اطراف النزاع من خلال رفع دعوى امام المحكمة المختصة ، وبعد القيام بكافة الاجراءات اللازمة لرفع الدعوى والتي حددها قانون المرافعات المدنية .

هذه هي اهم الضوابط القانونية العامة التي يلزم القاضي باتباعها في جميع الدعاوى التي ينظر فيها ، الا ان هناك من ذهب الى ادخال الرقابة المفروضة على اعمال القاضي لسلطته التقديرية ضمن الضوابط القانونية⁽²⁾ استنادا الى انه اذا كان يتوجب على القانون ان يمارس وظيفته الاجتماعية المتمثلة بحماية للطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي ، فانه يتوجب عليه كذلك مراقبة القاضي في حكمه حتى لا يظهر القاضي وكأنه استاذ العقد او يخرق القانون بارادته ، فكفل حق الخصوم بالطعن في الاحكام .

1 - المصدر نفسه ، ص9.

2 - سعيد سعد عبد السلام ، التوازن العقدي في نطاق عقود الازعان ، ص130 ، و عبد الحكيم فودة ، تفسير العقد ، المصدر السابق ، ص526

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

وإذا كان الاصل في الفقه والقضاء انه لا رقابة لمحكمة التمييز على القاضي اذا كان يتصرف بسلطته التقديرية المعترف بها قانونا وفي حدود هذه السلطة ، الا انه عند مخالفة القاضي لقاعدة قانونية كما لو افسد قصد المتعاقدين او حرف العقد عند تفسيره رغم وضوحه ففي هكذا حالات تقوم سلطة الرقابة القضائية لمحكمة التمييز على السلطة التقديرية للقاضي استنادا الى التسبب الذي يذكره القاضي في احكامه ، وفي الحقيقة ان هذه الرقابة موجودة في جميع المجالات وبالتالي لا يمكن اعتبارها ضوابط قانونية تحد من سلطة القاضي التقديرية بل هي ضمانات تمنح للمتضرر من الحكم القضائي للطعن فيه ان توافر سبب الطعن وشروطه ، بمعنى ان ما منح للقاضي من سلطة تقديرية ليس معناه ان يتصرف على هواه ، بل انما منحت له لكي يستطيع مباشرة الوظيفة المسندة اليه وفق ضوابط قانونية معينة ، فالاعتراف بسلطة القاضي التقديرية جاء وفق ضوابط لتأمين العدالة عن طريق تدرج المحاكم وجعل احكامها ليست نهائية بحسب التدرج القضائي الذي توجد على قمته المحكمة الاتحادية العليا باعتبارها المرجع الاخير الذي يلجا اليه عند الحاجة لكبح جماح القاضي الشارذ عن حدود ما قدر له⁽¹⁾.

المطلب الثاني : الضوابط القانونية الخاصة على سلطة القاضي التقديرية في تعديل عقود الاذعان

يعتمد القضاء على عدة آليات قانونية لحماية الطرف الضعيف في عقد الاذعان سواء من خلال تفسير الشروط الغامضة في العقد لمصلحة الطرف المدعى او من خلال الرقابة على الشروط التعسفية حماية لرضا المدعى من خلال نظرية عيوب الرضا ، وخاصة فيما يتعلق بضمان صدوره على ضوء الالتزام بالاعلام والتبصير بكافة شروط العقد ، وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة (167) من القانون المدني العراقي العناصر الاساسية لسريان سلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان حيث اشترطت لضمان تدخل القاضي وحماية الطرف المدعى توافر ضابطين رئيسيين يتمثل اولهما في ضرورة تعلق النزاع بعقد اذعان ، اما الضابط الثاني لتدخل القاضي فيتجسد بتضمن العقد شروطا تعسفية ، وهذه الشروط تعد بمثابة قيود على القاضي فرضها المشرع لتحديد مجال اعمال سلطته في تعديل عقود الاذعان فان لم تتوافر هذه الشروط فلا يحق للقاضي التدخل .

فاذا تبين للقاضي بان العقد موضوع النزاع هو عقد اذعان من خلال توافر اركانه وخصائصه فانه عندئذ يبحث فيما اذا كان العقد يتضمن شروطا تعسفية ام لا ، وبالتالي يتمكن من التدخل لحماية الطرف المدعى من خلال تعديل ذلك الشرط او الغائه واعفاء المدين من تنفيذه .

