(17-1) مجلة النور للدراسات القانونية ، العدد (1) ، المجلد 1 ، أيلول 2024
ISSN: 3007-3340 , https://doi.org/10.69513/jnfls.v1.i.1.a1

القيود التشريعية على الارادة التعاقدية

م.د. يزن صائب احمد الزيباري
كلية القانون، جامعة نينوى
Yazen.ahmed@uoninevah.edu.iq

م.م. ليث ابراهيم محمد
كلية القانون جامعة نينوى
Layth.ibrahim@uoninevah.edu.iq

تاريخ الاستلام: 2024/8/10 تاريخ القبول: 2024/9/20 تاريخ النشر: 2024/9/30

المستخلص

يعد العقد الأداةَ الرئيسية في تحقيق التنمية الاقتصادية في المجتمع، وكان للإرادة الدور المطلق في تنظيم جميع الالتزامات التي تنشأ عنه، إلا ان مبدأ سلطان الارادة لم يعد مطلقا، بل ازداد تدخل الدولة في دائرة العقد من خلال النصوص التشريعية والتي أصبحت قيودا تفرض على ارادة المتعاقدين، كما أن أساس القوة الملزمة للعقد له اهمية كبيرة لمعرفة مدى الزامية تلك القيود التشريعية، وتسلط هذه الدراسة الضوء على بيان اساس القوة الملزمة للعقد وكذلك القيود التشريعية التي فرضها المشرع في مرحلتي تكوين وتنفيذ العقد، وتوصي هذه الدراسة المشرع العراقي الى اضافة مادة قانونية تنص على(نص القانون هو اساس القوة الملزمة للعقد) وذلك لإنهاء الخلاف حول اساس القوة الملزمة للعقد.

Legislative Restrictions on Contractual Freedom

Dr. Yazen Saeb Ahmed Al-Zibary
College of Law, University of Nineveh
Yazen.ahmed@uoninevah.edu.iq

Lecturer. Layth Ibrahim Mohammed
College of Law, University of Nineveh
Layth.ibrahim@uoninevah.edu.iq

Abstract:

Contracts are the primary tool for achieving economic development in society, with the will of the parties playing a crucial role in organizing the obligations arising from them. However, the principle of freedom of contract is no longer absolute, as state intervention has increased through legislative measures that impose restrictions on the parties' autonomy. Therefore,

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE UNDER THE CC BY LICENSE.
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

ISSN: 3007-3340 , https://doi.org/10.69513/jnfls.v1.i.1.a1

understanding the basis of the binding nature of contracts and the impact of these legislative restrictions during the formation and execution stages is essential. This study highlights this issue and recommends that the Iraqi legislator add a legal provision stating that "the text of the law is the basis of the binding nature of the contract," in order to clarify and eliminate any ambiguity surrounding this matter.

مقدمة

يتدخل المشرع عادة في العقد، وهذا التدخل ماهو الا تماشياً مع الفكرة التعاقدية التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين الطرفين، ويقابل هذا التدخل من الجهة الاخرى مبدأ سلطان الارادة والذي كان لفترات طويلة مهيمناً على التصرفات القانونية بصورة عامة والعقد على وجه الخصوص. وتدخلات المشرع لم تبقَ فقط في مرحلة تكوين العقد، بل امتدت الى تعديل بنوده، ورسم حدود الارادة في التعاقد، حيث قيدها المشرع في بعض الحالات، ومنعها في حالات اخرى، بل واجبرها على التعاقد في البعض الاخر.

وعزز المشرعُ فكرة العقد شريعة المتعاقدين من خلال تدخلاته على تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، ومنع الاخلال بالالتزامات التعاقدية

اهمية البحث

تكمن أهمية البحث في بيان موقف الفقه القانوني من تدخلات المشرع في تنظيم العقود، وتحديد نطاق الارادة التعاقدية من خلال فرض القيود على تلك الارادة من خلال النصوص القانونية، وكذلك بيان أساس القوة الملزمة للعقد.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في معرفة نطاق سلطان الارادة ،ومدى فاعليتها في اضفاء القوة الملزمة للعقد، ومدى تدخل المشرع في رسم حدود الارادة، من خلال بيان تدخل المشرع في استكمال إرادة الأطراف واعتباره طرفاً ثالثاً في العقد.

منهجية البحث

اعتمد الباحث في هذا البحث على المنهج التحليلي، معتمدا على تحليل وتفسير بعض النصوص القانونية التي اوردها المشرع العراقي في هذا المجال.

خطة البحث

اعتمد الباحث في هذا البحث على خطة متكونة من مبحثين، وينقسم كل مبحث الى مطلبين وكما يلي:

المبحث الأول: مبدأ القوة الملزمة للعقد.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقوة الملزمة للعقد.

المطلب الثاني: العقد شريعة المتعاقدين وأساس القوة الملزمة للعقد.

المبحث الثاني: التدخل التشريعي في العقود.

المطلب الأول: تقييد الحرية التعاقدية في تكوين العقد.

المطلب الثاني: دور المشرع في تعديل العقد.

ISSN: 3007-3340 , https://doi.org/10.69513/jnfls.v1.i.1.a1

المبحث الأول

مبدأ القوة الملزمة للعقد

يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد، فالاتفاق :هو توافق ارادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه . أما العقد فهو أخص من الاتفاق فهو: اتفاق ارادتين على إنشاء التزام أو على نقله، ويتضح ذلك بأن العقد لابد من أن يكون اتفاقاً وليس كلُّ اتفاق عقداً إلا إذا كان ناقلاً للالتزام أو منشئاً لهُ، أما الاتفاق على تعديل التزام كإضافة أجل على الالتزام أو اقترافه بشرط وكذلك الاتفاق على إنهاء الالتزام كالوفاء، فلا تعتبر هاتين الحالتين عن الاتفاق عقوداً[1].

وتنص المادة (73) من القانون المدني العراقي (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثرهُ في العقود عليه) [2]. ولا أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد إلا في إحداث أثر قانوني، فإذا كان هذا الاتفاق يحدث أثراً قانونياً فهنا نكون أمام عقد بالمعنى القانوني المقصود من هذه الكلمة، أما إذا لم يحدث الاتفاق أثراً قانونياً فلا يمكن اعتباره عقداً، فاتفاق شخص مع آخر للخروج في رحلة ضمن نطاق المجاملات الاجتماعية لا يقصد من اتفاقهم هذا إحداث أثر قانوني وإنشاء التزام قانوني بينهما، ولا تترتب أي مسؤولية تعاقدية على من تخلف عن الخروج وأخل بوعدهِ، لكن الأمر مختلف لو اتفق شخص مع شركة سياحية على الذهاب في رحلة مقابل ثمن، لأن إرادة الأطراف هنا ذهبت إلى إحداث التزام قانوني وفي حالة إخلال أحد الأطراف بالتزامه، فهذا الإخلال يكون مدعاةً لقيام المسؤولية عن الإخلال بالالتزام التعاقدي[3].

