



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل – كلية القانون
قسم القانون الخاص

تطور نظرية العقد في ضوء الاتجاهات القانونية

((دراسة مقارنة))

أطروحة دكتوراه تقدم بها الطالب

محمد سلمان شكر

الى مجلس كلية القانون – بجامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة

الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص

بإشراف الأستاذ الدكتور

منصور حاتم محسن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ }

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ / (بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ)



الى من ساندوني ويسروا لي صاعب الحياة ووقفوا بجانبى
ورباني صغيرا ولم أكن من دونهم في هذا المستوى
والذي لم يحدث لولا
تشجيعهم المستمر لي ..

(والدي رحمهم الله ... أخوتي ... أخواتي)

الى أعز الناس وأقربهم الى قلبي ...
الى التي كانت عوناً وسنداً لي ...

وكان لوقوفها بجانبى الأثر الأعظم في تسيير سفينة البحث
حتى أكتمل على هذه الصورة

(زوجتي الغالية بناتي العزيزات وفلذة كبدي لانا ومينا)

اليكم أهدي هذا العمل ...



الشكر لله أولاً و أخيراً والحمد لله على توفيقه...

لإتمام مشواري الدراسي أما بعد:

أتوجه بالشكر الجزيل والثناء والتقدير...

الى مشرفي الأستاذ الدكتور ** منصور حاتم محسن**

لما قدمه لي من جهد ونصح ومعرفة وتوجيهات قيمة التي لولاها لما
استكملت الأطروحة فتحية حب وامتنان وعرفان بفضل طيلة مدة اكمال
دراستي الأولية والماجستير والدكتوراه ومساهمته في هذا الانجاز
كما أتوجه بالشكر الجزيل للسادة أعضاء لجنة المناقشة المحترمون ولكل

من ساعدني من

قريب وبعيد والى كل أساتذتي الأجلاء في كلية القانون جامعة بابل

وكل من علمني ولو حرفه واحد

وأقدم بالشكر الجزيل الى كليات القانون في كل من جامعة بابل ،
بغداد ، كربلاء ، والكوفة لما أبدوه من مساعدة ومساندة في توفير

المصادر.

الباحث

المخلص

اختلفت الاتجاهات القانونية والفقهية في تحديد ماهية العقد، فالأول يكرس القوة الملزمة للعقد ، باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين ، وبالتالي لابد من التقيد بما تم الاتفاق عليه ، والآخر يسير باتجاه تحقيق التوازن العقدي ، المنفعة من العقد ، والعدالة العقدية ، مع ربطه بتحقيق المصلحة العامة وإمكانية منح القاضي سلطة للتدخل في العقد بحسب الأحوال .

عليه اتجه العقد ونظريته العامة نحو التطور، من خلال مواكبة التوجهات التشريعية الحديثة ، للفكر القانوني المستتير بفعل عدة تحولات و تغييرات على مختلف الصعد والخروج عن التصور التقليدي الذي كان يهيمن على نظرية العقد، وما عزز ذلك تشريع العديد من القوانين الى جانب القانون المدني ، ساهمت بشكل فعال في اثراء نظرية العقد في كثير من المبادئ القانونية المتطورة.

لذا كان لابد من تتبع المواقف التشريعية والآراء الفقهية، من خلال التعرف على المعنى التقليدي للعقد ، ودراسة مظاهر تقدم معناه، ومن ثم بحث التطورات التي طالت مرحلة ما قبل التعاقد وما أضافت اليها من التزامات قانونية مستحدثة.

بخصوص مرحلة التعاقد ، فقد بدت مظاهر تطور نظرية العقد واضحة من خلال اقرار فكرة مضمون العقد بحسب المواقف القانونية المتطورة ، ادت الى حدوث انتقاله كبيرة في كيفية تحديد اثار العقد .

أما بخصوص المرحلة الأخيرة للتعاقد، فقد تم إقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة ودراسة الموقف القضائي والفقهي والتشريعي، إذ وجدنا أن هنالك تأييدا كبيرا لهذا المبدأ لما يتمتع به من مزايا، والرد على الانتقادات الموجهة له.

لنجده يؤدي الى زيادة القوة الملزمة للعقد ، لأن المتعاقد يبقى حذر في تنفيذ التزامه لأنه يعلم بأن للمتعاقد الآخر الحق في فسخ العقد دون الرجوع

اليه ، بل حتى دون الرجوع للسلطة القضائية ، في حالة الاخلال بالتعاقد والخروج على مبدأ حسن النية ، فضلا عن ذلك أن الفسخ بالإرادة المنفردة يخضع لرقابة قضائية محدده وان كانت لاحقة تمنع التعسف في استعمال هذا الحق ، وبالتالي تتحقق النظرة المتطورة لنظرية العقد من خلال المرحلة الأخيرة التي يمر بها العقد ، كل هذا في إطار مبدأ حسن النية في التعاقد .

المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١	المقدمة	٥-١
٢	الفصل الأول: تطور مفهوم العقد	٦-٦٣
٣	المبحث الأول: المفهوم التقليدي للعقد	٧-٢٦
٤	المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة	٨-١٨
٥	الفرع الأول : أساس مبدأ سلطان الإرادة	٩
٦	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تكريس مبدأ سلطان الإرادة	١٤
٧	المطلب الثاني : تراجع مبدأ سلطان الإرادة	١٨-٢٤
٨	الفرع الأول: النقد الموجه الى المبدأ	١٨
٩	الفرع الثاني : قصور مبدأ سلطان الإرادة عن تحقيق التوازن العقدي	٢١
١٠	المبحث الثاني : المفهوم الجديد للعقد	٢٦-٤٤
١١	المطلب الأول: أسس التعاقد وفق الاتجاهات القانونية الحديثة	٢٨-٣٤
١٢	الفرع الأول: تقييد الحرية التعاقدية وفقاً لأعتبارات النظام العام	٢٩
١٣	الفرع الثاني: التعاقد وفقاً للتوازن العقدي	٣١
١٤	المطلب الثاني: حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية	٣٤-٤٣
١٥	الفرع الأول : تحديد الفئات المعنية بالحماية	٣٤
١٦	الفرع الثاني: تدعيم حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية	٣٨
١٧	المبحث الثالث: التصورات الحديثة في مرحلة ما قبل التعاقد	٤٤-٦٣
١٨	المطلب الأول: تطور مفهوم المفاوضات العقدية	٤٤-٥٣
١٩	الفرع الأول: التعريف بالمفاوضات العقدية	٤٥
٢٠	الفرع الثاني : اشتراط حسن النية في المفاوضات العقدية	٤٨
٢١	المطلب الثاني: الآليات المستحدثة لتدعيم سلامة المفاوضات العقدية	٥٣-٦٣

٢٢	الفرع الأول: الالتزام بالأعلام	٥٢
٢٣	الفرع الثاني: أمهال المتعاقد فترة للتفكير والتروي	٥٧
٢٤	الفصل الثاني: تطور مفهوم التعاقد بإعتبار المضمون ركن من أركان العقد	١٣٠-٦٤
٢٥	المبحث الأول: مفهوم مضمون العقد	٨١-٦٥
٢٦	المطلب الأول: التعريف بمضمون العقد	٦٥
٢٧	الفرع الأول: تعريف مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي	٦٧
٢٨	الفرع الثاني: تعريف مضمون العقد في القانون المدني العراقي والمصري	٧١
٢٩	المطلب الثاني: شروط مضمون العقد	٨١-٧٣
٣٠	الفرع الأول: شروط مضمون العقد في القانون الفرنسي	٧٤
٣١	الفرع الثاني: شروط مضمون العقد في القانون المدني العراقي والمصري	٧٨
٣٢	المبحث الثاني: المحل والسبب في ضوء التوجهات القانونية	١٠٠-٨١
٣٣	المطلب الأول: مفهوم محل العقد	٩٢-٨٢
٣٤	الفرع الأول: تعريف محل العقد	٨٢
٣٥	الفرع الثاني: شروط تحديد محل العقد	٨٥
٣٦	المطلب الثاني: المفهوم السبب وفق الاتجاهات القانونية	٩٦-٩٢
٣٧	الفرع الأول: تعريف السبب على وفق المفهوم التقليدي	٩٣
٣٨	الفرع الثاني: تعريف السبب على وفق النظرية الحديثة	٩٨
٣٩	المبحث الثالث: توسع التدخل في مضمون العقد	١٢٩-١٠٠
٤٠	المطلب الأول: سلطة القاضي في التدخل بشروط العقد	١١٤-١٠١
٤١	الفرع الأول: معنى الشروط التعسفية	١٠٢
٤٢	الفرع الثاني: مواجهة الشروط التعسفية	١٠٩
٤٣	الفرع الثالث: الغاء الشروط المفرغة للإلتزام	١١٤
٤٤	المطلب الثاني: المفهوم المتطور لنظرية الظروف الطارئة	١٢٨-١١٧

١١٨	الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة	٤٥
١٢٢	الفرع الثاني: شروط اعمال نظرية الظروف الطارئة	٤٦
١٢٨	الفرع الثالث: اثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة	٤٧
١٨٤-١٣٠	الفصل الثالث: فسخ العقد في ضوء التوجهات القانونية الحديثة	٤٨
١٥٠-١٣١	المبحث الأول: فكرة فسخ العقد بالإرادة المنفردة	٤٩
١٤٠-١٣٢	المطلب الأول: مفهوم الفسخ بالإرادة المنفردة	٥٠
١٣٢	الفرع الأول: تعريف الفسخ بالإرادة المنفردة	٥١
١٣٦	الفرع الثاني: مبررات الأخذ بفكرة فسخ العقد بالإرادة المنفردة	٥٢
١٥٠-١٤١	المطلب الثاني : تمييز سلطة الإرادة المنفردة بفسخ العقد من غيرها	٥٣
١٤٢	الفرع الأول : سلطة الإرادة المنفردة بتخفيض الثمن	٥٤
١٤٦	الفرع الثاني : سلطة الإرادة المنفردة بإلغاء العقد	٥٥
١٦٩-١٥٠	المبحث الثاني : الموقف القضائي من الفسخ بالإرادة المنفردة	٥٦
١٦٠-١٥١	المطلب الأول : الإقرار القضائي لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة	٥٧
١٥١	الفرع الأول: قضاء الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية	٥٨
١٥٧	الفرع الثاني : قضاء الغرفة المدنية الثالثة وقضاء الغرفة التجارية	٥٩
١٦٩-١٦١	المطلب الثاني : شروط إقرار الفسخ بالإرادة المنفردة	٦٠
١٦١	الفرع الأول : الشروط الموضوعية للفسخ بالإرادة المنفردة	٦١
١٦٥	الفرع الثاني : الشروط الإجرائية للفسخ بالإرادة المنفردة	٦٢
١٨٤-١٦٩	المبحث الثالث: الموقف القانوني من الفسخ بالإرادة المنفردة والرقابة عليه	٦٣
١٧٨-١٧١	المطلب الأول: الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة	٦٤
١٧١	الفرع الأول: الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني العراقي والمصري	٦٥

١٧٣	الفرع الثاني: الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي	٦٦
١٨٤-١٧٨	المطلب الثاني: الرقابة القضائية اللاحقة على الفسخ بالإرادة المنفردة	٦٧
١٧٨	الفرع الأول : جزاء الفسخ التعسفي	٦٨
١٨١	الفرع الثاني : دور القضاء المستعجل في الفسخ بالإرادة المنفردة	٦٩
١٨٩-١٨٥	الخاتمة (الاستنتاجات - المقترحات)	٧٠
٢٠٥-١٩٠	المصادر	٧١
A-B	المستخلص باللغة الإنكليزية	٧٢

المقدمة

المقدمة

أولاً- التعريف بموضوع البحث وأهميته: أن القانون المدني يستند في تنظيم العلاقة التعاقدية، على إرادة الأفراد الذين تعاقدوا و ألتزموا بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، بما يحقق مصالحهم ، ولا يتعارض مع النظام العام ،لأن العقد ينحصر في كونه صحيحا اذا ما توافرت اركانه وشروطه التي تم الاتفاق عليها، اذ يخضع المتعاقدين للقوة الملزمة للعقد ، وما ترتبه من التزامات على اطرافه ومفاد ذلك يلتزم الأطراف بالعقد باعتباره قانونا لهم، وهذا يمثل المفهوم التقليدي لنظرية العقد، اذ تتجه إلى تفسير العملية التعاقدية وفقا للإرادة الحرة في ترتيب الآثار القانونية للعقد، واذا كان مفهوم العقد واثره يتمثل بما تم ذكره اعلاه، طبقا لمبدأ سلطان الارادة، الا إن التوجهات التشريعية الحديثة، تؤكد من جهة اخرى بأن أثر العقد لا يقتصر في تحديده على إرادة الاطراف وحدهم ، بل يمكن للمشرع ان يتدخل بتضمين أحكام قانونية تنظم عملية التعاقد وتحدد آثارها ابتداء من مرحلة المفاوضات العقدية، وما يتعلق بها من احوال وآليات قانونية مستحدثة لم تكن موجودة في السابق ، وفقا للمبادئ العرفية او مبادئ العدالة وحسن النية.

فضلاً على ذلك ، تعد فكرة مضمون العقد من الأفكار المستحدثة في التشريعات المدنية ومنها التشريع الفرنسي محل المقارنة ، حيث بين من خلال اقراره كركن من اركان العقد ، إلا أنها ليست من نتاج هذا القانون، فقد كانت هنالك مواقف فقهية وقوانين دول أخرى سبابة في تكريسه ، وبهذا ترك المجال أمام الفقهاء لتقريب مفهومه للأذهان ، بذلك ادى إقرار مضمون العقد الى تراجع وظيفة السبب في النظرية العامة للعقد نتيجة تداخله مع المحل هذا المسلك الذي تبناه المشرع الفرنسي على عكس التشريعات العربية محل المقارنة ، يجب أن يكون محل إطرء فالسبب في قوانين الشريعة اللاتينية بقي ثابتاً لمدة طويلة بحيث يقتصر تبرير وجوده اليوم على الجانب التاريخي فقط. وقد فتح التعديل نافذة للقاضي للولوج الى مضمون العقد وكأنه بمثابة طرف فيه فيقوم بإلغاء أو تعديل ما يشاء من الشروط.

قام هذا التعديل بوضع إصلاحات جوهرية، أدرجت من خلالها مجموعة من المبادئ المعتمدة في القوانين الأوروبية، كما أن التعديل الجديد قام بدراسة مضمون العقد بشكل دقيق، اذ لم يقتصر تحديد اثار العقد على إرادة الأفراد

وحدهم، وقد قام سعيًا منه لتغليب العدالة العقدية على الحرية العقدية بفرض جملة من القيود منذ لحظة بدء المفاوضات مروراً بمرحلة إبرام العقد ووصولاً إلى مرحلة تنفيذه أو فسخه.

بالإضافة الى ذلك أن التعديل كرس نظرية الظروف الاستثنائية التي تستجد في مرحلة تنفيذ العقد، ففي هذه الحالة يمكن الخروج عن مبدأ بالقوة الملزمة للعقد والتوجه نحو تحقيق العدالة العقدية والمنفعة من العقد، في المقابل إن هذا التعديل قد أفسح المجال لقيام الإرادة المنفردة بحماية مركزها القانوني اذ أصبح بإمكانها تعديل شروط العقد دون الرجوع إلى ارادة الطرف الآخر، فقد نظم بموجب هذه التعديلات الجديدة الدفع بعدم التنفيذ حيث وضح عدم الدفع الاستباقي والفسخ الاتفاقي بموجب الشرط الفاسخ، وتكريسا لتطور نظرية العقد، تم اقرار فسخ العقد بالإرادة المنفردة، وجعله طريقا موازيا لطرق الفسخ الاخرى ، بعد ان كان استثنائيا بحسب المفهوم التقليدي لنظرية العقد ، مما استدعى ان نتناوله بالدراسة.

ثانياً- أهداف البحث: نسعى من خلال هذه الأطروحة الى تحقيق عدة أهداف من الناحية القانونية والواقعية تتمثل بما يأتي:

١- التعرف على مراحل تطور مفهوم العقد ومضمونه وكيفية تطبيقه في ظل التطورات التشريعية الحديثة التي شهدتها القوانين المدنية الحديثة ، نتيجة سرعة عجلة التقدم ، مع العمل على تحقيق التوازن العقدي بقدر المستطاع بين الأطراف المتعاقدة .

٢- التعرف على الضمانات القانونية للحد من حالات الضعف التعاقدي ، من جراء الشروط التعسفية التي قد يخضع لها بعض الأطراف المتعاقدة عند إبرام العقد.

٣- تحليل الإشكاليات القانونية والعملية التي تحد من تطور نظرية العقد ، خاصة النزعة الذاتية في تحديد مفهومه، مع إبراز اهمية مبدأ حسن النية ومضمونه ، من خلال التعرف على الجهود الفقهية ، والمواقف القانونية ، والقضائية التي وجدت لتلافي هذه الإشكاليات ، بناء على أسس وأسانيد قانونية لتحديد المفهوم المتطور لنظرية العقد .

٤- بيان مدى سلطة القاضي في التدخل بالعلاقة التعاقدية، خاصة القواعد القانونية المكملة، لتعديل العقد وفقا للمفهوم المتطور للتعاقد، بالاستناد للقواعد

العرفية، ومبادئ حسن النية والعدالة وطبيعة الالتزام ، باعتبار ما يستلزمه العقد وما تمليه ظروف التعاقد .

٥- بيان الجزاء المترتب على الإخلال بالعقد ، من قبل احد الأطراف المتعاقدة وإيضاح الشروط اللازمة لفسخ العقد بالإرادة المنفردة التي من الممكن اللجوء إليها في بعض الحالات .

ثالثاً- مشكلة البحث: جاءت دراستنا لتدور حول تسليط الضوء على مجمل التحديات التي تتعلق بتطور نظرية العقد وتحديد المفهوم المتطور له، ويمكن إبرازها بما يلي:

١- صعوبة تحديد مفهوم العقد ومضمونه نتيجة لتغير المواقف التشريعية، التي مست النظام القانوني للعقود بشكل واضح من خلال التحولات التي أثرت على الأسس التقليدية التي يركز عليها العقد.

٢- تباين المواقف التشريعية الحاكمة للعقد، من خلال استحداث تشريعات متخصصة لتطور نظرية العقد ومضمونه ، فهل تركت هذه التشريعات التطبيق التقليدي لقواعد العقد ؟ أم هناك نوع من التداخل ما بين التطور الحديث لقواعد العقد وما بين التطبيق السابق ؟ ، وهل أن معظم التشريعات قد واكبت هذا التطور السريع في مضمون العقد ؟.

٣- انقسام آلية تحديد مفهوم العقد ومضمونه على اتجاهين ، يتمثل الأول بالنزعة الشخصية التي تركز على إرادة الأطراف ، والثاني بالنزعة الموضوعية التي تركز على عدة عوامل لا دخل لإرادة الأطراف بها ، وهل أن المضمون بعد إبرامه يصبح ملزماً للأطراف ولا مجال للتعديل في محتواه؟ وما مدى تأثير ذلك على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ؟

٤- هنا يثار التساؤل اين اصبحت القوة الملزمة للعقد نتيجة اقرار الفسخ بالإرادة المنفردة ، خاصة في العقود الملزمة للجانبين ؟ فهل يتعارض هذا الاقرار مع ما هو ثابت في الازهان واغلب المواقف التشريعية من احترام للإرادة التعاقدية ، ام يتوافق معها.

رابعاً منهج البحث: أتبعنا في دراسة موضوع بحثنا الموسوم (تطور نظرية العقد في ضوء الاتجاهات القانونية) ، لفهم مظاهر تطور نظرية العقد ، يستوجب علينا دراسة موقف مشرعنا من نظرية العقد بالمقارنة مع موقف المشرع المصري من جهة وما جاء به المشرع الفرنسي من جهة أخرى في تعديله

للقانون المدني الفرنسي رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ ، وبغية دراسة ذلك سنتبع المناهج الآتية:

١- **المنهج المقارن:** من خلال الاستشهاد بنصوص التشريعات الفرنسية، وبيان مدى اعتماده على النزعة الذاتية في بعض الأحيان من أجل الاستفادة من التنوع في الواقع من الناحية التشريعية والفقهية ، مع الاستفادة من مبادئ القانون الأوربي لسنة (١٩٩٨) والقوانين المتخصصة ، ومن أهمها قوانين الاستهلاك ، لتدعيم رصانة بحثنا موضوع الدراسة ، حيث كان لنصوص التشريع العراقي والمصري والفرنسي الأثر الواضح على ذلك.

٢- **المنهج التحليلي:** من خلال تحليل النصوص القانونية وبيان مضمونها وعرض الآراء الفقهية، وتحليلها وترجيحها ومحاولة التوفيق بينها ، بما يسهم في تطور نظرية العقد.

٣- **المنهج التطبيقي:** الذي يعتمد بالأساس على تدعيم المواقف الفقهية والتشريعية وخاصة في فرنسا ، بقرارات محكمة النقض الفرنسية.

خامساً- خطة البحث: تناولنا موضوع بحثنا هذا على ثلاث فصول ، الفصل الأول كان لبيان كيفية تطور مفهوم العقد من خلال تقسيمه على ثلاث مباحث المبحث الأول خصص لإيضاح المفهوم التقليدي للعقد الذي قسم بدوره على مطلبين ، الأول وضع فيه مبدأ سلطان الإرادة ، أما الثاني فبيّن فيه تراجع مبدأ سلطان الإرادة ، أما المبحث الثاني تناولنا فيه المفهوم الجديد للعقد من خلال مطلبين ، المطلب الأول خصص لبيان أسس التعاقد وفق الاتجاهات القانونية الحديثة ، أما المطلب الثاني فكان لبيان حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ، أما المبحث الثالث فقد تناولنا فيه التصورات الحديثة في مرحلة ما قبل التعاقد من خلال مطلبين ، المطلب الأول وضعنا فيه تطور مفهوم المفاوضات العقدية ، أما المطلب الثاني فقد كان لبيان الآليات المستحدثة لتدعيم سلامة المفاوضات .

بعد ذلك خصصنا الفصل الثاني ، لبيان تطور مفهوم التعاقد باعتبار المضمون ركن من اركان العقد ، حيث قسمناه على ثلاث مباحث ، تناولنا في المبحث الأول مفهوم مضمون العقد من خلال التعريف بمضمون العقد في المطلب الأول ، شروط مضمون العقد في المطلب الثاني ، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه المحل والسبب في ضوء التوجهات القانونية ، حيث قسمناه على

مطابقين ، الأول لبيان مفهوم محل العقد ، أما الثاني لبيان المفهوم المستحدث للسبب ، والمبحث الثالث تناولنا فيه توسع التدخل في مضمون العقد وذلك من خلال مطابقين ، الأول كان لبيان سلطة القاضي في التدخل بشروط العقد والمطلب الثاني المفهوم المتطور لنظرية الظروف الطارئة .

ثم نخصص الفصل الثالث من هذه الأطروحة ، لإيضاح فسخ العقد في ضوء التوجهات القانونية الحديثة ، حيث تناولناه في ثلاث مباحث ، المبحث الأول لبيان فكرة فسخ العقد بالإرادة المنفردة من خلال بيان مفهوم الفسخ في المطلب الأول ، المطلب الثاني لتمييز سلطة فسخ العقد بالإرادة المنفردة عن غيرها ، أما المبحث الثاني وضحنا فيه التأييد القضائي للفسخ بالإرادة المنفردة وضوابطه ، وذلك على مطابقين ، المطلب الأول كان لبيان الاتجاه القضائي المقرر للفسخ بالإرادة المنفردة ، والمطلب الثاني لبيان شروط الفسخ بالإرادة المنفردة ، أما المبحث الثالث فكان لبيان الموقف القانوني من الفسخ بالإرادة المنفردة والرقابة عليه ، حيث تناولنا في المطلب الأول الفسخ بالإرادة المنفردة في القانونين العراقي والمصري ، والمطلب الثاني تناولنا فيه الرقابة القضائية اللاحقة على الفسخ بالإرادة المنفردة ، وخاتمة تناولنا فيها جملة من الاستنتاجات والمقترحات التي نأمل الأخذ بها.

الفصل الأول

الفصل الأول

تطور مفهوم العقد

اختلفت الاتجاهات الفقهية في تحديد مفهوم العقد، فمنهم من يرى أن الإرادة هي الأساس في إبرام العقد ، وآخر يذهب باتجاه تحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية ، وربطه بتحقيق المصلحة العامة وإمكانية إعادة النظر بأي مرحلة من مراحله.

وهنا انتقل العقد ونظريته العامة نحو التطور من خلال التوجهات التشريعية الحديثة للعقد، بفعل عدة تحولات و تغييرات على مختلف الصعد و بالتالي الخروج عن التصور التقليدي الذي كان يهيمن على العقد، فقد صار الحديث عن عموميته واجتماعيته، وعدة مظاهر أخرى بتنظيم العلاقة التعاقدية وفقاً لمبادئ حسن النية في التعاقد.

ولم يكن الموقف القانوني من نظرية العقد موقفاً ثابتاً أو محدداً، وهذا امر طبيعي لان فكرة العقد ليست جامدة لكونها مرنة تتأثر بما يحيط بها من ظروف وعوامل ، والواقع ان الاتجاهات العامة للقوانين المدنية تذهب بهذا الاتجاه ، وبتراجع الحرية العقدية والخروج عن القوة الملزمة للعقد باعتبارهما امران محققان ولهما مظاهر متعددة ، فقد لوحظ وجود تراجع في المجال الذي تستطيع الإرادة انشاء الالتزامات ، وزيادة في القواعد الخارجة عنها بتدعيم الاطار الجبري للتعاقد^(١).

ولابد لنا في هذا الخصوص التعرف على المفهوم التقليدي للعقد، بحسب المواقف القانونية والفلسفية ، ودراسة مظاهر تطور مفهومه ، ومن ثم دراسة التطورات المتعلقة بمرحلة ما قبل التعاقد ، وعليه سنقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول دراسة المفهوم التقليدي للعقد ، والمبحث الثاني سنخصصه لدراسة المفهوم الجديد للعقد ، أما المبحث الثالث فنخصصه لدراسة مظاهر تطور المرحلة السابقة للتعاقد.

(١) د. أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢، ص ١٥٥، ١٠٩.

المبحث الأول

المفهوم التقليدي للعقد

تعتمد القوانين المدنية في تنظيم العلاقة التعاقدية على مبدأ التراضي، ذلك لأنه يتقيد بأن العقد لا يخرج عن نطاق اتفاق إرادتين تتمتع كل منها بالحرية لأجراء التصرفات القانونية^(١)، وما يؤيد هذا الموقف صراحة المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ ، التي أشارت إلى تطابق إرادتين في إحداث أثر قانوني يتم عن طريق التراضي بين العاقدین ، فقد عرفت المادة أعلاه العقد بأنه: ((ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه))^(٢)، بخلاف القانون المدني المصري الذي لم يتضمن تعريفاً محدداً للعقد، ذلك لأن المشرع غير معني بإيراد التعريفات للمصطلحات، لكن يمكن أن يفهم تعريف العقد بالرجوع لما جاء بالمادة (٨٩) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، اذ نصت على أنه: ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين...)).

أما بخصوص موقف القانون المدني الفرنسي فقد تناولناه في المطلب الأول من المبحث الثاني للفصل الأول من هذه الأطروحة ، إذ أخذ المشرع الفرنسي بالنزعة الذاتية _تطابق الارادتين_ على خلاف موقف القانون المدني العراقي والمصري ، لأخذهم بالنزعة الموضوعية _المتعلقة بالمعقود عليه_ .
بذلك يمكننا تعريف العقد بأنه : (اتفاق على احداث أثر قانوني على المعقود عليه ، أو تعديله ،أو نقله ،أو انهاءه) .

(١) ينظر : د. نبيل ابراهيم سعد ، محمد حسن قاسم ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠١٠، ص ١٨. د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، ج١، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٥، ص ٢٦.

(٢) يلاحظ على هذا التعريف انه معيب من حيث الصياغة، ففيه حشو كان بإمكان المشرع ان يتجنبه بحذف عبارة (... الصادر من احد العاقدین بقبول الآخر...) والاكتفاء بالقول : (العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول...). لان الإيجاب والقبول هما تعبيران عن الإرادة ولا يمكن ان يصدر الا من شخص يروم الدخول في العلاقة التعاقدية. اشار الى ذلك : د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ، ج١، ط١، المكتبة القانونية بغداد بدون ذكر سنة طبع ، ص ٣٣.

عليه نحن مع الأخذ بما جاء به قانوننا المدني ، والقانون المدني المصري، ذلك لأن النزعة الموضوعية تتوافق مع الفقه الاسلامي ، الذي يتفق مع واقعنا الذي نعيش فيه.

بذلك يعد العقد من أهم مصادر الالتزام، وثمة نظرية مؤداها أن الإرادة هي التي تضع قانونها لنفسها، فالإرادة هي جوهر التصرف القانوني، وهذا الطرح يؤدي كما يرى جانب من الفقه إلى أن القانون نفسه وليد الإرادة^(١).

هذا يمثل نظرية سلطان الإرادة ، باعتبارها نظرية فلسفية قانونية تحدد المفهوم التقليدي العقد ، اذ تتجه إلى تفسير العمل القانوني وبصفة خاصة العقد منظمة تكوينه وآثاره وانقضاءه وتماشيا مع موضوع بحثنا المتعلق بإبراز مظاهر تطور نظرية العقد ، كان لابد من التأكيد على دراسة الآراء الفقهية والاتجاهات القانونية التي أدت الى تراجع وعدم الأخذ به على اطلاقه ، ومن أجل بيان ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، الأول نخصه لدراسة مبدأ سلطان الإرادة ، والثاني لبيان مدى تراجع مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الأول

مبدأ سلطان الإرادة

يتمثل بالنظرية التقليدية للعقد، باعتبار الإرادة مصدر القوة الملزمة له، لكونه انعكاس للمبادئ التي استقر عليها مفهوم العقد نتيجة تأثره بالمذهب الفردي، إذ أنبثق عن هذه المبادئ القانونية ، مجموعة من الأفكار الفلسفية والدينية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع في وقته^(٢).

وهنا يرى التحليل العام للفكر الفلسفي التقليدي ، أن البشر يولدون أحرارا ً ومتساوين، وأنهم أحرار بطبيعتهم ولا يعتمدون على إرادة الآخرين، وأن الإرادة مطلقة ولا تخضع لأي قيود من أجل تحقيق مصلحتها الخاصة، فحسب رأيهم فإن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدي، والأفكار

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص ٧٠ ، وأشار الى هذا المعنى د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص ٢٠ و ما بعدها.

(٢) كان للفيلسوف الألماني (كانت) الدور البارز والفعال في اثراء مبدأ سلطان الإرادة وذيوعه على المستوى القانوني ، لمزيد من التفاصيل ينظر: د. علي عبد الأمير قابلان ، اثر القانون الخاص على العقد الإداري ، ج ١، ط ١، بيروت لبنان ، ٢٠١١، ص ٦١.

الاقتصادية يرى أصحابها أن الإرادة توجب سلطتها على الأطراف المتعاقدة وطبيعة العلاقات الاجتماعية بين الأفراد والجماعات تستدعي إزالة أي عائق أمام حرية التعاقد^(١).

يقتضي لبيان المبادئ التي يقوم عليها المبدأ وآثاره ، تقسيم هذا المطلب على فرعين ، الأول نخصه لدراسة الاسس التي يقوم عليها المبدأ ، اما الثاني فنخصصه لدراسة الآثار المترتبة على تكريس المبدأ.

الفرع الأول

أساس مبدأ سلطان الارادة

تشكل الجذور الدينية مصدراً للقوة الملزمة للعقد ، فكل الديانات السماوية اوصت بالوفاء بالعهد^(٢)، وينطلق هذا المبدأ من حرية الفرد التعاقدية وليس هناك شخص مدين لآخر بل توجد بعض الالتزامات التي يقصد بها الحفاظ على ترابط المجتمع وتماسك الدولة ، كما هو الحال في تقييد الحرية التعاقدية بحدود النظام العام ، إلا أن ذلك يجب ان يبقى استثنائياً فمن أجل ضمان حرية كل فرد يجب ألا تقوم علاقة التزام إلا إذا أرادها الأطراف المتعاقدة بالفعل^(٣).

من اجل تحرير الفرد من القيود القانونية على التعاقد، لا سيما تلك المتعلقة بسلطة القاضي بالتدخل بتعديل العقد، فيجب أن تكون هذه القيود محدودة ، لأنها تحد من الحرية التعاقدية، عليه لا يمكن تقييد حرية الفرد ، إلا بإرادته الخاصة وحدها، فليس هناك قاعدة أفضل من تلك التي تنشأ من الاتفاق الذي يبرم طوعية واختياراً بين أشخاص أحرار في التصرف ، بحيث

(١) جاك غستان، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ٢٠٠٠، ص ٤٨.

(٢) كما جاء في قوله تعالى "يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود " للاطلاع ينظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني مع مقدمة في الموجبات المدنية ، ج ١، ط ٤، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٧، ص ١١٩.

(٣) د. نسرین حسين ناصر الدين ، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، ط ١، مكتبة زين الحقوقية والادبية لبنان ، ٢٠١٨، ص ٢٥ وما بعدها.

يكون قانوننا لهم يتوافق مع احتياجاتهم، ومما لا شك فيه أن هذه القاعدة تحقق العدالة ، وعلى الصعيد الاقتصادي فهي أفضل وسيلة لحماية المال العام^(١).

يمكننا الرد على هذا الرأي ، فكيف للمتعاقدين أن يحققوا العدالة العقدية بوجه عام، في حالة ما اذا كان أحد الأطراف ضعيف في العلاقة التعاقدية ، أو حدثت ظروف أدت الى اختلال التوازن العقدي ، ولا يتمتع القاضي بالسلطة الكافية لإعادة التوازن العقدي عند اختلاله ، فلا يمكن الاخذ بهذا على اطلاقه.

عندهم أن كل إرادة تعاقدية حرة ، فشخصية الفرد لا تكتمل إلا بالحريّة وطالما أن الأمر كذلك فكيف نقبل إذن، وهو ما يبدو مع ذلك مقبولا في الحياة داخل المجتمع أن بعض الأشخاص يمكن أن يخضعوا لأشخاص آخرين، وأن البعض على سبيل المثال يكون دائنا والبعض الآخر مدينا. إن الإجابة على هذا عندهم تجعل من إرادة الإنسان مصدراً أساسياً لهذه المراكز. فالقول بأن الإنسان يكون ملزماً فقط لأنه أراد ذلك وفي الحدود التي ارتضاها في احترام آدميته وحريته التعاقدية، ويترتب على ذلك نتيجتان: الأولى أن الإنسان لا يمكن أن يخضع لالتزامات لم يردّها لأنها قد تكون جائرة، والثانية أنه يجب عليه أن يحترم جميع الالتزامات التي قبلها برضاه واختياره^(٢).

على ذلك فإن العقد يصبح ، في ظل المفهوم التقليدي السابق، مصدراً بالغ الأهمية للقانون طالما أن العقد يستمد قوته الملزمة من تلاقى الإرادتين فإن الإرادة الحرة يمكنها أن تصنع بنفسها قانونها الخاص^(٣).

فالفلسفة الفردية تجعل من الفرد غاية في ذاته^(٤)، والإرادة الحرة للمتعاقدين تأتي في المقام الأول، فهي قوام كل تصرف قانوني ويبرر عندهم بأنها مستقلة ، فعندهم التعبير عن أسبقية الفرد على المجتمع وهيمنته عليه،

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول الطبعة الثانية، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص ٣٥.

(٢) إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (البحث الأول: أحكام العقد، الجزء الأول: أركان العقد) الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧م، ص ٥٠.

(٣) د. أحمد محمود سعد : مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري واليمنى (دراسة مقارنة)، الكتاب الأول : العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية ١٩٩٠، فقرة ٣٠، ص ٨٩.

(٤) د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، دار النهضة العربية، من دون طبعة، ص ١١ .

والتأكيد على أن الإرادة تستمد قوتها المنشئة للالتزام من ذاتها وليس من سلطة خارجية فسلطان الإرادة يعني أنه يجب البحث عن أساس تصرفات الإنسان داخل الإنسان نفسه وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشى مع القانون الطبيعي ، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها^(١)، وهكذا تتحاز نظرية سلطان الإرادة إلى القوة الملزمة للعقد وتحفظ له بمكانة متميزة في نظرية العقد.

ولو ذهبنا إلى ابعده من هذا التحليل ، لظهر واضحاً أن اطار هذه الفلسفة القانونية جعلت من العقد أداة لتفسير النظام القانوني بأكمله، فالمجتمع نفسه نشأ من العقد (العقد الاجتماعي)^(٢)، والاتفاق - حسب تعبير الفيلسوف جان جاك روسو - هو " أساس كل سلطة بين الأفراد "، فإذا كان كل فرد حر بالطبع، إلا أن الحياة في المجتمع تتطلب مع ذلك أن يتنازل الفرد عن قدر معين من هذه الحرية، غير أن هذا التنازل لا يمكن تصوره إلا إذا ارتضاه الأفراد طواعية واختياراً، على أن يكون ذلك بالحدود والشروط التي يحددها العقد الاجتماعي نفسه، ويجتهد الفقه كي يفسر معظم المراكز القانونية بالعقد، أو على أي حال بالإرادة، فالنظام المالي للزوجية ليس نتيجة لنص قانوني ولكن نتيجة لاتفاق ضمني بين الزوجين نتيجة ابرام عقد زواج، والميراث الشرعي ليس سوى تعبير عن وصية مفترضة (أي إرادة مفترضة) للمتوفي، والملكية مبنية على حرية الإرادة بل هي الحرية في مظهرها المادي، وحقوق الأسرة سببها عقد الزواج الذي تسيطر عليه الإرادة، وطرق التنفيذ الجبري ترجع إلى الإرادة حيث رضي بها المدين عند الاستدانة، والجنسية ليست سوى ثمرة لعقد مبرم بين المواطن والدولة، بل إن العقوبة الجنائية نفسها تجد ما يبررها في الإرادة حيث ارتضى المجرم مقدماً أن يوقع عليه الجزاء^(٣).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، فقرة ٤١، ص ١٤١.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٣) د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية،

أزداد التمسك بمبدأ سلطان الإرادة ، نتيجة انتشار الافكار التقليدية ، وساهم نمو التجارة ، الصناعة، تقسيم العمل، التخصص، والتبادل الاقتصادي، في القرن الثامن عشر، وانتشار عقود التبادل الفردية باعتبارها ظاهرة عامة للنظام القانوني حينها.

من أجل مواكبة التطورات الواقعية، وجد من الضروري إزالة الحواجز التي تعترض حرية التعاقد لتسهيل وتشجيع التبادلات الضرورية والتنمية وساهم في تعزيز هذه الافكار المبادئ التي تقوم على حرية التجارة ، وهي تكمل ضمناً مبدأ "دعها تنكمش"، وفقاً لهذا المبدأ، لم يعد من الممكن تحديد العدالة لكونها مسألة طبيعة تحددها حرية المنافسة، وليست حاجة ضرورية أو مثالية يجب أن تمثل لها الأفعال، مما يمنع أي تدخل في العقود المبرمة بحرية لتصحيح تبريرها بحجة العدالة والإنصاف^(١).

وهكذا أصبح العقد مصدراً هاماً للالتزام لأنه يحترم حرية الأشخاص التعاقدية، كما أنه يسمح بإقامة علاقات قانونية بإرادة حرة ، وهي جوهر الحرية التعاقدية ، وأدى ذلك إلى التسليم بمبدأ سلطان الإرادة الذي لاقى انتشاراً واسعاً وقدمت لها العديد من المبررات الواقعية والقانونية.

وابعد من هذا المدى ، حاول انصار الارادة الفردية الحرة الدفاع عن افكارهم بإمكانية تحقق العدالة ، فالشخص هو أفضل من يدافع عن مصالحه الخاصة، ولا يتصور أن هناك إرادة حرة تخالف هذه المصالح، ولهذا عندهم القول بأن المصالح إنما تُحترم تماماً وعلى الوجه الأكمل عن طريق الالتزامات التي تبرم طواعية واختياراً، أما إذا فرض على الشخص التزام ما فإنه قد يكون التزاماً غير عادل، بينما الالتزام الذي يرتضيه الشخص ويوافق عليه فإنه يكون عادلاً، كما أن تقابل المصالح في العقد، بل وتضاربها أحياناً،

طبعة جديدة منقحة ومزودة، الطبعة الرابعة دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط ٢٠٠٩، ص ٤٤.

(١) للاطلاع ينظر: جاك غستان ، مصدر سابق ص ٤٧ وما بعدها ، على صعيد متصل نادى الفيزيوقراطيون بالحرية التعاقدية داعين إلى حرية الإرادة في تحديد نشاطهم ، من خلال المنافسة في العرض والطلب لأن ذلك من شأنه أن يخلق الاستقرار في المجتمع، أكثر مما لو تحكم المشرع في العملية التعاقدية بمعنى إن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تتحكم في ميدان التعاقد ، وأنها تخضع في تكوينها والآثار التي تترتب عليها لإرادة المتعاقدين. ينظر : د. محمد صبري السعدي المصدر السابق نفسه، ص ٤٥.

هو أفضل ضمان لكي تحافظ الالتزامات التي تنشأ عن هذا العقد على ذلك القدر المعين من التوازن العقدي، بحيث تسد حاجة كل طرف من طرفي العقد، أما في حالة وجود إكراه لأحد المتعاقدين فإن ذلك معناه أنه لم يوافق على هذا العقد.

يمكننا الرد على هذا التبرير، بأن ليس من الضروري أن تكون كل الالتزامات التي يرتضيها الشخص تحقق العدالة، ذلك لأن تغير الظروف التعاقدية تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، في بعض الأحيان، وهنا نجد أن سلطة القاضي محدودة في التدخل لإعادته، كذلك أن هذا التبرير لا يفسر قانونية عقود الاذعان، التي تلاقي انتشارا واسعا في مختلف الأنظمة القانونية، وتخضع للتجديد والتطور بين فترة وأخرى.

ومن ناحية أخرى، فإن العمل الحر للإرادة الفردية من شأنه أن يحمي التوازن العقدي ويسمح بمطابقة الإنتاج مع الحاجات، ولهذا يجب ترك الإرادة تعمل بحرية، بعبارة أخرى فإن كل فرد يبحث عن مصلحته الشخصية، ويمكن أن يؤدي تحقيق مجموع المصالح إلى تحقيق المصلحة العامة^(١).

يمكننا الرد على هذا التبرير بأنه لا يمكن حماية التوازن العقدي عند الحد من سلطة القاضي في تعديل العقد، وليس بالضرورة أن يرتبط مجموع مصالح الأشخاص بالمصلحة العامة كما هو معروف أن الشخص غالباً ما يقدم مصالحه الخاصة على مصالح الآخرين.

هنا نجد أن أساس هذا المبدأ التقليدي للتعاقد يقوم على مجموعة من الأفكار الفردية التقليدية التي لاقت رواجاً كبيراً، في فترات سابقة تعتمد على إزالة العقوبات التي قد تحد من الحرية التعاقدية، وعندهم كل تقييد بالتدخل بالعقد من جانب الدولة، أو القاضي يؤدي إلى آثار سلبية، وعلى العكس من ذلك، فإن السماح للأشخاص بالتعاقد بحرية من شأنه أن يضمن تحقيق أقصى فائدة من العقد، وهذا ما لا يمكن التسليم به على إطلاقه.

(١) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة ٢٠٠٩، ص ٤٢.

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على تكريس المبدأ

تترتب على مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج هامة وهي: الالتزامات الإرادية هي الأصل، وحرية التعاقد، والحرية في تحديد آثار العقد، والالتزام الحتمي بما يتفق عليه الاطراف، وسيتم توضيح كل واحدة منها وحسبما يأتي:

أولاً- الالتزامات الإرادية هي الاصل: مفاد هذه النتيجة كأصل عام أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته، وإذا كان من ضرورات وحاجات المجتمع في بعض الأحوال توجب عليه بعض الالتزامات، فإنه ينبغي كإجراء أولي حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، إذ لا يمكن تقرير الالتزامات اللإرادية إلا في الحالات الإستثنائية لأن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، وبالتالي تكون التزاماته عادلة إذا تمت بإرادته^(١).

والواقع أن أنصار مبدأ سلطان الإرادة قد تطرفوا في الانحياز له عندما أقاموا أحكام القانون المختلفة على الإرادة فحسب، بل وصل بهم الأمر إلى نتيجة ان الإرادة هي قوام التصرف القانوني.

هذا يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وأن كل الالتزامات بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة ولا تقتصر الإرادة على إنشاء العلاقة العقدية وتحديد مضمونها وأحكامها بل تعتبر الإرادة الحرة مصدر للقانون إذ يقول المبدأ الفلسفي: "إن العقد هو مبدأ الحياة القانونية والإرادة الفردية هي مبدأ العقد"^(٢).

بهذا المعنى يمكننا القول ، ان مبدأ سلطان الإرادة يقصد به أن إرادة الأشخاص يمكن أن تنشئ في مجال التصرف القانوني حقوق ومراكز قانونية عبر الالتزامات التعاقدية الناتجة عن إرادة الأطراف ، والقوة الملزمة للعقد لا تنشأ من القانون وإنما من الإرادة نفسها.

(١) د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج ١ ، العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠١١، ص ١٠٩ وما يليها ، والى نفس المعنى ينظر د. محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص ٤٦.

(٢) علي فيلاي، مصدر سابق، ط ٢٠١٠ ص ٤٩ الهامش رقم: ١٧.

ثانياً- حرية التعاقد: ترسخ مبدأ سلطان الإرادة فأصبح قاعدة أساسية تبني عليها النظريات القانونية فجميع الالتزامات والنظم ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وهذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر للالتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له^(١).

بناء على ذلك فإن إرادة الفرد في إبرام العقود لا تحتاج إلى شكل خاص وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضاً في عدم التعاقد، فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها وهذا هو المظهر السلبي ولنتمس ذلك مثلاً في الشرط الذي يدرجه الأفراد في العقود والمخالفات تحت كل التحفظات أي أن الفرد لا يريد أن يتعرض لنتائج ضارة به لم ينصرف قصده عند التعاقد إليها^(٢).

إذاً فإرادة الشخص وحدها كافية لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية دون قيد على حرية الأشخاص ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام والحالات التي تتعلق به فيجب أن تكون استثنائية ، قياساً بما عليه الحال في وقتنا الحاضر .

فضلاً عن ذلك ، فالاعتراف بالإرادة السليمة التي اتجهت نحو تحقيق غايتها التعاقدية يمكن أن يؤدي الاعتراف حتى بالعقود غير المسماة ومنحها الفعالية القانونية لغيرها من العقود^(٣).

ثالثاً- الحرية في تحديد آثار العقد: عندما يدخل طرفان في رابطة عقدية فإنه يكون لهما مطلق الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة، فلا التزام على كل منهما إلا بما أراد الالتزام به فالفرد حر في أن يتعاقد وفق لما يريد وبالشروط التي يرضيها.

والعقد لا تنصرف آثاره إلا للمتعاقدين، فالحقوق والالتزامات التي يربتها العقد تلحق بالمتعاقدين دون غيرهما، وهذا المبدأ له قوته الفلسفية حيث أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة وبالتالي فإن العلاقة العقدية لا تلزم ولا تكسب إلا المتعاقدين^(٤).

(١) د . الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٢) د. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشرعية الإسلامية، الطبعة ٣، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، من دون سنة طبعة، ص ٨٣.

(٣) د. محي الدين إسماعيل علم الدين، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

(٤) علي فيلاي، مصدر سابق، ص ٥١، كذلك جاك غستان ، مصدر سابق ص ٥٤.

وإذا كانت الإرادة التشريعية قد نظمت طائفة من العقود فإن تدخلها في هذا التنظيم يكون عادة عن طريق القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين ولإرادة مطلق الحرية في الأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة، ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى فإذا كانت الأحكام المنظمة للعقود المسماة أحكاماً مكملة لا تطبق إلا إذا لم يتفق أطراف العقد على خلافها وإن كانت هناك قواعد آمرة في هذه العقود فهي قليلة^(١).

رابعاً - الالتزام الحتمي بما يتفق عليه الأطراف: بما أن العقد ينشأ بالتراضي فإن مبدأ سلطان الإرادة يتعارض مع أي محاولة للتدخل بتعديل الالتزامات غير المتكافئة في العقود غير المتوازنة فالإرادة هي أساس الالتزام التعاقدي. وهذا الالتزام لا يقيد المتعاقدين فقط بل يعتبر قانون التعاقد - "العقد شريعة المتعاقدين" - الذي يلتزم به الجميع (بما في ذلك القضاء) باحترامه وتطبيقه فإذا ما ارتضى أحد الأشخاص الدخول بالالتزام التعاقدي فلا يستطيع التنصل من التزاماته أو تعديله ، لأن إرادته اقترنت بإرادة شخص آخر ، وإذا كانت الإرادة، هي التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد وشروطه، فإن هذه الإرادة لا يمكن أن تخطئ في التعاقد، خصوصاً وأن المبدأ الذي يحكم المعاملات مبدأ حرية العرض والطلب "ومن أجل ذلك فإن اختلال التوازن الذي يعتقد به غير أطراف التعاقد، أو ما يتصورونه أن غبنا قد وقع على أحد أطراف التعاقد، لا يمكن قياسه في ضوء هذا التصور، ولا يمكن أن يكون سبباً في تعطيل التزامات أحد المتعاقدين فالإرادة وقد أقدمت على التعاقد قد حققت المنفعة من العقد وهذا يتعارض مع أي محاولة لتعديله أو التدخل بأي شرط من شروطه بعد ذلك^(٢).

لابد لنا في هذا الخصوص ، التعرف على مدى تكريس هذا المبدأ في ظل موقف قانوننا المدني والقوانين المقارنة ، أذ نجدها قد اخذت به كأساس للقوة الملزمة للعقد ، كأصل عام ، وهذا ما عليه موقف المشرع العراقي ، إذ نصت المادة (١/١٤٦) من قانوننا المدني على أنه : ((إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في

(١) د . محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص ٤٧ .

(٢) Morin < la desagregation de la theorie contractuelle du code, Arch philosophie, ١٩٤٠, p١٧ ets..٣٣، مصدر سابق ، ص ٣٣

القانون أو بالتراضي))، وهنا النص واضح من ناحية الزام العقد لأطرافه ، إذ يشترط لأحداث أي تعديل أو رجوع أحد أطرافه أن يكون بمقتضى القانون أو رضا الطرف الآخر وهذا ما يدل على قوة القانون في الزام المتعاقدين بالتصرفات التي يمارسونها.

بالمعنى ذاته أخذ القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ في المادة (١٤٧/١) منه التي جاء فيها : ((١- العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون)). اما بخصوص القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام (٢٠١٦) ، قد اخذت به المادة (١١٠٢) وركزت على مبدأ الحرية في التعاقد إذ جاء فيها : ((لكل شخص الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد واختيار من يتعاقد معه وتحديد المحتوى ، وشكل العقد ضمن الحدود التي يحددها القانون ، ولا تسمح الحرية التعاقدية بالخروج من القواعد التي تمس النظام العام))^(١).

بذلك يكون القانون كمبدأ عام، يحترم الارادة التعاقدية ويقيد كلا من القاضي والمشرع في تعديله، وعليه فإن قداسة الالتزام في العلاقة العقدية تمتد إلى القاضي والمشرع معا، فلا يمكنه الاعتداء على القوة الملزمة للعلاقة العقدية^(٢).

من خلال ما تم ذكره بخصوص المواقف التشريعية لقانوننا المدني والقوانين المقارنة يستنتج آتاي:

١- ان القانون المدني العراقي اخذ بمبدأ سلطان الارادة ، وان لم ينص عليه بصريح العبارة على خلاف هو الحال في القانون المدني المصري الذي نص عليه صراحة.

art. ٢٠١٦ - ١٠ février ٢٠١٦ - ١٣١-٢٠١٦ n° Ordonnance ١١٠٢ (١)

Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi
La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.

.cit Ph., AYNES L., et STOFFEL- MUNCK Ph., op (٢)
"le juge doit prêter la main à l'exécution du contrat." p.٣٧١.

نقلاً عن: توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية (بدون ذكر تاريخ النشر) ، ص٢٨٧.

٢- التأكيد على أهمية هذا المبدأ من الناحية القانونية، وعدم الأخذ به على إطلاقه بما يتلاءم مع النظام العام في تحديد مستلزماته وفقاً للعرف، ومبادئ العدالة، وحسن النية، بحسب طبيعة الالتزام.

٣- لا يوجد مانع قانوني من تضمين القوانين المتخصصة، مواد قانونية تحد من الحرية التعاقدية في سبيل حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وحماية المصلحة العامة، لتكون إحدى الوسائل المساهمة في تطور نظرية العقد.

المطلب الثاني

تراجع مبدأ سلطان الإرادة

ظاهر من عرضنا فيما سبق بخصوص مبدأ سلطان الإرادة، والقائلين به وصلوا إلى حد بعيد من الغلو فيما قالوه وبناء على النتائج التي ترتبت عليه، اشتد المعارضين له منذ مطلع القرن العشرين^(١)، إذ شهد الكثير من الانتقادات في مختلف الأفكار التي يبنى عليها، خاصة عند ظهور المبادئ الاشتراكية الأمر الذي أدى إلى تراجعها في كثير من العقود^(٢).

ومع زيادة الاستثناءات الواردة على الحرية التعاقدية نتيجة للتطورات التي لحقت بالفكر التعاقدية، جعلتنا نتساءل أين أصبحت القوة الملزمة للعقد في ظل هذه التطورات؟ عليه سنعرض أهم الانتقادات الموجهة لهذا المبدأ مع بيان قصوره عن مواكبة التطورات، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين نخصص الأول لدراسة النقد الموجه لمبدأ سلطان الإرادة، أما الثاني فسنخصصه لدراسة قصور مبدأ سلطان الإرادة عن تحقيق التوازن العقدي.

الفرع الأول

النقد الموجه إلى المبدأ

إن سلطان الإرادة في التعاقد المنظور إليه كممارسة لسلطة موازية ومتنافسة مع القانون في إنشاء التصرفات القانونية، وما تقوم عليه من الأسس، تبدو اليوم قد استتبعها معظم الفقهاء، والمواقف التشريعية، وتتجه معظم الآراء إلى الحد منه، بإبراز الانتقادات التي وجهت إليه، وهذا ما سندرسه فيما يلي:

أولاً / النقد الموجه للفلسفة الفردية:

(١) د . محي الدين إسماعيل علم الدين، مصدر سابق، ص ٨٩.

(٢) فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص ٤٢.

إن الفلسفة الفردية التي جاءت بها النظرية التقليدية (مبدأ سلطان الإرادة) شهدت انتقاداً لاذعاً من طرف الفقهاء وذلك لأنهم أظهرُوا خطأ هذه الافتراضات، حيث قالوا: إن الإنسان هو كائن اجتماعي بطبعه وأنه لا سبيل له للعيش أو تحقيق الذات إلا في كنف الجماعة، وعليه فإنه ما يتمتع به من حقوق هي ناتجة عن كونه اجتماعياً يعيش مع غيره من الأفراد^(١).

فلا وجود للحقوق الشخصية التي تنشئها الإرادة، فطالما أن الإنسان يولد مديناً للمجتمع الإنساني ويستعير شخصيته من الضمير الاجتماعي، فإن إرادته ما هي في حقيقتها إلا إنعكاساً للمعتقدات والتصورات الجماعية، وإذا ما أردنا التسليم بوجود الحقوق الشخصية فإنه ينبغي إستبدال ذلك المفهوم الميتافيزيقي الخاص بها بمفهوم واقعي ينبثق من وظيفتها الاجتماعية، فالإنسان لا يتمتع بحقوق وإنما يناط بكل فرد داخل المجتمع القيام بدور معين تنفيذاً لمهمة معينة، وإرادته هي وسيلته لتحقيق ذلك انطلاقاً من ضرورة الاعتماد الاجتماعي المتبادل^(٢).

فالالتزام ينشأ من تلاقي المصلحة الفردية والمصلحة الاجتماعية، والإرادة هي الوسيلة لتحقيق مصلحة صاحبها، وهي في الوقت ذاته وسيلة لتحقيق غرض القانون الذي هو الخير العام، والالتزام العقدي لا يمكن أن يكون له أثر ملزم إلا إذا توافق مع مقتضيات المصلحة العامة.

وهذا يعني أن الإرادة ليست وسيلة للخلق القانوني إلا في الحدود التي تتوافق فيها مع هذا الهدف الأعلى والاسمي، ومع القوانين الموضوعية التي تنفرد عنها، وهذا الإتجاه اعترف بتكريس دور الإرادة في إنشاء الالتزام وإن كان القانون هو الذي يعترف بذلك الأثر، فأى أثر قانوني منسوب للإنشاء الحر أو للإرادة ليس له قيمة إلا بموجب القانون الذي أعطى للإرادة الفردية إمكانية إنتاج هذا الأثر^(٣).

ثانياً : نقد الأساس الاقتصادي والتوجه نحو فكرة عدالة العقد:

(١) د. أيمن ابراهيم العشماوي ، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

(٢) د . حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩١-١٩٩٢، ص ٢٧ .

(٣) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١٩٨٧، ص٢١٣.

بإتساع ظهور الحرية الاقتصادية والتي أفرزت حرية التعاقد، إذ جعلت للعقد في ذاته قدرة على خلق العدالة الذاتية التي لا يمكن البحث عنها خارج العلاقة، فالشخص له حرية التعاقد وله حرية اختيار من يتعاقد معه، واختيار شروط العقد التي يرتضيها، والشخص العاقل الذي يتمتع بالحرية والمساواة مع شريكه ويسعى إلى تحقيق مصلحته، لا تتجه إرادته إلى ما يلحق به الضرر وإنما تتجه نحو ما يحقق العدالة لعلاقته العقدية^(١).

الحال كذلك فإن النظرية القانونية التقليدية قد أغفلت إحتمال وجود عدم تعادل من الناحية الواقعية بين المتعاقدين، والذي في حال تحققه يتنافى معه افتراض وجود حقيقي للاختيار الحر والسبب في ذلك راجع إلى أنها أهتمت وحسب بالعدالة التبادلية أو التصحيحية، ولم تهتم بالعدالة التوزيعية إذ أن هذه الأخيرة لم تدخل ضمن اختصاص قانون العقود^(٢)، ومن أجل ذلك فإنه في إطار هذه النظرية يتركز جل إهتمام القانون في العمل على تنفيذ العقد وإلا ترتب عن ذلك مساس بعدالة العقد.

لكن افتراض ملازمة العدالة للعقد الناتجة من حرية وعدالة أطرافه، قد يكون مقبولا في الزمن الذي كانت لا تزال فيه الصناعة والتجارة تحتفظان بالطابع الحرفي والعائلي، أي ذلك الزمن الذي كان يطغى فيه على العلاقات العقدية الطابع الشخصي، والذي كان فيه بإمكان الأفراد عقد صفقاتهم بعد إجراء مفاوضات تسمح على الأقل بتحديد العناصر الجوهرية للعقد، وبالرغم من ذلك لم تكن العلاقة عادلة، إلا أن عدم عدالتها لم تكن تتخذ الشكل المؤسسي^(٣).

نتيجة للتطورات المتعلقة بالفكر القانوني، والتعاقدي وأنشاء شركات ضخمة واتحادات لمنتجين، تحكموا بالمستهلكين والعمال الذين يستخدمونهم وأملوا شروطهم على هذه الفئات^(٤)، باعتبارهم كطرف ضعيف في العلاقة العقدية، إذ لم يعد مقبولا تساوي المتعاقدين في المركز القانوني وبالتالي حريتهم في التعاقد.

(١) د . سليمان مرقس، مصدر أعلاه نفسه، ص ٩٩.

(٢) د ، حسام الدين كامل الأهواني، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٣) د ، منصور مصطفى منصور مصدر سابق، ص ١٠.

(٤) د . جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزء الأول مطبعة جامعة القاهرة ، ط ١، ١٩٧٦ ، ص ٣٩.

بذلك فإن ضمان تطور نظرية العقد وتحقيق العدالة العقدية التي يتوصل إليها الأطراف بحريتهم التعاقدية، لا يمكن ان تنتج من احترام الشخص لتعهده طبقا لإعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لان هنالك عدالة أخرى وهي الإنصاف والتي تعني احترام القاعدة القانونية، وهذا ما يتعارض مع المبادئ التقليدية من اساسه فتراجع بشدة^(١).

الفرع الثاني

قصور مبدأ سلطان الإرادة عن تحقيق التوازن العقدي

نتيجة التطورات التي شهدتها الفكر القانوني ، اتجه المشرع إلى التوسع في مجال التدخل في نطاق العلاقات التعاقدية ، وذلك بقصد إقامة التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ومحاربة الإستغلال والغبن في العقود وبناء على هذا المنطق الجديد طرأت تغيرات على القواعد التي تحكم نظرية العقد^(٢).

فقد يغفل الأطراف بعض العناصر الأساسية في عقودهم فيكون العقد باطلا، تبعا لنظرية سلطان الإرادة ولا أثر لهذا العقد ، لأنه من غير الممكن تكملته بغير إرادة الأطراف، فإذا أغفل تحديد الاجرة في عقد عمل فإنه لا أثر له ، بينما بالخروج عن الفكر التقليدي ، يمكن للقاضي اللجوء إلى البحث عن الشروط المتعامل بها وإلى العادات الاجتماعية او المتعارف عليه لتحديد هذا الأجر، وذلك لجعل لإرادة الأطراف قيمة بدلا من إهدارها نهائيا^(٣).