وان عملية تحديد كون الشرط تعسفيا ام لا يدخل ضمن نطاق استعمال القاضي لسلطته التقديرية كون المشرع العراقي لم يحدد المقصود منه⁽²⁾ ، وبالتالي فقد حاول الفقه تحديد المقصود بالشرط التعسفي بانه كل شرط يتعارض مع ما ينبغي ان يسود التعامل من روح

1 - وسنوضح هذا المعيار كاحد الضوابط الخاصة المفروضة على سلطة القاضي التقديرية .

2 - عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في قانون حماية المستهلك الصادر بتاريخ 1978/1/10 بانه " الشرط الذي يفرض على غير المهني او المستهلك من قبل المهني

نتيجة التعسف في استعمال الاخير لقوته الاقتصادية بهدف الحصول على امتياز بدون وجه حق " .

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الازعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

الحق والعدل⁽¹⁾ ، ومن امثلة الشرط التعسفي ما يشترطه الموجب على المدعن من شروط تثقل من الاعباء الملقاة على عاتقه كتقييد حق المدعن في ايداع الدفوع او الحد من حريته في التعاقد مع الغير ، وقد تشدد القضاء في عملية التحقق من كون الشرط تعسفيا ام لا ، رغبة منه في الحفاظ على استقرار التعامل والتقليل من حالات ابطال الشروط التعسفية حماية الطرف الضعيف في العقد ضمن نطاق عقود الازعان.

ولما كان وجود الشرط التعسفي يعطي للقاضي حق التدخل في العقد ، وان عملية اعتبار كون الشرط تعسفيا من عدمه يخضع لتقدير القاضي من خلال استعمال سلطته ، كان لابد لنا من التمييز بين نوعين من الشروط التعسفية ، حيث ان الشرط قد يكون تعسفيا بذاته وذلك عندما تكشف الفاظ الشرط عن التعسف بان تاتي متناقضة مع جوهره ، فتكون شروط العقد متناقضة بين بعضها البعض وتؤدي الى ارهاق المدعن ، اما الصورة الثانية فتتمثل في حالة الشروط العادية التي لا تظهر فيها صفة التعسف الا عند التطبيق من خلال التمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها وهنا تعد الشروط تعسفية بحكم الاستعمال⁽²⁾ ، الا ان المشرع العراقي واستنادا الى نص المادة 167 الذي جاء فيه (اذا تم العقد بطريق الازعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية....) قد سمح للقاضي بالتدخل واستعمال سلطته التقديرية في حالة كون الشرط تعسفيا بذاته ، أي ان التعسف كان عند ابرام العقد وليس عند تنفيذه .

وبما ان المشرع العراقي قد اكد على ضرورة تنفيذ العقود بشكل عام طبقا لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية ومن ثم يكون من ضمن سلطة القاضي التقديرية ان يرد الموجب الى صوابه في عقد الازعان من خلال تعديل الشروط التعسفية او الغائها اذا تعارضت مع مبداء حسن النية المطلوب في التنفيذ ، فلا يلزم المدعن التمسك بحرفية الشرط اذا كان يتعارض مع ما يفرضه حسن النية⁽³⁾ ، وبناء على ذلك يكون الشرط تعسفيا بذاته اذا كان شرطا محجفا يتضمن احكاما تتنافى مع العدالة ، ومما لاشك فيه ان هذه الصفة نسبية تختلف باختلاف العقود وانواعها واطرافها ، ومن ثم يكون امر تقديرها متروك لسلطة القاضي التقديرية دون ان تخضع قراراته لرقابة محكمة التمييز الاتحادية⁽⁴⁾ .

وبالنتيجة فانه لا يحق للقاضي ان يتدخل في عقد الازعان اذا لم يكن الشرط منافيا لما تتطلبه مراعاة العدالة بان كان مطابقا لمبدأ حسن النية الذي يحكم المعاملات وحتى ولو ادى الى ارهاق المدعن ، اما اذا استغل احد الطرفين حاجة الطرف الثاني وادرج شروطا تعسفية، فان المشرع خرج عن القوة الملزمة للعقد واعطى الحق للقاضي ليس فقط في التدخل لتعديل ماورد من شروط تعسفية حماية للطرف الضعيف ، بل ان الفقرة (2) من المادة(167) قد ذهبت الى اكثر من ذلك بمنح القاضي صلاحية اعفاء الطرف الضعيف من جميع

1 - حمدي محمد اسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية، المصدر السابق، ص 184

