مشكلات العقـــد

دراسة مقارنة

أ.م.د. صفوان محمد احمد عميري

كلية القانون، جامعة تكريت

المستخلص:

ساد في القرن الثامن عشر المذهب الفردي الذي جعل من مبدأ سلطان الارادة اهم مبادئ العقد فله الغلبة في ميدان التعاقد ثم أصبح هذا المبدأ من المبادئ الراسخة في فقه وتشريع القانون المدني، ولكن بدأ هذا المبدأ يثير بعض مشكلات العقد، اذ ان المذهب الفردي بدأ متطرفا ولا يولي اهتمام الا للفرد دون ان ينظر في مصلحة الجماعة. وهذا جعل من مبدأ سلطان الارادة مبدأ مقدس في نظرهم، ونحن نعلم ان العقد يجب ان يكون اداة اجتماعية يعود بالفائدة على المتعاقدين والمجتمع في ذات الوقت. لذا بينا في بحثنا انه لا يجب ان نعطي لإرادة الاطراف كل هذه القدسية – وان كان ارادة الاطراف واجبة الاحترام- والا يمكن ان يكون العقد اداة فردية لا جماعية.

كذلك من اهم المشاكل التي تواجه العقد هي مشكلة تدخل مصادر القانون في العقد بحجة اكمال العقد مما حدا بهذه المصادر ان تصادر ارادة الاطراف.

ولا تقتصر المشاكل التي تواجه العقد على ما ذكرناه انفا، بل هناك مشاكل وتحديات جديدة تواجه العقد الا وهي مشكلة التشريع وتدخل القضاء في العقد، اذ ان صياغة النصوص القانونية بشكل سريع ودون توخي الدقية وبعيدا عن البيئة التي ينطبق فيها النص يجعل من النص القانوني مشكلة أكثر مما هو حل وينعكس هذا الامر على دور القاضي في العقد.

لقد اثارت النصوص القانونية المتعلقة بالعقد الموجه والقواعد القانونية الامرة والمكملة، مشكلة تدخل المشرع بالعقد، ولم يقتصر الامر على المشرع إذ ان القضاء قد منح سلطات واسعة الى الحد الذي جعل للقاضي سلطة تعديل العقد او الغاء بعض الشروط او الالتزامات او اضافة التزامات جديدة، او حتى ايقاف تنفيذ العقد.

الكلمات المفتاحية: العقد المهني، الحلول، المهني، الحرفي

المقدمة:

أولاً - أهمية الدراسة:

ان المشرع المدني العراقي والمصري قد نظما العقد وجعلاه اهم مصادر الالتزام من النظرية العامة للالتزام، واهم وسائل التبادل الاقتصادي في المجتمع. الا انه ونتيجة للتقدم السريع في جميع مناحي الحياة ولدت مشكلات تواجه العقد وما لبثت ان بدأت بالتفاقم كمشكلة تدخل المشرع او القاضي في العقد، والتي تلزمنا كباحثين البحث عن حلول لها ومن هنا تنبع اهمية الدراسة.

ثانياً- إشكالية الدراسة:

يثير البحث في مشكلات العقد إشكاليات تتمحور حول هل أن المشرع في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ عند تنظيمه للعقد وضع نصوص قانونية لا تثير اشكالية يمكن ان تتسبب في نشوء مشكلات بصدد العقد، وهل ان امتداد العقد يشكل نظرية عامة تنسحب على كل العقود، وهل توجد تطبيقات لهذا الامتداد في العقود كافة كل هذه الإشكاليات ستكون محوراً لدراستنا.

ثالثاً - نطاق الدراسة:

إن نطاق هذه الدراسة ينحصر في بيان مشكلات العقد في حدود نظرية العقد في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، وبيان اهم هذه المشكلات في هذين القانونين.

رابعاً - منهجية الدراسة:

ولسبر اغوار هذا الموضوع من جوانبه القانونية المختلفة، سنعتمد في دراستنا المنهج التحليلي للنصوص القانونية المتعلقة بموضوع مشكلات العقد في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، ولتحقق الفائدة العلمية أكثر استخدامنا على المنهج المقارن بين هذين القانونين.

المبحث الاول

مشكلة مبادئ العقد ومصادر القانون

ان من اهم المشاكل التي تثار بصدد العقد هي بعض المبادئ التي ساد التسليم برسوخها في ميدان التعاقد وهذا المبدأ هو مبدأ سلطان الارادة، إذ أصبح هذا المبدأ من المبادئ الراسخة في فقه وتشريع القانون المدني، ثم ان في ظل تطور نظرية العقد فرزت مشكلة جديدة وهي مشكلة تدخل مصادر القانون في العقد بحجة اكمال العقد مما حدا بهذه المصادر ان تصادر ارادة الاطراف، في ضوء ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين: -

المطلب الاول: - مشكلة مبادئ العقد.

المطلب الثاني: - مشكلة مصادر القانون.

المطلب الاول

مشكلة مبادئ العقد

ان من اهم المشكلات التي تواجه العقد هي مشكلة حرية التعاقد والتي تستند على مبدأ سلطان الارادة الذي يعد من اهم المبادئ العقدية تاريخيا وعلميا وعمليا الذي لا ينظر الا لقدسية ارادة المتعاقد. وهنا برزت مشكلة في صميم اهم مبادئ العقد وهو مبدأ سلطان الارادة، ففي البدء كانت ارادة المتعاقد لا تقيدها قيود فحريته التعاقدية مطلقة وذلك في ظل المذهب الفردي ثم ما ان بدأ هذا المذهب بالتراجع اما التطور الكبير والسريع الذي شهده ويشهده المجتمع مما ادى الى بروز المذهب الاجتماعي الذي قيد حرية التعاقد وفقا لتغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، والذي بدوره بدأ ايضا بالتراجع وذلك ببروز بعد ان برز المذهب القانوني كما أطلقنا عليه والذي يجعل السلطان للقانون. لذا فأن حرية التعاقد تدور حول ثلاثة مذاهب وهي: -

اولا: - المذهب الفردي

في ظل المذهب الفردي تتعدد وجهات النظر تجاه الفردية فمن ناحية الغاية من القانون فهنا يكون الفرد لا المجتمع هو غاية القانون، ومن حيث مصدر القانون او الاثر القانوني برز مبدأ سلطان الارادة لتبدو في ظله الفردية نزعة ترد كل شيء الى ارادة الفرد، إذ ترد اليها الاثر القانوني بل القانون بل المجتمع، بينما إذا نظرنا الى الفردية من حيث موقفها من المجتمع والافراد إنه ينسب اليها انها تهدر صالح المجتمع وتنكر عليه أي دور ايجابي كما ينسب اليها انها تعد الافراد متساوون لا فارق بينهم[1]. ولو تعمقنا قليلا في سبر اغوار هذا المذهب لرأينا انه تطرف في تقدسيه لمبدأ سلطان الارادة الى الحد ان هذا المذهب حاول ان يقيم احكام القانون كله على الارادة، فقال انصاره ان سلطان الارادة ليس مقصورا على توليد الالتزامات وحدها، بل هو يولد ايضا الحقوق الاخرى كلها فالملكية مبنية على حرية الارادة ، بل هي الارادة في مظهرها المادي الملموس ، وحقوق الاسرة مبنية على عقد الزواج ، أي على الارادة، والميراث مبني على وصيـــة مفترضة ، وطرق التنفيذ الاجباري ذاتها ترتكز على الارادة الحرة، فهي طرق وان كانت اجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة، وحتى العقوبة الجنائية مبنية على الارادة الحرة، فالمجرم حين خرج على المجتمع قد ارتضى مقدما ان يناله الجزاء، والمجتمع البشري ذاته يقوم على العقد الاجتماعي الذي نادى به (روسو) وما العقد الاجتماعي الا

[1] د. جلال العدوي، الاجبار القانوني على المعاوضة، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية، بلا سنة نشر، ص ١١٢-١١٤.