وللتعرف على مبدأ القوة الملزمة للعقد وبيان أساس الالتزام، يتوجب علينا أنْ نبين الطبيعة القانونية لهذا المبدأ وهو ما سيكون في المطلب الأول، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأساس القوة الملزمة للعقد في المطلب الآخر من هذا المبحث.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للقوة الملزمة للعقد

إن مبدأ سلطان الإرادة يجعل إرادة الأطراف حرة تحدث ما تشاء من العلاقات التعاقدية، ومتى ما انشأ العقد وتحددت التزامات الطرفين المتعاقدين، فلا يمكن تعديل هذه الالتزامات بالزيادة أو النقصان إلا بالإرادتين التي أنشئت العقد، فلا يمكن لمتعاقد أن يعدل من التزامه إلا بموافقة الطرف الآخر[4]، وللوقوف على الطبيعة القانونية لهذا المبدأ لا بد من التطرق لماهيته وهو ما سيكون في الفرع الأول، وتحديد نطاقه في الفرع الثاني.

الفرع الأول

ماهية القوة الملزمة للعقد

إن مبدأ سلطان الإرادة كان مهيمناً على العلاقات العقدية، واعتبر مصدراً لقوة الالتزامات الناشئة عنها، وظلت الإرادة المصدر الأساس للقوة الملزمة المقترنة بالعقد[5]، وتتلخص فلسفة هذا المبدأ حول فكرة تساوي الأفراد في الحقوق، وأن الناس ولدوا أحراراً ولهم الحرية الكاملة بأن يأتوا ما شاؤوا من التصرفات القانونية، وكان للإرادة الدور الأكبر في إنشاء العقد والآثار التي تترتب عليه بل إن سلطان الإرادة يسمو على جميع الروابط القانونية حتى غير العقدية منها[6].

بل أن أنصار مذهب الإرادة الحرة ذهبوا إلى أبعد من ذلك، وعدُّوا الفرد هو الغاية ويسخر المجموعة لخدمته، والنظام الاجتماعي يرتكز على الفرد، ومن ثم وجب تسخير الجميع لخدمته واحترام

حريته وإرادته، فالإرادة الحرة هي أساس علاقته بغيره ولا يخضع للالتزامات إلا إذا أرتضاها مختاراً لا مجبراً وعليه فإن الإرادة تنفرد في تحديد الآثار المترتبة على العلاقات القانونية الناشئة بين الافراد[7].

ولا يخفى عن ذي بصيرة أن حرية التعاقد التي بمقتضاها كان للمتعاقدين الحق في أن ينظما علاقاتهما التعاقدية وما يترتب عليها من حقوق والتزامات في حدود النظام العام والآداب، قد طرأ عليها من الحد والتقييد، وأن القوانين الحديثة بدأت تنظم بعض العقود فتورد عليها نصوصاً معظمها آمرة ولا يمكن الخروج عليها ولا تترك للحرية التعاقدية إلا نطاقاً ضيقاً[8]. وكانت هذه القيود نتيجة تطور الحياة ازدياد تدخل المشرع في العلاقات التعاقدية بسبب ظهور بعض الأوضاع التعاقدية الجديدة، فقد اجمع الفقه على ضرورة عمل تنظيم تفرضهُ السلطات العامة لحماية الطرف الضعيف في العقد، وضمان استقرار المعاملات بين الأفراد[9].

ويتبين لنا مما سبق أنَّ اتساع دائرة العقد وظهور العقود بتعقيداتها، وتنامي استغلال الأطراف الضعيفة أدى إلى انكماش مبدأ سلطان الإرادة، وقيدت حدودها، وضيق نطاقها بفعل تدخل المشرع في تكوينها وتعديلها وفرض الشروط على حرية المتعاقدين وقيد إرادة الأطراف تارة بمنعها من التعاقد، وتارة أخرى بإجبارها على التعاقد.

وتراجع هذا المبدأ يظهر جلياً في القانون المدني العراقي[10]، وسنتناول بعض مواده لبيان القوة الملزمة للعقد.

إذ تنص المادة (1/146) ق. م عراقي على (إذا نفذ العقد كان لازماً ، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنهُ ولا تعديلهُ إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي) وبالتمعن بهذا النص يتبين لنا بأن لزوم العقد ورد في المادة وبشكل قاطع، ولا تقبل التعديل أو العدول إلا بنص في القانون أو التراضي ضمن الحدود التي رسمها القانون. وفي ذات السياق ذهبت المادة (145) من القانون المدني العراقي إذ تنص على: (أياً كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه) وكان موقف المشرع صارماً حول تنفيذ المتعاقد لالتزامه، وتستمد الالتزامات قوتها من نص القانون، وعلى غرار المادة (145) المذكورة آنفاً فقد قيد المشرع الإرادة وبشكل لا يقبل الشك معهُ في المادة (184) من القانون المدني العراقي حين نص (لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك) والإرادة لا تلزم صاحبها في الأساس والقوة الملزمة للإرادة هي القانون الذي يلزمها استثناءً ، أما الأصل فلا يمكن اعتبار الإرادة ملزمة[11]. وبذلك فإن القوة الملزمة للعقد مصدرها القانون وليس الإرادة التعاقدية للأطراف، لكن يمكن القول مجازاً : إنه لا يمكن الوصول إلى هذه النتيجة إلا من خلال العقد.

ويرجح الباحث هذا الرأي الأخير القاضي بأن القانون وهو أساس القوة الملزمة للعقد ونستشير بما تنص عليه المادة (22/أولاً) من قانون التنفيذ[12]. (إذا لم ينفذ المدين الحكم أو المحرر التنفيذي رضاء قامت مديرية التنفيذ بالتنفيذ الجبري وفق أحكام هذا القانون)، واستناداً على هذا النص فقد يتم بيع ممتلكات المدين جبراً للوفاء بالتزاماته، ولا دور لإرادة المالك في هذا البيع ; لأنهُ يتم بناءً على حكم المحكمة ومع ذلك يبقى المدين (صاحب العين المباعة) ملتزماً التزاماً ضامناً لأنه هو البائع الحقيقي، وقرار المحكمة القاضي بالبيع لا يجعلها مالكة للمبيع، وتؤكد هذه الحالة أن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد، ولا تكون الإرادة ملزمة إلا في حدود القوة التي يمنحها المشرع.

ISSN: 3007-3340 , https://doi.org/10.69513/jnfls.v1.i.1.a1

الفرع الثاني

نطاق القوة الملزمة للعقد

إن تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، يعد أمراً ضرورياً لتحديد مضمون العقد وإبراز ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، والأصل أن المتعاقدين دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد، وهذا ما يسمى بنسبة آثار العقد من حيث الأشخاص، ويلتزمان بما تضمنهُ العقد من التزامات دون غيرها، وهو ما يسمى بنسبية آثار العقد من حيث الموضوع[13].

