

## أساليب التعاقد في ظل مبدأ الحرية الذاتية

م. د. هيثم محمد جواد علي  
السهلاني



جامعة جابر بن حيان للعلوم  
الطبية والصيدلانية  
كلية العلوم الطبية/ قسم  
الأدلة الجنائية

Haytham Mohammed  
Jawad Ali Alsahlani

[Haytham.m.alsahlani@jmu.edu.iq](mailto:Haytham.m.alsahlani@jmu.edu.iq)

Methods of contracting under the principle of personal freedom

### الكلمات الافتتاحية :

العقد، التوازن العقدي، النظرية الإرادية، النظرية الموضوعية، النظرية المزدوجة، التقييد الشكلي، التقييد الموضوعي

### Keywords :

contract, contractual balance, volitional theory, objective theory, dual theory, formal restriction, objective restriction.

**Abstract :** The ideas of philosophers in the seventeenth and eighteenth centuries led to the emergence of the "individualist doctrine," which is based on the principles of individual freedom in unleashing the will of the individual at the expense of the public interest. The will became a subjective concept in light of the traditional theory, and in light of these ideas, contractual freedom crossed In its entirety, it is about the public interest that expresses the sum of the

interests of individuals, and accordingly the principle of "authority of will" emerged, which was influenced by the legislator in issuing the French Civil Code, as he approved a contract system that adopts freedom of contract, where the will assumed a special place. However, at the end of the eighteenth

century, principles and ideas emerged that paved the way. To limit the concept of self – will in light of practical criticisms, and social principles and economic rules have become the framework upon which the principle of self – will must be based and restricted from extremism, and the contract has come to be seen as a means of establishing a contractual balance between two conflicting interests, one of the two wills should not control the other.

### الملخص:

إن أفكار الفلاسفة في القرن السابع عشر والقرن الثامن عشر أدت إلى ظهور "المذهب الفردي" الذي يقوم على مبادئ الحرية الفردية في إطلاق العنان لإرادة الفرد على حساب المصلحة العامة، وأصبح للإرادة مفهوم ذاتي في ظل النظرية التقليدية، وفي ظل هذه الأفكار فإن الحرية التعاقدية عبرت في مجموعها عن المصلحة العامة المعبرة عن مجموع مصالح الأفراد، وعليه نشأة مبدأ "سلطان الإرادة" الذي تأثر به المشرع في إصدار القانون المدني الفرنسي، إذ أقر نظاماً للعقد يعتمد حرية التعاقد حيث تبوأ الإرادة مكاناً مميزاً، لكن نهاية القرن الثامن عشر برزت مبادئ وأفكار مهدت للحد من المفهوم الذاتي للإرادة في ضوء الانتقادات العملية، وأصبحت المبادئ الإجتماعية والقواعد الإقتصادية هي الإطار الذي يجب أن يقوم عليه مبدأ الإرادة الذاتية وتقيده من التطرف، وأصبح ينظر إلى العقد على اعتباره وسيلة لإقامة التوازن العقدي بين مصلحتين متعارضتين لا ينبغي أن تسيطر إحدى الإرادتين على الأخرى.

## المقدمة:

إن حرية إرادة المتعاقدين تجسد الأساس الذي تقوم عليه العقود إذ تمثل الإرادة الشريعة التي يتفق عليها المتعاقدين من حيث حق الحوار والجدل فيما يتفقان عليه، وحينما يتم الاتفاق على الصيغة النهائية للعقد يصبح حجة على الطرفين، وبناء عليه فأن حرية التعاقد هي التي تملي على الطرفين قانون العقد، لكن قد يقف في سبيل حرية التعاقد موانع منشأها النظام العام والمنفعة العامة والتي يقرها المشرع بين الطرفين حيث تتشكل من الأحكام الآمرة، وإذا كانت حرية التعاقد هي قوام العقود، والتي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، لكن هنالك اعتبارات من شأنها أن تقيّد هذه الحرية، وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها تمام التمتع فقد يفرض القانون شروطاً يتعين استيفاؤها لإبرام العقد عرضاً نهائياً ملزماً.

أهمية البحث : تنطلق أهمية البحث من أن مبدأ حرية التعاقد الذي يشكل الأساس القانوني للعقد، والذي يسمح للأطراف بأن يبرموا عقداً ويحددوا محتواه، وقد تنشأ تقييدات مفروضة على حرية التعاقد ناتجة عن تشريعات تتعلق بأحكام غير القابلة للتفاوض تنطبق على أنواع معينة من العقود، أو عن قواعد تفرض جزاءات على إساءة استعمال الحقوق والإضرار بالنظام العام، والإخلال بالمعايير الأخلاقية.

إشكالية البحث : يتمحور البحث حول إشكالية مفادها: "طبيعة الأدوات المستعملة للتعاقد في ضوء مبدأ الحرية الذاتية"، إذ أن العرض والقبول يمثل تقليدياً فيما كان

الطرفان قد توصلا إلى اتفاق بشأن حقوقهما والتزاماتهما القانونية التي ستكون ملزمة لهما طوال مدة العقد، لكن تبقى هناك قيود قانونية ينبغي على الطرفين الالتزام بها. وعليه تتضح التساؤلات التالية، وهي:

• ما هي طبيعة النظريات المفسرة لمفهوم الإرادة الحرة وهي الإرادية والموضوعية والمزدوجة؟

• ما هي طبيعة القيود الشكلية لإبرام العقد؟

• ما هي طبيعة القيود الموضوعية لإبرام العقد؟

فرضية البحث : يفترض البحث أن الإرادة الحرة هي التي تحدد مضمون العقد وآثاره بين الطرفين، غير أن هذه الحرية الذاتية في إبرام العقد يجب أن تتقيد بالضوابط القانونية التي وضعها المشرع لضمان النظام العام.

منهج البحث : إن الإجابة عن إشكالية البحث والأسئلة المطروحة تستدعي الاعتماد على المنهج الوصفي المدعوم بالمنهج التحليلي، بهدف تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالقيود الشكلية والموضوعية، فضلاً عن اعتماد المنهج المقارن بغية مقارنة موضوع القيود على إبرام العقد في العديد من التشريعات.

هيكلية البحث : اشتمل البحث على ملخص، ومقدمة، وخاتمة، وتضمن ثلاثة مطالب، إذ في المطلب الأول: "النظريات المفسرة لمفهوم الإرادة الحرة". المطلب الثاني:

"التقييد الشكلي لإبرام العقد". المطلب الثالث "التقييد الموضوعي لإبرام العقد".

المطلب الأول : النظريات المفسرة لمفهوم الإرادة الحرة : حرية الإرادة هي القدرة على الاختيار بين تسلسلات مختلفة من الأحداث، وترتبط حرية الإرادة مع مفاهيم المسؤولية والأحكام التي تنطبق على الأفعال المختارة بحرية، وإذا كان العقد يبنى على الإرادة، فإن ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة. وبناء عليه نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، هي: الفرع الأول، النظرية الإرادية. الفرع الثاني، النظرية الموضوعية. الفرع الثالث، النظرية المزدوجة.