واننا نرى أن هذه العناصر التي يبحث عنها القاضي لإكمال العقد لا تخرج كثيراً عن إرادة المتعاقدين ، باعتبارهم جزء من المجتمع ، خاصة وان هذا ما يوجبه المبدأ الذي يلزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية^(٤).

الحقيقة أن مجال الإرادة يجب ان يتوسط الآراء وهذا ما نادى به المعتدلون الذين انتصروا للمبدأ لكنهم وقفوا به عند الحدود المعقولة بربط

(١) د . محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص ٤٧ .

(٢) سهام عبد الرزاق مجلي السعيد، مصدر سابق، ص ٧٩ .

(٣) محي الدين إسماعيل علم الدين، مصدر سابق، ص ٩١ .

(٤) ينظر المواد: (١٣١، ١٣٠، ٧٥، ١٥٠، ١٣٢) من القانون المدني العراقي .

العقد بالمصلحة العامة و مقتضيات العدالة^(١). كما أن حرية التعاقد قيدت هي الأخرى بآليات مستحدثة للتعاقد ظهرت حديثا ، على شكل عقود جبرية يُجبر الشخص على إبرامها، دون امكانية مناقشة شروطها وهي متطلبات قانونية لا بد من مراعاتها ، فقد يلزم الشخص بأبرام عقد معين كما هو الحال بالنسبة لعقد التأمين الجبري .

هنالك صيغة اخرى تتمثل بظاهرة العقود النموذجية^(٢)، كعقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابات العمال وأرباب العمل ويسري على جميع أشخاص المهنة حتى الذين لم يشتركوا فيه، تختص هذه العقود بان أحكامها تمثل رأي الأغلبية من أصحاب المصلحة المشتركة تسري على الأقلية التي لم توافق عليه، ولهذه الفكرة تطبيقات تشريعية تتجلى في أحكام الصلح الوافي من الإفلاس.

من المعروف أن هذه العقود لا تنتشر ولا توزع على الطرف الذي يتعاقد على أساسها، بل يتعاقد من غير ان تتاح له فرصة للاطلاع عليها والتعرف على شروطها.

وتدفع سرعة التعامل وما جرى عليه المستهلك في شراء السلع والخدمات اليومية إلى اجراء العديد من العقود دون مراجعة لها، خصوصا عند ازدياد الشعور السائد بان كل ما هو مطبوع واجب الاحترام ، بالإضافة إلى الثقة التقليدية في مقدمها، وهكذا يتعاقد المستهلك بدون علمه بشروط العقد أو من غير معرفة بآثارها وبمداها^(٣).

بالإضافة إلى ذلك فإن العقود النموذجية والمجهزة مسبقاً أصبحت اليوم

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٧٠. د. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ١٩.

(٢) د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٥٦. وعرف الفقيه جاك غستان العقود النموذجية على انها (عبارة عن نماذج لعقود تعد حجة على الاشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها) ، وعرفت على انها : (صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي او معنوي ، بحيث تستخدم عند ابرام عقود مشابهه ، تنصب على نفس الموضوع) للاطلاع : ينظر د. ايمن سعد سليم ، العقود النموذجية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢.

(٣) د . جلال العدوي، الإيجار في المعايضة، أطروحة دكتوراه، مطبعة جامعة الاسكندرية، مصر، من دون تاريخ نشر، ص ٤.

من الأسباب الموجبة لإعادة النظر في مبدأ سلطان الإرادة، خصوصاً لما يترتب عليها من انتشاراً للشروط التعسفية^(١)، كما يؤدي انفراد المتعاقد الأكثر قدره أو كفاءة بكتابة العقد إلى ترسيخ ظاهرة إختلال التوازن العقدي، كما تؤدي ظاهرة انفراد المحترف بصياغة العقود التي ينضم إليها الكثير من المستهلكين إلى تزايد الشروط التعسفية التي تتيح للمحترف التخفيف من التزاماته العقدية مع تكليف الطرف الآخر بالتزامات جديدة أو التشديد من التزاماته الأصلية^(٢).

فالبائع عندما يذكر للمشتري مزايا الشراء بالقسط وما يحققه من سرعة حصوله على السلعة التي يحتاج إليها، دون التنبيه إلى توزيع عبء دفع ثمنها على عدد كبير من الشهور، على أن الشروط الجزائية وتحديد مسؤولية البائع وغير ذلك من الشروط التعاقدية تؤدي إلى تكريس ضعف المشتري وزيادة التزاماته التعاقدية على نحو لم يكن ليقبل به لو علم بهذه الشروط وبما تؤديه من آثار ونتائج^(٣).

جاء قيد آخر على الرضائية السائدة فيما سبق، تتعلق باشتراط الشكلية في التعاقد، فقد عبرت القوانين المدنية عن اهتمامها بالجانب الشكلي على حساب الرضائية في مجال العقود، فهناك القواعد الامرة التي تتطلب الشكلية القانونية، ومن أجل ذلك يتحدث الفقه عن ظهور الشكلية في المجال التعاقدي^(٤)، بفعل دور المشرع في وجوب الكتابة من أجل صحة العقد أحياناً، عبر زيادة ظهور الشكل كمصدر قانوني من أجل تكوين العقد، والشكلية تمثل ميزة التشريعات الحديثة، وهذا بعد أن كانت استثناءً على مبدأ الرضائية.

(١) د. محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، ١٩٨٧، الفقرة ٢٠٠، ص ٢٢٣.

(٢) د. محمد جاسم محمد، مرجع سابق، ص ٤٠٢.

(٣) د. سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٨، ص ١٩ وما بعدها.

(٤) L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, op.cit, p. ٢١٧.

نقلاً عن: د. غني حسون طه، مرجع سابق، .

من أجل ذلك، اتجه الموقف التشريعي للقانون المدني العراقي والقوانين المقارنة في الكثير من الاحيان للشكل التعاقدي، وبالتالي يكون هناك التزاما باحترام الشكل ، كما نرى بان هناك أفضلية للشكلية في الوقت الحاضر، من خلال التشريعات الخاصة، كقوانين الاستهلاك، قوانين العمل، قوانين التأمين، قوانين التسجيل العقاري ، قوانين المرور وقوانين أخرى.

بخصوص موقف قانوننا المدني ، نجد أن المشرع قد أكد على الشكلية في العقود وجعلها من الاركان الاساسية لصحة التصرفات القانونية ، أذ جاء في المادة (٩٠) على أنه: ((١ - اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك ٢ - يجب استيفاء هذا الشكل ايضاً فيما يدخل على العقد من تعديل))، هنا أكد المشرع العراقي على وجوب استيفاء الشكلية المقررة للعقد حتى فيما يتعلق بالتعديل وذلك لأن غياب الشكلية تبطل العقد.

اما بخصوص موقف القانون المدني الفرنسي ، نرى ان تعديله لعام (٢٠١٦) اتجه صوب تكريس مبدأ الرضائية ، بصورته المستحدثة ، وبهذا اوجب القانون في غالب الاحيان على المتعاقد إعلام المتعاقد معه الذي يوجد في وضعية جهل، و التي تظهر في شكل بيانات إلزامية تعبر عن التقارب بين الاعلام والشكلية^(١).

كما أن الالتزام بالبيانات الإلزامية في العقود، المتمثلة بالشكلية الاعلامية في القانون الفرنسي واسعة، سواء في إطار قواعد الاستهلاك أو خارج ذلك المجال، ففي إطار قواعد الاستهلاك نرى البيانات الإلزامية في بيع الاموال المنقولة ، جاء ذكرها في المادة (١/١-١١٤ L) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٣٤٤) لسنة (٢٠١٤)، ففي حالة ان يكون فيها استلام المبيع او الحصول على الخدمة فوراً ، ويجوز للمستهلك انتهاء العقد برسالة مسجلة اذا تأخر الاستلام لمدة تتجاوز سبعة ايام ، كذلك الامر بالنسبة للبيع عن بعد، حين أوجبت المادة (١٨-١٢١ L) مجموعة من البيانات الإلزامية، الامر كذلك بالنسبة للاتتمان الاستهلاكي عبر المادة (٢٨-٣١٢ L) التي تجبر

^(١)PH. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, ٢éd. ٢٠٠٥. p٢٦٥- ٢٦٦.

عبر وجود البيانات الإلزامية، الحال كذلك بالنسبة للائتمان العقاري، حسب المادة (٢٥-٣١٣ L) التي توجب بعض البيانات الإلزامية، بوجوب ان يحرر العقد على الورق او دعامه ثابتة، يضاف إلى ضرورة وجود البيانات الاجبارية، ضرورة شفافية البيانات^(١)

من ذلك يعد موقف القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام (٢٠١٦) جاء مكرسا لاشتراط الشكلية، فقد بينت المادة (١١٧٢) منه بصورة صريحة على وجوب مراعاة الشكلية التي يقرها القانون في العقود الرسمية ، أذ جاء فيها أنه (تعد العقود من حيث المبدأ هي رضائية ، على سبيل الاستثناء ، تخضع صحة العقود الرسمية للأشكال التي يحددها القانون وبخلافه يكون العقد باطلاً ، باستثناء ما كان قابلاً للتصحيح بالإضافة إلى ذلك ، يجعل القانون تكوين عقود معينة خاضعة لتسليم الشيء)^(٢).

ومن خلال تحليل النص المتقدم يمكن تسجيل الملاحظات الآتية:

١- أنه اعاد التأكيد على ان أساس العقد هو التراضي ، لكن هذا التراضي ليس هو كل شيء ، بل لابد ان يفرغ هذا التصرف بشكلية قانونية بوجوب ان يتخذ العقد الرسمي شكلية معينة بحسب ما ينص عليها القانون .

٢- أوضح ان العقد يصبح باطلا عند عدم مراعاة الرسمية ، لكنه حسناً فعل عندما اتخذ موقفاً متطوراً عندما أجاز تصحيح العقد اذا كان ذلك ممكناً ، مما يساهم في تطور نظرية العقد من خلال تقليل حالات البطلان خاصة وان اغلب العقود الرسمية تترتب عليها الكثير من الالتزامات المادية والقانونية كما هو الحال في التصرفات العقارية .

إن الجوانب الايجابية التي ذكرناها سابقاً، لا تغني لوحدها من أجل الحكم على قيمة الشكلية الاعلامية الجديدة التي غزت قانون العقود، لأن الملاحظ عليها أنها موجهة بصورة أساسية لصفة المستهلكين ، ومن جهة أخرى يظهر عدم اكتمال بناءها القانوني بحكم عيوبها، وبحكم آلياتها المستعارة التي ليست خالصة.

(١) شوقي بناسي، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٢) ٢ - art. ٢٠١٦ - ١٠ février ١٣١ - ٢٠١٦ n°١١٧٢ Ordonnance

Les contrats sont par principe consensuels .Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation .
En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose.

عليه تعد الشكاية الاعلامية في إطار القانون الفرنسي، هي آلية موجهة بصورة أساسية لحماية رضا فئة المستهلكين في علاقتهم مع المحترفين، وهذا بتأكيد الكثير من الفقه الحديث، الذي يرى أن هناك تأثير من جانب قوانين الاستهلاك على القواعد العامة للعقد، وفي هذا الشأن نرى تعزيز الشكاية في العقود، بأن قواعد قوانين الاستهلاك مست مبدأ الرضائية عبر وجود الشكاية الحمائية الاعلامية، و قد ظهرت هذه الظاهرة بعد ظهور قوانين الاستهلاك الذي ساهمت قواعدها بتطوير القواعد العامة للعقد، وهنا ينبغي اعتبار الشكاية كمبدأ قانوني و ليس كاستثناء على مبدأ الرضائية، بل أيضا منحها مكان ضمن النظرية العامة للعقد، من أجل بلوغ الحماية المطلوبة للمتعاقد .

وفي ضوء ما سبق ذكره يمكننا القول إن مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرف وتحديد آثاره ، قد تطور مفهومه بشكل واسع ، تبعاً لتطور نظرية العقد من خلال الخروج عن الأفكار التقليدية المتمثلة بتحقيق المصالح الشخصية ، والاتجاه نحو الفكر المتجدد لتحقيق المصلحة العامة ، وهذه نتيجة طبيعية لتطور الأفكار والنظريات الاجتماعية والقانونية وضرورة حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بزيادة القيود والاستثناءات القانونية على هذا المبدأ في الوقت الحاضر عما كانت عليه فيما سبق.

المبحث الثاني

المفهوم الجديد للعقد

لم يعد مفهوم العقد خاضعاً لمبدأ قوة الإرادة في ظل التطورات القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية^(١)، حتى وضع الفقه ، والاتجاهات القانونية الحديثة مفهومًا جديدًا له، يكون أكثر توازناً ، ومنفعة ، وعدالة من خلال إعادة النظر فيه في الوقت الحاضر، على خلاف الموقف القانوني فيما سبق^(٢).

ويقتضي لفهم معنى العقد وفقاً للمفهوم المتطور له ان نشير الى ان القانون المدني العراقي قد انتهج نهجاً متطوراً بتبني الكثير من الافكار المتطور ، إذ

(١) د. أيمن ابراهيم العشماوي، مصدر سابق، ص ٥٢ وما بعدها.

(٢) L.Josserand, Aperçu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, RTDciv, ١٩٣٧, p ١٨ et ١٩.

نقلاً عن: محمد الشيخ - مرجع سابق، ص ٣٤. للاطلاع ينظر : استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن ، العدالة

العقدية (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد ٢٥، العدد ٦، ٢٠١٧،

ص ٢٥٨١.

أخذ بالنزعة الموضوعية في تعريفه للعقد وأقر نظرية الظروف الطارئة قبل المشرع الفرنسي بكثير، وحدد القانون المدني الفرنسي المقصود بالعقد ، بتتبع القوانين ومشروعات القوانين المقترحة لتعديل قانون العقود والالتزامات لسنة (١٨٠١) وفقا للتسلسل التاريخي لتلك القوانين ، فعرفت المادة (١١٠٢) من مشروع (بيار كاتالا ٢٠٠٥)^(١) العقد بأنه : (اتفاق يلتزم على أساسه شخص واحد أو عدة اشخاص تجاه شخص أو أكثر بتنفيذ الاداءات أو الالتزامات المترتبة عليه) والملاحظ على هذه المادة ركزت بصورة جلية على التنفيذ دون غيره بالإضافة الى التفرقة بين الاداءات والالتزامات ، وجاء مشروع وزارة العدل الفرنسية لتعديل قانون العقود والاثبات رقم (١-١٩٩-٢٠٠٨)^(٢) ، ليعرف العقد في المادة (١١٠١) من على انه : (العقد اتفاق ارادي بين شخصين أو أكثر من الاشخاص لترتيب اثار قانونية) ، والملاحظ على هذه المادة ان المشرع لم يشر الى تعديل الاثار القانونية أو انهاءها . بعدها جاء تعديل القانون المدني الفرنسي بالمشروع الاشتراعي رقم (١٣١ لسنة ٢٠١٦) ، ليعرف العقد في المادة (١١٠١) بأنه : (العقد هو اتفاق ارادات بين شخصين أو عدة اشخاص يهدف الى انشاء التزامات _ أو تعديلها _ أو نقلها _ أو انهاءها)^(٣).

اذ يتضح من النص اعلاه على انه :

- ١ _ ان المشرع الفرنسي اخذ بالنزعة الذاتية ، وكان الجدر به الاخذ بالنزعة الموضوعية ، واهتم بمبدأ التوافق بشكل عام في حدود النظام العام ، و الملاحظ عليه لم يشر الى الآداب العامة .
- ٢ _ حرص المشرع الفرنسي على عدم التمييز بين العقد والاتفاق وجعل كل عقد هو عبارة عن اتفاق .

(١) يعد المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتزام من اول المشاريع التي دعت لتعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ ، وهو من اعداد مجموعة عمل برئاسة الاستاذ بجامعة باريس الثانية، Pierre catala وتم ايداعه لدى وزير العدل الفرنسي بتاريخ ٢٢/٩/٢٠٠٥.

(٢) قامت بإعداد هذا المشروع وزارة العدل الفرنسية .

(٣) ٢ - art. ١٠١٦ - ١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ Ordonnance n° ٢٠١٦ - ١١٠١

Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

٣_ تناول التعريف انشاء الالتزام مع امكانية تعديله او نقله او انهاءه بشكل عام ، مما يكرس الاتجاه نحو امكانية التدخل في العقد، وعدم التقيد بالقوة الملزمة له، مما يسهم في تطور نظرية العقد .

وبذلك حرص التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي على تفادي النقد السابق الذي وجه اليه نتيجة تمييزه بين العقد والاتفاق كونها تفرقة لا تتبناها التشريعات الحديثة^(١).

وهنا يمكننا القول ، ان الاخذ بالفكر المتجدد للنظرية العامة للعقد ، والمواقف القانونية الحديثة يؤدي الى ايجاد اسس جديدة للتعاقد ، تقوم على الحد من الحرية التعاقدية ، وزيادة تدخل القانون في سبيل تحقيق المنفعة العامة، مع التأكيد على حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وهذا فتح الطريق لظهور تصورات جديدة خارج جدران النظرية العامة للعقد.

ولدراسة هذا كله لابد لنا من تقسيم هذا المبحث على مطلبين، الاول سنخصصه لدراسة التعاقد وفق الاتجاهات القانونية الحديثة، اما الثاني فسنخصصه لدراسة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

المطلب الاول

التعاقد وفق الاتجاهات القانونية الحديثة

نتيجة لما تعرض له مبدأ سلطان الإرادة من انتقادات وظهور أفكار وتوجهات تتمحور في عدم كفاية دور الإرادة وحدها لأنشاء العقد وترتيب الالتزامات ، فلابد من تضافر عوامل أخرى تكمل دور الإرادة ، وتتمثل هذه العناصر باعتبار المصلحة العامة ، الى جانب ذلك لابد ان نبين الأسس المستحدثة للتعاقد وفق الاتجاهات القانونية التي تمكن المحكمة من اكمال العقد ، أو تصحيحه بحسب الظروف مع مراعاة اعتبارات النظام العام، وهذا نابع من أهمية العقود في حياتنا العملية فلابد من تطوير الأفكار التي تقوم عليها فكرة التعاقد ، وفقا لمبادئ حسن النية .

(١) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (مصادر الالتزام)، مصدر سابق ص ٤٠. وقد ذهب بعض الفقه الى التمييز بين الاتفاق والعقد معتبراً ان الاتفاق اعم من العقد باعتباره جنس والعقد هو النوع وبحسب هذه التفرقة كل اتفاق ليس بعقد، وانما كل عقد هو اتفاق وقد انتقد جانب كبير من الفقه هذه التفرقة باعتبار ان ليس لها اهمية عملية في الوقت الحالي .

هذا يعد نتيجة طبيعية للتطورات التي طرأت على مفهوم النظرية العامة للعقد ولدراسة هذه المواضيع سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الأول منه دراسة تقييد الحرية التعاقدية وفقاً لاعتبارات النظام العام ، أما الثاني فنخصصه لدراسة التعاقد وفقاً للتوازن العقدي، أما بخصوص التعاقد وفقاً لمبادئ حسن النية ارتأينا دراسته ضمن المبحث الثالث من هذا الفصل ، ذلك لان مفهومه خضع لتطور لافت في مرحلة المفاوضات العقدية .

الفرع الأول

تقييد الحرية التعاقدية وفقاً لاعتبارات النظام العام

بالرجوع للموقف التشريعي نجد ان القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة ، قد اخذت بهذا القيد ، فبخصوص القانون المدني العراقي اخذ بهذا القيد ، إذ نصت المادة (١٣١) على انه : ((١-يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو لآداب وإلا كان العقد باطلاً)) وحسنا فعل المشرع العراقي عندما اضاف الآداب العامة الى جانب النظام العام^(١)، باعتبارها المظهر الخلفي للنظام العام .

ولابد من الاشارة هنا الى ان القانون المدني الالمانى رفض تبني معيار النظام العام لما فيه من فتح الباب امام التحكم والتعسف من قبل القضاء في مسيرة العقد ، وفضل معياراً أكثر مادية منه ألا وهو الآداب العامة ، ذلك لان الاخير يحظى بتجسيد وتموضع اكثر من الاول الذي يتسم بغموض وعدم الوضوح.

وما يعاب على موقف تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، انه لم يأخذ بالآداب العامة ، إذ نجد ان المادة (١١٠٢) منه اكدت على وجوب ان يكون مضمون العقد متوافقاً مع النظام العام^(٢).

ولذلك نتيجة طبيعية لتطور وتعقد العلاقات التعاقدية وظهور المخاطر وكثرتها، واختلال ميزان القوى في العلاقة التي تقوم بين الأطراف المتعاقدة ، اذ

(١) ينظر المواد (١٢٦-١٤١) من القانون المدني العراقي .

(٢) art. - ٢٠١٦ du ١٠ février ١١٠٢ Ordonnance n°٢٠١٦-١٣١

Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi
La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.

نجد ازدياد ظاهرة تدخل الدولة في تحديد أنماط التعاقد فاصبح القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد^(١).

وهنا نتعلق المسألة بأستحداث صيغ جديدة للتعاقد لم تعرف سابقا ، او بوضع قيود على نطاق التعاقد ، وهنا يتجه الموقف التشريعي إلى تقييد الحرية التعاقدية أكثر فأكثر ومنها ربط العقد بالنظام العام و الآداب العامة بالمعنى الواسع لهما، لتحقيق المصلحة العامة وهذا أمر وارد بطبيعة الحال كون هاتين الفكرتين تتسمان بالمرونة ، إذ أن القانون لم يضع تعريفا جامداً لهما^(٢).

وفي سياق متصل ، وضعت للنظام العام ، عدة تعاريف فهو بلا منازع يعد من احد المفاهيم ذات المضمون المتغير فقد عرفه بلانيول بانه : (كلما كان مستوحى من اعتبار منقعة عامة تكون في خطر اذا كان الافراد احرارا في منع تطبيق القانون) و وظيفته الاساسية في مدونة القانون المدني هي تحديد الحرية التعاقدية باسم مصلحة المجتمع ، اما مفهوم الآداب العامة فهو المظهر الخلقي للنظام العام ، أي القواعد الخلقية التي تفرضها مصلحة المجتمع على الارادات الفردية^(٣).

فحرية التعاقد تجد قيودا فعلا لا يتمثل بالنظام العام بحسب موقف القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ ، فإذا ما أبرم عقد يخالف النظام العام ، فإنه يكون باطلاً.

ولتطور وظيفة الدولة في الوقت الحاضر بدأ يظهر الانتقال من فكرة التوجيه العقدي الذي تنظم فيه الدولة محتوى العقد والحد من دور الاطراف في

(١) د . منصور مصطفى منصور، مصدر سابق ، ص ١٣.

(٢) فالنظام العام من المصطلحات التي استعصى على الفقه والتشريع إعطائها مفاهيم وتعاريف منضبطة كونه ذو مفهوم نسبي ، وقابل للتغيير بتغير المكان والزمان، وقيل أن محاولة تعريفه عند القضاة الانجليز بأنه: إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فإنك تركب حسانا جامحا لا تدري باي أرض سيلقي بك، وقد عرفه عبد الحي الحجازي بانه مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة، وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد، بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقهم. (علي فيلا لي، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص ٢٠٨-٢٠٩).

(٣) نقلا عن جاك غستان، تكوين العقد ، مرجع سابق، ص ١٠٦ وما بعدها.

تحديده ، الى الضبط العقدي ، وانتشار افكار تتعلق بعميمه العقد^(١) وجمعية العقد .

من هذا يمكننا القول ان النظرية العامة للعقد ليست جامدة بل هي قابلة للتطور والتكيف لمواكبة المتغيرات وان التطور الاقتصادي والقانوني فرض الطابع الجماعي على العقد وبالتالي لابد للقواعد التقليدية في القانون المدني ان تواكب هذا المسعى^(٢) .

وبما ان هدف القانون هو تحقيق العدالة والمصلحة العامة للمجتمع ، وبالتالي فإن العقد يجب أن يكون متوافق مع الممارسات التنظيمية لدور الدولة لتحقيق ذلك ، وللمشرع أن يتدخل في استحداث قوانين تخص التعاقد لتطوير مفهومه ، كما عليه الحال في قانون حماية المستهلك ، قانون الاستثمار ، وقوانين المعاملات الالكترونية^(٣)، وغيرها من القوانين.

وعليه فلا بد ان يتمتع القاضي بدوره كما للإرادة دورها في العقد ، فالمتعاقد له مصلحة شخصية يريد تحقيقها من خلال إبرامه للعقد، وللقاضي غرضه وهو تحقيق المصلحة العامة بالتوفيق مع مصلحة المتعاقد الآخر، من ذلك نجد ان الإرادة ليست غاية القانون فهو لا يرتب عليها أثراً ملزماً لسلطانها، وإنما هي وسيلة لتحقيق المصلحة العامة والعدالة، وهي إن لم تحقق ذلك أو بالأحرى خالفته فلا سبيل لإعطائها الأثر الملزم.

الفرع الثاني

التعاقد وفقاً للتوازن العقدي

ان تطور فكرة التعاقد بإمكانية إعادة التوازن العقدي وعدم بطلان العقد عند عدم تحققه عكست تطور المفاهيم القانونية التي القت بضلالها على التشريعات القانونية ، بتغييرات مهمة تخص نظرية العقد ، وقدمت الحلول

(١) المقصود بعيممة العقد هو ربطه بالمصلحة العامة ، خديجة فاضل ، عيممة العقد ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، ٢٠١٦ ، ص ٣ وما بعدها.

(٢) د. حسين عبد الله الكلابي ، النظام العام العقدي ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، دار السنهوري ، لبنان ، ٢٠١٦ ، ص ١٣٢ وما بعدها.

(٣) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٦٣ وما بعده. وبالرجوع الى تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، نجده نظم مسألة العقد الالكتروني واحكامه بصورة صريحة من خلال المواد من (١١٢٥ الى ١١٢٧) .

المتوازنة للأطراف المتعاقدة ، اذ اورد تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) قاعدة عامة تخص تحقيق التوازن العقدي، فجاء في المادة (١١٦٨) منه على انه: (عدم توازن الأداءات في العقود الملزمة للجانبين ، لا يؤدي الى بطلان العقد، مالم ينص القانون على خلاف ذلك)^(١).

ويمكننا تحليل النص اعلاه بعدة نقاط هي :

١- ان عدم التكافؤ بين الأداءات لا يؤدي الى بطلان العقد ، بل يمكن تصحيحه وحسنا فعل المشرع الفرنسي ، واخذ بهذا الموقف ، للحد من حالات البطلان.

٢- قيد حالة البطلان بوجود نص في القانون فقط ، وجعل هذه المادة من النظام العام فلم يترك امكانية للأطراف على الاتفاق على مخالفتها .

ومن تطبيقات امكانية اعادة التوازن العقدي ، هي التي جاء بها تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) متأخراً في اطار العقود المستمرة التنفيذ تمثلت بمنح صلاحية واسعة للقاضي في حال استجدت ظروف استثنائية، تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين واتاحت للمتعاقد ان يطالب بإعادة المفاوضات العقدية من جديد بين الطرفين لإعادة التوازن، واجازت للقاضي بناء على طلب احد الاطراف ان يعيد النظر بالعقد او انهائه^(٢) .

(١) ٢ art. - ٢٠١٦ du ١٠ février ٢٠١٦ - Ordonnance n°٢٠١٦-١٣١ (١١٦٨)

Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.

(٢) نصت المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي المعدل على انه "اذا كان هنالك تغير في ظروف غير متوقعة عند ابرام العقد مما يجعل تنفيذ العقد مرهقا بشكل مفرط للطرف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر، جاز له ان يطلب إعادة التفاوض بشأن العقد مع المتعاقد الاخر معه، على ان يبقى تنفيذ التزامه خلال مدة التفاوض".

٢ art. - ٢٠١٦ du ١٠ février ٢٠١٦ - Ordonnance n° ١٣١-٢٠١٦-١١٩٥

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement

onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une

renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation .

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date

ويعد التوازن العقدي احدى صور العدالة العقدية بمفهومها العام ، وخضع هذا المفهوم لتطورات كبيرة خلال حقبة زمنية مختلفة، وعلى كل حال تعد العدالة العقدية جزء من العدالة التبادلية بمفهومها العام^(١).

هنا يستدعي تحقيق التوازن العقدي التناسب والتعادل بين اطراف العقد من ناحية الاخذ والعطاء، ويكون نطاقها العقد وهذا التعادل والتناسب ليس بمفهومه الحسابي كما في العدالة التبادلية الذي يكون مجردا من اي اعتبار شخصي للمتعاقدين وصفاتهم وملكتهم ، بل بمفهومه الواسع وذلك بالحصول على المنفعة المقصودة من العقد^(٢)، وتكرس العدالة التبادلية الوظيفة الاجتماعية للعقد بحرصها على ان يبقى مركز كل متعاقد مساويا لمركز الاخر، ولا يعطي احدهما للآخر الا بالقدر الذي اخذه منه، فاذا اختل البناء العقدي يتدخل القاضي وفقا لأحكام العدالة لتصحيح الاختلال الحاصل^(٣).

فالعدالة العقدية تمثل قيمة وفضيلة عليا تحكم سلوك الافراد وتطبق على علاقات ومعاملات الافراد اليومية من الناحية المدنية واعتمادها يحتاج الى مرونة في صياغة القواعد القانونية التي تحكم العقود، لتواكب المستجدات التي تحدث في الحياة بسبب التطورات الاقتصادية والاجتماعية^(٤).

لم يعد هدف التوازن بين الاداءات مقتصر على مجرد الامتناع على إيقاع الضرر بالغير، او إعطاء كل ذي حق حقه، بل تتطوي على ما هو اعمق وابعد من ذلك، يتمثل في تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة من اجل حماية

et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation .

A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe .

(١) استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن ، العدالة العقدية ،مصدر سبق ذكره، ص٢٥٨٣ ومابعدها.

(٢) ينظر المادة: ١١٦٨ من تعديل القانون المدني الفرنسي.

(٣) د. احمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،٢٠١٦، ص ١٥٠_١٥١.

(٤) رياض احمد عبد الغفور، العدالة العقدية، دراسة في قاعدة العدالة ودورها في العقود المدنية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهريين،٢٠٢٠، ص٧٩.

النظام العام للحفاظ على المجتمع الإنساني وتطوره^(١).

بناء على ما تقدم يتبين لنا ان التوازن بين الأداءات ليس مجرد نصوص واحكام قانونية بل هو فكرة فلسفية واسعة تقوم على الموروث الفلسفي والأخلاقي والقانوني للمجتمعات تطورت عبر مراحل زمنية مختلفة تسهم بشكل او باخر في تطوير النظرية العامة للعقد من خلال الآتي:

١- إتاحة الفرصة للتدخل بحياة العقد، بتصحيحه او تعديله وفقا لمصلحة اطرافه والمصلحة العامة .

٢- محاولة الخروج عن حدية مبدأ المساواة العقدية، والاتجاه نحو التعادل بالاداءات لتحقيق الغرض المقصود من التعاقد.

٣- ضرورة البحث عن اسس جديدة للتعاقد تعتمد على تحقيق المنفعة المتوخاة من العقد.

المطلب الثاني

حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية

لقد حاول الموقف التشريعي المتطور تغطية النقص الذي سجلته النظرية العامة للعقد وفق الاتجاهات التقليدية ، بخصوص مسألة حماية المتعاقد الضعيف ، وقد تجسدت هذه الحلول بشكل أساسي في إطار التشريعات المقارنة ، والمتخصصة في سبيل توفير الحماية القانونية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية ، وعلى هذا الاساس سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الاول دراسة الفئات المعنية بالحماية ، أما الثاني فسنخصصه لدراسة تدعيم حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

الفرع الاول

تحديد الفئات المعنية بالحماية

بغية إعادة النظر في تحديد الفئات المعنية بالحماية القانونية لابد من وجود تجاوب مع المفهوم الجديد للعقد بتوظيف القواعد القانونية لحماية المتعاقد الضعيف وتطويع المفهوم المجرد الذي كان يهيمن على محتوى

(١) د. وليام سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة ١٩٥٥، ص، ٤٢٢ . حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص ١٦٤.

القواعد القانونية بشكل عام، والقواعد التعاقدية بشكل خاص بما يتلاءم والتطورات الحاصلة في مفهوم التعاقد.

إن من حق الطرف الضعيف إبطال العقد إذا ما شاب إرادته أحد عيوب الرضا المنصوص عليها بالمواد (١١٢-١٢٥) من القانون المدني العراقي و المواد (١١٣٠-١١٤٤) من القانون المدني الفرنسي ، لكن في بعض الأحيان يبرم الطرف الضعيف العقد دون التعرف على كامل التفاصيل المتعلقة به، مما يجعل رضاه غير سليم بعد إبرامه للعقد لذا لإبد من حماية رضا الطرف الضعيف في هذه الحالة ، وهناك عدة صور للضعف التعاقدي الذي يعتري أحد طرفي العقد يمكن أن نلخصها في فقرتين :

أولاً/الضعف الاقتصادي: يتحقق هذا الضعف عندما يضطر احد المتعاقدين إلى قبول شروط تعسفية يفرضها عليه الطرف الآخر دون أن يكون له الخيار، بين قبول هذه الشروط أو رفضها، ويظهر هذا الضعف في صورتين^(١):

الصورة الأولى: يتمتع فيها أحد المتعاقدين بنفوذ اقتصادي هائل وسيطرة على السوق بما سيمح له بفرض شروط العقد. أما الطرف الآخر فقد يكون ضعيف بسبب حاجة تعوزه كالحاجة إلى العمل أو إلى مسكن. فنكون أمام طرف قوي يسعى إلى الافادة من حالة الاحتياج التي يوجد فيها الطرف الضعيف وهنا رضا الطرف الضعيف سيكون محاطاً بالإكراه للحاجة.

الصورة الثانية: ويوجد فيها أحد الطرفين في مركز قوي أثناء التفاوض على العقد، ثم يجد نفسه في مواجهة طرف يتمتع بنفوذ قوي فيلحق الضعف بالطرف الذي يعد تنفيذ العقد أمراً بالغ الأهمية بالنسبة له.

وقد يكون الضعف الاقتصادي ملازماً لطبيعة العقد ذاته فينعكس حتى على تعريفه، ومثال ذلك عقد العمل الذي يعرف بأنه «العقد الذي يتعهد بمقتضاه بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت رقابته وإشرافه لقاء أجر».

الركن الجوهري الذي يميز هذا العقد يتمثل في خضوع العامل لرقابة وإشراف صاحب العمل الذي يكون له بمقتضى هذه التبعية القانونية أن يصدر أوامره وتعليماته إلى العامل بشأن طريقة تأديته للعمل المكلف به^(١).

(١) د. عاشور فاطيمة ، النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد ، بحث منشور في مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية ، العدد السابع ، جون ٢٠١٩، ص ٢١.

ثانياً/ **الضعف المعرفي**: لقد أدى تطور الحياة الاقتصادية الحياة الاقتصادية وما صاحبها من طفرات تكنولوجية يمتلك أدواتها البعض دون البعض الآخر إلى ظهور نوع جديد من عدم المساواة يطلق عليه « اختلال التوازن المعرفي » وهذا الاختلال يعكس عدم المساواة في المعرفة والخبرة بين طرفي العقد، حيث نجد طرفاً يمتلك المعرفة والخبرة وطرف آخر يفتقر إلى المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد الذي سيبرمه ونتيجة لهذا الضعف المعرفي أصبح على عاتق الطرف الضعيف أن يقوم بالاستعلام والتحري من أجل الحصول على المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد. لكن الواقع العملي أثبت أن هناك حالات يكون فيها من الصعب على الطرف الضعيف أن يتحرى بنفسه عن معلومات والبيانات التي يريد معرفتها من أجل اتخاذ قرار بالتعاقد من عدمه^(٢).

يتجه بعض الفقه^(٣) إلى أن قانون العقود ، يحدد العملية التعاقدية بين الطرفين، سواء كان أحدهما في موقع قوة والآخر في موقع الضعف من خلال الانصياع إلى المساواة والحرية، المستخلصة من الواقع والمواقف التعاقدية الفعلية .

فمن البديهي أن وجود القوة الاقتصادية او القانونية ، يقابله بالضرورة وجود فئتين، الأولى في حالة الضعف والآخرى في حالة القوة. ومن أجل ذلك فإن الحد من القوة الاقتصادية او القانونية يمر حتما عبر حماية الطرف الضعيف، بشتى أنواع الحماية ما هو مؤكد أنه أصبحت الحماية خاصة، بالانتقال من حيادية القاعدة الحمائية الى تحيز القاعدة الحمائية لصالح إحدى الاطراف^(٤).

(١) د. محمد حسين عبدالعال ، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٤.

(٢) د.أ براهيم عبد العزيز داوود، عدم التوازن المعرفي في العقود ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص ٢٤-٢٥.

(٣) G. Loiseau, La puissance du contractant en droit commun des contrats.A.J.C.A. décembre, ٢٠١٥, p.٤٩٦.

نقلاً عن : د . ريماء فرج مكي، مرجع سابق، ص ٢٢٢

(٤) L.Josserand, Aperçu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, op.cit, p٠١.

ويلاحظ ان مسألة المساواة هنا مفترضة الوجود، وليست مطلقة ، فهناك اعتراف عبر بعض الاليات بمسألة اعادة التوازن عبر تطوير نظرية عيوب الرضا^(١)، أو عن طريق رفع الغبن، أو عن طريق نظرية الظروف الطارئة، بالأخذ بالتوجيه التشريعي المتطور لنظرية العقد، وذلك بتوفر حماية قانونية عامة و شاملة لكافة المتعاقدين بالنظر إلى صفاتهم أو مراكزهم القانونية.

ولدراسة المواقف التشريعية المتعلقة بهذا الخصوص ، نجد ان ما يتعلق بحماية المستهلكين بحسب قواعد النظرية العامة لنظرية العقد، فأنها لا تتمتع حماية تفصيلية، وخاصة عن باقي الأطراف المتعاقدة، لأن القانون المدني يربط الحماية لكل متعاقد ، بغض النظر عن صفته، سواء أكان مستهلكاً أم غير ذلك ولأن مجالها عام وشامل وليس خاصاً ولا فردياً ولا شخصياً^(٢) ، وهكذا فإن النظرية العامة للعقد لا تميل الى أحد الطرفين المتعاقدين على حساب الآخر، لأن نظام الحماية المعترف به من خلال هذه النظرية يتميز بالعمومية والتجريد.

على العكس من ذلك ، اتجه الموقف التشريعي الحديث ، إلى تحديد الطرف المتعاقد بحد ذاته، وقد تبين هذا التحول الذي تزامن مع القواعد القانونية من خلال تطور الفكر القانوني من خلال ظهور قوانين تتعلق بفئة معينة من الأفراد^(٣)، نظراً لطبيعة النشاط، ومكانة هؤلاء الأفراد في المجتمع.

هذا ينطبق على قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة (٢٠١٠)، إذ يعتمد على طبيعة المستهلك كطرف ضعيف يستحق الحماية سواء كان شخص طبيعى او معنوي وذلك لتحقيق التوازن القانوني والمعرفي بين المستهلك من جهة والمجهز والمعلن من جهة اخرى ، ونسجل ملاحظتنا في هذا الخصوص بأغفال المشرع الإشارة الى المنتج والمورد باعتبارهم جزء من العملية التعاقدية ، وينسحب الحال الى قانون حماية المستهلك المصري ، والفرنسي، وكذلك الحال بالنسبة لقانون العمل، الذي يوجه حمايته إلى قدرة

(١) ينظر المواد (١١٢-١٢٦) من القانون المدني العراقي .

(٢) G. Loiseau, La puissance du contractant en droit commun des contrats. A.J.C.A. décembre, ٢٠١٥, p.٤٩٦.

نقلًا عن: د . ريماء فرج مكي، مصدر سابق، ص٢٢٨

(٣) L.Josserand, Sur la reconstitution d'un droit de classe, D, numéro spécial,p.٣

نقلًا عن: د. ريماء فرج مكي، المصدر نفسه ، ص٢٣١.

العامل، وكذلك في مجال التأمين، إذ يوجه المشرع حمايته إلى قدرة المؤمن عليه باعتباره ضعيفاً يستحق حماية خاصة، وكذلك قانون المنافسة، الذي يوجه حمايته للمهنيين بعد أن استثناهم قانون الاستهلاك من تطبيق الحماية الخاصة به، إذ أشار أحد الفقهاء إلى أن هناك نماذج تم تحويلها إلى فئات قانونية لجعلها قابلة للتطبيق في القانون^(١).

وللبحث عن حماية متميزة للمتعاقد الضعيف وتوفير الحماية الكافية له ، بسبب ازدياد مظاهر القوة التعاقدية يوماً بعد آخر واصبح هنالك شكلاً متطوراً للفكر القانوني والقواعد القانونية فيما يتعلق بالمصالح والأوضاع الخاصة للأفراد ، ادى الى وضع قواعد خاصة لكل فئة تعاقدية، وظهور طرق مستحدثة لمراعاة صفة المتعاقد لتحديد الحماية له، وقد فضلت الدول استخدام هذه الطرق في إطار واسع، لا سيما في تشريعات المتخصصة من أجل حماية بعض المجموعات المتعاقدة، ويرجع ذلك إلى حقيقة أن الالتزامات المعترف بها لإحدى هذه الفئات من قبل تشريعات خاصة تأخذ بعين الاعتبار الطابع الفردي للشخص متبوعاً بحماية خاصة.

الفرع الثاني

تدعيم حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية

لاستحداث وسائل قانونية لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية تضطلع الاتجاهات القانونية الحديثة لتوفير حماية للطرف الضعيف في ظل تعاظم الانتهاكات المرتبطة بحقوق المستهلك وعجز الجهود الفردية على انفاذ القوانين المرتبطة بحمايتهم^(٢) .

هنا نجد ان الموقف التشريعي في ظل القانون المدني العراقي ، والقوانين المتخصصة الاخرى قد اهتمت بتوفير حماية للطرف الضعيف، ويجب ان تقوم بتعديلها بما يتلائم والتطورات الحاصلة في المجتمع، وذلك من خلال إيجاد التشريعات ومن أهمها قوانين حماية المستهلك^(٣) .

^(١)R. Martin, personne et sujet de droit, RTD.Civ, ١٩٨١, p ٧٨٥ et ٧٩٢.

نقلاً عن : سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

(٢) د. نسرین حسین ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، مصدر سابق، ص ٤٠٢ و ما بعدها.

(٣) قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١٠٢٠١٠) (السنة ٢٠١٠) اذ عرفت المادة الأولى المستهلك بانـه : (الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يتزود بسلعة او خدمة بقصد الإفادة منها).

أذ يشترط المشرع العراقي في القانون المدني ان يتم تفسير العقد لصالح الطرف المذعن اذا اكتنف الغموض في بعض الشروط ، بحسب ما جاء في المادة (١٦٧) منه ، والى المعنى ذاته ذهب موقف القانون المدني المصري في المادة (٢/١٥١) منه، وبخصوص موقف القانون المدني الفرنسي جاء بتعديله لعام (٢٠١٦) ليؤكد على المبدأ العام المتعلق بحماية الطرف المذعن ، بالإضافة الى ذلك وجدت قوانين متخصصة بحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، فعلى سبيل المثال في العراق تم تشريع قانون حماية المستهلك رقم (١٨١ لسنة ٢٠١٠) وفي مصر تم تشريع قانون حماية المستهلك رقم (١٨١ لسنة ٢٠١٨) وفي فرنسا قانون المستهلك الفرنسي رقم (٣٤٤ لسنة ٢٠١٤) الى جانب ذلك حدد قانون التجارة الفرنسي في المادة (٢-٤٢٠ L)^(١) منه الطبيعة القانونية للممارسات العقدية والمتمثلة بانتهاك السيطرة الناتجة عن القوة السوقية والتي لا تمارس إلا من قبل شركة واحدة أو أكثر ، هذا من جانب، ومن جانب آخر تشترط هذه المادة ثلاث شروط لكي يمكن القول أن الشركة قد أساءت استخدام التبعية الاقتصادية^(٢).

وقانون حماية المستهلك المصري رقم (١٨١ لسنة ٢٠١٨) ، وقانون حماية المستهلك الفرنسي رقم (٣٤٤ لسنة ٢٠١٤).

(١) نصت هذه المادة من قانون التجارة الفرنسي على أنه : (الاستغلال التعسفي من قبل شركة أو مجموعة شركات التي تتمتع بوضع مهيمن على السوق المحلية او جزءاً كبيراً منه . يتكون هذا التعسف في رفض البيع دون مسوغ مشروع ، البيع المقترن بشروط تعسفية ، التمييز في المعاملة بين المشروعات المختلفة التي تتعامل مع المشروع المهيمن في السوق ، إنهاء العلاقات التجارية بشكل تعسفي بسبب الشريك ، يرفض ان يخضع لشروط تجارية غير مبررة).

prévues à l'article L. ٤٢٠-١, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées .

(٢) الشرط الأول وجود شركة مهيمنة، لم يحدد المشرع الفرنسي المقصود به في نصوص تشريعه، لكن القضاء الفرنسي حاول قدر الإمكان اعطاءه مفهوم معين من خلال بيان أن الشركة تعتبر مهيمنة إذا كانت تحتفظ بقوة اقتصادية تمنحها القدرة على منع استمرار

ورغبة من المشرع الفرنسي في توفير الحماية لرضا الطرف الضعيف إذا ما تعرض لإكراه اقتصادي عند منافسه غيره من التجار الذين يتمتعون بنفوذ اقتصادي وقوة في السوق، فقد فرض مجموعة من الجزاءات التي وجدها كفيلة بحماية الرضا ، بموجب نص المادة (٦-٤٤٢.L) من قانون التجارة الفرنسي، فمن خلال هذه المادة اعطى للمتعاقد الضعيف الحق في المطالبة بوقف إساءة استخدام التبعية الاقتصادية مع حقه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذه الإساءة، كما يجوز له المطالبة بإبطال العقد لكن هذا الحق مقيد بموافقه وزير الاقتصاد، فمن حق وزير الاقتصاد المطالبة بإبطال أو رفع الشروط الغير قانونية الذي عادة ما يقوم المتعاقد المهيمن بإدراجها في العقد الذي يبرمه مع المتعاقد الضعيف، عندما أصبح وضع الضعيف للمتعاقد ذا أهمية كبيرة في إطار التطورات الخاصة بنظرية العقد ، أذ أصبح التوجه التشريعي نحو ايجاد هذه التشريعات الخاصة والاهتمام المباشر بهذه الفئة. وبالتالي حماية قدرة المتعاقد المعني بمجال تطبيق ذلك التشريع، فالطرف الضعيف شخص عديم الخبرة والمعرفة ، بسبب تخصيص كل مجال لحماية

المنافسة الفعالة في السوق ذات الصلة من خلال تمتعها بسلوك مستقل يمكنها من السيطرة على المنافسة وخضوع الأطراف الضعيفة لإرادتها دون أن يتمكنون من رفض التعاقد

* والشرط الثاني يتمثل بوجود حالة من التبعية الاقتصادية بين المتعاقد المحترف والمتعاقد الضعيف، مفهوم التبعية الاقتصادية في هذا الصدد ليست العلاقة التجارية الذي يكون فيها المتعاقد الضعيف معتمدا كلياً على الآخر الذي يتقاضاه من المتعاقد المحترف، بل أصبحت ذات معنى واسع مما حدى بعض القانونيين إلى القول أن للتبعية الاقتصادية مفهوم أوسع بكثير من مفهوم التبعية القانونية، لكونها تسمح بمعاقبة السلوكيات المتعلقة بتوازن القوى والذي ينتج بفعل الهيمنة الموضوعية في السوق للشركة والذي يجعل شركائها عرضة للخطر.

* أما بالنسبة الشرط الثالث فقد أشارت الفقرة الثانية من نفس المادة. يتضح من خلال هذا النص أن مجرد وجود التبعية الاقتصادية غير كاف لكي يمكن القول بوجود إكراه اقتصادي= بل لابد من وجود علاقة سببية بين التبعية الاقتصادية وإساءة استخدامها من قبل المتعاقد المهيمن، ويتم تقييم هذه العلاقة من خلال النظر إلى كل حاله على حدة.

هبة مهدي عدنان الفحام ، و عمار كريم الفتلاوي ، الحماية العلاجية لرضا الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية ، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية ، كلية القانون ، جامعة الكوفة ، المجلد ٤ ، العدد ٥ ، ٢٠٢٠ ، ص٤٨.

فئة معينة من المتعاقدين. ولهذا السبب لابد من تحديد صفة المتعاقد الضعيف بصورة جلية لتوفير الحماية المحدد المحددة قانوناً.

من ناحية تفسير العقد ، فقد يصادف القاضي في بعض الأحيان عبارات غامضة وغير مطابقة لقصد المتعاقدين ، فيتدخل لتفسير العقد مادام القانون قد منحه سلطة لتفسيره بما لا يخرج عن مضمونه ، اذ اخذ القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) بالتفسير المتطور بحسب النية المشتركة للأطراف بصراحة المادة (١١٨٨) منه اذ : (يتم تفسير العقد وفقاً للنية المشتركة للأطراف دون التقيد بالمعنى الحرفي لأطرافه ، وفي حالة تعذر كشفها يفسر وفقاً للمعنى الذي يعطيه الشخص المعتاد عند وجوده في نفس الظروف) ، والى جانب ذلك في حالة الشك في عقد الإذعان يجب ان يفسر العقد لمصلحة الطرف المذعن^(١). وبذلك فان السلطة القضائية هي التي تطبق هذه القوانين بما يحقق الغاية من إقرارها الا وهي حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من خلال تسوية المنازعات المتعلقة به ، وحمايته وتفسير العقد لصالحه ومواجهة الشروط التعسفية .

حماية الطرف الضعيف في مواجهة الشروط التعسفية ، تتجلى بالنص على بطلانها على ان ينتج العقد اثاره ، بحيث يبطل الشرط ويصح العقد فالبطلان هنا جزئي فيبطل الشرط دون العقد ولعل الهدف من وراء ذلك هو تحقيق الحماية للطرف الضعيف للإبقاء على العقد^(٢) ، ذلك لان الحكم ببطلان

(١) اشارت المادة (١١٩٠) من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ٢٠١٦ الى هذا المعنى، حيث جاء فيها: (في حالة الشك ، يتم تفسير عقد الاتفاق المتبادل ضد الدائن ولصالح المدين والعقد العضوية ضد الشخص الذي اقترحها) .

٢ art. ٢٠١٦- ١٠février ٢٠١٦ du ١٣١-٢٠١٦ Ordonnance n ١١٩٠

Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé.

- كذلك ماجاءت به المادة ١٦٦ من القانون المدني العراقي والمادة (٣/١٦٧) التي اشارت الى عدم جواز تفسير العبارات الغامضة اضراراً بمصلحة المذعن حتى لو كان دائناً.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي دراسة لقواعد الموضوعية والاجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٥٢.

كذلك ينظر محمد رفعت الصباحي إبراهيم ، الاثار المترتبة على تخلف شروط العقد دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ٤٩٣ وما بعدها.

العقد بأكمله قد يترتب عليه تفويت الحماية للطرف الضعيف، ذلك لأنه قد يرغب في حالة وجود شرط تعسفي بتقرير بطلان هذا الشرط وإنفاذ العقد لحاجته للسلعة أو الخدمة المحددة محل التعاقد ^(١) .

أما الموقف التشريعي في ظل قانوننا المدني والقانون المدني المصري بحسب القواعد العامة قد يبطل الشرط والعقد إذا كان هذا الشرط هو الدافع الباعث للتعاقد.

فلابد من حماية صفة المتعاقد الضعيف باستحداث آليات جديدة تخص تدعيم سلامة الرضا، وذلك من خلال مدها إلى كل متعاقد ضعيف بغض النظر عن صفته التعاقدية، ولنا في هذا الشأن آليات ذات فاعلية، تتمثل على وجه الخصوص في الوجه الجديد للإكراه، عبر الانتقال من الإكراه المادي والمعنوي إلى الإكراه الاقتصادي الذي يعد صورة من صور الإكراه وذلك بالرجوع إلى تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، اذ نصت المادة (١١٤٣)^(٢) على أنه: ((يتوافر الإكراه أيضاً عندما يحصل أحد الأطراف ، نتيجة استغلال حالة التبعية التي يوجد فيها المتعاقد معه ، على تعهد من

وبالرجوع لما جاءت به المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام ٢٠١٦ نجد انه قد تمسك بهذا المبدأ، إذ نصت على أنه : (عندما يؤثر سبب البطلان على بند واحد أو أكثر من بنود العقد ، فإنه لا يبطل العقد ككل، الا إذا كان هذا البند أو هذه البنود تشكل عنصراً حاسماً في التزام الأطراف أو واحد منهم . يبقى العقد عندما يعتبر القانون البند كأنه لم يكن ، أو عندما تقتضي غايات القاعدة التي تم مخالفتها بقاءه).

٢ art. - ٢٠١٦ du ١٠ février ١١٨٤ Ordonnance n ١٣١-٢٠١٦

Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles .

Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien .

(١) د. مصطفى العوجي، القانون المدني العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج١، ط٤، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٤٦٧٦.

art. - ٢٠١٨ du ٢٠ avril ٢٠١٨ LOI n° ٢٠١٨-٢٨٧

Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.

الآخر ما كان ليرضى به في حال غياب مثل هذا الضغط ، ويحصل من ذلك على منفعة زائدة بشكل واضح))^(١).

يستنتج من ذلك ، بان الاجتهاد القضائي حقق قفزة نوعية عبر اعترافه بالإكراه الاقتصادي ، لكن نعتقد أن ذلك لم يكن كافياً، بل حسناً فعل المشرع الفرنسي بتكريسه قانوناً ضمن قانونه المدني.

كما فسر البعض ذلك، بان هناك تعديل لمفهوم الإكراه الذي يعطي قيمة لقمع التعسف في القوة الاقتصادية، و بالتالي هناك ترك للإكراه المعنوي في المجال الاقتصادي، ومن جهة أخرى، فإن هناك انتقاد لتطبيق حالة الضرورة في المسائل الاقتصادية و هنا حالة التبعية، بفعل أنه لا يمكن قياس هذه الافتراضات التي يستخدم فيها هذا المفهوم من أجل مراعاة الظروف الطبيعية، سواء غرق السفينة، فهناك نقدين، نقد للمبدأ و نقد للتقنية^(٢) .

ولابد من الإشارة الى ان القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام ٢٠١٦ بحسب ما جاء في المادة (١١٣٠) منه ، قد اخذ بالتدليس باعتباره عيب مستقل من عيوب الارادة على خلاف ما هو عليه الحال في القانونين المدني العراقي والمصري اللذان يشترطان الغبن مع التغيرير لتوقيف العقد ، وعليه نجد ان الاخذ بهذا الموقف يعد احد الاليات القانونية التي يتم من خلالها تطوير نظرية العقد بما يحقق العدالة العقدية ويمهد لتطوير مفهوم الالتزام بالأعلام .

كما ظهرت في الآونة الاخيرة تأثير التشريعات الخاصة على القانون العام للعقود، فمبدئياً هناك نظرة تقارب، خاصة عبر اعتراف قانون المنافسة بعدم المساواة الاقتصادية بين بعض المحترفين، ومن جهة أخرى البحث عن توجيه العقد نحو النزاهة والتوازن التعاقدي، وبالتالي فالنظرية العامة للعقد تستفيد من تدخل قانون المنافسة من أجل تحقيق الانسجام المطلوب^(٣)، نؤكد مرة أخرى، بان عيب الإكراه الاقتصادي يبقى من بين الوسائل الهامة التي يعول عليها في تطوير نظرية العقد، خاصة من خلال تطوير القواعد العامة،

(١) د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق ، ص ٥٦.

(٢) J-P. Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, op.cit, p ٢٩٧ et ٣٠٦.

(٣) B. Montels, ibid, n° ٩ et ١٠ et ١١

بتجديد تصوراتها وإدخال آليات ذات فاعلية من أجل زيادة مظاهر تطور نظرية العقد.

المبحث الثالث

التطورات الحديثة في مرحلة المفاوضات

إن الحلول المتعددة التي وجدت لتطوير نظرية العقد، من خلال المواقف التشريعية والفقهية ، يحتم علينا البحث عن أدوات أخرى، تزدهر وتتطور بها النظرية العامة للعقد، أبتدأ من مرحلة ما قبل التعاقد وما يتعلق بها من احوال ونصوص قانونية مستحدثة لم تكن موجودة في السابق ، والعمل على تدعيم صحة و سلامة هذه المرحلة، ولدراسة ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص الاول منه لدراسة تطور مفهوم المفاوضات العقدية ، اما الثاني فنخصصه لدراسة تدعيم سلامة المفاوضات العقدية .

المطلب الاول

تطور مفهوم المفاوضات العقدية

يتألف اتفاق التفاوض من شقين الاول هو الحق بالدخول في التفاوض ، عن طريق القيام بالإجراءات اللازمة لبدا عملية التفاوض ، بتوجيه الدعوة للأطراف واعداد المقترحات ، اما الشق الثاني فهو يمنح الحق مواصلة المفاوضات العقدية وقطعها وكل هذا يجب ان يتم في ضوء مبادئ حسن النية ، وهذا ما نلتزمه عند الرجوع الى تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) ، اذ نصت المادة (١١١٢)^(١) على انه : ((يكون بدء المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها بصورة اختيارية، ويكون لازما ان تراعى هذه المسائل حسن النية ، تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم ابرامه))^(٢). من خلال هذا النص يتضح الآتي :

(١) art. ١١١٢ LOI n°٢٠١٨-٢٨٧ du ٢٠ avril ٢٠١٨.

L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi .

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.

(٢) د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، مصدر سابق ، ص ٣٤.

- ١- انه يشير إلى المفاوضات التي تجري قبل الالتزام بالعقد.
 - ٢- التأكيد على حرية المتعاقدين في أبداء ما يشاؤون من آراء ومعلومات بحسب مبادئ حسن النية في التعامل وأكد على الزامية هذا المبدأ.
 - ٣- بيان الاحكام القانونية المتعلقة بالإخلال بالمفاوضات العقدية، واستحقاق التعويض في حال الخطأ أثناء فترة التفاوض وأشار إلى عدم الحق بالمطالبة بالتعويض عن الحرمان من المزايا التي كان سيحصل عليها إذا ما تم إبرام العقد.
- لدراسة هذا المطلب سنقسمه على فرعين نخصص الاول منه لدراسة تعريف المفاوضات العقدية، اما الثاني فنخصصه لدراسة اشتراط حسن النية في المفاوضات العقدية.

الفرع الاول

تعريف بالمفاوضات العقدية

أن المعاملات والمناقشات السابقة للتعاقد غالباً ما تتسم بأنها الأساس الذي يتم عليه التعاقد، وذلك من حيث قيمتها ونطاقها، فالتعاقد يجب ان يحصل خلال هذه المرحلة على كل ما يتعلق بما هو مقدم عليه، ويستوجب هذا التعرف على القواعد المنظمة له وملائمة حاجاته ، بما لا يتعارض الى حد كبير مع حاجات المجتمع، هنا نجد أن القواعد التقليدية باتت غير قادرة على مواكبة ضرورات وسائل الإنتاج وطرق التسويق الحديثة، كما أصبحت تعجز عن مجابهة المخاطر التي تتطوي عليها عادة العقود غير التقليدية؛ كالعقود التي تبرم من أجل الحصول على الخبرات الفنية والتكنولوجية^(١).

لهذا تُعد المفاوضات مرحلة سابقة على إبرام العقد، وهي العملية التي تتمثل بالمساومة والمحاورة من طرفي العقد، ودراسته ومناقشة شروطه، وبحث كل جوانبه بغية الوصول للمصلحة المرجوة من العقد المزمع إبرامه.

وللمفاوضات تعريفات متعددة في الاصطلاح الفقهي واللغة ، فالمفاوضات لغة يقصد بها: المساومة والمشاركة، وتفاوضوا في الحديث أي أخذوا منه وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض بعضهم بعضاً^(٢). والمفاوضة هي الاشتراك

(١) محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة السادسة ، العدد٤، ص٧٢٧.

(٢) أبين منظور، لسان العرب ، تحقيق عبدالله على الكبير، دار المعارف، ج٧، ص٢١٠.

في كل شي، كالتفاوض والمساواة والمجاورة في الأمر، وتفاوضوا في الأمر فافوض فيه بعضهم بعضاً^(١).

أما تعريف المفاوضات اصطلاحاً، فهناك العديد من التعريفات التي صاغها فقهاء القانون نذكر عدداً منها: فمن الفقهاء من عرفها بأنها: مجموعة من العمليات التمهيدية تتمثل في المساعي والمباحثات والمشاورات، وتبادل وجهات النظر، بهدف التوصل إلى اتفاق^(٢).

كما عرفت بأنها: حوار ومناقشة وتبادل الآراء والأفكار، والتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما، اقتصادية قانونية، تجارية، سياسية...^(٣).

وذهب آخر إلى تعريفها بأنها " المرحلة التي يتم فيها بحث كافة الجوانب الفنية والمالية والقانونية للعقد المزمع إبرامه"^(٤).

وهذه محاولات عديدة من جانب الفقه لإرساء تعريف محدد للمراحل التمهيدية ما قبل التعاقد، نجده لدى جانب من الفقه الفرنسي الذي ذهب إلى تعريف المفاوضات العقدية بأنها " تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل أن هناك عروض وعروض مضادة" وعرفت بأنها "تلك المرحلة التي تضم مجموعة من العمليات التمهيدية التي تتمثل في المباحثات، والمساعي والمشاورات، وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاق"^(٥).

(١) محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، ج٣، الطبعة الثالثة، الحلبي، ١٩٥٢، ص٣٥٣، فصل الفاء باب الضاد.

