جامعة القاهرة
كلية الحقوق

أثر الظروف الإقتصادية على القوة الملزمة للعقد

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من
رشوان حسن رشوان أحمد
المستشار بهيئة قضايا الدولة

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور / حمدى عبدالرحمن:
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
بكلية الحقوق جامعة عين شمس — رئيسا

الأستاذ الدكتور / نزيه محمد الصادق المهدى:
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
بكلية الحقوق جامعة القاهرة — مشرفا وعضوا

الأستاذ الدكتور / عبدالرشيد مأمون:
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق
جامعة القاهرة — عضوا

١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى

"يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ....."

صدق الله العظيم

من الآية «١» من سورة المائدة

إهـــداء

* إلى روح والدى ..

* إلى والدتى ..

برا بهما.

* إلى أسرتى الصغيرة ..

التى تكبدت مشقة إغترابى

عنها رغم أنى أعيش بين

ظهرانيها.

مقدمة

توطئة - أهمية الموضوع - نظرة تاريخية - منهج البحث

توطئة:

١ - شهدت الآونة الأخيرة مجموعة من التقلبات الإقتصادية التى اهتزت لها موازين الأفكار القانونية إهتزازا كبيرا. فالآثار الإقتصادية السيئة التى نجمت عن الحربين العالميتين العظميتين. والأزمة الإقتصادية الكبرى التى تخللتهما عام ١٩٢٩، وانهيار الكتلة الإشتراكية أخيرا، تركت جميعها آثارا واضحة على الأفكار القانونية السائدة. ومن أهم هذه الآثار ضرورة أن تستوعب هذه الأفكار المعطيات الإقتصادية الجديدة، وأن تقدم لها الحلول المناسبة.

ولم تكن نظرية العقد بمعزل عن النظريات والأفكار القانونية التى تأثرت بالتقلبات المذكورة. بل، على العكس، تعد نظرية العقد، التى تقوم على «مبدأ سلطان الإرادة» بشقيه، من أكثر النظريات أو الأفكار القانونية تأثرا بالتقلبات الإقتصادية، سواء من حيث «مبدأ الرضائية» أو من حيث «مبدأ العقد شريعة المتعاقدين». فمن حيث الرضائية ظهرت عقود الإذعان، والعقود الموجهة، والعقود النموذجية والعقود الجبرية والعقود المفروضة. ومن حيث «مبدأ العقد شريعة المتعاقدين» الذى صاغته المواد ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى، ١/١٤٧ من القانون المدنى المصرى، و ٢٢٠ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى، و ٢٤٧ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى، كان التأثير أعظما.

فبحسب الأصل، تنشأ عن العقد أو الإتفاق، طالما تم ابرامه على النحو الصحيح قانونا، مجموعة من الإلتزامات على عاتق طرفيه، لايجوز لأى منهما أن يتحلل منها، كما لايجوز له أن يتحلل من نصوص القانون. فالمتعاقد لايجد

المحتوى

الموضـــــــــوع	الصفحة
مقدمة	٧
توطئة	٧
أهمية الموضوع	٨
نظرة تاريخية	٩
أولا : فى الشرائع القديمة	٩
ثانيا : فى العصور الوسطى	١٢
ثالثا : فى عصر النهضة	١٢
رابعا : فى العصور الحديثة	١٣
خامسا : بعد إنهيار الكتلة الإشتراكية	١٥
موقف الفقه الإسلامى من ملائمة الإلتزامات العقدية للظروف الإقتصادية	١٦
منهج البحث	١٧

الباب التمهيدى

مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

تمهيد وتقسيم		٢١
الفصل الأول	: مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين	٢٥
المبحث الأول	: تفسير العقد	٢٨
المطلب الأول	: البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين	٣١
الفرع الأول	: وسائل تفسير العقد فى القانون المصرى	٣٤
الفرع الثانى	: وسائل تفسير العقد الواردة فى التقنين الفرنسى	٣٩
الفرع الثالث	: وسائل التفسير التى عرفها الفقه الإسلامى	٤٣
المطلب الثانى	: تعذر الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين	٤٦