2 - ومثاله الشرط الذي يلزم المؤمن له باعلام المؤمن بامور معينة خلال فترة سريان العقد والا سقط حقه في التعويض فهذا الشرط لايعتبر تعسفيا عند ادراجه في العقد ولكنه يعد تعسفيا اذا تمسك المؤمن به لاسقاط حق المؤمن له حسن النية ،رغم ان هذا الشرط لايعود على المؤمن باية فائدة من الناحية العملية ، للتفصيل ينظر: عبد الحكيم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، المصدر السابق ، ص 360

3 - سعيد عبد السلام ، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الازعان ، الولاء للطبع والتوزيع ، شبين الكوم ، 1992، ص12

4 - عبد الحكيم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، المصدر نفسه ، ص360

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الأذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

الشروط التعسفية وهذا يعد بمثابة صمام الامان من اجل حماية الطرف المدعن ، وبالتالي يكون من سلطة القاضي الغاء جميع الشروط التعسفية اذا اقتضت مصلحة المدعن والعدالة ذلك ، وهذا خلافا للقاعدة العامة التي تقصر دور القاضي بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها من اجل اعمال حكم القانون فيها ⁽¹⁾ ، فالمشرع اراد بسماحه للقاضي بالتدخل بهذه الطريقة واستعمال سلطته التقديرية لتحقيق هدفين اولهما : ضمان تجنب عدم تحقيق العدالة الناشئة من عدم امكانية المساس بالشروط الاولية المذكورة في العقد ، كما في حالة ارتفاع الاسعار ، فعدم العدالة التي تحدث بعد التعاقد لا تقل خطورة عن عدم العدالة المتحققة وقت ابرام العقد ، اما الهدف الثاني فتمثل برغبة المشرع بتحقيق المصلحة العامة من اجل تحقيق مقتضيات السياسة الاقتصادية ⁽²⁾.

ولضمان تحقيق الهدفين السابقين سمح المشرع للقاضي باستعمال سلطته التقديرية لتقييم ماورد في عقود الأذعان من شروط فان وجد فيها تعسفا كان له حق القيام باحد امرين بناء على طلب الطرف المدعن :

الامر الاول : الابقاء على عقد الأذعان واعادة التوازن بين طرفيه من خلال اجراء تغيير جزئي يتمثل بتعديل الشروط الواردة فيه لرفع مظاهر التعسف كقيام القاضي بتعديل الشرط التعسفي الذي يفرض على العامل غرامات باهضة عند ارتكابه لاختفاء بسيطة وتقدير غرامات تناسب مع مقدار الخطأ، كما يستطيع القاضي تحديد موعد لتسليم اقساط المبيع اذا تعلق الشرط التعسفي بعدم امكانية تجديد موعد التسليم ، ويجوز للقاضي تخفيض ثمن المبيع اذا كان مبالغا فيه ⁽³⁾ .

الامر الثاني : الغاء الشرط التعسفي ، وفي هذه الحالة تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع فيعد هذا الاجراء من اقوى الاجراءات التي يمارسها القاضي في عقود الأذعان حين يعفي المدعن من تنفيذ الشرط التعسفي ، كما لو كان الشرط متمثلا في اعفاء الطرف القوي من المسؤولية فيبادر القاضي الى الغاء الشرط ليخضع العقد للقواعد العامة ⁽⁴⁾.

ورغبة من المشرع في بقاء هذه الحماية المتمثلة بتدخل القاضي فقد أكد انه لا يجوز للمتعاقدين في عقود الأذعان ان يتفقا على منع القاضي من التدخل ، اذ ان مثل هذا الاتفاق يسقط بالبطلان ولا اعتبار له ، لان صلاحية القاضي في التدخل وحماية الطرف المدعن تعتبر من النظام العام ⁽⁵⁾ ، الا انه تجدر الاشارة ورغم ما يملكه القاضي من سلطة تقديرية في عقود الأذعان الا انه لا يستطيع ابطال الشرط التعسفي او انهاء العقد اذا كان متفقا مع النظام العام والاداب وانما تنحصر سلطته عندئذ في تعديل الشرط او الاعفاء منه بما يعيد التوازن للعقد وينسجم مع مقتضيات العدالة ⁽⁶⁾.

1 - عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في مصادر الالتزام ، مكتبة تحضة مصر ، القاهرة ، 1984 ، ص 161 .