(٢) Cornu (G): Vocabulaire juridique, Ass.H.Capitant, P.U.F, ١٩٩٦, مشار إليه لدى د. هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المفاوضات وأثرها. P.٥٣٥= على التوازن العقدي، "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة جامعة بنها، القاهرة، العدد ٣٤، ج٣، بدون سنة نشر، ص ١١١.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي "مفاوضات العقود الدولية القانون الواجب التطبيق وأزمته"، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٦٢.

(٤) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ٢٠٠٣، ص ٥٢، ص ٢٠٣.

(٥) رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٣ وما بعدها.

حيث في هذه المرحلة التي يتم فيها تبادل المقترحات والمعلومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف المرحلة السابقة للتعاقد ليكون كل منهما على بينة من العقد، وهذا أفضل من الدخول بالإشكاليات القانونية التي قد تحدث عند الالتزام النهائي بالعقد.

من خلال التعريفات السابقة يتضح لنا وبجلاء، أهمية المفاوضات العقدية ومدى تأثيرها في حياة العقد، وحدث حالة من التوازن بين أداءات أطرافه، وغلق باب استغلال أحدهما للآخر، من خلال فرض شروط تعسفية على الطرف الآخر، ومما لا شك فيه أن المفاوضات وما ينبثق منها من تبادل الاقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات التي يتبادلها أطراف التفاوض تجعل العقد متوازنا من خلال ما تسفر عنه من حقوق والتزامات لطرفيه^(١).

ونتيجة لتطور الموقف القانوني الخاص بالمفاوضات العقدية فلا بد للفقهاء مسايرة هذا التطور بالنص على وجوب أن تكون المفاوضات وفقا لمبادئ حسن النية، مع تضمين الآليات المستحدثة لحماية الرضا في المفاوضات العقدية المتمثلة بالالتزام بالأعلام، وإمهال المتعاقد فترة للتفكير والتروي بالعقد، مع إمكانية رجوعه عن التعاقد.

عليه يمكننا تعريف المفاوضات العقدية بأنها (مجموعة من العمليات الممهدة للتعاقد تتم من خلالها المناقشات وتبادل المعلومات والاستشارات وفقا لمبادئ حسن النية، مع منح المتعاقد فترة مناسبة للتفكير والتروي قبل الدخول بالالتزامات التعاقدية).

بخصوص موقف القانون المدني العراقي، نجد انه لم يتعرض لها صراحة كمرحلة تمهيدية سابقة للتعاقد،، وإنما اشار لها بصورة ضمنية، مما يتطلب النص على ذلك بصورة صريحة عند تعديل القانون المدني العراقي، فقد أشارت المواد (٧٣-١٨٣) من القانون المدني العراقي الى ارادة اطراف العقد في

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد

الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، كلية الحقوق جامعة عين شمس،

يوليو ١٩٩٦، ص ٣٨.

التمهيد لأبرام العقد وكذلك الى الدعوى الى التفاوض ومدى تطابق الإيجاب مع القبول .

بالرجوع لقانون حماية المستهلك العراقي نجده لم يشر الى مرحلة المفاوضات التعاقدية ، وبخصوص المشرع المصري فلم يشر بصراحة الى المفاوضات العقدية ، واكتفت المادة (٨٩) منه على النص بأنه : (يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقدره القانون وفق ذلك من اوضاع معينة لأنعقاد العقد) وهذا يدل على مدى تركيز المشرع على إرادة الطرفين عند ابرام العقد مع مراعاة ما يضعه القانون من قواعد تضمن سلامة العقد لأنعقاده بحرية ودون أي قيد.

أما القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام (٢٠١٦) فإنه اتخذ منهجا متطورا بالنص على المفاوضات العقدية وتحديد الالتزامات المترتبة على هذه المرحلة، دون ان يحدد تعريف لها، وأشار الى المفاوضات كمرحلة تمهيدية ووضح نطاق هذه المفاوضات في ظل تطور المواقف التشريعية.

الفرع الثاني

اشتراط حسن النية

لم يشترط قانوننا المدني ان تتم المفاوضات العقدية وفقا لمبادئ حسن النية بصورة صريحة، وعند الرجوع لما جاء في المادة (١٥٠) منه^(١)، نجده اشترط ان يتم تنفيذ العقد وفقا لما يوجبه حسن النية ، ونرى ان المشرع العراقي والمصري اخذ به في مرحلة التنفيذ لعدم تحبيذه لهذه الفكرة .

على غرار ذلك ، نصت المادة (١/٤٨) من القانون المدني المصري على أنه: ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) والملاحظ على المشرع المصري أنه نهج على ذات المنهج الذي اتبعه مشرعنا العراقي في التأكيد على هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد .

اما القانون المدني الفرنسي فقد اشترطه بجميع مراحل التعاقد ، بصورة صريحة ، كما هو عليه الحال في تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، وهذا ما نأمل من مشرعنا الاخذ به عند تعديل القانون المدني ، وعدم الاكتفاء بالرجوع الى القواعد العامة للأخذ به.

(١) نصت المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي على أنه: ((١). يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)).

على العكس مما سبق ذكره جاء تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) ليحدث تطوراً لافتاً في المفهوم القانوني لمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية إذ اشترط ذلك بصورة صريحة في ، المفاوضات العقدية ، الأبرام ، و التنفيذ ، وذلك بحسب المادة (١١١٢) منه ، المشار إليها سابقاً، وما اكدته بصورة صريحة المادة (١١٠٤) أذ جاء بها على انه : (يجب التفاوض على العقود ، وإبرامها ، وتنفيذها بحسن نية)^(١) ، النصوص المشار إليها لم تحدد المقصود بحسن النية .

ولعل المشرع العراقي والمصري اشترطه في التنفيذ فقط لعدم تحييده لمفهوم حسن النية ، لأن من المؤكد انه من الصعب ايجاد مفهوم محدد له يمكن ان يستند اليه القاضي لمعرفة ما اذا كان المتعاقد قد التزم بحسن النية ام لا . ويؤكد الفقه ان مفهوم حسن النية يقوم على فكرة اخلاقية ترجع الى ضمير المتعاقدين الذين يقوم القاضي في حالة النزاع بينهما بتقييم سلوك المتعاقدين بمرونة وقابلية للتطوير على الحالات المختلفة ، وهذا ما يفسر اختلاف المصطلحات المستخدمة في التعبير عنه ، كالالتزام بالأمانة أو لاستقامة ، أو التعاون أو الحيطة والحذر^(٢) .

حاول البعض وضع معايير لتحديد حسن النية وربطها بالمعيار الذاتي ، اذ لا يقال إن المتعاقد حسن النية الا اذا انتفى عنه سوء النية ومظاهر سوء النية هي الخطأ العمد والغش والتعسف في استعمال الحق بسوء نية ، الى جانب المعيار الموضوعي وربطه مع الاحداث الطارئة ، اثناء تنفيذ العقد ، ما يجعل التنفيذ مستحيلاً ، ومثل هذا الحدث الطارئ اذا لم يكن المدين قد توقعه ولم يكن له يد في ايجاده ولم يستطيع دفعه هو سبب اجنبي يعفيه من تنفيذ الالتزام ، لان حسن النية لم يقصر في شيء^(٣) ومن هذه المعايير :-

أولاً/المعيار الذاتي (الشخصي) لحسن النية:

وفقاً لهذا المعيار يجري تقدير مسلك المدين بالنظر إلى معيار شخصي قوامه نية المتعاقد وظروفه الخاصة، وهو المعيار الذي يتم الكشف عنه والبحث

٢. art. ٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ Ordonnance n° ١١٠٤

Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi .

Cette disposition est d'ordre public.

(٢) د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني الالتزامات ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

(٣) اشارة الى ذلك ، عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ،

رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١٤١ .

فيه من خلال التقصي والتأمل والنظر في حالة المدين ونواياه الخفية، والكشف عن دوافعه النفسية وقت تنفيذه لإلتزامه^(١).

ويرجع أساس هذا المعيار إلى فكرة العدالة وقواعد الأخلاق ذلك أن هذين المفهومين يبيان أن يعتمد شخص الإضرار بغيره، أو أن يتحايل على أحكام القانون توصلًا إلى غرض غير مشروع^(٢)، وإن القائلين بأن لحسن النية معياراً ذاتياً متأثرون بمفهوم حسن النية في نظرية الحيازة، وحماية الغير حسن النية، لأن المشرع في الكثير من المواد القانونية يقرر لحسن النية وفق هذا المفهوم، معياراً ذاتياً وادفعه بمعيار موضوعي وهو امكانية العلم، أو سهولته من قبل المدين، وبهذا حسن النية يعتبر ذو طبيعة ذاتية في أصله، ذلك انه ينبع من ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو بالسوء، فهو عنصر نفسي داخلي يستدل عليه بطريقتين أحدهما: ملابسته لتصرف معين فيتم معرفته من متن التصرف وصورته الظاهرة، وثانيهما: القرائن والإشارات الموضوعية الظاهرة، التي تحيط بالتصرف نشأة وتنفيذاً، كما أن حسن النية يعد موقفاً عمدياً لأنه نابع من النية التي هي تمثل قصد المتعاقد، والقرار من المواقف العمدية الإيجابية^(٣).

على أن المعيار الشخصي ورغم ما يتميز به من مجارة للمنطق وتحقيق لفكرة العدالة، حيث لا يعتمد إلا على نية العاقد نفسه عند قيامه بالتنفيذ، إلا أنه يعاب عليه ارتكانه إلى عوامل نفسية وذهنية لا يسهل تقصيها أو التحقق منها^(٤).

ثانياً/ المعيار المادي أو الموضوعي:

(١) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ٤١.

(٢) د. عبد الحليم عبد اللطيف، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٩٤.

(٣) د. يحيى احمد، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الأنكليزي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، الأردن، ٢٠٠٧، ص ٢٣.

(٤) د. عادل جبوري حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة المنصورة، ص ١٨٨.

وفقاً لهذا المعيار يجري تقدير مسلك المدين بالنظر إلى المسلك المألوف للشخص المعتاد، وبما أن حسن النية يتكون من فكرة موضوعية، فهو يمثل نموذجاً مجرداً، يجب أن يقاس إليه تنفيذ العلاقة العقدية، ويرتبط حسن النية في هذا الصدد بالعناية التي يبذلها الشخص العادي، وبذلك لا يقتضي البحث في نفس المدين، بل يكون معياراً مادياً مؤداه قياس مسلك المدين بمسلك المدين العادي المتوسط في درجة اليقظة والتبصر^(١).

إذاً، فالأمانة المطلوبة في عرف التعامل تستلزم من المدين أن ينفذ الالتزام الذي تعهد به بشكل سليم وصحيح، وبالتالي لا يجوز له أن يحتج بأنه كان حسن النية فيما قام به من تنفيذ لالتزامه، وأنه لم يتوخ الأضرار بالدائن أو حتى الإثراء على حسابه^(٢) هذا المعيار يستلزم من المتعاقد أن يكون يقظاً حريصاً في تصرفاته حتى لا تضر بالآخرين، ذلك أن قواعد الأخلاق والعدالة كما لا تقرر نية الإضرار بالغير (حسن النية الذاتي) لا تقرر كذلك الإهمال والتقصير أي سوء النية الموضوعي عليه، فإن تقرير ما إذا كان المتعاقد قد راعى حسن النية في تنفيذه لالتزاماته، هي مسألة ، موضوعية يفصل فيها القضاء بالنظر إلى ظروف الحال التي تم فيها هذا التنفيذ. لأنه لا يفرض على المدين أداءً معيناً، ولا توجب عليه اتخاذ مسلك محدد مقدماً، فيجب على القاضي حينما يقوم ببحث توافر حسن النية أن ينصب بحثه على الوقائع و الظروف من الناحية الموضوعية بغض النظر عن اعتقاد المتمسك بالدفع^(٣).

الجدير بالتنويه، أن المعيار الموضوعي يقود إلى نتائج غير واقعية، إذ لا يعقل أن يهمل الجانب الشخصي كلياً، وهو الذي يدخل كطرف في العلاقة العقدية، ليلقي بكل النقل على محض افتراض لا يقوم في الواقع، فالشخص العادي ليس حقيقة ماثلة، وإنما هو مجرد تصور قصد به المشرع الحفاظ على

(١) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ١٩٦٧، ص ٥١.

د. عادل جبري، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤، ص ١٨٩.

(٢) شيرزاد عزيز سليمان و يونس عثمان علي ، حسن النية في تنفيذ العقد ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان ، السليمانية المجلد ٥ ، العدد ١ ، ٢٠٢١ ، ص ٥١.

(٣) د.عمر علي شامسي، فسخ العقد، المركز القومي لإصدارات القانونية، بدون مكان النشر، ٢٠١٠، ص ٣٤٣.

استقرار التعامل في المجتمع، وليس من المنصف في كثير من الأحيان أن نهدر شخص المتعاقد ومسلكه الذاتي، بحجة الحفاظ على هذا الاستقرار.

ثم ان القاضي حين قيامه بتقدير مسلك المدين الشخصي أو عن المسلك المألوف للشخص المعتاد، لن يستطيع أن يتبصر على وجه الدقة بكافة الظروف والملابسات التي أحاطت بالعقد وكيفية التنفيذ، وعليه نرى ضرورة الجمع بين المعيار الشخصي والموضوعي لتحديد حسن النية باعتباره فكرة اخلاقية ودينية واجتماعية^(١).

يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي حددت ضوابط موضوعية لتحديد مستلزمات العقد ، يمكن من خلالها ان يستدل على حسن النية ، إلا وهي: القانون والعرف و العدالة حيث نصت تلك الفقرة على أنه : (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه و لكن أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام) لذلك فإن العرف والعدالة والقانون تعد موضوعية يستدل بموجبها على حسن النية، و بالتالي فإن المشرع يقرن المعيار الذاتي في جوانب كثيرة بضوابط موضوعية.

هنا نرى ، ان هذه المستلزمات يمكن ان تساعد القاضي على تحديد اتباع حسن النية ام لا ، لكن تبقى فكرة واسعة لا يمكن الاحاطة بها لارتباطها بالضمير الانساني الذي قد يعتمد البعض الى عدم ذكر الحقائق الكامنة في النفس الانسانية .

من ذلك ، ان مفهوم حسن النية هو اداة تسمح في اعطاء حلول منصفة ويسمح للقاضي ان يضيف بعض المرونة عند اعادة التوازن العقدي و اعتماده كأساس لتصحيح العقد ، ذلك ان هذه القاعدة تعطي للقاضي سلطة مراقبة تنفيذ العقد وقد اصبح التوجه ، لاسيما في العقود الزمنية بتوسيع سلطة القاضي في مراقبة العقد من مرحلة انشائه الى تنفيذه^(٢)، ولاشك ان حسن النية في العقد يستوجب النزاهة والامانة والثقة والنزاهة والابتعاد عن الغش^(٣).

(١) د. السيد عبد الحميد فودة ، مبدأ حسن النية في القانون الروماني ، دار الفكر الجامعي ، ط ١، الاسكندرية ٢٠١٠، ص ١٧.

(٢) د. ريماء فرج مكي ، المصدر السابق ، ص ٢٤٢.

(٣) محمد السروي ، الغش في المعاملات المدنية (دراسة مقارنة) في القانون المدني والفقهاء الإسلامي ، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٧. كذلك:

فضلاً على أنه نجد أن ترك القانون للقضاء الحرية في بيان وتقدير مبدأ حسن النية والكشف عنها لم يكن فيه اهدار للمبادئ القانونية المستقرة ، كالقوة الملزمة للعقد واستقرار التعامل ، بخلاف الواقع الفقهي التي تتجه صوب عدم الاخذ به ولأجل هذا كان هناك رأي لمحكمة النقض الفرنسية في رفض مبدأ حسن النية عندما وجدت أنه يهدد مبدأ القوة الملزمة للعقد ، فقبلت فسخ العقد لأخلال المتعاقد بالتزامه^(١).

على الرغم من أننا وجدنا أن مشرعنا قد حصر تطبيق مبدأ حسن النية على تنفيذ العقد دون انعقاده ، إلا أننا وجدنا بحسب القواعد العامة أنه ذلك ليس فيه مساس بحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد ، خاصة إذا منح القاضي دوراً وسلطة في مراجعة شروط العقد طبقاً للمبدأ المذكور، فضلاً على أن عدم الالتزام به ، له أثراً سلبية تفرض عوائق امام تطور نظرية العقد.

المطلب الثاني

الاليات المستحدثة لتدعيم سلامة المفاوضات العقدية

يقصد بها الوسائل الحديثة لحماية الرضاء التعاقدية ، وهي وسائل مكملة ومساعدة ، بعد ان اصبحت عيوب الارادة وسيلة تقليدية لحماية الرضا بسبب محدوديتها وقصورها عن توفير حماية كاملة لهذا الرضا ، اذ برزت هذه الوسائل في التشريعات الحديثة التي تهدف الى توفير الحماية للمستهلك ، وهي بذلك تعد التزامات اضافية تنفرع عن التفاوض حتى يتم على اكمل وجه ، فمنذ اللحظة الاولى لبدء التفاوض ، يتعين على المتعاقدين الكشف عن جميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد ، مع امكانية اعطاء المتعاقد فترة زمنية معينة يقوم من خلالها بالبحث و التأكد مما هو مقدم عليه حتى لا يدخل نفسه بالتزام عقدي قد يكون ضاراً أو غير مناسب له ، ويتمكن من خلالها الرجوع عن التعاقد ، وعلى هذا الاساس سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الاول منه لدراسة الالتزام بالأعلام ، اما الثاني فسنخصصه لدراسة امهال الطرف المتعاقد فترة للتفكير والتروي .

د. محمد حسن قاسم ، الحماية القانونية لحياة العامل في مواجهة بعض مخاطر التكنولوجيا الحديثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص ١٦٢ وما بعدها.
(١) شيرزاد عزيز سليمان ، يونس عثمان علي ، مصدر سابق، ص ٤٧.

الفرع الأول

الالتزام بالإعلام

إن التطور الملحوظ في الكثير من المجالات الحياة، سواء التطور التكنولوجي و المعلوماتي، أو الصناعي أو التجاري و الاقتصادي تبعه كثير من التعقيدات التقنية و المعرفية حول المنتجات والخدمات المعروضة في السوق، مما استوجب ان يقوم كل طرف بالكشف عما لديه من معلومات تتعلق بالعقد المتفاوض عليه حتى يتسنى للآخر ان يقدم على التعاقد بإرادة سليمة^(١).

نؤكد هنا إن الالتزام بالإعلام ما كان ليرى التجسيد التشريعي له لولا جهود الاجتهاد القضائي، خاصة الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي أسسه على المبادئ العامة للقانون المدني ، كما هو منصوص عليه في المادة(١١٠٤) من تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) ، إذ نجد ان الاساس القانوني للالتزام بالإعلام في القانون المدني الفرنسي بحسب ما جاءت به المادة (١١١٢_١)^(٢) اذ نصت على انه : (يجب على كل من يعرف من الاطراف معلومة لها اهميتها الحاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الاخر ان يعلمه بها متى جهل هذا الاخير بالمعلومة مشروعا او كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه ، على

(١) د. عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية (دراسة مقارنة) ، من دون ذكر مطبعة ٢٠٠٥ ، ص ٧٦.

٢ - art. ٢ - Ordonnance n°٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ - ١١١٢ (٢)

Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de

l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant .

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation .

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties .

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie .

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir .

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner

l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles ١١٣٠ et suivants.

الرغم من ذلك فإن هذا الواجب بالإعلام لا يرد على تقدير قيمة الاداء ، تعد المعلومة ذات اهمية حاسمة ، تلك التي لها صلة مباشرة وضرورية بمضمون العقد ، او صفة الاطراف ويقع على من يدعي ان المعلومة كانت واجبة له اثبات ان الطرف الاخر كان مدينا له بها ، ويقع هذا على الطرف الاخر اثبات تقديمه له ، لا يجوز للأطراف الحد من هذا الواجب او استبعاده فيما عدا مسؤولية المدين بواجب الاعلام فإن الاخلال بهذا الواجب يمكن ان يؤدي الى بطلان العقد وفقا للشروط المنصوص عليها في المواد ١١٣٠ وما بعدها^(١).

ترسيخا لتطور مفهوم الاعلام^(٢)، اكدت المادة (١١١٢ - ٢) من تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) على وجوب حماية سرية المعلومات التي يتم الاطلاع عليها بمناسبة المفاوضات العقدية وفرضت عليها مسؤولية طبقا للقواعد العامة ، ولأجل ايجاد تنظيم قانوني لمرحلة المفاوضات العقدية ، سعت مجمل التشريعات المتطورة ، كتعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ ، وقانون الاستهلاك في فرنسا ، الى تكريس صراحة الالتزام بالإعلام، ضمن نصوص هذه القوانين ، وهذا ما برر تدخل المشرع في العقود^(٣) .

من الجدير بالذكر، ان الالتزام بالإعلام قد تطور مع عيوب الإرادة، وخاصة التغرير، ثم ارتبط بضمان العيوب الخفية ، ثم بالالتزام الواقع على البائع بضمان سلامة المبيع من اضرار تمس المشتري ، ثم اصبح التزاماً مستقلاً بحد ذاته ليشمل البيع وغيره من العقود وان اكتسب أهمية خاصة في هذا العقد ، اذ اصبح ضمانا لحماية المشتري ، بوصفه مستهلكا للسلع والمنتجات^(٤) .

(١) ترجمة د . محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، مصدر سابق ، ص ٣٥.

(٢) ينظر للمزيد بخصوص التطور التاريخي للالتزام بالإعلام : د. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك (دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية)، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٠، وما بعدها.

(٣) د. خالد جمال احمد ، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠، ص ٢١٥ وما بعدها . د. محمد إبراهيم الدسوقي ، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، دار إيهاب للنشر والتوزيع ، أسبوط ، ص ٢١ وما بعدها .

(٤) د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، منشورات كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، ١٩٩٨، ص ١٨٤.

وقد تجلت هذه المرحلة في الوقت الذي كان القانون المدني يركز في جوهره على فرضية المساواة بين الأطراف المتعاقدة دون تمييز في ذلك بين متعاقد محترف وآخر غير محترف ، لذلك فقد سادت فكرة مفادها انه على كل طرف حماية حقوقه الخاصة إزاء معاقدة دون أن ينتظر منه تعاوناً . الأمر الذي استتبعه نشأة ما يعرف بواجب الاستعلام في عقد البيع . ويتمثل هذا الواجب في ضرورة أن يقوم المشتري بالتقصي عن المبيع الذي اعتزم شراؤه وان يتوخى في ذلك تمام الحذر والحيطه واثراً هذا المبدأ على سائر التشريعات التي غاب عن أحكامها نص عام يكرس الالتزام بالإعلام ، إذ تم الاقتصار في الغالب على جملة من النصوص المتفرقة^(١).

هنا افتقر القانون المدني العراقي وكذا المصري كغيرهما من القوانين المدنية العربية إلى نص عام يقر واجب الإعلام ، أو يبين تعريفاً محدداً له . غير أن المشرع العراقي قد وضع أهمية الإعلام من خلال قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ ، إذا اعتمد في موضوع المسؤولية المدنية الناشئة عن الأخلال بالالتزام بالإعلام على القواعد العامة في القانون المدني ، حيث وضع مدى صعوبة اثبات المجهر في الالتزام بالإعلام بالنسبة للمستهلك على اعتباره طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية إذا ما قورن بالمجهر ، ولهذا فقد كرس قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ العراقي بصورة واضحة ومباشرة مسؤولية المجهر التي تتعدى بقوة القانون وهذا ما اشارت إليه المادة (٨) من قانون حماية المستهلك ، حيث نصت على أنه: ((يكون المجهر مسؤولاً مسؤولية كاملة عن حقوق المستهلكين لبضاعته او سلعته أو خدماته ، وتبقى مسؤوليته قائمة طيلة فترة الضمان)).

يستنتج من نصوص قانون حماية المستهلك العراقي الآتي:

١- انه يبين بصورة صريحة على حق المستهلك بالحصول على جميع المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة بحسب المادة (٦) من هذا القانون واي أمر يكون المجهر مسؤولاً ونوع المسؤولية و فترة الضمان التي يلتزم بها.

(١) فدوى قهوجي ، ضمان عيوب المبيع فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ١٨٤ .

٢- كما أن بمجرد وقوع ضرر للمستهلك الناشئ عن التدخل المادي للسلع أو المنتج المبيع ، ودون الحاجة الى اثبات الخطأ الصادر من المجهز ، وإعطائه الحق في ان يدفع عن نفسه هذه المسؤولية بكافة وسائل الأثبات ، كأن يثبت أن الضرر الذي لحق المتضرر ليس هو المتسبب به وإنما هناك سبب اجنبي لا يد له فيه وبناء على ذلك ، فقد جاءت قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١ لسنة ٢٠١٠) لترسيخ هذا التوجه الجديد في الإعلام من ذلك ما ورد في هذا القانون بالتركيز على ايلاء الأهمية للإعلام قبل التعاقد ، وذلك من خلال ما ورد في (المادة السادسة/اولا /ثانيا) من هذا القانون ، والتي قضت بإلزام المجهز والمعلن على الإدلاء والتثبت من كل المعلومات التي تتعلق بمواصفات وتاريخ الإنتاج والانتهااء للسلع والخدمات وغيرها من المعلومات.

وكذا الأمر في قانون حماية المستهلك المصري رقم (١٨١ لسنة ٢٠١٨) فقد نص على الالتزام بالأعلام قبل التعاقد من خلال إلزام المورد بإعلام المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالمواصفات أو بشخصية المورد أو تلك التي تبين طبيعة المنتج وخصائصه ، حيث جاء الباب الثاني متعلقاً ببيان التزامات المورد والمعلن اذ نصت المادة (٣) من قانون حماية المستهلك المصري على انه: ((يلتزم المورد بإعلام المستهلك بجميع البيانات الجوهرية عن المنتجات وعلى الاخص مصدر المنتج وثمانه وصفاته وخصائصه الأساسية ، واي بيانات اخرى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون بحسب طبيعة المنتج)) كما نص في المادة (١٠) على تقديم فاتورة تتضمن تاريخ التعامل وثمان المنتج ومواصفاته وطبيعته ونوعيته وكميته ، وحسنا فعل عنما أضاف الى نهاية المادة (٣) عبارة ((وأية بيانات اخرى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون)) وهنا تعطي مرونة لإضافة اشتراطات اخرى تجدها السلطات المختصة مناسبة لتطوير مفهوم للالتزام بالأعلام^(١) ، كذلك جاء في المادة (٧) من نفس القانون على إلزام المورد اعلان اسعار السلع والخدمات التي يطرحها للتعامل وما يفرض عليها من ضرائب او أي اضافة مالية اخرى بحسب اللائحة التنفيذية للقانون .

(١) استاذنا الدكتور هادي الكعبي واستاذنا الدكتور محمد جعفر هادي ، الالتزام قبل التعاقد بالأعلام ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي ، جامعة بابل، ٢٠١٧، ص٧ وما بعدها.

خلاصة هذه المرحلة في ضوء الاتجاه التقليدي لنظرية العقد ، سمة الحياد التي تميز بها الالتزام بالإعلام ، وتعود هذه السمة إلى فرضية المساواة بين المتعاقدين . وبما أن تلك الفرضية قد أثبتت نسبيتها بمرور الزمن ، فقد انعكس الأمر على التصور التقليدي لمفهوم واجب الإعلام كما كرسته النظرية العامة كاشفا عن نقائصه^(١) .

في صدد التأكيد على وجوب الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، فقد حدد معناه على أنه : (الالتزام بأعلام المتعاقد الآخر بكل ظروف العقد ، ما هو الا وسيلة جديدة تضاف الى الوسائل التقليدية التي تهدف الى حماية الرضا ، حتى لا يقوم العقد على رضا غير حر من جانب احد طرفيه ، فالرضا لا يكون حرا الا إذا استند الى حرية كاملة من المتعاقد في تقدير ظروف التعاقد)^(٢) .

هذا ويمكننا تعريف الالتزام بالإعلام على إنه : (الالتزام الذي يفرض بحسب المبادئ العامة للتعاقد على كل متعاقد بأعلام الآخر بمعلومات ذات أهمية وتأثير في رضاه).

ولما أسس الاجتهاد القضائي الفرنسي الالتزام بالأعلام على أساس مبدأ حسن النية، و من بعده على واجب التعاون بين المتعاقدين، أدى ذلك لمحاولة وضع مجال و معالم هذا الالتزام ، خاصة مسألة تحديد مضمونه، أي تحديد العناصر التي يتضمنها، و هي كل المعلومات المتعلقة بالعناصر الأساسية للعقد، أي كل المعلومات التي من حق الدائن الحصول عليها قبل إبرام العقد من أجل أن يتخذ قراره على بينة ومعرفة، من أجل ذلك بادر الفقه إلى اقتراح عدة معايير جاءت على فئتين، الاولى اتصفت بانها معايير ضيقة، تهتم بالصفات الجوهرية للشيء، أما المبدأ الآخر، فهو المبدأ أوسع من المعايير السابقة، وتتمثل في كل واقعة التي لها تأثير على رضا و قرار الدائن، بحيث لو علم بها ما كان ليبرم العقد^(٣).

هنا يمكننا القول ان الالتزام بالأعلام يقع في صف الاليات المستحدثة التي كانت فعاليتها متباينة ، بين القواعد العامة و القواعد الخاصة، فالأولى تفتقد

(١) سعد عبد السلام ، الالتزام بالإفصاح في العقود ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص٦٥.

(٢) جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، ص٧٣٣.

(٣) د. عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف ، التوازن المعرفي في العقود المدنية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠١٩، ص٤١.

إلى تكريس صريح لهذا الالتزام، أما الثانية فهي تركز على الحاجة لإيجاد قواعد قانونية متخصصة لتكريس هذا الآلية المهمة في تنوير وحماية رضا المتعاقد، و بالتالي تكريس هذا الالتزام كما هو عليه الحال في تعديل القانون المدني الفرنسي ، وقوانين حماية المستهلك للتشريعات المقارنة .
إذ يقوم هذا التكريس على عاملين أساسيين هما:

١- تطور مادة العقد: فمع التطور التقني وبروز التقنيات الحديثة في البيع ، بدا من الحتمي للالتزام بالإعلام أن يتخلى عن حياده و عموميته ليكتسب بعدا مغايرا يأخذ بعين الاعتبار المتغيرات التي استجدت في المادة العقدية ، وفي عقود الاستهلاك بصورة خاصة ، ولعل ابرز مظاهر التخلي عن الحياد ، التوجه نحو استيعاب اختلال التوازن الذي اعتري العلاقة العقدية بين المستهلك والمحترف والسعي إلى حماية الطرف الأضعف فيها ، ومن ثم إزاحة قاعدة فضول المشتري ، وواجبه في الاستعلام عن المبيع ، ليقوم في جانب المحترف التزام مبدئي بإعلام المتعاقد الآخر^(١) .

٢- أما العامل الثاني الذي يدعو إلى ضرورة تجاوز مفهوم الالتزام بالإعلام بمعناه الضيق ، فيعود لاتصاف الوسائل التي أقرتها القوانين في حماية واجب الإعلام بعدم النجاعة ، فهي عموما وسائل علاجية لا تتدخل إلا عند تنفيذ العقد ، بهدف توقيح جزاء البطلان وأحيانا إلزام المتعاقد المخل بجبر الضرر ، ولذلك فإن القانون المدني لا يحمي المستهلك بقدر ما يتجه إلى تحميل المسؤولية العقدية إزاء المتعاقد المخل^(٢) .

لذلك وبناء على هذه المواقف التشريعية، لابد من تجاوز التوجه الضيق في التعامل مع الالتزام بالإعلام ، بالبحث عن الوسائل الفعالة لضمان احترامه ، من خلال تبني نظام وقائي ، تتدرج في اطاره محاولات الخروج عن اطار الارتكاز على قرينة العلم التي يفترضها المشرع في وصف الباعة المحترفين للقول بان قرينة العلم تلزم البائع المحترف بإعلام المشتري بعيب المبيع أو بفوات الوصف فيه ، ولعل هذه الدعوات كانت وراء تدخل المشرعين لتكريس نظام خاص لإعلام المتعاقد قبل التعاقد ، خاصة في إطار عقود الاستهلاك.

(١) منيرة البيعوي ، التسليم في عقد البيع ، كلية الحقوق ، تونس ، ١٩٩٣ ، ص ٣٦٨.

(٢) محمد الزين ، النظرية العامة للالتزامات ، العقد ، ط ٢ ، مطبعة الوفاء ، تونس ، ١٩٩٧ ، ص ١٤٦.

الفرع الثاني

إمهال الطرف الضعيف فترة للتفكير والتروي بالعقد

أدركت التشريعات الحديثة التي تأخذ بالمفهوم المتطور للعقد، أن الالتزام بالإعلام وحده لا يكفي لمواجهة التفاوت المعرفي ولا يضمن سلامة موافقته لأن حيازته المعلومات الضرورية حول العقد، لا يمنع من التغير به من جانب المحترفين الأقوى منه اقتصادياً ومعرفياً، لأجل ذلك منح المشرع مهلة التفكير للمستهلك، لأن هناك امكانية الموافقة دون تفكير مسبق و مستتير لبناء قرار سليم حول إبرام العقد من عدمه^(١).

فالطرف الضعيف ، شخص قليل او عديم الخبرة والمعرفة كما أشرنا سابقاً بشأن العقد المقدم على إبرامه فهو بحاجة إلى حماية رضاه، لذا تعددت الوسائل التي يمكن من خلالها تحقيق هذه الغاية، ومن مجمل تلك الوسائل هي مهلة التفكير، تتجسد هذه الفكرة في إعطاء الوقت الذي يراه المشرع أو المتعاقدين كفيل باطلاع المتعاقد الضعيف على كافة المعلومات المتعلقة بالعقد، بشكل لا يستطيع الطرف الضعيف ابداء قبوله إلا بعد انتهاء المدة المنصوص عليها في القانون أو المدة المتفق عليها في العقد، فإذا أبدى قبوله قبل انتهاء تلك المدة فأن قبوله لا ينتج أي أثر، فالغرض من هذه المهلة اعطاء الوقت الكافي للطرف الضعيف لكي يستطيع التعرف على كافة التفاصيل المتعلقة بالعقد سواء قام بهذه المهمة بنفسه من خلال الخبرة التي يمتلكها، أو من خلال غيره ممن هم اصحاب الخبرة والاختصاص عن طريق عرض الوثائق والنماذج العقدية عليهم، من هنا تولى جانب من الفقه تحديد المقصود بمهلة التفكير، فقد عرفته الفرنسية (Meriam Regragui) على إنه منح الطرف الضعيف فترة يتمكن من خلالها معرفة مضمون العقد ويقدر آثار التزامه بحيث يكون له الحق في التراجع عن العقد إذا ما اتضح له أن العقد مخالف لإرادته، فالفقيه ترى أن المصلحة من هذا الحق هو تجنب إبرام عقد لا

(١) د. عبد الحميد الديسطي عبد الحميد ، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج (دراسة مقارنة) دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ٢٠٠٩ ، ص ١٩٦ وما بعدها .

تتوفر فيه إرادة صريحة وسليمة، ومن التعاريف التي قيلت بشأن هذه المهلة هي الفترة الممنوحة للطرف الضعيف للتفكير في التزام قبل توقيع العقد ، ومن التعاريف التي قيلت بشأنه هي خيار، ومن أجل ذلك لا يمكن للمتعاقد الاستفادة من الحماية إذا لم يكن لديه الصفة المحددة، والمتعاقد الضعيف يستثنى من الحماية إذا لم يحصل على تلك الصفة كما هو الحال مع استبعاد الفئة المهنية من الحماية المقررة لقانون الاستهلاك^(١).

من خلال تتبع مواقف النصوص التشريعية نجدان القانون المدني العراقي اخذ بها وان لم تكن بصورة صريحة بحسب المادة (٨٤) منه اذ نصت على انه :((إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى ان ينقضي هذا الميعاد)) بينما نجد أن المشرع الفرنسي بتعديله لعام (٢٠١٦) قد حدد مفهوم معين لأعمال آلية مهلة التفكير بصورة صريحة ، اذ جاء في المادة (١١٢٢) منه^(٢) على إنه : (يجوز ان ينص القانون او العقد على مهلة للتفكير ، وهي مهلة لا يجوز لمن وجه اليه الايجاب التعبير عن قبوله قبل انقضائها ، او على مهلة للعدول ، وهي المهلة التي يمكن لمن تقررت لصالحه الرجوع عن رضائه قبل انقضائها)^(٣)، و منه بعض العقود، كما أحاط القانون هذه المهلة ببعض الضمانات التي تقع على الطرف القوي في العقد، أي من واجب هذا الطرف الالتزام بها لصالح الطرف الاخر .

وكرس تعديل القانون المدني الفرنسي مهلة للتفكير قبل إبرام العقد باعتبارها من النظام العام^(٤)، وحسنا فعل ذلك في عدم امكانية الاتفاق على خلافها، وبذلك يمكن اعتبارها واحدة من الاليات التي يمكن من خلالها تطوير نظرية العقد ، باستحداث الية جديدة تتيح الرجوع عن العقد .

(١) هبة مهدي عدنان الفحام و عمار كريم الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص ٥٢.

(٢) ٢ art. - ٢٠١٦ - ١٠ février du ١٠١٦ - ١١٢٢ Ordonnance n°

La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement.

(٣) ترجمة د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٤٠.

(٤) D. Ferrier, Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D. ١٩٨٠. n°٩.

وإن الضمان الآخر بالنسبة للمتعاقد الذي شرعت له مهلة التفكير، يتمثل في إلزام المتعاقد معه بالبقاء على عرضه أو إيجابه لمدة معينة بحسب احكام الایجاب الملزم ، و يتمهل فيها المتعاقد في اتخاذ قراره، و منه تفويت الفرصة على الطرف القوي لكي لا يؤثر على ارادة المتعاقد الضعيف في اتخاذ قراره بإبرام العقد دون تأني، و دراية بما هو مقدم عليه من تصرف قانوني.

إن ما يميز هذه الآلية عن بقية التقنيات أو الآليات القانونية الأخرى التي تصبوا إلى تنويع وتحسين رضا المتعاقد الضعيف، خاصة الالتزام بالإعلام، هو أن المشرع عودنا دوماً على فرض هذه الآليات على المتعاقد القوي ، بمعنى أن هناك دوماً التزام على المتعاقد القوي، سواء الالتزام بالإعلام في القواعد الخاصة، أو كما هو معلوم في النظرية العامة للعقد، من خلال عيوب الرضا، حينما يكون الطرف القوي إن صح التعبير محل إجبار من القانون، العكس من ذلك، فمهلة التفكير خرجت عن القواعد المألوفة، بحيث جعلها المشرع تقنية في يد المتعاقد الذي شرعت له من أجل المساهمة في تحسين رضائه، و هذا مما لم يكن موجوداً سابقاً، أي منحه الحق في توجيه إرادته دون غيره^(١).

وحرص المشرع الفرنسي في بعض الأحوال أن تكون هناك مهلة إجبارية في حق المتعاقد الموجه إليه العرض قبل إبداء قبوله بالعرض المقدم، ويمنع عليه القبول قبل انقضاء المهلة المحددة، كما جاء أيضاً في إطار القرض العقاري، في القانون الصادر في تموز ١٩٧٩ في المادة (١٣) منه بالزام مقدم القرض بالبقاء على شروط عرضه خلال مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً من تاريخ إرساله للمقترض^(٢).

كما إن مهلة التفكير، محاطة ببعض الضمانات، لكي تؤدي وظيفتها، في حماية رضا المتعاقد الذي شرعت له، وما أكثرها في صفة المستهلك، لأجل الحماية من الضغوط و الدعايات التي من شأنها أن تؤثر في اتخاذ القرار المناسب، ومن هنا يمكن للمقترض في الائتمان العقاري، أن لا يعبر عن قبوله للعرض، على الأقل في عشرة أيام، و على الأكثر ثلاثون يوماً، من أجل

(١) N. Rzepecki, op.cit, n°٩٩٠, p٩٦.

(٢) د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، المصادر ، المجلد الأول ، مصدر سابق ، ص ٢٨٢.

التفكير قبل إبرام العقد، و من جهة أخرى، تعد مهلة التفكير، من القواعد الامرة، أي من النظام العام^(١)، ومن أجل ذلك فلا يمكن للمقترض التنازل عنها كلياً أو جزئياً.

من أجل إثراء النظرية العامة للعقد بأسلوب فعال لحماية وتنوير رضا المتعاقد، لابد من الاستفادة من هذه التقنية، والاكثر من ذلك التنويع من وسائل تنوير الرضا بين إلزام المتعاقد القوي، ومساهمة المتعاقد الضعيف، من أجل أن تحقق التكاملية مع بعض الاليات ومنح الفرصة للمتعاقد الضعيف لكي يوجه رضاه بنفسه، لكون عدم تكريس مهلة التفكير يعني فقدان لعنصر التكامل في تحسين الرضا.

تأكيداً لأهمية هذه الاليات التي عرضنا لها فيما تقدم في حماية الرضا التعاقدي والمنصوص عليها في القانون المدني العراقي و المصري ، و صلب تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، نجد فعاليتها في سبيل تطوير نظرية العقد.

(١) D. Ferrier, op.cit., n°٢٩.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

تطور نظرية العقد باعتبار المضمون ركن من اركان العقد

شهد القانون المدني الفرنسي بتعديله لسنة ٢٠١٦، تعديلاً في أركان العقد بإقرار ركن جديد ، هو مضمون العقد فقبل التعديل كانت الاركان اربعة هي : الرضا ، الاهلية ، الموضوع ، والسبب ، وسماها شروط صحة العقد ، لكن الفقهاء اطلق عليها تسمية اركان العقد والقانون المدني الفرنسي قبل التعديل لم يشر في مواده إلى تعريف محدد للرضا ولا لأشكاله، إنما عالجه من المواد (١١٠٩ إلى ١١١٨) حيث تناول العيوب التي يمكن أن تطاله.

بحسب الموقف التقليدي ، يسيطر مبدأ الرضائية في العقود، و الاستثناء على هذا المبدأ لا يتم العقد إلا بموجب نص قانوني، او قيد نص عليه القانون، وهنا لا بد من الإشارة الى ان الرضا يتكون من عنصرين، الأول هو العرض المقدم من قبل العارض الى المعروض عليه ، والعنصر الثاني هو قبول هذا الأخير لهذا العرض ، وتختلف ركن الرضا في القانون المدني الفرنسي يجعل من العقد باطلاً، والبطلان في هذه الحالة هو نسبي^(١)، لأن هذا الركن معني بحماية مصلحة الشخص المعاب رضاه وليس المصلحة العامة^(٢).

الركن الثاني يتمثل بالأهلية، وهذا الركن كان موضعاً للخلاف على المستوى التشريعي ، فالقانون المدني الفرنسي قبل التعديل اعتبر أن الأهلية هي ركن من أركان العقد، أما القانون المدني العراقي والمصري وفريق آخر قد اعتبره شرط من شروط صحة الرضى.

لهذا السبب هناك قوانين مدنية كرست الأهلية في موادها على أنها ركن من أركان العقد كالقانون الفرنسي، وقوانين لم تعتبره كذلك كالقانون العراقي والمصري، ولبيان ذلك سنقسم هذا الفصل على ثلاث مباحث نتناول في المبحث الاول دراسة مفهوم مضمون العقد ، والثاني لدراسة المحل والسبب في ضوء الاتجاهات القانونية ، اما المبحث الثالث فسنخصصه لدراسة توسع التدخل في مضمون العقد.

(١) د . هدى عبدالله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر، منشورات الحلبي، الطبعة الاولى، ٢٠٢٠ ص ٩٦-٩٧.

(٢) Beudant et Lerebours pigeonière, cours de droit Civil français Tome III, par Breton, no ١٧٨٣.

المبحث الاول

مفهوم مضمون العقد

يتحدد مضمون العقد بما ينشأ عن العقد من شروط أو يسري عليه من احكام القانون ، مضافاً إليها ما يعتبر من مستلزماته وفقاً للمعايير التي وضعها المشرع العراقي والمصري من جهة والمشرع الفرنسي من جهة اخرى ، إذ ان إن مصطلح مضمون العقد يعني في جوهره العناصر التي يتشكل منها العقد في محتواه ، وهي تمثل في حقيقتها نزعتين ، احدهما شخصية والاخرى موضوعية ، فالنزعة الشخصية مناطها ارادة المتعاقدين ، والنزعة الموضوعية مناطها إرادة مختلفة سواء كانت ارادة المشرع ام ارادة القضاء ، فيأتي المشرع او القاضي ليحدد مضمون العقد بحسب طبيعته او مستلزماته^(١) ، ويسمى ذلك عند البعض ((تكميل العقد))^(٢) او ((اكمال العقد)) ، ففكرة المضمون من الأفكار المستحدثة المنصوص عليها صراحة في القانون المدني الفرنسي، من خلال اقراره كركن من اركان العقد ، إلا أنها ليست من نتاج هذا القانون، فقد كانت هنالك مواقف فقهية وقوانين دول أخرى سباقة في تكريسه ، وبهذا ترك المجال أمام الفقهاء لتقريب مفهومه للأذهان، وقد اعتبر انه يمثل الالتزامات ، الصلاحيات ، والمسؤوليات ولا يقتصر مضمون العقد على انشاء التزامات إنما تعديل، إحالة ، أو إنهاء العقد.

عليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في المطلب الاول دراسة معنى مضمون العقد ، اما الثاني فسنخصصه لتحديد شروط مضمون العقد.

المطلب الأول

معنى مضمون العقد

ان مسألة تحديد مضمون العقد تعتبر غاية في الاهمية، مع ذلك هي ليست بالمهمة اليسيرة، ذلك ان الفكرة يحوطها غموض كبير^(٣)، بحسب المواقف الفقهية ، ولكن بالرجوع لموقف الشريعة الاسلامية نجد ان الفقه

(١) د. علي فيصل علي الصديقي ، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ٢٠١٩، ص٢٩، ٣٥.

(٢) استاذنا الدكتور سلام عبد الزهرة الفتلاوي، إكمال العقد(دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ط١، ٢٠١٢، ص ١٠ وما بعدها.

(٣) بيار كتالا، المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي، ص٥٤.

الاسلامي باعتباره المصدر الاساس لفكرة مقتضى العقد التي استمدتها المشرع العراقي^(١) عن هذا الفقه ، قد اهتم بهذه الفكرة واضفى عليها عدة معاني: الاول بان المقتضى هو : ما يفيض الاثر أي مرتبه فالأثر يفاض منه ويترتب عليه مع اجتماع الشرائط وعدم وجود الموانع^(٢) .

فمضمون العقد بمعناه المصدري في عقد البيع مثلا يعني تمليك العين مقابل عوض مالي، فمضمون البيع ينطوي على تمليك العين، و دفع الثمن وتسليم المبيع^(٣)، ومنهم من ربط مقتضى العقد بشروطه فاذا كان الشرط منافيا لمقتضى العقد، كاشتراط عدم التملك في عقد البيع وقع الشرط باطلا فضلا عن بطلان البيع والثاني يعني انه المقصود من العقد او ما يرمى اليه ويسعى الى تحقيقه من غايات^(٤)، فالمقصود من المضاربة الربح، كما ان المقصود من البيع التمليك^(٥)، والمعنى الثالث يتمثل بالأحكام والاثار المترتبة على العقد، والمعنى الرابع يتمثل بالأثر الذي يسعى المتعاقدان الى الوصول اليه من وراء ابرام العقد ويتمثل بالالتزامات الجوهرية او الأساسية المترتبة على العقد وهي تقترب من مفهوم حكم العقد^(٦).

على هذا الأساس ، يمكننا القول ان مضمون العقد أقرته الشريعة الإسلامية واخذ به الفقهاء المسلمون قبل القانون المدني الفرنسي بأكثر من الف واربعمئة عام ، ومن هذا يستدل على مدى تطور نظرية العقد في الشريعة الإسلامية .

(١) للاطلاع ينظر: استاذنا الدكتور سلام عبد الزهرة الفتلاوي، فكرة مقتضى العقد "دراسة مقارنة بين الفقه والقانون" ، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ماجستير قانون خاص، ٢٠١٣.

(٢) محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية، ج ٣ ، ط ١، مطبعة الهادي، ١٣٧٧هـ ، ٢٦٧.

(٣) شمس الدين سرخسي ، المبسوط، ج ١٣، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩، ص ١٤

(٤) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٨ ، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ٢٠٠٣، ص ٥٤.

(٥) محمد الخرخشي أبو عبدالله علي العدوي، شرح الخرخشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج ٥، ط ٢، المطبعة الكبرى الاميرية ببغداد، مصر ، ١٣١٧ هـ، ص ٨٠.

(٦) د . اكرم محمود حسين البدو، حكم العقد دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، مجلد ١٥، العدد ٢٠١٢، ٥٥، ص ٧.

للتعرف على مضمون العقد ، يستلزم تعقب القوانين والمشروعات التمهيدية لتعديل القانون المدني الفرنسي، وصولاً لتعديله لعام ٢٠١٦، ابتداءً من المشروع التمهيدي لتعديل القانون المدني الفرنسي المعروف بمشروع (بيار كتالا) لسنة ٢٠٠٥^(١)، ومشروع وزارة العدل الفرنسية لعام ٢٠٠٨، وتعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، مع الإشارة الى موقف قانوننا المدني والمصري.

لدراسة هذه المواضيع سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الاول منه دراسة تعريف مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي ، اما الثاني فسنخصصه لدراسة تعريف مضمون العقد في القانون المدني العراقي والمصري.

الفرع الأول

تعريف مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي

ان البحث عن تعريف مضمون العقد يتطلب تعقبه من الناحية التشريعية، وفي هذا الاطار ، حدد مشروع بيار كتالا لسنة ٢٠٠٥ العقد بحسب المادة (١١٠٢) منه على انه: (اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة اشخاص تجاه شخص او اكثر بتنفيذ الاداءات او الالتزامات المترتبة عليه)^(٢). وحددت المادة (١١٠٨) شروط صحة العقد ولم تحدد اركان العقد وهي اربعة: (١) رضا المتعاقدين ٢. الاهلية القانونية للتعاقد ٣. محل التعهد ٤. سبب التعهد^(٣).

ما يمكن ملاحظته على نص المادة (١١٠٨) اعلاه أنها لم تذكر مضمون العقد بوصفه شرطاً لصحة العقد، بل إنها احتفظت بركن السبب بوصفه شرطاً لصحة الاتفاق الا إنه لم يستخدم المصطلحات التقليدية ذاتها التي استخدمها

(١) أول المشاريع التي دعت إلى تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (١٨٠٤) ، هو المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم وتم تقديمه من قبل Pierre Catala وسمي (مشروع كتالا) وتم ايداعه لدى وزير العدل الفرنسي بتاريخ ٢٢/٩/٢٠٠٥.

(٢) Convention par laquelle une personne ou plusieurs personnes s'engagent envers une ou plusieurs personnes à exécuter les prestations ou obligations qui en découlent

(٣) Satisfaction des contractants.

La capacité juridique de contracter.

L'objet de l'engagement.

Le motif de l'engagement

مشروع التعديل لسنة ٢٠١٦، بل استخدم مصطلح سبب التعهد، فضلاً عن أن المشروع أشار وبصورة ضمنية إلى فكرة مضمون العقد ولكن بتسميات مختلفة لها الوظائف ذاتها التي كانت يؤديها السبب^(١)، وذلك وفق ما جاءت به المادة (١١٢٥) والتي تنص على أنه: ((الالتزام يكون غير مبرر لعدم وجود سبب حقيقي عندما يكون منذ البدء المقابل المتفق عليه وهمياً أو تافهاً))^(٢).

وإن عبارة (المقابل المتفق عليه) فيها إشارة ضمنية إلى مضمون العقد فضلاً عن المادة (١١٦٩) من المشروع والتي تنص على: (يعد العقد بعوض باطلاً من وقت إنشائه إذا كان المقابل المتفق عليه وهمياً أو زهيداً)^(٣). ومن النصوص المذكورة آنفاً يمكن الخروج بالنتيجتين الآتيتين:

١. إن المشروع أبقى على المحل والسبب على أنهما شروط لازمة لصحة العقد مع اعترافه ضمناً بمضمون العقد، إشارة منه إلى تبني الفكرتين معاً.
٢. إن المشروع المذكور يسلم بحقيقة وجود علاقة وثيقة بينهما، فهو يبين أنه في الحالة التي يكون فيها المقابل المتفق عليه وهمياً أو تافهاً، فلا نكون بصدد وجود سبب حقيقي، فمتى ما كان المقابل المتفق عليه جدياً وذات قيمة وجد السبب الحقيقي.

أبقى المشروع على محل العقد^(٤)، وعرفه في المادة (١١٢١) من المشروع، والتي تنص على أن (محل العقد هو شيء يتعهد طرف بأن يحول ملكيته أو يتنازل عن ملكيته أو يتنازل عن استعماله أو يلتزم بفعله أو عدم فعله)^(٥)، يمكن أيضاً نقل اليد على شيء دون التنازل عن استعماله، لا سيما على سبيل الوديعة أو الضمانة وأورد المشروع صورة لمحل العقد في المادة (١١٢٧) التي جاء فيها: (يمكن أن يكون مجرد استعمال الشيء أو مجرد

(١) د . محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الأول، منشورات الحلبي، الطبعة الثانية، ٢٠١٨، ص ٦٦.

(٢) L'engagement est injustifié faute de motif réel lorsque la contrepartie convenue est imaginaire ou futile dès le départ

(٣) Le contrat de contrepartie est réputé nul et non avenu dès sa création si la contrepartie convenue est fictive ou ascétique

(٤) د . محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٧٢.

(٥) L'objet d'un contrat est quelque chose qu'une partie s'engage à transférer, abandonner, abandonner ou utiliser, ou s'engage à faire ou à ne pas faire.

حيازته مثل الشيء ذاته محلاً للعقد) أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد، فيشترط أن يكون موجوداً ومحددًا ومشروعاً^(١).

فيما يتعلق بمشروع تعديل قانون العقود وإثبات الالتزامات رقم ١-١٩٩ - يوليو ٢٠٠٨^(٢)، المعروف بمشروع وزارة العدل الفرنسية، الذي عرف العقد في المادة (١١٠١) بأنه : (اتفاق ارادي بين شخصين او اكثر من الاشخاص لترتيب اثار قانونية)^(٣).

وهنا نلاحظ ان للتوافق اثر بارز في تحديد مضمون العقد بصورة جديدة هي المضمون الشكلي للعقد، ومقتضاه حرية المتعاقدين في تحديد شكل العقد، وهذا ما نجده بالرجوع الى نص المادة (١١٠٢) التي جاء فيها: (كل فرد حر في التعاقد او عدم التعاقد لاختيار الطرف الاخر الذي يريد التعاقد معه، وتحديد مضمون وشكل العقد ضمن الحدود التي يحددها القانون)، ويلاحظ على هذه المادة ان هنالك حرية للمتعاقدين في تحديد الشكل القانوني للعقد وهذا ما لا يتضمنه تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦؛ إذ اقتصر فقط على المضمون القانوني، للشكل الذي حدده القانون، وهذا ما يمكن ملاحظته من المادة (١١٧٢) من تعديل عام ٢٠١٦، اذ نصت على أنه: (... تخضع صحة العقود الشكلية لمراعاة الشكليات التي يحددها القانون والتي يؤدي عدم مراعاتها إلى بطلان العقد)^(٤).

ونظم مشروع وزارة العدل الفرنسية فكرة مضمون العقد في المواد (١١٢٧ - ١١٦١) إذ نصت المادة (١١٦١) منه على أن: (العقد لا يحدد عن

(١) بديع بن عباس، مصدر سابق، ص ١٣٣.

(٢) قامت وزارة العدل الفرنسية بإعداد مشروع آخر سمي بمشروع تعديل قانون العقود الفرنسي رقم ١-١٩٩ - ٢٠٠٨.

(٣) ١١٠١ Un accord volontaire entre deux ou plusieurs personnes pour organiser des effets juridiques

٢ - art. ٢٠١٦ - ١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ n°١١٧٢ Ordonnance (٤)

Les contrats sont par principe consensuels .

Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la

loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation .

En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose.

النظام العام لا من حيث مضمونه ولا من حيث غرضه سواء كان معلوماً أو لا من قبل جميع الأطراف^(١).

وتشير النصوص إلى تخلي مشروع وزارة العدل الفرنسية عن ركني المحل والسبب إذ جاءت المادة (١١٢٧) منه بما يأتي: (يعد ضرورياً لصحة العقد : رضا الأطراف - أهليتهما للتعاقد - مضمون مشروع ومؤكد)^(٢).

بينما نجد أن مشرعنا العراقي قد ابقى على كل من المحل والسبب ووضحت أهميتهما في صحة العقد، حيث نصت المادة (١٢٦) من قانوننا المدني على أنه: (لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه...) ، وكذلك المادة (١٣٢) التي أشارت إلى وجوب أن يكون للعقد سبباً مشروعاً وغير ممنوع قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً.

بخصوص المشرع المصري وأن كان يحذوا على خطى المشرع الفرنسي لكننا وجدنا أنه أكد على أهمية ركني المحل والسبب في تكوين العقد ، وذلك في المواد (١٣١) و(١٣٦) ، حيث نصت الأخيرة منه على: (إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً)، وهذا النص يعد دليلاً واضحاً على أن من أركان العقد اللازمة لصحته هو المحل والسبب.

أما بخصوص فكرة مضمون العقد في ضوء تعديل القانون المدني الفرنسي المرقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦، فقد جاء بمبدأ عام هو مبدأ الحرية التعاقدية، على وفق صور ثلاثة صيغت بموجب نص المادة (١١٠٢) منه، والتي تنص على أن: (لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد وفي أن يختار من يتعاقد معه، وأن يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يقرها القانون).

إلا إن مبدأ الحرية التعاقدية مقيد بحدود معينة جاءت بها المادة (١١٦٢) والتي نصت على أنه: (لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه سواء كان هذا الأخير معروفاً من قبل طرفيه أم لا)^(٣).

(١) ١١٦١ Le contrat ne déroge pas à l'ordre public, ni quant à son contenu, ni quant à son objet, qu'il soit connu ou non de toutes les parties.

(٢) بدیع بن عباس، مصدر سابق، ص ١٣٤.

(٣) ١١٦٢ Un contrat ne peut porter atteinte à l'ordre public, ni par ses termes ni par son objet, que celui-ci soit ou non connu des deux parties.

والظاهر من هذا النص ، أن القانون المدني الفرنسي يصور مضمون العقد بشروط العقد وغرضه، ومستلزماته ، وأن مضمون العقد يمثل قيوداً على مبدأ الحرية التعاقدية.

وبالرجوع لنص المادة (١١٢٨) من القانون المدني الفرنسي نجده اعتبر أن مضمون العقد شرطاً من شروط صحته إذ نصت على أنه: (يعد ضرورياً لصحة العقد: ١، رضا الطرفين ٢، أهليتهم للتعاقد ٣، مضمون مشروع ومؤكّد).

الفرع الثاني

تعريف مضمون العقد في القانون المدني العراقي والمصري

بما إن القانون المدني العراقي يأخذ بالنزعة الموضوعية، فالعقد عنده تطابق إرادتين من حيث أثره في المعقود عليه، بينما القانون المدني الفرنسي يأخذ بالنزعة اللاتينية التي يكون بموجبها العقد توافقاً إرادياً بين عاقديه، وهذا يعني أن المشرع الفرنسي يركز على التوافق الإرادي ، بينما القانون المدني العراقي يركز على التطابق الناتج عن هذا التوافق.

فبخصوص موقف المشرع العراقي، قد عرف العقد في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ على أنه: (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)، وهنا مشرعنا قد أكد الأثر المترتب على الارتباط بين العاقدین والحرية المطلقة لأطرافه من خلال ثبات الأثر في المعقود عليه.

في حين القانون المصري محل المقارنة نجده لم يعرف العقد وإنما أشار إلى كيفية تمام العقد وذلك في المادة (٨٩) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أنه: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)، ويستنتج من هذا النص أنه يشترط أن يكون الانعقاد بين الإرادتين وفق ما يقرره القانون أي غير مخالف له .

بالرجوع إلى موقف القانون المدني العراقي من تحديد مضمون العقد ، فإننا لم نجده قد تطرق إلى مسألة إيجاد تنظيم قانوني خاص بمضمون العقد بالتفصيل على خلاف ما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ ، إذ نجد أن مشرعنا العراقي تطرق للأحكام القانونية المتعلقة بمضمون العقد في نصوص متفرقة كما هو الحال في صلاحية القاضي في تحديد

أركان العقد وما يعد من مستلزماته ، وكيفية دفع الثمن والنفقات المترتبة عليه، فضلاً على ذلك أخذ القانون المدني العراقي بفكرة مضمون العقد بحسب المادة (١٥٠) منه التي نصت على أنه: (١. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٢. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)، والتي تقابلها المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري.

ويمكن للقاضي أن يحدد مضمون العقد طبقاً للمادة (٨٦) من القانون المدني العراقي عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية في العقد بالرجوع لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، وتتطابق هذه المادة مع المادة (٩٥) من القانون المدني المصري.

فضلاً على ما جاءت به المادة (٨٩٢) القانون المدني العراقي ما يؤكد مضمون العقد إذ تنص على أنه: (ملتزم المرافق العامة ملزماً بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته وللشروط الذي تقتضيها طبيعة العمل و يقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين).