الفرع الأول : تفسير الشك لمصلحة المدين ٤٧
الفرع الثانى : تفسير الشك فى عقود الإذعان ٥١
المبحث الثانى : تحديد نطاق العقد ٥٢
أولا : القانون ٥٥
ثانيا : العرف ٥٦
ثالثا : العدالة ٥٨
تحديد نطاق العقد عند الفقهاء المسلمين ٦٠
المبحث الثالث : تنفيذ العقد فى جميع ما إشتمل عليه ٦٢
الفصل الثانى : حدود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ٦٩
المبحث الأول : قيد النظام العام والآداب الحميدة ٧١
أولا : النظام العام ٧١
ثانيا : الآداب الحميدة ٧٢
النظام العام والآداب الحميدة وجهان لعملة واحدة ٧٥
أثر النظام الإجتماعى السائد فى تحديد نطاق النظام العام والآداب ٧٧
دور كل من النظام العام والآداب الحميدة فى تقيد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ٧٨
المبحث الثانى : قيد حسن النية ٨١
صعوبة تحديد المقصود بحسن النية ٨٢
تمييز حسن النية عن الخطأ وعن التعسف فى استعمال الحق ٨٣
دور فكرة حسن النية فى تقييد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ٨٥
المبحث الثالث: مدى جواز التقييد الإتفاقى لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ٨٩

القسم الأول

كيفية إعمال التطويع

تمهيد وتقسيم ٩٧

الباب الأول

دور المتعاقدين فى تطويع العقد

تمهيد وتقسيم ١٠٣
الفصل الأول : أسس تغير الإلتزام ١٠٥
تعريف أسس تغير الإلتزام ١٠٦
مالايدخل فى أساس الإلتزام ١٠٧
المبحث الأول : مدى شرعية أسس تغير الإلتزام ١١٠
المطلب الأول : الرأى القائل بعدم شرعية أسس تغير الإلتزام ١١١
المطلب الثانى : الرأى القائل بشرعية أسس تغير الإلتزام ١٢١
المطلب الثالث : تقييد شرعية أسس تغير الإلتزام ١٢٦
المعيار الأول ١٢٧
المعيار الثانى ١٢٨
المعيار الثالث ١٣٠
رأينا الخاص ١٣٢
المبحث الثانى : صور شروط أسس تغير الإلتزام ١٣٥
المطلب الأول : صور أسس تغير الإلتزام ١٣٧
أولا : أساس أو مؤشر الذهب ١٣٧
ثانيا : أساس أو مؤشر العملات الأجنبية ١٣٩
ثالثا : المؤشر السلعى ١٤٠
رابعا : أساس نفقات التكلفة ١٤٢
خامسا : أساس تكاليف المعيشة ١٤٤

سادسا : أساس رقم الأعمال ١٤٦
سابعا : أساس الأجور والمرتبات ١٤٨
المطلب الثانى : تطبيقات تشريعية لأسس تغير الإلتزام ١٥٠
الفرع الأول : الصور التشريعية لأسس تغير الإلتزام
فى عقد العمل ١٥٢
أولا : حساب الأجر بالقطعة أو الطريحة يعتبر صورة لأساس
تغير الإلتزام ١٥٣
ثانيا : العمولة والنسب المئوية من الربح أو من الإيراد،
كصورتين من صور الأجر، يمثلان تطبيقين لأسس
تغير الإلتزام ١٥٥
ثالثا : ربط الأجر، فى مقداره، بأسعار السلع والخدمات
الضرورية لمعيشة العامل، يعتبر تطبيقا لأساس
تغير الإلتزام ١٥٧
الفرع الثانى : الصور التشريعية لأساس تغير الإلتزام
فى عقد الإيجار ١٥٨
أولا : عقود الإيجار التى يحكمها القانون المدنى ١٦٠
ثانيا : عقود الإيجار الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن ١٦٤
ثالثا : عقود الإيجار الخاضعة لقوانين إيجار الأراضى
الزراعية ١٧٠
١ - الإيجار العادى ١٧١
٢ - الإيجار بالمزارعة ١٧٣
الفرع الثالث : الصور التشريعية لأساس تغير الإلتزام
فى عقد المرتب لمدى الحياة ١٧٦
المطلب الثالث : مشكلة الغاء المؤشر من التداول ١٧٩
الفصل الثانى : التعديل الإتفاقى للإلتزامات العقدية ١٨٣
المبحث الأول : تمييز الاتفاق المعدل للإلتزامات العقدية
عما قد يتشابه معه من إتفاقات ١٨٥