2 - كالمسماح للقاضي بتعديل الشرط التعسفي بخارية الانكماش : حمدي محمد اسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، المصدر السابق، ص 183

3 - خالد محمود السباين ، الحماية القانونية للطرف المدعن في عقود الأذعان ، المصدر السابق ، ص 137

4 - وذهب جانب من الفقه الى عد سلطة الالغاء التي يمارسها القاضي تحطيما لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، للتفصيل ينظر: عبد الحكيم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، المصدر السابق ، ص 362

5 - عبد المنعم فرج الصدة ، عقد الأذعان ، مجلة الامن والقانون ، كلية الشرطة ، دبي (1996) العدد الاول ، ص 252

6 - خالد محمود السباين ، الحماية القانونية للطرف المدعن في عقود الأذعان ، المصدر السابق ، ص 138

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الادعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

مما ذكر اعلاه يتبين لنا وجود ضابط اخر يتم اعتماده كمعيار لممارسة القاضي لسلطته التقديرية ويتمثل بالعدالة وهذا ما اكدت عليه الفقرة (2) من المادة 167 بقولها (...وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة...) فتكون العدالة هي المعيار الذي اوجب المشرع على القاضي مراعاته للحكم بتعديل الشروط التعسفية او الغائها ، ورغم ان العدالة في حقيقتها تمثل مبدءا اخلاقيا يهدف الى تحقيق المساواة بين الافراد ، الا ان المشرع لم يحدد الوسائل التي يتبعها القاضي ليطم التعديل او الاعفاء على اساسها ، وبالتالي يدخل ضمن نطاق سلطة القاضي التقديرية تقدير ما يعد عادلا من عدمه (1).

وقد عد بعض الفقهاء معيار العدالة امرا مطلقا وغامضا فهو يتولد كاحساس طبيعي يحرك القاضي ، وبالتالي فهو يختلف من شخص لآخر فضلا عن تغييره بتغير الازمنة والامكنة (2)، الا ان السائد ان معيار العدالة في حقيقته يعبر عن مجموعة من الاسس الثابتة التي تنشئ النظام المثالي (القانون) الذي ينبغي الوصول اليه من قبل البشر ، وبالتالي فان قواعد العدالة يجب ان تسيطر على جميع مراحل التعاقد بدءا من مرحلة المفاوضات وصولا الى ابرامه ومن ثم تنفيذه للتخفيف من عثرات القانون وجموده (3).

ومن اجل مراعاة هذا الضابط يتوجب ان يكون لدى القاضي احساس نقي بالصواب فينطلق للبحث عن ما يريده الطرفان من التعاقد من خلال استعراض مجموعة المصالح المتحققة لكليهما والتي تكشف بدورها عن ظروف التعاقد ، ومن ثم اعطاء حلول عادلة تتفق مع المنطق والقانون والمنفعة المشتركة ، وتستند على اعتبارات موضوعية وليست ذاتية ، ويتجسد هذا كله بقيام القاضي باعمال سلطته التقديرية لتحديد ما تقتضيه العدالة مع بيان مقدار التعسف الوارد في الشرط .

واخيرا لا بد من التاكيد على ان ماورد في نص الفقرة (2) من المادة 167 من منح القاضي سلطة التدخل في عقود الادعان هي سلطة جوازية وليست وجوبية بمعنى انه قد لا يستطيع القاضي التدخل في عقد الادعان في حالة وجود شرط ضمن العقد يوافق عليه المدعن ويجد من سلطة القاضي بمراقبة الشروط التعسفية دون ان يمنعها وفي هذا قصور تمنى من المشرع تجاوزه من خلال منح القاضي سلطة وجوبية تبيح له التدخل لحماية الطرف المدعن من كل شرط تعسفي ورد في العقد .

الخاتمة

يعد الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية امرا ضروريا لتمكينه من السيطرة على الدعوى وكل ما يتعلق بها وصولا الى اتهائها بشكل سليم ، ومن خلال تبيننا لموقف المشرع العراقي حول سلطة القاضي في نطاق عقود الادعان وجدنا انه قد اقر نجحا سليما في منح القاضي دورا ايجابيا من خلال فسح المجال لسلطته التقديرية لتقوم وتقرير كل ما يضمن المساواة وتحقيق العدالة بين المتعاقدين ، الا ان المشرع رغم اقراره بهذه السلطة وضع الضوابط ولم يطلق يد القاضي بشكل مطلق من خلال فرض قيود عليها لضمان ما قد يطرا من انحراف ، وقد تمخض البحث عن مجموعة من الاستنتاجات فضلا عن بعض المقترحات التي ندعو الى الاخذ بها وبالتالي :

1 - عبد الحكيم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، المصدر السابق ، ص 363 .