والظاهر من نصوص القانون المدني العراقي والمصري ، قد حددا مفهومه الصريح أو الضمني بما يرد فيه من التزامات أو حقوق صريحة أو ضمنية بالاستناد إلى ما يقرره الاتفاق ، أو تقرره نصوص القوانين أو العرف السائد أو مانقضيها العدالة بحسب طبيعة الالتزام.

هنا يتمثل مضمون العقد بجوهره وغايته، وهو من أهم أجزاء العقد لكونه يحدد الأساس القانوني لعملية التعاقد وحقوق و التزام الأطراف، ومسألة الوقوف على ماهيته من صميم عمل القاضي، بالاستناد إلى إرادة الطرفين في حدود اعتبارات النظام العام ، ويحدده البعض على أنه نشاط يمثل محاولة منه لرسم صورة كاملة لتلك الحقوق و الالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين معاً، كما تفرضها طبيعة التعاقد.

أما بالأخذ بالمفهوم المتطور لمضمون العقد لا بد أن يشمل العقد على ما تضيفه القواعد القانونية من التزامات لتحديد مستلزماته قانوناً أو عرفاً أو عدالة بمقتضى طبيعة العقد وعليه يمكن تعريف مضمون العقد على

أنه: (مجموعة الحقوق والالتزامات المتفق عليها أو التي يستتبطها القاضي لكل متعاقد وفقاً للقانون أو العرف أو العدالة بحسب طبيعة الالتزام).

المطلب الثاني

شروط مضمون العقد

يمكن التعرف على موقف القانون المدني العراقي والمصري ، بخصوص شروط مضمون العقد بالرجوع للمادتين (١٣١/١٥٠) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري ، إذ نصت المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على أنه: (١ - يجوز ان يقتصر العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلأئمه أو يكون جارياً به العرف والعادة. ٢ - كما يجوز ان يقتصر بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً)، أما المادة (١٥٠) فقد نصت على أنه: (١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)،

يستنتج من نص المادتين أعلاه الآتي:

- ١- أنها تحدد شروط العقد وفق مقتضيات مصلحة أطرافه بما يتوافق مع المصلحة العامة وما جرى التعامل عليه وفق العرف والعادة، وهذا يمنح القاضي السلطة في تعديل الشروط أو إلغاءها.
- ٢- التأكيد على عدم وجود ما يمنع تضمين العقد شرط فيه نفع لأحد العاقدين إذا لم يخالف هذا الشرط النظام العام والأداب أو يمنعه القانون،
- ٣- يمكن ان يلغى الشرط بواسطة السلطة التقديرية للقاضي، ويبقى العقد صحيحاً.
- ٤- إعادة التأكيد على المبدأ العام الذي يشتمل عليه العقد وهو مبدأ حسن النية في التعامل.

وبخصوص تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ أن مضمون العقد بمعناها القانوني ، يتحدد وفقاً للمادة (١١٦٢)^(١) منه، لتؤكد مشروعية

(١) تنص المادة (١١٦٢) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ على أنه : (لا يجوز أن ينتقص العقد من النظام العام لا بنصوصه أو لغرضه سواء كان هذا الأخير معروفاً أو ليس من قبل جميع الأطراف).

مضمون العقد من خلال عدم مخالفة النظام العام، فقط اعتبرت هذه المادة أنه لا يجوز للعقد مخالفة النظام العام لا بشروطه أو بأهدافه سواء أكان هذا الأخير معلوماً من قبل الأطراف أم لا.

وكانت هذه المادة موضعاً للنقاش إذ أنها تعرضت لإنتقادين، الأول يطال حقيقة إغفال المشرع الفرنسي لذكر الآداب العامة ، في حين أنه في القانون المدني لعام ١٨٠٤ كان ذكرها متلاًزماً مع النظام العام، أما الثاني طال ما جاء به المشرع بذكره مصطلح (هدف العقد)، المذكور في هذه المادة، فهل تمثل مشروعية الهدف من العقد مشروعية السبب الشخصي أي سبب العقد الدافع إلى التعاقد ، أم سبب الالتزام.

ولدراسة كل ما تقدم ذكره ولأن من المسلم به في نظرية العقد ان تختلف شروط مضمونه تبعاً لاختلاف مفهومه، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتحدث في الفرع الأول عن شروط مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، أما الفرع الثاني سنتطرق لدراسة شروط مضمون العقد في القانون المدني العراقي والمصري.

الفرع الأول

شروط مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي

أستلزم القانون المدني الفرنسي وصفان في مضمون العقد الاول أن يكون مشروعاً والثاني أن يكون جدياً.

أولاً: مشروعية مضمون العقد:

يقصد بمشروعية مضمون العقد، عدم مخالفة العقد للنظام العام والآداب العامة، إذ اعتبر فريق من الفقهاء أن امتناع التعديل عن ذكر الشروط جاء ليكرس أن التعارض مع الآداب العامة لم يعد يشكل سبباً لإبطال العقد ما لم يكن ذلك جزءاً من النظام العام^(١).

هنا يمكننا القول ، ان بالرغم من عدم الإشارة الى الآداب العامة إلا أنه يجب الاستمرار بالتقييد بها لأن الآداب العامة التي تدين بها امة تحظى بالقبول

Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

(١) جان سمتس وكارولان كالوم ترجمة أ. د نبيل مهدي زوين، مصدر سابق، ص ١١٧.

من قبل المجتمع في فترة زمنية معينة، فهي كالنظام العام تتغير وتتطور عبر الزمن.

وبخصوص الهدف من العقد فهو السبب الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد، والمشرع الفرنسي سعى بالتعديل للتقرب من القوانين الأوروبية عبر إلغائه اصطلاحاً السبب في حين أنه أبقى عليه ضمناً وقد استبدل التعديل البطلان لعدم مشروعية سبب العقد بالبطلان لعدم توافق هدف العقد مع النظام العام.

وبهذا فإن شروط العقد والهدف منه ، يجب ان تتوافق مع النظام العام لتحقيق التوازن بين مصالح الطرفين ، وفي سبيل ذلك يسيطر المشرع على مضمون العقد بطريقتين : الاولى مباشرة من خلال السيطرة على شروط العقد ، او بطريقة غير مباشرة، من خلال تمكين تعديل الشروط التعسفية او الغائها من اجل تحقيق المنفعة التي من اجلها تم التعاقد لتحقيق العدالة العقدية ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ ، فضلا عن ما جاءت به المادة (١١٦٢) منه لتؤكد على مشروعية المضمون ويترتب على الاخلال بالمشروعية، بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، والمتعلقة بمشروعية الشرط الوارد في العقد.

وبالجمع بين المواد السابق ذكرها المتعلقة بمضمون العقد، وما جاءت به المادة (١١٦٩)^(١) التي تطل مرحلة إبرام عقد المعاوضة لتعتبر أن العقد يكون باطلاً إذا كان المقابل المتفق عليه لصالح الطرف الآخر وهمي أو تافه. بحيث يظهر لنا أن بطلان العقد لافتقار سبب الالتزام قد تم الاستعاضة به بالبطلان إذا كان المقابل عليه لصالح الطرف الآخر وهمي أو تافه، ولقد تناولت موضوع الالتزام المواد (١١٦٣) حتى (١١٦٧) لتكون بذلك قد حلت محل المواد (١١٢٦ حتى ١١٣٠) من قانون ١٨٠٤^(٢).

(١) نصت المادة (١١٦٩) من القانون المدني الفرنسي على أنه : ((يعد عقد المعاوضة باطلاً ، من وقت إنشائه ،إذا كان المقابل المتفق عليه لصالح الطرف الملتزم به وهمياً او زهيداً))

٢ art. ٢٠١٦- du ١٠février ١١٦٩Ordonnance n° ١٣١-٢٠١٦

Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de Celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.

(٢) سميرة زوية، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦، ص ١٤٥.

ثانياً / أن يكون مضمون العقد مؤكداً:

بالرجوع للمادة (١١٦٣) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، نجدها تشترط في المضمون أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين عندما يتم إدراجه في العقد، أو بالرجوع إلى الأعراف أو العلاقات السابقة القائمة بين الأطراف دون الحاجة إلى اتفاق جديد. وقد أمتنعت هذه المادة عن وضع تعريف محدد للأداء، ونلاحظ أن مصطلح الأداء هو مصطلح جديد في التعديل، في حين أنه في القانون السابق كان يعتمد مصطلح الشيء.

ولعل الأسباب التي دفعت لهذا التغيير هو إنهاء التمييز بين الالتزام والأداء، فالالتزام بالقيام أو الامتناع عن عمل، هو يمثل الاداء ، وبذلك لم يعد ضرورياً الرجوع إليها فمصطلح الأداء يشملها جميعها، كذلك للتخفيف من حدية مصطلح الشيء، فمصطلح الشيء لناحية معناه لا يشمل الا وجوب القيام بعمل.

وبخصوص الثمن، نجد أنه بموجب تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، بحسب المادة (١١٦٧)^(١)، لتعتبر أنه في حال لم يتم تحديد الثمن في العقد أو تم إحالته إلى معيار أو أساس غير موجودة أو لم يعد موجوداً أو متاحاً فيستبدل بالأقرب إليه ، وفي حال عدم توافر أي معيار لا يتم ابطال العقد، إنما يتم اللجوء الى المعيار الأكثر قرئاً من ذلك المعيار المفنقد^(٢)، بالتالي أخذت على عاتقها مشكلة تحديد الثمن^(٣).

ولابد من الإشارة هنا ، إلا أنه يمكن الخروج عن اشتراط وجوب تعيين الأداء باتفاق الاطراف بموجب القواعد العامة، بتحديد الثمن بالارادة المنفردة ، اذ اتاحت المادتين (١١٦٤ - ١١٦٥) إمكانية هذا التحديد، بأعتبره مبدأً جديد جاء به التعديل ليطال عقود الإطار وعقود الخدمات، مما يسهم في تطور نظرية العقد .

^(١) « Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus. »

نقلاً عن: ربيع شندب، سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي في عقود الإستهلاك في القانون اللبناني والمصري

والفرنسي ، مجلة العدل رقم ٤، ٢٠١٤، ص ٢٢١.

(٢) محمد عرفان الخطيب، مصدر سابق، ص ٣٧٩.

(٣) حسين عبدالله عبد الرضا الكلابي ، مصدر سابق، ص ٦٧٧.

والمقصود بعقود الاطار هي " تلك التي ترتبط بالعقود التطبيقية ولا ترتبط بسلعة أو خدمة، وتتميز خلال فترة طويلة من الزمن بعدم تضمنها آلية لتحديد الثمن عند إبرام العقد، إنما يحدد عند التسليم لتوقفه على عوامل مستقبلية عديدة مثل زيادة الأجور أو تقلبات في أسعار المواد الأولية^(١).

إن المواد التي ارتبطت بالثمن في عقود البيع جاءت نتيجة تأثر القانون الفرنسي بالقانون الروماني، إلا أنها لم تقتصر على عقد البيع، ففي بعض الأحكام طبقت على عقود الإطوار، التي اقرت في تعديل القانون المدني الفرنسي عام ٢٠١٦، فيما سبق إذ صدر عن محكمة النقض الفرنسية ما يؤكد صحة هذه العقود رغم عدم تضمنها الثمن أو حتى عدم الإشارة إلى طريقة لتحديد، فعلى سبيل المثال صدر عن محكمة النقض الفرنسية قرارات تظهر اعتماد المادتين (١٩٥١ - ١٩٥٢) على جميع العقود بما فيها عقود الاطار، نذكر على سبيل المثال قرار في ٢٧ نيسان ١٩٧١ صدر عن محكمة النقض الفرنسية أن تطبق المادتين المذكورتين أعلاه على عقود الإطوار، كذلك قرار صدر في ٥ تشرين الثاني ١٩٧١ حول الخلافات التي تطرأ على عقود البترول ، إلا أنها تعرضت للانتقاد باعتبار أن هذه المادة لا تطبق على هذا النوع من العقود لا اعتبار أنها تتجاهل الاعتبارات العملية والاقتصادية لهذه العقود^(٢).

ويمكن في حالة التعسف في تحديد الثمن في عقد الاطار اللجوء الى المحكمة للمطالبة بالتعويض ، او فسخ العقد عند الاقتضاء ، بخلاف ما هو

(١) نصت المادة (١١٦٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ على أنه : ((يجوز الاتفاق في عقود الإطوار، على أن ينفرد احد الاطراف بتحديد الثمن ، ويقع على عاتقه اثبات القيمة في حالة وقوع نزاع . وعند تحقق الاستغلال في تحديد الثمن ، يجوز رفع دعوى أمام القاضي بقصد الحصول على تعويض وفسخ العقد عند الاقتضاء)).

٢- art. ٢٠١٦- ١٠février ٢٠١٦- ١٣١-Ordonnance n ١١٦٤

Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge

pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation .

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages

et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

(٢) L. VOGEL, Plaidoyer pour un rivelement: contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, D. ١٩٩٥ chron. P. ١٥٥ et s.

. نقلاً عن: د . محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

عليه الحال في عقود الخدمات التي لم تعطي الخيار للمدين سوى المطالبة بالتعويض^(١).

بالنتيجة يمكننا القول ، ان مشروعية المضمون تتحقق بشرطين: أولهما عدم مخالفة المضمون للنظام العام ، وثانيهما أن يكون المضمون مؤكداً.

الفرع الثاني

شروط مضمون العقد في القانون المدني العراقي والمصري

لتحديد شروط مضمون العقد وفقاً لموقف القانون المدني العراقي والمصري لابد من الرجوع للمادتين (١٣١)، (١٥٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري.

أولاً/ شروط مضمون العقد وفقاً للمادة (١٣١) من القانون المدني العراقي:

حدد المشرع العراقي شروط مضمون العقد وفقاً للمادة أعلاه إذ نصت على إنه: (١. يجوز أن يقتصر العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة ٢. كما يجوز أن يقتصر بشرط فيه نفع احد لآخر العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة وإلا لغى الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً). ويرى جانب من الفقه العراقي بأن الفقرة الاولى من المادة اعلاه مستتبطة من الفقه الاسلامي^(٢) أما الفقرة الثانية فهي مستوحاة من الفقه الغربي، واستناداً على ذلك تكون شروط مضمون العقد على النحو الآتي:

(١) نصت المادة (١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ على أنه : ((يجوز للدائن أن يحدد الثمن ، في عقود تقديم الخدمة ، عند عدم وجود اتفاق بين الأطراف قبل تنفيذها ، ويقع على عاتقه اثبات القيمة عند وقوع نزاع . عند تحقق استغلال في تحديد الثمن ، يجوز رفع دعوى أمام القاضي للحصول على تعويضات)) .

١١٦٥LOI n ٢٨٧-٢٠١٨°du ٢٠avril ٢٠١٨- art. ٧

Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation . En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق، ص٤١٥ .

١. أن يكون مؤكداً لمقتضى العقد

المقصود هنا الشروط المقترنة بالعقد أو الشروط التقييدية دون التعليقية وهي على ثلاثة أنواع:

أ. شرط معتبر، يجب الوفاء به مع العقد.

ب. شرط لغو، فيصح العقد به ويلغو الشرط وحده.

ج. شرط مبطل للعقد، فيبطل هو والعقد معاً.

أختلف الفقه الإسلامي بشأن هذه الشروط، فذهب بعضهم إلى أن الأصل الشروط العقدية التقييد أو المنع، متمسكاً بنظرية مقتضى العقد، وذهب آخرون إلى أن الأصل هو الإطلاق أو الإباحة وهذا ما أخذ به قانوننا المدني^(١). فمثال الشرط المؤكد لمقتضى العقد أن يشترط البائع دفع الثمن نقداً أو أن يشترط المشتري تسلم المبيع فوراً، ومثال الشرط الملائم لمقتضى العقد أن يبيع بثمن مؤجل ويشترط على المشتري أن يعطيه كفيلاً أو رهناً بالثمن أو الشرط الذي جاء به نص القانون كاشتراط خيار الشرط أو الشرط الذي جرى به العرف والعادة كان يشترط المشتري على البائع توصيل المبيع إلى محل المشتري أو القيام بصيانة الآلة أو السيارة خلال مدة معينة، و الشرط اللغو هو ما جاء مخالف للنظام العام أو الآداب العامة على أن لا يكون الشرط هو الدافع إلى التعاقد، مثل أن يهب شخص لآخر مالاً على شرط أن يصرف جزءاً منه في القمار فالهبة صحيحة في هذه الحالة والشرط لغو، أما الشرط المبطل للعقد هو ما جاء مخالفاً للنظام العام والآداب العامة وكان هو السبب الدافع للتعاقد، مثل أن يتبرع شخص لامرأة بمال على شرط أن تعاشره معاشرة غير مشروعة أو تستمر معه فإن هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل هو والعقد معاً. والذي يهمننا في هذا الخصوص هو الشرط الصحيح المعتبر^(٢).

٢. أن يكون مشروعاً:

المقصود هنا أن لا يخالف مقتضى العقد النظام العام والآداب العامة وقد نص المشرع العراقي صراحة على جواز إدراج الشروط المقترنة بالعقد لكنه

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية بغداد، بدون ذكر سنة طبع، ص ٢١٢.

(٢) نصت المادة (٥٠٩) من القانون المدني العراقي على أنه: (يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة، ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما معاً أو لأجنبي).

قيدها بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة^(١)، فإذا كان الشرط مخالفاً يبطل وحده إذا لم يكن هو الدافع إلى التعاقد ويبقى العقد صحيحاً إذا كان الشرط المخالف هو الدافع للتعاقد فيبطل هو والعقد، وفي سياق متصل نجد أن الفقرة الثانية من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي قد أتاحت أن يقرن العقد بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير مالم يكن مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان يبيع شخص داره ويشترط السكنى فيه لمدة معينة لنفسه أو لغيره.

من هذا يمكننا القول، أن القانون المدني العراقي قد نهج نهجاً متطوراً عندما أباح الشروط المقترنة بالعقد بصورة عامة مع تقييدها بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة بإجازته تضمين العقود شروطاً مستتبطة من العرف أو جاري بها العادة أو الشرط الذي يلائم مقتضى العقد.

ثانياً: شروط مضمون العقد وفقاً لنص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري :

يشترط في العقد أن ينفذ وفقاً لما أُنفق عليه وذلك لأنه إرادتان متطابقتان مع مضمون العقد، ومحل قابل لحكمه، وسبب مشروع^(٢)، فإذا توافرت جميع أركانه أصبح لازم التنفيذ بالاستناد لتلك الإرادتين المتطابقتين وما ينتج عنها من ضرورة الوفاء بالعقد، أي تنفيذ ما جرى التعاقد عليه وفقاً لما اشتمل عليه المضمون وما تضمنه من التزامات^(٣).

لذا يجب على القاضي التقيد بالمضمون الذي اتفق عليه الأطراف وحثهم على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية في حدود العقد وهذا يعد تكريساً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، الأمر الآخر يرتبط بمبدأ الأمان التعاقدي الذي يجب أن يطمئن المتعاقدان على أن العقد ينفذ بوصفه عمل قانوني ينظم العلاقة

(١) ينظر الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي.

(٢) استاذنا الدكتور ضمير حسين المعموري، نبيل مهدي زوين، فكرة الأثر الأقوى للعقد، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة، ع٧، مجلد ١، ٢٠٠٨، ص ٢٦٧.

(٣) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٤٥.

التعاقدية، من دون أي تغيير في مضمون العقد، ولا يمكن اجبار الدائن على قبول غير ما أُنقِص عليه في العقد^(١).

بالإضافة إلى ذلك يجب أن ينفذ العقد وفقاً لمبدأ حسن النية الذي أصبح واجباً حتى في مرحلة المفاوضات^(٢) العقدية وفقاً لتطور نظرية العقد الأمر الذي أدى إلى انحسار مبدأ حرية التعاقد وانضاج فكرة التعاقد بحسن نية بما يحقق العدالة العقدية^(٣).

لابد من الإشارة إلى أن تنفيذ العقد، يقتضي كذلك إلى البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين طبقاً لما يشتمل عليه من توابع ومستلزمات تحدد مضمونه وفقاً للقانون أو العرف أو العدالة بحسب طبيعة الالتزام هذا ما يمنح سلطة للقاضي في التدخل بمضمون العقد وبالتالي الحد من الحرية التعاقدية بما يتلائم مع مفاهيم تطور نظرية العقد.

المبحث الثاني

المحل والسبب في ضوء الاتجاهات القانونية

بإقرار مضمون العقد ، تراجع وتطوّر وظيفة السبب في النظرية العامة للعقد نتيجة تداخله مع المحل ، هذا المسلك الذي تبناه المشرع الفرنسي ، يجب أن يكون محل إطرء فالسبب في قوانين الشريعة اللاتينية بقي ثابتاً لفترة طويلة بحيث يقتصر تبرير وجوده اليوم على الجانب التاريخي فقط^(٤). وبالرغم من ذلك لا زال العقد يحتوي على محل قابل لحكمه موجود أو قابل للوجود وقت التنفيذ .

وهذا خلاف ما هو عليه الحال في ظل موقف القانون المدني العراقي ، فقد تمسك بالمحل والسبب كلا مستقل عن الآخر، باعتبارهما ركنين مستقلين من اركان العقد .

(١) استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، مصدر سابق، ص ٢٥٩١.

(٢) د. صبري حمد خاطر ، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في جامعة النهدين، مجلد ١، بغداد، ١٩٩٧، ص ١٢٠.

(٣) أي حصول كل طرف في العقد على المنفعة المقصودة منه بما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر . ينظر: استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، المصدر السابق، ص ٢٥٨٥، وكذلك بحثه: التغيير في جزء من أجزاء العقد واثره في العدالة التبادلية، منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، ع ٤٤، مجلد ٢٠١٥، ص ٢٣، ١٦٨٠.

(٤) See further, J.M. Smits, Contract Law: A Comparative Introduction, p. ٧٧ et seq.

تاريخ الزيارة ٢٥/١٠/٢٠٢٢، عن الموقع الإلكتروني <http://jilrc.com/archives/٧٩٣١نقل>

ولابد من الإشارة هنا ، إلى أن ما سيرد بشأن المحل والسبب باعتبارهما من أركان العقد في القانون الفرنسي ، إنما قصد به عرض ما انتهى إليه التطور الفقهي والقضائي بخصوص هاتين الفكرتين ، قبل وبعد التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي، وتبدو أهمية عرض هذا التطور في مجال دراستنا، نظراً لبقاء المحل والسبب من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي، رغم دمجهما بمضمون العقد ، ولدراسة هذه المواضيع سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، الأول سنخصصه لتحديد مفهوم محل العقد ، أما الثاني فنخصصه لدراسة مفهوم السبب وفق الاتجاهات القانونية .

المطلب الأول

مفهوم محل العقد

لا بد أن يتضمن العقد موضوعاً ينقصد عليه الرضا، فيعد موضوع العقد ركن أساسي من أركان العقد لا يقوم من دونه.

وقد تناولته القانون المدني الفرنسي بتعديله لسنة ٢٠١٦ في ضوء توجهاته القانونية الحديثة في مفهوم واحد بدمجه مع السبب، وهذا خلاف ما هو عليه الحال في قانوننا المدني والقانون المدني المصري ، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الأول دراسة تعريف محل العقد، أما الثاني فنخصصه لدراسة شروط تحديد محل العقد.

الفرع الأول

تعريف محل العقد

هذا الركن كان موضع خلاف، فظهرت آراء ونظريات عدة لشرحه ومحاولة تقريبه للأذهان فجانب من الفقه اعتبر أنه يدل على إنشاء الالتزامات ، و الجانب الآخر اعتبره مرتبط بموضوع الالتزامات التي ينشئها^(١)، أما الفريق الثالث اعتبر أنه ينبغي التمييز ما بين موضوع العقد الذي يعد العملية القانونية التي أرادها الطرفان وبين موضوع الالتزام الذي يتمثل بالشئ أو بالفعل أو

(١) J. Ghestin, traité de droit civil, le contrat, formation, LGDJ. ١٩٩٠, p ٥٦٧ et s.

نقلاً عن: محمد عرفان الخطيب، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

الإمتناع عن الفعل، يظهر من ذلك أن الإشكاليات التي طالت الموضوع تتمثل في التشابه الواضح بين موضوع العقد وموضوع الالتزام^(١).

بالرجوع لموقف القانون المدني العراقي، يظهر أنه ينص على المحل باعتباره ركناً في العقد، أما النصوص فتتكلم باعتباره ركناً في الالتزام، ويرى البعض إمكانية التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام، فمحل العقد هو ما ورد عليه العقد، ومحل الالتزام هو تنفيذ ما اتفق عليه المتعاقدان بصدد المحل، ففي عقد البيع محل العقد هو المبيع والثمن، ومحل التزام البائع هو تسليم المبيع ومحل التزام المشتري هو دفع الثمن^(٢)، قد كانت النظرية التقليدية تؤكد أهمية هذا الركن في القانون المدني الفرنسي، فانتفاؤه يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً لتخلف ركن من أركان العقد، أما بحسب النظرية الحديثة فقد اخذ بفكرة مضمون العقد.

وهنا يقصد بالمحل هو (الاداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن)، وعرفه آخر^(٣) على أنه: (هو العملية القانونية التي يهدف المتعاقدان إلى تحقيقها من وراء العقد، إذ يكون محل العقد في هذه الحالة هو العملية القانونية المقصودة من قبل المتعاقدين ولا يتم انجازها الا من خلال الالتزامات التي ينشئها العقد).

أما محل الالتزام هو ما يلتزم به المدين تجاه الدائن، وهو أما أن يكون إعطاء شيء أي نقل حق عيني على شيء، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري، وأما أن يكون القيام بعمل معين، كالتزام العامل بأداء العمل المتفق عليه، وقد يكون محل التزام المدين الإمتناع عن عمل، كالتزام العامل بعدم منافسة رب العمل^(٤).

وتناول القانون المدني الفرنسي قبل التعديل المحل في العديد من المواد القانونية، فحسب ما جاء في المادة (١١٢٦) بتحديد موضوع العقد يكون الالتزام بأداء، أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل الوجه الأول يتمثل بنقل ملكية أو إنشاء حق عيني.

(١) إذا نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل : (إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته

كان العقد باطلاً). ينظر د. محمد حسن قاسم، القانون المدني للالتزامات، مصدر سابق، ص ٢٨٦.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ١٨١.

(٣) د. محمد حسن قاسم، المصدر نفسه، ص ٢٨٥.

(٤) د. محمد حسن قاسم، مصدر علاه نفسه، ص ٢٨٦.

والوجه الثاني يقوم عبر القيام بعمل إيجابي كقيام العامل بالتجارة بالعمل المطلوب منه، أما الوجه الأخير فيتمثل بالتزام سلمي كامتناع البائع عن فتح مؤسسة جديدة منافسة في مكان محدد أو خلال فترة زمنية محددة.

في الواقع، لقد دمج واضعو القانون المدني بين موضوع العقد وموضوع الالتزام^(١)، فإذا أخذنا المعنى الحرفي لهذه المادة يظهر لنا أنها تدل على موضوع العقد، في حين اعتبر البعض أن هذه المادة تشير إلى موضوع الالتزام.

هذا وقد جاءت المادة (١١٢٨) من القانون نفسه، لتؤكد وجود موضوع العقد حتى في عقود أستعمال الشيء أو حيازته، حيث يشكل هذا الاستعمال أو الحيازة موضوعاً للعقد^(٢).

ولم يكن من المتوقع أن يتخلى القانون الفرنسي عن هذا الركن يوماً ما، حيث أن مشروع كاتالا وهو يمثل مشروع لتعديل القانون المدني الفرنسي تناول في مواده الموضوع كركن من أركان العقد، أما المشاريع اللاحقة فلم تتبناه في موادها^(٣).

ففي ذلك المشروع ذكر الموضوع في ١٠ مواد، تحديداً من المواد (١١٢١ إلى ١١٢٢-٣) محافظاً على مبادئ القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ حيث أشار إلى أن الموضوع يمكن أن يكون التزام بأداء معين، القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل بإضافة شكل جديد إلى موضوع الالتزام^(٤).

(١) د . هدى عبدالله ، مصدر سابق، ص ٣٢٨.

نصت المادة (١١٢٨) من القانون المدني الفرنسي لسنة (٢٠١٦) على أنه : ((يعد ضرورياً لصحة العقد: ١. رضا الطرفين ٢. اهليتهم للتعاقد ٣. موضوع مشروع وممكن)).

(٢)

(٣) AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles ١١٠١ à ١٣٨٦ du Code civil) ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION (Articles ٢٢٣٤ à ٢٢٨١ du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice ٢٢ Septembre ٢٠٠٥, p. ٢٣ .

نقلاً عن : ربيع شندب، مصدر سابق، ص ٩١.

(٤) أمين محمد حطيط، القانون المدني، الموجبات: أنواعها ومصادرها، العقد والمسؤولية العقدية، المسؤولية المدنية التقصيرية (دراسة مقارنة القانون الوضعي والشرعية الإسلامية)، دار المؤلف الجامعي، ٢٠٠٦، ص ١٢٣.

أما بخصوص تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ ، نجده قد تناول تحديد محل العقد في المادة (١١٦٣) من خلال تحديد شروطه بصورة صريحة.

الفرع الثاني

شروط تحديد محل العقد

لوجود المحل ينبغي توافر شروط معينة ليكون العقد صحيحاً منتجاً لأثاره وهي:

أولاً : يجب أن يكون المحل ممكناً ومعيناً:

أ- يجب أن يكون ممكناً: نصت المادة (٦١) من القانون المدني العراقي على انه: (١ - كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية)، ويكون جزاء مخالفة هذه الاحكام بطلان العقد وهذا حسب المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي والى هذا المعنى ذهبت المادة (١٣٢) من القانون المدني المصري.

أما بخصوص تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ بحسب المادة (١١٦٣) منه ، يشترط بصورة صريحة وجوب ان يكون المحل ممكناً.

كأصل عام جميع الأشياء صالحة لأن تكون محلاً للحقوق المالية ان لم تخرج من التعامل بطبيعتها ام بحكم القانون، او خدمة للمصلحة العامة كالأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة فلا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم.

ونجد هنا ان كلما ازداد تقييد الحرية التعاقدية واحترام اعتبارات النظام العام عند التعاقد وحماية المصلحة العامة بالتالي تؤدي الدولة وظيفة توجيه العقد نحو المصلحة العامة مما يؤدي الى ازدهار النظرية العامة للعقد.

ولابد أن يكون العقد متعلقاً بالالتزام يمكن تنفيذه، وغير مستحيل، والاستحالة التي يعتد بها هي الاستحالة المطلقة التي تجعل إبرام العقد غير ممكن، وهي التي تكون قائمة قبل انعقاد العقد أو أثناء انعقاده ليعتد بها كسبب للبطلان^(١).

(١) د. مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة، المصادر - العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دمشق، ١٨٦٤، ص ١١١.

اما إذا طرأت الاستحالة أثناء تنفيذ العقد أدت الى أعمال الإلغاء بسبب استحالة التنفيذ فهي تؤدي الى الانفساخ بحكم القانون في حال كانت استحالة دائمة، أما إذا كانت مؤقتة يتم وقف التنفيذ لحين انقضاء هذا الطارئ^(١). والاستحالة نوعان: استحالة طبيعية واستحالة قانونية ، الأولى ترجع الى طبيعة الأشياء التي لا يمكن التعامل بها، أما الثانية فتكون قانونية ناشئة بحكم القانون مثل تعهد شخص ببيع مال موقوف، أو بيع مال عام .

ب - يجب أن يكون معيناً:

حددت المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي كيفية تحديد المحل تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، اما بخصوص موقف المشرع المصري فقد جاء في المادة (١٣٣) منه على تعيين المحل بنوعه او مقداره مع إمكانية تدخل العرف في التحديد وعند عدم الاتفاق يسلم من الصنف المتوسط.

اما بخصوص القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ فبحسب المادة (١١٦٣)^(٢) منه، أوجبت ان يكون محل العقد معيناً بطريقة تميزه عن غيره^(٣)، أو أن يكون قابلاً للتعيين، وتعني هذه المادة أن محل العقد يجب أن يكون محدداً عند إبرام العقد ، أو قابلاً للتحديد، أي أن يقوم الأطراف بوضع معايير أو مؤشر معين لتحديده بمرحلة لاحقة .

عندما يكون محل الالتزام أداء شيء، يجب تحديد ماهيته، مقداره وبيان نوعه ، أما إذا كان الالتزام قيام بعمل، فيجب أن يتم تحديد طبيعة ومواصفات هذا العمل ، وإذا كان الالتزام امتناع عن عمل، يجب أن يتم تحديد الامتناع

(١) نصت المادة (١٣٥١) من القانون المدني الفرنسي بتعديله لسنة ٢٠١٦ على انه: ((استحالة تنفيذ الأداء تبرئ المدين في حدود الاستحالة إذا كانت ناشئة عن حالة القوة القاهرة وكانت نهائية ، مالم يتفق على تحملها او تم اعذاره مسبقاً)).

٢ - art. ٢٠١٦ - ١٠ février du ١٣١-٢٠١٦ n°٢٠١٦ Ordonnance ١١٦٣ (٢)

L'obligation a pour objet une prestation présente ou future .

Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable .

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

(٣) د . مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة الموجبات، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص ١٨٦.

بصورة دقيقة وواضحة، ويجب التمييز أيضاً في هذا الشرط بحسب طبيعة الأشياء، أي ما بين القيميات، المثلثات والنقود.

• القيميات: وهي الأشياء المعينة بالذات، ويتم تعيينها عند إبرام العقد عبر وصفها وتمييزها عن غيرها، فهي التي لا يقوم مقامها أي شيء آخر وتتعين بذكر نوعها، جنسها وبيان أوصافها^(١).

• المثلثات: وهي الأشياء المعينة بالنوع، ويقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء، ويتم تعيينها عبر تحديد النوع والمقدار، يمكن ترك تحديد هذا النوع إلى وقت لاحق للعقد بالعد أو المقياس أو الكيل أو الوزن^(٢).

• الالتزام بدفع مبلغ من النقود: على الرغم من عدم وجود تعريف محدد للثمن، إلا أن الصورة الأكثر تعازفاً له تتمثل بمبلغ من النقود يؤديه المشتري للبائع مقابل نقل الملكية.

وهناك عقود أخرى غير عقود البيع تتوقف صحتها على تحديد الثمن، مثل عقود الإيجار، عقود العمل، التأمين والفائدة، والتحديد يمكن أن يتم مباشرة من قبل الأطراف أو بطريقة غير مباشرة.

ففي الحالة الأولى، يمكن للأطراف أن يقوموا بتحديد الثمن ومقداره عند إبرام العقد. أما في الحالة الثانية يمكن للأطراف أن لا يقوموا بتحديد شكل نهائي عند إبرام العقد، إنما يكون قابلاً للتحديد، فيقوم الأطراف بتحديد آلية الدفع، ولا يكون للقاضي أي دور في تقرير هذه الآلية، هذا ما جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٥ آذار ١٩٧٢ حيث اعتبر أن القاضي لا يمكنه أن يحل محل الأطراف ليضع طريقة لتحديد الثمن مختلفة عن تلك المحددة في العقد.

ويعتبر فريق أن الغير هو محكم أو خبير، رغم أنه تم انتقاد هذه التسمية باعتبار أن المحكم يتم اللجوء إليه في حالة النزاع وهنا ينتقي شرط النزاع، كما لا يمكن اعتباره خبيراً لأن رأي الخبير غير ملزم، في حين أن في هذه الحالة يكون الثمن المحدد من الغير ملزماً.

إذا وافق الغير على هذا التوكيل، يصبح ملزماً ولا يمكن للقاضي التدخل إلا في حال ارتكاب الغير خطأ جسيماً في التحديد ما بين السعر المعقد من

(١) ينظر الفقرة الأولى من المادة : (٦٤) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٢) ينظر الفقرة الثانية من المادة نفسها أعلاه ، والمادة (٨٥) من القانون المدني المصري .

قبله والقيمة الفعلية للموضوع، فتترتب عليه مسؤولية لهذه الناحية، وهذا ما أكد عليه القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض في ٦ حزيران ٢٠٠١ موضوعه الوعد بالبيع حيث اشترط أن يكون الخطأ جسيماً، الأمر الذي لم يستقر عليه الإجتهد حيث عاد في قرار صادر بتاريخ ٤ شباط ٢٠٠٤ واعتبر أنه لا يشترط أن يكون الخطأ جسيماً لتترتب المسؤولية، إنما يمكن أن يكون بسيطاً^(١).

إذا كان موضوع الالتزام دفع مبلغ من النقود فيجب تعيين نوع هذه النقود ومقدارها، و الالتزام بتنفيذها عيئاً بالنقد المحدد في العقد.

و يلاحظ أن المادة (١١٦٣) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ ، قد اشترطت بصورة صريحة الى وجوب ان يكون المحل معيناً او قابلاً للتعيين عندما يمكن استخلاصه من العقد او الرجوع الى العرف او العلاقات السابقة للأطراف دون الحاجة إلى إتفاق جديد^(٢).

بالرجوع لموقف المشرع العراقي، اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني ، هنا يجب التفرقة بين الأشياء القيمة والمثلية، فإذا كان محل الالتزام من (القيميات) يجب ان يتم تعيينه تعيناً كافياً فإذا كان محل الالتزام أرضاً مثلاً يجب ان يتم تحديد الموقع والحدود والمساحة، أما اذا كان المحل من (المثليات) فيجب تعيينه بالنوع والمقدار مثاله بيع خمسين طن من الحنطة الأسترالية^(٣).

وإذا كان محل الالتزام موجوداً وقت العقد عندها يكون تعيينه بالإشارة مثاله اذا كانت هناك حنطة معلومة لطالب الشراء في مخزن معين فقال صاحبها بعثك الحنطة الموجودة في هذا المخزن تم العقد صحيحاً، ويكفي ان يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه كما لو كان

(١) محمد علي عبده ، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة)، بيروت، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٧، ص٢١٣.

(٢) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، مصدر سابق، ص٦٥.

(٣) يجب ان يكون المحل معيناً او قابلاً للتعيين وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٧) الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ والتي جاء فيها: (إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً).

لشخص سيارة يعرفها شخص آخر معرفة كافية تعاقد عليها بيعا دون ان يذكر أوصافها تم العقد صحيحاً^(١).

إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناع عن عمل يجب تحديد العناصر التي تجعل منه قابلاً للتعين مثاله تعهد مقاول ببناء مستشفى وجب ذكر مواصفات هذا المبنى أو على الأقل العناصر اللازمة لتحديد هذا المبنى كإقامة مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة.

ثانياً/ يجب أن يكون موجوداً ومشروعاً:

أ- يجب أن يكون موجوداً:

يقصد بالمحل الموجود ان يكون متعلق بأداء معين بذاته، ولا يصح التعاقد إذا كان غير موجودة عند التعاقد ، أو لا يمكن وجوده في المستقبل^(٢).

فقد أجازت الفقرة الأولى من المادة (١١٣٠) ^(٣) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل أن الأشياء المستقبلية يجوز أن تكون موضوعاً للالتزام، إنما الفقرة

(١) نصت المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي الى جميع هذه الأحكام حين نصت على انه :
(١- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة . ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف. ٢- على انه يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر).

(٢) د. احمد عبد العال أبو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع و احكام القضاء، ط٣، بدون ذكر اسم مطبعة، ٢٠٠٦، ص ١٦٢ ومابعدها.

- كذلك د مصطفى احمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، دار القلم، دمشق، ٢٠١٢ ص ٦١ ومابعدها. وأشار فقهاء الشريعة الإسلامية الى ذلك عبر تحديد علاقة البيع بالثمن في عقد البيع وحدد الفقهاء مفهوم المبيع و شروطه بالمعقود عليه والاغلب عندهم بان اركان العقد هي الصيغة والعاقد والمعقود عليه وبذلك يشترط ان يكون المعقود عليه معلوماً.

(٣) نصت المادة (١١٣٠) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل على أنه : (إن الغلط والتدليس والاكراه يبطلان العقد عندما يكونان من دونهما يكون أحدهما لم يتعاقد الطرفان أو كانا سيتعاقدان بشروط مختلفة إلى حد كبير يتم تقييم طبيعتها الحاسمة فيما يتعلق بالأشخاص والظروف التي تم منح الموافقة)

الثانية من المادة اعلاه منعت أن يكون الموضوع ارث غير مستحق حتى لو كانت بموافقة المورث، وجدير بالذكر حول الفقرة الثانية من هذه المادة، أن مشروع كاتالا كان قد ألغاه من مواده، كذلك هناك بعض الاستثناءات أشار لها القانون لا يمكن بموجبها التعامل على شيء مستقبلي و مثال ذلك لا يمكن رهن مال مستقبلي بشكل رسمي أو حيازته، كذلك لا يمكن للهبة أن تطل مال مستقبلي^(١).

يلاحظ من المادة (١١٦٣) ان القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ قد اشترطت بصورة صريحة الى وجوب ان يكون المحل حالا او مستقبلا.

بخصوص موقف مشرنا وموقف القانون المدني المصري في المادة (١/١٣١)، نجده أجاز ان يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، كما في حالة بيع المحصولات المستقبلة قبل ان تثبت بثمن مقدر جزافاً وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما في حالة بيع صاحب مصنع مقدارا معيناً من مصنوعاته قبل ان يبدأ صنعها، غير انه استثنى من جواز التعامل في المحل المستقبل التعامل في التركة المستقبلية^(٢)، مثاله ان يبيع الوارث او يرهن ما يمكن ان يحصل عليه من ميراث بعد وفاة مورثه والتحريم جاء بسبب وجود نوع من المضاربة على حياة شخص حي وهو يتعارض مع الآداب العامة وللشريعة الاسلامية ، اضافة الى الخشية من شبهة وقوع التصرف تحت استغلال المرابين .

ب- يجب أن يكون مشروعاً:

L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes .

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.

(١) أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية - لمحات في بعض المستجدات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، "القانون أداة للإصلاح والتطوير"، ملحق خاص، العدد ٢، الجزء الثاني، ٢٠١٧، ص ٣٩.

(٢) نصت الفقرة الثانية من المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ على ما يأتي(غير ان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل).

بالرجوع لموقف القانون المدني العراقي نجد انه اخذ بصورة صريحة على عدم جواز مخالفة النظام العام او الآداب العامة ، ومن هذا أشارت المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي على انه : ((١- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام او الآداب العامة والا كان العقد باطلاً ٢- ويعتبر النظام العام بوجه خاص (الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية ، كالأهلية ، والميراث ، والأحكام المتعلقة بالانتقال ، والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف ، وفي العقار ، والتصرف في مال المحجور ، ومال الوقف ، ومال الدولة ، وقوانين التسعير الجبري ، وبقية القوانين التي تصدرها الدولة لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية))، وهذا ما عليه حكم المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري.

وبالرجوع لموقف القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام ٢٠١٦ ، نجد إنه اشترط في المادة (١١٠٢) منه على عدم جواز مخالفة النظام العام يعني هذا الشرط أنه يجب أن يكون المتعاقد عليه جائز قانوناً^(١) .

ويجب التمييز ما بين ان يكون الموضوع إعطاء شيء، القيام بعمل أو الإمتناع.

ففي الحالة الأولى أي حالة الأداء، يكون المحل غير مشروع إذا كان خارجاً عن دائرة التعامل إن بحسب طبيعته أو بحكم القانون، فبالتالي الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل يكون التعامل بها مخالفاً للنظام العام ، مثال لا يجوز بيع الأملاك العامة، أو التعامل بالمخدرات، وغيرها^(٢).

ويعاب على موقف المشرع الفرنسي بتعديله لعام ٢٠١٦ ، انه لم يشترط في المادة اعلاه على عدم جواز مخالفة الآداب العامة، بأعتبارها فكرة واسعة يمكن من خلالها التدخل في تحديد مضمون العقد.

(١) نصت المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ على انه : (لكل شخص الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد واختيار المتعاقد الآخر وتحديد المحتوى وشكل العقد ضمن الحدود التي يحددها القانون. لا تسمح حرية التعاقد بالخروج من القواعد التي تمس النظام العام) .

٢- art. ١٠février ٢٠١٦- Ordonnance n ١٣١-٢٠١٦

Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi .

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.

(٢) حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص ١٢١.

وهذه الأشياء الخارجة عن التعامل ليست بحلقة مغلقة، فما هو ممنوع من التعامل سابقاً يعد مسموحاً للتعامل به اليوم، فالزنا سابقاً كفعل كان يعاقب عليه لمخالفته النظام العام والآداب العامة، أما اليوم فلا عقاب عليه، فقد جاء قانون ١١ تموز ١٩٧٥ لإلغاء العقاب عن الزنا عبر إلغاء المواد (٣٣٦ - ٣٣٩) من قانون العقوبات الفرنسي، أما في الحالة الثانية التي يكون فيها الموضوع القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، يكون هذا الالتزام غير مشروع اذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة.

المطلب الثاني

مفهوم السبب وفق الاتجاهات القانونية

تطورت هذه النظرية في القانون الكنسي، ليتم اعتبار السبب والرضا شرطين أساسيين لصحة العقد. وقد اعتبرت هذه المرحلة قيماً على الإرادة لحماية المصلحة العامة^(١). اذ تنسم نظرية السبب في الواقع بقدر كبير من الغموض والتعقيد، ويرجع السبب في ذلك الى عدم وضوح فكرة السبب بالقدر الكافي و وجوده شكل جدلاً بين الفقهاء حول جدواها بل ووجوده نفسه^(٢).

ولعل السبب في صعوبة الفكرة يرجع الى ان المتعاقد عندما يبرم العقد تكون هناك امور نفسية او ذاتية راسخة في ذهنه وخيارات عديدة يفاضل بينها. والمشكلة تكمن في صعوبة تحقيق المساواة بين السبب باعتباره يمثل الغاية او الغرض في نفس المتعاقد وبين العناصر التي يحققها العقد من الناحية الواقعية او الفعلية^(٣)، وتماشياً مع التطورات التي طالت نظرية العقد نجد ان هنالك مفهومين جديداً للسبب باعتباره وسيلة لاحترام مبدأ التوازن العقدي وتحقيق العدالة العقدية، ولبيان ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول دراسة تعريف السبب على وفق الاتجاه التقليدي، اما الثاني فنخصصه لدراسة تعريف السبب على وفق النظرية الحديثة له.

(١) د. مصطفى الزرقاء، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

(٢) عبد الرحمن مصطفى، نظرية السبب، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٤، ص ٩ وما بعدها.

(٣) محمد يحيى عبد الرحمن، مفهوم المحل والسبب في العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٦، ص ٨٠. وما بعدها. نقلاً عن د. أيمن إبراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٦.

الفرع الأول

تعريف السبب على وفق المفهوم التقليدي

السبب في النظرية التقليدية هو الغرض المباشر والمجرد الذي يريد المتعاقد تحقيقه من وراء التزامه، وهنا كان المشرع الفرنسي قبل التعديل لا يأخذ بسبب العقد إنما اخذ بسبب الالتزام إذا نصت المادة (١١٣١) من القانون المدني الفرنسي على أن (الالتزام الذي ليس له سبب أو الذي يقوم على سبب غير صحيح، أو على سبب غير مشروع، لا يكون له أي اثر)^(١) فالاتفاق في هذه الحالة يكون باطلا.

وقد لحق هذا الركن نقاش فقهاء القانون المدني الفرنسي الذين سارعوا لوضع نظرية عامة له، إلا أن اختلاف وجهات النظر فيما بينهم منعت وضع تعريف محدد وثابت لركن السبب وتعددت الآراء في شأنه. وتفرق النظرية التقليدية بين عدة معاني للسبب: السبب المنشئ، السبب القسدي، والسبب الدافع^(٢).

ويقصد بالسبب المنشئ " الفعل المسبب للالتزام فهو المصدر أو الواقعة القانونية التي انشأت الالتزام وهذا متعلق بمصادر الالتزام فلا يدخل ضمن أركان العقد ولهذا تستبعد النظرية التقليدية"^(٣).

أما السبب القسدي فهو "الغرض الذي يريد المتعاقد تحقيقه من جراء تصرفه"^(٤). وأخيراً السبب الدافع " ويقصد به الباعث الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد وهو الغرض غير المباشر الذي يريد الملتزم تحقيقه"^(٥)، وبحسب رأي فقهي الذي يعد من الداعين للتقيد بالنظرية التقليدية، أعتبر أن سبب الالتزام هو الغرض أو الهدف المباشر ونظر له نظرة موضوعية مجردة. أي أن سبب الالتزام لأحد الأطراف هو التزام الطرف الآخر في العقود المتبادلة، نذكر

٢. art. ٢٠١٦ - ١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ Ordonnance n° ١١٣١ (١)

Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط ٢، ١٩٦٤، فقرة ٢٦٣، ص ٤٣٧.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون ذكر اسم مطبعة، ١٩٨٤، ص ٤٢٩. كذلك د. عبد الودود يحيى، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١٢٧.

(٤) د. احمد محمود سعد، مصدر سابق، ص ٤٥٨.

(٥) د. ايمن إبراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، مصدر سابق، ص ٣٠.

على سبيل المثال أن سبب التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن، أما في عقود التبرع فيكون السبب قائم على نية التبرع^(١).

وفي العقود العينية الملزمة لجانب واحد على سبيل المثال نذكر عقود القرض فأن هذا الفرض غير متحقق بأن سبب التزام أحد الطرفين، هو التزام الطرف الآخر، فالقرض تسليم مبلغ القرض من المقرض، هو ركن في العقد لا في الالتزام، أما في عقد العارية فيكون سبب التزام رد الشيء هو تسليم الشيء من الطرف الآخر، هذا ويقدر وجود السبب يوم التعاقد و إلا أعتبر العقد باطلاً، وقد أيد الفقيه (Robert Joseph) Pothier هذا الإتجاه^(٢).

وقد اعتمدت هذه النظرية في القانون المدني الفرنسي، فكانت المادة (١١٠٨)^(٣) تعتبر أن السبب ركن من أركان العقد، وجاءت مواد ثلاث تشرحه، فالمادة الأولى أي المادة (١١٣١) أشارت إلى سبب الالتزام حيث اعتبرت أن الالتزام من دون سبب، أو في حال كان السبب خاطئاً أو غير مشروع يكون بحكم عدم غير منتج لأي مفعول.

إلا أن هذه النظرية تعرضت للانتقاد من قبل عدة فقهاء منهم بلانيول الذي نادى بالإقلاع عنها لعدم منطقيتها متذرعاً بالحجج التالية:

في العقود المتبادلة لا يمكن القول بأن التزام الطرف هو سبب التزام الآخر، فالالتزامان ينشآن معاً في وقت واحد.

أما في العقود العينية، فقد اعتبر أن النظرية التقليدية تخلط ما بين السبب كمصدر للالتزام والسبب كعنصر له، فعلى سبيل المثال التسليم هو مصدر

(١) الفقيه دومات، أشار إليه: نور الصباح مزيجم، فقدان الجزئي لسبب الموجب في العقد، دون دار نشر، ٢٠١٧، ص ٣٦.

(٢) د . محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٣١٨.

(٣) نصت المادة (١١٠٨) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ على أنه: (يكون العقد قابلاً للتبديل عندما يتعهد كل طرف بتزويد الطرف الآخر بميزة يتم أخذها في الاعتبار كمكافئ للذي تحصل عليه. إنه أمر عشوائي عندما يتفق الطرفان على جعل تأثيرات العقد تعتمد على المزايا و الخسائر الناتجة من حدث غير مؤكد).

١١٠٨ Ordonnance n ١٣١-٢٠١٦ du ١٠ février ٢٠١٦ - art. ٢

Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit .

Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain.

للالتزام وليس سبب قصدي، ونحن نميل إلى الحد من العقود العينية التي تجعل التسليم ركناً في العقد وما يسهم ذلك من تطور في مفهوم التعاقد .

فيما يتعلق بعقود التبرع، تعتبر هذه النظرية أن نية التبرع هي سبب الالتزام، وهي شرط ابتداء وبقاء إلا أنها في الواقع تندمج مع الباعث الذي أدى إلى التبرع وترتبط بالرضا^(١).

وقد دعا الفقه المستحدث إلى اعتماد النظرية الحديثة التي تركز على سبب العقد، وقد دعت هذه النظرية إلى التحرر من المفهوم الموضوعي للسبب والتمسك بالباعث الذي دفع المتعاقد إلى إتمام العقد، وهو دافع شخصي ويختلف من متعاقد إلى آخر ومن عقد إلى آخر.

إلا أن الفقيه كابيتان دافع عن هذه النظرية التقليدية واعتبر أنه يجب التركيز على سبب الالتزام وأنه ليس هناك حاجة للأخذ بسبب العقد^(٢).

واعتبر أن في العقود الملزمة للجانبين، سبب العقد هو تنفيذ الملتزم المقابل وليس السبب المقابل بحد ذاته، وفي حال الامتناع عن التنفيذ، يحق للمتعاقد الآخر فسخ العقد باعتباره أن السبب يجب أن يكون متوافراً منذ لحظة إبرام العقد حتى تنفيذه. ولا بد من الإشارة إلى أن للسبب شروط لا بد من توافرها تتعلق بوجوده وصحته ومشروعيته و يتم تحديد ذلك بكافة طرق الإثبات ويمكن للقضاء الرجوع على التصرفات اللاحقة للأطراف لتأكيد وجوده^(٣). كنا قد ذكرنا أنه يقتضي تواجد السبب عند إبرام العقد^(٤)، إنما السؤال الذي يمكن طرحه يتمحور حول أثر تخلف السبب في مرحلة تنفيذ العقد، هل يستمر العقد منتجاً لآثاره أم لا؟.

(١) د . سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام ، بدون ذكر مطبعة، ١٩٩٩، فقرة ٧١ ص ٧٩.

أيضاً د عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، بدون ذكر اسم مطبعة، ١٩٨٣، فقرة ٢٣٧، ص ٣١٥.

(٢) H. Capitant, de la cause des obligations, ٣eme édition, Dalloz, Paris, ١٩٢٧, no ٥, p. ٢٦.

نقلاً عن: د . محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٣) د . نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، ص ٢١٧ وما بعدها.

(٤) نور الصباح مزيجم، مصدر سابق، ص ٢٧.

قام الفقيه كابييتان بالدعوة إلى مد دور السبب إلى مرحلة تنفيذ العقد بحيث اعتبر أن السبب ليس مرتبطاً بوجوده وبالتنفيذ أيضاً. وقد أيده جانب من الفقه حيث اعتبر أن السبب يجب أن يستمر توافره في مرحلة تنفيذ للعقد.

إلا أن البعض الآخر من الفقه عارض هذا الرأي، واعتبر أن السبب هو شرط من شروط صحة العقد فإذا لم يتوافر عند الإبرام يكون العقد باطلاً، أما فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد فإن التخلف الذي يطاله يؤدي إلى فسخ العقد أو الانفساخ^(١)، وليس البطلان. أما القضاء الفرنسي فقد شهد تردداً فيما يتعلق بدور السبب في مرحلة تنفيذ العقد في حينه.

أما الشرط الثاني، فيتعلق بصحة سبب الالتزام، فيجب أن يكون صحيحاً. وقد تناول الفقه الفرنسي حالتين يكون فيهما السبب غير صحيح^(٢).

الحالة الأولى: تتمثل بالسبب المغلوط، عندما يعتبر أحد المتعاقدين أن للملتزم سبب، في حين أنه في الحقيقة لا وجود لهذا السبب^(٣).

أما الحالة الثانية: فتتمثل بالسبب الصوري، عندما يكون السبب الظاهر هو السبب غير الحقيقي، وهذا الأخير لا يكون مفسداً للعقد إذا كان السبب الحقيقي صحيحاً.

وهنا يجب التمييز ما بين الصورية المطلقة والصورية النسبية لمعرفة مصير العقد بفعل صورية السبب.

فالصورية المطلقة تتجسد بانعدام وجود السبب الحقيقي ووجود سبب صوري في العقد، فالصورية في هذه الحالة لا تشمل فقط السبب بل تمتد إلى العقد ككل أي ينعدم العقد والالتزام.

(١) الفسخ : يعني انحلال العقد بعد نشوؤه بشكل صحيح وقبل تنفيذه، أو الإخلال بالتنفيذ ويتحقق عند امتناع المدين عن تنفيذ ما يترتب عليه، ويمكن للدائن أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب عدم التنفيذ ، أو التأخر فيه ، أما الانفساخ : يقصد به انحلال العقد بقوة القانون، من دون تدخل القاضي وذلك بسبب استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي أو قوة قاهرة ، ولا مجال للتعويض عن الضرر في هذه الحالة، ينظر: المواد (١٧٧/١٨٠) من القانون المدني العراقي، والمواد (١٥٩/١٥٧) من القانون المدني المصري.

(٢) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٣٢٩.

(٣) جلال العدوي، أصول المعاملات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية ١٩٦٧، ص ١٧٩.

أم الصورية النسبية، فهي لا تؤثر على العقد طالما أنه هناك سبباً آخر حقيقي غير المذكور في العقد .

إن انعدام السبب أو عدم صحته بحسب هذه النظرية التقليدية يؤديان إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، ويتم إثبات عدم صحة السبب وفق الحالة التي ينتمي إليها، ففي الحالة الأولى أي السبب المغلوط فيتم بجميع طرق الإثبات، أما في حالة الصورية، وهنا نقصد الصورية المطلقة، عليه أن يثبت ما يدعيه كتابة . أما في الصورية النسبية إذا كان السبب الحقيقي غير مشروع جاز إثباته بكافة الطرق، أما إذا كان مشروعاً ولكن غير منصوص عليه في العقد وجب اثباته كتابة^(١).

أما فيما يتعلق بالشرط الثالث المتعلق بمشروعية سبب العقد، فكما ذكرنا سابقاً يجب أن لا يخالف النظام العام الأحكام الآمرة ويظهر ذلك في نص المادة (١١٣٣)^(٢).

وقد فتح المشرع المجال أمام المدعي بعدم شرعية سبب الالتزام، فالإثبات جائز بكافة الطرق، إلا أن بعض المؤلفين أمثال (Terré, simler, lequette) ، اعتبروا أن في العقود ذات العوض يتم إثبات عدم المشروعية بكافة الطرق، أما في العقود المجانية فالإثبات داخلي يتم من داخل العقد أي من خلال بنود العقد^(٣). إلا أنه يتضح لنا أن محاكم التمييز لم

(١) د . محمد حسن قاسم، المصدر السابق، ص ٣٣٢-٣٣٣.

(٢) نصت المادة (١١٣٣) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ على : (الصفات الأساسية للخدمة هي تلك التي تم الاتفاق عليها صراحة أو ضمناً وفي مقابل التي تعاقدت الأطراف معها. الخطأ هو سبب البطلان سواء تعلق بأداء طرف أو آخر. قبول الخطر على جودة الخدمة يستبعد الخطأ المتعلق بهذه الجودة).

art. ٢٠١٦- ١٠février ١٣١-٢٠١٦ du Ordonnance n ١١٣٣-١١٣٣

Les qualités essentielles de la prestation sont celles considération desquelles les parties ont contracté.

L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie .

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette quali qui ont été expressément ou tacitement convenues et en

(٣) د . هدى عبدالله، مصدر سابق، ص ٣٧٧- ٣٧٨.

تتبين هذا التمييز^(١)، ففي جميع الحالات يتم إثبات عدم مشروعية السبب بكافة الطرق.

أما بخصوص موقف القانون المدني العراقي والمصري ، فقد أخذوا بالنظرية الحديثة للسبب ، وطبقاً لذلك اشترطوا ان يكون سبب العقد متوافقاً مع النظام العام والآداب العامة ، وحسناً فعلاً عندما لم يشترطوا ان يذكر السبب في العقد بل يفترض ان لكل عقد سبباً موجوداً ومشروعاً الى ان يقوم الدليل على خلاف ذلك ، فإذا اثبت احد المتعاقدين ان سبب العقد هو غير السبب الحقيقي فإن العقد يبطل مالم يثبت المتعاقد ان للعقد سبباً اخر مشروع غير المذكور بالعقد^(٢).

الفرع الثاني

تعريف السبب على وفق النظرية الحديثة

أمام القصور الذي عانت منه النظرية التقليدية في السبب ظهرت النظرية الحديثة التي تبناها الاجتهاد القضائي الفرنسي، وهي نظرية الباعث الدافع للتعاقد وهو الغرض غير المباشر او الغاية غير المباشرة التي يروم المتعاقد الوصول اليها من وراء التعاقد^(٣).

ومما لا شك فيه ان الاخذ بفكرة الباعث الدافع الى التعاقد من شأنها ان تفتح الباب امام اعتبارات النظام العام والآداب العامة لكي تطبق على نحو واسع، ولذلك أهمية كونه يكمل ما قام عليه سبب الالتزام^(٤)، فهناك حالات يكون هذا

(١) د . هدى عبدالله، المصدر اعلاه نفسه، ص ٣٧٩.

(٢) نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ على أنه: (١- يكون العقد باطلاً الا لتزم المتعاقدون دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام او لآداب. ٢- ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك. ٣- اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك)، والى نفس المعنى جاءت المواد (١٣٦/١٣٧) من القانون المدني المصري .

(٣) د . عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٢٤٢. وهنا أشار الى ان الفقهاء المسلمين لم يتكلموا عن السبب كركن من اركان العقد ولكنهم تكلموا عليه باسهاب في أصول الفقه وهو يحتل مكاناً مهماً عندهم ويتسع ليشمل جميع اعمال الانسان من تصرفات قولية وفعلية وعبادات ويسمى عندهم القصد، أشار الى ذلك د . عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق، ص ٢٤٢ .

(٤) د . محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٣٣٤.