المطلب الأول : التعديل والتجديد ١٨٦
الفرع الأول : تمييز التعديل عن التجديد من ناحية الشروط ١٨٨
الفرع الثانى : تمييز التعديل عن التجديد من ناحية الآثار المترتبة على كل منهما ١٩٢
المطلب الثانى : التعديل والصلح ١٩٧
الفرع الأول : التمييز بين التعديل والصلح من زاوية الأركان المتطلبة لكل منهما ١٩٩
الفرع الثانى : التمييز بين التعديل والصلح من زاوية الآثار المترتبة على كل منهما ٢٠٢
المبحث الثانى : أحكام التعديل الإتفاقى ٢٠٥
المطلب الأول : موضوع التعديل الإتفاقى ٢٠٧
الفرع الأول : تعديل الموضوع بمعنى الكلمة ٢١١
أولا : التغيير ٢١١
ثانيا : الوفاء بمقابل «الوفاء البدلى» ٢١٢
ثالثا : التنازل الجزئى المتبادل ٢١٣
الفرع الثانى : تعديل الملحقات ٢١٧
المطلب الثانى : النظام القانونى للتعديل الإتفاقى ٢٢٠
الفرع الأول : الإبقاء على الرابطة الأصلية ٢٢١
الفرع الثانى : تغيير مضمون الرابطة الأصلية ٢٢٦
أولا : استبدال المنقول بالعقار أو العكس ٢٢٦
ثانيا : إستبدال الأداء العينى بأداء نقدى أو العكس ٢٢٨
ثالثا : إستبدال المثلى بالقيمى أو العكس ٢٣٠
رابعا : إستبدال الشىء القابل للإستهلاك بشىء غير قابل للإستهلاك أو العكس ٢٣٢
خامسا : استبدال الشىء الموجود بالشىء القابل للوجود أو العكس ٢٣٤

الباب الثانى

دور الإدارة فى تطويع العقد

تمهيد وتقسيم ٢٣٩

الفصل الأول : تدخل الإدارة من أجل حماية الحرية العقدية ٢٤٣

المبحث الأول : إمتناع الإدارة عن المساعدة فى تنفيذ الحكم القضائى ٢٤٥

المبحث الثانى : تدخل الإدارة فى بعض العقود ٢٥٣

المطلب الأول : تدخل الإدارة فى عقد العمل ٢٥٤

أولا : تدخل الإدارة فى عقد العمل عن طريق رقابتها للائحة المنشأة ٢٥٤

ثانيا : تدخل الإدارة فى عقد العمل عن طريق توجيهاتها بشأن تعويض رب العمل عما يتلقه العامل ٢٦٠

ثالثا : تدخل الإدارة فى عقد العمل عن طريق إزالة أسباب مخاطر العمل ٢٦١

المطلب الثانى : تدخل الإدارة فى عقد الإيجار ٢٦٣

أولا : تدخل الإدارة فى عقد إيجار الأماكن ٢٦٣

١ - تدخل الإدارة فى تحديد القيمة الإيجارية ٢٦٣

٢ - تدخل الإدارة عن طريق قيامها بتنفيذ التزام المؤجر بعدم حرمان المستأجر من أى حق أو ميزة إيجارية ٢٦٤