2 - سعيد عبد السلام ، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الادعان ، المصدر السابق ، ص 17

3 - خالد محمود السباين ، الحماية القانونية للطرف المدعن في عقود الادعان ، المصدر نفسه ، ص 139

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

اولا : الاستنتاجات

- 1- ان عقود الاذعان هي عقود تتم بين طرفين وبذلك فهي كاساس تخضع للنظرية العامة للعقود .
- 2- لا يستطيع القاضي غالبا مواجهة عقود الاذعان بالشكل المطلوب منه وذلك لان سلطته التقديرية بالتعديل والاعفاء من الشروط التعسفية تعد غير كافية نتيجة التطور التقني الهائل وما نجم عنه من ازدياد ظاهرة ابرام عقود الاذعان.
- 3- يستطيع القاضي ان يفسر جميع انواع العقود (الواضحة والغامضة) الا انه في نطاق عقود الاذعان يخرج عن القواعد العامة في التفسير من خلال تدخله لحماية الطرف المدعن واعفائه من تنفيذ الشروط التعسفية .
- 4- الضوابط القانونية التي تحكم سلطة القاضي التقديرية منها ماهو عام تم فرضه بموجب القواعد العامة ومنها ماهو خاص يتعلق بعقد الاذعان حصرا باعتباره عقدا ذا طبيعة خاصة .
- 5- الضوابط القانونية العامة هي ضوابط تحد من سلطة القاضي التقديرية في جميع انواع العقود وتتمثل بتقييد القاضي بعدم الخروج عن غاية القاعدة القانونية ، والتزامه بالحيادية وعدم الحكم بعلمه الشخصي فضلا عن ضمان حق اطراف الدعوى بالمواجهة والدفاع .
- 6- يشترط لكي يستطيع القاضي ان يتدخل ويمارس سلطته التقديرية فضلا عن كون العقد موضوع النزاع من عقود الاذعان ان يوجد شرط تعسفي بان يكون مخالفا لما يفرضه حسن النية في المعاملات وان يجافي العدالة وان يكون مدرجا ضمن شروط العقد عند الانعقاد لا ان يتضح انه تعسفي اثناء التنفيذ.
- 7- العدالة هي احد الضوابط التي اوجب المشرع على القاضي مراعاتها عند الحكم بتعديل الشروط التعسفية او الغائها ، وهي في حقيقتها تمثل مبدءا اخلاقيا يهدف الى تحقيق المساواة بين الافراد ويتولد كاحساس طبيعي يحرك القاضي ويعبر عن مجموعة من الاسس الثابتة التي تنشئ النظام المثالي (القانون) الذي ينبغي الوصول اليه من قبل البشر.
- 8- ان ماورد في نص الفقرة (2) من المادة 167 من منح القاضي سلطة التدخل في عقود الاذعان هي سلطة جوازية وليست وجوبية بمعنى انه قد لا يستطيع القاضي التدخل في عقد الاذعان في حالة وجود شرط ضمن العقد يوافق عليه المدعن ويجد من سلطة القاضي بمراقبة الشروط التعسفية دون ان يمنعها

ثانيا : - المقترحات

- 1- ان يتم تعديل المادة 167 من القانون المدني بوضع تعريف لعقد الاذعان في الفقرة الاولى وابقاء الفقرة الاولى ولكن كفقرة ثانية .
- 2- تعديل نص الفقرة الثانية من المادة 167 لتصبح بالشكل التالي " اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية توجب على المحكمة ولو بدون طلب ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الازعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

اتفاق على خلاف ذلك " فهذا التعديل نتجاوز سلطة القاضي الجوازية ومنحه سلطة وجوبية تبيح له التدخل لحماية الطرف المدعن من كل شرط تعسفي ورد في العقد .

3- ان يتم النص على اضعاء الرقابة على سلطة القاضي التقديرية لضمان عدم انجرافه وراء الميل او الهوى .

4- تقنين الضوابط العامة وخاصة التي اشار اليها الفقه الاسلامي باعتبارها قيودا على سلطة القاضي التقديرية لتحقيق عنصر

المشروعية وعدم اساءة استعمال هذه السلطة ومثالها ضوابط (لامساغ للاجتهاد في مورد النص) وضابط (الاحكام تتبع المصالح) و(اجتهاد القاضي لا ينقض بمثله) .