الفرع الأول: النظرية الإرادية : لقد أخذ المذهب الفردي يسيطر على التعاملات القانونية بصورة واضحة في نهاية القرن التاسع عشر، فقد بدأت الأفكار الفلسفية تدعم مبادئ الحرية الفردية والحرية الإقتصادية التي قامت على أفكار الفيلسوف الاقتصادي الاسكتلندي "آدم سميث" (Adam Smith) حيث دعا إلى تحرير السوق من رقابة الدولة وفي صناعة النظام الرأسمالي في شكله الليبرالي وفق مبدأ "دعه يعمل، دعه يمر"<sup>(١)</sup>. ويقوم المذهب الفردي على مبادئ أساسية، وهي: تمتع الإرادة بالدور المطلق في إدارة الشؤون الحياتية، خاصة الحرية الاقتصادية، ولا يمكن إلزامه الفرد بشيء، إلا إذا ارتضاه لنفسه، وأن الإرادة الإنسانية أتاحت الحرية التعاقدية في الجانب القانوني، وهي التي تحدد مضمون العقد وترتيب آثاره. ويرى أنصار المذهب

الفردى أن الإرادة هي قوام العقد وركيزته، ويلتزم المتعاقد بإرادته لا غير، حيث تلزم الإرادة الشخص بما قبله بكل حرية، وأن القواعد القانونية نفسها حينما يرتب التزامات معينة، إنما تفترض في الشخص الذي يلتزم بهذه القواعد أنه ارتضاها في ذمته، وإن القاعدة العامة تفترض أن الالتزامات كافة ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، كما أن هذه الإرادة تحدد ما يترتب على هذه الالتزامات من آثار، وبناء عليه فالطرفان المتعاقدان يلتزمان جبراً لا تفويضاً لأن إرادتيهما شاءت ذلك، وإذا لم يكن الشخص طرفاً في العقد فإنه غير ملزم به، كما لا يكسب من الحقوق التي تنشأ عنه<sup>(٢)</sup>. وتوسع أنصار مبدأ سلطان الإرادة فقد نسبوا كل الالتزامات والنظم القانونية إلى الإرادة على اعتبارها المسيطر على جميع مصادر الالتزام والمحرك الأساسي لبقية الحقوق غير التي تنشأ عن العقد، فحسب تقديرهم فإن القانون نفسه هو نتيجة لإرادة الأفراد، وأن نتائج الإرادة تتجسد في تشكيل قانون العقوبات، إذ أن المجرم يكون قد ارتضى سلفاً مبادئ قانون العقوبات، وفي نظرهم فإن حق الملكية ينشأ عن حرية الإرادة، كذلك حقوق الأسرة تعود إلى الإرادة الذاتية المتمثلة بالزواج، فضلاً عن أن مسألة الميراث تقوم على وصية مفروضة، كذلك وسائل التنفيذ القسري التي ارتضاها المدين طواعية حينما قبل الاستدانة<sup>(٣)</sup>، وأخذت هذه النظرية تفسير الظواهر الاجتماعية والاقتصادية والقانونية. ويتمسك أصحاب مبدأ الإرادة المطلقة بعدم أحقية القيود القانونية أو الاجتماعية أو الاقتصادية المتعلقة بمبادئ النظام العام

وقواعد العدالة، والتضامن الاجتماعي، فلا ينبغي أن تحد هذه القيود من مبدأ سلطان الإرادة، لأنها سوف تعيق الحرية الفرد، كما لا يجوز للمشرع أو القاضي التدخل للحد من المبدأ الإرادة المطلقة إلا في الحدود الضيقة النطاق المتعلقة بموافقة أطراف العقد<sup>(٤)</sup>. ويرى إتباع الإرادة المطلقة بأنه لا ينبغي التدخل لتقييد أثر العقد متى ما نشأ، فعلى الرغم من الخلل الذي يصاحب العقد خلال مرحلة تكوينه فلا يعتد بالغبن، أو العلل التي تؤثر في نشوء العقد، ومن ثم في ما يرتبه من آثار، لأن العدل يقتضي الحق في ما أنشأه الشخص نتيجة حرية الإرادة.

الفرع الثاني: النظرية الموضوعية: يعد الفيلسوف اليوناني "أرسطو طاليس" (Aristotle Thales) المصدر الأساسي للقانون الطبيعي والنظرية الموضوعية، إذ عرف العقد بأنه تشريع من صناعة الأفراد من أجل حكم مسألة معينة، واعتبر العقد أساساً من أساسات الدولة، وهي الفكرة التي يركز إليها أنصار نظرية العقد الاجتماعي، مثل: نظرية تفسر أصل نشأة الدولة، وهذه الأفكار أثرت على الفيلسوف الألماني "إيمانويل كانت" (Immanuel Kant) الذي استخدم في أواخر القرن التاسع عشر مصطلح "الاستقلال" إذ أشار بأن الفرد هو أساس المجتمع، وأن الإرادة هي مصدر الحق<sup>(٥)</sup>. ويعد الفيلسوف "إيمانويل كانت" أحد فلاسفة القانون الطبيعي الذي يتمثل لديه في الأخلاق الطبيعية العالمية، أي أن يتعامل الأفراد بموجب التصرف اللائق الذي يصلح أن يكون قانوناً عالمياً على اعتبار أن الإنسانية هدف في ذاتها

وليست وسيلة، وأن مصدر القانون الطبيعي هو العقل الخالص، لذلك يجب أن تخضع إرادة الإنسان في العالم الحسي إلى إرادة الإنسان في العالم العقلي<sup>(٦)</sup>. ويرى الفيلسوف "إيمانويل كانت" أن هناك علاقة بين الأخلاق والحرية تتجلى بوضوح في أن الفرد يستطيع تحديد إرادته من خلال طريقتين مختلفتين، هما: "الاستقلال الذاتي" و"الانقياد" أي أن الفرد لا يكون حراً إلا حينما تتحدد إرادته مع استقلاليتها الذاتية، وهذا يعني التصرف وفق قانون يضعه الفرد بنفسه، وإذا كان الفرد قادراً على ممارسة الحرية بطريقة، فيجب أن تكون هذه القدرة بموجب قوانين الفرد وليست قوانين يقدمها أو يفرضها الآخرون، وإنما وفق قانون يضعه بنفسه<sup>(٧)</sup>. وبناء عليه فإن حرية الإرادة عند "إيمانويل كانت" تعد فكرة غير ملموسة تختلف عن المبدأ الذي ينتج عن التجربة، إذ أن الحرية لديه مرتبطة بالأخلاق والمثل فتصرف الفرد يجب أن يكون ثابتاً مستمداً من الأخلاق، وليس مجرداً، وإلا تكون إرادة الشخص مادية محضة تابعة لهواه، بمعنى أن الإرادة تتحدد بموجب قواعد القانون العالمي الأخلاقي بعيداً عن البواعث الآخر الملموسة. لذلك قامت النظرية الموضوعية على مفهوم مغاير للنظريات التي عرفت مبدأ سلطان الإرادة، فقد أعتقد بعض الفقهاء بإمكانية تقييد الإرادة بموجب اعتبارات معينة، مثل: النظام العام أو الآداب، إذ تتدخل الدولة عن طريق القانون بغرض حماية الحقوق والحریات للآخرين، وليس من حق القانون أو الدولة المساس بحقوق الأفراد سواء أكان بالتقييد أم المنع<sup>(٨)</sup>، لأن حقوق الأفراد وحریاتهم

تعلو على المجتمع، لكن لا بد من وضع قيود على الحرية في أضيق نطاق. ويحاول الاتجاه الموضوعي التوفيق بين الاحتفاظ بمبدأ سلطان الإرادة، من جهة، وحماية مصلحة الجماعة أو اعتبارات النظام العام، من جهة أخرى، إذ ينبغي على القانون والدولة التدخل كلما استدعى الأمر ذلك، وهذا التدخل يخدم مصلحة الفرد في النهاية<sup>(٩)</sup>. إن التوفيق بين المصلحة الشخصية والمصلحة العامة يؤدي لا محالة إلى بسط الرقابة على العقود التي يبرمها الأشخاص فيجب أن لا تصطدم بمصلحة الجماعة، ويجب أن لا تتنافى مع النظام العام أو الآداب العامة<sup>(١٠)</sup>، لذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة ليس مبدأ مطلقاً، وإنما يخضع لقيود معينة حتى في فلسفة المذهب الفردي، إذ تخضع الإرادة على الدوام لقيود محددة حفزت بعض الفقهاء على اقتراح مصطلح يتلاءم مع هذه القيود، مثل: "السلطان الجزئي للإرادة" أو "الاستقلال الجزئي للإرادة".