اتفاق الارادات الحرة [١]. وعلى هذا الاساس ساد مبدأ سلطان الارادة بصفة عامة من القوانين التي وضعت في القرن التاسع عشر والتي اخذت عن القانون المدني الفرنسي الذي قام على اساس المذهب الفردي كقاعدة عامة. وفي مجال اعمال هذا المذهب بالنسبة للعقد نجد أن أثره يظهر وقت التعاقد وبعده، فبالنسبة لانعقاد العقد، نجد ان دور سلطان الارادة يتمثل في حرية الشخص كقاعدة عامة في ان يتعاقد، او ان يمتنع عن التعاقد، وإذا تعاقد كان له ان يحدد مضمون العقد طبقا لما يريد. فاذا كان للشخص الحرية في انشاء التصرفات القانونية، فان له الحرية كذلك في تحديد مضمون تلك التصرفات واثارها. هذه الحرية هي ما تسمى بالحرية التعاقدية اما إذا تم حيث يبدو بوضوح جوهر سلطان الارادة. فالأصل ان الارادة حرة. العقد، فانه يعتبر شريعة المتعاقدين، ومع ذلك يكون لهم بما لإرادتهم من سلطان - ان يتفقوا على تعديله، فالأصل اذن هو عدم المساس بشريعة العقد الا باتفاق الطرفين[٢].

ويرى بعض الفقه[٣] ان الفقه التقليدي يقيم مبدأ سلطان الإرادة على أساسين، أساس فلسفي ، وأساس اقتصادي، فالأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة يقوم على فكرة الحرية الطبيعية للإنسان، بمعنى ان المجتمع لابد أن يقر للإنسان بأكبر قدر من الحقوق وأن يكرس الحرية التي تخصه بصفة طبيعية ، وكذلك ان الاساس الفلسفي هذا يقوم على فكرة العقد الاجتماعي التي ترى أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع ، بما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات بإرادته ، ولا يمكن أن يتصور غير ذلك، وكذلك يقوم مبدأ سلطان الارادة وفقا لهذا الرأي على أساس اقتصادي والذي يقوم على فكرتين أساسيتين هما: ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالحرية الاقتصادية، وارتباط الحرية التعاقدية بالمنفعة الاجتماعية . فمبدأ سلطان الإرادة يمثل انعكاساً لسياسة الحرية الاقتصادية في نطاق القانون الخاص وهذه السياسة التي اتاحت للأشخاص بتبادل السلع والخدمات بإرادتهم الحرة. كما ان الاساس الاقتصادي يقوم على الحرية التعاقدية والمنفعة الاجتماعية: فبالنسبة للمنفعة الاجتماعية فأنصار الحرية الاقتصادية يرون أن الأفراد وهم في طريقهم لتحقيق مصالحهم الشخصية يقومون في ذات الوقت بدون قصد منهم، بخدمة المجتمع.

خلاصة ما تقدم ان هذا المذهب يحيط الارادة بسوار متين من التقديس فهم يرون ان الارادة هي الاساس في انشاء العقد وترتيب اثاره ويرون عدم جواز تقييد هذه الارادة، بل يرون ان الارادة فوق القانون وفي هذا انكار للواقع إذ ان الارادة تستمد قوتها وترتيب اثارها من نص القانون. ثم ان التوجه الحديث للقوانين هو جعل هناك دور للإرادة في ظل تحقيق غاية المجتمع وتحقيق الخضوع للقانون.

---

[١] د. عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٣٣، محمد كاظم كمال العطار. نحو قانون مدني عربي، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨. ص٥٢٩-٥٣٠.

[٢] محمد كاظم كمال العطار. نحو قانون مدني عربي، مرجع سابق، ٥٣٠.

[٣] د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج١ مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص٣٤-٣٧.

ثانيا: - المذهب الاجتماعي

نتيجة للعوامل الاجتماعية والاقتصادية التي كان لها تأثير كبير في توجيه العقد وفي الشروط اللازمة له، حدثت بعض الاصلاحات لتوجيه العقد في النظام الرأسمالي، الا ان ذلك لم يحدث حلولا جذرية، وقد بدا ذلك واضحا من ناحيتين ، الناحية الأولى تتعلق بمدى ما تستطيع الارادة ان تفعله عند تكوين العقد، والناحية الثانية تخص التعبير المادي لهذه الارادة، وفي هذا السياق يرى انصار المذهب الاجتماعي ان العقد نظام اجتماعي يقصد به تحقيق التضامن الاجتماعي في المجتمع الذي نشأ فيه ، ولا يقصد منه تحقيق ما للإرادة من سلطان، والقول بان الارادة هي التي تخلق العقد وهي التي تنشئ جميع الالتزامات قول لا سند له من الواقع، فالعقد وهو يقوم على توافق ارادتين لا يستمد قوة الزامه من الارادة ، بل هناك اعتبارات اجتماعية واقتصادية اخرى يستمد قوة الالزام منها ، هذه الاعتبارات يرجع قسم منها الى فكرة التضامن الاجتماعي التي يجب ان تسود المجتمع فتحمله الى المبادرة بحماية الجانب الضعيف في العقد، وان الارادة بثوبها الاجتماعي التي تحقق للمجتمع ما يسعى اليه من تضامن، وما تولده من الثقة بين الناس في تعاملهم يتطلب هذا قواعد جديدة بدلا من مبدأ الارادة ولذلك حاول الفقه التقليدي الخروج على هذا المبدأ عن طريق القاضي في نظرية الظروف الطارئة[1]. وقد اخذ بهذا المذهب القانون المدني الراقي في المادة ٢/١٤٦التي نصت على(على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)، وكذلك القانون المدني المصري في المادة ٢/١٤٧ التي نصت على (ومع ذلك 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 للقاضي، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

الا ان هذا المذهب ايضا تعرض للنقد من خلال ازدياد عدد الفقهاء المؤيدين للمذهب الفردي في التعاقد، ومن خلال انتقاد بعض الفقه للنظرية الاجتماعية للعقد لكونها تبحث عن المثالية والقيم الأخلاقية في التعاقد، حيث إنها غير موجودة في قانون العقود، ليس إلا في الوصف الذي عبر عنه هذا الاتجاه بقوله ان المذهب الاجتماعي يتحدث عن الإيثار ليصبح العقد أداة تحفها المحبة والود بعيدًا

[1] محمد كاظم كمال العطار. نحو قانون مدني عربي، مرجع سابق، ٥٣٨.

عن أي صراع في حين ان الحقيقة عكس ذلك فالمتعاقدان إنما يهدفان اساسا الى الكسب والربح حتى ولو على حساب التضحية بالطرف الآخر، وهذا أمر لا يمكن إنكاره، وحاصل القول أن هناك رفضًا فقهيًّا معاصرًا لهذه النظرية الاجتماعية للعقد والدعوة إلى التمسك مرة أخرى بالمبادئ الأساسية في العقد كالحرية العقدية والأمن القانوني وغيرها من المبادئ لإعلاء الثقة في العقد يعد بمثابة رفض للنظرية الاجتماعية للعقد[١].

ثالثا: - المذهب القانوني

لقد أطلقنا عليه تسمية المذهب القانوني كونه يجعل الغلبة لمبدأ سلطان القانون. ففي ظل هذا المذهب ان السلطان ليس للإرادة بل السلطان للقانون مما دفع بعض الفقه الى القول ان تعبير سلطان الارادة في حد ذاته غير صحيح، فالالتزامات الناشئة عن العقود الخاصة تحميها وسائل تجد مصدرها لا في ارادة المتعاقدين بل في سلطة الدولة او في نظامها القانوني، وبناء عليه فأن ما نسميه سلطان الارادة للأطراف المتعاقدة يتمثل في الحقيقة في سلطة القانون ويحميها في النهاية تدخل الدولة وعليه فأصل سلطة الافراد وضمانها يجد اساسه في سلطان القانون، وحسب هذا القول ان ارادة المتعاقدين وان كان لها دوراً مهماً في العقد من حيث انها تحدد مضمون العقد ومحتوى الالتزامات التي ستنشأ، إلا ان الآثار القانونية ، التي تترتب على هذا الفعل ، وكذلك القيمة الملزمة لمضمونه ، هي من خلق القانون، لأن اساسها القانوني في القاعدة التشريعية التي تفرض على المتعاقدين واجب التصرف وفقاً لاشتراطاتهم، وهذا التفسير الذي اعتمده هذا الاتجاه الفقهي يجده كذلك في القانون الروماني، فمن تعريف الالتزام في مدونة جستنيان يظهران السبب أو المصدر المنشئ لعلاقة الالتزام التي تنشأ بين الاطراف كنتيجة لعقودهم ، توجد ليس في سلطة ارادتهم، بل في النظام القانوني للمدينة[٢] .