٣ - تدخل الإدارة عن طريق مواجهة حالة الخطر الداهم ٢٦٥

ثانيا : تدخل الإدارة فى عقد إيجار الأراضى الزراعية ٢٦٥

الفصل الثانى : تدخل الإدارة من أجل إعادة التوازن العقدى ٢٦٧

المبحث الأول : تدخل الإدارة فى العقود ذات الطابع الإجتماعى من أجل إعادة التوازن العقدى ٢٦٩

أولا : تدخل الإدارة فى عقد العمل من أجل إعادة التوازن العقدى ٢٦٩

ثانيا : تدخل الإدارة فى عقد إيجار الأماكن من أجل إعادة التوازن العقدى ٢٧٠

ثالثا : تدخل الإدارة فى عقد إيجار الأراضى الزراعية من أجل إعادة التوازن العقدى ٢٧١

المبحث الثانى : تدخل الإدارة فى العقود ذات الطابع الإقتصادى ٢٧٢

أولا : تدخل الإدارة فى عقد النشر بين ورثة المؤلف وبين الناشر من أجل إعادة التوازن العقدى ٢٧٢

ثانيا : تدخل الإدارة فى بعض البيوع من أجل إعادة التوازن العقدى ٢٧٤

ثالثا : تدخل الإدارة فى عقود الشركات من أجل إعادة التوازن العقدى ٢٧٥

الباب الثالث

دور القاضى فى تطويع العقد

تمهيد وتقسيم ٢٧٩

الفصل الأول : تمييز عملية التطويع القضائى عما قد يتشابه معها ٢٨١

المبحث الأول : تمييز التطويع القضائى عن دور القاضى فى عقود الإذعان ٢٨٣

خصائص عقود الإذعان ٢٨٥

دور القاضى فى عقود الإذعان ٢٨٦

١ - المقصود بالشروط التعسفية فى عقود الإذعان ٢٨٧

٢ - وجها سلطة القاضى إزاء الشروط التعسفية
فى عقود الإذعان ٢٩٠
أ - تعديل الشرط التعسفى ٢٩١
ب - إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفى ٢٩١
تمييز دور القاضى فى عقود الإذعان عن دوره فى
تطويع العقد ٢٩١
المبحث الثانى : تمييز التطويع القضائى عن دور القاضى
إزاء الشرط الجزائى ٢٩٤
أولا : حلول الجزاء محل التعويضات ٢٩٦
ثانيا : الجزاء تقدير إتفاقى للتعويض ٢٩٧
دور القاضى إزاء الشرط الجزائى ٢٩٧
أولا : تعديل الشرط الجزائى ٢٩٨
١ - تعديل الشرط الجزائى لصالح المدين ٢٩٨
٢ - تعديل الشرط الجزائى لصالح الدائن ٢٩٩
ثانيا : الإعفاء من الشرط الجزائى
تمييز دور القاضى فى الشرط الجزائى عن دوره فى ٣٠٠
تطويع العقد ٣٠٢
المبحث الثالث : تمييز التطويع القضائى عن دور القاضى
فى نظرية الغبن ٣٠٥
حالات الغبن ٣٠٧
دور القاضى إزاء الغبن ٣١١
تمييز دور القاضى إزاء الغبن عن دوره فى تطويع العقد ٣١٢
المبحث الرابع : التطويع القضائى ودور القاضى فى نظرة
الميسرة ٣١٤
دور القاضى إزاء نظرة الميسرة ٣١٨
الفصل الثانى : وسائل القاضى فى تطويع العقد ٣٢١