الفرع الثالث: النظرية المزدوجة: إن النظرية المزدوجة تميز بين مفهوم الحكومة ومفهوم المجتمع، إذ أن الحكومة التي تمسك بزمام السلطة تتسم بموجب هذه النظرية بعدم مراعاة المصلحة العامة، وعدم احترام حقوق الفرد، إذ يخشى من تدخل الحكومة أن يؤدي إلى التصادم مع الأفراد، فقد تستبد الحكومة أثناء ممارسة السلطة، وقد تتعسف في تصرفاتها إزاء الأفراد، ثم يتحول الأفراد إلى ضحايا التعسف السلطوي، لذلك يجب توفير الحماية اللازمة للأشخاص من اضطهاد السلطة

عن طريق إعطاء الأفراد سلطة إرادية في مواجهة السلطة الحاكمة<sup>(١١)</sup>. ويعتقد أنصار النظرية المزدوجة بأنه ليس من حق الحكومة نزع الملكية الفردية أو الاستيلاء عليها، إلا نتيجة الضرورة القصوى التي تقتضيها المصلحة العامة، عبر وسائل تعتمد على الرقابة القضائية منعاً للتعسف، ويجب أن يكون تدخل السلطة الحاكمة في حالات نادرة تستوجب التدخل نظراً لانعدام البديل عن هذا الاستيلاء، فإذا غاب الوسائل البديلة مقابل توفر حالة الضرورة جاز إعمال هذا الاستيلاء، غير أن الحكومة يجب أن تلتزم بتقديم التعويض المناسب مقابل حالات الاستيلاء بما لا يقل عن قيمة المثل<sup>(١٢)</sup>، وهو السعر الذي يتصرف به الأفراد إذا اتجهت إرادتهم سواء أكانت في البيع أم الشراء، أما عند الاستيلاء فيتم ذلك رغماً عن إرادة الفرد، وحتى لا يضر الأشخاص من التصرف الذي يصدر عن الحكومة، فيجب إلا يكون التعويض أقل من ثمن المثل. كما لا يجوز للسلطة الحاكمة أن تصدر قوانين من شأنها تقييد الحريات الفردية أو حرية الفكر أو العقيدة، أو تحد من حرية التصرف، أو إجراء المعاملات، أو تحديد آثارها إلا بالقدر الذي لا يمس بحقوق وحريات الأفراد الآخرين<sup>(١٣)</sup>. كما يعتقد أنصار النظرية المزدوجة بانعدام الفائدة من مبدأ سلطان الإرادة في ضوء وجود الطرف القوي المتمثل بالسلطة الحاكمة التي تفرض إرادتها على الطرف الضعيف. ويرى أتباع النظرية المزدوجة بأن الكيان الاجتماعي يتكون من مجموع الأفراد حيث يجسد الفرد جزء لا يتجزأ من خلايا الكيان المجتمعي، لذلك ينبغي عدم إعطاء الفرد سلطة إرادية في مواجهة

المجتمع، بمعنى منع نشوء فرصة المواجهة بين الإرادتين التي تتمثل في إرادة المجتمع وإرادة الفرد، إذ أن المواجهة تؤدي لا محال إلى تصدع العلاقات القيمية داخل المنظومة الاجتماعية، كما تخلق المواجهة نتائج عكسية يكون الفرد في النهاية هو الضحية على اعتباره الخلية الأساسية التي لا تتجزأ من المجتمع.

الفقرة الرابعة: النظرية الرضائية : يدل مبدأ سلطان الإدارة على قدرة إرادة الإنسان على تشريع القوانين بذاتها ولذاتها، وأن يبرم الأفراد أي التزامات بمحض إرادتهم دون ضغوط خارجية، ولا يقيد حرية الأفراد أي قيد، لكن إذا التزمت إرادة الإنسان فإنها تصبح ملزمة بما اتفقت عليه، وبالقدر الذي أرادته. ويقسم الفقهاء مبدأ سلطان الإرادة إلى قسمين، هما: الأول "مبدأ سلطان الإرادة من حيث الشكل" يعني كفاية الإرادة في إنشاء التصرف القانوني وخلق الالتزامات، وهو قدرة الإرادة على اختيار التعاقد دون أن توضع الإرادة في شكل محدد، أي أن يصدر التعبير عن الإرادة<sup>(١٤)</sup>.

أما القسم الثاني "مبدأ سلطان الإرادة من حيث الموضوع أو مبدأ الرضائية" يعني أن تكون الإرادة صاحبة السلطان في تحديد آثار التصرف، إذ بإمكان الإرادة إنشاء عقد لا يعرفه القانون، وأن تتجه إلى ما يخالف أحكام العقود المنظمة بالقانون، وأن تجعل من العقد الرضائي عقداً شكلياً أو عينياً، غير أن الإرادة غير كفاية في قيام العقد أو توافق الإرادات لا يكفي بمفرده أحياناً لتكوين العقد، لأن المشرع يقيد بعض أنواع العقود من حيث تكوينها إلى شروط معينة، كما هو الحال في العقود الشكلية

### والعقود العينية<sup>(١٥)</sup>.

إن سلطان الإرادة في المجال العقدي يعطي للأفراد الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد، كذلك في السماح للأفراد بالدخول في التعاقد أو عدم الدخول، لكن بعد أن يقرر الأفراد التعبير عن رغبتهم في التعاقد من دون ضغوط، فإن مبدأ الرضاية هو الذي يحدد مدى كفاية هذا التعبير لقيام العقد<sup>(١٦)</sup>. لهذا فإن العقد لا يصل إلى المرحلة النهائية إلا بعد إظهار الرغبة في التعاقد مع مراعاة المبادئ والقيود العامة التي يفرضها القانون في إنشاء العقود، مثل: شروط الانعقاد وشروط الصحة، وفيما إذا كان العقد لا يخالف النظام والآداب العامة، فضلاً عن ذلك مراعاة القيود القانونية المفروضة على المتعاقدين فيما إذا كان العقد شكلياً أو عينياً أو غير ذلك من القيود، الأمر الذي يرتب الآثار القانونية على العقد<sup>(١٧)</sup>.

المطلب الثاني : التقييد الشكلي لإبرام العقد : إن المشرع وضع قيوداً شكلية ترتبط بتكوين العقد، فقد قيد المشرع التصرفات العقدية بنوع من الشكلية أثناء قيامها، بغية الحفاظ على الحقوق والالتيان بالالتزامات المبرمة. وبناء عليه نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، هي: الفرع الأول، مبدأ ثبوت الدين بالكتابة. الفرع الثاني، وجوب القبض في بعض العقود. الفرع الثالث، إفراغ عقد الزواج في الفاض معينة.

الفرع الأول: مبدأ ثبوت الدين بالكتابة : يعرف مبدأ الثبوت بالكتابة في قانون الإثبات المصري في المادة (٦٢) بأنه: " كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل

وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة<sup>(١٨)</sup> وعرفه قانون الإثبات العراقي في المادة (٧٨) بأنه: "كل كتابة تصدر من الخصم من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال"<sup>(١٩)</sup>. ولتطبيق مبدأ الإثبات بالكتابة ينبغي توفر ثلاثة شروط، هي<sup>(٢٠)</sup>:

أولاً: الشرط الكتابي أي جود كتابة وهو شرط عام الدلالة يشتمل كل كتابة دون اشتراط الشكل أو التوقيع، فقد تكون سنداً، أو توقيعاً، أو مذكرة شخصية، أو علامة ترمز للاسم أو غير ذلك.