السبب مشروعاً إلا أن الدافع للتعاقد يكون مخالفاً للنظام العام ولتقريب الفكرة أكثر نعرض هذا المثال: (إنه قد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ بطلان العقد عندما يكون الدافع غير مشروع، حتى لو لم يعلم الطرف الآخر بالطابع غير المشروع له ويكون بطلاناً مطلقاً وذلك لترجيح المصلحة العامة على الخاصة).

إلا أن هناك فريق آخر يدعو إلى عدم إبطال العقد حفاظاً على استقرار المعاملات وحماية الطرف حسن النية غير العالم بالدافع إلى التعاقد، فبمجرد معرفته بالبائع غير المشروع أو إمكانية معرفته واقدامه على العقد يكون العقد باطلاً^(١).

وبحسب النظرية الحديثة ، يشترط في السبب ان يكون غير مخالف للنظام العام او الأداب العامة .

أما بخصوص مفهوم السبب وفق الاتجاهات القانونية الحديثة ، نجد انه يتمثل بفكرة مضمون العقد حيث لا يوجد مفهوم مستقل للسبب ، وكانت بواير هذا التطور في مشروع كاتالا فقد تناول في المادتين (١١٢٤ الى ١٢٢٦/١) السبب حيث اعتبر أنه يجب أن يكون حقيقياً ومشروعاً دون أن يطل مرحلة التنفيذ.

أما بخصوص موقف مشروع وزارة العدل الفرنسية لسنة ٢٠٠٨ ، فقد تخلى عن فكرة السبب ، و استعاض عنها بفكرة ، الفائدة او المصلحة ، ويظهر ذلك من خلال المواد (٨٥ - ٨٦ - ٨٧) ، إلا أنه لم يضع تعريفاً للمصلحة ، ويتضح من خلال دراسة هذه المواد أن كل طرف يجب أن يكون له مصلحة من العقد.

أما بخصوص موقف تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ ، من السبب نجده قد تخلى عنه كركن مستقل من أركان العقد ، بحسب المادة (١١٢٨)^(٢) منه ، لكنه عاد و أستعاض عنها بفكرة الهدف من العقد استنادا

(١) حسام الأهواني، النظرية العامة للتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص ٢٢٢.

٢ - art. ٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ Ordonnance n°٢٠١٦-١٢٢٨ (٢)

Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat ،
en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.

لنص المادة (١١٦٢) ، وهنا يمكننا القول إنه قد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب ، وأستغنى عن النظرية التقليدية بصورة نهائية.

وبالرجوع الى القانون المدني العراقي والمصري^(١) ، نجد انهما اخذا بالنظرية الحديثة^(٢)، بالرغم من ذكرهم لكلمة السبب، وهنا كان الاجدر بهما ان يستعملان كلمة باعث بدلا من سبب وهذا ما نتأمله عند تعديل القانون المدني.

المبحث الثالث

توسع التدخل في تحديد مضمون العقد

بعد اتفاق الأطراف على التعاقد وفقا للشروط المحددة وإبرامهم للعقد ، تظهر إلى حيز الوجود القوة الملزمة للعقد ، فيصبح الأطراف ملزمون بما اتفقوا عليه، فلا يمكنهم تعديل ما جاء في العقد أو نقضه إلا برضاها أو للأسباب التي حددها القانون، هذا ما جاءت به المادة (١١٩٣)^(٣) من تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، بينما المادة (١١٩٤) ذهبت الى عدم التقيد بما هو متفق عليه، بل يمكن تحديد مستلزماته وفقاً للسلطة الممنوحة للقاضي ، اذ نصت على أنه : ((لا تلزم العقود بما هو منصوص عليه فيها فقط ، بل ايضا بجميع ما يعتبر من توابعها وفقا للعدالة والعرف والقانون))^(٤).

وهنا نلاحظ ، أن التعديل سار في منحى يسمح للقاضي وإرادة أحد الأطراف التدخل في العقد والتغيير في شروطه دون الرجوع إلى إرادة الطرف الآخر وذلك سعيا لتغليب العدالة العقدية على الحرية العقدية.

(١) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٢) تنص المادة ١٣٢ على انه : (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقدون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام او للأداب).

(٣) نصت المادة (١١٩٣) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ على انه: (لا يجوز تعديل العقود أو إلغاؤها إلا بموافقة متبادلة من الطرفين ، أو لأسباب يسمح به القانون).

٢ art. ٢٠١٦- ١٠février du ٢٠١٦-Ordonnance n ١٣١-٢٠١٦

Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

٢ art. ٢٠١٦ - ١٠ février ٢٠١٦ - Ordonnance n°١٣١-٢٠١٦ (٤)

Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

فالعدالة العقدية ، بحسب جاك غستان هي حماية التوازن العقدي بين أطراف العقد وذلك بحصول كل طرف على منفعة مادية بما يتناسب مع أداء الطرف الآخر، وبما يقتضيه مبدأ حسن النية^(١).

هذه العدالة تتحقق بتوافر عناصرها وهي ثلاثة: المنفعة العقدية، التوازن بين الاداءات، وحسن النية^(٢).

على هذا الاساس توجد العديد من الاستثناءات التي تسمح للقاضي التدخل في شروط العقد بتعديلها او الغائها وتحديد مضمونه ، كما يمكن للقاضي اذا حدثت ظروف استثنائية عامة ، التدخل في العقد من اجل اعادة التوازن العقدي وبالتالي تنفيذه ، ولدراسة هذه المواضيع سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، الاول سنخصصه لدراسة سلطة القاضي في التدخل بشروط العقد، اما الثاني فسنخصصه لدراسة المفهوم المتطور لنظرية الظروف الطارئة .

المطلب الأول

سلطة القاضي في التدخل بشروط العقد

كثيراً ما يرتبط تطور نظرية العقد، بمدى سلطة القاضي في التدخل بتعديل العقد، وتحديد الشروط المقترنة به ، ومما لاشك فيه ان مفهوم الشروط التعسفية ، ذات صلة بعقود الإذعان التي تفتقر إلى المفاوضات وتظهر تغلب طرف على الطرف الآخر ، إذ يتم إدراج شروط لصالح الطرف المُدْعَن على حساب مصلحة الطرف الثاني ، وتجدر الإشارة إلى أن القوانين المدنية العراقي والمصري أغفلت تعريف الشروط التعسفية.

وهنا أوجد المشرع الفرنسي بتعديله للقانون المدني لعام ٢٠١٦ مفهوماً جديداً للشروط التي تتيح للقاضي التدخل في العقد، ولتحديد الآليات المستحدثة لمواجهة الشروط التعسفية ، وخاصة في عقود الإذعان ، سنقسم هذا المطلب، على ثلاثة فروع ، نخص الاول لتحديد معنى الشروط التعسفية ، والتطرق لمواجهة الشروط التعسفية في الفرع الثاني ، أما الثالث سنتطرق فيه للشروط المفرغة من الالتزام .

(١) جاك غستان، المطول في القانون المدني - تكوين العقد - ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم،

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان ٢٠٠٨، ص ٢٥٨-٢٦٢.

(٢) احمد عبد الغفور، دور العدالة في تكميل العقود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ٢٠١٩، ص ١٠.

الفرع الأول

معنى الشروط التعسفية

يؤدي انفراد المتعاقد الأكثر قدره أو كفاءة بكتابة العقد، إلى ترسيخ ظاهرة إختلال التوازن العقدي، كما تؤدي تزايد الشروط التعسفية التي تتيح للمحترف التقليل من التزاماته العقدية مقارنة مع التكاليف الملقاة على الطرف الآخر بالتزامات جديدة أو التشديد من التزاماته الأصلية^(١).

من ذلك ، تعد لحظة إبرام العقد ومحلله بالذات تحديد ثمن السلعة أو الخدمة من أهم عناصر تكوين العقد : ومن أجل ذلك وبصدد لحظة إبرام العقد فإن العاقد المحترف ، يعتمد إلزام الطرف الآخر بالتعاقد منذ هذه اللحظة ، بينما يعطي لنفسه في بعض الأحيان مهلة طويلة ، ليقرر خلالها التعاقد أو عدم الرغبة في ذلك بحسب مصلحته.

يوجد من بين الشروط التعسفية ما يسمح بالتمييز بين أطراف العقد في سلطة الفسخ، فمن الشروط ما يتطلب من الملتزم به مهلة إخطار غير معقولة للمطالبة بإنهاء العقد، وقد تؤدي هذه الشروط إلى الإستمرار في التعاقد إذا لم يخطر الخاضع للشرط التعسفي بغيره في عدم الإستمرار خلال مهلة محددة بشكل يصعب غالباً معه أن يقوم بهذا الإخطار، مما يدفعه إلى الإستمرار في عقد لا يرغب في الإستمرار فيه حقيقة، كذلك فإن هناك من الشروط التعسفية ما يسمح للطرف الأقوى بتعديل شروط العقد أو بإنهائه بإرادته المنفردة ودون التزامه بتقديم مبررات ومن أجل ذلك التعديل أو لهذا الإنهاء^(٢).

أن الشرط التعسفي يتحقق عندما يكون اختلال بين الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، لذا تدخل المشرع وفقاً للقواعد العامة بتعديل الحقوق والالتزامات حتى يعاد التوازن العقدي. أما في عقد الاستهلاك فأن وصف التعسف يعتمد على وجود تحقق منفعة مبالغ فيها للمحترف، وهذا ما جعل المشرع يقضي ببطلان الشرط التعسفي سواء في التشريع الخاص بحماية المستهلك في مصر أو في فرنسا، أما قانون حماية حق المستهلك في العراق فلم ينص صراحة على ذلك ، إنما اكتفى ببيان مسؤولية المجهز عن الإخلال

(١) محمد جاسم محمد، مصدر سابق، ص ٤٠٢.

(٢) د. عابد فايد عبد الفتاح فايد ، تعديل العقد بالإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٣ وما بعدها.

بواجباته وبيان واجبات المعلن، ولكن يستشف حكم بطلان هذه الشروط على وفق القواعد العامة المتعلقة بأسباب البطلان.

وعلى هذا الاساس، وحتى يحكم ببطلان الشرط التعسفي يجب على القاضي أن يتحقق من وجود منفعة مبالغ فيها يوفرها الشرط للمحترف، أي إن وجود الشرط^(١) التعسفي يعطي للمحترف وصفاً لا يتحقق له بالمقارنة مع وضعه عند عدم ادراج هذا الشرط . فكثير من القرارات القضائية الصادرة استناداً الى قانون الاستهلاك الفرنسي قد قضت بإبطال الشروط التعسفية حماية للطرف الضعيف كما هو الحال في إبطال الشروط الواردة في عقود بين نفطيين وضخاخين التي تنص على رد البراميل المعارة للضخاخ عينا^(٢) أما أثر اقتران عقد الاستهلاك بالشرط التعسفي، فنرى بان المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك قد نص على هذا الجزاء بصورة اكثر وضوحاً واكثر فائدة للمستهلك حيث اعتبرت المادة (١٣٢) الفقرة الاولى منها، إنه: (البنود التعسفية تعد كأنها غير مكتوبة ويبقى العقد قابلاً للتطبيق في جميع احكامه غير تلك التي اعتبرت تعسفية اذا كان استمراره ممكناً من دون هذه البنود)^(٣) ، وهذا ما تضمنه بوضوح قرار لمحكمة النقض الفرنسية / الدائرة التجارية في ١٠/٢٢ / ١٩٩٦ حيث جاء فيه ((ان اشتراط المدين اعفاءه من المسؤولية الناشئة عن اخلاله بالتزام اساسي يجب اعتباره كأنه غير مكتوب لانه يتناقض ومدى تعهد اتخذه هذا المدين))^(٤) ، وبذات الاتجاه قضت في قرار آخر لها ((يجب أن يستبعد قضاة الموضوع بنداً تعاقدياً يتعارض مع التوازن الاقتصادي للاتفاقية)) .

ونرى ان بطلان الشرط اعلاه يتعلق بالنظام العام الاقتصادي ، الذي يمكن أثارته من كل صاحب مصلحة ويستطيع القاضي اثارته من تلقاء نفسه

(١) د . ربما فرج مكي ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

(٢) قرار الغرفة المدنية الاولى في ١٩٩٤/١/٦ / مصنف الاجتهاد الدوري / الاسبوع القانوني / الجزء الثاني / ص ٩٩ . (آلان بينابنت، القانون المدني، الموجبات- الالتزامات، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٤، ص ١٣٤-١٣٥).

(٣) Les clauses arbitraires sont considérées comme non écrites, et le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles considérées comme arbitraires si sa continuation est possible sans ces clauses. ١٣٢/١ (٣)

(٤) د . ربما فرج مكي، مصدر سابق، ص ٧٢، ٧٤.

لان المشرع هدف الى حماية فئة المستهلك وهي فئة أدنى تجاه المتعاقد المحترف وإحلال المساواة في الروابط التعاقدية عندما تكون مصلحة احد الفرقاء مهددة وهي هنا مصلحة المستهلك ، وهذا يمثل تطورا كبيرا في مجال حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية .

حصل تطورا آخر من خلال حماية النظام العام ، باستبعاد الشرط التعسفي من العقد والابقاء على العقد مرتباً لآثاره، عند تغيير عنصر من عناصر العقد الباطل جزئياً، والتحقق من اثار الطابع التعسفي للشرط من قبل قاضي الموضوع من تلقاء نفسه دون حاجة لأقترانه بطلب أحد اطراف الدعوى ، وهذا ما تضمنه قرار (OCEANO) بتاريخ ٢٧ حزيران ٢٠٠٠ الصادر من محكمة العدل الاوربية يتضمن صراحة ذلك، وفي وقائع القضية^(١) ، إن عدداً من المواطنين الأسبان أبرموا كل منهم لأهداف شخصية، عقد شراء موسوعات بالتقسيط، وقد تضمنت كل العقود التي أبرموها بنداً يحدد صلاحية الفصل في أي نزاع ينشأ عن هذه العقود لمحاكم برشلونة التي لم تكن موطناً لأي مشترٍ ولكن يوجد في نطاقها مركز الشركات البائعة. عند عدم دفع الأقساط المستحقة أقامت الشركات الدعوى امام محاكم برشلونة، فقررت الأخيرة التوقف عن البت في النزاع على اساس الشك في اختصاصها في إثارة الطابع التعسفي للبند، وإذا كان بإمكان القاضي الوطني إثارة الطابع التعسفي لبند موضوع تحت تقديره. أصدرت محكمة العدل الاوربية قراراً بشأن ذلك، حيث اعطت الاختصاص لمحاكم برشلونة في النظر في الدعوى حيث محل اقامة الشركات البائعة، وبمقتضى القانون الاسباني يعد شرطاً تعسفياً كل شرط يُدرج في العقود المبرمة بين المستهلك والممتن ويعطي صراحة الاختصاص الى محكمة اقامة المستهلك أو محل تنفيذ التزامه ويقضي اعتباره تبعا ومن أجل ذلك شرطاً غير مكتوب ومن ثم لمحاكم الموضوع أي للقاضي الوطني الاسباني إثارة الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه.

وقد تكرر مضمون القرار أعلاه في قرارات عدة صدرت لاحقاً من المحاكم الفرنسية. أعطت الحق للقاضي في إثارة الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه وهو ما تضمنته المادة (١/١٣٢) التي قضت بأن الشرط التعسفي

(١) د . ريماء فرج مكي، المصدر نفسه، ص ٧٨-٧٩

يعد غير مكتوب وهذا ما يسمح بترجيح مصلحة المستهلكين بمواجهة المحترفين والممتهنين في حال طلبوا تنفيذ هذا الشرط وهذا هو هدف قوانين حماية المستهلك^(١).

يتضح من النص القانوني الواردة أعلاه ، في إطار التشريعات الخاصة بحماية حق المستهلك في فرنسا إنه يترتب على توفر الشرط التعسفي في عقد الاستهلاك بطلان هذا الشرط واستبعاده بحكم القانون دون النظر الى ما ستتجه اليه إرادة المتعاقدين أو احدهما، ويهدف ذلك الى توفير أكبر حماية للمستهلك بالإبقاء على العقد مرتباً لآثاره والحصول على المنفعة المتوخاة منه رغم مخالفة جزء منه للنظام العام وحتى يتجنب الطرف الضعيف الضرر الذي يصيبه عند الحكم ببطلان العقد بأكمله .

وبخصوص موقف المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك ، لم يرد فيه نص خاص يحكم الشرط التعسفي المقتن بعقد الاستهلاك ، وانما رتب مسؤولية المعلن أو المجهز ومكتفياً بذلك بالقواعد العامة في القانون المدني ، التي تنظم المسؤولية والقواعد العامة المتعلقة باقتران العقد بشرط مخالف للنظام العام او الاداب التي تقضي بها المادة (١٣١) منه بفقرتها الثانية^(٢) .

مما يستدعي حث مشرعنا الوطني الى الاخذ بما أتجه إليه المشرع الفرنسي في قانون حماية المستهلك بتحديد الاحكام المترتبة على الشروط التعسفية بصورة صريحة .

لقد أدى إدراج الشروط التعسفية في العقود، إلى أن أصبحت إرادة أحد المتعاقدين وهو عادة المحترف مفروضة على الطرف الآخر، هذا ما دفع مختلف التشريعات للتدخل لتحديد مفهومها، بهدف التضيق على سلطة القاضي في إعادة النظر في مضمون العقد كلما بدا له شرط ما تعسفياً، لا سيما أنه سينحاز لا محالة في أغلب الأحيان إلى جانب الطرف الضعيف.

وهنا ذهب المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك لعام (١٩٩٣) الملغى، إلى تعريفها من خلال نص المادة (٣٥) من القانون رقم (٢٣-٧٨)، فجاء

^(١)C.Roubaix, ١٥avr, ٢٠٠٤, GAZ, PAL, ٢٠٠٤, ٢٥٩١, T.I.Bourganeuf, ٨, déc, ٢٠٠٤, DALLZ, ٢٠٠٥.A.J. ٢٢٧

(٢) نصت المادة (٢/١٣١) على أنه : (٢- كما يجوز ان يقتن العقد بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام أو للأداب وإلا لغى الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضاً).

فيها: ((أن الشرط يكون تعسفياً إذا كان الشرط المدرج مفروض على غير المهني أو المستهلك نتيجة تعسف الطرف الآخر في استعمال سلطته الاقتصادية ، والتي تمنحه منفعة مبالغاً فيها)).

إلا أن هذا التعريف قد وجهت له أسهم الانتقاد من طرف الفقه كونه يعتمد ويقيم تقدير الطابع التعسفي للشرط على معياري التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ومعياري المنفعة المبالغ فيها^(١).

وهو الأمر الذي دفعه إلى تعديل موقفه من خلال القانون رقم (٩٥-٥٦) الصادر في (١) فبراير ١٩٩٥ المعدل لقانون الاستهلاك حيث أضافت المادة الأولى من هذا القانون، للمادة (١٣٢ - ٢/١) من القانون الأول (أنه في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين التي يعتبر موضوعها منح أو خلق عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.^(٢)

ونرى بأن المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠، لم ينص على تعريف الشروط التعسفية أو أنواعها ، ولم يبين حكمها تاركاً ذلك للقواعد العامة الواردة في القانون المدني التي تعالج الشروط التعسفية في عقود الإذعان، بينما جاء قانون حماية المستهلك رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٨ في مصر بنص واضح يمكن عده مواجهة تشريعية مباشرة للشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك إذ جاء في المادة (٢٨) منه : ((يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك، إذا كان من شأنه خفض من التزامات المورد الواردة بهذا القانون أو لائحته التنفيذية أو إعفاؤه منها)) ، والملاحظ من هذا النص أنه نص بشكل مباشر على بطلان الشرط إذا جاء في العقد أو المستند وكان يتضمن تقليل التزامات المورد أو إعفاء مورد السلع أو مقدم الخدمة من أي التزام وهذا

(١) د . انس محمد عبد الغفار، مصدر سابق ، ص ٨٥.

أيضاً د. إبراهيم عبد العزيز داود ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، دراسة تحليلية في ضوء نظرتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك ، مطبعة جامعة طنطا ، ٢٠٠٩، ص ١٢٧ وما بعدها.

(٢) ART ١٣٢-١/٢ (c- consone) : « Dans le contrats conclus entre professionnelle et non Professionnelles ou consommateur sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnelle au du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droit et obligations des parties au contrat ».

نقلاً عن فاطمة الزهراء زيتوني ، مصدر سابق ، ص ٤٨.

مخالف بحد ذاته للقواعد العامة في القانون و التي ترتب على كل طرف من أطراف العقد التزامات مقابل حصوله على حقوقه.

فيما نظم المشرع الفرنسي تلك الشروط التعسفية في القانون الأستهلاك رقم (٩٤٩/ ٩٣) الصادر في ١٩٩٣/٧/٢٦ الذي جاء في المادة (١/١٣٢) المعدلة بموجب قانون (٩٦/٩٥) الصادر في ١٩٩٥/٢/١ بأنه: (في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو مستهلكين تعتبر تعسفية البنود التي تهدف أو يكون من شأنها إنشاء عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات الاطراف في العقد على حساب غير المهني أو المستهلك)، هنا نجد أن المشرع الفرنسي كان موفقاً في بيانه للتعسف الواقع من جانب الطرف الأقوى على الجانب الضعيف والذي أحدث حالة عدم التوازن في الحقوق و الألتزامات وهذا ما يجافي أحكام القانون.

وقد نشأ خلاف في الفقه القانوني حول المعيار الذي يمكن من خلاله وصف الشرط أو البند بالتعسفي، حيث ذهب جانب من الفقه الى الاعتماد على نظرية التعسف في استعمال الحق والمعايير التي جاءت بها، فعندما يتضمن موضوع الشرط احد هذه المعايير يكون شرطاً تعسفياً^(١).

إلا ان الرأي الراجح لا يميل الى هذا الرأي ، إذ يذكر في هذا الصدد ان ما يتعلق بعقود الازعان لا يُعد حقاً شخصياً ينطبق عليه قواعد التعسف في استعمال الحق، لان المشترط (أي من وضع الشرط التعسفي) يمارس هذه السلطة من خلال الواقع وليس من خلال هذا الشخص، لذا يذهب الرأي الراجح في الفقه الى تعسف الموقف الذي نتج عنه الاختلال في التوازن العقدي، إذ

(١) نصت المادة (٧) من القانون المدني العراقي على أنه : ((١ - من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. ٢ - ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية:

أ - اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير.

ب - اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج - اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة))، المتعلقة بالمبدأ العام للتعسف في استعمال الحق والمعايير الثلاث التي تضمنها النص ، تقابلها المادة (٥) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨. وانظر كذلك في الفقه القانوني ، د . ابراهيم سيد احمد، التعسف في استعمال الحق فقهاً وقضاءً، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص٢١٦.

بالرجوع الى نصوص القوانين يتضح بأن هناك معياران الأول هو المعيار الاقتصادي الذي يرتبط به حرفة أحد المتعاقدين أو مهنته، والمعيار الثاني الذي يتعلق بما يحصل عليه أحد طرفي العقد من ميزة فاحشة لا يمكن عادة أن يحصل عليها في هذا العقد، لو كان الأخير خالياً من الاختلال في التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد ، وعلى وفق المعيار الاقتصادي نكون أمام التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية والتقنية للمهني، أي هناك إختلال ناشئ عن فرض أحد طرفي العقد شروطه على الطرف الآخر لكون الاول ذو نفوذ إقتصادي معين أو يمتلك معرفة مهنية أو تفوقاً تقنياً لا يتوفر للطرف الآخر الذي يكون في حالة ضعف مما ينشأ عنه عدم التعادل أو التناسب بين حقوق والتزامات طرفي العقد^(١).

أما بخصوص تعريف عقد الإذعان ، فقد عرفه القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ ، في المادة (١١١٠) على انه: ((عقد الإذعان هو العقد الذي تكون شروطه العامة ، غير القابلة للتفاوض ، محدد سلفاً من قبل احد الاطراف))^(٢).

وبخصوص موقف القانون المدني العراقي ، نجده أتبع منهجاً متطوراً في تنظيم عقد الإذعان بتحديد مفهومه واحكامه ، اذ نصت المادة (١٦٧) منه على انه: ((١- القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة ٢- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به لعدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.)).

وعن موقف القانون المدني المصري ، فقد حدد الكيفية التي يتم بها عقد الإذعان ضمن المادة (١٤٩) ، حيث نصت على أنه: ((إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان يتضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها...))، وهنا النص جاء بمبدأ جواز منح القاضي

(١) محمد بوادلي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود - دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٢٧-١٢٨.

(٢) art. ٢ - ٢٠١٨ du ٢٠١٨-٢٨٧-٢٠١٨ LOI n°١١١٠

Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties .
Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties.

سلطة لتعديل شروط العقد إذا كانت هذه الشروط تعسفية أو له الحق في أن يعفي الطرف المتضرر منها.

وبذلك تُعد عقود الإذعان صيغة من صيغ العقود التي تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد ، يعده الطرف القوي في العلاقة التعاقدية بصورة مفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس لديه إلا الموافقة على جميع الشروط أو الرفض ، دون أن يكون له حق المناقشة أو التعديل أو التغيير .

الفرع الثاني

مواجهة الشروط التعسفية

منح القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة للقاضي سلطة في مواجهة الشروط التعسفية ، ففي الشرط الجزائي يمكن للقاضي ان يعدل الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر الذي سببه الاخلال بالالتزام للدائن، لكون الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي مسبق للتعويض هن الاخلال بالالتزام الاصلي وهذه الصلاحية الممنوحة للقاضي تعد من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على خلافها وهذا ما نجده في النصوص القانونية التي سبقت الاشارة اليها وهي (١٢٣١ ق.م. فرنسي، ٢٢٤ / ف٣ ق.م. مصري، ١٧٠ / ف٢ ق.م. عراقي (١)، فالسلطة الممنوحة للقاضي تمثل ضرورة لمواجهة كل التعسفات التي قد يتسبب فيها التعويض الاتفاقي فلا يمكن ان يتحول الى أداة للاستغلال (٢) ، فالهدف الاقتصادي للعقد والقاعدة الاخلاقية من جانب آخر يتطلبان بالضرورة التعادل والتناسب بين الاداءات ويشكلان اساساً لمبدأ العدالة التعاقدية وهي عدالة تستند الى فكرة التبادل وتتجسد في البحث عن التوازن بين الالتزامات العقدية(٣).

(١) نصت المادة (١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي على انه : (ما لم يكن عدم الأداء نهائياً ، فإن التعويضات مستحقة فقط إذا كان المدين قد سبق للمدين تم إعطاؤك إشعاراً رسمياً لأداء العمل في غضون فترة زمنية معقولة).
٢ - art. ٢٠١٦ - ١٠ février ٢٠١٦ du ١٣١-٢٠١٦ Ordonnance n° ١٢٣١ -

A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable.

(٢) حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الالتزام او التأخر فيه، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٠٦.

(٣) د . ريماء فرج مكي، مصدر سابق، ص ٣١٨، ٣٢٥.

وهذا ما يشار إليه بأنه : " صحيح ان مبدأ سلطان الادارة مبدأ يقضي باحترام ما أشتراطه المتعاقدان من بنود في العقد، إلا إن المنفعة والعدالة تشكلان أساساً للقدرة الملزمة للعقد والبحث في القانون الوضعي عن المنفعة والعدالة يبرر القوة الملزمة للعقد ويحدد شروطها وحدودها، بعبارة أخرى هو يحدد نظام العقد بأكمله، فالعقد لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا لانه نافع وعادل أي متوافق مع العدالة التعاقدية، مما يعني بطريقة غير مباشرة ان العقد مجرد عن قوته الالزامية اذا لم يكن نافعاً اجتماعياً او اذا لم يحترم العدالة التعاقدية التي تقضي بالتوازن بين الاداءات"^(١).

وعليه فانه يجوز للمحكمة ان تخفض من قيمة الشرط الجزائي أو تزيد فيه وفقاً للحالات التي جاءت بها المشرع العراقي والتشريعات المقارنة، ومنها أن تخفض من قيمة الشرط الجزائي اذا كان التقدير مبالغاً فيه الى درجة كبيرة، يختل معها التوازن العقدي ، أو نفذ المدين جزءاً من التزاماته التعاقدية ، وله زيادة قيمة الشرط الجزائي اذا كان الاخلال بتنفيذ الالتزام الاصلي ينسب الى غش أو خطأ جسيم أرتكبه المدين وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط الجزائي وكذلك للقاضي زيادة قيمة التعويض الاتفاقي اذا كانت قيمته من التفاهة بحيث لا يُعد تعويضاً جدياً عن الضرر وهذا ما جاءت به الاحكام الواردة في المواد (١٧٠/ ف٢، ٣ ق.م.عراقي)، (٢٢٤، ٢٢٥ ق.م. مصري) .

اذ أجازت هذه الاحكام للقاضي ان يتدخل في تعديل الشروط المتفق عليها بين طرفيه التي تقدر التعويض ، اذا كانت تتضمن تقديراً مبالغاً فيه او تقديراً زهيداً لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، فاذا تحققت شروط استحقاق التعويض ووجد القاضي تناسباً بين قيمة الشرط الجزائي وبين الضرر حكم بمقتضى الشرط الجزائي دون تعديل في قيمته، وينبغي على المحكمة ملاحظة التناسب بين القيمتين وليس التساوي، اما التعديل في قيمة الشرط الجزائي فيكون عند اختلال ما بين القيمتين^(٢).

(١) J.Ghestin, l'utile et le juste dans les contrats, D. ١٩٨٢, p. ١٤.

نقلاً عن د. ربما فرج مكي ، المصدر نفسه، ص ٣٧٢

(٢) د. عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص ٦٧.

إلا أن تدخل القاضي وسلطته في تعديل قيمة الشرط الجزائي ليست مطلقة بل هي مقيدة في الحالات التي جاء بها المشرع أولاً، ومن جهة أخرى لا يستطيع القاضي التدخل من تلقاء نفسه بأجراء التعديل لإعادة التوازن الى العقد ، وتحقيق العدالة التعاقدية ، وإنما يشترط لذلك طلب أحد طرفي العقد ذلك ، واثبات ما أشرطه المشرع لإجراء ذلك التعديل، وفقاً للمواد (١٧٠/ف٢، ف٣، ق.م. عراقي، ٢٢٤، ٢٢٥ ق.م. مصري)، الا أن المشرع الفرنسي قد سار على منهج آخر ، وهو الاوفق لتحقيق العدالة التعاقدية التبادلية وتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد ، حيث أجرى تعديلاً على المادة (١٢٣١) ، والمادة (١١٥٢) منه ، وذلك في القانون رقم (١٠٩٧/٨٥) الصادر في ١١/تشرين الاول ١٩٨٥ ، والتعديل الصادر في ٩/تموز /١٩٧٥ برقم (٥٩٧/٧٥) ، وبموجب هذا التعديل أصبح بإمكان القاضي الفرنسي اثاره مسألة تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه ، دون أن يتوقف ذلك على طلب من أحد اطراف الدعوى ، كما كان معمولاً به قبل التعديل، وقد سبق الاشارة الى المادة (١٢٣١) التي تضمنت هذا التعديل ،، ولكن يشترط حتى يمكن للقاضي الفرنسي التدخل في تعديل قيمة الشرط الجزائي ، أن تكون قيمته باهظة او زهيدة، وهذا ما جاءت محكمة النقض الفرنسية، حيث جاء في قرار لها ((لايمكن لقضاة الموضوع وبهدف تخفيض قيمة الشرط الجزائي أن يقتصروا في قرارهم على التصريح بأنها كانت مرتفعة قليلاً وإنما يجب ان يبحثوا في ما اذا كانت تلك القيمة باهظة بشكل ظاهر)^(١)، بينما كان الحكم قبل التعديل الصادر في ١٩٨٥ يستلزم تقدم أحد أطراف الدعوى لإجراء التعديل أي كما هو معمول به في القانون المدني العراقي . وقد أوجب القضاء الفرنسي أن يقوم قضاة الموضوع بتعليل وبيان الاسباب عندما يحددوا التدخل في التعديل بالزيادة او النقصان، ويجب عليهم تبرير ما اذا كانت قيمة الشرط الجزائي باهظة تستوجب نقصانه ام زهيدة تستوجب زيادته ، وهذا ما يتضح صراحة في القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية رقم (٤) الصادر في ١٤/١١/١٩٩٥ .

أما اذا كان قرار محكمة الموضوع برفض تعديل قيمة الشرط الجزائي بالزيادة أو النقصان فلا يكون قاضي الموضوع ملزماً بتبرير قراره في رفض

(١) نقض محكمة النقض الفرنسية، الفرقة المدنية الاولى /١٤/١١/١٩٩٥ في النشرة المدنية الاولى، رقم ٤١٢

نقلا عن دالوز ٢٠٠٩ العربية، تعليقا على المادة ١١٥٢ .

تعديل والتدخل في زيادة قيمة الشرط الجزائي او انقاصه وهذا واضح في قرار لمحكمة النقض الفرنسي جاء فيه : ((قاضي الموضوع ليس ملزماً بتعليل قراره تعليلاً خاصاً عندما يرفض لمجرد تطبيق الاتفاق ان يعدل قيمة الشرط الجزائي المحددة فيه جزافاً))^(١).

ويرجع هذا الاختلاف في وجوب التعليل والتسبيب بين حالة قبول القاضي او رفضه لتعديل العقد، وهذا راجع لسلطة القاضي في التدخل في تعديل شروط العقد بزيادة او انقاص قيمة الشرط الجزائي لأنها تعد ذو طابع استثنائي لان الاصل هو مبدأ سلطان الارادة وان العقد يجب ان ينفذ كما اتفق عليه، لذا فإن غياب التعليل الكافي والواضح يعرض قرار محكمة الموضوع للنقض من قبل المحكمة العليا^(٢).

وفيما يتعلق بالقضاء العراقي ، نجد أن قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق ، فأنها تبين وجوب تنفيذ الشرط الجزائي ، بحسب شروط واجب توافرها فيه ، كونه تعويض يجب توافر شروط استحقاقه الاربعة من ، خطأ وضرر وعلاقة سببية وتوجيه الاعذار وحالات تعديل العقد، وبخصوص تدخل القاضي بتعديل العقد من تلقاء نفسه ام لا، وسلطته في تعليل أحكامه عند التدخل في تعديل العقد ، بزيادة قيمة الشرط الجزائي أو تخفيضه ، فلم تبينها هذه القرارات، ومنها، القرار الصادر في ١٩٧٤/١/٢٢ جاء فيه ((لا يحكم المدين بالتعويض الاتفاقي اذا أثبت ان الدائن لم يلحقه ضرر))^(٣) ، وفي قرار آخر صادر في ١٩٧٤/٧/٢٣ جاء فيه ((لا يجوز الحكم بأكثر من قيمة الشرط الجزائي إلا اذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأ جسيم))^(٤) .

وبخصوص الحكم بالنسبة للقضاء المصري ، فهو الاخر لم يبين سوى بيان حالات الشرط الجزائي من زيادة او نقصان ، وتوافر شروط استحقاق الشرط الجزائي الاربعة ، أما مسألة تدخل القاضي من تلقاء نفسه ، وسلطته في تعليل

(١) قرار لمحكمة النقض الفرنسية، الفرقة المدنية الاولى، ٢٦ / ٦ / ٢٠٠١، النشرة المدنية الاولى رقم ١٩١، نقلا عن دالوز، ٢٠٠٩ العربية، تعليقا على المادة ١١٥٢ .

(٢) د . ريماء فرج مكي، مصدر سابق، ص ١٢٤، ١٢٥.

(٣) منشور في النشرة القضائية، العدد الاول، السنة الخامسة، ص ٩٤. نقلا عن ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، بغداد، ١٩٨٨، ص ٢٧٤.

(٤) منشور في النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، ص ٣٣. نقلا عن ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص ٢٧٧.

احكامه عند التدخل في تعديل العقد بالزيادة او النقصان، فلم تبينها هذه القرارات^(١).

يتضح مما تقدم بأن للقاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي ، اما بزيادة او نقصانه وحسب الحالات التي حددها المشرع ، ولكنها مقيدة في القانون المدني العراقي بطلب يقدم الى المحكمة من احد اطراف الدعوى ولا يمكن للقاضي التدخل بتعديله من تلقاء نفسه ، وكان الاجدر بالمشرع ان يعطي للقاضي سلطة التدخل بتعديل الشرط بغض النظر عن طلب الاطراف بأعتباره يمثل المصلحة العامة .

أما بشأن سلطة القاضي في التدخل بتعديل الشروط التعسفية او الغائها في عقد الازعان ، نجد أن القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ قد نص في المادة (١١٧١) منه على انه : (يعتبر كأن لم يكن كل شرط في عقد الازعان يرتب اختلالا واضحا في التوازن بين حقوق والتزامات اطراف العقد ، لا يرد تقدير الاختلال الواضح في التوازن على المحل الرئيسي للعقد ولا على ملائمة الثمن للأداء)^(٢).

وحسناً فعل المشرع الفرنسي في القانون المدني لعام ٢٠١٦، عندما أتاح للقاضي إمكانية التدخل في الغاء كل شرط يؤدي الى اختلال التوازن العقدي ، بأعتبارها فكرة واسعة ، تساهم بشكل كبير بتطور نظرية العقد ، لكن ما يلاحظ عليه هنا ، أنه لم ينص على إمكانية تعديل الشرط بدل الغائه ، إذ كان الاجدر به أن ينص على ذلك ، لأن في بعض الاحيان يمكن أن يتحقق التوازن العقدي بتعديل الشرط بدل الغائه .

وبالرجوع لموقف القانون المدني العراقي ، نجده أجاز للقاضي التدخل في العقد من ناحية تعديل او الغاء الشروط التعسفية في عقد الازعان ، وذلك تقييداً لمبدأ الحرية التعاقدية ، اذ نصت الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) على انه : ((اذا تم التعاقد بطريق الازعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ،جاز

(١) نقض ١٩٦٣/٦/١٢ رقم ١١٣ في مجموعة احكام النقض، السنة ١٤، ص ٨٠٤ . دار القضاء العالي، عام

١٩٦٣، نقض ١٩٦٧/١١/١٤، مجموعة احكام النقض، السنة ١٨، دار القضاء العالي عام ١٩٩٨.

(٢) Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite .
L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك))، يتضح من نص المادة أعلاه أنها انتهجت منهجاً متطوراً، إذ اجازت وبصورة صريحة للمحكمة أن تتدخل بالعقد لتعدل الشروط التعسفية ، أو تعفي الطرف المذعن منها طبقاً لما تقتضيه مبادئ العدالة ، ولا يجوز الاتفاق على تقييد هذه السلطة الممنوحة للمحكمة.

أما عن موقف القانون المصري محل المقارنة ، فإنه قد نص على ذلك في المادة (١٤٩) التي جاء فيها: ((إذا تم العقد بطريق الأذعان وكان يتضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك))، وهذا يدل على عدالة القانون في تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الأذعان من خلال منحه القاضي سلطة للتعديل أو الأعفاء.

وخلاصة القول، أن مشرعنا والمشرع المصري أجاز التدخل في شروط العقد ، بتعديلها أو الغائها ، وهذا غير متوقف على ارادة الاطراف ، وجعل هذه السلطة من النظام العام ، وقد خرج بذلك عن المفهوم الكلاسيكي للتعاقد مما ساهم كثيراً في تطور مفهوم التعاقد ، وما ترتب عليه من امكانية تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي في عقود الادعان .

الفرع الثالث

الغاء الشروط المفرغة للالتزام

أستحدث المشرع عند تعديله للقانون المدني الفرنسي عام ٢٠١٦، آلية جديدة للحد من الشروط التي يمكن أن تقترن بالعقد ، وبالتالي الحد من سلطان الارادة، اذ نصت المادة(١١٧٠) منه على انه :((يعتبر كأن لم يكن كل شرط يفرغ الالتزام الاساسي للمدين من مضمونه))^(١)، بالتحليل الدقيق لنص هذه المادة يظهر مدى اقترابها من المبادئ التي كرستها المادة (١١٧١) من نفس القانون المتعلقة بالشروط التعسفية في عقود الادعان ، فكلاهما تشكلان منفذاً لتدخل القاضي ببعض الشروط التي تشكل بنظره انتهاكاً لمبدأ العدالة العقدية ،

art. ٢٠١٦- ١٠février ٢٠١٦°du ١٣١-٢٠١٦ Ordonnance n ١١٧٠ (١)

Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.

فالقاضي هو الذي يتحقق ما إذا كان الشرط معفي من المسؤولية أم لا ، وبهذا يسهم بشكل أو بآخر في تطوير نظرية العقد.

فقد جاءت هذه المادة (١١٧٠) فرنسي، لتعتبر أن الشرط الذي يفرغ الالتزام الرئيسي للمدين من مضمونه يعد غير مكتوب^(١).

وقد جاءت هذه المادة لأول مرة في القانون المدني الفرنسي بتعديله لسنة ٢٠١٦، دون أن تضع تعريفاً محدداً لهذه الشروط، إلا أنها خصيصاً تطبق على الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية ، كذلك على الشروط المحددة للتعويض، ويجدر تمييز هذه الشروط المعفية عن الشرط الجزائي نظراً لإمكانية الخلط فيما بينهما ، ويختلف هذا النوع من الشروط عن الشرط الجزائي، الذي يوضع بشكل مسبق ويشمل الأضرار المستحقة في حالة عدم التنفيذ.

فالشرط الجزائي هو " إتفاق يحدد بموجبه المتعاقدين سلفاً سواء في العقد أو بموجب وثيقة مستقلة قيمة التعويض الذي يتحمله أحد الأطراف الذي لم ينفذ التزامه أو تأخر في تنفيذه" ، فهو يعد بمثابة تعيين إتفاقي من قبل الأطراف للتعويض عن عدم التنفيذ والتأخر فيه وما يترتب من الضرر أي باختصار تعويضاً اتفاقياً^(٢).

والوجه الذي يميز الشرط الجزائي عن الشرط المحدد للمسؤولية، هو أنه في الشرط المحدد للمسؤولية عندما يكون الضرر أقل من المعدل المتفق عليه^(٣)، ففي هذه الحالة لا يمكن للدائن أن يطالب إلا بالتعويض المساوي للضرر الواقع فعلياً.

أما عند إدراج شرط جزائي فيتم تحديد مبلغ التعويض بشكل جزافي ، ويحق للدائن المطالبة بهذا التعويض مهما كان الضرر، ولا يمكن للمدين أن يرفض دفع المبلغ بحجة أن الضرر أقل من المبلغ المحدد، إلا أنه في قرار صادر عن محكمة النقض التجارية بتاريخ ١٨ كانون الأول ٢٠٠٧، أعتبر أن الشرط الذي لا يحدد بشكل مقطوع التعويض إنما يحدد سقفاً للتعويض ، يكون شرطاً مقيداً للمسؤولية لا شرطاً جزائياً^(٤).

(١) حسين عبدالله عبد الرضا الكلابي ، مرجع سابق، ص ٢١٤.

(٢) د . هدى عبدالله، مصدر سابق، ص ٣٣٣.

(٣) نور الصباح مزبحم، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٤) د . عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، العدد الاول، كانون الثاني ١٩٦٠، ص ١٧.

وبحسب المادة (١١٥٠) قبل التعديل التي تعتبر أن المدين فقط يعتبر مسؤولاً عن الأضرار التي تم توقعها أو كان من الممكن توقعها عند إبرام العقد، بالتالي لا تعتبر صحيحة الشروط المحددة للمسؤولية إلا في حالات استثنائية ينص عليها القانون، هذا ما جاء بالقرار الصادر في ١٩ كانون الأول ١٩٨٢ رقم ٨٠-١٥.(١).

ثم جاء الفقه ليفترض سوء نية البائع في العقود المبرمة ما بين ممتن وغير ممتن بحيث لا يمكن للبائع إعفاء نفسه من هذا الضمان وبذلك يكون قد عطل من إمكانية أعمال الشرط المعفي من المسؤولية(٢).

فعلى سبيل المثال جاء قرار Chronopost الصادر بتاريخ ٢٢ تشرين الأول ١٩٩٦ ، إذ قامت المحكمة باستبعاد الشروط التي تعد تعسفية محددة للمسؤولية ، وتلخص وقائعه بأن إحدى الشركات Bancheriau ترغب في الاشتراك بإحدى المزايدات فأرسلت بريدها بواسطة النقل السريع عبر Chronopost ، إلا أن الشركة لم توصل البريد بالوقت المحدد، فتقدم المدعي بدعوى ضد شركة التوصيل للمطالبة بالتعويض.

رفضت محكمة الاستئناف الطلب ، مستندة إلى أن المدعي عليه لم يرتكب أي خطأ فادح وجسيم ، عندما امتنع عن إرسال المزايدة في اليوم التالي قبل الظهر، فالعقد يتضمن شرط يتعلق بتحديد المسؤولية، فعلى الشركة بذل العناية الكافية لتوصيل البريد، وعند وقوع ضرر نتيجة عدم احترام المدة المحددة، فإن الشركة مسؤولة عن بدل النقل فقط(٣) .

إلا أن محكمة النقض رفضت ذلك ، معتبرة أن التخلف عن السرعة في التوصيل يتناقض مع الالتزام بالتسليم ، وأن التأخر في التسليم شكل خطأ فادح وجسيم ، وأن ذلك يؤدي إلى إلغاء العقد ، وإلغاء الشرط المحدد للمسؤولية واعتباره كأنه لم يكن.

(١) جان سمتس وكارولان كالوم، ترجمة أ.د. نبيل مهدي زوين، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٢) أرسنوت أرتيموس، إنخفاض قيمة العملة وتأثيره في حقوق المتعاقدين والمتقاضين، مجلة العدل، ١٩٨٨، ص ٧.

(٣) جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، مصدر سابق، ص ٢٦٧.

وهذا الإتجاه اعتمد أيضاً في العقود الإلكترونية في قرار صادر في ١٣ كانون الأول ٢٠١٦، حيث قضت محكمة الاستئناف بمنع تطبيق الشروط المحددة للمسؤولية.

تجدر الإشارة ، أنه يصعب على القاضي تعديل الشروط التي تفرغ الالتزام ، إنما يمكنه فقط أن يلغيها.

الا أننا نلاحظ في قرار الغرفة التجارية الصادر في ٧ شباط ٢٠١٨، أنه قام بإعادة إحياء الشروط المحددة للمسؤولية حيث اعتبر أن هذه المواد تطبق عند إلغاء العقد لعدم التنفيذ. فبعد تقصير المقاول في تنفيذ العقد، قام الطرف الآخر بإنهاء العقد مع دفع التعويض^(١). الا أن المقاول استند إلى الشرط المحدد للمسؤولية المدرج في العقد معتبراً أن مسؤوليته تطال فقط الثمن المحدد في العقد. فإن محكمة الاستئناف ألغت في قرارها البند المحدد للمسؤولية، الا أن محكمة النقض اعتبرت أنه في حالة إلغاء العقد، فإن البنود المحددة للمسؤولية تكون قائمة غير ملغاة.

ونلاحظ أن المادة (١١٧٠) المستحدثة في القانون المدني الفرنسي ، بخلاف المادة (١١٧١)، المطبقة على عقود الإذعان، لم تحدد أنواع العقود التي يمكن أن تطبق عليها ، بل جاءت مطلقة ، وهذا يمنح القاضي مرونة في مجال تطبيقها ، ولم تحدد الشروط التي تفرغ الالتزام الأساسي من مضمونه ، كما أنها لم تحدد مفهوم الالتزام الأساسي، ولم يأخذ القانون المدني العراقي بمثل احكام هذه المادة المشار اليها اعلاه.

المطلب الثاني

المفهوم المتطور لنظرية الظروف الطارئة

للتعرف على التطور الحديث لهذه النظرية في اطار القانون المدني الفرنسي ، لابد لنا من الوقوف على المراحل التي مرت بها في اطار هذا القانون اذ انتقلت من مرحلة الرفض الى القبول .

(١) محمد عرفان الخطيب، مرجع سابق، ص ٣٨١.

اذ شهدت هذه النظرية باعتبارها الية لمعالجة اختلال التوازن العقدي نتيجة تغير ظروف التنفيذ، في الآونة الأخيرة تطورا مهما تجاوز الانتقادات التي اخذت على المفهوم التقليدي لها^(١) .

مؤدى هذه النظرية أن تعترض بعد إبرام العقد المستمر وقبل تمام تنفيذه حوادث ، أو ظروف استثنائية عامة لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها أو دفعها، من شأنها أن يصبح تنفيذ الإلتزام - وإن ظل ممكنا - مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، فيسمح للقاضي بناء على طلب المدين، وبعد الموازنة بين مصلحته ومصلحة مدينه ، أن يرد إلتزامه إلى الحد المعقول، الذي يرفع عنه الحرج البالغ والعنت الشديد^(٢).

ويرى رأي، أن نظرية الظرف الطارئ تقترب من نظرية القوة القاهرة وذلك نظرا لكون كل من الظرف الطارئ والقوة القاهرة لا يمكن توقعها. إلا أن الخلاف الجوهرى بينهما يكمن في أن الظرف الطارئ عند تحققه يؤدي إلى جعل الإلتزام مرهقا في التنفيذ، ولا يعفي المدين كليا من تنفيذ إلتزامه وإنما يؤدي ذلك إلى تعديله وذلك بتوزيع تبعه الحادث بين الدائن والمدين، أما القوة القاهرة فتحققها يؤدي إلى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، إستحالة مطلقة مما يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام، فيتحمل الدائن تبعه الهلاك كليا^(٣).

ولدراسة ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الاول لدراسة تعريف نظرية الظروف الطارئة ، والثاني فسنخصصه لدراسة شروط اعمال نظرية الظروف الطارئة ، اما الثالث فسنخصصه لدراسة اثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

الفرع الأول

تعريف نظرية الظروف الطارئة

تعد الظروف الطارئة من النظام العام، أذ لا يجوز الإتفاق على مخالفة أحكامها من قبل المتعاقدين ، و تتشابه نظرية الظروف الطارئة مع نظرية الإستغلال التي بدورها تؤدي إلى إعادة التوازن بين ألتزامات المتعاقدين، لكنهما

(١) د. منى أبو بكر حسان، الاتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢٢، ص ٣٨.

(٢) د . عصمت عبد المجيد، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٩٣، ص ١٠٥ وما بعدها.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٢١٣.

يختلفان من حيث كون نظرية الظروف الطارئة، تؤدي إلى إعادة التوازن بين التزامات ناتجة عن حادث غير متوقع، أما نظرية الاستغلال تؤدي إلى إعادة التوازن في التزامات ناتجة عن استغلال طرف قوي في العقد لطرف ضعيف^(١).

ونظرية الظروف الطارئة لا ترفع الغبن عن المدين المرهق كلياً وإنما إلى الحد المعقول ، أما نظرية الاستغلال ترفع كل الغبن على المتعاقد المغبون. والقاضي في نظرية الظروف الطارئة له سلطات أوسع منها في نظرية الغبن، إذ يجوز له أن يعدل من التزامات المدين المرهق إلى درجة زوال الإرهاق، إما بإنقاص التزامات الطرف المرهق أو بزيادة التزامات الدائن، في حين تبدو سلطته في نظرية الغبن مقتصرة على إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون^(٢).

وبالرجوع للأساس القانوني لتطور هذه النظرية لدى المشرع الفرنسي ، نجده أخذ به في مشروع كاتالا لعام ٢٠٠٥ فقد تضمن في المواد (١١٣٥-١١٣٥، ٢-١، ١١٣٥، ٣) على أنه (في العقود ذات التنفيذ المتتالي أو المتدرج، يمكن للأطراف التعهد بالتفاوض من أجل تعديل اتفاقهم في الحالة التي يترتب فيها على أثر الظروف اختلال التوازن الأساسي لاداءات المتبادلة، بما من شأنه أن يفقد العقد كل قيمة بالنسبة لأحد طرفيه).

أما مشروع وزارة العدل الفرنسية لسنة ٢٠٠٨ إذ نصت المادة (١١٩٦)^(٣) على أنه (إذا صار تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد المتعاقدين بسبب تغير الظروف غير المتوقعة عند إبرام العقد، ولم يقبل المتعاقد تحمل هذا الخطر ، فيمكن طلب إعادة التفاوض مع استمراره في تنفيذ التزاماته طيلة فترة التفاوض)^(٤) ، ويتضح من المشروع أنه نظم مسألة تغير الظروف عند تنفيذ العقد على نحو

(١) د نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام مصدر سابق، ص ٢٨٦

كذلك د . اسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، فقرة ١٥٥ ، مصدر سابق ، ص ٣١٤.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق ، ص ٥١٥.

(٣) art. ١١٩٦ - Ordonnance n°٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦.

Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat .

Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.

(٤) د. منى أبي بكر حسان ، المصدر السابق، ص ٧٦.

مغاير لما قرره مشروع كاتالا ، إذ استبعد نص المادة (١١٩٦) سلطة القاضي بإجراء مفاوضات جديدة بناء على طلب المتعاقد المرهق ، بينما نجد ان المشروع كاتالا منح القاضي في حالة رفض او فشل التفاوض التدخل لتعديل العقد.

وبخصوص تعديل القانون المدني الفرنسي ٢٠١٦ ، فقد أورد المشرع نصاً مستحدثاً بتنظيم نظرية الظروف الطارئة لأول مرة ، أستاذاً لنص المادة (١١٩٥) التي جاء فيها: (إذا حدث تغير في الظروف ، غير ممكن التوقع عند إبرام العقد ، تجعل التنفيذ مرهقاً بدرجة كبيرة لأحد الطرفين ، والذي لم يكن قد قبل تحمل المخاطر ، فإن للأخير أن يطالب باعادة التفاوض بشأن العقد ، ويستمر بتنفيذ التزامه طوال مدة اعادة التفاوض).

وبإقرار هذه النظرية ، أصبح للمتعهدين والقاضي دور في معالجة اختلال التوازن العقدي الناشئ عن تغير الظروف ، ليترك الامر للأطراف لإعادة التفاوض ، وفي حالة فشلهم ، يسعى بالتدخل للتوفيق بين الطرفين ، بناء على طلبهم ، او انتهاء العقد.

ويترك أمر تحديد الظروف ، وتقسيماتها إلى الفقه. والظرف الطارئ يمكن أن يكون حادثة طبيعية، مثل الزلازل والبراكين والفيضانات والسيول، و يمكن أن يكون عملاً إنسانياً، مثل الحروب والثورات كما يمكن أن يكون واقعة مادية بحتة مثل إصابة المحاصيل بأفة زراعية، ونزول المطر، كما يمكن أن يكون إجراءات تشريعياً، أو إدارياً مثل صدور القوانين الإجتماعية بزيادة الأجور والمرتبات والتقلبات الاقتصادية بزيادة الأسعار^(١).

ولا يفوتنا ان ننوه ان الشريعة الإسلامية سبقت غيرها من الشرائع بالأخذ بالنظرية ، لأن الأخيرة تقيم أحكامها على أساس العدالة والمنفعة ، والرأفة بالناس ورفع الحرج عنهم، وعرفت تطبيقات مختلفة لها، أهمها الإعذار في الإيجار والمزارعة والمساقات للعدر عند الحنفية ، والجوائح في بيع الثمار حيث ينقص الثمن بقدر معين عند الملكية والحنابلية^(٢)، وهكذا أخذ الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة من قبل أن تعرف في الفقه الغربي .

(١) حمدي إسماعيل سلطح، مصدر سابق ، ص ٢٣١-٢٣٢.

(٢) أحمد الصويحي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، المجلد الثالث، العدد الثاني، سنة ٢٠٠٧، ص ١٧٢.

وفي هذا الإطار ، نجد ان القانون المدني العراقي ، سبق القانون المدني الفرنسي بالأخذ بهذه النظرية في المادة (٢/١٤٦) ، اذ نصت على انه (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها، إن تنفيذ الإلتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) .

أما القانون المصري فنجده قد أخذ بهذه النظرية وذلك من خلال نص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ التي جاء فيها (ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وسد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

وتعد فرنسا أشهر الدول عناداً في رفض تطبيق النظرية وأكثرها حرصاً على التمسك بنظرية القوة الملزمة للعقد، واعتبرت أن النظرية في حقيقتها ما هي إلا ثغرة ينفذ منها القاضي للعقد فينال من قوته الإلزامية ولذلك لم تقر النظرية لا فقهاً ولا قضاء، حيث أبنت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقدا يرجع إلى القرن السادس عشر في قضية قنال كرابون (canal crapon)^(١).

في حين أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي حيث قال الأستاذ لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٢ أن نظرية

(١) في عام ١٥٦٧ تعهد المهندس آدم كرابون (adam crapon) بإرواء الأراضي العائدة لسكان بليسان (pelissanne) لقاء مبلغ مقطوع بعملة ذلك الزمان وبعد مضي ثلاثة قرون أضحي هذا المبلغ زهيدا فتقدم الماركيز دو كالفيه (marquis de califet) الذي آلت إليه ملكية القنال إلى محكمة آكس (aix) وطلب تعديل العقد وألزم المنتفعين من القنال بأجر إضافي فاستجابت المحكمة لطلبه. ولكن محكمة النقض الفرنسية أصدرت يوم ٦ مارس ١٨٧٦ قراراً بنقضه وأقامت حجتها في نقض هذا الحكم على القوة الملزمة للعقد التي لا يجوز أن تنال منها الظروف الطارئة. أشار إليه محمد رشيد قباني نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث مقارن، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، لبنان العدد الثاني، السنة الثانية، ص ٣٣.

الضرورة في الفقه الإسلامي يعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف المقارنة^(١). كما أصدر القضاء الإداري حكماً في ٣٠ يونيو ١٩١٦ حيث أجاز فيه لشركة الغاز في مدينة بوردو برفع سعر التوريد لأن ظرفاً إستثنائياً وهو الحرب أدى إلى إرتفاع التكاليف.

الفرع الثاني

شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة

يمكن أن نلخص شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في ثلاث نقاط أساسية وهي: منها ما يتعلق بطبيعة العقد (أولاً) ومنها ما يتعلق بطبيعة الحادث وأوصافه (ثانياً) ومنها ما يتعلق بأثر الحادث (ثالثاً) .

أولاً: من حيث طبيعة العقد:

بالنسبة للعقود التي تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة، فإن الفقه بهذا الصدد أنقسم إلى مذهبين، مذهب يضيق من تطبيق هذه النظرية، ومذهب يوسع في مدى تطبيقها.

أ- المذهب الضيق:

يشترط أنصار هذا المذهب لتطبيق النظرية، أن يكون العقد محل تطبيق النظرية عقد مدة^(٢) ، لأن هذا الأخير ينطوي عندهم على خاصيتين.

١-خاصية التعاقب: ومؤداها أن عقد المدة يتضمن جملة من الاداءات التي يعقب بعضها بعضاً، وتعتبر كل منها عملاً لعقد قائم بذاته، وبذلك تكون عقود متعاقبة بقدر الاداءات المتعاقبة.

٢-خاصية التقابل : ومؤداها أن هناك توازناً بين الاداءات المتعاقبة.

وعلى هذا الأساس ذهب أنصار هذا الرأي ، وعلى رأسهم الأستاذ محمد عرفة ، إلى أن كل عقد مدة إنما وينطوي على شرط ضمني مؤداه ألا تتغير، طوال

(١) فاضلي إدريس، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٢)عقد المدة أو العقد الزمني هو ذلك العقد الذي يكون فيه عنصر الزمن عنصراً جوهرياً حيث تقاس به التزامات المتعاقدين أو محل العقد، فتكون التزامات المتعاقدين مقترنة دائماً بالزمن، ومن خصائص هذه العقود ان تنفيذها يستمر مدة من الزمن كالإنتفاع بالعين المؤجرة الذي يستمر طوال المدة المتفق عليها.

انظر في ذلك علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مصدر سابق، ص ٧٠

هذه المدة الظروف التي كانت موجودة أول ما أنعقد العقد، أي أن يظل التقابل الذي كان قائماً وقت انعقاد العقد موجوداً في كل فترات وجود هذا العقد، فإذا طرأت ظروف من شأنها زوال هذا التوازن وجب أن يزول العقد .

أما العقد الفوري^(١)، حسب هذا المذهب لا يصح أن تنطبق عليه نظرية الظروف الطارئة، حتى ولو كان تنفيذه مؤجلاً إلى المستقبل أو كان تنفيذه مجزئاً على عدة سنوات، وذلك راجع إلى أن تنفيذ هذا العقد في كلتا الحالتين يعتبر كلا لا يتجزأ.

ب - المذهب الموسع:

ويرى أنصار هذا المذهب أن نظرية الظروف الطارئة، نظرية قائمة بذاتها، بعيدة عن عقود المدة، وأنه لا يشترط لتطبيقها إلا شرط واحد وهو ألا يتحد وقت إنعقاد العقد ووقت تنفيذه.

ومن ثمة فكما يمكن أن تنطبق هذه النظرية على عقود المدة لأنها أولى العقود التي لا يتعاصر، ولا يمكن أن يتعاصر وقت التنفيذ ووقت الانعقاد فيها، كذلك يمكن أن تنطبق على العقود الفورية التي يربحاً تنفيذه إلى المستقبل^(٢).

وبدورنا نميل إلى المذهب الثاني القائل بأن نظرية الظروف الطارئة تنطبق على جميع العقود سواء كانت من عقود المدة أو من العقود الفورية لكن تنفيذهما يتراخى إلى المستقبل.

أما العقود التي يتم تنفيذه فور انعقادها، فلا مجال فيها لأعمال نظرية الظروف الطارئة بل يصح أن يطبق بشأنها نظرية الإستهلال^(٣).