المبحث الأول : تطويع العقد عن طريق التفسير ٢٢٣
المطلب الأول : تفسير العقد ٢٢٤
أولا : سلطة القاضى إزاء حاجة العقد للتفسير ٢٢٧
ثانيا : سلطة القاضى فى رفع الغموض ٢٢٩
المطلب الثانى : تفسير قواعد القانون ٢٣٩
أولا : القواعد القابلة للتفسير ٢٣٩
ثانيا : دور التفسير حيال القاعدة القانونية ٢٤١
مدرسة الشرح على المتون ٢٤١
٢ - مدرسة التفسير الحر ٢٤٦
ثالثا : الإستناد إلى تفسير قواعد القانون قصد تطويع العقد لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة ٢٤٩
المبحث الثانى : تطويع العقد عن طريق إنشاء القواعد القانونية ٢٥٩
المطلب الأول : موقف بلاد القانون العام تجاه تطويع العقد عن طريق إنشاء القواعد القانونية ٢٦١
المطلب الثانى : موقف بلاد القانون المدنى تجاه تطويع العقد عن طريق إنشاء القواعد القانونية ٢٦٧
المطلب الثالث : موقف الفقه الإسلامى تجاه تطويع العقد عن طريق إنشاءالقواعد الفقهية ٢٨١

القسم الثانى

أحكام تطويع العقد

تمهيد وتقسيم ٢٩٥

الباب الأول

ضوابط تطويع العقد

تمهيد وتقسيم ٣٩٩

الفصل الأول : ضابط العمل القانونى ٤٠١

المبحث الأول : مدى اشتراط أن يكون العقد مستمرا ٤٠٦

أولا : الرأى المضيق ٤٠٧

ثانيا : الرأى الموسع ٤٠٩

ثالثا : الرأى الوسط ٤١٢

تقييم هذه الآراء الثلاثة ٤١٤

المبحث الثانى : مدى اشتراط أن يكون العقد محددا ٤١٦

أولا : إشتراط أن يكون العقد محددا ٤١٦

ثانيا : عدم اشتراط أن يكون العقد محددا ٤١٨

تقييم هذين الرأيين ٤٢٠

المبحث الثالث : مدى إشتراط أن يكون العقد ملزما للجانبين ٤٢٣

أولا : اشتراط أن يكون العقد ملزما للجانين ٤٢٣

ثانيا : عدم اشتراط أن يكون العقد ملزما للجانبين ٤٢٤

تقييم هذين الرأيين ٤٢٦

الفصل الثانى : ضابط التغير فى الظروف الإقتصادية ٤٢٩

المبحث الأول : شرط عدم إمكانية توقع التغير ٤٣٧

المطلب الأول : معايير عدم التوقع ٤٣٩

أولا : المدرسة الإرادية ٤٣٩

ثانيا : المدرسة الموضوعية ٤٤١

ثالثا : شرط عدم التوقع من وجهة نظرنا ٤٤٥

المطلب الثانى : مقتضيات عدم التوقع ٤٤٨

أولا : عدم إرادة التغير ٤٤٨
ثانيا : مواجهة آثار التغير ٤٥٠
المبحث الثانى : شرط استثنائية التغير ٤٥٢
المطلب الأول : المقصود بشرط الإستثنائية ٤٥٣
المطلب الثانى : علاقة شرط الإستثنائية بشرط عدم التوقع ٤٥٨
المبحث الثالث : شرط عمومية التغير ٤٦٠
المطلب الأول : شرط عمومية التغير عند الفقهاء ٤٦١
المطلب الثانى : تعارض شرط العمومية مع هدف فكرة التطويع ٤٦٤
الفصل الثالث : ضابط الأثر المترتب على التغير ٤٦٩
المبحث الأول : إستحالة تنفيذ الإلتزام ٤٧٣
المطلب الأول : الإستحالة المادية ٤٧٧
المطلب الثانى : الإستحالة الإقتصادية ٤٨١
المطلب الثالث : الإستحالة القانونية ٤٩١
أولا : إخراج المحل من دائرة التعامل ٤٩١
ثانيا : تحريم بعض العقود ٤٩٢
ثالثا : تقييد الروابط العقدية بموجب قرارات إدارية ٤٩٣
عدم تعارض صور الإستحالة القانونية مع مبدأ عدم رجعية القوانين ٤٩٥
المبحث الثانى : الإرهاق فى تنفيذ الإلتزام ٤٩٨
المطلب الأول : تعريف الإرهاق ٥٠٠
أولا : المدلول اللغوى للإرهاق ٥٠٢
ثانيا : المدلول الإصطلاحى للإرهاق ٥٠٤
المطلب الثانى : معيار الإرهاق ٥٠٩