وبناء على ما تقدم يمكن القول، أن القانون هو المصدر الحقيقي للالتزامات التعاقدية لا سلطة الارادة، وان اتفاق ارادة المتعاقدين هو شرط فقط لتطبيق القانون على العلاقة بين الافراد وتحديد مضمون حقوق والتزامات كل طرف مما دفع ببعض الفقه التساؤل: كيف يمكن تجاهل هذه الحقيقة الاولية وهي ان ارادة الاطراف لا يمكن ان تكون ابدا اعلى وحتى موازية للقانون، بل يجب ان تتحرك ضمن

[١] بكر عبد السعيد محمد ابو طالب، ازمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠٢٠، ص ٢٠٨-٢٠٩.

[٢] الاستاذ كاره دمالبر، تكوين القانون بدرجات، ١٩٣٣، نقلا عن د. منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية العامة، ط١، بغداد، ١٩٩٦، ص ١٢١.

الدائرة التي يحددها المشرع المختص[١]. وفي ذات السياق يقولون ان الرابطة التي تتولد رغما عن ارادة الفرد ليست رابطة متولدة عن عقد قهري-جبري-، وانما رابطة متولدة تلقائيا بقوة القانون[٢].

الخلاصة نرى العقد بدأ يواجه تحديا ومشكلة تتنازعها المذاهب الفلسفية مما جعلنا نتساءل عن مصدر العقد وترتيب اثاره، هل هو الارادة ام القانون ام ان الغاية الاجتماعية مصدره واساس ترتيب اثاره؟ نحن ضد المذهب الفردي كونه يجعل الارادة اساس كل شيء متعلق بالعقد وهذا امر غير مقبول اذ ان الإرادة لم تعد المصدر الوحيد لالتزام الفرد بل هناك مصادر اخرى الى جانب العقد، ثم لم يعد مقبولا الاخذ بالمذهب الاجتماعي على اطلاقه إذ ان الفرد عند لجوءه الى التعاقد لا يفكر الا في تحقيق مصلحته وهذا هو الواقع فلا يمكن مسايرة المذهب الاجتماعية في رؤيته ان الفرد اثناء تعاقده يحقق مصلحة الجماعة.

نحن نرى ان المذهب القانوني (مذهب سلطان القانون) هو مصدر العقد ومرتب اثاره كون ان القانون هو الذي ينظم دور الارادة ويحدد مساحة عملها وهو مصدر قوتها، فمنذ نشاءة الجماعة الاولى وعندما كانت الغلبة للإرادة كانت الفوضى هي الحاكمة على وضع هذه الجماعة كون الافراد لا يسعون الا لتحقيق مصالحهم ولا حقيقة بالقول عكس ذلك، وبذلك عند حلول القانون وأصبح هو منظم الحياة الاجتماعية حل الاستقرار لان الغلبة اصبحت للقانون لا للإرادة.

ثم حديثا بدأت الاصوات تتعالى لجعل القانون هو المنظم الاول للعقد وجعل سلطانه هو الغالب لا سلطة الارادة. ثم ان مذهب سلطان القانون لا يصادر دور الارادة في العقد بل هو من يعطي الارادة هذا الدور فيحدد متى وكيف تنشئ الارادة العقد ويحدد اثاره.

كل ما قيل سلفا لا يجافي الحقيقة الا اننا لا نستطيع ان تؤيد مذهب سلطان القانون على اطلاقه وذلك للأسباب الاتية: -

١- ان القانون وان كان هو مصدر قوة الارادة الا انه في ذات الوقت هو مصدر تنظيم الحياة الاجتماعية برمتها فلا استقامة للمجتمع بلا قانون، فالأمر ليس مقتصرا على الارادة.

٢- ان القول بمبدأ سلطان القانون يفتح الباب للمشرع والقاضي للتدخل في الاتية: - العقد وبالتالي فرض التزامات على المتعاقدين لم يكون بمقدورهم توقعها وبالتالي انعدام امكانية تنفيذها او ربما تكون مرهقة على الاقل.

[١] د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، ١٩٩٤، ص١٦٨، د. منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، مرجع سابق، ص١٢٢.

[٢] د. جلال العدوي، الاجبار القانوني على المعاوضة، مرجع سابق، ص١٧٧.

بناء على ما تقدم نحن نؤيد المذهب المختلط ان صح التعبير والذي يجمع بين المذاهب سالفة الذكر فيكون هنالك دور للإرادة في ظل تنظيم القانون لها تحقيقا لمصلحة الجماعة والفرد.

المطلب الثاني

مشكلة مصادر القانون

يقصد بالمصدر بمعناه العام الحقيقة التي تنبثق منها حقيقة اخرى، وبذلك يكون المراد بعبارة مصادر القانون الحقائق التي تنبع منها القواعد القانونية[١].

لقد نصت المادة الاولى من القانون المدني العراقي في الفقرتين الثانية والثالثة على مصادر القانون (٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. ٣ - وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية). وكذلك المادة الاولى الفقرة الثانية من القانون المدني المصري قضت ب (٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة). وبذلك فان مصادر القانون في ظل التقنين المدني العراقي هي: -

١- القانون
٢- العرف
٣- مبادئ الشريعة الاسلامية
٤- قواعد العدالة
٥- احكام القضاء
٦- اراء الفقهاء

ان هذه المادة اتضحت من أكثر المواد القانونية التي تثير مشكلات العقد، اذ تم اللجوء اليها لإحلال أحد هذه المصادر محل ارادة المتعاقدين وسنوضح ذلك تباعا.

[١] د. عبد الحي حجازي، محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية ج١، القانون، مكتبة عبد الله وهبة، المطبعة العالمية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص١٥٠.

اولا: - القانون يكمل العقد

القانون يحمل معنيين الاول عام والثاني خاص. ويراد بالقانون بمعناه العام مجموعة القواعد القانونية المرعية في مجتمع ما والمنظمة للعلاقات الاجتماعية فيه والتي يلتزم الأشخاص اتباعها وإلا تعرضوا للجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة، والقانون بهذا المعنى مجموعة الأحكام القانونية الملزمة مشرعة من قبل السلطة المختصة أو مستمدة من مصادر أخرى غير التشريع[١].

او يقصد به مجموعة القواعد التي يسير عليها الناس في هيئة اجتماعية والواجب عليهم اطاعتها ولو بالقوة بواسطة السلطة العامة[٢].

اما القانون بمعناه الخاص ويطلق عليه كذلك مصطلح التشريع فهو قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية والتكليف بها في صورة مكتوبة، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة واعطائها قوة الالزام في العمل. ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على ذات القاعدة التي تصدر عن هذا المصدر، وعلى هذا النحو يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية تصدر في وثيقة رسمية مكتوبة عن سلطة عامة مختصة في الدولة[٣].

لقد اجيز للقاضي اللجوء إلى نصوص القانون بهدف تحديد مضمون الالتزامات الناشئة من العقد وتفسير ذلك أن المشرع قد نظم طائفة من العقود هي العقود المسماة بنصوص مكملة لإرادة المتعاقدين بحيث تصبح واجبة التطبيق إذا سكت أطراف العلاقة التعاقدية عن تنظيم مسألة من مسائل هذه العقود ومن ذلك مثلا، في عقود الإيجار الترميمات التأجيرية بالمادة ٥٨١/٢ مدني مصري والوفاء بالأجرة في م ٥٨٦/٢ مدني مصري واستعمال العين المؤجرة على النحو المتفق عليه بالمادة ٥٧٩ مدني مصري الخ، وحتى في العقود غير المسماة ، يمكن للقاضي تكملة العقد بالنصوص القانونية لأقرب العقود المسماة وفى الحالتين يكون القانون مكملا للعقد[٤]. وبذلك تم فتح الباب امام انتهاك خصوصية العقد وتغييب ارادة المتعاقدين مما شكل التشريع مشكلة تواجه العقد.