أولاً- القوة الملزمة للعقد بالنسبة إلى الأشخاص:

إن القول بأن العقد لا ينصرف أثره الا إلى المتعاقدين، فلا بد من أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع في فهم من هم المتعاقدين، فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب، بل من يمثلانهما فضلاً عنهما، فالمتعاقدان إذا تعاقدا انصرف أثر العقد اليهما وكذلك انصرف إلى الخلف العام والخلف الخاص[14]. وهذا ما أكدته المادة (142) من القانون المدني العراقي، حيث تنص (1- ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام..... 2-إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف...).

وبتمعن النظر إلى النص المتقدم أن الأصل يتناول العقد بآثاره المتعاقدين، إلا أن هذا لا يمنع من انصراف الآثار إلى الخلف العام بشرط عدم الإخلال بقواعد الميراث، وكذلك الحال بالنسبة إلى الخلف الخاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إليه في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إلى هذا الخلف إذا كانت من مستلزماته وكان على علم بها وقت انتقال الشيء إليه[15].

ثانياً- القوة الملزمة للعقد بالنسبة إلى الموضوع:

إن الأصل يلتزم المتعاقدين بما اتفقوا عليه، فلا يلتزم الطرفان إلا بما التزموا به في العقد، لأن هذا الأخير أثرهُ نسبي بالنسبة إلى الموضوع، إلا أن دائرة الالتزامات العقدية تتسع لأن الأطراف في الغالب يتفقون على الأمور الجوهرية وتترك المسائل التفصيلية دون تحديد[16]، وهذه المسألة تفرض على القاضي أن يقوم بتفسير العقد وتحديد نطاقه، وقد نظم المشرع العراقي قواعد تفسير العقد في القانون المدني العراقي في المواد (155 إلى 167)، وفيما يخص تحديد مضمون العقد فقد أورد المشرع العراقي في المادة (150) من القانون المدني بشكل واضح ولا يقبل الشك ببيان مضمون العقد إذ تنص (1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) إذاً وكما بينا آنفاً بأن القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع لا تقف عند ما ورد في العقد من أمور جوهرية فقط، بل تمتد إلى الأعراف السائدة والعدالة وكذلك ما يفرضهُ القانون لتحديد نطاق مضمون العقد.

المطلب الثاني

العقد شريعة المتعاقدين وأساس القوة الملزمة للعقد

بعد أن توصلنا الى أن مصدر القوة الملزمة للعقد هو القانون، لا بد من أن نبين ما هو الأساس الذي استند عليه مبدأ القوة الملزمة للحق، وكذلك نبين القاعدة الشهيرة العقد شريعة المتعاقدين، وسنبينها في الفرعين الآتيين ونخصص الأول لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والثاني لأساس القوة الملزمة للعقد.

ISSN: 3007-3340 , https://doi.org/10.69513/jnfls.v1.i.1.a1

الفرع الأول

العقد شريعة المتعاقدين

بعد أن يحدد القاضي مضمون العقد واكتمال عملية تفسيره، لا بد للأطراف من الالتزام بجميع ما ورد فيه ما دام العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً، ولا يكون صحيحاً ملزماً إلا في الدائرة التي رسمها القانون[17]، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تعني إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد لأن القانون هو الذي يضفي قوة الإلزام على العقد وإن كان الأطراف هم من يتفقون على بنود العقد.

وظلت الأحكام ملتزمة للقاعدة التقليدية التي تنص على قاعدة حرية الاتفاقات والتي تجعل العقد شريعة المتعاقدين[18]، وقد عبر المشرع العراقي عن هذا الاتجاه في المادة (1/150) من القانون المدني العراقي والتي تنص (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) وفلسفة المشرع في هذه المادة تهدف إلى تنفيذ العقد وفقاً لحسن النية مع مراعاة تحديد مضمون ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، وإن كانت القوة الملزمة للعقد مستمدة من القانون إلا أن تنفيذ العقد وفقاً لما ارتضاه الطرفان لا بد من أن ينفذ كما هو، ولا يجوز لأحد الأطراف أن يعدل بنود العقد إلا بنص القانون أو اتفاق الأطراف، بل يجب تنفيذ الالتزامات وفقاً لما اشتمل عليه العقد.

وقد أكدت محكمة التمييز الاتحادية هذا المبدأ في الحكم المرقم 515/عقد/2010 وقضت بالمبدأ القانوني القاضي (إذا نفذ أحد طرفي العقد التزاماته العقدية كاملة فيتحقق المبلغ الوارد في العقد لأن العقد شريعة المتعاقدين) [19].

إلا أن هذا المبدأ القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وعدم جواز تعديل العقد بناءً على إرادة أحد الأطراف دون الآخر ليس مطلقاً، بل تعتبر نظرية الظروف الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة، حيث القاضي هو من يعدل من أحكام العقد بطلب من أحد الأطراف دون رضاء الآخر، متى ما توافرت شروط هذه النظرية[20].

ولا يخفى على أي ذي بصيرة أن هذه الحالة تعد استثناءً على القاعدة العامة ؛ لأن الأصل هو تنفيذ العقد على وفق ماتفق الطرفان عليه.

الفرع الثاني

أساس القوة الملزمة للعقد

إن اتساع تدخل المشرع في العقود كان نتيجة طبيعية لاتساع دائرة العقد، وكل ذلك تم على حساب مبدأ سلطان الإرادة، وكان لهذا الاتساع الحاصل في العقود أسباب اقتصادية وقانونية وفنية وسنتناولها فيما يلي[21]:-

1- الأسباب الاقتصادية: تكمن هذه الأسباب في كثرة المبادلات؛ واتساع التجارة والصناعة والتي تطلبت ظهور نماذج جديدة من العقود، متطلبة بحد ذاتها إلى تدخلات المشرع لتنظيم أحكامها.
2- الأسباب القانونية: إن مبدأ سلطان الإرادة يسيطر على القانون التعاقدي، والحرية المتروكة للطرفين تجد حدودها الضرورية في مقتضيات النظام العام والآداب، إلا أن القانون والقضاء يسيران نحو تقييد مستمر للإرادة.
3- الأسباب الفنية: ذلك أن فن العقود قد عدل تعديلاً أدى إلى وجود فن تعاقدي جديد، والوسائل التي كانت تساهم في عمل العقد قد تغيرت إلى حد كبير، أي أن فكرة مناقشة العقد مناقشة حرة بين شخصين يتمتعان بقدر كبير الحرية فينظمان علاقتهما التعاقدية، إنما ترجع إلى وقت كانت العلاقات التعاقدية قليلة إن لم تكن نادرة.