ثانياً: صدور الكتابة من الخصم أو أن تكون الكتابة منسوبة إليه، ولا يشترط أن تكون الكتابة صادرة من شخصية الخصم إذ يجوز لأي شخص مأذون له بالتصرف نائبه أو وكيله، مثل: الكتابة الصادرة من السلف المورث تقييد الخلف الوارث، ويوجد أربعة صور للورقة التي تمثل مبدأ ثبوت بالكتابة، وهي<sup>(٢١)</sup>:

١- إن تكون الورقة مكتوبة بخط الخصم دون توقيعه، مثل: مسودة عقد أو بياناً بحساب يوقع عليه.

٢- إن توقع الورقة من الخصم فالتوقيع المنفرد ينشئ مبدأ ثبوت الكتابة، إذ أن توقيع الشخص على ورقة مكتوبة بغير خط الخصم فإن هذا التوقيع حجة كاملة عليه.

٣- إن تكون الورقة بخط الخصم وتوقيعه مع هذا لا تعد إلا مبدأ ثبوت بالكتابة، مثل: أن إرسال شخص لآخر خطاباً بخطه وتوقيعه يطلب مهلة للوفاء دون أن ب ماهية الدين

أو مقداره.

٤- إن تكون الورقة ليست بخط الخصم ولا توقيعه إذ تعد أحياناً مبدأ ثبوت كتابي، من خلال أقوال الشخص سواء أكان متهماً أم خصماً في محاضر الجلسات أو محاضر التحقيق المدنية أو الجزائية.

ثالثاً: احتمال تصديق الادعاء فمن شأن الكتابة جعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال، إذ توجد نقطة التقاء بين الكتابة المشار إليها، وبين الالتزام المدعى به، فيكون الادعاء ليس مجرد من الأساس ويجوز بهذه الحالة إكمال الدليل الناقص من خلال سماع الشهود. وقد أشار القرآن الكريم في قوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمُ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۗ﴾<sup>(٢٢)</sup>، وتشير الآية الكريمة إلى لفظ الكتابة في الدين للإثبات وليس لوجود العقد، فالكتابة أعدل على إقامة الشهادة ومنعا للريب.

الفرع الثاني: وجوب القبض في بعض العقود : إن العقود التي تستلزم القبض هي العقود العينية التي لا يكفي التراضي لانعقادها، ولا بد من إضافة ركن القبض أي قبض العين محل العقد، مثل: "الهبة، الرهن، العارية، الوديعة، القرض، الشركة والوقف"، وتكاد تتفق أغلب القوانين المدنية العربية والقانون المدني الفرنسي على اعتبار القبض ركناً في العقود العينية ينبغي توفره لانعقادها وترتب آثارها، وإلا عُدت باطلة بطلاناً مطلقاً كما في القانون المدني المصري الذي يأخذ بالتقسيم

الثنائي للبطلان فقد نصت المادة (١١٩) بأنه: "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب أبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته"<sup>(٢٣)</sup>، أو باطلاً فحسب كما في القانون المدني العراقي في المادة (١٣٧) الفقرة (١) بأنه: "العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية"<sup>(٢٤)</sup>. وتبنت أغلب التشريعات العربية في العقود مبدأ الرضائية وابتعدت عن الشكلية الرومانية القديمة التي تأخذ بأوضاع معينة من حركات وإشارات والفاظ ترى أن العقد ينشأ من تمام الشكل لا من تمام الاتفاق الذي يسبقه أو يصحبه، وقد ساد مبدأ سلطان الإرادة في التصرفات القانونية إلا ما استثني حسب مقتضى الحال بنص خاص فيكون عقداً شكلياً أو عينياً، كما في القانون المدني المصري في المادتين (٨٩، ٩١)، والقانون المدني العراقي في المادة (٧٣)، والقانون المدني الجزائري في المادة (٥٩)<sup>(٢٥)</sup>. إن التشريعات الفرنسية والعربية عموماً تأخذ بالتقسيم الثلاثي للعقود المدنية، وهي: "العقود الرضائية" يكتفى لانعقادها الإرادة السليمة اقتران القبول بالإيجاب، ولا يتوقف استيفائها على شكل معين، و"العقود الشكلية" لا يكتفى لتكوينها رضا الطرفين فلا بد من استيفاء الشروط الشكلية الواردة في القانون، و"العقود العينية" إذ يجب أن يتحقق قبض محل العقد لانعقادها، ولا تنعقد حتى بتوفر الرضا<sup>(٢٦)</sup>. إن العقود العينية تنعقد بوجود أمرين، هما: الإرادة، وقبض المعقود من الدائن، ويعتقد بعض الفقهاء أن العينية هي صورة

من صور الشكلية فرضها القانون أو الاتفاق لنشوء العقد، إذ أن العقود إما أن تكون رضائية، أو شكلية، وتلتقي العقود العينية معهما، وأن كان تسميتها مختلفة ما دام الجوهر واحد<sup>(٢٧)</sup>. وبناء عليه، فإن الشكل في العقد له مفهومان، هما: "المفهوم الضيق" الذي يتحقق في الإجراء الكتابي، أو التسجيل في سجلات الدوائر، كما في التصرفات والحقوق العقارية والمركبات، والتي لا تنعقد إلا في حالة التسجيل في دائرة التسجيل المختصة. و"المفهوم الواسع" إذ يشمل مضمون العقد من الناحية الضيقة، بالإضافة إلى العينية في العقود، مثل: هبة المنقول، العارية، القرض، الوديعة، الرهن الحيازي" وهذه العقود تصنف من العقود المسماة، لكنها تفتقر إلى العينية، والتراضي، وقبض المعقود عليه، وتحقق السبب، لذلك تكون العينية ركناً رابعاً يتعين وجوده لانعقادها، وإلا أصبح العقد باطلاً. وفي الشريعة الإسلامية فإن جمهور الفقهاء "الحنفية، الشافعية، الحنابلة" يقيسون الرهن على بقية العقود، مثل: "الهبة الوديعة، القرض، الشركة، الوقف"، فيرى الفقهاء أن القبض في الرهن شرط لزوم، وما لم يتم القبض لا يلزم الراهن بالرهن ويستدلون على ذلك في قوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢٨)</sup> بينما يرى المذهب المالكية أن الرهن يتم بمجرد العقد، أما القبض فهو أثر للرهن لا شرط لانعقاده، وأن القبض يرتبط بتنفيذ العقد أو ترتيب أثاره، أما العقد فيحدث بمجرد التراضي كون الإسلام لم يشترط إلى جانب التراضي أي عنصر شكلي آخر<sup>(٢٩)</sup>. يتبين

أن العقود بدأت في شكلية حازمة غير قائمة على رضا الطرفين، ثم تطورت إلى عقود تكون رضائية نوعاً ما، إذ يتعين على المدين إقباض الدائن المعقود فيها عند العقد، وهذه العقود، هي: "العارية، الوديعة، القرض، رهن الحيازة" إذ جعلت عقوداً عينية، وانقاذها من منظومة العقود الشكلية، لذلك تعد العينية نوعاً واضحاً من التطور في العقلية القانونية حيث جعلت للإرادة دوراً في هذه العقود.

الفرع الثالث: إفراغ عقد الزواج في الفاض معينة : إن التعبير عن الإرادة يتخذ صوراً متعددة أبرزها التعبير اللفظي، وهو العملية التي يعبر فيها الفرد عن الأحداث النفسية المختلفة بشكلٍ لفظي، وهو شكل أساسي من أشكال التواصل الذي يتيح للإنسان استخدام اللغة المنطوقة لإيصال أفكاره وعواطفه إلى الآخرين، فالتعبير باللفظ هو محل إجماع الفقهاء كافة، لأنه أبلغ صور التعبير دلالة على مقصود صاحبه<sup>(٣٠)</sup>.