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الاذعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

المصادر

- 1- احمد:محمد شريف ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، 1999.
- 2- البدر واي :عبد المنعم ، النظرية العامة للالتزامات ، دراسة مقارنة في قانون الموجوبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1963.
- 3- بركات:محمود محمد ناصر ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس ، الأردن ، 2007
- 4- جميعي:حسن عبد الباسط، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ظاهرة اختلاف التوازن بين الالتزامات العقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الامارات والقوانين الاوربية مع اشارة للقوانين الانجلوامريكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1990.
- 5- الحكيم: عبد المجيد، الكافي في شرح القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية ، الجزء الاول مصادر الالتزام ، الشركة الجديدة للطباعة ، عمان ، 1993.
- 6- الداوقى: عباس مهدي ، الاجتهاد القضائي، ط1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة، 2015 .
- 7- رمضان: وليد صلاح ، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، كلية الدراسات الاسلامية ، جامعة الازهر ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2009.
- 8- سعد:احمد محمود، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها، دارالنهضة العربية، 1988.
- 9- سلطح :حمدي محمد اسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الفكر الجامعة ، الاسكندرية ، 2006.
- 10- السنهوري:عبد الرزاق، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1983.
- 11- السنهوري:عبد الرزاق، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، 1998.
- 12- الشورابي :عبد الحميد ، المسؤولية القضائية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1997.
- 13- الصدة :عبد المنعم فرج، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، الجزء الاول ، قسم الدراسات القانونية ، معهد الدراسات العربية ، القاهرة ، جامعة الدول العربية ، 1958.
- 14-عبد الباقي: عبد الفتاح، دروس في مصادر الالتزام ، مكتبة نهضة مصر ، القاهرة ، 1984 .
- 15-عبد الدائم :حسني محمود، العقود الاحتكارية بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة، دارالفكر الجامعي ، الاسكندرية . 2008.
- 16- عبد السلام: عز الدين عبد العزيز، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، تحقيق محمود بن التلاميذ الشنقيطي ، دار المعارف ، بيروت ، لبنان ، ج2.
- 17-عبد السلام:سعيد، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الاذعان ، الولاء للطبع والتوزيع ، شبين الكوم ، 1992.
- 18-عبد الفتاح :عزمي، تسبب الاحكام واعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، ط1، دار الفكر العربي، 1983
- 19- العبودي : عباس ، شرح أحكام قانون البيئات ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2006.
- 20-عمر:نبيل اسماعيل، النظرية العامة للطعن بالنقد في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1980

الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الازعان

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد

- 21- عمر: نبيل اسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2002
 - 22- عمر: نبيل اسماعيل، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004.
 - 23- عياد: مصطفى عبد الحميد، اصول التنظيم القضائي ونظرية الاختصاص في فلسطين، ط2، غزة.
 - 24- فرج: توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية 1981.
 - 25- فهمي: وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974.
 - 26- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
 - 27- فودة: عبد الحكيم، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1985.
 - 28- مرسي: محمد كامل، العقود المسماة، الجزء الاول، ط2، المطبعة العلمية، مصر، 1952.
 - 29- المنجد في اللغة والاعلام، ط43، دار الشروق، 2008.
 - 30- الناهي: صلاح الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بحث موازن بين احكام المعاملات المالية الشرعية والمدنية المرعية في بلاد الجامعة العربية، بغداد، 1950.
 - 31- هندي احمد، ارتباط الدعوى والطلبات في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1995.
- الرسائل والبحوث
- 1- بن حديد: ابراهيم، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الادارية، 2005.
 - 2- التميمي: فتحي ماجد سعد، دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الاردني، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية القانون، 2010
 - 3- السباتين: خالد محمود، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الازعان، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين، 2001.
 - 4- الصدة: عبد المنعم فرج، عقد الازعان، مجلة الامن والقانون، كلية الشرطة، دبي (1996) العدد الاول
 - 5- عفيف: اسمهان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهدي ام البواقي - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2011.
 - 6- فطيمة: عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004.
 - 7- لعشيب: محفوظ بن حامد، عقد الازعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، مكتبة الجامعة الاردنية، 1998.
 - 8- يلخضر: مسعودة، الحماية المدنية للعقد الالكتروني، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، 2006.
 - 9- الجواهري: الشيخ حسن، عقود الازعان، بحث متاح على شبكة الانترنت على الموقع التالي)

www.Islamicfeah.com/magazines