(١) العقد الفوري هو العقد الذي يحدد فيه التزامات المتعاقدين بغض النظر عن وقت تنفيذهما، بحيث لا يؤثر الزمن على مقدار الالتزامات، التي يترتبها العقد على عاتق المتعاقدين ويتم عادة تنفيذ هذه العقود دفعة واحدة وعلى الفور، مما يبرر تسميتها هذه كبيع جريده مثلاً. انظر في ذلك علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٢) أشار الأستاذ أحمد السنهاوري في مقال نشره في مجلة للمحاماة "إن نظرية الظروف الطارئة تنطبق حتى ولو لم يكن العقد متراخياً في تنفيذه إذا كان الطرف الطارئ قد وقع بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه لأن النظرية إنما تقوم في مرحلة تنفيذ العقد فلا يحول دون تطبيقها إلا أن يكون العقد قد نفذ قبل وقوع الطرف الطارئ أو يكون الدائن قد أعذر المدين، أشار إليه أحمد الصويغي شلييك، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٣) استدل أصحاب هذا الرأي بدليل عقلي وقالو: "لاشك في أن الغالب الأعم في تطبيق هذه النظرية أن يمر وقت بين العقد وتنفيذه وهذا ما يقع في عقود المدة والعقود ذات الطبيعة الفورية المؤجلة التنفيذ، ولكن هذا الغالب لا يحول دون النادر القليل، فقد يقع الحادث

وما يجدر الإشارة إليه بهذا الصدد أنه يجب استبعاد العقود الاحتمالية^(١) وعقود المضاربة في البورصة من نطاق تطبيق النظرية، فمثل هذه العقود يفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح مهما كانت الخسارة جسيمة أو الربح كبيراً.

وفي جميع الأحوال لا تطبق هذه النظرية إذا تراخى تنفيذ الإلتزام بخطأ من المدين، إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصير تسبب فيه^(٢).

ولم يفرق الفقه بين العقود الملزمة للجانبين، أو العقود الملزمة لجانب واحد^(٣)، في شأن تطبيق النظرية فهي تطبق في كلتا النوعين على السواء، إذ لا وجود لشرط يمنع من تطبيقها على نوع دون الآخر، وأنه ليس من الحكمة أن يزيل المشرع^(٤)، الإرهاق عن مدين دون آخر لمجرد أن الإلتزام العقدي الذي يتحمله لا يوجد التزاماً آخر يقابله. وبخصوص موقف المشرع الفرنسي في تعديل القانون المدني ٢٠١٦، نجده في المادة (١١٩٥) لم يحدد نطاق تطبيق النظرية سواء في العقود المستمرة أو الفورية التنفيذ إذا كان تنفيذها مؤجلاً، وبهذا يمكننا القول الى امكانية الاخذ بالاثنتين معاً.

ثانياً: من حيث طبيعة الحادث وأوصافه:

بغض النظر عن نوع الحادث الإستثنائي سواء كان حرباً أو زلزالاً، حتى ينطبق عليه وصف ظرف طارئ يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

أ- أن يكون الحادث إستثنائياً:

ومفاده أن يكون الحادث الطارئ غير مألوف ونادر الوقوع، كالفيضانات، الزلازل والحروب، ويعد الزلزال حادثاً إستثنائياً إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة، بينما لا يعتبر كذلك إذا وقع في منطقة اعتادت على التعرض له، أي

الإستثنائي بعد صدور العقد الفوري مباشرة فيجب أن لا يمتنع تطبيق هذه النظرية في هذا المجال" أنظر في ذلك أحمد الصويعي شليبيك، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(١) حمدي محمد اسماعيل سلطح، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

(٢) أنور سلطان وجلال العدوي، مصدر سابق، ص ٢٤٦.

(٣) العقود الملزمة للجانبين أو العقود التبادلية هي العقود التي تنشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين مثل عقد البيع أما العقود الملزمة لجانب واحد فهي التي تنشئ التزاماً في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر، كالوصية، الوعد بالجائزة. فاضلي ادريس، مصدر سابق، ص ٤٤.

(٤) جميلة بولحية، مصدر سابق، ص ١٠١.

وصف الإستثنائية يقتصر على الحادث ذاته^(١) والمعيار الذي تقاس به الإستثنائية هو أثر الظروف، فقد يكون الظرف الطارئ عادياً مألوفاً، لكن النتائج المترتبة عنه تؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد، وتجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً للمدين^(٢)، إذ اشترط ذلك القانون المدني العراقي في المادة (٢/١٤٦) والمادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري محل المقارنة.

وبالأخذ بالمفهوم المتطور لهذه النظرية الذي اخذ به القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، نجده لم يشترط ان يكون الحادث استثنائياً ، وهذا ما يوسع من سلطة القاضي في التدخل بالعقد من اجل تحقيق التوازن العقدي ، اذا حصل فيه اختلال .

ب- أن يكون الحادث الإستثنائي عام:

أي أن لا يكون الحادث الإستثنائي خاصاً بالمدين وحده، بل يجب أن يشمل فئة من الناس لأن إفلاس المدين، أو هلاك بضاعته، لا تكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، والمعيار المعتمد في تحديد عمومية الظرف الطارئ هو المعيار الشخصي، الذي يتحدد بعدد الأشخاص الذين يتأثرون بهذا الظرف، أو يتحدد بمقدار الإقليمية التي تأثرت بذات الظروف^(٣). وهذا ما اخذ به القانون المدني العراقي في المادة (٢/١٤٦) منه . وعلى خلاف ذلك ، لم يشترط القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ ، ان يكون الحادث عاماً.

ج- تغير غير متوقع في ظروف التعاقد اثناء التنفيذ:

يكون الحادث الإستثنائي غير متوقع، إذا لم يكن في وسع المتعاقدين، وعلى وجه الخصوص المتعاقدين المدين، توقعه وقت إبرام العقد، وإلا احتاط لذلك^(٤). وعموماً فإن توقع الحادث الطارئ مسألة نسبية، فما هو متوقع بالنسبة لشخص قد يكون غير متوقع بالنسبة لشخص آخر، وهو الأمر الذي يطرح

(١) حسبوا الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، مطبعة الجيزة الإسكندرية ١٩٧٩، ص ٣٠٧ .

(٢) جميلة بولحية، مصدر سابق ص ١١٣ .

(٣) حسبوا لفزاري، مصدر سابق، ص ٣١٣ .

(٤) علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، مصدر سابق، ط ١، ٢٠١٠، ص ٣٤٧ .

مشكلة المعيار الذي ينبغي أن يعتمد، لتقدير توقع أو عدم توقع الحادث الطارئ^(١).

والمعيار المتفق عليه هنا هو المعيار الموضوعي، الذي يكون أكثر انسجاماً مع نظرية الظروف الطارئة والذي يقوم على أساس النظر للرجل العادي وليس من وجهة نظر المتعاقد الشخصية. وعليه إذا كان المدين أثناء إبرام العقد لم يكن بوسعه توقع الحادث الإستثنائي وكان في إمكان الشخص العادي توقعه، فلا مجال لأعمال نظرية الظروف الطارئة .

ومثال ذلك، إذا تم إبرام العقد والحالة الدولية تنذر بنشوب حرب، بحيث يستطيع الشخص العادي توقع قيامها، بينما يغفل المدين عن ذلك^(٢). كما يشترط في الحادث الغير متوقع، أن لا يستطيع المدين تفاديه أو دفعه عن نفسه أو حتى التقليل من آثاره.

هذا ما جاءت به المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي بتعديله لسنة ٢٠١٦، إذ اكتفت اشتراط عدم التوقع وقت إبرام العقد ، مما يمنح افضلية انص القانون المدني الفرنسي ، من ناحية استيعابه لأي تغير غير متوقع في الظروف حتى وان كانت خاصة بالمدين كحالة عجزه او مرضه ، او عدم استطاعته تجهيز السلعة بسبب توقف خط انتاجها.

ثالثاً/ ان يكون التنفيذ مرهقاً بدرجة كبيرة لاحد الطرفين: يشترط في هذا الأخير^(٣)، أن يؤدي هذا الحادث إلى جعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، ومعناه أن الحادث الإستثنائي يهدد المدين بخسارة فادحة مما يؤدي إلى إرهاب في تنفيذ إلتزامه دون إستحالة التنفيذ.

والمعيار المعتمد في تحديد وتقدير الخسارة هو المعيار الموضوعي المرن، والذي لا ينظر فيه إلى الشخص المدين وظروفه الخاصة، وإنما بالنظر إلى الصفة التي أبرمها المدين، فيحقق الإرهاب إذا كان الفرق كبيراً بين قيمة

(١) جميلة بولحية ، مصدر سابق ص ١٢٠.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المصري، واللبناني والسوري، والعراقي والليبي والكويتي والسوداني، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٧٤ ص ٤٨٤.

(٣) حسب الرسول الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدي في القانون المقارن، اطروحة دكتوراه / كلية الحقوق بجامعة القاهرة، مطبعة الجيزة، الاسكندرية، ١٩٧٩، ص ٥٣٨.

الإلتزام المحددة في العقد، وقيمة العقد الفعلية عند التنفيذ، ولو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء.

أما بخصوص مقدار الإرهاق فقد أكتفى المشرع بوصفه بالخسارة الفادحة، وهو معيار مرن ليس له مقدار ثابت، يتغير بتغير الظروف والأحوال، وقد يختلف بين ظرف لظرف ومن مدين لمدين، فما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لمدين آخر لأن الخسارة تتأثر بتبدل الظروف^(١)، ومنه فإن سكوت المشرع معناه ضمنا أنه خول للقاضي سلطة تعديل العقد أثناء التنفيذ، بسبب الاختلال في التوازن العقدي.

وهنا جاءت المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، لتأخذ بهذا الشرط وذلك لان التفاوت في الاداءات يؤدي الى اختلال التوازن العقدي ، وبالتالي يمكن للأطراف او للقاضي السلطة في التدخل من اجل اعادة هذا التوازن ، وهذا ما يتوافق مع التطورات الحاصلة على النظرية العامة للعقد .

رابعا/عدم قبول تحمل المخاطر:

اشترطت المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، عدم قبول المتعاقد على تحمل تبعة تغير الظروف ، وبالتالي يجوز له ان يشترط عدم تحمله لأي تغير اثناء تنفيذ العقد، وعلى خلاف ذلك اتجه القانون المدني العراقي ، اذ جاء في المادة (١٤٦) ان كل اتفاق على خلاف الاحكام العامة لنظرية الظروف الطارئة يعد باطلا لكونها من النظام العام.

وكان الاجدر بالقانون المدني الفرنسي ان يأخذ بما هو عليه الحال في قانوننا المدني ، وذلك لانها اكثر عدالة مما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي .

(١) الخسارة الفادحة « هي تلك التي تخرج عن حدود المؤلف وتجعل الإلتزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضرب من الظلم.» انظر في ذلك اسعد الكوراني (نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية) مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد الأول، السنة الأربعون ص ٢٤١.

الفرع الثالث

اثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة

ترفع المحكمة الارهاق عن المدين بإنقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول بحسب تعبير القانون المدني العراقي ، وكان الاولى بالمشرع ان يأخذ بتعبير ترفع الارهاق ، لان الارهاق قد يزول اذا تم منح مهلة للتنفيذ، ويرفع كذلك اما بزيادة التزامات الدائن او بإنقاص التزامات المدين ، فزيادة التزامات الدائن تكون بزيادة السعر مثلا، وانقاص التزامات المدين تكون بانقاص الكمية التي تعهد بتوريدها مثلا^(١) .

وتجدر الإشارة الى ان القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ ، في المادة (١١٩٥) منه ، اوجد آلية يكون بمقتضاها طرفا العقد والقاضي شركاء في مواجهة اثر التغير غير المتوقع للظروف اثناء تنفيذ العقد ، عبر ثلاث مراحل .

الأولى ، يمكن من خلالها طلب احد المتعاقدين من الاخر إعادة التفاوض بشأن العقد ، لكنها لم تحدد كيفية تقديم الطلب والمدة اللازمة لتقديمه ، وهذا يعد تطورا لافتا في مجال تطوير نظرية الظروف الاستثنائية لأنه يؤدي الى معالجة اختلال التوازن العقدي حتى ولم يتفق عليه الاطراف المتعاقدة ابتداء عند التعاقد ، من خلال عدة معالجات يمكن من خلالها وقف تنفيذ العقد لمدة محددة لتلافي الظروف الاستثنائية^(٢).

الثانية ، تتمثل بطلب فسخ العقد ، او الطلب بتطويع العقد ، وهذا لا يتم الا بعد المرور بالمرحلة الأولى ، وهنا يقع التزام على الأطراف بتقديمهم طلب إعادة التفاوض والدخول بالمفاوضات ، ومن ثم فشل هذه المفاوضات ، حتى يسمح لهم للمطالبة بفسخ العقد ، او المطالبة بالملاءمة القضائية للتوفيق بينهما تبعا للظروف المستجدة .

الثالثة ، يستطيع من خلالها الاطراف او احدهما ، الطلب من القاضي التدخل لمراجعة العقد ، او انهاءه ، وهنا يمارس القاضي سلطه غير محدده في

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ، ص ١٦٣ .

(٢) للاطلاع ينظر: اسيل باقر جاسم ، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية) كلية القانون ، جامعة بابل، ص ١٥ وما بعدها .

مراجعة العقد ، مما يعني ان القانون المدني الفرنسي سمح للقاضي ان يتخذ وسائل عديدة لمواجهة اختلال التوازن العقدي ، من بينها زيادة التزامات الدائن او انقاص التزامات المدين ، على خلاف ما هو عليه الحال في المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري ، التي حددت سلطة القاضي بانقاص الالتزامات الى الحد المعقول ، وعليه ندعو المشرع العراقي الى الاخذ بما اتجه اليه القانون المدني الفرنسي بتعديل عام ٢٠١٦ ، عند تعديل قانوننا المدني.

الفصل الثالث

الفصل الثالث

فسخ العقد في ضوء الاتجاهات القانونية الحديثة

على مستوى جزاء عدم تنفيذ العقد، أو الإخلال به ، نجد تعدد مظاهر تطور نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام ٢٠١٦ ، فقد نظم بموجب هذه التعديلات الجديدة الدفع بعدم التنفيذ ، بموجب المادة (١٢١٩)^(١) ، وحدد مفهوم الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي بحسب المادة (١٢٢٠)^(٢) ، ووضع تنظيمًا قانونيًا للفسخ الاتفاقي بموجب الشرط الفاسخ الصريح ، بحسب المواد (١٢٢٤/١٢٢٥)^(٣) وكرس امكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، وجعله طريقاً

(١) المادة: ١٢١٩ الصادرة بالأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ المؤرخ في ١٠ فبراير / شباط ٢٠١٦ نصت على انه: ((يجوز لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه ، حتى عندما يكون مستحقاً ، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه ، إذا كان عدم التنفيذ هذا جسيماً بما فيه الكفاية)).

٢ - art. ٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ - Ordonnance n° ١٢١٩

Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.

(٢) المادة: ١٢٢٠ أمر رقم ٢٠١٦-١٣١ مؤرخ في ١٠ فبراير / شباط ٢٠١٦ نصت على انه: ((يجوز لأي طرف تعليق أداء التزامه بمجرد أن يتضح أن الطرف المتعاقد معه لا يفعل ذلك لن يعمل في تاريخ الاستحقاق وأن عواقب عدم الأداء خطيرة بما يكفي بالنسبة له. يجب إخطار هذا التعليق في أقرب وقت ممكن)).

٢ - art. ٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ - Ordonnance n° ١٢٢٠

Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais.

(٣) المادة ١٢٢٤ من الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ المؤرخ في ١٠ فبراير / شباط ٢٠١٦ نصت على انه: ((ينتج الفسخ إما عن تطبيق الشرط الفاسخ أو ، في حالة عدم التنفيذ الجسيم بما فيه الكفاية، عن إخطار الدائن للمدين أو عن قرار من المحكمة)).

٢ - art. ٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ - Ordonnance n° ١٢٢٤

La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

موازياً لطرق الفسخ الأخرى ، بعد أن كان استثنائياً بحسب المفهوم التقليدي لنظرية العقد ، مما استدعى أن نركز موضوع بحثنا في هذا الفصل على هذا النوع من الفسخ ، لكون الطرق الأخرى منصوص عليها في أغلب القوانين باعتبارها تمثل إحدى أوجه القوة الملزمة للعقد ، وخصت لها الكثير من الكتابات الفقهية ، وتأسيساً على ذلك سنقسم هذا الفصل على ثلاث مباحث ، نخصص الأول لدراسة فكرة فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، والمبحث الثاني سنخصصه لدراسة التأييد القضائي للفسخ بالإرادة المنفردة ، أما المبحث الثالث فنخصصه لدراسة الموقف القانوني من الفسخ بالإرادة المنفردة والرقابة القضائية عليه .

المبحث الأول

فكرة فسخ العقد بالإرادة المنفردة

لم يقتصر تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ ، على بسط سلطة القاضي في التدخل بالعقد ، إنما قام بتوسيع سلطة الإرادة المنفردة في الفسخ بصورة صريحة ، بعد أن كان الفسخ من الصلاحيات الحصرية للمحكمة ، التي يقدم من إليها طلب الفسخ ، وتكون هنالك رقابة قضائية سابقة على الفسخ ، يتقرر من خلالها الفسخ من عدمه بحسب المفهوم التقليدي للفسخ .

ويلاحظ من خلال التعديل أنه رجح حماية مصلحة جميع أطراف العقد ، على حماية مصلحة طرف واحد ، عبر السماح للإرادة المنفردة بالتدخل في فسخ العقد بالإرادة المنفردة دون الرجوع إلى غيرها ، وهذا يمثل تجديداً للمفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد.

اما المادة ١٢٢٥ من الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ المؤرخ ١٠ فبراير / شباط ٢٠١٦ نصت على أنه: ((يحدد الشرط الفاسخ الالتزامات التي سيؤدي عدم تنفيذها إلى فسخ العقد. إذا لم يتم الاتفاق على أن الإعذار يتحقق بمجرد عدم التنفيذ ، فيكون الفسخ مقترناً بإعذار باطل. لا ينتج الإعذار أثراً إلا إذا ذكر الشرط الفاسخ صراحةً)).

١٢٢٥ Ordonnance n°٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ – art. ٢

La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat .

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.

وتماشياً مع ما تم ذكره ، بخصوص فكرة فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، الاول سنخصصه لدراسة مفهوم الفسخ بالإرادة المنفردة ، اما الثاني سنخصصه لدراسة تمييز سلطة الارادة المنفردة بفسخ العقد من غيرها.

المطلب الأول

مفهوم الفسخ بالإرادة المنفردة

في ضوء التوجهات التشريعية الحديثة لنظرية العقد، بما يتعلق بإقرار الفسخ بالإرادة المنفردة ، لابد لنا من متابعة المواقف التشريعية الممهدة لتعديل القانون المدني الفرنسي بحسب التسلسل التاريخي لها ، ونقصد بهذا الخصوص مشروعات القوانين لتعديل القانون المدني الفرنسي وعلى وجه التحديد، المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات لعام ٢٠٠٥، وقانون وزارة العدل الفرنسية لعام ٢٠٠٨، والمرسوم الاشتراعي لتعديل القانون المدني لعام ٢٠١٦، اذ اختلفت الموقف التشريعية من الاخذ بفكرة الفسخ بالإرادة المنفردة من عدمه .

وللتعرف على ذلك ، سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الاول دراسة تعريف الفسخ بالإرادة المنفردة ، اما الثاني سنخصصه لدراسة المبررات التشريعية التي ادت الى الاخذ بالفسخ بالإرادة المنفردة .

الفرع الأول

تعريف الفسخ بالإرادة المنفردة

في العقد الملزم للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما عليه من التزام ناشئ عن العقد، جاز للمتعاقد الآخر أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فيمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام، حتى يقوم الأول بالوفاء بما عليه، وفي هذه الحالة يقف تنفيذ الالتزام مع بقاء العقد قائماً، لكن قد لا يقنع المتعاقد بمثل هذا الموقف السلبي، فيكون له أن يلجأ إلى طلب التنفيذ العيني الجبري ؛ لاستيفاء حقه عيناً، غير أن الوصول إلى هذه النتيجة قد يطول أمده، وقد يُحمل طالب التنفيذ ما لا يطيق ولا يرجو، أو لا يراه المتعاقد مجدياً له أو محققاً لما كان يرغبه أصلاً ، فيفضل بالتالي، أن يتحلل من العقد ومن الالتزامات التي يرتبها عليه، فيكون طريقه إلى ذلك، اللجوء إلى الفسخ^(١).

(١) أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، جامعة اربد، الأردن، ٢٠٠٣، ص ١١١.

ولتحديد الفسخ بمعناه العام فيقصد به ((جزاء يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفي العقد للالتزامه)) ، فالعقد ينشأ ويرتب آثاره القانونية، إلا إن أحد طرفي هذا العقد يتخلف عن تنفيذ التزامه، فيكون والحال هذه للعاقدين الآخر طلب فسخ العقد، على أن الفسخ لا يرد إلا على العقود الملزمة للجانبين، ويترتب على الفسخ زوال العقد بأثر رجعي ، وتنص المادة (١٢١٧) من القانون المدني الفرنسي على أنه (يمكن للطرف الذي لم ينفذ التعهد المعقود لصالحه، أو تم تنفيذه بشكل منقوص أن: يعمل على فسخ العقد)^(١).

الفسخ هو حق للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا ما أخل المتعاقد الآخر بالتزاماته في حل الرابطة العقدية لكي يتحلل هو من التزاماته. والفسخ على هذا النحو يحمل معنى الجزاء بالنسبة للمتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزاماته، ويكون هدفه إزالة الرابطة العقدية.

أما التشريع العراقي، فلم يوضح المقصود بالفسخ ، وإنما أشار الى الوقت الذي يمكن لأحد أطراف العقد يطلب فسخه ، حيث نصت المادة (١/١٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه : (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقدين الآخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى...) .

وبخصوص التشريع المصري ، محل المقارنة فإنه لم يضع مفهوم محدد للفسخ ، وإنما أشار إلى هذا المعنى في الفقرة الأولى من المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري بأنه : (١- في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ...) وهذا النص يدل على أن المشرع قد منح الطرف الآخر بالعقد حرية الاختيار بين أن يطالب بتنفيذ العقد من الطرف المتعاقد ، أو فسخ العقد لكن وضع شرط وهو أعذار الآخر .

(١) La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ؛
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ؛
- obtenir une réduction du prix ؛
- provoquer la résolution du contrat ؛
- demander réparation des conséquences de l'inexécution .

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

كما أن نص المادة (١٥٨) من القانون المصري قد اشار الى دور المشرع في منح المتعاقدين حرية إنهاء العقد وفسخه عند عدم التنفيذ دونما حاجة الى اللجوء الى القضاء والحصول على حكم قضائي.

وأيضاً أن نص المادة (١٦٠) من القانون المدني المصري ، قد نصت على أنه (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد...) ، والملاحظ على النصوص اعلاه أن المشرع يمنح الأطراف المتعاقدة حرية في اختيار الأجراء الذي يوفر الأمان لكلا الطرفين في الالتزامات العقدية .

نشير بداية الى ان الفسخ بالإرادة المنفردة لا يهدف إلى إنجاز الرابطة التعاقدية وترتيب آثارها، وإنما تطوير فكرة القوة الملزمة للعقد، وإزالة آثارها بعد تمامها على نحو صحيح؛ وذلك نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام الناشئ عنها، ولا شك أن الفسخ بهذا المعنى وأياً كان الأساس الذي يستند إليه^(١) ، يقوم على اعتبارات تملئها العدالة وحسن النية ، فالعدالة تأبى أن يلتزم شخص بعقد لم ينفذه المتعاقد معه.

هذا وإذا كان عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، هو الشرط الأساسي لإمكان فسخ العقد، فلا بد للدائن بحسب المفهوم التقليدي ، أن يلجأ إلى القضاء بطلب الفسخ، تكريساً للقوة الملزمة للعقد فلا يمكن نقض الرابطة العقدية بإرادة

(١) راجع في الأسس الفنية المختلفة التي قيل بها لتبرير نظرية الفسخ كل من ، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت (بدون تاريخ) ص ٦٩٤ وما بعدها.

د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام - ١ - العقد والإرادة المنفردة، مكتبة عبد الله و ١٩٦٦ ص ٣٢٣ وما بعدها.

د. عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول مصادر الالتزام مكتبة عبد الله وهبه ١٩٧٥ ص ٤٨٤ وما بعدها.

د. على نجيدة النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول، مصادر الالتزام دار النهضة العربية ٢٠٠٤/٢ ص ٢٩٥ وما بعدها.

د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ١٩٨٨ ص ٦ وما بعدها.

د. علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ، دراسة مقارنة دكتوراه كلية الحقوق جامعة طنطا ٢٠٠٦ ص ٢٨٢ وما بعدها.

أحد المتعاقدين، وبما أن الدائن لم يحصل على هدفه من وراء إبرام العقد، فلا بد له أن يرفع دعوى أمام القضاء ؛ ليستصدر منه حكماً بفسخ العقد.

وفي سبيل تطوير نظرية العقد ، لابد من اعتماد عدة تجارب تؤدي الى امكانية الاخذ بفكرة الفسخ بالإرادة المنفردة، باعتبارها مكملًا، للفسخ القضائي، وما يتضمنه هذا النوع من الفسخ من مزايا مقارنة بالفسخ القضائي، واستجابته لضروريات عملية هامة تتعلق بالسرعة والمرونة وقلّة التكلفة والجهد ، يصعب على الفسخ القضائي مراعاتها^(١).

وبخصوص القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام (٢٠١٦) حسنا فعل ، عندما استحدث تنظيم قانوني للفسخ بالإرادة المنفردة ، وهو لم يكن يعرفه تقنين نابليون ، بالرغم من اعتراف القضاء الفرنسي به^(٢).

يبدو أن للمزايا الكثيرة التي يتميز بها هذا النوع من الفسخ كانت هي الدافع الرئيسي وراء التحولات الأساسية التي شهدتها القضاء الفرنسي الحديث، وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية، بشأن الاخذ بالفسخ بالإرادة المنفردة .

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية ، بحكم صادر عن غرفتها المدنية الأولى بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٨ ، أن لأحد المتعاقدين أن ينهي العقد بإرادته المنفردة، وذلك في حالة جسامه سلوك المتعاقد معه، حيث قضت بصياغة مبدئية، بأن جسامه سلوك أحد المتعاقدين تبرر للمتعاقد الآخر أن ينهي العقد، على مسؤوليته، بإرادته المنفردة^(٣).

ولا شك أن القضاء الفرنسي، كان قد أقر قبل هذا التاريخ بكثير بحق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة في حالات متعددة، ولكن هذه الحالات بقيت في إطار الاستثناء ، الذي يؤكد أن الأصل في الفسخ أنه قضائي.

لكن الملاحظ أن قضاء محكمة النقض الفرنسية الجديد، المشار إليه، لم يأت في إطار استثناء، بل يؤكد الفقه الذي تناول هذا القضاء أن صياغة هذا القضاء جاءت صياغة عامة تؤكد مبدأ متطور، وتخرج عن مضمون

(١) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٦ ، ص ٤٦.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٣) د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ ، ص ٥٩٩.

الاستثناءات السابق إقرارها والمعروفة منذ زمن بعيد، وتؤكد هذا المبدأ، بعد أن توالت أحكام محكمة النقض الفرنسية المؤكدة لقضائها، الصادر عام ١٩٩٨. وإذا كان البعض من الفقه قد تردد في التأكيد على أن هذا القضاء قد أرسى مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، على أساس أن ما صدر من أحكام من محكمة النقض في هذا الصدد، كان صادراً عن غرفتها المدنية الأولى فقط، فلا شك أن هذا الاعتراض لم يعد جائزاً القول به الآن؛ بعد أن تؤكد هذا القضاء من خلال أحكام الغرفة المدنية الثالثة والغرفة التجارية لهذه المحكمة.

هذا، وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية، قد استطاعت التوصل إلى إقرار حق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة وهذا ما عليه الحال في ظل القانون المدني العراقي، الذي انتهج نهج القانون المدني الفرنسي، في اعتبار الفسخ القضائي هو الأصل.

نتيجة للتساؤلات العديدة، التي يثيرها توجه القضاء الجديد، بخصوص الفسخ بالإرادة المنفردة ، تجلعه جديراً بالدراسة في محاولة لاستجلاء أبعاده المختلفة.

والواقع أن أهمية دراسة هذا النوع من الفسخ، تبدو كذلك، من ناحية تعاصره مع توجهات تشريعية حديثة في القانون الفرنسي، انتهى بالإقرار التشريعي الصريح لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، باعتباره خطوة هامة للتكريس التشريعي للفسخ بالإرادة المنفردة.

وعليه يمكن تعريف الفسخ بالإرادة المنفردة : ((هو إنهاء الرابطة العقدية من قبل الدائن وعلى مسؤوليته بعد اخطار المدين بتنفيذ التزامه او اعذاره بحسب الاحوال)).

الفرع الثاني

مبررات الاخذ بفكرة فسخ العقد بالإرادة المنفردة

نتيجة لتمسك محكمة النقض الفرنسية، بغرفها المختلفة لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، في حال عدم التنفيذ وتأيد الفقه لذلك^(١)، وتزايد أعداد الدول التي تقرر تشريعاتها الحديثة هذا النوع من الفسخ، اتجه الموقف التشريعي في

(١) العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول ، التصرف القانوني - العقد والإرادة المنفردة- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠١، ص ١٢١.

فرنسا بتعديل القانون المدني لعام ٢٠١٦، نحو إقرار هذا المبدأ ، ما يؤكد أن لهذا الفسخ من المزايا تساهم في تطور نظرية العقد ، لا يوفرها الفسخ في صورته التقليدية، أي ذلك الفسخ الذي يقع أصلاً بحكم من القاضي ، ويمكن اجمال الأسباب الداعية لتأييد الفسخ بالإرادة المنفردة، بما يلي:

اولاً/ الفسخ بالإرادة المنفردة يسهم في الحد من كثرة الدعاوى القضائية، ويقلل من التكاليف والوقت، بما يعود بالنفع المؤكد لتحقيق العدل، فتتحقق بالتالي، من خلاله المصلحة العامة.

والملاحظ أن بعض الفقه الفرنسي ، يعترض على ذلك، ويرى أن الفسخ بالإرادة المنفردة ليس له مثل هذا الأثر ؛ ذلك أن رقابة القضاء في هذه الحالة باقية، وإن أصبحت رقابة لاحقة. ويمكن القول بأن الفسخ بالإرادة المنفردة من شأنه تقليل عدد الدعاوى القضائية، لا طائل منه، لأنه أمر لم يتم التحقق منه، وبضيف أنه أياً كان نظام الفسخ المتبع لإنهاء الرابطة العقدية، فإنه يعود دائماً إلى القاضي متى كان الفسخ محلاً للمنازعة، وأن الفرق الوحيد يبدو في، أن تدخل القاضي يكون سابقاً على إنهاء الرابطة في حالة، ولاحقاً على ذلك في الفسخ بالإرادة المنفردة.

الواقع أن محاولة نفي الميزة التي نتناولها هنا عن الفسخ بالإرادة المنفردة يبدو غير مقنع. فلا شك أن الفسخ بالإرادة المنفردة لا يعني إلغاء إمكانية الرجوع إلى القضاء، بقصد المنازعة في الفسخ الذي تم، ولكن من المؤكد أنه يؤدي إلى تقليل عدد الدعاوى القضائية، مقارنة بالفسخ القضائي. ففي حالة تعدد الدائنين، ويريد البعض فسخ عقودهم لعدم قيام مدينهم بتنفيذ التزاماتهم، ففي ظل نظام الفسخ القضائي لابد من قيامهم بالمطالبة القضائية بالفسخ ، وفي فرض آخر عند عدم الاتفاق على شرط فاسخ صريح من قبل جميع الدائنين يتعين عليهم جميعاً رفع دعاوى قضائية بعددهم للمطالبة بالفسخ، في المقابل فإنه في ظل نظام يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة فقط، فإن المدينين الذي ينازعون في صحة الفسخ الذي تم ، هم الذين سيلجؤون إلى القضاء، ولا شك أن هناك فرصة مؤكدة، في أن عدداً غير قليل من المدينين لن ينازع في الفسخ الذي تم ، وبالتالي يسهم ذلك في تقليل عدد الدعاوى، في ظل نظام الفسخ بالإرادة المنفردة عنه في حال الفسخ القضائي إضافة إلى ما سبق، فإن

الفسخ بالإرادة المنفردة يبدو أكثر عدالة، بالنسبة للدائن، مقارنة بنظام الفسخ القضائي^(١).

ثانياً / الفسخ بالإرادة المنفردة ينسجم مع مبادئ العدالة ، فلا شك أن الدائن، عندما يدخل في العلاقة العقدية مع المدين؛ انما يقصد منها الحصول على منفعة وراء تعاقد، وتحقيق غايات معينة ، وهو لا يتعاقد إلا على أساس توقعه المشروع، بأن ما التزم به المدين سيتم تنفيذه. وبالتالي فإنه حين لا يتم تنفيذ عقد تم إبرامه على نحو صحيح، فإن الدائن لم يتحقق له المنفعة المشروعة المتوخاة من تعاقد، وعندما يريد فسخ العقد نتيجة ذلك ، يلقى على عاتق الدائن عبء إضافي ، لمطالبته باللجوء الى القاضي بطلب فسخ العقد، وانتظار صدور حكم بالفسخ من عدمه ، وتحميل الدائن مزيداً من الضرر، لوضع المدين أمام المسؤولية التعاقدية ، من خلال ما تقدم يمكننا القول ان الأولى، والأكثر عدالة، أن يلقى بعبء اللجوء إلى القضاء على عاتق المدين، لأنه قام بالإخلال الجسيم بالعقد، ويسمح بتحقيق هذا هو الفسخ بالإرادة المنفردة.

ويكون على المدين أن يلجأ إلى القضاء، إذا اعترض على صحة الفسخ من قبل الدائن ، ولا شك أن الدائن العادي لا يلجأ إلى فسخ العقد إلا إذا كان حصوله على ما يبتغيه من العقد قد فات بسبب عدم التنفيذ من قبل المدين، او اخل به ، وبالتالي فإنه إذا كان المدين يرغب في تفادي هذا الفسخ واللجوء إلى القضاء، فما عليه إلا أن ينفذ العقد تنفيذاً صحيحاً، أي بحسب ما تم الاتفاق عليه^(٢).

ثالثاً/ ان الفسخ بالإرادة المنفردة، يأخذ في الاعتبار الواقع العملي، أكثر من الفسخ القضائي، ذلك أن كثيراً من العقود يتم فسخها من الناحية العملية من قبل الدائن؛ بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته، ودون تدخل مسبق من القضاء، وإذا كان القضاء في بعض أحكامه يُذكر بأن الفسخ يجب أن يطلب من القضاء ، ذلك يمنع من أن الفسخ القضائي يبقى أمراً نادراً مقارنة بالعدد

(١) د. عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية ، الطبعة الثالثة، دون ذكر دار نشر، ص ٢٢٢.

(٢) عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ٢٠٠١، ص ٢٢٢.

الهام من حالات الفسخ بالإرادة المنفردة، التي تتم عملياً دون تدخل مسبق من القضاء، ودون إثارة أية صعوبات في الواقع العملي الفسخ بالإرادة المنفردة، هو كذلك أكثر فعالية من الناحية الاقتصادية مقارنة بالفسخ القضائي. فالدائن في ظل الفسخ القضائي عليه، في حال عدم التنفيذ من قبل المدين، أن يتحلى بقدر هائل من المسؤولية، فعليه أن يلجأ إلى القاضي بطلب الحكم بالفسخ، والبقاء في حالة ترقب فيما يتعلق بمصير العقد، الذي لم يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وذلك إلى أن يصدر حكم القاضي بالفسخ من عدمه.

أما فيما يتعلق بالفسخ بالإرادة المنفردة، فإنه يكون للدائن أن يتخذ قراره فوراً، ويكون له أن يتعاقد مع آخر، ويحقق الأهداف، التي أخفق في تحقيقها، من خلال العقد الذي فسخه بإرادته إضافة إلى ما يعنيه ذلك من اقتصاد في الوقت والجهد والمال^(١)، وهي اعتبارات توجب العلاقات التعاقدية مراعاتها قانوناً، وعلى الرغم من هذه المزايا التي يحققها الفسخ بالإرادة المنفردة، في حال عدم التنفيذ، فإن بعض الفقه لا يزال يعبر عن تفضيله نظام الفسخ القضائي، ويرى أن الفسخ بالإرادة المنفردة، ليس له ميزة سوى أنه يراعي في حقيقته مصالح الدائن وحده. فالفسخ بالإرادة المنفردة، بحسب هذا الجانب من الفقه، يتضمن ميزة أساسية تتمثل في تدعيم مصالح الدائن، مقارنة بحالة الفسخ القضائي، حيث يضع هذا الفسخ، الدائن في مركز قوة، في مواجهة المدين حال منازعة الأخير في الفسخ الذي تحقق. فالفسخ بالإرادة المنفردة، يجعل الدائن في مركز، من الناحية القانونية، والواقعية.

فمن الناحية القانونية، فلأن الفسخ يعتبر قد تم، منذ تاريخ اتخاذ الدائن قرار الفسخ، وليس من تاريخ حكم القاضي، في حال ما إذا نازع المدين في قرار الدائن بالفسخ، بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية هامة، أبرزها أنه يكون للدائن حق استرداد ما قد يكون أداه، تنفيذاً، للعقد منذ تاريخ قراره الفسخ، وكذلك يكون هذا التاريخ هو المعتمد، فيما يتعلق بحقه في الثمار.

أما من الناحية الواقعية، فإن تمييز الدائن ومراعاة مصالحه يتأتى من أنه في حال منازعة المدين في الفسخ الذي أوقعه الدائن بإرادته المنفردة، الدائن في

(١) خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ١٣٢.

مركز قوة في مواجهة القاضي فالفسخ يكون قد وقع بالفعل، وغالباً ما يكون الدائن قد رتب أوضاعه، على نحو يصعب معه إعادة الحال إلى ما كان عليه، قبل قرار الفسخ، إذا ما رغب القاضي في اعتبار الفسخ كأن لم يكن، والحكم باستمرار العلاقة العقدية نتيجة ما ارتأه من أن الفسخ الذي أوقعه الدائن لم يكن مبرراً ، وبالتالي فلن يكون أمام القاضي إلا الرضوخ للأمر الواقع، الذي أنشأه الدائن بإرادته فلن يحكم إلا بالتعويض، وبمعنى آخر، يقول الفقه الذي نعرض له، يكون الدائن بقرار الفسخ، قد حدد هو مصير العلاقة العقدية بصفة نهائية.

لذلك يرى هذا الجانب من الفقه أن الحديث عن فعالية الفسخ بالإرادة المنفردة ليس حقيقياً، فلا يزال للقاضي دور يمارسه ، يتمثل بالرقابة اللاحقة على الفسخ ، بالإضافة الى ان الدعوى يترتب عليها مصروفات ، وبالتالي فإن الفرق الحقيقي بين الفسخ القضائي، والفسخ بالإرادة المنفردة، لا يكون إلا في إعادة مصلحة الدائن في النوع الأخير من الفسخ ، وتغليب مصلحته على مصلحة المدين ونعتقد أن ما يأخذه هذا الجانب من الفقه على نظام الفسخ بالإرادة المنفردة من أنه يحقق مصلحة الدائن وحده، هو في الواقع تعبير يمثل عدم القناعة بهذا النوع الفسخ ، وما قد يتضمنه من احتمال التعسف من قبل الدائن، في اتخاذ قراره بفسخ العقد، للتدخل من الرابطة العقدية في حالة وجود أي تقصير من قبل المدين، أكثر من كونه انتقاداً لنظام الفسخ بالإرادة المنفردة في ذاته، ولتفادي هذه الاشكاليات نجد من الضروري معالجتها وعلى النحو الآتي :

١- تحديد الضوابط الواجب توافرها لإعمال الفسخ بالإرادة المنفردة ، بالاعتماد على الجوانب الموضوعية للتعاقد، للشروط الواجب ذكرها وبناء على اسباب جديّة معقولة .

٢- النظر الى مضمون الالتزام التعاقدي بصورة عامة ، من اجل الوصول الى التوازن بين مصالح الدائن والمدين ، ولا يمكن القول أنه يحقق مصلحة الدائن وحده.

٣- نرى ان من اهم الضمانات التي تمنع التعسف في استعمال سلطة الفسخ بالإرادة المنفردة هي الرقابة القضائية اللاحقة على ايقاع الفسخ.

المطلب الثاني

تميز سلطة الإرادة المنفردة بفسخ العقد من غيرها

جاء تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، في المادة (١٢١٧)^(١) منه ، لمنح عدة خيارات للمتعاقد الى جانب الفسخ بالإرادة المنفردة ، اذا لم ينفذ لصالحه المتعاقد ، ما هو متفق عليه ، أو تم الاخلال بالتنفيذ ، فيمكنه ان يمتنع عن تنفيذ التزامه او يتوقف عن التنفيذ ، او يطلب التنفيذ العيني ، او يطلب تخفيض الثمن ، كما يمكن الجمع بين هذه الخيارات غير المتعارضة، ويجوز دائماً إضافة التعويض إليها، مع امكانية المطالبة بإلغاء العقد.

بخصوص تخفيض الثمن ، يعد تكريساً لتطور نظرية العقد ، وتقليلاً لحالات الفسخ ، باعتباره غير محبذ في نظرية العقد ، لأننا عندما نتعاقد نهدف الى التنفيذ وليس الفسخ ، مع الإشارة إلى أن هذا لم يدرج كأول مرة في تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، بل جاء في عدة مواد من مشروعات تعديل هذا القانون ، اذ اعتمد في حالات معينة ، والى جانب ذلك يمكن للمتعاقد ان يختار الغاء العقد .

(١) المادة ١٢١٧ من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ نصت على انه: ((يجوز للطرف الذي لم يتم

تنفيذ الالتزام تجاهه، أو تم تنفيذه بشكل غير كامل أن:

- رفض تنفيذ التزامه أو تعليق تنفيذه ؛
- يسعى الى التنفيذ الجبري العيني للالتزام ؛
- يطلب تخفيض في الثمن ؛
- يطلب فسخ العقد ؛
- المطالبة بالتعويض عن نتائج عدم التنفيذ.

يجوز الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة ؛ يجوز إضافة التعويض إليها دائماً)).

١٢١٧LOI n°٢٠١٨-٢٨٧ du ٢٠ avril ٢٠١٨ - art. ١٠

La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ؛
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ؛
- obtenir une réduction du prix ؛
- provoquer la résolution du contrat ؛
- demander réparation des conséquences de l'inexécution .

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ؛ des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

ولبيان ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نخصص الاول لبيان سلطة الإرادة المنفردة بتخفيض الثمن ، اما الثاني فسنخصصه لدراسة سلطة الإرادة المنفردة بإلغاء العقد .

الفرع الأول

سلطة الإرادة المنفردة بتخفيض الثمن

يكن أساس احترام مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد تحديد محل الالتزام احد لوازمه الطبيعية ، فطبقا لهذا المبدأ تستمد الالتزامات العقدية قوتها الملزمة من ارادة المتعاقدين، وعلى هذا فان تحديد الثمن باعتباره ركناً في عقد البيع يجب ان يتم تحديده من جانب طرفي العقد ، وليس للقاضي دور سوى الكشف عن نية الاطراف وارادتهم في هذا الصدد دون فرض رأيه^(١).

وتماشيا مع التوجهات القانونية الحديثة ، وما اضافته من تطور لنظرية العقد، نجد ان تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، جاء ليكرس مبدأ عام ، يخرج عن قيود مبدأ سلطان الارادة ، ويمكن من خلاله المطالبة بتخفيض الثمن عند الاخلال بالتفويض في كافة العقود وليس حصرها ضمن حالات خاصة محدده ، هذا بحسب ما جاء في المادة (١٢٢٣)^(٢) منه.

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين ، تحديد الاثمان في العقود الأولية (دراسة في بعض الأنظمة القانونية) مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٨ ، ص ٦٢.

أيضاً د. محمد عبد الله أبو هزيم ، أحكام الثمن في عقد البيع وفق احكام التشريع (دراسة مقارنة) دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠٠٦ ، ص ٦١ وما بعدها .

(٢) نصت المادة ١٢٢٣ من تعديل القانون عدد ٢٨٧ لسنة ٢٠١٨ مؤرخ في ٢٠ أبريل ٢٠١٨ - الفن. ١٠

((في حالة التنفيذ الجزئي للخدمة ، يجوز للدائن بعد إخطار رسمي وإذا لم يكن قد فعل ذلك بعد دفع كل أو جزء من الخدمة ، بإخطار المدين في أقرب وقت ممكن بقراره بالتخفيض السعر النسبي للثمن. قبول المدين لقرار الدائن بتخفيض الثمن يجب أن يكون مكتوباً. إذا كان الدائن قد دفع بالفعل ، في حالة عدم اتفاق الطرفين ، جاز له أن يطلب من القاضي تخفيض الثمن)).

١٢٢٣LOI n°٢٠١٨-٢٨٧ du ٢٠ avril ٢٠١٨ - art. ١٠

En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore

payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit .

ولم يكن هذا المبدأ من صنيعة القانون المدني الفرنسي ، بل اقتُبس من قوانين عدة تأثر بها هذا القانون، فالفقرة الأولى من المادة ١١٣ من القانون الأوروبي للعقود ٢٠٠٤ كرست هذا المبدأ حيث سمحت للدائن قبول تنفيذ غير مطابق لما ورد في العقد ودفع مبلغ أقل من ذلك المحدد في العقد بعد إعلام المدين بذلك، مع إشارتها إلى دور القاضي في إعادة جزء من المبلغ في حال عدم الاتفاق بين الأطراف.

كذلك المادة (٩: ٤٠١) من مبادئ القانون الأوروبي للعقود تبنت هذا المبدأ، ففي الفقرة الأولى يحق للدائن، الذي يقبل بتنفيذ جزئي أو منقوص للعقد، تخفيض الثمن على أن يكون هذا التخفيض متناسباً مع الاختلاف بين قيمة الالتزام المذكور في العقد والقيمة المنفذة منه.

ويمكن للطرف المتعاقد الذي قام بتسديد ما بذمته الحق في المطالبة بتخفيض الثمن عند التنفيذ الجزئي ، اذا كان قد قبله هو .

ولا يمكن للطرف الذي خفض الثمن أن يطالب بالتعويض عن التأخير والضرر نتيحة ذلك إلا في حالة وقوع أضرار أخرى لا تتعلق بالتخفيض.

كذلك مبادئ Unidroit لسنة ١٩٩٤ نصت على إمكانية طلب تخفيض الثمن عبر المادة (٧,٢,٣) وحتى في تعديل ٢٠٠٤ بقي هذا التخفيض معتمداً.

وبخصوص اتفاقية فيينا^(١)، المتعلقة بالبيع الدولي فقد اجازت المادة (٥٠) منها، للمشتري بتخفيض الثمن في حالات استثنائية كُرسَتْ في المادتين ٣٧ و ٤٨ . فلا يحق لاحد اطراف العقد المطالبة بالتخفيض الا في حالات استثنائية .

أما فيما يتعلق بمشاريع تعديلات القانون المدني الفرنسي ، فلم يتناول مشروع كاتالا في مواده تخفيض الثمن بصورة صريحة بل اقتصر على تكريس الغاء العقد عند الامتناع عن التنفيذ في مواده من ١١٥٧ حتى ١١٦٠-١.

Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix.

(١) تعد هذه الاتفاقية بمثابة قانون موحد يحكم بيع الأشياء المنقولة بين الدول ، وكان اصلها اتفاقية لاهاي المبرمة في ١/٧/١٩٦٤. نقلا عن د. محمد شكري سرور ، موجز احكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا ، مجلة الحقوق . السنة الثامنة عشرة . العدد الثالث سبتمبر ١٩٩٤، ص ١١٧.

أما مشروع Terre ، ففي المادة (١٠٧) اتاحت ذلك ، واعتبرت أن الدائن يمكنه أن يقبل التنفيذ الجزئي ، وأن يطالب بتخفيض الثمن ، مع المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأخرى.

وعلى مستوى تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ ، فقد جاءت المادة (١٢٢٣) منه لتسمح للدائن قبول التنفيذ الجزئي مع المطالبة بتخفيض الثمن، إذا لم يكن الدائن قد نفذ التزامه بعد، فيقوم هذا الأخير بإخطار المدين بقرار التخفيض ضمن مهلة معقولة، ويشترط للمطالبة بتخفيض الثمن عدة أمور، يمكن اجمالها بالاتي :

أولاً/ التنفيذ الجزئي للعقد:

يقصد بهذا الشرط أن المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه دون أن يكون امتنع عن التنفيذ الكلي ، اما بخصوص الدائن فيشترط ان يكون قد نفذ التزامه بالكامل بحسب المادة اعلاه ، إلا أنه يأخذ على هذه المادة عدم تحديد طبيعة الاخلال التنفيذ ، ولا مدى جسامه هذا الفعل لذلك كان يقتضي من المشرع الفرنسي تحديد ذلك.

ثانياً/ إعدار المدين:

بحسب القواعد العامة يعد انذار المدين باعتباره إجراء شكلي شرط لاستحقاق الدائن المطالبة بتخفيض الثمن ، وعلى الرغم من عدم تعريفه بشكل محدد في القانون إلا أنه يتمتع بأهمية إذ يعد جواباً على تساؤلات الدائن إذا كان عدم التنفيذ مؤقتاً أو نهائياً ويمكن تعريفه باستدعاء أو بخطاب أو بأي عمل معادل من خلاله يُعلم الدائن المدين تنفيذ التزامه ضمن مهلة معينة، إلا أنه لم يتم تحديد الإطار الشكلي لهذا الشرط.

ثالثاً/ المطالبة بتخفيض الثمن:

وجاء هذا الشرط في نص المادة (١٢٢٣) من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ ، اذ يمكن للدائن بعد الاعذار قبول التنفيذ الجزئي مع المطالبة بتخفيض الثمن ، وان رفض المدين له تأثير على التخفيض، ففي هذه الحالة يتم اللجوء الى القضاء وتدخل القاضي.

وبخصوص ذلك نجد ان القانون المدني العراقي ، أكد في المادة (٥٦١) منه على المطالبة القضائية لتخفيض الثمن ، حيث نصت على أنه : (ما بيع صفقة واحدة اذا ظهر بعضه معيباً فإذا لم يكن في تفريقه ضرراً، كان للمشتري

ان يرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن وليس له ان يرد الجميع ما لم يرض البائع، اما اذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع او قبل الجميع بكل الثمن) .

واتجاه آخر يعتبر أن الدائن يقرر لوحده، دون اللجوء الى القضاء ولا الرجوع إلى موافقة المدين، فإذا كانت موافقة المدين تُشترط لإعمال هذا الجزاء هنا لا نكون ضمن إطار توسيع سلطة الإرادة المنفردة عبر إمكانية تخفيض الثمن.

يظهر من تفسير المادة (١٢٢٣) من القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) أنه :

١- على الدائن ان ينفذ ما التزم به بشكل كامل، وعدم الاكتفاء بالتنفيذ الجزئي لإلتزامه.

٢- اعدار المدين بتنفيذ التزامه كاملاً، اما إذا استمر المدين في امتناعه عن التنفيذ الكامل، يقوم الدائن بإخطاره بتخفيض الثمن، مع المطالبة بإعادة المبلغ المخفض .

٣- تعد موافقة المدين أساسية لإعمال هذا التخفيض، وفي حال عدم الموافقة ، على الدائن اللجوء إلى القضاء لإقرار هذا التخفيض.

٤- أما الفقرة الثانية من المادة اعلاه ، فجاء بها ، إذا لم يكن الدائن قد نفذ التزامه كاملاً ، فاللدائن إخطار المدين قراره تخفيض الثمن في أقرب وقت.

وهنا يظهر لنا جلياً في هذه الفقرة إمكانية الدائن تخفيض الثمن بإرادة منفردة، وبأخذ على ذلك أن المشرع الفرنسي لم يحدد الفترة الزمنية التي يمكن خلالها أن يتم خلالها الاخطار .

أما آثار هذه المادة ، فإنها تؤدي إلى تخفيض الثمن ، لعدم التنفيذ الكامل، مما يستتبع استبدال وتغيير في عناصر العقد بما فيها الضمانات والكفالات.

ويؤخذ على هذه المادة أنها قد حددت أن التخفيض يكون نسبياً ، إلا أنها لم تحدد الآلية ومقدار التخفيض، لكن يمكن تلافى ذلك من خلال السلطة الممنوحة للمحكمة في اقرار التخفيض .

والأثر المترتب عن الفقرة الأولى من المادة اعلاه ، هو الدعوة إلى إعادة التفاوض، بالاستناد الى نص المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي التي اتاحت امكانية إعادة التفاوض على العقد قبل اللجوء الى القضاء ، ففي حال موافقة المدين يتم هذا التخفيض، أما عند عدم الموافقة على إعادة التفاوض أو فشلها، ففي هذه الحالة يمكن للدائن اللجوء الى القاضي.

أما الأثر الناتج عن الفقرة الثانية من نفس المادة اعلاه ، فيتمثل بأن التخفيض بإرادة منفردة يتم بمجرد إبلاغ الدائن المدين بذلك، أما المدين فلا خيار له برفض التخفيض ، إلا باللجوء الى القضاء لمنعه.

ومن خلال ما تقدم ذكره ، يكمن الخلاف بين الفسخ بالإرادة المنفردة ، وتخفيض الثمن ، ان الاول يهدف الى انتهاء العقد وما يترتب عليه من حل للرابطة العقدية ، بينما الثاني يؤدي الى تنفيذ العقد والحد من حالات الفسخ في العقود ، بما يتلاءم مع التوجهات الحديثة التي لا تحبذ الفسخ بمختلف انواعه ، الا في نطاق ضيق .

الفرع الثاني

سلطة الإرادة المنفردة بإلغاء العقد

يتشابه الفسخ مع الالغاء كثيرا وبصعب التفرقة في بعض الاحيان ، لان كليهما يؤديان الى نتيجة مفادها انحلال الرابطة العقدية ، الا انهما يختلفان من حيث النطاق ، اذ لا يمكن تصور الفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد^(١) ، بينما يمكن الالغاء في العقود الملزمة لجانب واحد او الملزمة للجانبين ، ومن ذلك يكون الالغاء اوسع من الفسخ ، أن الإلغاء هو جزء ناتج عن عدم تنفيذ أحد الأطراف للالتزامه، مما يؤدي إلى حل الرابطة العقدية بأثر رجعي وآثاره مشابهة للبطالان حيث يعد العقد كأنه لم يكن^(٢).

والمادة (١٢٢٥) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦^(٣) اعتبرت أن الشرط اللازم يفترض دائماً في العقود التبادلية عند امتناع أحد الطرفين عن

(١) ينظر : د. يوسف محمد عبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ٢٠٠٩ ، ص ٢٥٤.

(٢) د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، العقد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي ، ٢٠١٨ ، ص ٣٨٢.

(٣) ١٢٢٥ الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ المؤرخ ١٠ فبراير / شباط ٢٠١٦ (يحدد شرط الإنهاء الالتزامات التي سيؤدي عدم تنفيذها إلى إنهاء العقد. يخضع القرار لإخطار رسمي غير ناجح ، إذا لم يتم الاتفاق على ذلك قد ينتج عن حقيقة عدم الأداء وحدها. يكون الإشعار الرسمي سارياً فقط إذا تم ذكره صراحةً شرط الإنهاء).

٢ - art. ٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ Ordonnance n° ١٢٢٥

La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat .

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci

تنفيذ التزامه، في هذه الحالة لا يلغى العقد بقوة القانون، بل يكون للدائن الخيار بين إجبار المدين على التنفيذ أو الإلغاء مع التعويض عن العطل والضرر.

وأشار القانون المدني الفرنسي بتعديله لسنة (٢٠١٦) في المادة (١١٨٦) بصورة صريحة الى مصطلح الإلغاء اذ نصت على انه: ((يصبح العقد الذي نشأ بشكل صحيح ملغياً اذا زال احد عناصره الجوهرية . اذا انقضى احد العقود التي يعد تنفيذها جميعاً ضرورياً لإنجاز العمل نفسه ، تعد ملغية العقود التي اصبح تنفيذها مستحيلاً بسبب هذا الانقضاء ، وكذلك العقود التي كان تنفيذ العقد الزائل بالنسبة اليها شرطاً حاسماً في رضا احد الاطراف . غير ان الإلغاء لا يقع الا اذا كان المتعاقد ، الذي تم التمسك ضده بالإلغاء ، يعلم بوجود العمل بمجمله عندما ابدى موافقته)) ، في حالة الإلغاء، يجب اللجوء إلى القضاء لإقراره، كذلك يمكن منح مهلة للمدين حسب الأحوال. الا أن هذه المادة تعرضت للانتقاد، بسبب عدم التجانس في فقراتها، فالفقرة الأولى تقوم على فكرة الشرط اللاغي الضمني الذي يستلزم وقوع الإلغاء من تلقاء نفسه لمجرد تحقق عدم التنفيذ. أما الفقرتين الثانية والثالثة، فقد اعتبرتا أن الإلغاء لا يقع تلقائياً إنما قضائياً.

فالإلغاء يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي ، أما الفسخ فينتج أثره بالنسبة للمستقبل، والإلغاء كالفسخ ثلاثة أنواع: قضائي ، اتفاقي ، وإرادة منفردة.

النوع الأخير المرتبط بالإلغاء بإرادة منفردة تم تكريسه لأول مرة في القانون المدني الفرنسي الجديد بخلاف الفسخ بالإرادة منفردة الذي كان مكرساً في حالات خاصة تطال العقود المستمرة.

فالأصل في الفسخ أن يكون قضائياً، إلا أنه في حالات خاصة يجوز الفسخ بإرادة منفردة، ففي العقود غير المحددة المدة، هناك إمكانية للفسخ بإرادة منفردة^(١).

كذلك الأمر بالنسبة لعقود العمل حيث نصت المادة L١٢٤٣-٢ من قانون العمل الصادر في ١٩ آب ٢٠١٥ على إنهاء العقد من جانب واحد دون ذكر مصطلح الفسخ. وقد سمحت هذه المادة للعامل إنهاء عقد العمل إذا أثبت

résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.

(١) عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، اطروحة دكتوراه ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ١٩٥٠، ص ٦١.

أن العقد غير محدد المدة، وقد فرضت هذه المادة على العامل توجيه إخطار خلال مهلة معينة.

وقد تمت الإشارة لمصطلح الفسخ بصورة صريحة أولاً في عقد التأمين، حيث جاءت المادة ل ١١٣-١٢ من قانون التأمينات الفرنسية^(١)، لتعتبر أنه على الرغم من الاتفاق على مدة للعقد وعلى توضيح شروط الفسخ إلا أنه يجوز للمؤمن أن يفسخ العقد القائم لمدة سنة بعد أن يرسل كتاباً إلى شركة التأمين لإخطارها بذلك قبل شهرين من انتهاء العقد، واخذ المشرع العراقي بالتحلل من عقد التأمين ، وفقاً للمادة (٩٩٦) من القانون المدني العراقي.

أما في عقد المقاولة، فبحسب المادة (١٧٩٤) يجوز فسخ العقد بإرادة منفردة بعد التعويض للمقاول عن كل التكاليف التي تكبدها^(٢). وقد أجاز القانون المدني العراقي الفسخ بالإرادة المنفردة في عقد المقاولة بحسب المادة (٨٨٥) اذ نصت على انه : (لرب العمل ان يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل اتمامه ، على ان يعوض المقاول عن جميع ما انفقته من مصروفات ، وما انجزه من الاعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل).

بينما في عقود الايجار، فقد أشارت المادة ١٢ من قانون رقم ٤٦٢-٨٩ الصادر بتاريخ ٦ تموز ١٩٨٩ إلى إمكانية الفسخ بإرادة منفردة وذلك من خلال السماح للمستأجر بفسخ العقد وفق الشروط والفترات المحددة بموجب المادة ١٥ من القانون نفسه.

يظهر من كل ذلك أن فسخ العقد يطال العقود ذات التنفيذ المستمر ، فإنهاء الرابطة العقدية لا يكون بأثر رجعي كالإلغاء.

(١) جلال إبراهيم، الحماية القانونية لمدة عقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي والقانون الفرنسي، ص ٧.

(٢) (١٧٩٤) نصت على انه : ((يجوز لرب العمل ، بإرادته المنفردة ، إنهاء عقد المبلغ المقطوع ، على الرغم من أن العمل قد بدأ بالفعل ، بحلول - تعويض المقاول عن جميع مصاريفه وكل أعماله وكل ما يمكن أن يكسبه في هذا المشروع)).

(١٧٩٤) Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique

l'ouvrage soit déjà commencé, en

dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

مع العلم أنه قد صدر قرارات عن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن الفسخ كالإلغاء يؤدي إلى إنهاء العقد بأثر رجعي ، ونلاحظ في التعديل أنه لم يتضمن أي ذكر أو تكريس للفسخ، مما دفع البعض إلى اعتبار أن الإلغاء قام بإزالة الفسخ في التعديل الجديد.

وقد كانت بداية ظهور الإلغاء في القانون الروماني، حيث كان ارفضاً في البداية لهذا الجزاء، ثم قبله عن طريق اعتبار أن الإلغاء إتفاقي^(١) يتم عبر إدراج بند في عقد البيع يسمى Lex Commisoria لمصلحة البائع وحده الذي يكون له الخيار إما بتنفيذ العقد أو فسخه، إلا أن خياره يكون غير قابل للتعديل.