ويكون اللفظ "صريحاً" إذا كانت مصطلحاته وعبارته قاطعة الدلالة على نوع التصرف المراد إبرامه، وقد يكون اللفظ "ضمنياً" وهو كل التعابير التي لا تشير صراحة إلى المقصود منها، غير أن مضمونها يتجه إلى مقصود معين، مثلاً: قول البائع للمشتري ملكتك هذا الشيء بثمن فيكون القصد هو البيع<sup>(٣١)</sup>. ويعد اللفظ الصريح والضمني مبدأ عام في سائر العقود، لكن يستثنى عقد الزواج الذي يخضع إلى صيغة شكلية معينة بسبب أهمية هذا النوع من العقد وأثره العظيم في حياة الفرد

والمجتمع، وقد اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية حول الصيغة التي ينبغي أن يفرغ فيها عقد الزواج، فقد اشترط الشافعية والحنابلة أن يرد عقد الزواج بصيغة "الزواج" أو "النكاح" دون غيرها من الألفاظ استناداً إلى قوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ، وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا﴾<sup>(٣٢)</sup>، كذلك قوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾<sup>(٣٣)</sup>، وإن لم يكن العقد بإحدى هاتين الصيغتين "الزواج" أو "النكاح" فلا يبرم عقد الزواج ولو توفرت فيه نية الزواج. ويرى الفريق الآخر من المذاهب الإسلامية الأحناف والمالكية بأن عقد الزواج جائز بكل لفظ يفيد التمليك، أو الهبة، أو الصدقة طالما توجد قرينة الزواج الدالة على المعنى المراد، ويستند هذا الفريق على قوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾<sup>(٣٤)</sup>. إن الأصل في الزواج الإشهاد والعلانية فلا يجوز الكتابة في عقد الزواج متى كان الطرفين حاضرين في مجلس العقد، وقادرين على النطق، إذ أن عدم النطق لا يتيح للشهود سماع نية الزواج لكل منهما، وبالتالي لا تعرف نيتهما في الزواج، وأن كانا الزوجين أو أحدهما غائباً عن مجلس العقد فينقذ العقد في مجلس قراءة الرسالة وقبول المرأة بحضور الشهود. وتصح الإشارة فيما يتعلق بفاقد النطق بشرط أن تكون إشارته مفهومة، ويرى بعض الفقهاء الأخذ بكتابة الأخرس القادر على الكتابة، لأن الكتابة أبلغ وأيسر في فهم مقصود صاحبها، لكن لا يصح الزواج بالمعاطاة وهي

أن يصدر الإيجاب والقبول بدون لفظ من الزوجين، وذلك حفاظاً على كرامة المرأة وحمايتها من الابتذال<sup>(٣٥)</sup>.

المطلب الثالث : التقييد الموضوعي لإبرام العقد : لقد وضع المشرع مجموعة من القيود الموضوعية التي تتعلق بتكوين العقد، ومن دونها لا ينشأ العقد. وبناء عليه نقسم هذا المطلب على أربعة فروع، هي: الفرع الأول، النزعة الموضوعية المعبرة عن الإرادة. الفرع الثاني، أساس العقد في عنصر التوازن العقدي. الفرع الثالث، الحد من الاحتكار. الفرع الرابع، العقود في ضوء النظام والآداب العامة.

الفرع الأول: النزعة الموضوعية المعبرة عن الإرادة : إن الإرادة هي العامل الأساسي في تكوين العقد، وأن اللفظ هو المعبر عن هذه الإرادة، وتنقسم الإرادة إلى قسمين، هما: "الإرادة الظاهرة" وهي الصيغة التي تعبر عن الإرادة الباطنة الحقيقية بكلام أو بفعل منبثق عن المتعاقد المختار، أما "الإرادة الباطنة" وهي النية أو القصد التي لا يُطلع عليها<sup>(٣٦)</sup>. إن العقد لا ينعقد بمجرد النية ولو تصادق الطرفان على وجود نيتها، إلا بعد الوثوق من وجود عمل ظاهري أو قرينة تقوم مقام اللفظ<sup>(٣٧)</sup>، مثل: بيع التعاطي أو تجديد عقد الإجارة بالسكوت، وتنقسم نيات أو مقاصد المتكلمين إلى ثلاثة أقسام، هي<sup>(٣٨)</sup>:

أولاً: إن يتطابق القصد مع اللفظ بمراتب تنتهي إلى اليقين والقطع بمراد المتكلم. ثانياً: إن يتبين بأن المتكلم لم يرد معناه، وهي قسمين، هما: الأول، أن لا يكون

المتكلم قاصداً لمقتضاه ولا لغيره، مثل: المعرض، الملغز، والمتأول، والثاني، أن يكون المتكلم قاصداً معنًى يخالفه، مثل: المكره، النائم، المجنون، الغاضب، والسكران.

ثالثاً: إن يتوضح الظاهر في معناه، ويحتمل إرادة المتكلم له، كما يحتمل إرادته لغيره، ولا توجد دلالة على أحد الأمرين. وتوجد في العقود حالات في اختلاف أو تطابق الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، وهي<sup>(٣٩)</sup>:

أولاً: إن تطابقت الإرادتان الظاهرية والباطنية وجد العقد وترتبت عليه آثاره.

ثانياً: إن وجدت الإرادة الظاهرة، ولا دليل على انتفاء الإرادة الباطنة فيكون العقد صحيح، ولا عبرة من خفاء الإرادة، لأن الإرادة الظاهرة قامت مقام الإرادة الباطنة في الإيجاب والقبول.

ثالثاً: إن كانت الإرادة مفروضة الوجود، ولا دليل على انتفائها، غير أنها مشوبة بعلّة عيوب الرضا تجعلنا في شك من موقف العاقد في الإقدام على العقد، مثل: الإكراه، التدليس، الخطأ.

رابعاً: إن كانت الإرادة الظاهرية موجودة مع انعدام الإرادة الباطنة فيكون اتفاق الطرفين على العقد ظاهرياً فقط، وفي حال تحقق انتفاء الإرادة الحقيقية في أصل العقد فيكون صورياً وهو إظهار التصرف قاصداً وإبطاناً لغيره، وتكون صورة العقد في حالات، هي<sup>(٤٠)</sup>:

أولاً: إن يراد بالشيء ما لم يوضع له، ولا ما يصلح اللفظ له استعارة، مثل: نطق الشخص بعبارة لا ينوي بها إنشاء التصرف، وإنما الهزل.

ثانياً: إن يتظاهر شخصان على إبرام عقد بنية التخلص من ظالم، أو إظهار مقدار بدل أكثر من البديل الواقعي ابتغاء الشهرة.

ثالثاً: ما ليس للإنسان فيه قصد.

رابعاً: إن يعقد الشخص الذي لا يعقل مطلقاً عقداً غالباً في حالة السكر.

خامساً: إن أراد المتكلم عبارات، غير أنه لا يريد إبرام التزام أو عقد، بل يريد غرض آخر، مثل: التعلم.

سادساً: إن اتخذ العاقد العقد المباح وسيلة لتحقيق غرض غير مباح، مثل: بيع السلاح لأهل الفتنة.