ويرى الباحث أن هذه الأسباب ليست فقط مدعاة إلى تدخل المشرع في العقود، بل أسباب جعلت القانون مصدر القوة الإلزامية للعقد، فكثرت الأنواع الجديدة للعقود تتطلب تدخل المشرع لإلزام اطراف العلاقة على تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي ارتضاها الطرفان.

وبهذا نكون قد انتهينا من بيان مبدأ القوة الملزمة للعقد في المبحث الأول، وسنتناول في المبحث الثاني التدخل التشريعي في العقود.

المبحث الثاني

التدخل التشريعي في العقود

إن غاية المشرع من التدخل في العقود تستند على عدة اعتبارات، وعن تحقق التوازن الاقتصادي في العقد تعد من أهم الاعتبارات التي يبتغاها المشرع لحماية الطرف الضعيف ومنع الاستغلال عند تكون العقد وفي اثناء تنفيذه وحتى في حالات الإخلال بالالتزام التعاقدي، ولذلك سنقوم بتفصيل هذه التدخلات حسب مراحل العقد وضمن مطلبين، يتناول منه الأول تقييد الحرية التعاقدية عند تكون العقد، في حين نبين في المطلب الثاني دور المشرع في تعديل العقد، وبالتناوب.

المطلب الأول

تقييد الحرية التعاقدية عند تكوين العقد

يتدخل المشرع في مرحلة تكوين العقد للمحافظة على النظام العام والآداب العامة وكذلك منع إنشاء العقود غير المتوازنة، وتحقيق المصلحة الجماعية، فنرى المشرع يتدخل تارة على صورة منع التعاقد، فيقطع دابر الاختلال الاقتصادي للعقد، وكذلك حماية المجتمع من آثار العقود المخالفة للنظام العام، وتارة أخرى يكون تدخل المشرع بطريقة الإجبار على إنشاء العقود مقيداً لدور الإرادة الفردية لتحقيق غايات جماعية. وسنبين تفاصيل هذا التدخل في فرعين، الأول طريقة اجبار المتعاقد على التعاقد، والثاني منع التعاقد.

الفرع الأول

تقييد الحرية التعاقدية بطريقة الإجبار

نص المشرع في المادة (90) من القانون المدني العراقي على (1- إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك. 2- يجب استيفاء هذا الشكل فيما ينهمل على العقد من تعديله) أن القاعدة العامة في العقود تقوم على الرضائية فمتى ما كان الرضا متوافراً بين الأطراف ينعقد العقد مع مراعاة ما تنص عليه القوانين، بغض النظر عن شكل الرضا، إلا أن المشرع في بعض العقود يفرض شكلية معينة ويجعل منها ركناً خاصاً في العقد وهذا ما ذهبت إليه المادة (137) من القانون المدني العراقي إذ تنص (3- ويكون باطلاً .... أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون) وكذلك نص المادة (508) في القانون المدني العراقي تنص (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)، والمادة (979) من ذات القانون تنص (العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً، وهذا دون إخلال بما يتطلبهُ القانون من شكل خاص لعقود التبرع) وبتمعن النظر في هذه المواد نجد بأن المشرع يفرض التعاقد بشكل محدد، ويعد العقد غير صحيح وباطلاً إذا لم يتم اتباع هذا الشكل في التعاقد، ففي هذه العقود التي تتطلب شكلاً خاصاً فلا يمكن للمتعاقدين مخالفة الشكل المعين، وقد تختلف غاية المشرع من فرض الشكلية بين عقداً وآخر، إلا أنه يعد تدخلاً اجبارياً من قبل المشرع في مرحلة تكوين العقد بإجراء به بالطريقة التي رسمها. وكان اتجاه محكمة التمييز الاتحادية واضحاً في حكمها المرقم 277/الهيئة الموسعة المدنية/2019 (بيع

العقار خارج مديرية التسجيل العقاري المختصة يكون فاقداً للشكلية القانونية التي تتطلبها المادة (3/2) من قانون التسجيل العقاري وبالتالي يكون باطلاً ولا ينعقد الحكم أصلاً) [22].

إذا تعد الشكلية من القيود التي يفرضها المشرع على إرادة الأطراف عن تكوين العقد.

وبالإضافة إلى الشكلية فقد نصت المادة (1128) من القانون المدني العراقي على حق الشفعة وتنص (الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)، وقد جعل المشرع العراقي الشفة حقاً بموجبه يستطيع بموجبه صاحب الحق من تملك العقار رغماً عن البائع والمشتري[23]. ونجد المشرع يتدخل بإعطاء أولوية لصاحب الشفعة ويمنع إنشاء العقد بين البائع والمشتري رغم اتفاقهما وارتضائهما على بيع العقار متى ما ابدى صاحب حق الشفعة رغبته في تملك العقار المشفوع[24].

وقد حرص المشرع على التدخل في مرحلة تكوين العقد بهدف تحقيق العدالة والمحافظة على التوازن الاقتصادي في العلاقات التعاقدية ونص في المادة (167) من القانون المدني على (20 إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)، ويكشف لنا هذا النص السلطة التي منحها المشرع للقاضي في تعديل عقد الإذعان، وهذه السلطة تخرج بالقاضي عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير وتطبيق النص القانوني الذي يلائم الواقعة المطروحة أمامهُ إلى سلطة تعديل وإلغاء بعض بنود العقد لمصلحة أحد المتعاقدين جبراً ورغم إرادة المتعاقد الآخر[25]، والقبول في عقد الإذعان يكون مقصوراً على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل المناقشة فيها[26]، وهذه الشروط التي وضعها الموجب منها ما كانت تعسفية يتدخل المشرع عن طريق القاضي بتعديل بنود العقد وإعادة التوازن الاقتصادي لهُ وتحقيق العدالة في بنوده، وقد جعل المشرع تدخلهُ هنا غير قابل الاتفاق على خلافه وجعله من النظام العام.

الفرع الثاني

تقييد الحرية التعاقدية بطريقة المنع

ويقيد المشرع إرادة الأطراف في العقود، ويمنعهم من ابرام العقد، ويحدث ذلك في الأحوال التي يخالف فيها التعامل مشروعية المحل، فهذا الأخير قد يكون غير مشروع لمخالفته لنص القانون أو اصطدامه بالنظام العام[27].فلا يجوز التعامل في تركة مستقبلية لإنسان على قيد الحياة، ويعتبر، هذا العقد باطلاً بموجب أحكام المادة (2/126) من القانون المدني العراقي حيث تنص (2- غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل) وهنا منع المشرع المتعاقدين بنص القانون.

وكذلك قد يمنع المشرع المتعاقدين من إبرام العقد، إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب، حيث نص المشرع في القانون المدني في المادة (130) على (1- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً). فنجد هذا النص قد منع التعامل في الأمور المخالفة للنظام العام[28].