ثم جاء القانون الكنسي ليكرس أيضاً هذا النظام عبر قاعدة الخيار للمتعاقد الذي أخل الطرف الآخر عبر تنفيذ موجه تجاهه، فيكون له إما أن يطالب بتنفيذ العقد أو إلغائه، ويكون للقاضي سلطة تقديرية فيمكن أن يرفض الطلب أو يوافق^(٢).

أما الشريعة الإسلامية، فقد أكدت على مبدأ أن الأصل في الإلغاء هو الإلغاء بإرادة منفردة للدائن، ولا يتم اللجوء الى القاضي الشرعي إلا في حالات خفاء سبب الإلغاء^(٣).

وقد جاء موقف القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) ، مكرساً فسخ العقد بالإرادة المنفردة في المادة (١٢٢٤) ، وذكر مصطلح الفسخ في المادة (١٢٢٩) ، ولعل السبب الأساسي لتعديلات القانون المدني الفرنسي وأدراج نظريات جديدة منها الفسخ بإرادة منفردة كان السعي لمواكبة التطورات المستحدثة للتشريعات الأوروبية وقواعدها^(٤)، فمبادئ Unidroit كانت قد

(١) د. محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠، ص ٦٣.

(٢) د. مصطفى الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية مصر، ١٩٨٨، ص ٧.

(٣) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦، ص ١١.

(٤) د. محمد لبيب شنب، الجحود المبستر للعقد، دراسة مقارنة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين المصري و الفرنسي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س(٢) (القسم الأول)، العدد الثاني، تموز ١٩٦٠، ص ٢٥٧ وما بعدها.

تناولت الفسخ بإرادة منفردة في المادة ٧,٣,١ و ٣,٢,٧ حيث أشارت الأولى إلى إمكانية إعمال هذا الجزاء في حال امتناع أحد الأطراف عن تنفيذ التزامه الأساسي وقد حددت المعايير المعتمدة لتحديد جسامه عدم التنفيذ، وقد اعتبرت هذه المادة أن عدم التنفيذ يحرم الدائن المنفعة التي توقعها من العقد، ويجب أن يكون صادراً عن إرادة المدين كذلك جاءت الثانية لتشير إلى أنه لفسخ العقد، يقتضي إخطار المدين و إبلاغه خلال مهلة معقولة.

ويلاحظ ان المشرع العراقي لم ينص على الغاء العقد بصورة صريحة في القانون المدني، الا ان ذلك لم يمنعه من الاشارة اليه في بعض نصوص هذا القانون^(١)، و القوانين الخاصة^(٢)، اما بخصوص القانون المدني المصري ، قد اشار بصورة صريحة الى مصطلح الالغاء في المادة (٥٤٤) منه المتعلقة بإلغاء عقد القرض بالإرادة المنفردة.

المبحث الثاني

التأييد القضائي لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة وضوابطه

لا شك أن وراء إقرار الفسخ بالإرادة المنفردة ، دوافع قضائية نتيجة تمسك محكمة النقض الفرنسية، بغرفها المختلفة بهذا المبدأ ، ومن ذلك تراجع في السنوات الاخيرة تطلب اللجوء المسبق للقضاء للحصول على حكم بفسخ العقد ، اذ اجاز القضاء الفرنسي لاحد اطراف العقد ان يفسخ العقد بالإرادة المنفردة ، وهذا يعد تطور هام في مفهوم فسخ العقد ، ومن الملاحظ ان هذا ترك مجالا للتعليقات الفقهية انتهت بتأييد هذا المبدأ نتيجة لتأكيد احكام غرف محكمة النقض الفرنسية، والى جانب ذلك لابد من توافر شروط معينة ، لإقرار الفسخ بالإرادة المنفردة ، ولبيان ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، الاول سنخصصه لدراسة الاقرار القضائي للفسخ بالإرادة المنفردة ، اما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة شروط قبول الفسخ بالإرادة المنفردة .

(١) ينظر على سبيل المثال المواد: (١٣٤٩/١٣١٨/٩٩٦/١٠١٠/٩٦٩/٩٤٧/٨٦١) من القانون المدني العراقي.

(٢) استخدم المشرع العراقي مصطلح الانهاء في قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة (٢٠١٥) في المواد (٣/٣٧ ، ١/٤٣) منه.

المطلب الأول

الاقرار القضائي لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

أن مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة ، أي دون تدخل مسبق من قبل القضاء، اعتمدته احكام غرف محكمة النقض الفرنسية، بمختلف انواعها ، اذ امتد من غرفتها المدنية الأولى إلى الغرفة المدنية الثالثة، وغرفتها التجارية، ليتأكد بذلك هذا المبدأ ، الذي كان ينتظر مثل هذا التأكيد للقبول به ؛ استناداً إلى احتمال كون ما صدر من الغرفة المدنية الأولى، حكماً منفرداً، أو اقتضاه ظروف الدعوى التي صدر بشأنها، ونعرض فيما يلي موقف قضاء هذه الغرف على شكل فرعين ، نخصص الاول لدراسة قضاء الغرفة المدنية الاولى لمحكمة النقض الفرنسية ، اما الثاني فنخصصه لقضاء الغرفة المدنية الثالثة والغرفة التجارية .

الفرع الأول

قضاء الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية

يعد قضاء هذه الغرفة هو الحجر الاساس في إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة في حال عدم التنفيذ، وباتت صياغتها في هذا الصدد هي التي تتردد في أحكام محكمة النقض اللاحقة^(١).

كان ذلك بمقتضى حكم صادر عن الغرفة المذكورة، بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٨^(٢) ، يعرف الآن بحكم Tocqueville. ففي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم كان الأمر يتعلق بعقد بين إحدى المستشفيات الخاصة وطبيب تخدير، التزم بمقتضاه الأخير بالعمل حصرياً لدى المستشفى، وكانت مدة العقد ثلاثين عاماً. وبعد فترة من أداء عمل الطبيب أصبح أدائه محل شكوى متكررة، من قبل الأطباء الآخرين العاملين بذات المستشفى، ومن قبل المرضى، حيث كان يؤخذ عليه عدم التعاون الصادق ، في أداء العمل، والانفعال الدائم، والإلغاء المتكرر للمواعيد المقررة سلفاً المرضى . على إثر

^(١)الدائرة المدنية الاولى تخصص في المسائل المتعلقة بالأشخاص ، والعقود، والتأمين ، والقانون الدولي . وقد قيل انها تنظر كل الطعون التي لا تستند الى دائرة اخرى متخصصة . أشار الى ذلك : د. علي مصطفى الشيخ ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية العدد ٦٦ أغسطس ٢٠١٨، ص ٤٠٨.

^(٢) د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات "مصادر الالتزام"، مصدر سابق، ص ٢٠١.

ذلك قامت المستشفى بإنهاء تعاقدتها مع الطبيب دون منحه أية مهلة، بمعنى أنها قامت بفسخ عقدها معه بإرادتها المنفردة، أي دون اللجوء إلى القضاء^(١).

بعدها رفع الطبيب دعوى أمام المحكمة المختصة، فاعتبرت قرار المستشفى مبرراً^(٢). في طعنه بالنقض على حكم محكمة الاستئناف واستند الطبيب على الطابع القضائي للفسخ، طبقاً للمادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي، تقابلها المواد (١٢٢٤/١٢١٧) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ وطالب نقض الحكم الذي أيد قرار الفسخ دون الرجوع إلى القضاء. وطبقاً لطعن الطبيب، فإن المادة المذكورة، توجب طلب الفسخ من القضاء، وأن اعتبار محكمة الموضوع قرار المستشفى بالفسخ، لهذا العقد المحدد المدة، مبرراً ومشروعاً، دون حكم قضائي مسبق بذلك، مخالفة للنص المذكور.

عند نظر الطعن من قبل المحكمة، لم تقتنع الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بالحجة التي استند إليها الطاعن وقضت بأن جسامه مسالك أحد المتعاقدين، تبرر للمتعاقد الآخر، أن يضع حداً للعقد بطريقة منفردة وعلى مسؤوليته.

بهذا التوجه المستحدث تكون الغرفة المذكورة، وبحسب ما يؤكد الفقه الفرنسي^(٣)، قد ابتعدت عن الاتجاه القضائي التقليدي للفسخ، الذي يستند إلى قراءة أخرى لنص المادة ١١٨٤/٣ من القانون المدني، والتي تلزم الدائن بالالتجاء إلى القضاء، بقصد أن يعلن هو فسخ العقد، وذلك فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية، والتي يكون غالباً طابعها الاستعجال، أو وجود علاقة ثقة، يصبح بقاؤها مستحيلاً، ليعترف القضاء، بإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة. فجسامه مسالك المدين في تنفيذ العقد مبرراً للدائن أن يفسخ العقد بإرادة المنفردة.

(١) نقلاً عن د. محمد حسن قاسم فسخ العقد بالإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص ٩٧.

(٢) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، مصدر سابق، ص ٦٦.

(٣) V. Dai Do et M. Chang, La résolution unilatérale du contrat (١٨٢) en droit français: Vers une harmonisation au sein de la cour de cassation, P. A. no ٧٢, ٩/٤/٢٠٠٤, p. ٣ et s.spéci. p. ٣.

نقلاً عن: د. محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص ٩٩ وما بعدها، كذلك ينظر علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ و التفاوض، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٦، ص ١٠٩.

وهذا يعد خطوة مهمة في سبيل إعادة النظر في مبدأ الطابع القضائي لفسخ العقد بسبب عدم التنفيذ.

تأكيداً لهذا التوجه، فقد عادت الغرفة اعلاه في ٢٠/٢/٢٠٠١، لتؤكد قرارها السابق^(١)، بل وتضيف إليه أن جسامه مسلك أحد المتعاقدين، تكون مبرراً للطرف الآخر أن ينهي العقد بإرادته المنفردة، وعلى مسؤوليته، سواء كان العقد محدد المدة أو غير محدد.

وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم، في أن عقداً قد أبرم بتاريخ ١٩٩٥/٩/٢٥ بين شركة Expertise Europe، وأحد الخبراء في مجال صناعة السيارات، كانت مدة العقد ثلاث سنوات، يلتزم الخبير بمقتضى العقد القيام بأعمال الخبرة اللازمة، بشأن مجموعة من السيارات، تم التعاقد عليها لصالح شركة تعمل في مجال التأجير، وبعد شهر من إبرام العقد، قامت شركة Expertise Europe بإنهاء تعاقدتها مع الخبير؛ لما أخذته عليه من عدم قيامه شخصياً بأعمال الخبرة اللازمة، بالمخالفة للقواعد والأصول المتبعة في هذا المجال على إثر ذلك قام الخبير بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة هذا الإنهاء، الذي اعتبره خاطئاً. رفضت محكمة الموضوع طلبه؛ استناداً إلى أنه، بالرغم من أن العقد محدد المدة لا يمكن إنهاؤه إلا باتفاق الطرفين، فإن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية يمكن أن يؤدي إلى الإنهاء المبترس^(٢) للعلاقة العقدية.

وعلى أساس ذلك طعن الخبير على حكم الاستئناف أمام محكمة النقض الفرنسية، التي أكدت قضاءها السابق لعام ١٩٩٨، بقولها (إن جسامه مسلك أحد المتعاقدين، يمكن أن يبرر للمتعاقد الآخر، إنهاء العقد بإرادته المنفردة، على مسؤوليته) وأضافت إلى ذلك: سواء كان العقد محدداً المدة أو غير محدد. إلا أن المحكمة نقضت الحكم المطعون به، استناداً إلى خطأ محكمة الاستئناف

(١)Ch. Jamin, L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée, Le Dalloz ٢٠٠١, p. ١٥٦٨ et s.

نقلاً عن : علاء السيد محمود الزاهي، مرجع سابق، ص ١١

(٢) يقصد به: ((إخلال بالتزام مستقبلي التنفيذ يحصل في وقت سابق على الوقت المحدد لتنفيذ الالتزام اذ يستنتج استنتاجاً معقولاً وعلى وجه محقق (١٠٠)))، نقلاً عن استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، د. علي حسين منهل، آثار الإخلال المسبق بالعقد، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الاول السنة الرابعة، ص ٦٨.

بقضائها على النحو السابق، دون بيان مدى جسامته مسلك (الخبير)، التي تبرر إنهاء العقد من قبل الشركة المتعاقدة معه^(١).

ومما لا شك في أن الرابطة العقدية بين الطرفين، تقوم على الثقة المتبادلة، ولكن الثقة هي تلك التي تقوم عليها كافة العقود التي تتضمن أداء خدمة، كما أنه لا شيء في هذه الدعوى، يوحي بأن الأمر كان يتعلق بحالة استعجال. وعبارات الحكم لا يتضح فيها أن الأمر كان يتعلق بعلاقة ثقة زالت، أو حالة استعجال فالغرفة المدنية الأولى، قد أخذت في هذا الحكم على محكمة الاستئناف رفض طلب الخبير بالتعويض عن الإنهاء بالإرادة المنفردة من قبل الشركة، دون بيان أن مسلكه، كان على قدر من الخطورة والجسامه؛ ليبرر هذا الإنهاء من طرف واحد^(٢).

وإذا كانت محكمة النقض، بهذا الحكم، قد أخذت على محكمة الاستئناف، عدم بحثها الجسامه الكافية للإخلال المنسوب إلى الخبير، دون إشارة إلى حالة من الحالات الاستثنائية المعروفة، والتي تبرر الفسخ بالإرادة المنفردة، فذلك يؤكد خروجه عن نطاق الحالات الاستثنائية، ليضع مبدأ موازياً للفسخ القضائي.

وقد تأكد قضاء هذه الغرفة بخصوص الفسخ بالإرادة المنفردة، بحكم آخر بتاريخ ٢٠٠٢/٧/٩، حيث قضت المحكمة، بأن الامتناع المتكرر من قبل إحدى السيدات المتعاقدة مع شركة غاز وكهرباء فرنسا عن الوفاء بقيمة الفواتير المستحقة عليها، يعتبر مبرراً لإنهاء الشركة بإرادتها المنفردة عقد توريد الكهرباء المبرم بين الطرفين^(٣).

وكان قد ورد في الطعن المقدم للمحكمة، أنه في حال عدم تضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً، وفيما عدا حالة الاستعجال، فإن فسخ العقد، لا يتم بقوة القانون في حال عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، وإنما يجب طلب الفسخ من القضاء، وأن تغاضي محكمة الاستئناف عن التحقق من تضمن عقد الاشتراك في خدمة الإمداد بالكهرباء والغاز شرطاً فاسخاً، أو البحث عن

(١) د. بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، مرجع سابق، ص ١٣٣.

(٢) J. P. Gridel et Y. M. Laithier, Les sanctions de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux, JCP ٢٠٠٨ - I ١٤٣ spéci. no ٤٧.

نقلاً عن: جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

(٣) جان سمتس وكارولان كالم، ترجمة أ. د نبيل مهدي زوين، مرجع سابق، ص ١٢١.

حالة استعجال تسمح للشركة بالفسخ بإرادتها المنفردة للعقد دون تدخل القضاء ، يجعل حكم المحكمة مفتقداً للسند القانوني، ومخالفاً لنص المادة (١١٨٤)^(١). ولكن محكمة النقض لم تقتنع بما استندت إليه الطاعن، وأيدت حكم الاستئناف^(٢).

وبتاريخ ٢٨/١٠/٢٠٠٣ ، عادت ذات المحكمة لتؤكد قضاءها السابق، بذات الصياغة التي وردت بحكم عام ١٩٩٨ كان الأمر هنا يتعلق بعقد أطلق عليه المتعاقدان عقد "مساعدة" ومشورة" ، وكانت مدة العقد ثمانية عشر شهراً. وبعد فترة من إبرام العقد، ودخوله حيز التنفيذ، برزت بعض الإشكالات بين الطرفين على إثرها، قامت الشركة المتلقية للمساعدة والنصح، باتخاذ قرار بإنهاء العقد قامت الشركة المتعاقد معها بمقاضاة الشركة الأولى، طالبة اعتبار الإنهاء تعسفياً، والحكم لها بالتعويض. رفضت محكمة الاستئناف هذا الطلب، معتبرة أن فسخ العقد كان مبرراً، بالنظر إلى عدم قيام الشركة المقدمة للخدمة، بتنفيذ التزاماتها خلال الشهرين السابقين على قرار إنهاء العلاقة العقدية، وأن ذلك كان كافياً، لجعل الفسخ بالإرادة المنفردة مبرراً^(٣).

عند نظر الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض، الطعن على حكم محكمة الاستئناف، أكدت المحكمة على حق المتعاقد في إنهاء العقد بإرادته المنفردة،

(١) ١١٨٤ من الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ المؤرخ ١٠ فبراير / شباط ٢٠١٦ نصت على انه: ((عندما لا يصيب سبب البطلان سوى شرطاً واحداً أو عدة شروط في العقد ، فإنه لا يبطل ككل إلا إذا كان هذا الشرط أو الشروط تشكل عنصراً حاسماً في التزام الأطراف أو واحد منهم. يبقى العقد عندما يعتبر القانون الشرط كأنه لم يكن ، أو عندما تقتضي غايات القاعدة التي تم مخالفتها بقاءه)).

٢ art. - ٢٠١٦ du ١٠ février ١٣١-٢٠١٦ n°٢٠١٦ Ordonnance ١١٨٤

Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'actetout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles .

Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien.

(٢) H. Capitant, de la cause des obligations, ٣eme édition, Dalloz, Paris, ١٩٢٧, no ٥, p. ٤٤.

نقلاً عن: د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٤٠٠.

(٣) أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، مصدر سابق، ص ١٢٣

في حال جسامه مسلك المتعاقد معه، سواء كان العقد محدداً أو غير محدد المدة، ولكنها نقضت حكم محكمة الاستئناف، على أساس، عدم قيام هذه المحكمة بالبحث فيما إذا كان مسلك الشركة مقدمة الخدمة، كان على قدر من الجسامه، والأهمية الكافية التي تجعل قرار الفسخ مبرراً.

وبذلك تؤكد المحكمة على إقرارها الحق في الفسخ بالإرادة المنفردة متى توافر شرط إعماله، وما نقضها لحكم الاستئناف إلا بسبب عدم التحقق من توافر هذا الشرط^(١).

وتستمر أحكام الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في تأكيدها لقضاء عام ١٩٩٨، من خلال حكم آخر لها بتاريخ ٢٠٠٧/٣/١٣.

وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، في الآتي: في العقد المبرم بين إحدى المستشفيات وأحد الجراحين لديها، اتفقا على إمكان قيام الجراح بعمليات جراحية لحسابه الخاص، مع قيام المستشفى بالحصول على نسبة معينة من الأتعاب المستحقة له نظير قيامه بهذه العمليات، ونظير ما يقدم له من خدمات للقيام بها بعد فترة من الزمن، حاولت المستشفى تعديل نسبة ما يستقطع من الأتعاب، وذلك بالمخالفة لما تم الاتفاق عليه. وعلى الرغم من معارضة الطبيب وتمسكه بما اتفق عليه استمرت المستشفى في إرسال مطالبته له، إضافة إلى مطالبته بغرامات، عن تأخره في سداد ما هو مستحق عليه وفق التقدير الجديد للمستشفى، مما أدى بالطبيب إلى إنهاء علاقته العقدية بها. اعتبرت المستشفى قرار الطبيب إنهاء خاطئاً للعلاقة العقدية وبقرار صادر من محكمة الاستئناف، اعتبرت هذه المحكمة، المستشفى مسؤولة عن إنهاء العلاقة العقدية، لما سببته من إرباك مستمر للطبيب؛ نتيجة مطالبته له بغير ما تم الاتفاق عليه، مما ترتب عليه تعكير صفو البيئة اللازمة لأداء عمله كطبيب جراح^(٢).

وفي طعنهما أمام محكمة النقض، أخذت المستشفى على محكمة الاستئناف، اعتبارها المستشفى مسؤولة عن إنهاء العلاقة العقدية، باقتصارها على اعتبارها مرتكبة لإخلال بالتزاماتها العقدية، فيما المسلك الذي يكون على

(١) د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٢) L. VOGEL, Plaidoyer pour un riverment: contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, D. ١٩٩٥ chron. P. ١٥٥ et s.

نقلاً عن: د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

قدر من الجسامة من قبل أحد المتعاقدين هو وحده الذي يبرر للمتعاقد الآخر، أن ينهي العقد بإرادته المنفردة. وهذا ما لم تقتنع به محكمة النقض، حيث قضت برفض الطعن ؛ مستندة إلى أن محكمة الاستئناف، قد أوضحت أن تصميم المستشفى، على أن ترسل بصفة دورية للطبيب الجراح، الفواتير المنازع فيها، والمجسدة لقرارها تعديل بند أساسي من بنود تعاقدتها معه بإرادتها المنفردة، ترتب عليه حالة من الإيذاء لعمل الجراح، وتعكير صفو الأجواء التي يعمل بها، والتي لم تعد تتناسب وعمله، وخلصت من ذلك، إلى أن ما قامت به المستشفى يعد إخلالاً على قدر من الجسامة يسمح للطبيب أن ينهي عقده مع المستشفى، دون اللجوء المسبق إلى القضاء.

إضافة إلى الأحكام السابقة فقد شهد العام ٢٠٠٨ تأكيداً آخر للقضاء السابق، وذلك بحكم صادر عن ذات الغرفة بتاريخ ٢٠٠٨/١١/٥^(١).

وبهذه الأحكام تؤكد الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض، على حق المتعاقد في فسخ العقد بإرادته المنفردة، في حال الإخلال الجسيم بالعقد من قبل المتعاقد معه ، دون حاجة للحصول على حكم سابق بالفسخ من قبل القضاء، وذلك خلافاً للأصل في الفسخ ، الذي لا يقع إلا من خلال حكم قضائي ، وتحت رقابته.

الفرع الثاني

قضاء الغرفة المدنية الثالثة وقضاء الغرفة التجارية

جاء قبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة لقضاء هذه الغرفة^(٢) بموجب حكم صادر عنها بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٢ ، وكان الأمر يتعلق بعقد مقاوله بناء أبرم بين شخص وزوجته من ناحية، وشركة مقاولات، فلم يلتزم المقاول ببدا الأعمال في التاريخ المتفق عليه، وإنما بدأ بعد ثلاثة أشهر. وجراء هذا التأخير، قام رب العمل بفسخ العقد ، بإرادته المنفردة. وقضت محكمة

(١) RTD. Civ. ٢٠٠٩, p. ١١٩ obs. B. Fages.

وسبق هذا الحكم حكم آخر ، صادر عن ذات الغرفة في ٢٨/٢/٢٠٠٨

نقلاً عن: د. احمد عبد الغفور، دور العدالة في تكميل العقود، مرجع سابق، ص ٢٢٢

(٢) الغرفة المدنية الثالثة المسائل المتعلقة بالحقوق العينية ، فهي التي تنظر القضايا المتعلقة بالعقارات ، ونزع الملكية ، ودعوى الحيازة ، وهي تنظر بقضايا الإيجار المختلفة ، اما الغرفة الرابعة فتسمى الدائرة التجارية والمالية ، وهي تتخصص بالقضايا المتعلقة بالأعمال التجارية .

الاستئناف اعتبره فسخ مبرر ، وألزمت المقاول برد مبلغ العريون المقبوض ، وأدعى المقاول أن محكمة الاستئناف قد خالفت المادة (١١٣٤)، والمادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، وجاء بطعنه أن إنهاء العقد الملزم للجانبين ، لعدم التنفيذ من قبل أحد المتعاقدين لأحد التزاماته التبعية، لا بد أن يكون قضائي، إلا إذا كانا متفقين على الشرط الفاسخ الصريح، وأن اعتبار محكمة الاستئناف، إنهاء العقد من قبل رب العمل مبرراً ومشروعاً، رغم عدم الاتفاق على مثل هذا الشرط، يخالف النصين المذكورين أعلاه. ولكن الغرفة المدنية الثالثة لم تقتنع بما أبداه الطاعن، وقضت بتأييد حكم الاستئناف، وجاء بحكمها أن محكمة الاستئناف، وإذ تبين لها أن شركة البناء، بدأت أعمالها متأخراً بثلاثة أشهر، عما تم التعاقد عليه، وهنا خلصت إلى وجود إخلال جسيم بالالتزامات المتفق عليها في العقد، واعتبرته مبرراً لفسخ العقد بالإرادة المنفردة، من قبل رب العمل.

يتضح مما سبق ذكره، أنه بالنسبة لأحكام الغرفة المدنية الأولى والثالثة لمحكمة النقض الفرنسية ، جاءت ليؤكد إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد.

وبخصوص موقف الغرفة التجارية ، نجدها رغم موقف القضاء الواضح للغرفة المدنية الأولى والثالثة لمحكمة النقض الفرنسية -بحسب ما تم ذكره- والمؤيدة لإمكان فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات، أوفي حال جسامه وخطورة مسلك المتعاقد، فالغرفة التجارية ينقصها موقف معلن ، لإمكان تأكيد وجود مثل هذا المبدأ ، أو نفيه . بالنظر إلى موقفها الصريح من خلال أحكام عديدة ، بتمسكها بنص المادة (١١٨٤) والأصل القضائي للفسخ، حتى وإن كان الإخلال المنسوب إلى المدين في تنفيذ التزاماته جسيماً^(١).

ويلاحظ أن تأكيد الغرفة التجارية على الطابع القضائي للفسخ، ورفضها الاتجاهات الحديثة للفسخ بالإرادة المنفردة في حال الإخلال الجسيم بالعقد من قبل المدين، كان بمقتضى أحكام سابقة . لذلك كان من الأجدر للتعرف على

(١) Cass. Com. ٢٥/٣/١٩٩١, C.C.C. ١٩٩١, ١٦٢ obs. L. Leveneur;

Cass. Com. ١/١٢/١٩٩٢, RTD Civ. ١٩٩٣, p. ٥٧٨ obs. J. Mestre.

موقف الغرفة التجارية من هذا القضاء ، انتظار أحكام الغرفة المدنية الاولى
اللاحقة ، للتعرف على إمكانية تبين موقفها من للأخذ بالفسخ بالإرادة المنفردة.

وكانت البداية في هذا الصدد بحكم صادر عن الغرفة المذكورة بتاريخ
٢٠٠٤/٢/٤ ، اذ تبين من هذا الحكم كيفية التحول في قضاء الغرفة التجارية ،
واقترابها من اقرار الفسخ بالإرادة المنفردة .

في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، تتلخص الوقائع في أن عقداً أبرم
بين شركة Esso ومصرف Credit agricole بمقتضاه التزم الأخير بإعداد
بطاقات دفع لصالح عملاء الشركة المذكورة؛ لاستخدامها في دفع فواتير
تزودهم بالوقود من محطات الخدمة التابعة للشركة، وكانت مدة العقد سنة ،
وبعد فترة وجيزة من بداية تنفيذ العقد، بدى للشركة وقوع أخطاء كثيرة في
استخدام البطاقات، خشيت الشركة معها التأثيرات السلبية على عملاتها،
وسمعتها في مجال اعمالها، فأخطرت المصرف بضرورة إصلاح هذه الأخطاء،
و لم يستجب المصرف لذلك، فقامت الشركة بإخطاره بإنهاء التعاقد معه.
واعتبرت المحكمة التجارية، وكذا محكمة الاستئناف قرار Esso في فسخ العقد
بإرادتها المنفردة مبرراً ومشروعاً. وعند الطعن من قبل المصرف أمام محكمة
النقض، رفض الطعن وتأييد حكم الاستئناف.

ويلاحظ البعض ، أن الغرفة التجارية في رفضها للطعن، استندت إلى حالة
الاستعجال ، وجسامة الإخلال بالالتزامات العقدية ، كمبرر لفسخ العقد بالإرادة
المنفردة، هو تطبيق لحالة من الحالات الاستثنائية للفسخ^(١)، فإن الاستناد إلى
جسامة الإخلال في تنفيذ الالتزامات التعاقدية هو ما يبرر الفسخ ، وأن هذا
الحكم فيه، اختلاف بين ، قضاء الغرفة التجارية عن قضاء الغرفتين الأولى
والثالثة، بل يتضمن رفضاً ضمناً لاتجاههما.

ويمكننا الرد على هذه الآراء الفقهية من خلال دراسة الاحكام القضائية
للمحكمة التجارية وهي كالآتي :

(١) J. Ghestin, Le future: exemples étrangers, Le code civil en (١٩٦) France aujourd'hui,
in Faut-il réformer le titre III du livre III du code civil, op. cit. p. ١١٥٢ et s. spéci. p.
١١٥٥.

نقلاً عن: د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ وما بعدها . وأشار الى
هذا المعنى : جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، مصدر سابق، ص ٣١١.

١- يبدوا في احكام المحكمة التجارية ، ملامح التحول نحو إقرار ، مبدأ فسخ العقد بالإرادة المنفردة .

٢- أن استناد الغرفة التجارية على حالة الاستعجال؛ كمبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، إلى جانب الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، هو نتيجة طبيعية لظروف وملابسات الدعوى المنظورة امامها ، التي كانت تتوفر فيها حالة الاستعجال المبررة للفسخ بالإرادة المنفردة .

وعليه لا يوجد مانع من الاستناد إلى الفكرتين لإقرار الفسخ بالإرادة المنفردة^(١). ولم يتأخر الوقت كثيراً، لتعلن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، عن انضمامها للموقف الذي اعتمدته الغرفة المدنية الأولى والثالثة، وكان ذلك بمقتضى حكم صادر عنها بتاريخ ٢٣/٩/٢٠٠٨ .. ففي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم كانت شركة Temaco قد التزمت بمقتضى عقد توزيع حصري، مدته ثلاث سنوات، ببيع حاويات من ماركة City منتجة بمعرفة المتعاقد الآخر، شركة Teixagol. بعد فترة من تنفيذ العقد صدر حكم ضد الشركة الأخيرة، يقضى بمنع تصنيع هذه الحاويات بسبب ارتكاب جريمة التقليد، فعرضت هذه الشركة على شركة Temaco منتجاً آخر بديل على إثر ذلك، قامت الشركة الأخيرة بوقف تعاملها مع المنتج وأنهت التعاقد معه بإرادتها المنفردة. رفع المنتج دعوى على الشركة، مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصابه^(٢)، نتيجة هذا الإنهاء التعسفي ، رفضت محكمة الاستئناف هذا الطلب، فتم الطعن أمام محكمة النقض، فأيدت الغرفة التجارية لهذه المحكمة، حكم محكمة الاستئناف فيما خلص إليه من أن جسامه الإخلال بحسن النية التعاقدية، من قبل شركة Teixagol ، سواء عند إبرام العلاقة العقدية - بعدم إعلام الشركة المتعاقدة معها بدعوى التقليد، بشأن المنتج موضوع التعاقد - او اثناء التنفيذ ، لإخلالها بتسليم المنتج البديل عن المقلد ، مبرر لإنهاء العلاقة العقدية^(٣).

ومن كل ما تقدم ذكره يعطي دلالات واضحة على التوجه الجديد للفسخ ، بضرورة مراعاة الفعالية الاقتصادية للقانون، وهذا ما يمكن الأخذ به عند تعديل القانون المدني العراقي او المصري.

(١) جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المصدر نفسه، ص ٣٢٣.

(٢) جاك غستان ، المصدر نفسه، ص ٣٢٥.

(٣) د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ وما بعدها.

المطلب الثاني

شروط قبول الفسخ بالإرادة المنفردة

بالرغم من المزايا العديدة التي يوفرها الفسخ بالإرادة المنفردة، والتي تكمن وراء الأخذ به في التشريعات الحديثة ، فإن هناك مخاوفاً وهواجساً يثيرها هذا النوع من الفسخ، خاصة وأن هذا الطريق للفسخ، قد يفتح باباً واسعاً أمام الدائن للتعسف في اتخاذ قراره بالفسخ ، وما يترتب على ذلك من الإضرار بمصالح المدين.

وهنا يتطلب الأمر ضرورة البحث عن شروط لإعمال هذا النوع من الفسخ ، والتي من خلالها يمكن تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة ، مصالح الدائن في التخلص من عقد لم يحقق له المنفعة المتوخاة منه ، ومصالح المدين في الإبقاء على العقد، خاصة في حالة منح المدين المهلة القضائية التي تساعده في تنفيذ التزامه.

والواقع، أنه إذا كان القضاء الفرنسي قد أقر إمكانية قيام الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة في حال عدم تنفيذ العقد ، فإن محاولة البحث عن ضوابط لإعمال هذا الفسخ، ستتصب بصفة أساسية على ما يمكن استخلاصه في هذا الشأن من أحكام القضاء السابق بينها، والتي كرست مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، ولدراسة ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الفرع الأول دراسة الشروط الموضوعية للفسخ بالإرادة المنفردة ، أما الثاني فنخصصه لدراسة الشروط الاجرائية للفسخ بالإرادة المنفردة .

الفرع الأول

الشروط الموضوعية الفسخ بالإرادة المنفردة

من خلال عرضنا السابق لقضاء محكمة النقض الفرنسية، يتبين أن الغرفة المدنية الأولى لهذه المحكمة ، اشترطت شرطاً جوهرياً موضوعياً ، لإمكانية قيام الدائن بالفسخ بإرادته المنفردة، يتمثل في مسلك جسيم من قبل المدين ، بحسب هذا القضاء، إذ يكفي المسلك الجسيم ، ليكون الحق للدائن في فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، دون اللجوء إلى القضاء^(١).

وتملي طبيعة عمل محكمة النقض ، أن تراقب توافر شرط الفسخ، لدى قضاة الموضوع، حيث نقضت هذه المحكمة الكثير من أحكام الاستئناف

(١) السيد خلف محمد، البيع في ضوء الفقه وأحكام القضاء ، ط٢، دار الفكر القانوني ، ٢٠٠٠، ص ٧٨٦.

لتخلف السند القانوني، وذلك من ناحية عدم قيام قضاة الموضوع ، ببيان ما يعد مسلكاً على قدر من الجسامة من قبل المدين، يبرر للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة^(١).

وبالرغم من الأهمية القانونية لمصطلح المسلك الجسيم، ورقابة محكمة النقض لمدى توافره، باعتباره شرطاً للفسخ بالإرادة المنفردة، فإن هذا المصطلح ، يثار التساؤل حوله لمعرفة حقيقته والمقصود به، وكيفية تحديده. فهل يتم الاعتماد على الجانب الشخصي، أم المعيار الموضوعي؟ كان ذلك محلاً لاختلاف الفقه. فالمصطلح الذي استخدمته محكمة النقض، يمكن في الواقع النظر إليه من خلال التركيز على الجانب الشخصي للمدين، ويحتمل أن ينظر إليه من الجانب الموضوعي. وبمعنى آخر، فإن هذا المصطلح يمكن فهمه على أنه يقصد به تقييم مسلك المدين، كما يمكن النظر إليه باعتبار أنه يهدف إلى تقييم الجسامة الموضوعية للخطر أو الضرر، الذي يلحقه هذا المسلك بحسن النية في تنفيذ العقد.

على الرغم من هذا الاختلاف، لابد من ترجيح المعيار الموضوعي، ويمكننا القول ان المعيار الموضوعي، تتضمنه التوجهات القضائية الحديثة وترجحه، وهو ما تؤيده التشريعات الحديثة التي اعتمدت الفسخ بالإرادة المنفردة، ومنها توجهات المشرع الفرنسي، التي تم التعبير عنها من خلال مشروعات القوانين التي اعدت لتعديل القانون المدني الفرنسي ، فحسب ما جاء بمشروع كاتالا وفق المادة (١١٥٨) منه لم يحدد جسامة الاخلال او المعيار المعتمد للفسخ بالإرادة المنفردة ، وانما اكتفى بإعطاء المتعاقد الحق في الفسخ عند عدم التنفيذ او التنفيذ الجزئي ، ومشروع Terre فقد اشار الى الشرط الموضوعي ، بحسب المادة (١٠٨) منه ، ومشروع وزارة العدل الفرنسية بحسب المادة (١٦٨) منه جاء ليتلافى النقص الموجود في مشروع كاتالا، اذ اشترط ان يؤدي عدم التنفيذ الى حرمان الدائن من مصلحة في العقد . وهذا يمثل الشرط الموضوعي ، وقد اعتمد تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ الشرط الموضوعي في المادة (١٢٢٦) من خلال اثبات جسامة عدم التنفيذ .

والواقع، أن التقدير الشخصي للشرط الذي وضعت المحكمة، وبخاصة في حكمها المبدئي ، الصادر عن غرفتها المدنية في العام ١٩٩٨، يبدو له ما

(١) د. هدى عبدالله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر، مصدر سابق، ص ١٢٠.

يبرره فلا شك أن قول محكمة النقض بالمسلك الجسيم للمدين، وليس الإخلال الجسيم ، يرجح هذا التقدير الشخصي^(١).

فضلاً على أن المصطلح المستخدم من قبل المحكمة، يوحي بأن ما يؤخذ في الاعتبار هو خطأ المدين، وبالتالي يمكن القول بأن المسلك الجسيم لأحد المتعاقدين، ما هو إلا خطأ جسيم ارتكبه المدين يجعل الفسخ بإرادة الدائن أمراً مبرراً، بحيث يمكن القول بأن: الفسخ بالإرادة المنفردة يكون هنا جزءاً من مسلك أحد المتعاقدين، بصرف النظر عن نتائج هذا المسلك، بشأن الالتزامات الناشئة عن العقد، بما يعني أن عمل القاضي - في حال تدخله بشأن الفسخ الذي وقع بإرادة الدائن - ينصب بصفة أساسية على تقدير مسلك المدين، وليس النتيجة التي يمكن أن تترتب على هذا المسلك^(٢).

من هذا ، نجد أن الفعل الجسيم الذي ينسب إلى المدين، والذي اعتبره قضاء محكمة النقض شرطاً موضوعياً؛ للسماح بالفسخ بالإرادة المنفردة، يتم استخلاصه من تقييم للمسلك الأخلاقي للمدين، فالجسامة التي تؤخذ في نظر الاعتبار لا تتعلق دائماً بالصفة الأساسية، أو الجوهرية للالتزام الذي لم يتم تنفيذه، والنتائج المادية المترتبة عليه بالنسبة للدائن، وإنما يكفي أن تتعلق بتصرفات شخصية من قبل المدين، ترتبط بعدم الأمانة في سلوك المدين. لكن بعض الفقه اتجه إلى التأكيد على أن جسامة المسلك إنما يقصد بها الإخلال الجسيم بالقاعدة الأخلاقية، بما معناه أن ما تتطلبه محكمة النقض للسماح بالفسخ بالإرادة المنفردة، هو الإخلال الأخلاقي، وليس الإخلال الموضوعي في تنفيذ العقد^(٣).

في سياق متصل ، ذهب بعض الفقه، إلى أن المسلك الجسيم من قبل المدين، والذي يسمح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، إنما يعني إمكانية هذا الفسخ، حينما يكون مسلك المتعاقد متضمناً إخلالاً جسيماً بحسن المسلك الجسيم للمدين ، وأن هذا المفهوم يسمح باستيعاب الفروض المختلفة، التي

^(١)Beudant et Lerebours pigeonnrière, cours de droit Civil français Tome III, par Breton, no ١٧٨٣ .

نقلاً عن: هدى عبدالله، المصدر السابق، ص ١٣٣

^(٢)Ch. Lachieze, Notion de comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat, précité, spéci p. ١٢٧٩.

(٣) نقلاً عن : د، محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ . كذلك ينظر : جان سيمتس وكارولان كالوم، ترجمة د نبيل مهدي زوين، مصدر سابق، ص ١٤١ .

تتطوي تحت فكرة عدم الأمانة أو الإخلاص في تنفيذ الالتزامات العقدية من قبل المدين، ومساهمته بالتالي في الإبقاء على الربط سلوك المتعاقدين ، بالقاعدة الأخلاقية ، فهو تجسيد لهذه القاعدة بفكرة قانونية^(١) ، لكن يؤخذ على هذا التقدير الشخصي، أنه يؤدي إلى مزيد من عدم الاستقرار في الروابط العقدية، وذلك باعتباره أوسع نطاقاً من مفهوم الإخلال بالالتزامات العقدية، والذي يواجه على نحو محدد عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد^(٢).

ويقوم المعيار الذاتي للمسلك الجسيم للمدين، على الفسخ مستنداً إلى اعتبارات شخصية ، تتعلق بحياة المدين ، فمن غير المتصور أن تكون مثل هذه الاعتبارات مبرراً لفسخ العقد بالإرادة المنفردة، ما لم يكن لها من تأثير وانعكاس على الرابطة العقدية ، فلا يكون مبرراً لفسخ العقد بالإرادة المنفردة، ما لم يكن مسلك المدين مؤثراً على الالتزامات العقدية ، وحسن تنفيذها.

ونتيجة لما تقدم ذكره، فإن اعتماد مسلك المدين وجسامته وحسن نيته غير كاف لتبرير الفسخ ، فلا بد من تغليب المعيار الموضوعي ، بالنظر الى ما يهدد الرابطة العقدية ، نتيجة الاخلال بالالتزامات العقدية .

وما يؤيد المعيار الموضوعي ان في الفسخ الاتفاقي، وهو نوع من انواع الفسخ ، لا يعتمد بصفة أساسية على اعتبارات تعود إلى الاعتبارات الشخصية لمسلك المدين. لأنه يتم بإرادة الاطراف، والنوع الاخر من الفسخ ، هو الفسخ القضائي ، الذي يفترض عدم تنفيذ الالتزام، ويرتبط، في بعض الاحيان بفكرة السبب ، بمعنى أنه يعود بصفة أساسية إلى النظر إلى العقد باعتبار مضمونه الاقتصادي، أو يظهر باعتباره احدى ادوات تحقيق التوازن في العلاقة العقدية^(٣).

ويمكننا القول ، إن الفسخ بالإرادة المنفردة، يبقى فسخاً في جميع الأحوال، وإن كان شكلاً متطوراً للفسخ ، فإنه يبقى محكوماً بالآلية العامة في الفسخ ، ومرتبلاً بصفة أساسية بمدى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، ومدى اتباع

(١) هانس كلسن ، ترجمة د. اكرم الوترى ، النظرية المحضة في القانون ، منشورات مركز البحوث القانونية (١) بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٤٤.

(٢) أشرف جابر ، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية - لمحات في بعض المستحدثات، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٣) بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، مصدر سابق، ص ١٦٥.

حسن النية في التعاقد بجميع مراحل العقد، وعدم إهمال هذه النية، بالتوازي مع عدم جواز الإخلال الجسيم بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد. ومن خلال ما تقدم، يمكن تفسير مفهوم المسلك الجسيم لتبرير للفسخ بالإرادة المنفردة، بتغليب المعيار الموضوعي على الشخصي.

الفرع الثاني

الشروط الاجرائية للفسخ بالإرادة المنفردة

الى جانب الشروط الموضوعية لا بد من توافر شروط اجرائية لإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة ، فلا بد من وجود مسار اجرائي، يتقيد به الدائن لإيقاع الفسخ بإرادته المنفردة، ليكون هذا المسار بديلاً عن الدعوى القضائية للمطالبة بالفسخ بقصد حماية مصالح المدين، والحيلولة دون احتمال التعسف من قبل الدائن، ليتحقق التوازن بين مصالح الدائن في فسخ العقد ، نتيجة الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عنه، ومصالح المدين، في مواجهة فسخ يتم دون رقابة قضائية سابقة على أعماله، وكذلك دون الشرط الفاسخ . وتماشياً مع ما ورد بالتشريعات التي أقرت بإمكانية الفسخ بالإرادة ، وكذلك القواعد العامة بشأن الفسخ القضائي، وطبيعة الفسخ بالإرادة المنفردة، كتصرف قانوني منفرد، حدد الفقه الفرنسي عناصر هذا المسار الإجرائي، الذي يجب على الدائن اتباعه في أعمال الفسخ بإرادته.

بشكل عام هذه الشروط تتمثل في: وجوب إعدار المدين ، ثم إخطاره بالفسخ ، مع تسبيب قرار الفسخ .

أولاً/الإعذار:

تماشياً مع القواعد العامة ، يجب على الدائن اعذار مدينه قبل إيقاع الفسخ ^(١)، بحسب المواقف التشريعية وعليه يجب أن يقوم الدائن بإعذار المدين لكونه الإجراء الضروري إذا كان الفسخ عن طريق القضاء، فقد جاء القانون المدني العراقي في المادة (١٧٧) منه على وجوب الاعذار ، ولم يميز بين حالة الاستعجال بالاكْتفاء بالأعذار من عدمه ، وبهذا المعنى اخذت المادة (١/١٥٧) من القانون المدني المصري . او كان الفسخ نتيجة أعمال الشرط الفاسخ الصريح ، او ما يقوم مقام الإعذار قانوناً او اتفاقاً، إذا كان هناك اتفاق

(١) حسين تونسي، انحلال العقد - دراسة تحليلية وتطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة - دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ١٢١.

على الإعفاء منه من خلال هذا الإجراء، يتم تكليف المدين بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه، أي دعوته إلى الوفاء بالتزامه وتسجيل التأخير في تنفيذه ولا محل للإعذار، في الأحوال التي يعفى فيها الدائن من هذا الإجراء، ومنها تصريح المدين كتابة بعدم تنفيذ التزامه ، وكذلك في حال الاتفاق، صراحة أو ضمناً بين الطرفين، على عدم لزوم الإعذار، وأن مجرد حلول الأجل يعتبر إعذاراً ، وحين يصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو غير مجد بفعل المدين^(١).

ويتبين لنا مما تقدم، أن اشتراط الإعذار هو امر ضروري لإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة، تؤكد التوجهات القانونية الحديثة في القانون المدني الفرنسي. وإذا كان هذا الإجراء يبرز في القانون الفرنسي كإجراء مستقل يلتزم به الدائن .

وبخصوص موقف التشريع الفرنسي ، فقد اكد على شرط الاعذار ، لإيقاع الفسخ ، وهذا ما أكدته مشروعات تعديل القانون المدني الفرنسي ، المتمثل بمشروع كاتالا ، بحسب المادة (١١٥٨) ، ومشروع وزارة العدل الفرنسية في المادة (١٦٨) منه ، ثم جاء تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) ليقرره صراحة ، بحسب ما جاء في المادة (١٢٢٦) منه ، بأن يعذر المدين للوفاء بالتزامه خلال مدة معقولة . ويؤخذ على موقف القانون المدني الفرنسي، انه ميز بين حالة الاستعجال ، من عدمها ، فألزم إعذار المدين في الاحوال غير المستعجلة ، بمنحه مهلة معقولة للتنفيذ، وفرض على الدائن ، أن يراعي ظروف المتعاقد الآخر بمنحه مهلة للتنفيذ، ليتمكن من التخلص من العقد بإرادته المنفردة بصورة مباشرة ، اما في حالة الاستعجال فقط يخطر المدين بقرار الفسخ ، ولا نجد هنالك ما يبرر هذه الحالة ، فكان الاجدر ان يتم اعذار المدين دون تمييز بين الحالتين ، لتحقيق التوازن بين مصالح الطرفين.

وهذا ما عليه الحال في ظل موقف القانون المدني العراقي، والمصري المشار اليه سابقا، ليكون جديرا بالتأييد ، والتزاما بالشروط الإجرائية باعتباره عمل صادر من جانب واحد، للفسخ بالإرادة المنفردة، والتي تبدأ بإعذار المدين ، ومن خلالها تتحقق حماية مشروعة للمدين، وبالتالي تتحقق العدالة التعاقدية للأطراف ، التي شملها الفسخ بالإرادة المنفردة، أي الدائن والمدين، والى جانب

(١) محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام المصادر، الأحكام ، الإثبات- دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٩٩.

ذلك أن تحديد الحالات، التي يعفى فيها الدائن من إعدار المدين تؤدي الى استقرار الاوضاع القانونية في اطار الفسخ بالإرادة المنفردة^(١).

ثانياً / الإخطار:

سعيًا لتطوير مفهوم الفسخ بالإرادة المنفردة ، يشترط بالإضافة الى اعدار المدين لإيقاع الفسخ ان يتم اخطار المدين بقرار الفسخ ، اذ أن الفسخ بالإرادة المنفردة لا يقع بانتهاء المهلة المحددة للتنفيذ في الإعدار، وإنما لابد من إخطار المدين بإيقاع هذا الفسخ ، لينتج اثره ، بمعنى أن انتهاء المهلة المحددة بمقتضى الإعدار لا يعني أن العقد قد تم فسخه تلقائياً ، بل يبقى العقد قائماً، حتى يتم إخطار المدين من قبل الدائن بالفسخ .

والإخطار بوجه عام ، هو الإجراء الذي يهدف إلى إبلاغ المدين باتجاه الارادة الى فسخ العقد^(٢)، وبذلك يجب على الدائن ان يتخذ موقفا ايجابيا بالتعبير عن ارادته بفسخ العقد، ولابد أن يتوجه هذا التعبير إلى المدين. الإخطار بالمعنى السابق هو متطلب مشترك لكل تصرف قانوني من جانب واحد، يترتب عليه إنهاء العقد ، فهو عنصر يساهم في آلية هذا التصرف، الذي - وإن لم يشترط لصحته قبول المتعاقد الآخر - فإن من شأنه ان يعدل مركزه القانوني؛ ولذلك يكون واجباً إخطار الأخير به، ويكون الإخطار التزاماً في جميع الاحوال، بحسب مبادئ حسن النية ، وان لم يوجد نص صريح يوجبه .

إذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة، تصرفاً قانونياً من جانب واحد، فهذا الفسخ لا يجب ان يترتب أثره القانوني في مواجهة المدين، إذا لم يعلم به الطرف الآخر، فلا بد لكي ينتج هذا التعبير عن الإرادة أثره ، أن يوجه إلى هذا الطرف ويتصل بعلم من وجه اليه^(٣).

(١) محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٢٠.

(٢) أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٠.

(٣) د. عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الثانية ، العدد الأول ، يناير ١٩٦٠، ص ١٧. وللاطلاع ينظر: حسين

ومن المعنى المتقدم ذكره ، يكون الاخطار إجراء مقرر لمصلحة المدين، وذلك بتقليل كلفة تنفيذ مضمون التزام يحق للدائن رفضه، بحسب موقف القانون المدني الفرنسي ، وهو من ناحية أخرى يمنع الدائن من التلاعب، في حالة ارتفاع أو انخفاض قيمة التنفيذ إضراراً بالمدين إذا كان مفاد ما تقدم، أن القواعد العامة بشأن التصرف القانوني من جانب واحد، توجب إخطار المدين بقرار الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، فهذا في الواقع ما أكدته النصوص المقترحة، لتعديل القانون المدني الفرنسي، والواردة بشأن هذا النوع من الفسخ.

ولبيان الموقف التشريعي من الاخطار، نجد ان مشروعات تعديل القانون المدني الفرنسي ، ابتداء من مشروع كاتالا اخذت بالأخطار ، اذ بحسب ما جاء بالمادة (٢/١٥٨) منه على انه : (إذا استمر عدم التنفيذ من قبل المدين بعد إعداره، وفوات مهلة المعقولة للإعذار، يكون على الدائن عندما يختار فسخ العقد أن يخطر المدين بالفسخ، ويصبح نافذاً، عند استلام المدين الإخطار المطلوب^(١)).

وهذا ما قضت به المادة (٤/١٦٨) من مشروع وزارة العدل الفرنسية، على انه : (إذا استمر عدم التنفيذ بعد إعذار المدين وفوات مهلة الإعذار ، يقوم الدائن بإخطار المدين بفسخ العقد، ويصبح الفسخ نافذاً، عند استلام الطرف الآخر الإخطار).

اما بخصوص موقف القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام (٢٠١٦) نجده اخذ بالأخطار في المادة (١٢٢٦) منه ، اذ اوضحت بأنه : (يجوز للدائن ، وعلى مسؤوليته فسخ العقد عن طريق الاخطار في حالة تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه) ، والملاحظ على النص الاخير انه لم يشير بصراحة الى وصول الاخطار او العلم به من قبل المدين ، لكي ينتج اثره القانوني ، بخلاف الموقف في ظل مشروعات التعديل المشار اليها اعلاه .

وبخصوص موقف القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري لم يتطرق لمسألة الاخطار في هذا الخصوص.

تونسي، انحلال العقد- دراسة تحليلية وتطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاوله ، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(١) محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام المصادر، الأحكام ، الإثبات- دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، مصدر سابق، ص ٢١٠.

ثالثاً / تسبيب قرار الفسخ:

لا شك ان تسبيب قرار الفسخ فكرة راسخة في القوانين الاجرائية ^(١) لحماية المدين في مواجهة قرار الدائن بفسخ العقد، اذ اشترطت مشروعات تعديل القانون المدني الفرنسي وجوب تسبيب قرار الفسخ ، فبخصوص مشروع كاتالا اشترطته المادة (٤/١١٥٨) ، والمادة (٥/١٦٨) من مشروع وزارة العدل الفرنسية ، وبخصوص تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، اشترطت المادة (١٢٢٦) وجوب بيان الاسباب التي تبرر الفسخ ، ولا بد ان تكون الاسباب معقولة وجدية كون قرار الفسخ يخضع لرقابة قضائية لاحقة ، تمنع الدائن من التعسف في استعمال حق الفسخ مما يوفر حماية قانونية للمدين ، وهذا ما يؤيده التكريس التشريعي في المواد اعلاه ، لتسبيب قرار الفسخ من ناحية القانونية ، وبهذا تتجلى المبررات الجدية التي دفعت الدائن إلى اتخاذ هذا القرار ، ونؤكد على ضرورة بيان كيفية الإخلال بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد بالاعتماد على الجانب الموضوعي للالتزام ، واثبات ذلك بكافة طرق الاثبات .

المبحث الثالث

الموقف القانوني من الفسخ بالإرادة المنفردة والرقابة القضائية عليه

يتفادى المشرع قدر الإمكان الانحلال ، وذلك بتوجهه إلى تشجيع أطراف العقد على تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد المبرم، وتوفير المصالح ، وذلك لخطورة نتائج الانحلال ، غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، فقد تصل العلاقة التعاقدية إلى الوضع الذي ليس بعده إلا نتيجة واحدة هي انحلال العقد ، حماية للأطراف المتعاقدة ، وهنا يعد الفسخ أحد طرق انحلال العقد، وهو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين عن تنفيذ ما التزم به، وهو بذلك حق المتعاقدين في حل الرابطة العقدية إذا لم يفي

(١) للاطلاع ينظر د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الاحكام واعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر العربي ، ١٩٨٣. كذلك : د. نبيل عمر ، تسبيب الاحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠١. أشار الى ذلك : د. محمد حسن قاسم ، الفسخ بالإرادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص ١٨٧.

المتعاقد الآخر بالتزامه حتى يتحرر بدوره من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد^(١).

وبذلك يعد الفسخ نظاماً قانونياً يقوم إلى جانب المسؤولية العقدية، وهو يتمثل بالجزاء الذي يترتب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه التعاقدي، ومعناه حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين، أن يطلب متى لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه حل الرابطة العقدية، ليتخلص بدوره من الالتزام الملقى على عاتقه، فهو انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه، وهذا كله خاضع لرقابة قضائية سابقة أو لاحقة لا يمكن اغفالها، وليبيان ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص الأول لدراسة الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة، أما الثاني فنخصصه لدراسة الرقابة القضائية اللاحقة على الفسخ بالإرادة المنفردة.

المطلب الأول

الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة

يلجأ الدائن في العقد الملزم للجانبين إلى طلب التحلل من الرابطة العقدية التي تربطه بالمدين، في حالة امتناع هذا الأخير عن القيام بما رتبته العقد بزمته من التزامات، أو اخل بالتنفيذ، ولقد خول القانون للدائن هذا الحق ضماناً له، فأصبح الفسخ نظاماً قانونياً يحمي حقوق الدائن، ويحافظ على مصالح الاطراف المتعاقدة.

وهنا اختلف الموقف التشريعي من الاخذ بالفسخ بالإرادة المنفردة، فقد اشتمل تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، على هذا المبدأ المستحدث، وعلى خلاف ذلك نجد ان المشرع العراقي والمصري اخذ به في نطاق ضيق، تكريساً لمبدأ سلطان الارادة، وللتعرف على الموقف القانوني من الاخذ بالفسخ بالإرادة المنفردة، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الأول لدراسة الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني العراقي، والمصري، بينما نخصص الآخر، لموقف القانون المدني الفرنسي من الاخذ بالفسخ بالإرادة المنفردة.

(١) محمد لبيب شنب، الجحود المبسّر للعقد، دراسة مقارنة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، مرجع سابق، ص ٢٥٧ وما بعدها.

الفرع الأول

الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني العراقي والمصري

خول المشرع العراقي المتعاقدين الاتفاق على فسخ العقد من دون الحاجة الى حكم قضائي ، اذ نصت المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي على انه : ((يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه)) ، والمفهوم المخالف للنص اعلاه ، يستوجب ان يتم الفسخ بموجب حكم قضائي وهذا هو الاصل عندنا^(١)، والتي يتوجب بأن الفسخ يكون قضائيا بحسب الاصل، بحسب المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي .

وبهذا الاتجاه اخذ القانون المدني المصري بحسب ما جاء بالمادة (١٥٧) منه ، فلا يكون للمتعاقد الحق في الفسخ الا من خلال الحصول على حكم من القضاء بذلك، لذلك فان بعض الفقه قد نفى وجود مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة^(٢)، وان الفسخ يحتفظ دائما بطابعه القضائي، على اعتبار ان هذا الفسخ هو تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة، وبالتالي لترتيب آثاره يجب ان يصدر ممن له الحق قانونا في نقض العقد بإرادته المنفردة، فاذا لم يكن له هذا الحق، عد التحلل من العقد بالإرادة المنفردة منعداً^(٣).

اما الجانب الاخر من الفقه، فهو يرى بأن حصر مفهوم الفسخ بالإرادة المنفردة على الفرض السابق غير دقيق، حيث ان مبدأ التدخل القضائي اللاحق، لا يستبعد امكان وجود فسخ سابق بالإرادة المنفردة، لذا فان التدخل القضائي اللاحق بناء على طلب احد الطرفين، لا يكون إلا بقصد التحقق من صحة قيام هذا الفسخ، اي التحقق من كون الفسخ بالإرادة المنفردة مستجمعا لشروطه وله ما يبرره، من أجل استرداد ما سبق له ادائه من جانب اي من

(١) ينظر د . حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، مصدر سابق، ١٩٤٦، ص ٣٣.

(٢) للاطلاع ينظر د. علاء السيد محمود الزاهي ، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانسفاخ والتفاسخ (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ص ٢٩١ وما بعدها جامعة طنطا، ٢٠٠٦.

(٣) مصطفى الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مصدر سابق، ص ٦٦.

المتعاقدين^(١)، لذلك لا يكون هنالك تناقض بين الفسخ بالإرادة المنفردة وبين الفسخ القضائي، يتبين مما تقدم- إن محاولة إنكار حدوث تناقض بين الفسخ القضائي وبين الفسخ بالإرادة المنفردة، من خلال ادراج الفسخ بالإرادة المنفردة ضمن آليات قانونية أخرى، تبدو محاولة غير مجدية في تبرير الفسخ بإرادة المدين المنفردة، امام الأصل القضائي للفسخ، الذي تقرره النصوص القانونية^(٢).

الفسخ كما رأينا هو انحلال الرابطة العقدية لأخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه^(٣)، فيترتب عليه ، وللمحاولة للحد من الآثار المدمرة للفسخ انقضاء العقد، وكل ذلك يكون بالإرادة المنفردة لأحد اطرافه في العقود، نص المشرع على جملة من الشروط في مرحلة تنفيذ العقد، كضمانات تكفل في مجملها للحد من اللجوء الى الفسخ، سواء كان الفسخ قضائيا ، او بالإرادة المنفردة، من تلك الضمانات هو المطالبة بالتنفيذ العيني للعقد، وتنفيذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النية، حيث نص المشرع العراقي على وجوب تنفيذ العقد بما يقتضي حسن النية، كما نص في المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي على أنه (يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينياً متى كان ذلك ممكناً وان استجد أمر طارئ، او حوادث استثنائية مؤقتة، تحول دون قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه) ، تعين اتساقا والأصل العام من إبرام العقود، الى حل هذه الأمور الطارئة والحوادث الاستثنائية، بدلاً من السعي الى فسخ العقد بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين، وكذلك يكون بتنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته، والضغط على المدين من أجل تنفيذ التزامه، ولا يصر الى الفسخ، وان حصل واصبح تنفيذ الالتزام مرهقا لأحد اطرافه، بحيث يهدده بخسارة فادحة، فيمكن لأحد الأطراف ان يقدم طلبا للقاضي من أجل تعديل الالتزام التعاقدي، من أجل عدم اللجوء

(١) حمد سعيد الزقرد، محاولة إنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القوانين المصري والكويتي والفرنسي والانجليزي مع الإشارة الى قانون البيع الدولي للبضائع، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٢٨، ٢٠٠٠، ص ١٠٠ وما بعدها.

(٢) سيف البلعاوي، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ) دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مع المقارن، رسالة دكتوراه-كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢، ص ٣٤٨.

(٣) محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، بند ٢٥٩، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ١٨٥.

للفسخ، وقد نص المشرع العراقي على ذلك في المادة (١٤٦) من القانون المدني .