وفي القوانين الوضعية فقد أخذ القانون المدني المصري بنظرية الإرادة الظاهرة

والإرادة الباطنة على اعتبارهما قاعدة عامة في تكوين وتفسير العقد، لكن رغبته في

اشاعة الاستقرار في نطاق التعاملات مال إلى الأخذ بالتفسير بنظرية الإرادة

الظاهرة<sup>(٤١)</sup>، إذ نصت المادة (٨٩) بأنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن

ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد

العقد"<sup>(٤٢)</sup>، كما أخذ المشرع العراقي بالإرادة الظاهرة والإرادة الباطنية في تفسير

العقود في المادة (١٥٥) فقد أشارت بأنه: "١ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني

لا للألفاظ والمباني. ٢ - على ان الأصل في الكلام الحقيقة أما إذا تعذرت الحقيقة فيصير إلى المجاز<sup>(٤٣)</sup>.

الفرع الثاني: أساس العقد في عنصر التوازن العقدي : إن العنصر الأساسي في تكوين العقد هو توافق إرادة الطرفين، فالفرد يلتزم بما أراده، وبالقدر الذي يحدده، والأفراد أحراراً في تحديد شروط تعاقدهم والتزاماتهم، لكن هذه الحرية ليست مطلقة وإلا أدت إلى إلحاق الضرر بالطرف الضعيف، لذلك فإن المشرع أو القاضي يتدخل بقصد تحقيق التوازن العقدي عندما تختل العلاقة التعاقدية نتيجة ظروف معينة بهدف توفير الحماية للطرف الضعيف، إذ أن احترام مبدأ القوة الملزمة للعقد يقى مرهوناً بالظروف التي أنشأت العقد، فإن حدثت مستجدات أثرت على تنفيذ الالتزام التعاقدي وجعلته مجهداً بأحد المتعاقدين، أو ألحق به ضرراً، فإن ذلك يخل بمبدأ التوازن التعاقدي مما يستوجب إعادة النظر في هذا الالتزام<sup>(٤٤)</sup>. وقد يجسد مبدأ التوازن التعاقدي افتراضات عدة، هي:

أولاً: التوازن في التزامات الطرفين.

ثانياً: الزيادة في الالتزامات لدى طرف على حساب الطرف الآخر لاعتبارات تعاقدية.

ثالثاً: الزيادة في الالتزامات لدى طرف على حساب الطرف الآخر لاعتبارات غير تعاقدية.

إن مبدأ الإرادة الحرة الذي يقدر الحرية الفردية ويعتقد أن حرية الإرادة تقود إلى العدالة يتراجع مع ظهور المذاهب الاشتراكية التي طالبت بالمصلحة الجماعية على

المصلحة الفردية، إذ أن فقهاء المذهب الاشتراكي يعتقدون بأن البشر ليسوا متساوين، ومن ثم فإن الحرية التعاقدية هي الأداة التي تؤخذ للقوي بأن يفرض قانونه على الضعيف، وبالتالي لا تقود إلى علاقات متوازنة لذلك سعت الاشتراكية إلى أمرين، هما: الأول، منع تسلط القوي على الضعيف بالحد من إرادة الطرف القوي لصالح الطرف الضعيف حتى يصل مجال التصرفات القانونية إلى علاقات متوازنة، والثاني، تقييد إرادة الشخص في إنشاء التصرفات القانونية وتحديد آثارها متى كان في مصلحة الجماعة<sup>(٤٥)</sup>.

وتوالت القيود على مبدأ سلطان الإرادة في جميع مراحل الرابطة التعاقدية في حرية إبرام العقد، وعلى الرغم من الرضاية فقد توسع المشرع في فرض الشكلية على العقد وفي إنهاء الرابطة العقدية، فضلاً عن تحديد مضمون العقد في قواعد آمرة، كما يتدخل القاضي أو المشرع في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة التكوين. إن القانون يستبعد أحياناً ما اتفقت عليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، إذ أعطى القاضي حق التدخل لتعديل العقد في بعض الأحيان، فالقانون المدني المصري أشار في المادة (١٤٩) بأنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>(٤٦)</sup>. وأشار القانون المدني العراقي في المادة (١٦٧) بأنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً

تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" (٤٧).

الفرع الثالث: الحد من الاحتكار : يعرف الاحتكار لغوياً بأنه: "مصدر من الفعل احتكر، تفرد شخص أو جماعة بعمل ما لغرض السيطرة على الأسواق والقضاء على المنافسة" (٤٨)، وعليه فإن السوق يسمى مُحتكر، والشركة تسمى مُحتكرة، والحالة تسمى احتكار. أما اصطلاحاً فإن الاحتكار في أصله اليوناني يتضمن جزئيين "بائع واحد" (mono polist) وهو حبس السلع الذي يؤدي إلى الإضرار بالمجتمع، ويعرف في علم الاقتصاد بأنه: التفرد بالأسواق في السلع أو الخدمات، وهو "فعل يؤدي إلى السيطرة والنفوذ بهدف إحداث اختناقات في معدلات وفرة السلع وجودتها وأسعارها بغرض إلغاء المنافسة أو إجبار المتنافسين على إخلاء السوق" (٤٩)، وعرفه المشرع العراقي في قانون المنافسة ومنع الاحتكار في المادة (١) بأنه: "كل فعل أو اتفاق أو تفاهم صدر من شخص أو أكثر طبيعي أو معنوي أو ممن توسط بينهم للتحكم بالسعر أو نوعية السلع والخدمات بما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمجتمع" (٥٠). إن الاحتكار الكامل يعني وجود تاجر واحد مهيمن على سوق منتج معين، وينفرد بإنتاج أو بيع هذا المنتج مع غياب البديل في الأسواق، إذ تتحكم مؤسسة واحدة في الكمية المتداولة للسلعة بيعاً وشراءً، وهذا المحتكر في وضعية هيمنة مطلقة على الأسواق، ومتحكماً في الكمية المعروضة، والسعر المطروح للسلعة، ولا يوجد له

منافسين آيين أو متوقعين بسبب عوائق السوق التي تميز المنتج. وتنتج وضعية الاحتكار عن الاحتكار الطبيعي حينما توجد أنشطة معينة لا تتحمل إلا مؤسسة واحدة لديها القدرة على تلبية طلبات السلعة أو الخدمة، وتقديمها بطريقة مقبولة وبأسعار معقولة، مثل: مؤسسات السكك الحديدية. كما ينشأ الاحتكار الفعلي عن ظروف السوق الواقعية أو أعراف وممارسات معينة، أو تفوق تكنولوجي، أو قدرة مالية عالية تمتلكها مؤسسة معينة إزاء المنافسين. أما الاحتكار القانوني وهو الاحتكار الذي يعتمد في وجوده على قانون، أو لائحة، أو مرسوم، أو قرار، ويجد تبريره في استغلال المرفق العام أو المصلحة العامة، مثل: احتكار الدولة نشاط الكهرباء والمعادن<sup>(٥١)</sup>. وأشار القانون المصري إلى الاحتكار في المادة (٤) بأنه: "قدرة الشخص الذي تزيد حصته على (٢٥٪) من تلك السوق على إحداث تأثير فعال على الأسعار أو حجم المعروض بها دون أن تكون لمنافسيه القدرة على الحد من ذلك"<sup>(٥٢)</sup>. بينما حظر القانون العراقي اندماج الشركات للسيطرة على الأسواق في المادة (٩) بأنه: "يحظر أي اندماج بين شركتين أو أكثر وأية ممارسة تجارية مقيدة إذا كانت الشركة أو مجموعة من الشركات مندمجة أو مرتبطة مع بعضها تسيطر على . ٥% أو أكثر من مجموع إنتاج سلعة أو خدمة معينة أو إذا كانت تسيطر على . ٥% أو أكثر من مجموع مبيعات سلعة أو خدمة معينة"<sup>(٥٣)</sup>. ويحظر المشرع المصري في قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في المادتين (٦، ٧) أي أتفاق أو تعاقد من شأنه

الحد من المنافسة، أو خفض أو رفع أو تثبيت الأسعار، أو الدخول في المناقصات والمزايدات، أو تقييد التصنيع أو التوزيع أو التسويق. كذلك أشار المشرع العراقي في قانون المنافسة ومنع الاحتكار في المادة (١٠) إلى حظر تحديد أسعار السلع والخدمات أو كميتها، أو تقاسم الأسواق على أساس جغرافي، أو عرقلة دخول مؤسسات إلى الأسواق، أو التواطؤ في العطاءات والعروض، أو التمييز بين العملاء، أو رفض التعامل دون مسوغ قانوني، أو السعي لاحتكار مواد معينة.