ثانيا: - العرف يكمل العقد:

وكذلك من المشاكل التي تواجه العقد هي مشكلة العرف كمصدر للقانون إذ الزم المشرع المدني العراقي في المادة الاولى والمشرع المدني المصري كذلك في المادة الاولى اللجوء الى العرف لحل النزاع. والمراد بالعرف هو تواتر سلوك جماعة من الناس على عادة حول مسألة معينة فيتكون الاعتقاد

[١] عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، ٢٠١٥، ص٢١.
[٢] د. محمد كامل مرسي، سيد مصطفى، اصول القوانين، المطبعة الرحمانية، ١٩٢٣، ص١٢.
[٣] د. حسن كيره، المدخل الى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٩، ص ٢٢٤-٢٢٥، د. رياض القيسي، علم اصول القانون، ط١، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص٢٥٧.
[٤] د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، المكتبة العصرية، المنصورة، بلا سنة نشر، ص ٢٠٩.

بأن هذه ملزمة[١]. او هو سنة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها الزاما قانونيا، فالعرف هو اطراد العمل بين الناس وفقا لسلوك معين اطرادا مقترنا بإحساسهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا السلوك والعرف باعتباره سلوكا يتواتر الناس على اتباعه، هو واقعة مادية، أو مجموعة من الوقائع المادية وقد استخلص هذا التعريف من خصائصه الذاتية، وبذلك لا يتحقق العرف الا اذا توافر ركنه المادي وهو الواقعة المادية وركنه المعنوي وهو الشعور بضرورة الالزام باتباع هذا السلوك والا تعرض للجزاء، وبالجمع بين الركنين المادي والمعنوي، يصبح العرف قاعدة قانونية، أي يصبح أمرا ملزما باتباع سلوك معين[٢]. ولا الزم على القاضي الالتجاء إلى العرف ليكمل به العقد إلا إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم النزاع المعروض[٣] . فإذا جرى العرف في النص المذكور - على إلزام أحد المتعاقدين بالتزام ما في العقد يتعين إلقاء عبء الالتزام عليه بما في ذلك مثلا، أن يكون ثمن المياه على المستأجر في عقود الإيجار، أو اعتبار الهبة أو البقشيش جزءاً لا يتجزأ من الأجر الذي يحصل عليه العامل في الفنادق والمطاعم[٤] . فالعرف قانون غير مكتوب فهو قانون، سواء قصد بذلك أنه مصدر من مصادر القواعد القانونية، أو قصد بذلك ذات القواعد القانونية الناشئة عن هذا المصدر[٥].

ان السماح للعرف الدخول في ساحة العقد سوف يفتح المجال لمصادرة ارادة الاطراف بحجة غياب التنظيم القانون للنزاع المعروض، ومن ثم ترتيب التزامات استنادا لحكم العرف قد يتفاجأ بها المتعاقدين ولو علموا بها منذ البداية لما ارتضوا الدخول في العلاقة التعاقدية.

ثالثا: - العدالة تكمل العقد:

ومن المشاكل التي تصادف العقد كذلك مشكلة قواعد العدالة والتي هي تلك القواعد التفصيلية التي تستهدف إلى أن يحصل كل ذي حق على حقه [٦]. وتودي فكرة قواعد العدالة دورا كبيرا على مستوى سن القانون من قبل المشرع وعلى صعيد تطبيق التشريع من قبل القاضي، فعلى صعيد سن القانون فان قواعد العدالة تعد موجهة للمشرع عندما يشرع في وضع القواعد القانونية التي تنظيم مسألة ما، إذ يجب عليه أن يصدر تشريع عادلا، وكذلك على صعيد تطبيق القانون، فالنص على اعتبار قواعد العدالة مصدرا رسميا توجب على القاضي عند عدم وجود حل النزاع في التشريع أو العرف أو الشريعة الإسلامية أن يبحث عن الحل الذي يمليه العقل والفكر باعتبار أن ذلك يحقق العدالة [٧]. وان

[١] د. حسن كيره، اصول القانون، ط٢، دار المعارف بمصر، ١٩٥٨، ص٣٣٢،
[٢] د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٤٢٣-٤٢٤.
[٣] د. احمد السعيد الزقرد، اصول القانون، بلا مكان نشر، ٢٠٠٠/٢٠٠١، ص ١٠١.
[٤] د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٠٩-٢١٠.
[٥] د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٤٢٣-٤٢٤.
[٦] د. محمد محمد ابو زيد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الاول نظرية القانون، بلا دار وسنة نشر ص ١١٤-١١٦.
[٧] د. محمد محمد ابو زيد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الاول نظرية القانون، مرجع سابق، ص ١١٤-١١٦.

الحجة السائدة لدى الفقه في اللجوء الى قواعد العدالة هي ان القاضي عندما يعرض عليه النزاع ويصعب تحديد مضمون العقد من الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولم يوجد نص تشريعي ينظمها ولا عرف ولا حكم في الشريعة الاسلامية، فإنه يمكن الالتجاء إلى فكرة العدالة لتكملة العقد[١]. وبالرغم من الدور التي تلعبه قواعد العدالة في حسم كثير من المنازعات الا ان اللجوء اليها غدا من المشاكل التي تواجه العقد، مما دفع بعض الفقه الى القول انه لا يجوز للمحكمة أن تتخذ من العدالة ذريعة للخروج على القصد الحقيقي لأطراف الرابطة العقدية[٢]. مما يعني ان امر استغلال هذه القواعد من قبل المحكمة امرا واردا وبالتالي انتهاك حرمة العقد بحجة الوصول الى نية المتعاقدين الذين قد يتفاجؤون بحكم يختلف عما قصدوه من العقد. كما ان البعض الآخر من الفقه يذهب الى أن النص على اعتبار قواعد العدالة مصدرا رسميا للقانون ليس إلا من قبيل إنقاذ المظهر، فبدلا من أن يعطى المشرع للقاضي سلطة التشريع وهذا يتعارض مع قوام اختصاصه الذي هو تطبيق القانون وليس سنه، فإنه يسمح له - للقاضي- أن يجتهد اجتهاداً موضوعيا بعيداً عن التأثر بتفكيره ومعتقداته الخاصة، توصلا لحسم النزاع المعروض عليه، وبذلك ينقطع عليه في ذات الوقت سبيل النكول عن الحكم في الحالة التي لا يجد فيها النزاع المعروض عليه حلا لا في التشريع ولا في العرف ولا في مبادئ الشريعة الإسلامية، إذ كما هو معلوم عدم جواز للمحكمة الامتناع عن الحكم بحجة غموض أو نقصان التشريع، وإلا عدت متخلفة عن إحقاق الحق ومرتكبة الجريمة إنكار العدالة[٣]. ومن تطبيقات قواعد العدالة الملكية الادبية والفنية والصناعية ونظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية تحمل التبعة، ونظرية الظروف الطارئة[٤].

خلاصة المبحث، رأينا تنازع المذاهب الفلسفية حول اهم مبادئ العقد وهو مبدأ سلطان الارادة فرأينا مدى تطرف كل مذهب، فالمذهب الفردي يجعل الغلب للإرادة فقط، بينما المذهب الاجتماعي يرى ان مصلحة المجتمع يجب ان تتغلب على ارادة طرفي العقد، بينما المذهب القانوني يذهب ان سلطان القانون لا الارادة. لذلك توصلنا الى تأييد المذهب المختلط ان صح التعبير والذي يجمع بين المذاهب الفلسفية التي تم ذكرها انفا، فيكون هنالك دور للإرادة في ظل تنظيم القانون لها تحقيقا لمصلحة الجماعة والفرد. ثم رأينا كيف ان مصادر القانون التي اريد بها وحسب نظرة السياسة التشريعية ان يكون طريقا ممهدا لحل النزاعات الناشئة عن العقد، الا ان هذه المصادر اضحت من اهم المشكلات

[١] د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٠٩-٢١٠

[٢] د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٠٩-٢١٠

[٣] د. محمد محمد ابو زيد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الاول نظرية د. احمد سابق، ص ١١٤-١١٦.