وأخيراً ومن أجل انقاذ العقود من الفسخ بالإرادة المنفردة، ولا اعتبارات عملية وقانونية، فقد اوجدت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بدائل قانونية عملية، تضيق من نطاق الفسخ، وان الابقاء للعقود يجب ان يكون في صالح الدائن، فمن هذه الحلول هو التنفيذ بحسن نية، ومنح المدين نظرة ميسرة عند حدوث أمر طارئ، أو تخفيض الثمن اذا ما اصبح هناك إرهاب للمدين او فانت جزء من المنفعة المطلوبة والمبتغاة من ابرام العقد، كل هذه الأمور تستدعي الابقاء على العقد قائماً^(١). وهذا كله في اطار تطور النظرية العامة للعقد ، ونرى إن الاخذ بالفسخ بالإرادة المنفردة ، يحد من المنازعات التي تطول اجراءاتها امام المحاكم في اكثر الاحيان مما يؤدي الى زيادة الضرر نتيجة عدم التنفيذ وبالتالي عدم الحصول على المنفعة المتوخاة من العقد .

الفرع الثاني

الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي

اختلف موقف المشرع الفرنسي عبر تشريعات مختلفة ، بإقرار الفسخ بالإرادة المنفردة من عدمه ، حتى اقره بتعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ ، ليكرس الفسخ بمفهومه العام ضمن ٧ مواد هي : (١٢٢٤ - ١٢٣٠).

فقد حددت المادة (١٢٢٤)^(٢) أنواع الفسخ وهي ثلاث: الفسخ القضائي ، الفسخ بإرادة منفردة، الفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ.

(١) حمد سعيد الزقرد، محاولة إنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القوانين المصري والكويتي والفرنسي والانجليزي مع الاشارة الى قانون البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق ، ص ٢٠٠ .

(٢) ١٢٢٤ الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ المؤرخ في ١٠ فبراير / شباط ٢٠١٦ نصت على انه : ((ينتج الفسخ إما عن تطبيق الشرط الفاسخ، أو في حالة عدم التنفيذ الجسيم بما فيه الكفاية، عن إخطار الدائن للمدين أو عن قرار من المحكمة)).

٢. art. ٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ Ordonnance n° ١٢٢٤

La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas

d'inexécution suffisamment grave ,

d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

أما المادة (١٢٢٦) فقد خصصت لبيان الفسخ بالإرادة المنفردة من قبل الدائن ، اذ سمحت له بفسخ العقد على مسؤوليته عن طريق الإخطار، وفي غير الحالات المستعجلة اوجبت عليه انذار المدين بتنفيذ التزامه ضمن مهلة معقولة .

ويقوم الإنذار عند تخلف المدين عن التنفيذ، بتضمين ذكر صريح لحق الدائن في فسخ العقد، وعند الاستمرار بذلك يخطر المدين بفسخ العقد والأسباب الدافعة لذلك. ويمكن للمدين اللجوء الى القضاء بعد الفسخ للاعتراض عليه، فيتوجب على الدائن حينئذ إثبات جسامه عدم التنفيذ.

وقد أكدت المادة (١٢٢٧) إمكانية اللجوء إلى القضاء في جميع الحالات (أي الفسخ القضائي ، بإرادة منفردة، واعمالاً للشرط اللاغوي) ، ففي الفسخ القضائي لا يتحقق الفسخ إلا عبر القضاء، بينما في حالة الأعمال للشرط اللاغوي يكون دور القاضي مكملًا لا يتم اللجوء اليه إلا في حالة المنازعة من قبل المدين في الفسخ الذي أوقعه الدائن إعمالاً للشرط المذكور، وتم اقرار الفسخ بالإرادة المنفردة بموجب نص المادة (١١٢٦) من تعديل القانون المدني لسنة ٢٠١٦، اذ نصت على أنه : (يجوز للدائن، وعلى مسؤوليته فسخ العقد عن طريق الاخطار، وفي غير حالة الاستعجال، يجب عليه أولاً إعدار المدين المقصر بتنفيذ تعهده خلال مدة معقولة. يتضمن الاخطار صراحة أنه في حال تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه يكون للدائن الحق في الفسخ. إذا استمر عدم التنفيذ، يخطر الدائن المدين بفسخ العقد والاسباب التي تبرره)^(١).

واستناداً لما ورد في نص المادة اعلاه ، نجد أن القانون المدني الفرنسي قد تبنى مبدأ "الفسخ بالإرادة المنفردة" لحل الرابطة العقدية، بعدما كان الاصل الفسخ القضائي، قبل التعديل؛

وقبل تكريس فكرة الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، وجدت توجهات تشريعية حديثة لتكرس هذا المبدأ في مشاريع قوانين تعديل القانون المدني الفرنسي.

٢. art. ٢٠١٦-١٣١ du ١٠ février ٢٠١٦ - Ordonnance n°١١٢٦ (١)

Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce

فجاء مشروع كاتالا ، ليكرسه في المادة (١١٥٨) منه ، اذ اعتبرت أنه في جميع العقود يكون للطرف الذي لم ينفذ الطرف الآخر الالتزام الذي كان ينتظره، أو كان التنفيذ ناقصاً الخيار بين متابعة تنفيذ التزامه، أو فسخ العقد أو المطالبة بالتعويض الذي يمكن إضافته عند الاقتضاء سواء إلى التنفيذ أو الفسخ^(١).

أما إذا لجأ إلى إنهاء الرابطة العقدية، فيكون له الخيار بين الفسخ القضائي أو ، الفسخ بإرادة منفردة ، عبر إنذار المدين بتنفيذ العقد خلال مهلة معقولة تحت طائلة الفسخ، وإذا تم الاستمرار بعدم التنفيذ يخطر المدين بفسخ العقد والأسباب التي دفعت له، ويصبح الفسخ نافذاً عند إستلام المدين للإخطار^(٢).

أما بخصوص مشروع تيرا فبموجب المادة (١٠٨) منه ، اعتبر أن الفسخ الناتج عن أعمال للشرط اللاغي ، أو نتيجة عدم تنفيذ العقد بشكل أساسي أو جسيم ، أو نتيجة طلب قضائي أو بعد إبلاغ المدين، والمادة (١٠٩) اشترطت في عدم التنفيذ ان يطال التزاماً أساسياً جوهرياً، وقد أشارت أيضاً هذه المادة إلى أن عدم التنفيذ يجب أن يحرم الدائن من المنفعة التي كان ينتظرها من العقد، والامتناع عن التنفيذ بإرادة المدين دائماً يعتبر امتناعاً ألحق ضرراً جسيماً بالدائن لأن المدين لن ينفذ في المستقبل التزامه^(٣).

ويستنتج من هذه المادة الأخذ بالمفهوم المتطور للتعاقد من خلال الأخذ بفكرة المنفعة المتوخاة من العقد مما يتيح للأطراف، وللقاضى من سلطة في التدخل بالعقد بتعديله أو فسخه بحسب الأحوال.

وعليه ان المادة (١٠٩) المنصوص عليها، تضمنت المبادئ عينها المنصوص عليها في الفقرة الأولى من مادة (١١٥٨) من مشروع كاتالا. فقد اعتبرت المادة (١٠٩) أن الطرف الذي لم ينفذ الالتزام لصالحه أو كان التنفيذ غير كامل ، يحق له إما اللجوء إلى التنفيذ الجبري للالتزام ، أو فسخ العقد مع

(١) أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقهاء الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز ، مرجع سابق، ص ١٣١.

(٢) محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٣) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

الاحتفاظ بالمطالبة بالتعويض الذي يمكن إضافته عند الإقتضاء سواء إلى تنفيذ العقد أو إلغائه^(١).

والمادة ١٦٥ من هذا المشروع وزارة العدل الفرنسية ، اعتبرت أن الفسخ يمكن أن يتم إعمالاً للشرط اللاغي، أو بإخطار المدين أو بطلب يقدم أمام القضاء، أما المادة ١٦٨ فقد اعتبرت أن عدم التنفيذ يجب أن يحرم الدائن من المنفعة المنتظرة من العقد، ويمكن للدائن انذار المدين لتنفيذ التزامه خلال مهلة معقولة .

والإنذار يجب أن يُظهر بشكل واضح أن امتناع المدين عن التنفيذ يمكن أن يسمح للدائن فسخ العقد على مسؤوليته، والمدين في هذه الحالة يمكنه اللجوء إلى القضاء المستعجل خلال مهلة الإنذار للنظر في الفسخ. فبمجرد تقديم الطلب إلى القاضي يكون من شأنه وقف فسخ العقد.

وفي حالة الاستمرار بعدم التنفيذ دون اللجوء إلى القاضي، يبلغ الدائن المدين بالفسخ والأسباب الدافعة لذلك، وينتج الأثر القاضي بالفسخ بعد وصول الإخطار للمدين. وحسنا فعل المشرع الفرنسي في مشروعات تعديل القانون المدني الفرنسي وتعديله لعام (٢٠١٦) ، بالنص على وجوب الاخلال الجسيم بالتنفيذ أو عدم التنفيذ ، وذلك لتقليل حالات فسخ العقود بقدر الامكان .

ولكن يؤخذ على موقف القانون المدني الفرنسي بما يتعلق بمشروعات تعديله ، و التعديل الصادر لعام (٢٠١٦) بالاتي :

١- لم يتم الإشارة الى امكانية فسخ العقد عند عدم الحصول على المنفعة المتوخاة من التعاقد، بل اكتفى المشرع على تحديد حالة تخلف المدين بتنفيذ التزامه في تعديله لعام (٢٠١٦).

٢- لم يتم تحديد المعيار المعتمد للإخلال بالتنفيذ، مما يفتح المجال للاجتهادات الفقهية فقد يعتبر البعض أنه يجب اعتماد المعيارين معاً الشخصي والموضوعي ، بخلاف ما هو عليه الحال في اتفاقية فيينا التي اعتمدت المعيار الموضوعي بصورة صريحة ، اذ يتم تحديد المصلحة موضوعياً بمقتضى العقد، وهذا المعيار اعتمدته مبادئ Unidroit بموجب المادة ٣/٧-١ والمشروع التمهيدي للتقنين الأوروبي للعقود في مادته ١٠٧ حيث اعتبرت أنه إذا كان

(١) حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام العقد والإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

عدم التنفيذ جزئياً يُحرم الدائن من مصلحته بصورة موضوعية ، يكون حينئذٍ الامتناع عن التنفيذ ذات أهمية . وعليه يمكن للمشرع الفرنسي ان يتخذ من المعيار الموضوعي اساساً لتحديد المصلحة عند اجراء تعديلات جديدة على القانون المدني.

ولابد من الاشارة الى ان المشرع الفرنسي تبنى مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة كقاعدة عامة في كل العقود وليس كاستثناء، عكس ما كان معمولاً به قبل التعديل، حيث كان الفسخ بالإرادة المنفردة يتقرر إما في الحالات المنصوص قانوناً طبقاً للمواد ٥٨٦، ٥٨٧، و٥٨٨، وعقد الشركة على غرار عقد الوكالة طبقاً للمواد ٤٤٠، ٤٤٢، أو في حال وجود شرط في العقد يجيز لأحد المتعاقدين إنهاء العقد بإرادته.

إن مضمون مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة يتمحور حول أحقية الدائن الذي لم ينفذ الالتزام لصالحه بأن يفسخ الرابطة العقدية بإرادته ، وبعد إخطار المدين دون اللجوء إلى القضاء؛ كما يعد الفسخ بالإرادة المنفردة توجه جديد في مفهوم الفسخ، ويختلف عن ذلك الذي يؤسس عليه الفسخ القضائي، فالفسخ القضائي يكون في حال عدم التنفيذ، تكمن وراءه أبعاد أخلاقية وإنسانية، فالبعد الأخلاقي يتمثل في أنه بمقتضى مبدأ القوة الملزمة للعقد، يكون تدخل القاضي أن يستقل الدائن ودوره في مجال الفسخ ضرورياً للمحافظة على العقد، والتمكين من تنفيذه، تفادياً بقرار التحلل من العقد، أما البعد الانساني فيتجسد في أن القاضي بما يملكه من سلطة في منح المدين مهلة للتنفيذ، يأخذ في اعتباره الصعوبات التي يواجهها المدين ويمنحه فرصة أخيرة للتنفيذ؛ في المقابل فإن الفسخ بالإرادة المنفردة ينطلق من ترجيح اعتبارات أخرى، تقوم على تغليب المنطق الاقتصادي، وذلك بتمكين الدائن من تصفية حالة عقدية لا يمكن الاستمرار فيها بأقل جهد وأقصر وقت، ودون تحمل مصاريف على نحو يضر بمصلحته^(١).

وتجدر الاشارة إلى أن التشريعات الحديثة، قد كرست مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة ، قبل تكريسه من قبل المشرع الفرنسي عام ٢٠١٦، فعلى سبيل المثال

(١) توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال ، مصادر وأحكام الالتزام ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩ ، ص ٣٢٢.

أخذ به القانون المدني الهولندي في نص المادة ٢٦٥ الفقرة ٠٦ ، و إلى هذا المعنى اتجه قانون الالتزامات الألماني في المادة ٣٢٣ الفقرة ٠٣ منه .
و خلاصة القول ان تشريع مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة كمبدأ وليس كاستثناء ، تماشيا مع التوجهات القضائية التي تم تناولها بالدراسة فيما سبق .

المطلب الثاني

الرقابة القضائية اللاحقة على الفسخ بالإرادة المنفردة

لما كانت رقابة القاضي على الفسخ بالإرادة المنفردة، رقابة لاحقة، وموقوفة على مدى قناعة المدين بالفسخ الذي حصل، فإن للقاضي ممارسته هذه الرقابة بناء على طلب المدين، من خلال التبين من صحة الفسخ الذي أوقعه الدائن ، والبحث في الآثار المترتبة على الفسخ، والتأكد من عدم صحة الفسخ الذي أوقعه الدائن ، أو التعسف فيه، لعدم توافر شروطه، ومبرراته ، ففي هذه الحالة يرتب القاضي الجزاء المناسب لهذه الحالة .

ولابد من الإشارة ، الى ان في اغلب الاحيان يوجد هنالك فارق زمني بين اتصال القاضي بالدعوى، والوقت الذي يستغرقه الفصل فيها ، لذلك يثور التساؤل حول إمكانية التوصل إلى إيقاف قرار الدائن بفسخ العقد، إلى حين أن يفصل القاضي في النزاع المعروض عليه، وذلك من خلال اللجوء إلى القضاء المستعجل^(١).

ولدراسة ذلك سنقسم هذا المطلب على فروعين، نتناول في الفرع الاول دراسة لدراسة جزاء الفسخ التعسفي، اما الثاني فسنخصصه لدور القضاء المستعجل في قرار الفسخ بالإرادة المنفردة.

الفرع الاول

جزاء الفسخ التعسفي

اذا وقع الفسخ صحيحا ترتبت اثاره ، فاذا كان عقدا فوريا يكون للفسخ اثر رجعي ، اما اذا كان مستمرا فلا يمكن الاخذ بفكرة الاثر الرجعي ، وهذا يتضح من خلال التعرف على موقف مشروعات تعديل القانون المدني الفرنسي بحسب المادة (١/١٦٠) من مشروع كاتالا فيكون الاثر في العقود المتتابعة او المقسطة ، بالنسبة للمستقبل ، ومشروع وزارة العدل الفرنسية اخذ بهذا الاتجاه ، بحسب المادة (١٦٦) منه ، اما تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة

(١) أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٢٠١٦) جاء في المادة (١٢٢٩) منه بموقف أكثر تطوراً وتفصيلاً فقد أجاز للقاضي أن يأخذ بالأثر الرجعي حتى في العقود المستمرة ، إذا لم يحصل المتعاقد على الفائدة المرجوة من الاداءات عند عدم التنفيذ الكامل للعقد.

إما إذا تبين للقاضي، بناء على طلب المدين ، أن الفسخ الذي أقره الدائن، غير مبرر ، لعدم توافر شروط إعماله، كما لو تبين أنه لم يكن متناسباً مع جسامته الإخلال بالعقد، فهنا يثور التساؤل عن الجزاء الذي يمكن للقاضي إعماله في هذه الحالة، فهل يكتفي بالحكم بالتعويض على الدائن، أم أن بإمكانه أن يقضى باعتبار الفسخ الذي تم، كأن لم يكن وبالتالي، استمرار العلاقة العقدية في ترتيب آثارها^(١).

اذ يقتضي بحسب القواعد العامة لممارسة أي حق من الحقوق عدم التعسف في استعمال الحق ، وبما فيها الفسخ بالإرادة المنفردة ، فلا بد أن يتوافق الفسخ مع مبادئ حسن النية ، وعدم نية الإضرار بالطرف الآخر، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة^(٢).

وبخصوص موقف القانون المدني العراقي نجده اخذ بالمعيار الشخصي والموضوعي معاً استناداً لما جاء في المادة (٢/٧) منه. كذلك المادة (٢/٦٩٥) من القانون المدني المصري المتعلقة بالفصل التعسفي للعامل من قبل رب العمل .

واختلف موقف الفقه الفرنسي في هذا الصدد ، فقد ذهب البعض، إلى التأكيد على أن الجزاء الوحيد في هذه الحالة ، هو الحكم بالتعويض للمدين نتيجة الفسخ الغير مبرر، الذي قرره الدائن ، وعدم الاستمرار بتنفيذ العقد ، والقاضي يمكنه فقط أن يحكم بالتعويض لصالح المتعاقد.

(١) د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص ١٩٨. وللإطلاع : ينظر علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والنفاخ، مصدر سابق، ص ١١٥.

(٢) للإطلاع ينظر : د. حسن علي الذنون ، دور المدة في العقود المستمرة ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ وما بعدها، كذلك د. عدنان العابد ، الانتهاء غير المشروع لعقد العمل في القانون العراقي، دراسة مقارنة ، مجلة القانون المقارن ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، العدد ٧٦، السنة السادسة، ١٩٧٧، ص ٧ وما بعدها .

وبذلك ان الفسخ بالإرادة المنفردة يؤدي إلى انهاء الرابطة العقدية بصورة نهائية، فلا يمكن الرجوع عنها، وإن كان الدائن متعسفا في الفسخ، ولا يبقى امام المحكمة سوى الحكم بالتعويض، نتيجة الفسخ غير المبرر^(١).

لكن على الرغم من الآراء الفقهية السابقة، يتجه غالبية الفقه الفرنسي، لتؤكد على أن للقاضي أن يأمر باستمرار العلاقة العقدية بين الطرفين، اذا وجد ان الفسخ تم بصورة غير صحيحة من قبل الدائن.

وهذا يعد جزاء للدائن لأنه يلجأ بطريقة تلقائية، إلى اقتضاء حقه بنفسه، فيجد من مصلحة المدين، عند الأخذ بالاعتبار الجانب الموضوعي، الاستمرار بتنفيذ العقد الذي تم فسخه بصورة غير صحيحة، وليس فقط الاعتراف له بسلطة تعويض الضرر الذي يلحق بالمدين^(٢).

وعلى القاضي التحقق من أن الدائن الذي قرر هذا الفسخ كان محقاً فيما قام به، ويجب مجازاته، إذا لم يثبت أن هناك مسلكاً جسيماً، اقترفه المدين، ولذلك إذا تبين للقاضي أن فسخ العقد محدد المدة كان تعسفياً، فيمكنه ان يقرر استمرار العقد وتنفيذه حتى حلول الأجل المتفق عليه.

والواقع، أن هذا التيار الفقهي الغالب في الفقه الفرنسي، الذي يرى أن سلطة القاضي إزاء الفسخ بالإرادة المنفردة التعسفي، يجب أن تشمل إمكانية اعتبار هذا الفسخ كأن لم يكن، والحكم باستمرار العلاقة التعاقدية، له أهمية من حيث مفهوم العقد ذاته والإبقاء على الأبعاد الأخلاقية والدينية للقوة الملزمة له. فلا شك أن قوة الإلزام التعاقدية، تستند إلى اعتبارات أخلاقية ودينية، تتمثل في ضرورة الوفاء بالعهد واحترامه، فلا بد من تعزيز دور القاضي، في رقابته اللاحقة للفسخ بالإرادة المنفردة، ولا يقتصر على الحكم للمدين بالتعويض، إذا تبين له أن هذا الفسخ فيه تعسف، فإنه يشجع الدائن على فسخ العقد

(١) أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٢) Ch. Jamin, L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée, D. ٢٠٠١ JP, p. ١٥٦٨ et s. spéci. p. ١٥٦٩.

نقلاً عن: سيد أحمد محمود، القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية ٢٠٠٧ ص ٩.

بإرادته المنفردة، دون أن يكون له مبرر في ذلك، مقابل دفع التعويض، وقد لا يحقق التعويض الفائدة من العقد بالنسبة للمدين^(١).

وبخصوص الموقف التشريعي في فرنسا ، فقد اكدت مشروعات تعديل القانون المدني الفرنسي بحسب المادة (١/١١٥٨) على اعطاء الحق للمدين ان يعترض على قرار الدائن الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر ويقرر الاستمرار بتنفيذ العقد بان يمنح المدين مهلة للتنفيذ ، وهذا ما قضت به المادة (١٧٠) من مشروع وزارة العدل الفرنسية ، وجاء تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) بحسب المادة (١٢٢٨) ليجيز للقاضي اقرار الفسخ ، او الحكم باستمرار تنفيذ العقد ، ومنح مهلة للمدين لتنفيذ العقد .

وفي هذا الصدد ، يكون الجزاء الأكثر ملاءمة لحالة الفسخ التعسفي، بحسب التوجهات التشريعية الحديثة ، هو اعتباره كأن لم يكن ، واعتبار العقد لا يزال قائماً، لضمان استقرار المعاملات والاستمرار في تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه.

الفرع الثاني

دور القضاء المستعجل في قرار الفسخ بالإرادة المنفردة

تدعيماً لضمانات عدم التعسف في استعمال حق الفسخ بالإرادة المنفردة يقتضي الطلب من المحكمة التدخل لاستصدار حكم قضائي بصحة الفسخ الذي اوقعه الدائن بإرادته المنفردة من عدمه، والخاص بموضوع المنازعة ، هذا الامر يحتاج كما نعلم فترة من الزمن تفصل بين قرار الفسخ الصادر من الدائن ، ونتيجة الطعن المقدم من المدين الى المحكمة المختصة ، مما يستدعي التعرف على مصير العقد خلال هذه الفترة الزمنية ، فلا بد ان يكون هنالك رأي للقضاء المستعجل^(٢).

بناء على ذلك، ذهب بعض من الفقه الفرنسي إلى ضرورة حماية المدين في مواجهة القرار التعسفي، للدائن بفسخ العقد بالإرادة المنفردة، وعليه يتوجب ان يكون لقاضي الأمور المستعجلة دور فعال في هذا الصدد، باعتباره الوسيلة

(١) د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص ٢١٠. وللاطلاع ينظر : د. محمد علي راتب محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة السادسة، عالم الكتب، ص ٣٠.

(٢) للاطلاع ينظر د. عمار سعدون حامد المشهداني، القضاء المستعجل دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر ، الامارات ، ص ١١ وما بعدها.

الإجرائية الملائمة في مواجهة قرار الدائن والذي يمكنه، بحسب طبيعة اختصاصه وسرعة إجراءاته أن يتخذ من الإجراءات المناسبة ، بما يحول دون أن يصبح قرار الفسخ التعسفي قطعياً ، لا يمكن تدارك آثاره الضارة بالنسبة للمدين^(١).

ويعرف القضاء المستعجل على انه الخطر المحقق الحقيقي بالحق المطلوب المحافظة عليه والذي يلزم تلافيه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي الاعتيادي ، حتى وان قصرت مدته ، ويتوافر الاستعجال في كل حالة اذا قصد من الاجراء المستعجل ، منع ضرر مؤكد لا يمكن ازالته اذا وقع^(٢).

وعليه لا بد ان يكون الخطر واقعاً او على وشك الوقوع مما يؤدي الى الحاق ضرر بالمدعي ، اذا تم اللجوء الى اجراءات التقاضي الاعتيادية، وتوافر عنصر الاستعجال يترك تقديره للقاضي المستعجل بحسب الظروف لكل قضية تعرض عليه^(٣).

وتتعدد الشروط الواجب توافرها لينعقد اختصاص القضاء المستعجل بنظر المنازعة من قبل المدين، تجاه الفسخ الذي أوقعه الدائن بالإرادة المنفردة ، استناداً إلى القواعد العامة بشأن اختصاص هذا القضاء.

ووفقاً لهذه القواعد في اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، والتي تستخلص من موقف المشرع العراقي، في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل) بحسب المادة (١٤١) منه ، اذ تختص محكمة البداة بنظر الامور المستعجلة ، التي يخشى عليها عند فوات مدة طويلة ، ولا يتضمن ذلك المساس بأصل الحق ، لأنه من اختصاص محكمة الموضوع ، والى هذا المعنى ذهبَت المادة (٤٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣ لسنة ١٩٦٨)، والمواد (٨٠٩/٨٠٨) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد. ويمكن اجمال هذه الشروط بالآتي:

أولاً / صفة الاستعجال:

- (١) د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩.
- (٢) د. محمد محمود ابراهيمي ، الوجيز في الاجراءات المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٦٠.
- (٣) للاطلاع ينظر: د. مصطفى مجدي هرجة ، احكام وآراء في القضاء المستعجل ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، الاسكندرية ، ص ٣٦٠.

غالباً ما يحدد المشرع بصفة عامة الاستعجال في الحالات التي يخشى عليها من فوات الوقت ، ثم جاء الفقه ليحاول وضع معاني للمقصود بالاستعجال بأنه : "الخطر الحقيقي المحقق المراد المحافظة عليه ، والذي يلزم درؤه بسرعة ، لا تكون عادة في التقاضي العادي ، ولو قصرت مواعيده" (١). ويترك تقدير صفة الاستعجال الى القاضي الذي ينظر الدعوى ، بالاعتماد على الجانب الموضوعي وظروفها ووقائعها . وبخصوص الموقف التشريعي في فرنسا من هذا الشرط ، جاء مشروع وزارة العدل الفرنسية بحسب المادة (٣/١٦٨) للتأكيد على اختصاص قاضي الامور المستعجلة ، بنظر النزاع بشأن قرار الدائن بفسخ العقد بالإرادة المنفردة لكنه لم يحدد معنى الاستعجال ، او المعيار المعتمد لتحديده، اما بشأن موقف تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) في المادة (١٢٢٦) منه اجاز للمدين ، في أي وقت ان يعترض على قرار الفسخ بالإرادة المنفردة ، ولم يشترط ان يتوافر شرط الاستعجال ، ونحن مع هذا المسلك الذي اتبعه المشرع الفرنسي خاصة وان الفسخ غير خاضع لرقابة سابقة من أي محكمة ، ونرى ان هذا الاتجاه يحقق التوازن بين مصالح الطرفين ، وان ادى ذلك الى كثرة الدعوى المستعجلة .

ثانياً / ان يكون الاجراء وقتياً:

لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة ، لابد ان يكون المطلوب إجراء وقتياً، لا يمس أصل الحق، فيقصد به : "ألا يكون لحكمه تأثير في الموضوع أو أصل الحق، أي يكون الحكم وقتياً" لا يقضى في "أصل الحقوق والالتزامات والاتفاقات مهما أحاط بها من استعجال، أو ترتب على امتناعه عن القضاء فيها من ضرر بالخصوم، بل يجب عليه تركها لقاضي الموضوع، المختص وحده بالحكم فيها" (٢).

وهذا ما اكده الموقف التشريعي لقانوننا المدني والقوانين المقارنة ، وما دام حكم القضاء المستعجل هو وقتياً ، ، فلا شك ان حالة المدين ازاء قرار الفسخ هي الاستعجال ، والخشية من فوات الوقت ، لما يسببه من نتائج ضارة بالمدين في حالة الفسخ التعسفي ، ولا يمكن تداركها الا على وجه السرعة ، كما نعتقد

(١) نقلا عن : د. احمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، دار الجامعة الجديدة ، ص ١٠٣ .

(٢) أمينة النمر ، مناهج الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة، منشأة المعارف، مصر، ١٩٦٧، ص ٣٢١ .

كذلك : د. سيد احمد محمود ، القضية المستعجلة وفقا لقانون المرافعات ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧، ص ١٠ .

ان تدخل القضاء المستعجل ، وحكمه بوقف قرار الفسخ لا يعد مساسا بأصل الحق ، متى ما تبين له من ظاهر الدعوى ان الفسخ الذي قرره الدائن غير مبرر ، ففي هذه الحالة لم يعدل القاضي مراكز الخصوم ، ولم يمس حق الدائن بالفسخ ، اذ يبقى له امكانية اللجوء الى محكمة الموضوع ^(١).

بالنتيجة يعد حق اللجوء الى القضاء المستعجل بمثابة احدى الآليات القانونية في مواجهة الفسخ التعسفي ، لكنها تبقى محدودة ، اذ يبقى مصير المراكز القانونية للمتعاقدین في حالة عدم استقرار، خاصة وان محكمة الامور المستعجلة لا تنظر بأصل الحق ، فيبقى لمحكمة الموضوع كلمة الفصل في النزاع ، بصحة الفسخ بالإرادة المنفردة من عدمه .

(١) د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠.

الخاتمة

الخاتمة

بعد أن وفقنا الله لإتمام هذا العمل المتواضع وفي ختام بحثنا الموسوم ب(تطور نظرية العقد في ضوء الاتجاهات القانونية - دراسة مقارنة)، يطيب لنا أن نشير إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات التي نأمل الأخذ بها، وهي على النحو الآتي:

أولاً- الاستنتاجات :

١- يعد مبدأ سلطان الإرادة نظرية فلسفية قانونية تحدد المفهوم التقليدي للعقد، كونها تتجه إلى تفسير العمل القانوني وبصفة خاصة العقد من خلال تنظيم تكوينه وآثاره وانقضاءه، بناءً على إرادة أطرافه.

٢- أن مبدأ سلطان الإرادة في ضوء الاتجاه التقليدي لنظرية العقد ، يعد قاعدة أساسية تبنى عليها النظريات القانونية فجميع الالتزامات والنظم ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وهذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر للالتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له.

٣- تبين لنا من خلال بعض التعريفات الواردة بصدد معنى مبدأ حسن النية في نظرية العقد بأن موضوعه، يدور حول فكرة أساسية ، وهي وجوب الإخلاص والأمانة في التعاقد بصورة شاملة ، ولا يقتصر على تنفيذ العقد، بالرغم من كونها تعد من المسائل غير قابلة للضبط، وإنها تتسم بالغموض وعدم التحديد وأنها تتغير من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر، لأنها أفكار مرنة، وتحديدها يقع في نطاق السلطة التقديرية للقاضي، مما يتيح امكانية تطوير نظرية العقد.

٤- لا يمكن النظر إلى حسن النية بجانبه السلبي فقط دون التركيز على الجانب الإيجابي، وذلك بالقول ان القانون لا يضع، مكافأة للمتعاقد على حسن نيته إنما هو يفرض جزاءات على المتعاقد سيء النية، بينما وجدنا من خلال ما بحثناه ، ان المتعاقد الحسن النية قد يكافأ على ذلك ، لذا فان القانون يجزي حسن النية في تنفيذ العقد مثلاً إعطاء الأجل القضائي عندما يكون الشخص حسن النية ، وكذلك اعفاءه من بعض التكاليف، كذلك تملك الثمار عند فسخ العقد اذا كان المدين حسن النية.

٥- توصلنا إلى أن الالتزام بالاعلام قد تطور مع عيوب الإرادة، وخاصة التغير، ثم ارتبط بضمان العيوب الخفية ، ومن ثم بالالتزام الواقع على البائع بضمان سلامة المبيع من اضرار تمس المشتري ، وبعدها اصبح التزاماً مستقلاً بحد ذاته ، اخذت به القوانين المدنية ، وبعض القوانين

المتخصصة كما هو الحال في قوانين حماية المستهلك ، واكتسب أهمية خاصة في هذا العقد ، اذ اصبح ضمانا لحماية المشتري ، بوصفه طرف ضعيف في العلاقة العقدية .

٦- تضم المفاوضات العقدية عدداً من العمليات، مثل القيام بأعمال تحضيرية أو فحوص فنية أو دراسات اقتصادية، وإعداد خطط المشروع محل العقد، وتوفير وسائل التمويل أو التأمين...، وهذه كلها لابد ان يعتمد على إرادة واعية متبصرة ومدركة، مما يقتضي البحث عن توفير قدر من الحماية للمتعاقدين أو بالأحرى للمتعاقد الضعيف في مرحلة ما قبل التعاقد.

٧- للمفاوضات العقدية، تأثير بارز على العقد، وتحدث حالة من التوازن بين آراء أطراف العلاقة العقدية، فتغلق باب استغلال احدهما للآخر، فمرحلة المفاوضات تمكن أطرافها من بيان حقوقها والتزاماتها في العقد المزمع إبرامه بموجب مبادئ حسن النية.

٨- قد يتحقق الشرط التعسفي عندما يكون هناك اختلال بين حقوق والتزامات طرفي العقد، لذا تدخل المشرع وفقاً للقواعد العامة بتعديل الحقوق والالتزامات حتى يعاد التوازن العقدي. أما في عقد الاستهلاك فأن وصف التعسف يعتمد على وجود تحقق منفعة مبالغ فيها للمحترف، وهذا ما جعل المشرع يقضي ببطلان الشرط التعسفي في التشريع الخاص بحماية المستهلك ، لذا فأن توفر الشرط التعسفي في عقد الاستهلاك يؤدي الى بطلان هذا الشرط واستبعاده بحكم القانون دون النظر الى ما ستنجبه اليه إرادة المتعاقدين أو احدهما، لأن المشرع يهدف في ذلك الى توفير أكبر حماية للمستهلك بالإبقاء على العقد مرتباً لآثاره والحصول على المنفعة المبتغاة منه رغم مخالفة جزء منه للنظام العام وحتى يتجنب الطرف الضعيف الضرر الذي يصيبه عند الحكم ببطلان العقد بأكمله .

٩- حماية التوازن العقدي بين أطراف العقد وتتم بحصول كل متعاقد على منفعة ، بما يتناسب مع أداء المتعاقد الآخر .

١٠- يعرف الفسخ على أنه حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا ما أخل الطرف الآخر بالتزاماته في حل الرابطة العقدية لكي يتحلل هو من التزاماته، والفسخ على بهذا المعنى جزءاً بالنسبة للمتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزاماته، ويكون هدفه إزالة الرابطة العقدية.

١١- توصلنا الى أن الفسخ بالإرادة المنفردة قد يساهم في الحد من كثرة الدعاوى القضائية، وهذا ما يؤدي الى تقليل من التكاليف والوقت والجهد، بما يعود بالنفع المؤكد لمرفق العدالة ذاته، بالتالي ومن خلال هذا الفسخ، تتحقق المصلحة العامة.

ثانياً- المقترحات: حاولنا من خلال بحثنا عرض مستحدثات موقف مشرعنا في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، مع مقارنتها بالقانون المدني الفرنسي والمتعلقة بنظرية العقد على وفق ما جاءت به مشروعات تعديله، وما نتج عنها من اهمية كبيرة في مجال العقود، ولاعتبار القانون المدني الفرنسي من أهم المصادر التاريخية لقانوننا المدني المقتبسة احكامه عن طريق القانون المدني المصري لعام (١٩٤٨) ، ولتبدل الاحوال والظروف خلال هذا الفارق الزمني الكبير، فأنا القانون المدني العراقي بحاجة ماسة الى اجراء بعض التعديلات لمواكبة التطورات التشريعية الحديثة ، ومعالجة بعض الاشكاليات التي تكثر كلما طال زمن تشريع القانون ، وبناء على ما تقدم ذكره نوصي الاخذ بما يأتي:

١- نأمل من المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي النافذ ، واعتماد مبدأ حسن النية في جميع مراحل التعاقد ، وتكون على النحو الآتي : (١_ يجب التعاقد طبقاً لما اشتمل عليه العقد ، وبما يتفق مع ما توجبه العدالة وحسن النية) اما بخصوص الفقرة الثانية من المادة اعلاه نقترح تعديلها بما يضمن الاخذ بمضمون العقد ، وعلى النحو الآتي (لا يتحدد العقد بما هو منصوص عليه ، بل وفقاً لمضمونه الصريح ، او الضمني على وفق القانون أو العرف أو العدالة أو طبيعة الالتزام).

٢- ندعوا مشرعنا الى الاخذ بما هو منصوص عليه في المادة (٩٢) من القانون المدني المصري التي نصت على انه : ((اذا مات من صدر عنه التعبير عن الارادة او فقد اهليته قبل ان ينتج التعبير اثره ، فأنا ذلك لا يمنع من ترتب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير او من طبيعة التعامل))، بما يساهم بتطور نظرية العقد بتنظيم هذه المسألة الهامة على مختلف الصعد.

٣- نأمل من المشرع العراقي تعديل المادة (١٢٤) بحذف الفقرة الاولى من هذه المادة التي تجيز نفاذ العقد ولا توقفه بالرغم من وجود غبن في العقد.

٤- نأمل من المشرع العراقي توسيع سلطة القاضي في تعديل العقد بما يتفق مع مضمونه بحسب التوجهات القانونية الحديثة ، خاصة في حالة حصول ظروف استثنائية غير متوقعة بتعديل نص المادة (٢/١٤٦) وعلى النحو الآتي : (اذا طرأت ظروف استثنائية غير متوقعة ، تجعل التنفيذ مرهقا ويهدد بخسارة فادحة يمكن للأطراف الاتفاق على اعادة التفاوض على العقد او الاتفاق على فسخ العقد او الطلب من القاضي تطويع العقد ، وفي حالة عدم الاتفاق يجوز لاحد الاطراف طلب تعديل العقد او انهائه ، ويجوز للمحكمة ان ترفع الارهاق الى الحد المعقول بحسب مضمونه ان اقتضت العدالة ذلك ، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك).

٥- توسيع نطاق تفسير العقد ، وعليه نأمل من المشرع العراقي ان يأخذ بالتفسير المتطور بالاعتماد على النية المشتركة لأطراف العقد وعلى النحو الآتي : (يتم تفسير العقد بحسب مضمونه ، تبعا للنية المشتركة لأطرافه ، دون التقييد بما هو منصوص عليه من الفاظ) وتأكيذا لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ندعو الى تعديل المادة (١٦٦) من القانون المدني العراقي وعلى النحو الآتي : (يفسر العقد في مصلحة المدين ، والطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية).

٦- نأمل من المشرع العراقي ، تعزيز دور الارادة المنفردة في فسخ العقد تماشيا مع المواقف التشريعية الحديثة بالنص على انه : (يجوز للدائن ، في العقود الملزمة للجانبين ، وعلى مسؤوليته فسخ العقد بعد اخطار المدين في حالة الاستعجال ، او بعد اذاره بتنفيذ الالتزام في غير ذلك ، اذا اخل المدين بتنفيذ التزامه ، بالأخلال بمضمونه ، او امتنع عن التنفيذ او تأخر فيه).

٧- ندعو المشرع العراقي الى توسيع سلطة الارادة المنفردة في فسخ العقد ، تبعا لتطور مفهوم التعاقد ، بعدم التقييد بتنفيذ ما وجب عليه بالعقد ، وعليه نأمل ان يعدل نص المادة (١٧٧) وعلى النحو الآتي : (في العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم ينفذ احد المتعاقدين التزامه المحدد او مضمونه ، جاز للمتعاقد الآخر ان يطلب فسخ العقد بعد الاعذار ، مع المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى ، ويجوز للمحكمة ان تمهل المدين اجلا للتنفيذ ، او ترفض طلب الفسخ بحسب الاحوال)

- ٨- نقترح أن ينص مشرنا العراقي في قانون حماية المستهلك صراحة على بطلان الشرط التعسفي في عقد الأستهلاك ، وليس الأكتفاء ببيان مسؤولية المجهز عن الإخلال بواجباته وبيان واجبات المعلن.
- ٩- نهيب بمشرنا العراقي وضع قاعدة عامة للفسخ بالإرادة المنفردة في العقود كافة ، عند التنفيذ المعيب لمضمونها ، ونقترح ان يكون النص نحو الاتي : (للدائن اذا وجد المدين نفذ التزامه بشكل معيب او جزئي لا تتحقق له المنفعة المتوخاة من التعاقد ، ان يفسخ العقد بعد اذاره بتصحيح التزامه التعاقدى) .

المصادر

المصادر

أولاً: المعاجم اللغوية:

- ١- ابن منظور، لسان العرب ، تحقيق عبدالله على الكبير، دار المعارف، ج٧.
- ٢- محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج٣، الطبعة الثالثة، الحلبي، ١٩٥٢، ص٣٥٣، فصل الفاء باب الضاد.

ثانياً: الكتب الفقهية:

- ١- شمس الدين سرخسي ، المبسوط، ج١٣، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩.
- ٢- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٨، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ٢٠٠٣.
- ٣- محمد الخرشي أبو عبدالله علي العدوي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج٥، ط٢، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق، مصر، ١٣١٧ هـ.
- ٤- محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية، ج٣، ط١، مطبعة الهادي، ١٣٧٧ هـ.

ثالثاً: الكتب القانونية:

- ١- د. ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، بغداد، ١٩٨٨.
- ٢- د. ابراهيم سيد احمد ، التعسف في استعمال الحق فقهاً وقضاً، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٣- د. أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٤- د. أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، منشورات كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، ١٩٩٨.
- ٥- د. احمد عبد العال أبو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع و احكام القضاء، ط٣، بدون ذكر اسم مطبعة، ٢٠٠٦.
- ٦- د. أحمد عبدالكريم سلامه، قانون العقد الدولي "مفاوضات العقود الدولية القانون الواجب التطبيق وأزمته"، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، بدون سنة طبع.

- ٨- د. أحمد محمود سعد ، مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري واليمنى (دراسة مقارنة)، الكتاب الأول : العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية ١٩٩٠، فقرة ٣٠.
- ٩- د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام - ١ - العقد والإرادة المنفردة، مكتبة عبد الله و ١٩٦٦.
- ١٠- آلان بينابنت، القانون المدني، الموجبات- الالتزامات، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٤.
- ١١- د. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (البحث الأول: أحكام العقد، الجزء الأول: أركان العقد) الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧.
- ١٢- د. أمينة النمر، مناهج الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة، منشأة المعارف، مصر، ١٩٦٧.
- ١٣- د. ايمن ابراهيم العشماوي ، مفهوم العقد وتطوره ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢.
- ١٤- د. ايمن ابراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ١٥- د.ايمن سعد سليم ، العقود النموذجية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥.
- ١٦- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية ،بدون ذكر تاريخ النشر.
- ١٧- د. توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال ، مصادر وأحكام الالتزام ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- ١٨- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ٢٠٠٠.
- ١٩- د. جلال العدوي، الإلجبار في المعاوضة، أطروحة دكتوراه، مطبعة جامعة الاسكندرية، مصر، من دون تاريخ نشر.
- ٢٠- د. جلال العدوي، أصول المعاملات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية ١٩٦٧.

- ٢١- د . جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزء الأول مطبعة. جامعة القاهرة ط ١٩٧٦.
- ٢٢- د . جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٦.
- ٢٣- د . حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥.
- ٢٤- د . حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩١-١٩٩٢.
- ٢٥- د . حسني محمد جار الرب، التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٢٦- د . حسين تونسي، انحلال العقد- دراسة تحليلية وتطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة- دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٧.
- ٢٧- د . حسين عبد الله الكلابي ، النظام العام العقدي ، دراسة مقارنة ، ط ١، دار السنهوري ، لبنان ، ٢٠١٦.
- ٢٨- د . حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- ٢٩- د . خالد جمال احمد ، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.
- ٣٠- د . خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.
- ٣١- د . خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥.
- ٣٢- د. محمد شكري سرور ، موجز احكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا ، مجلة الحقوق . السنة الثامنة عشرة . العدد الثالث سبتمبر ١٩٩٤.
- ٣٣- د . ربيع شندب، سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي في عقود الإستهلاك في القانون اللبناني والمصري والفرنسي ، مجلة العدل رقم ٤، ٢٠١٤.

- ١- د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.
- ٣٤- د. ريماء فرج مكي، صحيح العقد-دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.
- ٣٥- د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالأفصاح في العقود، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٣٦- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١٩٨٧.
- ٣٧- د. سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٨.
- ٣٨- د. سمير عبد السيد تتاغو، مصادر الالتزام، بدون ذكر مطبعة، ١٩٩٩، فقرة ٧١.
- ٣٩- د. سيد أحمد محمود، القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية ٢٠٠٧.
- ٤٠- السيد خلف محمد، البيع في ضوء الفقه وأحكام القضاء، ط٢، دار الفكر القانوني، ٢٠٠٠.
- ٤١- عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٤٢- د. عبد الحليم عبد اللطيف، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٤٣- د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، دون سنة نشر.
- ٤٤- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ١٩٦٧.
- ٤٥- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٤.

- ٢-د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ ،
نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ،
الاسكندرية ، ٢٠٠٤.
- ٤٦-د . عبد العزيز المرسى حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو
الطابع التعاقدى (دراسة مقارنة) ، من دون ذكر مطبعة ٢٠٠٥.
- ٤٧-د .عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون ذكر
اسم مطبعة، ١٩٨٤.
- ٤٨-د . عبد الكريم بلعور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري
المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ٢٠٠١.
- ٤٩-د . عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني
العراقي ، ج ١.
- ٥٠-د . عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر
الالتزام، المكتبة القانونية بغداد، بدون ذكر سنة طبع.
- ٥١-د . عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني
المصري، الجزء الأول مصادر الالتزام مكتبة عبد الله وهبه ١٩٧٥.
- ٥٢-د . عبد المنعم فرج الصدة، العقد في قوانين البلاد العربية، القانون
المصري، واللبناني والسوري، والعراقي والليبي والكويتي والسوداني، دار
النهضة العربية، بيروت ط ١٩٧٤.
- ٥٣-د . عبد الودود يحيى، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام مصادر
الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- ٥٤-د . عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون
المدني واحكام الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد،
١٩٨٠.
- ٥٥-العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،
الجزء الأول ، التصرف القانوني - العقد والإرادة المنفردة- ديوان
المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠١.
- ٥٦-د . عصمت عبد المجيد ،نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في
تطبيقها، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٩٣.
- ٥٧-د . على نجده ، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول، مصادر
الالتزام دار النهضة العربية ٢٠٠٥/٢٠٠٤.

- ٥٨- د . علي عبد الأمير قابلان ، اثر القانون الخاص على العقد الإداري ، ج١، ط١، بيروت لبنان ، ٢٠١١.
- ٥٩- د . عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف ، التوازن المعرفي في العقود المدنية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠١٩.
- ٦٠- د . عمر علي شامسي، فسخ العقد، المركز القومي لإصدارات القانونية، بدون مكان النشر، ٢٠١٠.
- ٦١- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد.
- ٦٢- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة ٢٠٠٩.
- ٦٣- فدوى قهوجي ، ضمان عيوب المبيع فقهاً وقضاء، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.
- ٦٤- د . محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، بند ٢٥٩ ، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- ٦٥- د . محمد إبراهيم الدسوقي ، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد ، دار إيهاب للنشر والتوزيع ، أسيوط، بدون سنة نشر.
- ٦٦- د ، محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، ١٩٨٧، الفقرة ٢٠٠.
- ٦٧- د . محمد الزين ، النظرية العامة للالتزامات ، العقد ، ط٢، مطبعة الوفاء ، تونس ، ١٩٩٧.
- ٦٨- د . محمد بوادلي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود - دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٦٩- د . محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام المصادر، الأحكام ، الإثبات- دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٧٠- د. محمد حسن قاسم ، الحماية القانونية لحياة العامل في مواجهة بعض مخاطر التكنولوجيا الحديثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١.
- ٧١- د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، العقد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي ، ٢٠١٨.

- ٧٢- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الأول، منشورات الحلبي، الطبعة الثانية، ٢٠١٨.
- ٧٣- د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ٢٠٠٣.
- ٧٤- د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة منقحة ومزودة، الطبعة الرابعة دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط ٢٠٠٩.
- ٧٥- د. محمد عبد الظاهر حسين، تحديد الاثمان في العقود الأولية (دراسة في بعض الأنظمة القانونية) مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.
- ٧٦- د. محمد عبد الله أبو هزيم، أحكام الثمن في عقد البيع وفق أحكام التشريع (دراسة مقارنة) دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٦.
- ٧٧- د. محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الدر العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
- ٧٨- د. محمد علي راتب محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة السادسة، عالم الكتب، دون ذكر سنة نشر.
- ٧٩- د. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة)، بيروت، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٧.
- ٨٠- د. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة ٣، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، من دون سنة طبعة.
- ٨١- د. مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة، المصادر - العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دمشق، ١٨٦٤.
- ٨٢- د. مصطفى احمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، دار القلم، دمشق، ٢٠١٢.
- ٨٣- د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج ١، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١١.
- ٨٤- د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة الموجبات، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.

- ٨٥- مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ١٩٨٨.
- ٨٦- د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، دار النهضة العربية، من دون طبعة.
- ٨٧- د. منى أبو بكر حسان، الاتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢٢.
- ٨٨- د. منيرة اليعقوبي، التسليم في عقد البيع، كلية الحقوق، تونس، ١٩٩٣.
- ٨٩- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي.
- ٩٠- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول الطبعة الثانية، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٩١- د. نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي دراسة لقواعد الموضوعية والاجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٩٢- د. نسرین حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك. ط ١ مكتبة زين الحقوقية والادبية لبنان، ٢٠١٨.
- ٩٣- د. نور الصباح مزيجم، فقدان الجزئي لسبب الموجب في العقد، دون دار نشر، ٢٠١٧.
- ٩٤- د. هدى عبد الله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر، منشورات الحلبي، الطبعة الاولى، ٢٠٢٠.
- ٩٥- وليام سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراية مقارنة، الطبعة الأولى، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة ١٩٥٥
- ٩٦- د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.

رابعاً: البحوث و الدراسات

- ١- د. إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية في ضوء نظرتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٩.

- ٢- د. أبراهيم عبد العزيز داوود، عدم التوازن المعرفي في العقود ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٤.
- ٣- احمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦.
- ٤- أحمد الصويحي شليك، نظرية الظروف الطارئة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، المجلد الثالث، العدد الثاني، سنة ٢٠٠٧.
- ٩٧- احمد عبد الغفور، دور العدالة في تكميل العقود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ٢٠١٩.
- ٥- أرسنوت أرتيموس، إنخفاض قيمة العملة وتأثيره في حقوق المتعاقدين والمتقاضين، مجلة العدل، ١٩٨٨.
- ٦- اسعد الكوراني (نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية) ،مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد الأول، السنة الأربعون.
- ٧- أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية - لمحات في بعض المستجدات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، "القانون أداة للإصلاح والتطوير"، ملحق خاص، العدد ٢، الجزء الثاني، ٢٠١٧.
- ٨- اكرم محمود حسين البدو، حكم العقد دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد ١٥، العدد ٢٠١٢، ٥٥.
- ٩- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقهاء الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقص والتمييز، جامعة اريد، الأردن، ٢٠٠٣.
- ١٠- أمين محمد حطيظ، القانون المدني، الموجبات: أنواعها ومصادرها، العقد والمسؤولية العقدية، المسؤولية المدنية التقصيرية (دراسة مقارنة القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، دار المؤلف الجامعي، ٢٠٠٦.
- ١١- بيار كتالا، المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقاد في القانون الفرنسي.
- ١٢- جلال إبراهيم، الحماية القانونية لمدة عقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي والقانون الفرنسي.

١٣- د. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، كلية الحقوق جامعة عين شمس، يوليو ١٩٩٦.

١٤- محمد سعيد الزقرد، محاولة إنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القوانين المصري والكويتي والفرنسي والانجليزي مع الإشارة الى قانون البيع الدولي للبضائع، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٢٨، ٢٠٠٠.

١٥- استاذنا الدكتور سلام عبد الزهرة الفتلاوي، فكرة مقتضى العقد "دراسة مقارنة بين الفقه والقانون"، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، كلية القانون، جامعة بابل، ماجستير قانون خاص، ٢٠١٣.

١٦- شيرزاد عزيز سليمان و يونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية المجلد ٥، العدد ١، ٢٠٢١.

١٧- صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في جامعة النهدين، مجلد ١، بغداد، ١٩٩٧.

١٨- استاذنا الدكتور ضمير حسين المعموري، نبيل مهدي زوين، فكرة الأثر الأقوى للعقد، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة، ع ٧، مجلد ١، ٢٠٠٨.

١٩- عادل جبري، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤.

٢٠- عاشور فاطيمة، النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد، بحث منشور في مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد السابع، جوان ٢٠١٩.

٢١- عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج (دراسة مقارنة) دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠٠٩.

- ٢٢- عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، العدد الأول، كانون الثاني ١٩٦٠.
- ٢٣- د . محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.
- ٢٤- د . محمد حسين عبدالعال ، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧.
- ٢٥- محمد رشيد قباني نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث مقارن، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، لبنان العدد الثاني، السنة الثانية.
- ٢٦- د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، السنة السادسة ، العدد ٤.
- ٢٧- د . محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة مقارنة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين المصري و الفرنسي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س(٢) (القسم الأول)، العدد الثاني، تموز ١٩٦٠.
- ٢٨- مصطفى الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية مصر، ١٩٨٨.
- ٢٩- استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن ، العدالة العقدية (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ،المجلد ٢٥، العدد ٦، ٢٠١٧.
- ٣٠- استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، التغيير في جزء من أجزاء العقد واثره في العدالة التبادلية، منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، ع٤٥،مجلد ٢٠١٥، ٢٣.
- ٣١- استاذنا الدكتور هادي الكعبي واستاذنا الدكتور محمد جعفر هادي ، الألتزام قبل التعاقد بالأعلام ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي ، جامعة بابل، ٢٠١٧.

٣٢- د. هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي ، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي ، "دراسة مقارنة" ، بحث منشور في مجلة جامعة بنها ، القاهرة ، العدد ٣٤ ، ج ٣ ، بدون سنة نشر .

٣٣- هبة مهدي عدنان الفحام ، و عمار كريم الفتلاوي ، الحماية العلاجية لرضا الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية ، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية ، كلية القانون ، جامعة الكوفة ، المجلد ٤ ، العدد ٥ ، ٢٠٢٠ .

خامساً- الرسائل والأطاريح:

١- حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، مطبعة الجيزة الإسكندرية ١٩٧٩ .

٢- حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦ .

٣- خديجة فاضل ، عيممة العقد ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، ٢٠١٦ .

٤- خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية ٢٠٠١-٢٠٠٢ .

٥- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠ .

٦- رياض احمد عبد الغفور، العدالة العقدية، دراسة في قاعدة العدالة ودورها في العقود المدنية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهريين، ٢٠٢٠ .

٧- زمام جمعة ، العدالة العقدية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ١ ، ٢٠١٣-٢٠١٤ .

٨- سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦ .

- ٩- سيف البلعاوي، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ) دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مع المقارن، رسالة دكتوراه- كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢.
- ١٠- عادل جبري حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة المنصورة، بدون سنة نشر.
- ١١- عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، رسالة دكتوراه، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٥٠.
- ١٢- عبد الرحمن مصطفى، نظرية السبب، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٤.
- ١٣- علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة طنطا ٢٠٠٦.
- ١٤- محمد السروي ، الغش في المعاملات المدنية (دراسة مقارنة) في القانون المدني والفقہ الإسلامي ، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٤ .
- ١٥- محمد رفعت الصباحي إبراهيم ، الاثار المترتبة على تخلف شروط العقد دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨٣.
- ١٦- محمد يحيى عبد الرحمن، مفهوم المحل والسبب في العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٦.
- ١٧- استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦.
- ١٨- يحيى احمد، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الأنكليزي ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات القانونية العليا ، جامعة عمان العربية ،الأردن ، ٢٠٠٧.
- سادساً- القوانين والتشريعات:**

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ .

٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ النافذ.

٣- القانون المدني الفرنسي رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ .

- ٤- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ النافذ .
- ٥- قانون حماية المستهلك المصري رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٨ النافذ.
- ٦- قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم (٣٤٤) لسنة ٢٠١٤.
- ٧- المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم وتم تقديمه من قبل Pierre Catala وسمي (مشروع كتالا) وتم ايداعه لدى وزير العدل الفرنسي بتاريخ ٢٢/٩/٢٠٠٥.
- ٨- مشروع تعديل قانون العقود والاثبات الفرنسي رقم ١-١٩٩-٢٠٠٨.
- ١- Morin< la desagregation de la theorie contractuelle du code, Arch philosophie, ١٩٤٠.
- ٢- L.Josserand, Apercu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, RTDciv, ١٩٣٧.
- ٣- MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL- MUNCK Ph., op .cit ., " le juge doit prêter la main à l'exécution du contrat.
- ٤- Ch. Jamin, L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée, D. ٢٠٠١JP, p. ١٥٦٨ et s. spéci.
- ٥- L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, op.cit.
- ٦- PH. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, ٢éd. ٢٠٠٥.
- ٧- L.Josserand, Apercu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, RTDciv, ١٩٣٧.
- ٨- G. Loiseau, La puissance du contractant en droit commun des contrats. A.J.C.A. décembre, ٢٠١٥.
- ٩- L.Josserand, Apercu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, op.cit, p
- ١٠- L.Josserand, Sur la reconstitution d'un droit de classe, ١٩٣٧, D, numéro spécial, p
- ١١- R. Martin, personne et sujet de droit, RTD.Civ, ١٩٨١.

- ١٢- D. Mazeaud, les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, op.cit.
- ١٣- J-P. Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, op.cit, p ٢٩٧et.
- ١٤- B. Montels, ibid, n ٨°et ٩et ١٠et١١
- ١٥- Ch. Jamin, quelle nouvelle crise du contrat ?,op.cit.
- ١٦- D. Ferrier, Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D. ١٩٨٠.n.٩°
- ١٧- Beudant et Lerebours pigeonnaire, cours de droit Civil français Tome III, par Breton, no١٧٨٣.
- ١٨- Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus.
- ١٩- L. VOGEL, Plaidoyer pour un rivecement: contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, D. ١٩٩٠chron.
- ٢٠- See further, J.M. Smits, Contract Law: A Comparative Introduction, seq .
- ٢١- J. Ghestin, traité de droit civil, le contrat, formation, LGDJ. .١٩٩٠
- ٢٢- H. Capitant, de la cause des obligations, ٣eme édition, Dalloz, Paris, ١٩٢٧.
- ٢٣- Cornu (G): Vocabulaire juridique, Ass.H.Capitant, P.U.F, ١٩٩٦.
- ٢٤- J.Ghestin,l'utile et le juste dans les contrats ,D.١٩٨٢.
- ٢٥- Ch. Jamin, L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée, Le Dalloz .٢٠٠١

- ٢٦- Beudant et Lerebours pigeonnière, cours de droit Civil français Tome III, par Breton, no .١٧٨٣
- ٢٧- Ch. Lachieze, Notion de comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat, précité, spéci p. .١٢٧٩
- ٢٨- J. P. Gridel et Y. M. Laithier, Les sanctions de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux, JCP ٢٠٠٨- I ١٤٣spéci. no.
- ٢٩- L. VOGEL, Plaidoyer pour un riverment: contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, D. ١٩٩٠chron. P
- ٣٠- Cass. Com. ١٩٩١/٣/٢٥, C.C.C. ١٩٩١, ١٦٢obs. L. Leveneux
- ٣١- Cass. Com. ١٩٩٢/١٢/١, RTD Civ. ١٩٩٣, p. ٥٧٨ obs. J. Mestre.
- ٣٢- J. Ghestin, Le future: exemples étrangers, Le code civil en ١٩٦ France aujourd'hui, in Faut-il réformer le titre III du livre III du code civil, op. cit. p. ١١٥٢et s. spéci.

Abstract:

Legal and jurisprudential trends differed in defining the nature of the contract. The first consecrates the binding force of the contract, considering that the contract is the law of the contracting parties, and therefore it is necessary to adhere to what has been agreed upon. The other goes towards achieving contractual balance, the benefit from the contract, and contractual justice, while linking it to achieving the public interest and the possibility of granting the judge the authority to intervene in the contract according to the circumstances.

Accordingly, the contract and its general theory tended towards development, by keeping pace with modern legislative trends, of legal thought enlightened by several transformations and changes at various levels and departing from the traditional perception that dominated the contract theory. This was reinforced by the legislation of many laws in addition to the civil law, which contributed to effectively enriching contract theory with many advanced legal principles.

Therefore, it was necessary to follow the legislative positions and jurisprudential opinions, by identifying the traditional meaning of the contract, studying the aspects of the progress of its meaning, and then examining the developments that affected the pre-contract stage and the new legal obligations that were added to it.

Regarding the contracting stage, the development of contract theory appeared clear through the approval of the idea of the content of the contract according to the developed legal positions, which led to a major shift in how to determine the effects of the contract.

As for the final stage of the contract, the principle of unilateral annulment was decided and the judicial, jurisprudential and legislative position was studied, as we found that there is great support for this principle due to its advantages, and a response to the criticisms directed at it.

We find that it leads to an increase in the binding force of the contract, because the contractor remains cautious in implementing his obligation because he knows that the other contractor has the right to cancel the contract without referring to him, or even without referring to the judicial authority, in the event of a breach of contract and departure from the principle of good faith. In addition to that, cancellation By unilateral will, he is subject to specific, albeit subsequent, judicial oversight that prevents abuse of this right. Consequently, the advanced view of contract theory is achieved through the final stage that the contract passes through, all of this within the framework of the principle of good faith in contracting.

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Babylon - College of Law

Private Law Department



The development of contract theory in the light of legal trends

((A comparative study))

PhD thesis submitted by the student

Mohammed Salman Shakir

To the Council of the Faculty of Law - University of Babylon, which is part of the requirements for obtaining a doctorate degree in the philosophy of private law

Supervision

Prof. Dr Mansour Hatem Mohsen

Professor of private law