أولا : مقدار الخسارة التى تؤدى إلى الإرهاق ٥١٠
ثانيا : موقف الفقه من معيار الإرهاق ٥١٢
المطلب الثالث : وقت تحقق الإرهاق ٥٢١
تحقق شرط الإرهاق بعد رفع دعوى التطويع ٥٢٤

الباب الثانى

نتائج فكرة تطويع العقد

تمهيد وتقسيم: ٥٢٩
الفصل الأول : إنهاء الرابطة العقدية ٥٣١
المبحث الأول : إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة ٥٣٢
المطلب الأول : إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة بناء على اتفاق ٥٣٤
المطلب الثانى : إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة بناء على نص القانون ٥٣٧
الفرع الأول: انهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة بناء على نص القانون فى العقود محددة المدة ٥٣٨
أولا - عقد القرض ٥٣٨
ثانيا - عقد الإيجار ٥٣٩
ثالثا - عقد العارية ٥٤٠
رابعا - عقد المقاولة ٥٤١
خامسا - عقد العمل ٥٤١
سادسا - عقد الوكالة ٥٤٢
الفرع الثانى: إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة بناء على نص القانون فى العقود غير محددة المدة ٥٤٤
أولا - عقد العمل ٥٤٤

ثانيا – عقد الشركة ٥٤٥
ثالثا – عقد الإيجار ٥٤٥
إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة عند الفقهاء الشرعيين ٥٤٦
المبحث الثانى : إنهاء الرابطة العقدية إتفاقا ٥٤٨
خصائص الإتفاق المنهى للرابطة العقدية ٥٥٤
المبحث الثالث : إنهاء الرابطة العقدية قضاء «فسخ العقد» ٥٥٦
المطلب الأول : الفسخ للإرهاق فى التشريع والقضاء المقارن ٥٥٨
المطلب الثانى : أحكام الفسخ للتطويع ٥٦٧
أولا : طبيعة الحكم الصادر بفسخ العقد للتطويع ٥٦٧
ثانيا : عدم رجعية الحكم الصادر بالفسخ ٥٦٨
ثالثا : اثر فسخ العقد على حقوق الغير ٥٧٢
الفصل الثانى : رد التزامات الرابطة العقدية إلى الحد المعقول ٥٧٥
المبحث الأول : انقاص الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام المقابل ٥٧٦
المبحث الثانى : تنفيذ العقد مقدما أو وقف تنفيذه مؤقتا ٥٨٧
المبحث الثالث : إمتداد العقد ٥٩٦
المبحث الرابع : تحول العقد ٦٠٢
الفصل الثالث : التعويض ٦٠٩
المبحث الأول : موقف القانون المقارن من التعويض كأداة للتطويع ٦١١
المطلب الأول : التعويض كأداة للتطويع فى أحكام القضاء الإدارى الفرنسى والمصرى ٦١٢

المطلب الثانى : التعويض كأداة للتطويع فى القانون الخاص ٦١٦
المبحث الثانى : أساس التعويض كأداة من أدوات التطويع ٦٢٤
المبحث الثالث : أحكام التعويض كأداة من أدوات التطويع ٦٢٩
الخاتمة ٦٢٩
المختصرات ٦٤٧
قائمة المراجع ٦٥١
المحتوى ٦٧٧

دار الهاني للطباعة
شبرا الخيمة ت : ٢٢١٢٠٥٥