[٤] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، و د. احمد حشمت ابو ستيت، اصول القانون او المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٥٠، ص١١١.

التي تواجه العقد، فبدلا من اسهامها في حل منازعات العقد استغلت لتحل محل ارادة المتعاقدين الذين قد يتفاجؤون في حكمها.

المبحث الثاني

مشكلة التشريع والقضاء ازاء العقد

ان من المشاكل والتحديات التي تواجه العقد هي مشكلة التشريع وتدخل القضاء في العقد، اذ ان صياغة النصوص القانونية بشكل سريع ودون توخي الدقية وبعيدا عن البيئة التي ينطبق فيها النص يجعل من النص القانوني مشكلة أكثر مما هو حل وينعكس هذا الامر على دور القاضي في العقد. لقد اثارت النصوص القانونية المتعلقة بالعقد الموجه والقواعد القانونية الامرة والمكملة، مشكلة تدخل المشرع بالعقد، ولم يقتصر الامر على المشرع إذ ان القضاء قد منح سلطات واسعة الى الحد الذي جعل للقاضي سلطة تعديل العقد او الغاء بعض الشروط او الالتزامات او اضافة التزامات جديدة، او حتى ايقاف تنفيذ العقد. بناء على ذلك قسمنا هذا المبحث على مطلبين: -

المطلب الاول: - مشكلة التشريع ازاء العقد

المطلب الثاني: - مشكلة القضاء ازاء العقد

المطلب الاول

مشكلة التشريع ازاء العقد

ان من المشاكل التي تواجه العقد هي مشكلة اضطراب المشرع وعدم وضوح سياسته التشريعية مما ادى ذلك الى انعكاس هذا الاضطراب على العقد، فبرزت هنالك مشكلتان الاولى مشكلة العقد الموجه والثانية مشكلة القواعد القانونية الامرة والمكملة.

اولا: - مشكلة العقد الموجه(النموذجي)

ظهر في الفقه اتجاهين الاول ينكر صفة العقد على العقود النموذجية (الموجهة) وعرفوها بانها صيغ اعدت مسبقا وقبل ابرام العقد لكي تكون نماذج لعقود ستبرم مستقبلا[١]، بينما البعض الاخر يعدها عقود ويعرف العقد النموذجي بانه عقد تضعه السلطة العامة او اية هيئة نظامية في الدولة[٢]، او هو وضع قواعد امرة أي وضع حدود على سلطان الارادة فتتدخل الدولة في تحديد اسعار السلع والمحصولات ومد عقود الايجار وتنظيم عقود العمل وعقود التأمين والنقل الخ[٣].وكذلك هناك رأي

[١] علي ماجد صاحب، العقد النموذجي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٩، ص٧.
[٢] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٩٧.
[٣] د. عبد العزيز المرسي، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، بدون مكان نشر،٢٠٠٦، ص٥٨.

فقهي يرى أن العقد النموذجي هو عقدا حقيقيا وان كان لاحد أطرافه القدرة على فرض شروطه على الطرف الضعيف إلا ان ذلك لا يؤثر على حقيقته كونه عقدا لأن ذلك اضحى ظاهرة مألوفة في الوقت الحاضر لما توفره هذه العقود من السرعة في إبرام المعاملات القانونية واختصارها للوقت والتكاليف وعليه يعرفه هذا الرأي بأنه عقد يتم إعداده مسبقا من قبل احد طرفيه أو كليهما بصيغ مطبوعة ليتضمن حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة مستقبلاً[١].

تتمثل مشكلة مبدأ سلطان الارادة تحديدا في عجز العقد الذي يستمد مفهومه القانوني من مبدأ سلطان الارادة عن تحقيق العدالة العقدية بين الاطراف المتعاقدة بالدرجة الاولى، اذ يتحدد هذا المفهوم في أن طرفي العقد هما اللذان ينشأن هذا العقد برضاهما وفي ان القانون لا يضمن التوازن الاقتصادي للعقد الا من خلال ضمان المساواة القانونية بينهم الا ان هذا النوع من المساواة وطبقا لمبدأ سلطان الارادة قد أصبح عاجزا عن تحقيق العدالة عندما تطرأ ظروف اقتصادية معينة، مما يعني ضرورة تدخل المشرع في النظام الاقتصادي لتوجيهه باتجاه معين، ولما كان التوجيه الاقتصادي يتعارض مع مبدأ الحرية الاقتصادية فانه لا بد ان يجر معه ظاهرة التوجيه العقدي التي تتعارض بدورها مع مبدأ سلطان الارادة في العقود مما يتعارض مع اقرار مبدأ الحرية العقدية، وعليه فإن مشكلة مبدأ سلطان الارادة تتمثل في احد مظاهرها في عجز مبدأ المساواة القانونية وحده عن تحقيق العدالة بين طرفي العقد، اما تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية وان كان يمثل سببا مباشرا لمشكلة مبدأ سلطان الارادة الا انه لا يمثل في الحقيقة الا سببا كاشفا عن تصور هذا المبدأ كأساس لبناء العقد أو التصرف القانوني بشكل عام، ولقد حاول انصار مبدأ سلطان الارادة تطويق هذه المشكلة عن طريق توسيع مفهوم المساواة القانونية بين المتعاقدين رغبة منهم في الاحتفاظ بمبدأ سلطان الارادة كأساس للعقد الا ان هذه المحاولة لم تكن كافية[٢].

ادى تدخل المشرع في العلاقة العقدية الى ان يورد فيه مالم يكن يتوقعه المتعاقدين وربما حتى مالم يرغبان به، فأصبح العقد منتجا لأثار لا يتوقعها الطرفين ولا يرغبان بها، فيكون من نتيجة ذلك ان يستبدل المشرع اثار العقد بأثار اخرى غير التي ارادها طرفي العقد[٣].

---

[١] علي ماجد صاحب، العقد النموذجي، مرجع سابق، ص٩.

[٢] عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، ازمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨، ص ١٩٥-١٩٦.

[٣] عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨١، ص ٦٤-٦٥.

ثانيا: ـ مشكلة القواعد القانونية الامرة والمكملة

ان القواعد القانونية التي وضعها المشرع المدني اما تكون قواعد قانونية امرة او مكملة او مفسرة. فالقاعدة (الآمرة) والبعض يطلق عليها القواعد المطلقة، فالقاعدة المطلقة هي تلك القواعد التي لا تتوقف على إرادة الأفراد فتفرض ذاتها بصورة مطلقة، بل رغما من هذه الإرادة، وقد تكون إيجابية إذا كانت تفرض أمراً، وقد تكون سلبية إذا كانت تتضمن تحريما. وبذلك تنقسم القاعدة المطلقة إلى قاعدة آمرة وقاعدة ناهية، وسميت مطلقة لأنها توجب على الأفراد، بصورة غير مشروطة، اتباع مسلك معين أو الامتناع عن مسلك معين، دون أن يجوز لهم البتة الخروج عليها في اتفاقاتهم، فالقواعد المطلقة تمتاز بعدم جواز الاتفاق على مخالفتها أو التهرب من الآثار التي فرضها النظام القانوني، بمعنى أن إلزاميتها مطلقة غير مقيدة بقيد او شرط، وفي ذات السياق فان القواعد المطلقة تبين القاعدة الامرة (الإيجابية) العناصر الموضوعية والشكلية التي يترتب على توافرها في وقائع معينة أن تنتج هذه الوقائع آثارها، ومن الطبيعي أن يجوز للأفراد أن يمارسوا نشاطهم داخل نطاق هذه العناصر، بمعنى أنه يجوز لهم توفير شروط تحقيق النتيجة القانونية فإن لم يوفروا هذه الشروط لا تتحقق النتيجة المرجوة، فتكون تصرفاتهم باطلة في نظر القانون، أما القواعد الناهية (السلبية) فهي تحد من حرية الأفراد فتقتضى الامتناع عن القيام بأعمال معينة ولا ترتب أي فاعلية قانونية على التصرفات التي تكون مخالفة لهذه النواهي[١].

وهنا يظهر انعدام سلطان الارادة في ظل القواعد الامرة، فلا يملك المتعاقد الخروج على احكامها[٢].