وبهذا نكون قد بينا تدخل المشرع وقيوده على حرية الأطراف التعاقدية في مرحلة تكوين العقد، ولم يتبقى إلا أن نوضح دور المشرع في مرحلة تنفيذ العقد وتعديله تحقيقاً للمصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف وهو ما سيكون في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

دور المشرع في تعديل العقد: تنص المادة (146) من القانون المدني العراقي[29]، في الفقرة الأولى على (1- إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنهُ ولا تعديلهُ إلا بمقتضى نص في القانون

أو بالتراضي) ويتبين بأن العقد متى ما كان صحيحاً وأصبح نافذاً فلا يجوز لأحد الأطراف تعديل بنوده إلا بمقتضى اتفاق جديد يتم بين المتعاقدين يعدل من بنوده، أما حالة تعديل العقد بمقتضى إرادة أحد الأطراف دون الآخر فليس لها أي أساس، ولا تكون هذه الإرادة محل اعتبار.

إلا أن المشرع لم يترك هذا العقد لذاته أو لإرادة الأطراف دائماً، بل يتدخل في تعديل بنوده في حالة التنفيذ وكذلك حدد النطاق القانوني لاتفاقات تعديل المسؤولية الناشئة عن عدم التنفيذ أو الإخلال بالالتزامات التعاقدية. ولبيان تدخلات المشرع ودورهُ في تعديل العقد، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الأول منهُ لدور المشرع في تعديل بنود العقد وإعادة التوازن الاقتصادي لهُ عند اختلاله، أما الفرع الثاني فسنبين فيه دور المشرع في المسؤولية التعاقدية وشروط تعديلها.

الفرع الأول

تعديل بنود العقد

يحدث كثيراً ان تتبدل الظروف في تنفيذ العقود المتراخية والعقود الطويلة الأجل ؛أي: الاحوال المحيطية بالعقد وقت الابرام تختلف كثيرا عن مثيلاتها وقت التنفيذ اثر حادث او ظرف لم يكن في الحسبان وقت الابرام، مما يؤدي هذا التغيير الى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بشكل خطير، ويصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي شاقا ومرهقا للتعاقد[30]، ويذهب البعض[31] في تحديد نظرية الظروف الطارئة بأنها (مجموعة من القواعد والاحكام التي تعالج الاثار الضارة بأحد المتعاقدين نتيجة تغيير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها).

وكما هو معروف فإن الأصل أن يكون العقد شريعة المتعاقدين، والتطبيق للقوة الملزمة للعقد لا تسمح المساس ببنود العقد وليس من شأن الدائن الوقوف عند مدى خسارة المدين من تنفيذ التزامه، الا ان القوانين الحديثة لم تترك الباب مفتوحا على مصراعيه؛ فقد ذهب المشرع العراقي الى التدخل في إعادة التوازن المالي للعقد تحت مفهوم هذه النظرية، وتنص المادة 2/146 (على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)[32]. ونجد نصا مماثلا للنص العراقي في معظم القوانين المقارنة[33].

إن ما يقابل نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي هي نظرية العذر، وهذا الأخير يعرف بانه كل ما لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر في نفس أو مال احد المتعاقدين ولو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد فيكون الفسخ اولى، فالعقد الذي يتسبب بضرر في تنفيذه احد المتعاقدين ضررا كبيرا لا يجدر ان ينفذ[34]. والحقيقة ان العذر ليس الا ظرفاً طارئاً عند الفقه الحنفي ويقابلها نظرية الجوائح عند المالكية[35].

وتختلف نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة من حيث امكانية تنفيذ الالتزام من عدمه، ويقول الأستاذ السنهوري[36] " لو ان هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام، او انه لم يكن من شأنه الا ان يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة، لما كان له من اثر" . فالظروف الطارئة تقف في الوسط بين تنفيذ الالتزام كما ارتضاها الاطراف وبين استحالة التنفيذ لقوة قاهرة. نلاحظ أن معيار تحديدها يعتمد على ما تحدثه من اثر في تنفيذ الالتزام.

وبما أنَّ نظرية الظروف الطارئة هي ثغرة ينفذ من خلالها القاضي؛ وينال من القوة الملزمة للعقد، ويعيد التوازن المالي للعقد للحفاظ على استقرار المعاملات الاقتصادية وتطبيقا لقواعد العدالة، فقد

جعلها المشرع العراقي من القواعد الآمرة والتي لا يمكن الاتفاق على مخالتها[37]، ولا يجوز الاتفاق بعد حدوث الظروف التي ترهق تنفيذ الالتزام بأن يتحمل المدين وحدة هذا الارهاق[38].

ونلاحظ أن نظرية الظروف الطارئة تفترض أن يكون هناك عقد متراخٍ مؤجل التنفيذ إلى أجل مستقبلي كعقد الاستيراد، ويحل الاجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام، الا ان الظروف التي احاطت بالمتعاقدين قد طرأت عليها تغييرات مفاجئة نتيجة حادثة لم تكن ضمن حسابات المتعاقدين وقت ابرام العقد، وكان لتغيير هذه الظروف اثرا كبيرا على تنفيذ التزامات احد العاقدين بشكل يجعل تنفيذ التزامه مرهقا خارج حدود الربح والخسارة المعتادة في التجارة، كما لو ارتفع سعر البضاعة المعقود عليها اضعافا مضاعفة. ويستطيع القاضي من التدخل لإعادة التوازن الى العقد من خلال نافذة الظروف الطارئة والتي رسمها المشرع، وهذا التدخل يكون بناءاً على طلب احد الاطراف دون الحاجة لموافقة الآخر.

ونحن نرى أن هذا الارهاق يمتاز بالنسبية وقد يختلف من شخصٍ الى آخر، ويمتلك القاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، الا ان هذه السلطة ليست مطلقة بل ايضا حددها المشرع أيضا بقيود، ويفترض لأعمال هذه النظرية من قبل المحكمة ان تتحقق من توافر شروطها.

الفرع الثاني

اتفاقات المسؤولية التعاقدية

تنشأ المسؤولية التعاقدية عن إخلال أحد الأطراف بتنفيذ التزامه التعاقدي، فهنا يكون المتعاقد المخل بالتزامه ملتزماً ومسؤولاً في ذات الوقت، فالالتزام الملقى على عاتق المدين لم ينقضي بعدم التنفيذ، بل يبقى قائماً ولا بد عليه من تنفيذ التزامه التعاقدي سواء كان تنفيذاً عينياً أم ببدل. وهذا ما تؤكدهُ المادة (145) من القانون المدني العراقي حيث تنص على (أياً كان الحمل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه) وهذا الإلزام الذي نص عليه المشرع يجعل التزام المدين قائماً ولا ينقضي إلا بالتنفيذ. لكن لا يخفى على أي ذي بصيرة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي قد يلحق ضرراً بالدائن وهنا يستوجب التعويض، فلا بد من المدين المخل بالتزامه التعاقدي بأن يعوض ما لحق بالدائن من ضرر ناشئ عن عدم تنفيذه الالتزام التعاقدي، وهذا ما أكدتهُ المادة (169) في فقرتها الثانية من القانون المدني العراقي حيث نصت على (ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً بعمل أو امتناع عن عمل، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به) وقد أدرج المشرع ما فات الدائن من كسب إلى جانب الخسارة ضمن الضرر، وهذا الأخير يستوجب الضمان والتعويض.