الفرع الرابع: العقود في ضوء النظام والآداب العامة: يعد النظام العام من المفاهيم القانونية الغامضة وأكثرها نسبية واختلاف بسبب تبدل الظروف الزمانية والمكانية، ويعد النظام العام المعيار المسيطر على التصرفات القانونية، لأنه يتدخل لتنظيم العلاقات التعاقدية، بهدف كبح جماح سلطان الإرادة والحفاظ على المصالح العليا للمجتمع. وهناك اتجاهين لتحديد فكرة النظام العام في الفقهين العربي والغربي، هما: "الاتجاه المرن" حيث عرف الفقيه الفرنسي "جورج بيردو" (George Perdue) النظام العام بأنه: "فكرة ذات مضمون واسع لتشمل صور النظام المادي والأدبي والاقتصادي كافة، وتشمل النشاط الاقتصادي". أما الفقيه الفرنسي "ليون ديجي" (Leon Deji) عرفه بأنه: "المصلحة الاجتماعية أيًا كانت وفق النهج المتعارف عليه في دولة معينة"<sup>(٥٤)</sup>. وعرفه الفقيه "عبد الرزاق أحمد السنهوري" بأنه: "كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام العام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية

أو اجتماعية، مثل: القوانين الجنائية أو اقتصادية، مثل: قواعد حماية الملكية أو خلقية التي يعبر عنها بقواعد الآداب<sup>(٥٥)</sup>. أما "الاتجاه التطبيقي" فيرى صعوبة حصر النظام العام في تعريف معين، بل يجب إيراد تطبيقات عملية عليه، وهي الأفكار العامة الشائعة التي تتجافى في طبيعتها على أن تنحصر في حدود ضيقة، فالنظام العام فكرة مضمونة وسبب للتدخل من السلطة، فهو محدد بالوجود المادي الملموس، أما النسبية فهي ليست في فكرة النظام العام، وإنما في السلطات الضبطية التي تشرف على حفظ النظام<sup>(٥٦)</sup>. لقد أشار القانون المدني الفرنسي في المادة (٦) بأنه: "لا يمكن للمرء أن ينتقص، من خلال اتفاقيات معينة، إلى القوانين التي تتعلق بالنظام العام والأخلاق الحميدة"<sup>(٥٧)</sup>. وأشار القانون المدني المصري في المادة (٢٨) والقانون المدني العراقي في المادة (٣٢) بأنه لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي في حال مخالفته للنظام العام أو للآداب في الدولة، كذلك أشار القانون المدني العراقي في (١٣٠) الفقرة (١) بأنه: "يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد باطل"<sup>(٥٨)</sup>.

#### الخاتمة

تعد حرية التعاقد قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، لكن تبرز اعتبارات قانونية من شأنها أن تمس بالحرية الذاتية للمتعاقدين، وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها، فعلى الرغم من أن الإرادة تؤدي دوراً بارزاً في تكوين العقد

وتحديد مضمونه، لكن هذه الحرية في التعاقد قد تغيرت بحيث أصبحت محددة ومقيدة بنصوص قانونية آمرة.

### الاستنتاجات

١- يعد سلطان الإرادة المبدأ أو القاعدة العامة في التعاقدات وفق شريعة العقد شريعة المتعاقدين.

٢- إن مسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم التعاقدات، هو تماشياً مع أساس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، بعيداً عن غبن أو استغلال أحد الأطراف للأخر.

٣- يتقيد مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بالقيود التي تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام. وهذا ما يقصد به بموضوعة الإرادة التعاقدية.

### قائمة المصادر والمراجع

#### أولاً: المصادر

١. القرآن الكريم.

#### ثانياً: المراجع العربية والمترجمة

٢. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة،

٢٠٠٨.

٣. إكرام فالح الصواف، الحماية الدستورية والقانونية في حق الملكية الخاصة: دراسة

مقارنة، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

٤. أمانويل كانت، تأسيس ميتافيزيقا الأخلاق، ترجمة: عبد الغفار مكاوي، منشورات الجمل، بيروت، ٢٠٠٣.
٥. أنسام فالح حسن حمزة الأحمدى، السلطات غير التقليدية للقاضي الإداري: دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.
٦. جابر سعيد حسن أبو زيد، الضمانات الهامة للحقوق والحريات العامة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المركز الأكاديمي للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ٢٠٢٠.
٧. جابر محبوب علي ومحمد سامي عبد الصادق وطارق جمعة السيد راشد، النظرية العامة للالتزام .. مصادر الالتزام في القانون المصري، دار لمار للنشر والتوزيع والترجمة، الإسكندرية، ٢٠٢٢.
٨. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، ج١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦.
٩. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، شرح قواعد الإثبات الموضوعية: دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.

- ١ . خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ١١ . سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، ج١، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ١٩٨٠.
- ١٢ . سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦.
- ١٣ . عادل مصطفى بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية: دراسة مقارنة، ج١، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٨.
- ١٤ . عبد الباقي بكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية في نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، ج١، مطبعة الآداب، النجف، ١٩٧٢.
- ١٥ . عبد الحميد متولي، مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- ١٦ . عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام: الالتزام في ذاته، ج١، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤.

- ١٧ . عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، وكالة الصحافة العربية، القاهرة، ٢٠٢٣.
- ١٨ . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
- ١٩ . عبد الغفور البياتي وأحمد عبد الغفور البياتي، القواعد والضوابط الفقهية في الإثبات القضائي: دراسة موضوعية للقواعد الفقهية في وسائل الإثبات، دار الكتب العلمية، القاهرة، ٢٠١٩.
- ٢٠ . عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الجيل الجديد للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٤.
- ٢١ . عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٧٥.
- ٢٢ . عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية: دراسة مقارنة، درا الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٢.
- ٢٣ . عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية: دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.

٢٤. علي محي الدين علي قره داغي، مبدأ الرضا في العقود: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني: (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٢.
٢٥. عماد الدين الشربيني، الشخص القانوني: علاقاته، حقوقه، التزاماته، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٣.
٢٦. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٤.
٢٧. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد: دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
٢٨. محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزية، الرياض، ٢٠٠٢.
٢٩. محمد حسن قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠.
٣. محمد سلام مدكور، مدخل الفقه الإسلامي، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٤.

٣١. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني: الالتزامات، ج١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٣٢. محمد محمود الروبي محمد، الضبط الإداري ودوره في حماية البيئة: دراسة مقارنة، مكتبة القانون للاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.

٣٣. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤.

٣٤. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثنائيات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

٣٥. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج٥، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٢.

ثالثاً: الجرائد

٣٦. جريدة الوقائع المصرية، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المرقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨، العدد ٢٢، حزيران/يونيو، ١٩٦٨.

٣٧. جريدة الوقائع العراقية، القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، العدد ٣٠١٥، أيلول/سبتمبر، ١٩٥١.

٣٨. جريدة الوقائع العراقية، قانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، العدد ٢٧٢٨، أيلول/سبتمبر، ١٩٧٩.

٣٩. جريدة الوقائع العراقية، قانون المنافسة ومنع الاحتكار المرقم (١٤) لسنة ٢٠١٠، العدد ٤١٤٧، آذار/مارس، ٢٠١٠.

٤٠. جريدة الوقائع المصرية، القانون المدني المصري المرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، العدد ٨٠٨، تموز/يوليو، ١٩٤٨.

٤١. جريدة الوقائع المصرية، قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المرقم (٣) لسنة ٢٠٠٥، العدد ٦ مكرر، شباط/فبراير، ٢٠٠٥.

رابعاً: الكتب الأجنبية

42. Stephen Eric Bronner, Of Critical Theory and Its Theorists, Taylor & Francis, England, 2011.

## الهوامش

(١) عبد الحميد متولي، مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٩٦.

(٢) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ١٤٤، ١٤٥.

(٣) عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٢.

- (٤) علي محي الدين علي قره داغي، مبدأ الرضا في العقود: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني: (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٦٠ - ٦٤.
- (٥) Stephen Eric Bronner, Of Critical Theory and Its Theorists, Taylor & Francis, England, 2011, P. 7.
- (٦) سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ١٧٧.
- (٧) أمانويل كانت، تأسيس ميتافيزيقا الأخلاق، ترجمة: عبد الغفار مكاي، منشورات الجمل، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٢٢ - ٢٥.
- (٨) جابر محجوب علي ومحمد سامي عبد الصادق وطارق جمعة السيد رائد، النظرية العامة للالتزام .. مصادر الالتزام في القانون المصري، دار لمار للنشر والتوزيع والترجمة، الإسكندرية، ٢٠٢٢، ص ٣٦، ٣٧.
- (٩) أنسام فالح حسن حمزة الأحمد، السلطات غير التقليدية للقاضي الإداري: دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص ١٣٧.
- (١٠) عادل مصطفى بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية: دراسة مقارنة، ج١، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٣٤، ١٣٥.
- (١١) عبد الباقي بكري، المدخل لدراسة القانون والتشريعة الإسلامية في نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، ج١، مطبعة الآداب، النجف، ١٩٧٢، ص ٨٥، ٨٦.
- (١٢) إكرام فالح الصواف، الحماية الدستورية والقانونية في حق الملكية الخاصة: دراسة مقارنة، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ١٣٥.
- (١٣) جابر سعيد حسن أبو زيد، الضمانات الهامة للحقوق والحريات العامة: دراسة مقارنة بين التشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المركز الأكاديمي للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ٢٠٢٠، ص ٣٠.
- (١٤) عماد الدين الشربيني، الشخص القانوني: علاقاته، حقوقه، التزاماته، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٢٢١.
- (١٥) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٩.
- (١٦) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام: الالتزام في ذاته، ج١، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤، ص ١٨.
- (١٧) حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، ج١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٣٦.
- (١٨) جريدة الوقائع المصرية، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المرقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨، العدد ٢٢، حزيران/يونيو، ١٩٦٨، ص ٣.

(١٩) جريدة الوقائع العراقية، قانون الأثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، العدد ٢٧٢٨، أيلول/سبتمبر، ١٩٧٩، ص ٨.

(٢٠) عبد الغفور البياتي وأحمد عبد الغفور البياتي، القواعد والضوابط الفقهية في الإثبات القضائي: دراسة موضوعية للقواعد الفقهية في وسائل الإثبات، دار الكتب العلمية، القاهرة، ٢٠١٩، ص ١٢٣ - ١٢٥.

(٢١) خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، شرح قواعد الإثبات الموضوعية: دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص ٢٨١.

(٢٢) القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية (٢٨٢).

(٢٣) جريدة الوقائع المصرية، القانون المدني المصري المرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، العدد ١٠٨، تموز/يوليو، ١٩٤٨، ص ٨.

(٢٤) جريدة الوقائع العراقية، القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، العدد ٣٠١٥، أيلول/سبتمبر، ١٩٥١، ص ١٧.

(٢٥) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، ج١، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ١٩٨٠، ص ٦١٥.

(٢٦) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ١٤٩، ١٥٠.

(٢٧) محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني: الالتزامات، ج١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٢، ٣٣.

(٢٨) القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية (١).

(٢٩) وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثنائيات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٤٦.

(٣٠) عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية: دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٨٩.

(٣١) جابر محجوب علي ومحمد سامي عبد الصادق وطارق جمعة السيد راتشد، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٣٢) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية (١).

(٣٣) القرآن الكريم، سورة الأحزاب، الآية (٤٩).

(٣٤) القرآن الكريم، سورة الأحزاب، الآية (٥٠).

(٣٥) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد: دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٨٢، ٨٣.

(٣٦) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤، ص ٤٣٥.

(٣٧) إذا صدرت العبارة عن غير قصد للتلفظ بها، ومع قصد التلفظ بها من غير فهم معناها، ومع قصد التلفظ بها وفهم معناها من غير قصد لإنشاء عقد، وصدور العبارة خطأ، أو بالإكراه، أو العزل، وإذا صدرت العبارة وهي تفيد بوضعها إنشاء عقد معين، لكن قصد بها القائل إنشاء عقد آخر، أو بقصد إنشاء العقد، لكن بقصد تحقيق غرض غير مباح، ينظر: محمد سلام مدكور، مدخل الفقه الإسلامي، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٥٥٣.

(٣٨) محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزية، الرياض، ٢٠٠٢، ص ٥١٧.

(٣٩) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج ٥، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٢، ص ١٨٥.

(٤٠) المرجع نفسه، ص ١٨٧.

(٤١) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٤٢) جريدة الوقائع المصرية، القانون المدني المصري المرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، المصدر السابق، ص ٦.

(٤٣) جريدة الوقائع العراقية، القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المصدر السابق، ص ١٩.

(٤٤) فتحى الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط ٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٤، ص ١٤٠.

(٤٥) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الجيل الجديد للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٤، ص ٤٥.

(٤٦) جريدة الوقائع المصرية، القانون المدني المصري المرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، المصدر السابق، ص ١٠.

(٤٧) جريدة الوقائع العراقية، القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المصدر السابق، ص ٢٠.

(٤٨) أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٦٨.

(٤٩) عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية: دراسة مقارنة، درا الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٨٣، ٨٤.

(٥٠) جريدة الوقائع العراقية، قانون المنافسة ومنع الاحتكار المرقم (١٤) لسنة ٢٠١٠، العدد ٤١٤٧، آذار/مارس، ٢٠١٠، ص ١.

(٥١) خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٥.

<sup>(٥٢)</sup> جريدة الوقائع المصرية، قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المرقم (٣) لسنة ٢٠٠٥، العدد

٦ مكرر، شباط/فبراير، ٢٠٠٥، ص ٢.

<sup>(٥٣)</sup> جريدة الوقائع العراقية، قانون المنافسة ومنع الاحتكار المرقم (١٤) لسنة ٢٠١٠، المصدر السابق، ص ٣.

<sup>(٥٤)</sup> محمد محمود الروبي محمد، الضبط الإداري ودوره في حماية البيئة: دراسة مقارنة، مكتبة القانون الاقتصاد،

الرياض، ٢٠١٤، ص ٦٣.

<sup>(٥٥)</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حنتمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، وكالة

الصحافة العربية، القاهرة، ٢٠٢٣، ص ١٨٠، ١٨١.

<sup>(٥٦)</sup> محمد محمود الروبي محمد، المرجع السابق، ص ٦٣.

<sup>(٥٧)</sup> محمد حسن قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الطلبي الحقوقية، بيروت،

٢٠٢٠، ص ١٣.

<sup>(٥٨)</sup> جريدة الوقائع العراقية، القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المصدر السابق، ص ١٦.