ويبرر بعض الفقه مسلك المشرع بوضع قواعد قانونية امرة او مكملة بقوله ان المشرع يسعى بوضعه هذه القواعد إلى تحقيق هدفين أساسيين: أولهما: تفعيل العقد، وذلك بإكمال اتفاق الطرفين كلما كان ذلك ضرورياً وجائزاً لأن المشرع يفضل فاعلية العقد على عدمها وثانيهما: حماية المتعاقدين بعضهم في مواجهة البعض الآخر مهما كان المتعاقدان من حيث عدم التبصير أو عدم الدراية بالمسائل القانونية[٣].

ومن المشاكل التي اثارتها القواعد القانونية هي ما نصت عليه المادة ٢/١٥٠ من القانون المدني العراقي على (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)، والمادة ١٤٨ / ٢ من القانون المدني المصري

[١] د. عبد الحي حجازي، محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية ج١، القانون، مكتبة عبد الله وهبة، المطبعة العالمية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص ٨٣.
[٢] د. حسن كيره، المدخل الى القانون، مرجع سابق، ص ٤١.
[٣] خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية،٢٠١٢، ص ١٠١-١٠٢.

التي نصت (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

فوفقا لمبدأ سلطان الارادة لا يلتزم المتعاقدين الا بالتزامات التي اتجهت اليها ارادتهم، فنطاق العقد يتحدد بما اتفق عليه المتعاقدان، ولا يجوز كأصل ان يلتزم باي التزامات اخرى لم تخطر في بالهم. الا ان هذه النتيجة يرفضها بعض الفقه بحجة ان هناك التزامات تبعية لم تنصرف اليها ارادة المتعاقدين، ومع ذلك تلزمهما، لأنه بدونها لا يتحقق الغرض المرجو من العقد أو تقل المنفعة التي من أجلها أقدم أحد طرفيه على التعاقد أو يتعذر على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه، فمثلا إذا باع تاجر متجره لآخر، فان البائع يلتزم بعدم فتح محل آخر مجاور له ولو لم يتفق الطرفان على هذا الالتزام، والا كان الغرض الذي قصده المشتري من ابرام العقد وهو غرض معروف للبائع غير متحقق بصورة كاملة [١].

ويرى رأي اخر في الفقه بخصوص عقد العمل انه يجب ان تكون القواعد التي يضمها قانون العمل وتنظم عقد العمل يجب ان تكون امر وذلك بحجة ان توفير أكبر قدر من الحماية للعامل من استغلال وتعسف أرباب العمل قد لا يكون سهل المنال إذا ما كانت نصوص قانون العمل نصوصاً مكملة أو مفسرة لإرادة طرفي علاقة العمل لذلك فإن نصوص هذا القانون يجب ألا تبتعد عن الصفة الأمرة (لو الناهية)، وذلك لضمان فرض الحدود الملائمة لحرية التعاقد والعمل، لذلك فقد جاءت معظم قواعد قانون العمل على شكل قواعد أمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، إذ يقع باطلاً كل اتفاق يرمي إلى الفكاك من حكم أي من قواعده، فهي قواعد تعد من قبيل النظام العام لأنها تهدف إلى حماية وتحقيق مصلحة عامة على درجة من الأهمية والحساسية، ذلك إنها بالضرورة ترمي إلى عدم النزول عن الحد الأدنى من حقوق الطبقة العاملة والتي ارتأى المشرع فرضها ضمن حدود معينة بناء على اعتبارات اقتصادية وسياسية واجتماعية مختلفة، لذلك فإن الوسيلة التشريعية المتمثلة بالطبيعة الأمرة لأحكام قانون العمل كان لا بد لها من تفعيل وتدعيم من خلال ايراد بعض الجزاءات القانونية المدنية والجنائية التي تضمن جدوى وسلامة تطبيق تلك الأحكام[٢].

يتضح مما تقدم أن المشرع من أجل حماية الطرف الضعيف في العقد ، قد أخذ بوسيلة اضافة التزامات جديدة على ذمة الطرف القوي في العقد لمصلحة المتعاقد الضعيف، بحجة اعادة التوازن الى العقد وهذا ادى الى زعزعة الثقة بالعقد وكذلك ادى الى اغراق العقد بكم هائل من الالتزامات التي لم يقصدها او يرتضيها المتعاقدين ، لذا ذهب البعض، إلى أنه إذا كان الاهتمام التشريعي بالعلاقة التعاقدية

[١] د. عبد الرحمن عياد، اساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، بلا سنة نشر، الاسكندرية، ص ١٠٨.
[٢] د. هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح قانون العمل، ط١، دار الحامد، ٢٠٠٨ ص ٣٢.

أمراً مهماً وفقاً لمقتضيات العدالة ، لتحقيق التوازن بين اطراف العلاقة العقدية إلا أن هذا الاهتمام يجب أن لا يؤدي إلى التدخل في العقد بالشكل الذي يؤدي إلى اضطراب العلاقة التعاقدية نفسها[١].

الخلاصة: - بخصوص العقود الموجهة نرى انها عقود كسائر العقود الا انها اضحت منفذا لدخول المشرع الى العلاقة العقدية وبالتالي فرض التزامات على الاطراف لم يكونا يتصورانها وقت التعاقد وربما لا يرغبان بها. وبخصوص وضع القواعد الامر والمكملة وتدخلها في نطاق العقد فإنها تحمل بذور الهدم لأسوار واركان العقد من خلال: -

١- ان نصوص القانون المنظمة للعقد يجب ان تكون واضحة لا لبس فيها ولا تحتمل تفسيرات يمكن ان تساهم في هدم العقد.

٢- لا يتم الرجوع الى القواعد المكملة الا في حالة اتفاق الاطراف على الرجوع اليها.

المطلب الثاني

مشكلة القضاء ازاء العقد

من المشاكل التي اثيرت بصدد العقد هي مشكلة السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل العقد. إذ ان وفقا لمبدأ سلطان الارادة ان الاطراف احرار في ابرام ما يشاؤون من العقود في حدود القانون والنظام العام والآداب العامة، فلا يجوز لغيرهم التدخل فيه وعلى ذلك نصت المادة (١٤٦) (١ – إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي. ٢ - على انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك). ان المادة اعلاه فتح الباب للقاضي للتدخل في حرمة العقد، وسند هذا التدخل هو السلطة التقديرية الممنوحة له من قبل المشرع مما دفع بعض الفقه الى القول بان المشرع قد يتدخل في العقد من خلال سن نصوص قانونية امرة يجب على المتعاقدين احترامها وعدم مخالفتها وقد سبق ان تكلمنا عنها في المطلب السابق، وقد يكون تدخله في العقد غير مباشر من خلال منح القاضي السلطة التقديرية لتعديل العقد او الغاء بعض الشروط او الالتزامات او اضافة التزامات جديدة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد[٢]. وتنوعت صور هذا التدخل فقد يتدخل القاضي في انعقاد العقد ومن باب تفسير العقد وتكييفه وتعديل شروطه، وقد يكون التدخل في مرحلة

[١] خليل رمل احمد العيساوي، تضخم محتوى العقد، ط١، دار الابداع للطباعة والنشر والتوزيع، صلاح الدين، تكريت، ٢٠٢٣، ص٤٩.

[٢] عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، مرجع سابق، ص٦٥.

تنفيذ العقد فيتولى تعديل الالتزامات المنبثقة عن العقد كما في نظرية الاستغلال او تعديل الشرط الجزائي وقد وصل التدخل الى حد ايقاف تنفيذ العقد. وسنوضح صور التدخل هذه.

اولا: - تدخل القاضي في انعقاد العقد

١- تدخل القاضي من خلال تفسير العقد

يقصد بالتفسير العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الارادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك الى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به[١].