والسؤال الذي يطرح نفسه في ذهن الباحث هو: هل يمكن لإرادة الأطراف من تعديل أحكام هذه المسؤولية؟ وإذا كان الجواب ايجاباً فهل يكون دور الإرادة في تعديل هذه الأحكام مطلقا؟

وللإجابة عن هذين السؤالين لا بد من بيان نوع الاتفاق الذي يرد على تعديل أحكام المسؤولية التعاقدية. فهذا الاتفاق قد يكون اعفاءً من المسؤولية، وقد يكون تخفيفاً وربما يكون تشديداً، ولذلك سنبين في بداية البحث اتفاقات الاعفاء من المسؤولية التعاقدية، ومن ثم اتفاقات تشديد المسؤولية.

أولاً- اتفاقات الإعفاء من المسؤولية:

تنص المادة (259) من القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية على (وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو عن الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه).

ومن خلال نص هذه المادة نتوصل إلى فحوى شرط الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام التعاقدي، ويذهب البعض[39]، إلى القول :إن هذا الشرط لا يمكن إعماله إلا بعد تحقق المسؤولية التعاقدية بجميع عناصرها، ولهذا فإن هذا الشرط لا يسقط المسؤولية، بل فقط يعفي المسؤول عن تبعتها، ويعفيه عن دفع التعويض لجبر الضرر المتحقق.

إلا أن الباحث لديه وجهة نظر مختلفة، لأن شرط الاعفاء من المسؤولية ينفي الخطأ وبالتالي ينعدم ركن من أركان المسؤولية التعاقدية القائمة على عنصر الخطأ والضرر والعلاقة السببية، ذلك أن المادة (1/186) من القانون المدني العراقي قد اعتمدت فعل التعدي لقيام المسؤولية المدنية حيث نصت على (... إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى) وكذلك المادة _(204) من القانون المدني العراقي نصت على (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر...) وهذه المواد وإن وردت في باب المسؤولية الشخصية عن الأعمال غير المشروعة، إلا أنهُ يمكننا القياس عليها في المسؤولية التعاقدية. والتعدي هو الخروج عن المألوف أو تجاوز الحدود المرسومة قانوناً. لقوله تعالى {ومن يتعدى حدود الله فقد ظلم نفسه}[40]. وبما أن فعل التعدي هو خروج عن الحدود المرسومة، وأن اتفاق الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن الإخلال بتنفيذ الالتزام يرسم حدود جديدة لفعل الشخص وتجعل إخلالهُ بالالتزام فعلاً مشروعاً ولا يرتب أي مسؤولية على هذا الإخلال مع الأخذ في الحسبان بأن الالتزام مايزال قائماً، فهذا الشرط متى ما كان صحيحاً ومتوافقاً مع القانون فإنه يعدم المسؤولية التعاقدية.

ومن خلال الرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة (259) نجد أن المشرع قد تدخل واضعاً حدود لشرط الإعفاء من المسؤولية، ويكون هذا الشرط صحيحاً متى ما انعدم الغش والخطأ الجسيم في فعل المدين، أما إذا كان هناك غش أو خطأ جسيم في عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي، فلا يصح الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية.

وعلى ذلك تقتصر حجة اتفاقات رفع المسؤولية عن إخلال العاقد بالتزامه على الخطأ اليسير فقط، وتكون باطلة إذا كان إخلاله يعود إلى الغش أو الخطأ الجسيم[41]. ويقصد بالغش بعبارة وجيزة الخطأ العمدي، أو بعبارة أكثر تفصيلاً، الامتناع عمداً عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه، ولا يعتبر قصد الاضرار بالدائن عنصراً فيه، وبذلك يكون الغش مرادفاً لاصطلاح (سوء النية) في نظرية الالتزام العقدي[42]. أما الخطأ الجسيم فهو " الذي يحصل في ظرفه بالشكل الذي يؤلف إخلالاً فاضحاً بواجب جوهري يذهب فيه من أخل بعيداً جداً عن السلوك المتوقع من الشخص العادي"[43]. وقد يبلغ حداً يتيح افتراض عامل سوء النية فيه من غير دليل على هذا العامل فيتصف بالجسيم[44].

ولما كانت المسؤولية العقدية منشأها العقد، وكان هذا الأخير وليد ارادتين، فتكون الإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية، وإذا كانت الإرادة هي من أنشأت هذه المسؤولية، فلها أن تعدل احكامها، والإرادة هي الأصل في تعديل المسؤولية التعاقدية وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب[45]. وبهذا تكون إرادة الأطراف مقيدةً غير مطلقة، يقيدها المشرع بالنصوص القانونية، والنظام العام. وبذلك نكون قد أجبنا عن التساؤلات التي طرحناها في بداية هذا الموضوع.

ثانياً- اتفاقات تشديد المسؤولية:

وقد يكون الاتفاق مشدداً لمسؤولية المدين المخل بالتزامه التعاقدي كما نصت المادة (1/259) من القانون المدني العراقي حيث نصت على (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث الفجائي والقوة القاهرة) أن الأصل هو عدم تحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة، إلا أن المشرع قد سمح للأطراف الاتفاق على تشديد مسؤولية المدين، وجعله يتحمل تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة.

ويرى الباحث أن مسؤولية المدين هنا قد أصبحت تأميناً للمسؤولية، حيث يضمن حتى وإن كان عدم التنفيذ عائداً إلى القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وهذا التشديد قد سمح به المشرع ويعتبر تدخل المشرع هنا واضحاً في رسم حدود الإرادة وإباحة الاتفاق على تشديد المسؤولية في هذا الغرض.

وفضلاً عن ذلك قد يتفق الأطراف مسبقاً على التعويض الذي قد يصيب الدائن بسبب عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدي، ويسمى هنا بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي.

والشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض، وبعبارة أكثر تفصيلاً فهو مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدماً، التعويض الذي يستحق، لأحدهما، عن الضرر الذي يلحقهُ نتيجة خطأ يقترفهُ الآخر[46].

وقد نصت المادة (170) من القانون المدني العراقي (2- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقهُ أي ضرر، ويجوز تخفيضهُ إذا اثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة). فهنا أيضاً تدخل المشرع في الشرط الجزائي وجعل استحقاقه مرتبطاً بالضرر فإذا انتفى الضرر واثبت المدين أن الدائن لم يلحقهُ ضرر، فلا يستحق التعويض الاتفاقي، ولا يمكن الاتفاق على استحقاق التعويض حتى وإن لم يصيب الدائن أي ضرر لأن المشرع جعل هذه الفقرة من هذه المادة من النظام العام.

ويبدو واضحاً أن المشرع قد تدخل هنا لتحقيق التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد، وإذا كان قد اشترط الضرر أساساً لاستحقاق التعويض الاتفاقي فبهذا يكون قد حقق جزءاً من غايته في تحقيق التوازن الاقتصادي في العقد.

أما إذا كان الضرر المتسبب عن عدم تنفيذ الالتزام أكثر من التعويض الاتفاقي فلا يحق للدائن المطالبة بزيادة هذا التعويض، وذلك ما أقرتهُ نص الفقرة الثالثة من المادة آنفة الذكر حيث تنص على (أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً ،أو خطأً جسيماً) ومن خلال هذا النص يتبين أن المشرع قد منع الزيادة في التعويض الاتفاقي في حالة تجاوز الضرر قيمة التعويض المتفق إلا أنه إذا كان المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً فسيكون بإمكان الدائن المطالبة بزيادة التعويض الاتفاقي وفقاً لنص هذه الفقرة.

وان كانت المسؤولية قد تحققت واكتملت اركانها و وصلنا الى مرحلة التعويض عنها، الا ان الباحث قد اورد احكام المادة (170) على سبيل تدخلات المشرع في اثار تحقق المسؤولية الناتجة عن الاخلال التعاقدي.

ومن خلال ما سردنا من فقرات، نجد أن المشرع العراقي قد تدخل مراراً وتكراراً لرسم حدود الإرادة وإضفاء القوة الملزمة للعقد ومنع الاتفاق في الأمور التي تضر بالمصلحة العامة، وكانت تدخلات المشرع تارةً لتحقيق التوازن الاقتصادي في العقد، وتارةً لحماية الطرف الضعيف.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الخاتمة

تناولنا من خلال هذا البحث القيود التي فرضها المشرع على الارادة، ورسم حدودها، وأسباب انتكاص وتراجع مبدأ سلطان الارادة، وتكأكأ هذه النظرية التي كانت سائدة لفترات طويلة جدا. وتوصل الباحث الى النتائج والتوصيات التالية:

النتائج

1- إن أساس القوة الملزمة للعقد تكمن في القانون وليس للارادة الا الحرية التي منحها القانون لها.

2- عزز المشرع من خلال نصوص قانونية عديدة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومنع الخروج عن هذا المبدأ.
3- كلما اتسعت دائرة العقد تقلصت دائرة سلطان الارادة وتراجع دورها، ونرى أن العملية طردية فكلما تطورت العقود، ازداد تدخل المشرع في تنظيم هذه العلاقات القانونية المتمثلة في العقد.
4- إن تدخلات المشرع لم ينحصر دورها في مرحلة تكوين العقد، بل امتدت الى تعديل بنوده، بل حتى في تعديل احكام المسؤولية ورسم دور الارادة في المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام التعاقدية الناشيء عن العقد.
5- ان تدخلات المشرع كانت تهدف الى غايات تختلف بأختلاف الحالة والظروف، ففي بعض الحالات كانت غاية المشرع هي التوازن الاقتصادي للعقد، وفي حالات اخرى كان يهدف الى حماية الطرف الضعيف.
6- كان الفقه القانوني يرى لفترات زمنية طويلة أن الفرد هو الأساس والمجتمع لا بد من ان يسخر لمصلحة الفرد، وهذا ما كان متمثلا بمبدا سلطان الارادة المطلق، الا ان الوضع اصبح مختلف في الوقت الحاضر، بل أصبحت الاولوية للمجتمع وحمايته من خلال فرض قيود النظام العام على العقود.

التوصيات

1- يوصي الباحث المشرع العراقي بالحفاظ على الحرية التعاقدية، وعدم تقييدها بالشكل الذي يؤدي الى فوات المنفعة المقصودة من العقد.
2- يوصي الباحث المشرع العراقي لتبني موقف يهدف الى تحقيق التوازن الاقتصادي في العقود، ولا يهدف فقط الى حماية الطرف الضعيف، وذلك لان مهمة المشرع هي حماية النظام العام في المجتمع من ناحية، ومن ناحية اخرى تحقيق المشاريع الاستثمارية الكبرى في المجتمع.
3- يوصي الباحث المشرع العراقي بإضافة مادة قانونية ضمن نصوص القانون المدني وتكون كالتالي (**القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد**) وذلك لإنهاء الخلاف الفقهي بشأن هذا الموضوع، بالأخص بعد أن بيينا بأن القانون هو أساس هذه القوة.

المصادر

أولا: الكتب العامة :
1- د. راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2017.
2- د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، منشورات عويدات.
3- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مصر، نهضة مصر، الطبعة الثالثة، المجلد الأول، 2011.
4- د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، بغداد، بدون تاريخ نشر، جـ1.
5- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1990.
6- د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، الجزء الاول.
ثانيا: الرسائل والاطاريح الجامعية :

7- عبد المنعم فرج الصدة، عقود الاذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول (القاهرة حالياً)، سنة 1946.
8- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة تلسمان، الجزائر، 2008.
9- علي هادي علوان، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1990.

ثالثا: البحوث المنشورة

10- د. أسامة محمد سعيد، اعادة العمل بأحكام الشفعة والرجحان في الأراضي الزراعية، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية، العدد 33-34، لسنة 2011.
11- د. اكرم محمود حسين البدو، محاضرات القاها على طلاب الدكتوراه في كلية الحقوق، جامعة الموصل، للعام الدراسي 2020- 2021 (غير منشورة).
12- د. باسم عبدالكريم حميد، حميد محمد سلامة، نظرية الظروف الطارئة واثرها على تنفيذ العقود في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1 الاصدار 1، السنة2009.
13- كامل خير الله طراد، نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن واثرها على عقود التجارة الدولية، وبحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة، الاصدار 17، السنة 2015.

رابعا: القوانين :

14- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
15- قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980.
16- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
17- القانون المدني الاردني 43 السنة 1976.

Sources

First: General Books

1- Dr. Raqia Abdel Jabbar Ali, *The Authority of the Judge in Amending Contracts*, Beirut, Zain Legal Publications, 2017.
2- Dr. Aatif Al-Naqeeb, *The General Theory of Liability Arising from Personal Acts*, Awad Publications.
3- Dr. Abdel Razak Al-Sanhouri, *The Mediator in Explaining the Civil Code, Sources of Obligation*, Egypt, Nahdet Misr, 3rd edition, Volume 1, 2011.
4- Dr. Abdel Majid Al-Hakim, *The Mediator in Contract Theory*, Baghdad, unpublished, Volume 1.
5- Dr. Mahmoud Gamal El-Din Zaki, *Problems of Civil Liability*, Part Two, Cairo, University of Cairo Press, 1990.
6- Dr. Yasin Muhammad Al-Jubouri, *The Concise Explanation of Jordanian Civil Law, Sources of Personal Rights, Sources of Obligation, A Comparative Study*, Part One.

Second: Theses and Dissertations

7. Abdel Moneim Farag Al-Sadda, *Imposing Contracts in Egyptian Law*, PhD Thesis submitted to the Faculty of Law, Fouad I University (currently Cairo), 1946.
8. Alaak Abdul Qadir, *The Basis of the Binding Nature of Contracts and Its Limits*, Master's Thesis submitted to the Faculty of Law, Tlemcen University, Algeria, 2008.
9. Ali Hadi Alwan, *The Condition of Exemption from Contractual Liability*, Master's Thesis submitted to the Faculty of Law, University of Baghdad, 1990.

Third: Published Research

10. Dr. Osama Muhammad Said, *Restoring the Provisions of Preemption and Preference in Agricultural Land*, Published Research in *Future Research Journal*, Issues 33-34, 2011.
11. Dr. Akram Mahmoud Hussein Al-Badawi, Lectures Delivered to PhD Students at the Faculty of Law, University of Mosul, Academic Year 2020-2021 (unpublished).
12. Dr. Basel Abdul Karim Hamid, Hamid Muhammad Salama, *The Theory of Emergency Circumstances and Its Impact on Contract Execution in Islamic Jurisprudence*, Published Research in *Local Investigator Journal of Legal and Political Sciences*, Volume 1, Issue 1, 2009.
13. Kamel Khairallah Tarad, *The Theory of Emergency Circumstances in Iraqi Law and Comparative Law and Its Impact on International Trade Contracts*, Published Research in *Al-Turath University College Journal*, Issue 17, 2015.

Fourth : Laws

14. Iraqi Civil Code No. 40 of 1951.
15. Execution Law No. 45 of 1980.
16. Egyptian Civil Code No. 131 of 1948.
17. Jordanian Civil Code No. 43 of 1976.

الهوامش

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مصر، نهضة مصر، الطبعة الثالثة، المجلد الأول، 2011، ص137.

(2) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(3)[3] ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص138–139.

(4) ينظر كل من: د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، بغداد، بدون تاريخ نشر، جـ1، ص75؛ د. راقية عبدالجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2017، ص18؛ علاق عبد

القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة تلسمان، الجزائر، 2008، ص7.

(5) د. راقية عبد الجبار علي، المصدر السابق، ص13.

(6) علاق عبد القادر، المصدر السابق، ص7.

(7) د. راقية عبد الجبار علي، المصدر السابق، ص18.

(8) عبد المنعم فرج الصدة، عقود الاذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول (القاهرة حالياً)، سنة 1946، ص29.

(9) المصدر نفسه، ص34.

(10) وكذلك الحال في القوانين المقارنة، إلا أننا سنكتفي بالقانون المدني العراقي، لضيق مجال البحث.

(11) د. اكرم محمود حسين البدو، محاضرات القاها على طلاب الدكتوراه في كلية الحقوق، جامعة الموصل، للعام الدراسي 2012-2020، مع التعزيز بنصوص القانون المدني العراقي آنفة الذكر,

(12) قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980.

(13) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص450.

(14) المصدر ذاته، ص541.

(15) لتفاصيل أكثر عن انصراف الآثار إلى الخلف العام والخلف الخاص. راجع: المصدر السابق، ص540-570.

(16) علاق عبد القادر، المصدر السابق، ص10.

(17) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص624.

(18) عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص174.

(19) حكم تمييزي المرقم 515/عقد/2010 منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى www.hjc.iq وتتلخص القضية (المدعي قد ابرم عقداً مع المدعى عليه/إضافة لوظيفته، على تجهيز الأوراق الجافة والأوراق الطرية واللحوم لإعاشة ثمانية آلاف عسكري من منتسبي المدعى عليه، ووفقاً لنوعيات وكميات الطعام الموصوفة في العقد، وأن قيام المدعى عليه/إضافة لوظيفته بخصم 20% من مستحقات المدعي تنفيذاً لقرارات مجلس الدفاع الأعلى كما يدعي لا سند لهُ من القانون، لأن العقد شريعة المتعاقدين.

(20) لتفاصيل أكثر عن نظرية الظروف الطارئة، راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص629 وما بعدها.

(21) عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص30 وما بعدها.

(22) قرار محكمة التمييز منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى www.hjc.iq وتتلخص القضية في بيع عقار خارجي دائرة التسجيل العقاري وحرر المشتري مقابل ثمنها صكوك على المصرف العراقي للتجارة، ونصت المحكمة بأن العقد باطل لعدم التسجيل، ولا قيمة قانونية لهذه الصكوك.

(23) د. أسامة محمد سعيد، اعادة العمل بأحكام الشفعة والرجحان في الأراضي الزراعية، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية، العدد 33-34، لسنة 2011، ص203.

(24) وقد نظم المشرع العراقي حق الشفعة في القانون المدني في المواد (1128 إلى 1144).

(25) د. راقية عبد الجبار علي، المصدر السابق، ص157.

(26) عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص92.

(27) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص398.

(28) وحددت المادة (2/130) حدود النظام العام بصورة عامة.

(29) القانون المدني العراقي سابق الإشارة إليه.

([30]) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، الجزء الاول، ص394.

(31) كامل خير الله طراد، نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن واثرها على عقود التجارة الدولية، وبحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة، الاصدار 17، السنة 2015 ، ص279.

(32) القانون المدني العراقي، سابق الاشارة عليه، المادة 2/146.

(33)انظر: المادة 2/147 من القانون المدني المصري، سابق الاشارة اليه، المادة205 من القانون المدني الاردني 43 السنة 1976 وغيرها الكثير.

(34) د. باسم عبدالكريم حميد، حميد محمد سلامة، نظرية الظروف الطارئة واثرها على تنفيذ العقود في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1 الاصدار 1، السنة2009 ص 273.

(35) للوقوف على مواقف المذاهب الاسلامية بشأن نظرية الظروف الطارئة، راجع المصدر ذاته ص 265، وما بعدها وبالذات ص 273.

(36) د. عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 631.

(37) المادة 2/146 قانون المدني العراقي.

(38) كامل خير الله طراد، المصدر السابق ص 279.

(39) علي هادي علوان، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1990، ص35.

(40) سورة الطلاق، الآية (1).

(41) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، ص81.

(42) المصدر ذاتهُ، ص83.

(43) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، منشورات عويدات، ص204.

(44) المصدر ذاته.

(45) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء2، ص673.

(46) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص188.