وقد نصت المادة ١٦٦ من القانون المدني العراقي على (يفسر الشك لمصلحة المدين) ونصت كذلك المادة ١٦٧/ ٣ على (ولا يجوز ان تكون تفسير العبارات في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا) والمادة١٥٠/ ٣ من القانون المدني المصري على (اما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات). وكذلك نصت المادة ١٥١ من القانون المدني المصري على (١- يفسر الشك لمصلحة المدين. ٢- ومع ذلك لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن). من خلال هذه النصوص نستطيع القول ان القاضي عند توليه تفسير العقد يجب ان يبحث عن ارادة الاطراف وهي ارادة حقيقية موجودة، لذا يمكن ان تثار مشكلة احلال ارادته محل ارادة المتعاقدين فبدلا من استظهار الارادة الحقيقية تشويها لذا نرى ان المشرع قد فعلا حسنا وان كان قد قصر الامر على عقود الاذعان بقوله (ولا يجوز ان تكون تفسير العبارات في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن)، لذا يجب ان يكون النص شاملا لكل العقود، بعدم السماح ان يكون التفسير مضرا للأطراف وخلافا لإرادتهم الحقيقية.

٢- تدخل القاضي من خلال تكييف العقد

التكييف هو تحديد الوصف القانوني السليم للواقعة او العمل، فيقال مثلا عقد البيع او المقاولة او عقدا مركبا[٢]. او هو مضاهاة المركز الواقعي مع التصوير القانوني المقابل له[٣]. والتكييف في نظر البعض قد يكون فقهي وقضائي وتشريعي، الا اننا نؤيد الرأي القائل بأن التكييف اما قضائي او فقهي،

[١] د. عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢، ص١٧.

[٢] استاذنا د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين التكييف والتصنيف للوقائع في القانون، مركز البحوث القانونية، اربيل، العراق، ٢٠٢٣، ص٤.

[٣] د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥، ٣٢١.

لان المشرع يضع النص القانوني ثم يأتي القاضي او الفقيه ليحدد مجال انطباق هذا النص على الواقعة المعروضة، بمعنى ان المشرع يضع القالب ثم يأتي المكلف بعملية التكييف ليضع الواقعة في قالبها[١]. ويمكن ان تثير عملية التكييف مشاكل تواجه العقد من خلال تكييف القاضي لعقد ما خلاف توقع وارادة المتعاقدين، فمثلا لو ابرم المتعاقدين وقصدا عقد ايجار ثم كيفه القاضي على انه عقد غير مسمى فهنا يجب تطبيق القواعد العامة في العقد لا قواعد عقد الايجار[٢]. ويذهب رأي في الفقه يؤكد مدى تدخل القاضي في العقد بقوله ان القاضي ومن خلال عملية التكييف يفسر ارادة المتعاقدين لتحديد مقصدهما[٣]، بمعنى ان القاضي هنا اقام نفسه مقام الاطراف بعد ان صادر ارادتهم. ولمعالجة مشكلة تدخل القاضي يجب منح المتعاقدين سلطة منع القاضي من فرض سلطته على العقد ومنح الاطراف سلطة حل النزاع حسب ما يرضونه ووفقا لإرادتهم. لذا يذهب رأي في الفقه الى القول ان التكييف هو اعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد والذي يطابق حقيقة الاتفاق الحاصل بين المتعاقدين[٤].

٣- تدخل القاضي من خلال تعديل شروط العقد

يتدخل القاضي في تعديل شروط عقد الاذعان الذي يعرف، بانه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها[٥]. إذ غالبا ما تثار مسألة الشروط التعسفية عندما يكون هناك اختلال في مراكز طرفي العقد، فيكون أحد الاطراف في مركز اقتصادي قوي مقابل طرف ضعيف مذعن للشروط التي يفرضها الطرف القوي الذي من الممكن ان يتعسف في هذه الشروط. ويعرف البعض الشرط التعسفي بكونه ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن احكاما تتنافى مع العدالة[٦]. وقد نصت المادة ١٦٧من القانون المدني العراقي على (٢- إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك. ٣- ولا يجوز ان تكون تفسير العبارات في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا)، والمادة ١٤٩

---

[١] استاذنا د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين التكييف والتصنيف للوقائع في القانون، مرجع سابق، ص ٣٧، هامش رقم ١.

[٢] د. عامر عاشور عبد الله، تكييف العقد في القانون المدني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة ٢، العدد٦، ص١٦٤.

[٣] صاحب عبيد عبد الزهرة الفتلاوي، تحول العقد، في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص١٨٦.

[٤] د. عامر عاشور عبد الله، تكييف العقد في القانون المدني، مرجع سابق، ص١٧٥.

[٥] د. عبد المنعم فرج الصده، في عقود الاذعان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الاول، (القاهرة حاليا)، مطبعة جامعة فؤاد الاول(القاهرة)، ١٩٤٦، ص٧٧.

[٦] حدي لالة احمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص١٠١.

من القانون المدني المصري (إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

ويقر بعض الفقه ان هذه النصوص هي اداة قوية بيد القاضي لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية ولا حدود لهذه السلطة الا ما تقتضيه العدالة[١]. وهذا يدل على امكانية تغييب ارادة الاطراف بحجة الغاء او تعديل يرى القاضي انها شروط تعسفية، مما يشكل مشكلة حقيقية تواجه العقد.

ثانيا: - تدخل القاضي في تنفيذ العقد

١- تدخل القاضي من خلال تعديل التزامات العقد

لقد منح المشرع المدني العراقي القاضي سلطة تعديل التزامات العقد وذلك بأخذه لنظرية الاستغلال في المادة ١٢٥التي نصت على (إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة ان ينقضه). وهنا قد يتحكم القاضي بالعقد خلافا لإرادة وتوقعات طرفي العقد. لذلك وجهت انتقادات الى منح القاضي هذه السلطة، فأولا ان القاضي سيخرج عن دوره الطبيعي وهو الفصل في المنازعات فيصل عملا الى الرقابة على العقود ومراجعتها، وثانيا ان أطراف العقد هما خير من يقدر القيمة الحقيقية لما يقومان بأدائه، وثالثا ان تقدير القاضي سيختلف حسب شخصيات المتنازعين وحسب ميول القاضي الشخصية واتجاه الحكومات، ورابعا ان منح هذه السلطة للقاضي سيترك الاطراف المتقاضية في حيرة من امرهم اذ لا يكون على علم ما هو مصير حقوقهم مما يدفعهم الى ترك مصالحهم نتيجة هذا القلق[٢].

وكذلك الحال تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي والذي يقصد به عبارة عن بند او شرط يدرج عادة بالعقود والتصرفات القانونية المختلفة لكفالة احترامها وضمان تنفيذها، وبمقتضاه يلتزم المتعاقد الذي أخل بالتزامه بأداء معين لصالح المتعاقد الاخر[٣]. ان القاضي يمكن ان يتدخل في الشرط الجزائي من خلال تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا اثبت المدين ان قيمة التعويض مبالغا فيه او إذا اثبت المدين ان الالتزام قد نفذ جزء منه وقد يكون تدخل القاضي من خلال زيادة قيمة الشرط الجزائي إذا اثبت

[١] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص٧٩.
[٢] د. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٦، ص١٩٦.
[٣] د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، وفقا للقانونين المصري والكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص١٠.

الدائن ان المدين قد ارتكب غش او خطأ جسيم[١]. وهذا ما قضى به القانون المدني العراقي في المادة (١٧٠) والقانون المدني المصري في المادتين (٢٢٤) و (٢٢٥).

٢- تدخل القاضي من خلال ايقاف تنفيذ العقد

من المشاكل التي تثار بصدد العقد هي السلطات الممنوحة للقاضي هي ايقاف تنفيذ العقد، اذ قد يخول المشرع، القاضي ايقاف تنفيذ العقد كما في حال اعسار المدين ورأى القاضي امكانية تنفيذ التزامه إذا ما منح اجل لمدة معينة[٢]. فهنا قد يتضرر الدائن نتيجة لتقدير وسلطة القاضي، إذ ان الاسلم كان يتبغى ان يترك منح الاجل لسلطة الدائن وإذا تعسف الدائن بهذه السلطة عندها لا ضير من استخدام السلطة التقديرية للقاضي.

الخلاصة: - نرى ان السلطة التقديرية للقاضي ازاء العقد سلطة واسعة واتخذت صور متعددة منها قد يتدخل القاضي في انعقاد العقد ومن باب تفسير العقد وتكييفه وتعديل شروطه، وقد يكون التدخل في مرحلة تنفيذ العقد فيتولى تعديل الالتزامات المنبثقة عن العقد كما في نظرية الاستغلال او تعديل الشرط الجزائي وقد يكون التدخل في صورة ايقاف تنفيذ العقد.

[١] د. طلبة وهبة خطاب، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون، ط١، دار الفكر العربي، بلا سنة نشر، ص٧١.

[٢] حدي لالة احمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مرجع سابق، ص١٧١.

الخاتمة

لقد بينا فيما تقدم ماهي المشاكل والتحديات التي بدأت تواجه العقد وفي ختام بحثنا هذا توصلنا الى عدة نتائج كانت ثمرة هذ البحث وكذلك تقدمنا بعدة توصيات لعلها تجد التطبيق.

اولا النتائج: -

١- ان من اهم المشاكل التي تواجه العقد هي مشكلة بعض مبادئ العقد كمبدأ سلطان الارادة وكذلك مشكلة مصادر القانون، اضافة الى مشكلة تدخل المشرع والقاضي في العقد.

٢- ان المذهب الفردي يحيط الارادة بسوار متين من التقديس فهم يرون ان الارادة هي الاساس في انشاء العقد وترتيب اثاره ويرون عدم جواز تقييد هذه الارادة، بل يرون ان الارادة فوق القانون.

٣- ان المذهب الفردي اظهر مدى تطرفه في تقديس الارادة لذا لا يمكن الاخذ به على اطلاقه.

٤- هناك رفضًا فقهيًّا معاصرًا لنظرية المذهب الاجتماعية للعقد والدعوة إلى التمسك مرة أخرى بالمبادئ الأساسية في العقد كالحرية العقدية والأمن القانوني وغيرها من المبادئ لإعلاء الثقة في العقد وهذا يعد بمثابة رفض للنظرية الاجتماعية للعقد[١].

٥- اننا لا نستطيع ان نؤيد مذهب سلطان القانون على اطلاقه وذلك لان القانون وان كان هو مصدر قوة الارادة الا انه في ذات الوقت هو مصدر تنظيم الحياة الاجتماعية برمتها فلا استقامة للمجتمع بلا قانون، فالأمر ليس مقتصرا على الارادة، وكذلك ان القول بمبدأ سلطان القانون يفتح الباب للمشرع والقاضي للتدخل في العقد وبالتالي فرض التزامات على المتعاقدين لم يكون بمقدورهم توقعها وبالتالي انعدام امكانية تنفيذها او ربما تكون مرهقة على الاقل.

٦- رأينا تنازع المذاهب الفلسفية حول اهم مبادئ العقد وهو مبدأ سلطان الارادة فرأينا مدى تطرف كل مذهب، فالمذهب الفردي يجعل الغلب للإرادة فقط، بينما المذهب الاجتماعي يرى ان مصلحة المجتمع يجب ان تتغلب على ارادة طرفي العقد، بينما المذهب القانوني يذهب ان السلطان للقانون لا الارادة.

٧- ان المادة القانونية التي حددت مصادر القانون في ظل التقنين المدني العراقي هي من أكثر المواد القانونية التي تثير مشكلات العقد، اذ يتم اللجوء اليها لإحلال أحد هذه المصادر محل ارادة المتعاقدين

[١] بكر عبد السعيد محمد ابو طالب، ازمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠٢٠، ص ٢٠٨-٢٠٩.

٨- ان السلطة التقديرية للقاضي ازاء العقد سلطة واسعة واتخذت صور متعددة منها تدخل القاضي في انعقاد العقد فيتدخل في تفسير العقد وتكييفه وتعديل شروطه، وقد يكون التدخل في مرحلة تنفيذ العقد فيتولى تعديل الالتزامات المنبثقة عن العقد كما في نظرية الاستغلال او تعديل الشرط الجزائي وقد يكون التدخل في صورة ايقاف تنفيذ العقد.

اولا التوصيات: -

١- نحث المشرع العراقي على اعادة النظر في فلسفة العقد في ضوء التقدم السريع الذي تشهده الحياة الاجتماعية، فنرى مثلا ان مصادر القانون يجب ان لا تزيح ارادة الاطراف الا إذا لم يتفقا على حل معين لنزاعهم.

٢- نحث المشرع العراقي على الاخذ بالمذهب المختلط (الفردي- الاجتماعي- القانوني) فيكون هنالك دور للإرادة في ظل تنظيم القانون لها تحقيقا لمصلحة الجماعة والفرد.

٣- نحث المشرع العراقي على صياغة نصوص قانونية تمنع احلال اردته محل ارادة أطراف العقد.

٤- نحث المشرع العراقي على صياغة نصوص قانونية تمنع تدخل القاضي في العقد واحلال اردته محل ارادة أطراف العقد، او اضافة التزامات لم يكون بمقدور الافراد توقعها.

٥- نحث الباحثين على اعادة دراسة العقد وتحديد مشكلات العقد وتقديم الحلول اللازمة لها في ضوء التقدم التكنلوجي الذي نشهده.

المصادر

اولا الكتب القانونية العامة

١- احمد السعيد الزقرد، اصول القانون، بلا مكان نشر، ٢٠٠١/٢٠٠٠.

٢- احمد السعيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، المكتبة العصرية، المنصورة، بلا سنة نشر.

٣- حسن كيره، اصول القانون، ط٢، دار المعارف بمصر، ١٩٥٨.

٤- حسن كيره، المدخل الى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٩.

٥- رياض القيسي، علم اصول القانون، ط١، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢.

٦- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤.

٧- طلبة وهبة خطاب، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون، ط١، دار الفكر العربي، بلا سنة نشر.

٨- عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، ٢٠١٥.

٩- عبد الحي حجازي، محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية ج١، القانون، مكتبة عبد الله وهبة، المطبعة العالمية، القاهرة، بلا سنة نشر.

١٠-عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.

١١-عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣.

١٢-عبد الرزاق احمد السنهوري، و د. احمد حشمت ابو ستيت، اصول القانون او المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٥٠.

١٣-عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣.

١٤-محمد كامل مرسي، سيد مصطفى، اصول القوانين، المطبعة الرحمانية، ١٩٢٣.

١٥-محمد محمد ابو زيد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الاول نظرية القانون، بلا دار وسنة نشر.

١٦-منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية العامة، ط١، بغداد، ١٩٩٦.

١٧-منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، ١٩٩٤.

١٨-نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج١ مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

١٩-هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح قانون العمل، ط١، دار الحامد، ٢٠٠٨.

ثانيا الكتب القانونية المتخصصة

١- ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، وفقا للقانونين المصري والكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

٢- توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٦.

٣- جلال العدوي، الاجبار القانوني على المعاوضة، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية، بلا سنة نشر.

٤- خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية،٢٠١٢.

٥- خليل رمل احمد العيساوي، تضخم محتوى العقد، ط١، دار الابداع للطباعة والنشر والتوزيع، صلاح الدين، تكريت، ٢٠٢٣.
٦- عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢.
٧- عبد الرحمن عياد، اساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، بلا سنة نشر، الاسكندرية.
٨- عبد العزيز المرسي، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، بدون مكان نشر،٢٠٠٦.
٩- محمد سليمان الاحمد، الفرق بين التكييف والتصنيف للوقائع في القانون، مركز البحوث القانونية، اربيل، العراق، ٢٠٢٣.
١٠-محمد كاظم كمال العطار. نحو قانون مدني عربي، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨.
١١-وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥.

ثالثا الاطاريح والرسائل

١- بكر عبد السعيد محمد ابو طالب، ازمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠٢٠.
٢- حدي لالة احمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣.
٣- صاحب عبيد عبد الزهرة الفتلاوي، تحول العقد، في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٦.
٤- عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨١.
٥- عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، ازمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨.
٦- عبد المنعم فرج الصده، في عقود الاذعان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الاول، (القاهرة حاليا)، ١٩٤٦.
٧- علي ماجد صاحب، العقد النموذجي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٩.

رابعا الابحاث

١- عامر عاشور عبد الله، تكييف العقد في القانون المدني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة ٢، العدد٦.

خامسا القوانين

١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠.