الرقم الدولي : ISSN: 2075-7220
الرقم الدولي العالمي : ISSN: 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

السنة السادسة عشر 2024 العدد الرابع

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

Print ISSN : 2075-7220
Online ISSN : 2313-0377

Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and Political Science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Sixteenth year 2024 Fourth issue

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	ــــــــــ
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	ــــــــــ
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	ــــــــــ
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	ــــــــــ
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	ــــــــــ

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
1	جريمة الاعتداء على ورقة الاقتراع دراسة في التشريع العراقي	أ.د. حسون عبيد هجيج	1 - 24
2	الأراء الافتائية للمحاكم الاقليمية	أ.د.صدام حسين وادي م.م.اغراس سليم حياوي	25 - 41
3	المعايير القانونية في النص على القيود التشريعية على حرية الارادة في المرحلة السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة)	أ.د.ميري كاظم عبيد الخيكاني م.م.علاء حسين حمد	42 - 74
4	اركان جريمة العبث بصناديق الاقتراع (دراسة مقارنة)	أ.د.لمى عامر محمود فاطمة عامر ناصر	75 - 87
5	النطاق القانوني لممارسة التاجر المفلس تجارة جديدة – دراسة مقارنة	أ.م.د.نهى خالد عيسى الكرار جاسم محيسن	88 - 106
6	جريمة عدم مسك الدفاتر في القانون العراقي	أ.م.د.احمد هادي عبد الواحد	107 - 129
7	الاساس القانوني لاستقلال السلطة القضائية – دراسة مقارنة	أ.م.د.عبد الحسين عبد نور هادي م.م.دعاء مازن نعيم	130 - 148
8	التزامات ومسؤولية الشاحن المستندي	م.م.محمد عباس كتاب	149 - 165
9	السلطة التقديرية للقاضي المدني في الاستعانة بالخبرة	م.م.مها خضر بهجت نور محمد رحمن	166 - 184
10	ضبط جلسة المحاكمة الجزائية (دراسة مقارنة)	م.م.ثامر ماهر حسون	185 - 209
11	شروط الادارة في عقد الضمان الصحي (دراسة مقارنة بين قوانين الضمان الاجتماعي)	أ.د.محمد قاسم عبد الحميد فاتن عبد الجبار لفته	210 - 235
12	الدول المهددة بالزوال جراء التغير المناخي ، تحديات جديدة أمام القانون الدولي	أ.م.د.سيروان حامد احمد أ.م.د.بيشرهو حمه جان عزيز ميران قادر احمد	236 - 265
13	اثر الصفة الوظيفية في الاباحة والتجريم في ضوء قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل	م.د.زهراء حاتم عبد الكاظم	266 - 295
14	نقل الاختصاص في المرفق التعليمي الكامن " قانون التعليم العالي الأهلي رقم (25) لسنة 2016 انموذجاً"	م.د.اثير ناظم حسين	296 - 325
15	الاقرار الضريبي الإلكتروني	م م. حنين حسين علي م.د.يوسف محمد نعمة	326 - 347
16	التنظيم القانوني لخلو منصب رئيس مجلس النواب في ظل دستور جمهورية العراق لعام 2005	مريم غالب سحاب أ.م.د. أحمد هادي عبد الواحد	348 - 364
17	الشروط والوظائف الواجب توافرها للتسبيب والمنطوق في كتابة الحكم القضائي المدني (دراسة تحليله)	ميسره محمد شرقي أ .د. احمد سمير محمد ياسين	365 - 388

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الرابع

السنة السادسة عشر

2024

البريد الالكتروني **https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues**

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

المعايير القانونية في النص على القيود التشريعية على حرية الارادة في المرحلة السابقة على التعاقد

(دراسة مقارنة)

أ . د. ميري كاظم عبيد الخيكاني(1)
جامعة بابل – كلية القانون

م. م. علاء حسين حمد(2)
جامعة بابل – كلية القانون

تاريخ استلام البحث: 2024/9/17
تاريخ قبول النشر: 2024/10/14
تاريخ النشر:2024/12/16

المستخلص"

أن مبدأ سلطان الارادة وحريتها في ابرام العقود هو الاصل الذي نصت عليه القوانين اللاتينية والقوانين التي سارت على نهجها، إلا أن ذلك الاصل لم يعد كذلك في ضل انتشار المذاهب الاجتماعية، فالتطور حتم على المشرع التدخل في تقييد تلك الحرية من خلال قواعد قانونية امرة لغايات برى انها اولى بالحماية من تلك المصالح الفردية، إلا أن الامعان في ذلك التقييد أو الافراط به قد يؤدي إلى نتائج عكسية خلافاً لما كان يصبوا المشرع من تحقيقيه، لذلك ينبغي أن يكون النص على تلك القيود وفق معايير تضمن الموازنة بين المصالح الفردية ومصلحة المجموع، لذلك اثرنا أن يكون هذا البحث بعنوان المعايير التي يستند اليها المشرع عند النص على القيود التشريعية على حرية الارادة في المرحلة السابقة على ابرام العقد.

الكلمات المفتاحية ، القيود التشريعية، حرية الارادة ، مصادر القيود التشريعية، التشريعات الخاصة، التشريعات الفرعية، المعايير القانونية، القانون المقارن، التوازن العقدي، المعقولية.

Legal standards in the text of legislative restrictions on freedom of will in the pre- contractual stage (A comparative study)

Prof. Dr. Mary Kazim Obaid Al-Khaika
University of Babylon - College of Law

Asst.Lect. Alaa Hussein Hamad
University of Babylon - College of Law

Abstract

The principle of the authority of the will and its freedom in concluding contracts is the origin stipulated by the Latin laws and the laws that followed their approach, but that origin is no longer so in light of the spread of social doctrines, as development has forced the legislator to intervene in restricting that freedom through mandatory legal rules for purposes that he believes are more deserving of protection than those individual interests, but persistence in that restriction or excess may lead to adverse results contrary to what the legislator sought to achieve, so the text on those restrictions should be according to standards that ensure a balance between individual interests and the interest of the group, so we preferred that this research be entitled the standards on which the legislator relies when stipulating legislative restrictions on freedom of will in the stage prior to concluding the contract

Key words: legislative restrictions, freedom of will, sources of legislative restrictions, special legislation, subsidiary legislation, legal standards, comparative law, contractual balance, reasonableness.

المقدمة

أن البحث في موضوع المعايير القانونية التي يستند إليها المشرع عند تشريع القيود التشريعية على حرية الارادة في المرحلة السابقة على التعاقد يقتضي أن نسلط الضوء على جوهر فكرتـه وبيان اهميته وتحديد نطاقـه، والاشكالية التي نحاول معالجتها والهدف الذي نبغي الوصول اليه، فضلا عن بيان منهج البحث وخطتـه، ولذلك سنحاول بيان تلك المحـاور تباعاً لتكون مقدمة هذا البحث.

اولاً: جوهر فكرة البحث:

تعُد حرية الارادة من الحقوق الاساسية للفرد، لا سيما في مجال المعاملات المالية، فلا يمكن اجبار شخص على ابرام تصرف قانوني أو انشاء الالتزام بذمتـه خلاف أرادته وحريته، فهو حر في التعاقد أو عدم التعاقد، وإذا اختار التعـاقد فهو حر ايضاً في اختيار المتعـاقد الاخر، أو في تحديد مضمـون العقد، ألا انه هذه الحرية لم تعد مطلقة كما كانت في ظل الافكار والمذاهـب الفردية، فالإرادة اليوم ترد عليها جملـة من القيود التشريعية التي تحد من نطـاق تلك الحريـة، والمشرع عندما يتدخل في فـرض هذه القيـود بنصوص أمرة فأنه لا يتسامح في مخالفتها، خلاف القيود الإرادية التي يمكن للأفراد، الاتفـاق على خلافـها، ولان الأصل هو حرية الارادة، فان تدخـل المشرع يكون استثناء من ذلك الاصـل، لذلك فأن المشرع يجـب أن لا يتدخـل في الحد من حرية الافراد ألا للضرورة ولتحقيق غايات معينة هي أولى بالحماية القانونية من مصلحة الافـراد، ويجب أن تكون مبررة ومتوازنة، وأن يستند إلى معايير تكون الاداة لتقيم وتقويم تلك القيود، من اجل أن تتحقق الغاية المنشودة منها.

ثانياً: اهمية البحث:

تتحدد اهمية البحث في بيان مفهوم القيود التشريعية، ومصادر تلك القيود أي أنواع التشريعات التي تتضمن النص على تلك القيود، كما أن دراستنا تقتصر على القيـود التشريعية في المرحلة السابقة على التعاقد، لذلك كان لا بد من بيان تلك المرحلة بشيء من التفصيل، والمشرع عندما يتدخل في فرض القيود فأنه يستند على معايير تضمن لتلك القيود تحقيق اهدفها، فمنـذ نشوء القانـون يسعى رجاله إلى وضع قوانين تكـون اقرب إلى تحقيق العـدالة المساوة بين الافراد.

ثالثاً: نطاق البحث:

يتحدد نطاق البحث في بيان القيود التشريعية على حرية الارادة في المرحلة السابقة على التعاقد، أي القيود التي تقيد حرية الارادة التعاقدية قبل ابرام العقد وتطابق الايجاب مع القبول، وتسليط الضوء على هذه المرحلة، والمعايير التي يستند إليها المشرع في النص على تلك القيود.

رابعاً: اشكالية موضوع البحث

تكمن اشكالية البحث فيما يأتي

1- أن القيود التشريعية التي ينص عليها المشرع هي قواعـد قانونية أمـرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، وهذه القيود بذات الوقت هي تقيد أو تحد من قدرة الارادة في ابرام العقود خلاف الأصل العام الذي ينص على أن للإرادة الحرية المطلقة في انشاء ما تشاء من العقود، لذلك ينبغي أن تكون هذه القيود في اطار يحفظ الموازنة بين أرادة المشرع من جهة، وحرية الارادة وعدم الافراط في تقييدها من جهة أخرى، وان يستند في ذلك إلى معايير تحفظ تلك الموازنة.

2- تحديد مفهوم القيود التشريعية في المرحلة السابقة على التعاقد، وما هي تلك المرحلة إذا نظرنا إليها من خلال تلك القيود، و والمعايير القانونية التي يمكن أن يستند إليها المشرع عن وضع تلك القيود.

3- أن الغاية من القيود التشريعية هي تحقيق غايات هي اولى بالرعاية في نظر المشرع من المصالح الفردية، لذلك ينبغي عند النص على تلك القيود الوقوف عند تلك الغايات، وعدم التوسع في مفهوم تلك القيود أو التوسع فيها لأنها استثناء على الأصل الذي هو حرية الارادة التعاقدية.

خامساً: منهجية البحث:

أن المنهـج الاقرب لنطاق البحث هـو المنهج التحليـلي المقـارن، والذي يعتمـد على تحليل النصـوص التشريعية الواردة في القانون المدني أو التشريعات الخاصة التي تتناول تنظيم أنواع معينة من العقود لا سيما تلك العقود التي تبرم مع جهة الادارة، ومحاولة مقارنتها بالقوانيين المصري والفرنسي.

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

سادساً: هيكلة البحث:

يتحتم علينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نبين في الأول منه مفهوم القيود التشريعية ومصادرها ودورها في المرحلة السابقة على التعاقد، أما الفصل الثاني فسوف نخصصه لمفهوم المعيار القانوني في النص على تلك القيود وأهم المعايير التي يستند إليها المشرع في وضع تلك القيود.

المبحث الأول: ماهية القيود التشريعية

أن الاخذ بمبدأ سلطان الارادة على اطلاقه يودي إلى اثار لم تلقى القبول من منظور فكر المذاهب الاجتماعية بسبب التطور الاقتصادي والاجتماعي، الامر الذي حدا بالمشرع إلى فرض قيود على حرية الارادة، فالحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد وان كانت نتائج منطقية لهذا المبدأ ألا انه لا يمكن التسليم بها دون قيد، لان من شأن ذلك أن يؤدي إلى نتائج غير متوازنة بدرجة كبيرة أو لها الاثر على المصلحة العامة[1]، إلا إن الإفراط[2] في هذه القيود من جهة أخرى قد يكون لها الاثر الانعكاسي على تلك الحرية مما يؤدي إلى نتائج عكسية لما كانت تصبو اليه الغاية من تشريعها، والواقع أن هذه القيود كثيرة لا يمكن حصرها وتتنوع وفقاً للغرض الذي تسعى لتحقيقه، ، لذلك سنبين في هذا المبحث التعريف بالقيود التشريعية على حرية الارادة والمرحلة السابقة على التعاقد التي تظهر فيها هذه القيود في مطلبين وكما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم القيود التشريعية على حرية الارادة

تتعدد القيود التشريعية على حرية الارادة في المرحلة السابقة على ابرام العقد، وغالباً من نجد تلك القيود في التشريعات الخاصة بأنواع معينة من العقود، لان الأصل في القواعد العامة هي حرية الارادة التعاقدية، لذلك سنحاول في هذا المطلب بيان تعريف القيود التشريعية ومصادر هذه القيود في فرعين:

الفرع الأول: تعريف القيود التشريعية على حرية الارادة

لم نجد تعريف تشريعي محدد للقيود التشريعية والسبب واضح هو أن المشرع غالباً ما يتجنب وضع تعريفات للمصطلحات القانونية تاركاً ذلك الأمر للفقه، أما فقهاً فقد تضيق التعريفات لهذا المصطلح، لان خير تعريف هو ما يكون جامعاً مانعاً، يجمع تحته جميع افراد المُعرف ويمنع غير افراد المُعرف من الدخول تحت التعريف[3]، ومصطلح القيد أو القيود مصطلح واسع قد يندرج تحته افراد أخرى غير (التشريعية) أو قد يكون هذا المصطلح واضح لا يحتاج إلى التعريف، لذلك سنحاول بيان معنى القيود التشريعية من خلال التعريف اللغوي والتعريفات الاصطلاحية لمصطلح القيود التشريعية وحرية الارادة .

اولاً: تعريف القيود التشريعية لغة:

للقيد في اللغة اكثر من معنى، فلهو معنى **(لفظي)** وهو ("ما ضم العضدين الى المؤخرتين من اعلاهما من القدم، وقيدته تقييداً جعل القيد في رجل الدابة فيمسكها، والمقِيد الموضع الذي تقيد به الدابة ومنه تقييد الالفاظ بما يمنع الاختلاط ويزيل الالتباس")[4]، (ويطلقون على الفرس الجواد قيد الأوابد، لأنه يمنع الوحش من الفوات، والمقيد هو ضد المطلق الذي لا يعيقه شيء")[5]، وله معنى **(المنع)** : فقد جاء في حديث رسول الله (ص) ("الايمان قيد الفتك لا يفتك مؤمن")[6]، ويراد بهذا الحديث أن الايمان يمنع القتل غدراً وغفلةً، كما يمنع القيد التصرف، فكأنه جعل الفتك أو القتل مقيداً، أي أن المؤمن مقيد[7]، ويرى بعض الفقه أن المعنى الثاني للقيد (أي المنع) هو المقصود من القيود التي تحد أو تقيد حرية المتعاقدين في اجراء التصرفات القانونية[8]،"ويطلق مجازاً على كل وصف يحدد نطاق الموضوع، فالأوصاف التي تحد من استعمال المال مثل التبذير والاسراف أو الإضرار بالأخرين يطلق عليها قيوداً على حرية استعمال المال"[9].

ثانياً: تعريف القيود التشريعية اصطلاحاً:

ذكرنا بانه لا يوجد تعريف اصطلاحي لمصطلح (القيود التشريعية)، لذا سنقوم بتجزئة مفرداته (القيود) و (التشريعية) لمحاولة الوصول إلى تحديد معنى تلك القيود، والتشريعية أي القيود التي مصدرها التشريع، ("فكلمة التشريع تطلق فقط على القواعد القانونية التي يكون مصدرها السلطة التشريعية)[10]، أما القيود فقد عرف بعض الفقه[11] القيود بأنها ("الحدود التي يرسمها المنظم أو أطراف العلاقة العقدية، وينتهي إليها نطاق الموضوع")، ومما يلاحظ على هذا التعريف بأنه يشمل القيود الإرادية وغير الإرادية كما انه لم يستعمل لفظ المشرع بل استعمل لفظ المنظم، وهو لفظ يدل على ان من وضع القيد وهو قد يكون المشرع أو غيره، وعرفها اخر[12] بأنها ("الاستثناءات

التي شرعتها مختلف التشريعات والتي تقيد مبدأ حرية التعاقد في ابرام العقود حماية لطرفي العقد من جهة والمصلحة العامة وضمان سير المعاملات من جهة أخرى) ، كما عرفها آخر[13] بأنها ("قواعد قانونية واجبة سنها المشرع المعاصر، بوصفها جزء" اصيلاً من مضمون عقدهم، مع أنها لم تكن ضمن ما اتفقا عليه")، ويذهب البعض من الفقه[14] إلى قول قريب من تعريف القيود التشريعية إلى القول بأن تقيد سلطان الارادة هو ("أن القانون يتدخل بطريق مباشر أو غير مباشر في انشاء العقود وفي تحديد اثارها")، حيث اخذ القانون كما ذكرنا وتماشياً مع النزعة الاشتراكية، يتدخل بشكل مباشر في نظام العقد من حيث انشائه أو ترتيب اثاره، لذلك نرى بأن هذا القول هو الاقرب لنطاق هذه الدراسة.

كما يمكن لنا القول كذلك بأن العلاقة بين مصطلح القيود وبين مصطلح التشريعية هي (علاقة العموم والخصوص من وجه)، فمصطلح القيود عام يشمل القيود التشريعية وغيرها من القيود كالقيود الإرادية التي يتفق عليها أطراف العقد، ألا اننا خصصنا هذا النوع من القيود بالقيود التي نص عليها المشرع بقواعد امرة لا يمكن تجاوزها، ولا يمكن الاتفاق على ما يخالفها، كما اننا خصصنا هذه القيود التشريعية بمرحلة من المراحل الزمنية الخاصة بأنشاء العقد، وهي المرحلة السابقة على التعاقد، فقد اصبح تدخل المشرع امراً اعتياديا في فرض القيود على مبدأ سلطان الارادة[15]، ويرسم الطريق للسعي واجراء المفاوضات العقدية.

ومن كل ما تقدم يمكننا بأن نعرف القيود التشريعية بأنها (**مجموعة القواعد القانونية الأمرة التي توضع بصورة اجراءات اوشروط أو شكلية محددة أو التزامات والتي يفرضها المشرع عند انشاء العقد اوتحديد اثاره، والتي من شأنها أن تحد أو تقيد من حرية الارادة في انشاء العقود)**

ثالثاً: تعريف حرية الارادة:

عرف بعض الفقه[16] الارادة بأنها (انعقاد العزم على اجراء العملية القانونية محل التعاقد بمعنى أنها مسألة داخلية تعتمل في النفس الانسانية بعيداً عن العالم المحسوس ولذلك فلا يمكن التوصل إليها إلا عن طريق المظاهر المادية الدالة عليها من كتابة أو كلام أو اشارة أو غيرها)، فالإرادة في جوهرها حقيقة باطنة ومقدمتها اتجاه الانسان بتفكيره في أمر معين ثم تدبر هذا الامر ثم الاستقرار على انجازه بعقد العزم وجزمه في هذا الاتجاه[17]، وهذه الارادة الكامنة في النفس البشرية لا تنتج اثرها طالما لم تخرج إلى حيز الوجود وذلك بالتعبير عنها بوسيلة يقرها القانون، أما الحرية التعاقدية فيقصد بها (حرية الطرفان في المفاوضة وصولاً لاتفاق ومناقشة الشروط التعاقدية لإبرام العقد)[18]، فهي حرية الشخص في التعاقد من عدمه، ولا يوجد ما يجبره على التعاقد، كما عرفت بأنها (قدرة المتعاقدين على انشاء ما يرتضيان عليه من العقود وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان، عن طريق الشروط التي تغير في الاثار الموضوعية للعقد)[19]، كما عرفت بأنها (قدرة الارادة وحدها على انشاء ما تشاء من العقود والتصرفات مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب وانها كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديد اثاره وهي وحدها قادرة على انهائه)[20]، فإذا كانت الارادة مظهر لهذا النشاط فالحرية اساساً له، فحرية الارادة هي قدرة هذه الارادة على انشاء العقد بحرية تامة، وحرية التعاقد تتضمن في صلبها جملة من الحريات هي حرية الفرد في التعاقد أو عدم التعاقد، وفي اختيار المتعاقد الاخر أو في تحديد مضمون العقد أو شكله أو تاريخ نفاذه[21]، ويذهب بعض الفقه[22] إلى القول بأن الرضا وهو ركن في العقد "يتكون من ارادتين تندمج احداهما في الأخرى، ويتكون منهما ارادة عليا تشتمل على هاتين الارادتين، ومن ثم تكون هذه الارادة العليا عي ارادة كل من الطرفين"، بمعنى انه عند تمام الرضا يعتبران هما يريدان نفس الشيء، أي ارادة انشاء ذات العقد ولهذا تسمى هذه الارادة بالإرادة التعاقدية.

الفرع الثاني: مصادر القيود التشريعية على حرية الارادة

بينا بأن القيود التشريعية هي قواعد قانونية آمرة لا يمكن تجاوزها عند السعي والمفاوضات لإبرام العقد، و ما نحاول بيانه هو أنواع التشريعات التي تنص على هذه القيود، أي المصادر المنشئ للقاعدة القانونية المقيدة لحرية الارادة، والتشريع هو ("قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة لتنظيم العلاقات في المجتمع طبقاً للإجراءات المقررة لذلك")[23]، وهو بهذا المعنى يعتبر مصدراً للقانون، ويطلق لفظ التشريع كذلك على "مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة المختصة لتنظيم امر من امور الجماعة" وهو بهذا المعنى لا يعبر عن مصدر القانون بل عن القواعد القانونية المشتقة من هذا المصدر ولذلك فهو يعبر هنا عن بعض ما يؤديه لفظ القانون في معناه الخاص[24]، وهذا المعنى للتشريع هو الذي نقصده بهذه الدراسة، والتشريع بهذا المعنى يقسم إلى

أنواع، التشريع الاساسي وهو الدستور، والتشريع العادي او الرئيسي وهو الذي تسنه السلطة التشريعية لتنظيم المسائل الرئيسية ويشمل جميع القوانين العادية كالقانون المدني أو القانون التجاري، والنوع الثالث هو التشريع الفرعي أو اللوائح والذي تقوم بوضعه السلطة التنفيذية عند تفويضها بذلك بنص الدستور أو السلطة التشريعية[25].

ويرى الباحث إلى جانب هذا التقسيم الفقهي للتشريعات، هناك نوع أخر من التشريعات وهي نوع من التشريعات العادية أو الرئيسية من حيث المصدر ولكنها تعنى بجانب معين من نشاط الانسان أو تنظم جانب معين من العقود مثل قانون حماية المستهلك أو قانون الاستثمار، وهذه القوانين هي قوانين خاصة بالنسبة إلى القوانين المدنية والتجارية.

كما يرى الباحث أن البعض من هذه التشريعات في جانب منها تنظم عمل جهة الادارة وتدخل في اطار القانون العام وفي جانب أخر تنظم جهة التعاقد مع الادارة وتدخل في نطاق القانون الخاص، وان ما يعنينا من قيود على حرية الارادة في هذه القوانين هي التي ترد على حرية اشخاص القانون الخاص هذا من جانب، ومن جانب أخر فأن هذه التشريعات العادية الخاصة تصدر حسب حاجة الدول لها فما يصدر منها في دولة معينة، ليس بالضرورة أن يصدر في دولة أخرى، وهي لا تمتاز بالثبات التشريعي كما في القوانين الرئيسية، وعرضة للتعديل أو الالغاء بشكل اسرع، لذلك فأن القيود التشريعية التي ترد على حرية الارادة التي نقصدها بنطاق هذه الدراسة نجدها في ثلاث مصادر هي :-

اولاً: القانون المدني

ويضم القانون المدني جميع النظريات القانونية ويعنى بعلاقات الشخص الشخصية والمالية، ومنها مصادر الالتزامات وحقوق الدائنية ومن هذه المصادر الالتزامات الإرادية كالتصرفات القانونية وهي العقد والإرادة المنفردة[26]، ويتميز القانون المدني نوعاً ما بالثبات التشريعي على خلاف الانواع الأخرى، ولا يتم تعديله ألا في فترات طويلة نسبياً، وقد صدر القانون المدني الفرنسي، والقوانين التي سارت على نهجه كالقانون المدني المصري والعراقي متشبعة بأفكار المذهب الفردي، ومعتنقـــة لأسسه العامة، إذا نصت على أن "العقد شريعة المتعاقدين" وتبنت مبدأ سلطان الارادة حيث يمكن للإرادة ابرام ما تشاء من العقود وتحديد اثارها في اطار عدم مخالفة النظام العام والآداب، ألا انها تضمنت بعض القيود ذات الطابع الحمائي مثل سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة أو تعديل عقود الاذعان عندما تتضمن شروط تعسفية[27]، اي أن هذه القوانين لم تلقي الضوء على المرحلة السابقة على انعقاد العقد وصولاً إلى المفاوضات بشأنه، والتي كانت ولا تزال غائبة عن القانون المدني[28]، فلم تتضمن في الأصل قيود على حرية الارادة في المرحلة السابقة على التعاقد.

ألا أن القانون المدني الفرنسي في التعديل الاخير لعام 2016، رغم تكريسه لمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، إلا إنه اهتم بمبدأ حسن النية كشرط خاص لصحة العقد، حيث جاءت المادة 1104 الجديدة توسع فرض واجب حسن النية ليغطي مرحلتي المفاوضات العقدية وتكوين العقد، أي أنها كرست مبدأ حسن النية كشرط لصحة العقد، فقد نصت على انه (يجب أن يتم التفاوض على العقود وتكوينها وتنفيذها بحسن نية، ويتعلق هذا النص بالنظام العام)[29]، وكذلك اضافت المادة 1112 قيود أخرى في صورة التزامات على حرية المتعاقدين هما الالتزام بالأعلام في مرحلة المفاوضات والالتزام بسرية المفاوضات العقدية حيث نصت الفقرة الأولى على ("عندما يكون احد الاطراف يعرف معلومة بحيث تكون اهميتها حاسمة لرضى الاخر، يتوجب عليه اعلامه بها طالما أن الطرف الاخر يجهل هذه المعلومة بشكل شرعي، أو انه يثق بالمتعاقد الاخر".....)، ونص في الفقرة الثانية ("إن من يستعمل أو يفشي دون إذن معلومة سرية يتم الحصول عليها بمناسبة المفاوضات يعتبر مسؤولاً وفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون العام")[30]، أي انه كرس واجب الالتزام بالأعلام وواجب المحافظة على سرية المفاوضات وجعل منها واجباً عاماً في مرحلة المفاوضات[31]، وجملة ذلك كان بعد تكريسه لمبدأ سلطان الارادة والحرية التعاقدية.

ثانياً: التشريعات الخاصة

وهذه التشريعات كما بينا تشترك مع التشريعات العادية من حيث المصدر بصدورها من هيئة تشريعية مختصة في الدولة، ولكنها تختلف بأنها تعنى بتنظيم أنواع معينة أو خاصة من العقود[32]، مثال ذلك قانون حماية المستهلك رقم 1 لسنة 2010 حيث نص على مجموعة من القيود التشريعية في صورة التزامات يلتزم بها احد الطرفين وهو المجهز أو المعلن مسبقاً وقبل ابرام العقد اتجاه المستهلك مثل الالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات[33]، وقانون ايجار العقار رقم 87 لسنة 1979 والذي نص على بعض القيود التشريعية في صورة التزامات يلتزم بها احد الطرفين اتجاه الاخر

مثل تحديد الأجرة السنوية للعقار مسبقاً بنسبة معينة[34] وقانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل والذي نص على بعض القيود التشريعية في صورة قيود شرطية وإجرائية يلتزم بها من يسعى إلى ابرام العقد من اشخاص القانون الخاص مع جهة الادارة وهو المستثمر، فهو حتى يتمكن من الوصول إلى مرحلة المفاوضات لابد من الحصول على الاجازة الاستثمارية التي نص القانون على بعض المتطلبات والاجراءات من اجل منحها، وكذلك يجب أن تكون لديه القدرة المالية مع ضمان من جهة مالية معتمدة تضمن وجود تلك الاموال[35]، وقانون المدن الصناعية رقم 2 لسنة 2019 الذي نص على مجموعة جديدة من القيود التشريعية اضافة لما نص عليه قانون الاستثمار، فعلى مطور المدينة الصناعية باعتباره مستثمر ومن اشخاص القانون الخاص أن يحصل على إجازة المدينة الصناعية اضافة إلى الاجازة الاستثمارية وفق شروط خول القانون الوزير المختص بوضع شروطها وإجراءات منحها[36]، اضافة إلى قيود أخرى في صورة التزامات يلتزم بها المطور اضافة إلى الالتزامات التي يتفق عليها في العقد، وهذه الالتزامات وضعت مسبقاً من قبل المشرع وعلى المطور القبول بها في حال رغبته في ابرام العقد مثل الالتزام بتشغيل نسبة معينة من الايادي العاملة والتدريب الفني للعاملين العراقيين وفقاً للعقود المبرمة مع الهيئة[37]، وغيرها من التشريعات.

وتمتاز هذه القوانين بعدة سمات تميزها عن التشريعات العادية واهم هذه السمات هي:

1- لا تمتاز بالثبات التشريعي الذي تمتاز به التشريعات الرئيسة أو العادية، بل هي عرضة للتعديل أو التغير بشكل مستمر، فإحكامها مؤقتة رهينة بوجود الظروف التي استوجبت تشريعها.

2- تختص بتنظيم أنواع معينة من العقود أو تهتم بجانب معين من نشاط الانسان.

3- البعض من هذه القوانين تنص على تنظيم عمل جهة الادارة من جهة واشخاص القانون الخاص المتعاقد مع الادرة من جهة أخرى، وهي تتضمن القيود على حرية الادارة والتي يجب أن لا تحيد عنها[38]، اضافة إلى القيود على حرية اشخاص القانون الخاص.

4- لا تتضمن هذه التشريعات المبادئ العامة أو النظريات العامة في القانون، لذلك عند خلوها من النص على حالة قانونية معينة يتم الرجوع إلى القوانين الرئيسية، لذلك فهي تمثل قوانين خاصة بالنسبة للقوانين الرئيسية كالقانون المدني والقانون التجاري.

ولذلك نرى بأن من خلال هذه السمة الاخيرة للتشريعات الخاصة خرج المشرع على مبدأ سلطان الارادة الذي تضمنته القواعد العامة في القانون المدني، ففي قانون ايجار العقار مثلاً خروجاً واضحاً على مبدأ الحرية التعاقدية، حيث اورد المشرع العراقي والمصري قيوداً تشريعية تصل إلى حد الاجبار القانوني على التعاقد دون تدخل ارادة الطرفين[39]، أي أن المشرع بالرغم من نصه على مبدأ سلطان الارادة بأنه مبدأ عام يسري على جميع العقود، قيد هذا المبدأ أو حد منه إلى حد كبير في التشريعات الخاصة، لا سيما أن النصوص التي تتضمنها هي نصوص امرة لا يمكن تجاوزها أو الاتفاق على خلافها، كما أن لها الاولوية في التطبيق فهي نصوص وردت في قوانين خاصة مقيدة للقوانين العامة التي تتضمن النظريات العامة، لذلك تناسب تراجع مبدأ سلطان الارادة عكسياً مع تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية وتزايد صدور التشريعات الخاصة التي تنظم أنواع معينة من العقود[40].

ثالثاً: التشريعات الفرعية أو اللوائح:

والمصدر الاخير للقيود التشريعية على حرية الارادة هي التشريعات الفرعية أو اللوائح التنفيذية، وهذه التشريعات هي استثناء من الأصل، فالأصل أن السلطة التشريعية دون غيرها هي من تقوم بكل اعمال التشريع من اقتراح ومناقشة وتصويت واصدار ونشر، والاصل أن السلطة التشريعية تضمن التشريع جميع القواعد التفصيلية التي تنظم تطبيقه، وتقوم بتعديله كلما دعت الحاجة وعلى ضوء ما تكشفه السلطة التنفيذية من نواقص أو اخطأ عند التطبيق، غير انه تم ملاحظة أن تنظيم التشريع للإحاطة بجميع الظروف المتباينة التي يراد تطبيق التشريع فيها والدخول بأدق التفاصيل يستحيل على السلطة التشريعية، ويصطدم بصعوبات عملية لا تتضح ألا للسلطة التنفيذية عند التطبيق[41]، ولذلك وجد هذا النوع من التشريع ويسمى التشريع بالمعنى الموضوعي أو المادي، وهو "تشريع تسنه السلطة التنفيذية بدلاً من السلطة التشريعية ولهذا يسمى التشريع بالمعنى المادي"[42]، لأنه في حقيقته يتضمن قواعد قانونية ولكنه ليس بالمعنى الشكلي لأنه لا يصدر بالطريقة التي يصدر فيها التشريع، وينقسم هذا النوع من التشريع إلى نوعين ولهذه الانواع أيضا صور مختلفة وسوف نشير إلى هذه الانواع (بقدر تعلقها بموضوع هذه الدراسة) وهي:

1-"تشريع مادي وذو قيمة مادية": ويقصد به "اعمال السلطة التنفيذية التي تشتمل على قواعد قانونية تكون فاعليتها دون فاعلية القواعد التي يتضمنها التشريع بمعناه الشكلي"[43]، ومن اهم صور هذا النوع هو "اللوائح التنفيذية"، حيث يكون للسلطة التنفيذية وهي تطبق القوانين التي شرعتها السلطة التشريعية أن تضع القواعد التفصيلية لهذه القوانين، وتتقيد السلطة التنفيذية عند وضعها لهذه اللوائح بالتشريع الأصلي الذي وضعت هذه اللوائح لتسهيل وضمان تنفيذه، فلا يجوز لها أن تخرج عن مقتضاه أو تخالفه، وأبرز هذه التعليمات هي تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 حيث نصت المادة (1) من التعليمات على سريان تلك التعليمات على العقود التي تبرمها جهة الادارة مع اشخاص القانون الخاص (والطرف الاخير هو الذي يعنينا في نطاق دراستنا، حيث أن القيود التي نقصدها هي التي تقييد ارادة هذا الطرف) والخاصة بالمقاولات وأقامه المشاريع وعقود تجهيز السلع والخدمات، وعند تتبع نصوص هذه التعليمات نجد الكثير من القيود التشريعية تتمثل في صورة شروط واجراءات مثل توافر المقدرة المالية أو تقديم نسبة معينة من التأمينات وان يكون التعاقد وفق أليات معينة تتمثل في تقديم العطاءات وغيرها[44]، وتعليمات الاستثمار والشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص رقم 1 لسنة 2024 الصادرة من مجلس الوزراء العراقي بقراره المرقم 24277 لسنة 2024 حيث تضمن بعض القيود التشريعية على حرية ارادة المتعاقد مع تلك الجهات مثل شرط الحصول على إجازة استثمارية، و أن هذه التعليمات منحت مجلس الوزراء صلاحية جوازيه في منح عقود الشراكة إجازة استثمارية، ولم تنص على متطلبات وإجراءات منحها[45]، و تعليمات تسجيل المركبات رقم 5 لسنة 2021 والتي صدرت لتسهيل تنفيذ قانون المرور رقم 8 لسنة 2019 حيث نصت هذه التعليمات على بعض القيود التشريعية في صورة شروط واجراءات يجب استيفائها لغرض تسجيل المركبات في العراق وقد جاءت هذه القيود اضافة لما تضمنه القانون من قيود، وهذه القيود التي نصت عليها التعليمات بسبب الافراط في اشتراطها قد تكون قيد على حرية الارادة تؤدي إلى احجام الارادة عن ابرام العقود في تلك الخاصة بالمركبات[46]، وتعليمات اللياقة الصحية بمنح إجازة حمل وحيازة الاسلحة النارية رقم 8 لسنة 1999 والتي نص قانون الاسلحة رقم 51 لسنة 2017 على بقاء سريانها لتسهيل تنفيذ القانون، وهذه التعليمات تضمن شروط واجراءات لمنح الاجازة الغاية منها المحافظة على الامن العام، وتشكل من اهم القيود على حرية الارادة في ابرام العقود الخاصة بالأسلحة النارية لما لها من خطورة على امن المجتمع[47]، وغيرها من التعليمات.

ويرى الباحث أن خطورة هذه اللوائح على حرية الارادة التعاقدية اكثر من سابقتها، حيث لا تكون السلطة التنفيذية على الدراية التامة بالقواعد والمبادئ العامة التي تضمنتها التشريعات العادية أو الرئيسية مثل مبدأ سلطان الارادة والاثار المترتبة على عدم احترامه عند سن هذه اللوائح، ومن جهة أخرى أن السلطة التنفيذية المخولة بإصدار مثل هذه اللوائح هي جهات قطاعية بنوع معين من النشاط تكمن مصلحتها في انجاح عمل هذا القطاع دون النظر إلى المصلحة العامة ككل.

ومن صور هذا النوع من التشريع ايضاً لوائح الضبط وهي "عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التنفيذية للمحافظة على الامن والصحة العامة"[48]، وهذه اللوائح لها تأثير غير مباشر على الحرية التعاقدية، خلافاً للغرض الذي قصد تحقيقه، فهي تصدر لتنظيم حركة المرور أو مراقبة الاغذية وغيرها من لوائح الضبط، وهي اقل اثراً من سابقتها لأنها غالباً ما تصدر بشكل مؤقت ولأسباب تنظيمية.

2- "تشريع بالمعنى المادي له قيمة التشريع بالمعنى الشكلي": وهذا النوع من التشريع يصدر من السلطة التنفيذية وهو كالنوع السابق يتضمن قواعد قانونية، ولكنه يختلف من حيث فاعليته لأنه أما يصدر خاضع لرقابة لاحقة من السلطة التشريعية، أو يكون قد صدر بناءً على تفويض من السلطة التشريعية ولذلك يمكن لها أن تخالف تشريعاً بالمعنى الشكلي بل وحتى تستطيع الغائه، واهم صور هذا النوع هو مراسيم الاستعجال التي تصدر في حالات الضرورة، والتشريع التفويضي. وليس لهذا النوع من التشريع ذلك الاثر على حرية الارادة كما في النوع الأول.

المطلب الثاني: أنواع القيود التشريعية في المرحلة السابقة على التعاقد

يتكون العقد في التحليل التقليدي من تطابق الايجاب والقبول، أي ايجاب من احد الطرفين ويعقبه قبول مطابق له من الطرف الاخر على نحو يظهر اثره في التزام كل من الطرفين بما وجب عليه للأخر[49]، ولذلك فأن دراسة آليات التعاقد كانت لا تعدوا أن تكون دراسة لكل من الايجاب والقبول من حيث التعبير عنهما والشروط اللازمة لتحقق مطابقة القبول للإيجاب، وما تلي تلك المطابقة من مرحلة انعقاد العقد وترتب اثاره، ولكن هذا النهج في تصوير عملية التعاقد

يتضمن الكثير من الاختزال والابتعاد عن الواقع الذي يكشفه الواقع العملي، فانعقاد العقد تسبقه في كثير من الاحيان فترة المفاوضات أو المساومة بين الطرفين حتى يصلان إلى العقد المنشود، هذه الفترة التي غابت عن اهتمام التشريعات المدنية ومنها التشريعات محل المقارنة (الفرنسي والمصري والعراقي) عدا ما تضمنه المشرع الفرنسي في التعديل الاخير، واكتفت بقية التشريعات بالإشارة إلى المفاوضات العقدية دون أن تنظم احكامها، وتبعاً لذلك ذهب جانب من الفقه الى بيان مفهوم هذه المرحلة والاحكام القانونية الخاصة بها[50]، واعدوا هذه الفترة هي الفترة الأولى ما قبل التعاقد.

ولكن في الحقيقية ومن وجهة نظر الباحث أن هناك مرحلة أخرى تسبق مرحلة المفاوضات لم تشير إليها التشريعات بشكل مباشر، ولم يتناولها الفقه، ألا البعض منهم اشار إليها بشكل مبهم ودمج بينها وبين المفاوضات واعتبر "الايجاب والقبول محصلة نهائية للتفاوض أو السعي إلى التعاقد ممتدة في الزمن وليس باعتبارهما بداية التعاقد ونهايته"[51]، ولذلك اثرنا بيان هذه المراحل بشكل منفصل لكل واحد عن الأخرى والاستدلال عليها من خلال بعض القيود التشريعية التي نص عليها المشرع اضافة إلى الامتداد الزمني لكل منهما ونبدأ بمرحلة المفاوضات العقدية اولاً ثم المرحلة التي تسبق تلك الفترة وما يتوجب على المتعاقد من امتثال لبعض القيود خلالها والتي تؤهله للوصول إلى مرحلة المفاوضات في فرعين.

الفرع الأول: مرحلة المفاوضات العقدية والقيود التشريعية الواردة عليها

الأصل أن الشخص لا يقدم على التعاقد بصورة مفاجئة بل لا بد من فترة يعمل فيها الفكر ويتفاوض مع المتعاقد الاخر قبل أن يعلن موافقته بشكل نهائي ليتطابق الايجاب مع القبول، وقد اشارت التشريعات المدنية على هذه الفترة، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (86) من القانون المدني العراقي على (يطابق القبول الايجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت الاتفاق بالكتابة)، والمشرع العراقي وان كان لم يضع تنظيماً قانونياً لتنظيم هذه المفاوضات، ألا انه اعترف بها كمرحلة من مراحل العقد قد يتوصل الطرفين من خلالها إلى ابرام العقد النهائي بخصوص المسائل التي تم التفاوض بشأنها، ولم يشير المشرع المصري إلى مرحلة المفاوضات شأنه شأن الكثير من التشريعات، وكذلك المشرع الفرنسي ايضاً لم يضع تنظيما خاصة لهذه الفترة ألا انه ومن خلال التعديل الاخير نص على بعض القيود التشريعية والتي تتمثل في صورة التزامات يلتزم فيها الطرفين خلال فترة المفاوضات، والتي سبقت الإشارة إليها، ألا أن ما يفهم من ذلك هو اعتراف المشرع بهذه المرحلة أو الفترة الزمنية التي تسبق تطابق الايجاب والقبول، ورغم عدم التنظيم من قبل اغلب التشريعات أو الاكتفاء بالإشارة إلى هذه المرحلة في تشريعات أخرى، ألا ان الفقه لم يتوانى في بيان مفهوم هذه المرحلة من مراحل تكوين العقد، فقد عرفها الفقهية (CARBONIER) بأنها (المرحلة التمهيدية التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، لأنه ليس هناك إيجاب بالعقد تم قبوله وإنما هناك مباحثات وتفاهمات تمهد للعقد)[52]، كما عرف الفقيه(LE- TONRNEAU) التفاوض بأنه (المفاوضة على المقترحات والاقتراحات المتبادلة، فيها يكون الاتفاق والانسحاب، وفترات ترتفع المهمة وأخرى تنفرج، لذا فان التفاوض يمثل اللعبة بامتياز)[53]، كما عرف بعض الفقه العربي التفاوض بأنه (تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الاشكال القانونية التي تحقق مصلحة الاطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه)[54]، كما عرفها آخر بأنها (هي تلك التي يسفر عنها وضع ملامح محددة للعقد الذي يرمي المتعاقدان إلى توقيعه)[55]، والتفاوض بين الطرفين أما أن يسفر إلى ابرام العقد النهائي وبذلك تنتهي فترة المفاوضات، واما أن تصل تلك المفاوضات إلى طريق مسدود وتنتهي معها ايضاً، فإذا اسفرت إلى نتيجة ايجابية كنا امام عقد جيد يخلوا تقريبا من المنازعات حول الامور التي تمت المفاوضات بشأنها، وإذا لم انتهت المفاوضات إلى طريق مسدود فلا يمكن عد تلك النتيجة سلبية، فعدم التعاقد خيراً من ابرام عقد يفتح باب المنازعات بين الطرفين[56]، فللمفاوضات دور وقائي مهم في ابرام العقد الذي ارتضاه الاطراف، يتضح من خلاله حقوق والتزامات الطرفين التي ستنفذ بطريقة سليمة وهادئة ويجنبهم الدخول في المنازعات واللجوء إلى القضاء أو التحكيم[57].

وتتكون المفاوضات العقدية من عدة عناصر تميزها عن مرحلة السعي إلى التعاقد، أي عن المرحلة السابقة لها كما ذكرنا، حيث تبدأ فترة المفاوضات بدعوة يوجهها احد الأشخاص إلى أخر أو إلى الجمهور يعرض فيها التعاقد

ويعبر فيها عن رغبته في الدخول معه في تفاوض بشأن عقد معين من اجل الوصول إلى ابرامه[58]، والدعوة إلى التفاوض تتطلب وجود شخصين تتم بينهما المفاوضات والمناقشات خلاف مرحلة السعي إلى التعاقد التي قد يسعى الشخص بمفرده إلى الوصول إلى مرحلة المفاوضات كما سنبين، وعند توجيه الدعوة من احد الشخصين للأخر يدعوه إلى التفاوض، فأن هذه الدعوة غالباً لا تتوافر فيها مقومات الايجاب، وإلا اصبحت ايجاب يحتاج إلى القبول ليتم العقد، ولكن هذا لا يعني أن لا تقوم لدى صاحبها ارادة جدية للدخول في المفاوضات والاستمرار فيها، وعدم قطعها ألا لقيام اسباب جدية لديه تسوغ قطعها[59].

وكذلك من العناصر المميزة لها أن تتم بحسن نية، فحسن النية مبدأ يلعب دوراً بارزاً في حياة العقد سواء في المرحلة السابقة على انعقاده أو في تنفيذه، وقد نص المشرع الفرنسي على دور هذا المبدأ في مرحلة المفاوضات حيث نصت المادة 1104 منه على (أن العقود يجب أن تكون تفاوضية، منشأة ومنفذة بحسن نية، وهذا النص يعتبر من النظام العام)[60]، وعند امعان النظر في هذا النص نجد بأنه يقرر صراحةً مبدأ يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فلا جدال أن مخالفته يترتب عليها بطلانا مطلقاً متعلقاً بالنظام العام، ومن جهة أخرى أن المادة الجديدة في التشريع الفرنسي قد وسعت واجب حسن النية ليشمل مرحلة المفاوضات العقدية وتنفيذه على حد سواء[61]، ولم تتضمن التشريعات العراقي والمصري مثل هذا النص، حيث ذكرنا أن هذه التشريعات لم تتضمن تنظيم قانوني واضح لمرحلة المفاوضات، فهي فكرة تأتي في سياق العلاقة بين القانون والاخلاق، وتشكل نقطة اتصال وامتزاج بينهما، والاعتداد بها يكفل موافقة القانون لقواعد الاخلاق، ووسيلة لتفريد تطبيق القواعد القانونية[62]، ولذلك يتعذر ايجاد تعريف موحد لفكرة حسن النية، فهي فكرة لا تتضمن مدلولاً واحداً، بل تدخل حيز القانون بمفهومين احدهما شخصي والاخر موضوعي، وتدور حولهما سائر التطبيقات القانونية، فالقانون يعتد بفكرة حسن النية باعتبارها حالة نفسية وذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو حالة معينة، وهي بهذا المفهوم تبدوا فكرة شخصية وهذا المفهوم هو المقصود بحسن النية عند تطبيق قواعد الحيازة والالتصاق[63]، أما المفهوم الموضوعي لمبدأ حسن النية فهو الذي يرتبط بقواعد السلوك والتي تتطلب من الشخص مراعاة الامانة والثقة والنزاهة والشرف عند الاقدام على تصرف معين، إذ يجب عليه الامتناع عن التدليس أو الغش وابداء التعاون مع الطرف المقابل سواء عند التفاوض أو اثنائه أو بعده، بوصفه مبدأ يحكم التصرفات القانونية في جميع مراحلها[64]، وهو بهذا المعنى أي (باعتباره قاعدة سلوك) هو الذي يفرضه القانون بمقتضى نص صريح كلما تعلق الامر بانعقاد العقود وتنفيذها، وحيث أنه في مرحلة المفاوضات لا يوجد في اغلب التشريعات نص قانوني يفرض صراحةً هذا المبدأ وحيث انه يتسم بطابع اخلاقي[65]، وتبدو حدوده غامضة عند ترتيب اثاره في دائرة القانون لذا فأن من الضروري اعطاءه مضموناً محدداً، فلا يمكن لهذا المبدأ أن تترتب اثاره الاخلاقية في مجال الروابط قبل التعاقد ألا من خلال قواعد ومفاهيم محددة وواضحة[66]، لذلك نص مشرع القانون المدني الفرنسي في التعديل الاخير على ذلك، وأن الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية ليس مجرد التزام ينص عليه القانون، بل هو التزام واجب التطبيق، أي أن المشرع ميز بين مجرد الالتزام باحترام مبدأ عام، وواجب تطبيق هذا المبدأ كحالة خاصة في مرحلة المفاوضات[67]، وعلى هذا الاساس يرى الباحث ان مبدأ حسن النية لا سيما في التشريعات التي نصت عليه بنصوص قانونية صريحة هو التزام يقع على عاتق الاطراف المتفاوضة، كلا منهم يلتزم به اتجاه الاخر، وهو التزام بتحقيق نتيجة، تترتب على مخالفته قيام مسؤولية المتفاوض وذلك استناداً للمادتين 1112 و 1104 من القانون المدني الفرنسي الجديد اللتان تفرضان التزاماً قانونياً بالتفاوض بحسن نية وتجعلان المسؤولية عن قطع المفاوضات السابقة على التعاقد بسوء نية مسؤولية تقصيرية حتى ولو لم يتم التعبير عن ذلك صراحة.

واضافة للالتزام بمبدأ حسن النية في المفاوضات نجد من خلال النصوص التشريعية للقانون الفرنسي الجديد انه اضاف التزامان اخران على أطراف العقد في مرحلة المفاوضات وجعل من هذه الالتزامات مبادئ عامة لكل أنواع العقود وهو الالتزام بالسرية والالتزام بالأعلام، ، أما المشرع العراقي والمصري وان لم ينص على هذه القيود في القانون المدني ألا انه نص عليها في بعض التشريعات العادية الخاصة مثل قانون حماية المستهلك، وهي التزامات تمثل قيود على حرية الارادة في هذه المرحلة.

الفرع الثاني: مرحلة السعي إلى التعاقد والقيود التشريعية فيها

بينا أن المرحلة السابقة على التعاقد لا تقتصر على مرحلة المفاوضات، والتي تسبق الايجاب والقبول، بل أن هناك مرحلة سابقة على مرحلة المفاوضات، يمكن تسميتها مرحلة السعي إلى التعاقد والتي اشار إليها بعض الفقه كما

ذكرنا بشكل مبهم وخلط بينها وبين مرحلة المفاوضات، فالإنسان مجبول على حب نفسه وتفضيل مصلحته، وهو يسعى دائما إلى تحقيق هذه المصلحة وتوفير افضل سبل العيش والرفاهية، أو قد يكون الانسان مضطراً إلى التعاقد[68]، فالتطور الاقتصادي للمجتمع قد يجعل الانسان في كثير من الاحيان بحاجة إلى التعاقد، ويكون مضطرا إلى ذلك بشكل يسلبه الاختيار كما في الحاجة إلى عقود الاذعان[69]، وتفضيل الشخص لمصلحته وسعيه لتحقيقها أو اضطراره إلى التعاقد قد لا يكون انياً، بل قد يكون لفترة زمنية مستقبلة، أي لفترة سكون تسبق التعاقد لا يدخل فيها مفاوضات مع شخص أخر، بل يتربص فيها انتظاراً أو لتهيئة ظروفه الخاصة للدخول في تلك المفاوضات أو ابرام ذلك العقد هذا من جانب.

ومن جانب آخر فقد ادى تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في بعض الاحيان إلى التدخل في تكوين العقد وتحديد مضمونه عن طريقة سلطة أخرى لا علاقة لها بإرادة الطرفين، ألا وهي سلطة الدولة، فتراجع مبدأ الحرية التعاقدية والذي قابله كما ذكرنا زيادة تدخل الدولة، لغايات قصدها المشرع، ادى إلى ظهور العقود الموجهة أو العقود الجبرية[70].

ويسمي بعض الفقه[71] هذا النوع من العقود "بالعقد الالزامي" أو "العقد المفروض"، كما يسميه بعض الفقه "العلاقة التعاقدية ذات الأصل القانوني الذي يتعين على الشخص ابرامه وليس لديه خياراً أخر"[72].

ويرى الباحث أن بين هذين الجانبين، حرية الشخص وتفضيل مصلحته أو اضطراره وبين ما فرضه المشرع في احيان أخرى قد يجد الشخص نفسه بحاجة إلى وقت لتوفير الشروط القانونية التي استلزمها المشرع أو الاجراءات التي يجب استيفائها من اجل الوصول إلى امكانية ابرام العقد[73]، فهو يسعى إلى التعاقد، ولكن ليس قبل توافر الشروط والاجراءات التي تمثل قيداً على حريته في ابرام العقد متى يشاء، ففي عقود الاستثمار مثلاً عرفت الفقرات التاسعة والعاشرة من المادة (1) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المستثمر بأنه الشخص الحاصل على إجازة الاستثمار، ونظم القانون اجراءات منح إجازة الاستثمار فهي إجازة أو رخصة تمنح عن طريق طلب يتقدم به المستثمر إلى هيئة الاستثمار والتي لها الحق في قبول الطلب أو رفضه[74]، فهنا المستثمر لم يكن حراً في ابرام عقود الاستثمار بل عليه أن يسعى إلى التعاقد من خلال توفير ما تطلبه قانون الاستثمار من اجراءات الحصول على الاجازة.

فمرحلة السعي إلى التعاقد ليست بالضرورة هي مرحلة المفاوضات، وتختلف القيود التي يجب أن تتوافر فيها عن القيود في مرحلة المفاوضات، فالقيود فيها على الاقل تفرض على ارادة احد المتعاقدين دون الاخر، لا سيما في العقود التي تبرم بين اشخاص القانون الخاص وجهة الادارة التي ينظم عملها القانون مسبقاً كما في عقد الاستثمار، بخلاف القيود في مرحلة المفاوضات التي تبرم على احد الطرفين لصالح الطرف الاخر، فالمستثمر في عقود الاستثمار غالباً ما يقوم بالتركيز على الاطار التشريعي عند سعيه إلى التعاقد[75]، وعند توافر هذه التشريعات وتجاوز القيود الواردة فيها يكون قد وصل إلى مرحلة المفاوضات.

وكذلك الحال بالنسبة للمساهم في شركات المساهمة، فهذا النوع من الشركات على الرغم من ان الفقه[76]اختلف في تحديد الطبيعة القانونية للعقود التي تنشأ عنها هذه الشركات بين من يرى أن الشركة عقد وتطبق عليه القواعد العامة للعقد ويكون الأصل فيه حرية التعاقد حيث يترك المشرع للشركاء في الشركة التعاقد وتنظيم الإحكام والاثار المترتبة على العقد، وهذا الرأي ينسجم مع ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (4) من قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997، ورأي ثاني يذهب إلى أن الصفة التعاقدية للشركات المساهمة قد تلاشت ازاء تدخل المشرع الواسع في النص على الإحكام المتعلقة بها، واصبح تنظيم هذه الشركات متروك لإرادة المشرع، ورأي ثالث يرى أن عقد هذه الشركات له طبيعة مزدوجة وهو يقوم على مفهومين مزدوجين العقدي والنظامي[77]، إلا أن القيود التشريعية تبدوا واضحة على حرية الارادة فيها، فالمكتتبين على عقد الشركة يتفاوضون ويتناقشون بشأن تأسيس وتنظيم عقد الشركة في ضوء ما وضعة القانون من قيود، أما المساهمون فهم يسعون إلى التعاقد بعد تأسيس تلك الشركة وطرح الاسهم للاكتتاب، فهم في مرحلة تأسيس الشركة لا علاقة لهم بتلك المفاوضات، بل يتربصون ويسعون إلى الانضمام لها بحرية واختيار وارادة حرة إذا كان الانضمام لها يحقق لهم الارباح.

ومن كل ما تقدم فإننا نرى بأن مرحلة السعي إلى التعاقد هي مرحلة سابقة لإبرام العقد وهي ليست بالضرورة أن تكون مرحلة مفاوضات، وتختلف القيود فيها عن القيود في مرحلة المفاوضات، فالمفاوضات العقدية يجب أن تتم منذ بدئها بين المتفاوضين إلى أن تنتهي بانعقاد العقد أو انهاء المفاوضات دون انعقاده فليس من حسن النية في شيء أن

تكون هناك مماطلة أو تسويف بينهم خشية تفويت الفرصة أو الصفقة على احدهم بسبب الاخر، أما في مرحلة السعي فأنها تتم خلال فترة زمنية يحددها المتعاقد الساعي إلى التعاقد بحسب ظروفه وحاجته إلى التعاقد، أو تحددها التشريعات إذا كانت العقود موجه أو ملزمة.

المبحث الثاني: ماهية المعايير التي استند إليها المشرع في النص على القيود التشريعية

تختلف الاسباب التي تؤدي إلى قيام المشرع بفرض القيود على حرية الارادة التعاقدية، وهي قد تكون قيود مانعة للإرادة من انشاء التصرفات القانونية مثل منع استيراد سلع معينة أو محددة لها مثل تدخل الدولة في تحديد مضمون العقد[78]، أو قد يتدخل المشرع في حالة الضرورة لغرض تحقيق العدالة والمساواة، والمشرع عندما يتدخل فهو يهدف إلى تحقيق غايات معينة، وهو عند النص على هذه القيود بقواعد قانونية امرة لا يجوز مخالفتها كما بينا ويستعين بعدة معايير تضمن صياغة هذه القيود وتقويمها وتقيمها من اجل تحقيق الغايات التي قصدها المشرع منها، فلكل علم غايته ومعياره[79]، لذلك اثرنا في هذا المبحث بحث المعايير التي استند إليها المشرع عند النص على القيود التشريعية في مطلبين الأول لتحديد مفهوم المعيار القانوني في النص على القيود التشريعية والثاني لأهم انواعها.

المطلب الأول: مفهوم المعيار القانوني في وضع القيود التشريعية

هدف القانون عموماً هو اقامة العدل، وتحقيق العدل يكون بإعطاء كل ذي حق حقه ووضع الأمور في نصابِها، ولكن ما هو معيار ذلك، ففي نطاق الدراسة السؤال الذي يتبادر إلى الذهن ما هو المعيار الذي يستند اليه المشرع في وضع القيد التشريعي على حرية الارادة من اجل احقاق الحق أو وضع الامور في نصابها الصحيح، ولمعرفة المعايير التي يستند إليها المشرع في النص على القيود التشريعية نبين تعريف المعيار القانوني الخاص بالقيود التشريعية والغاية منه في فرعين.

الفرع الأول: تعريف المعيار القانوني الخاص بالقيود التشريعية

تختلف العلوم المعيارية الانسانية عن العلوم الطبيعية التقريرية الوصفية، كالفيزياء والكمياء لان الاخيرة تبحث فيما هو كائن وذلك باكتشاف علوم الطبيعة والتي تعمل وفقاً لمبدأ السببية، فكل سبب يحقق حتماً نتيجة معينة ولذلك فأن قوانينها لا تخرق "لأننا لا نستطيع أن نجعل مما هو كائن ما لا يكون" وهذه العلوم لا تحتاج إلى معايير[80]، أما العلوم المعيارية فهي تبحث فيما يجب أن يكون ويحكمها مبدأ الإسناد لا السببية الطبيعية، أي "العلاقة بين القاعدة الاجتماعية والجزاء الذي ينبغي أن يخصص لها"، وقواعدها يمكن أن تخرق لذلك يجب أن يكون لها معيار[81]، والمعيار في اللغة يفيد معنى القياس ويفيد ايضاً معنى القانون[82]، فهو المقياس الذي يقاس به عمل الانسان والتمييز بين الصحيح والباطل منه، ولهذا عرف بعض الفقه القانون على انه ("مجموعة قواعد معيارية تبين ما هو جائز وما هو غير جائز")[83].

وعرف بعض الفقه (المعيار بشكل عام) بأنه (معيار كل شي ومقياسه هو الذي يعرف به الشي معرفة مزيلة للبس والغموض)[84]، فإذا كانت غاية علم المنطق التفكير السليم فأن معياره هو الحق والصواب، وإذا كانت غاية علم الاخلاق ضبط سلوك الانسان فأن معياره الخير والفضيلة[85]، أما القانون فغايته تحقيق السكينة الاجتماعية وتنمية عوامل التطور في المجتمع ومعياره في ذلك هو تحقيق الاستقرار والعدالة في المجتمع، ومعيار القيود التشريعية على حرية الارادة فهو (ما نحاول بيانه).

فقد عرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري معنى المعيار القانوني بأنه (توجه عام وخط عريض للسلوك، فهو يرشد القاضي في تطبيق القانون ويجعله يفهم روح النظام القانوني ومقصده، تاركاً له حرية التصرف والسلطة التقديرية حتى يستطيع تنزيل القانون على الوقائع الموجودة)[86]، وقد انتقد هذا التعريف من قبل العلامة "هوريو" حيث يرى بأنه قد خلط بين المعيار والاتجاه وهما امران مختلفان حيث أن الأول وسيلة لمعرفة الثاني، فالمعيار عند "هوريو" يشبه مزولة الملاح التي يستخدمها في عرض البحر من اجل تحديد اتجاه السفينة، فبحسب رايه أن الاتجاه "عبارة عن نتيجة للمعيار الذي يتبعه القاضي من اجل الوقوف على معرفة العوامل المختلفة لما هو معروض عليه[87]، فالاتجاه هنا يكون نتيجة يؤدي إليها تطبيق المعيار، فهو عنصر من عناصر الطريقة التي يتبعها القاضي للوقوف على المصالح المتعارضة والعوامل المختلفة للنزاع المعروض عليه، ولذلك يعرف العلامة "هوريو" المعيار القانوني بأنه (وسيلة تحضيرية للتنظيم القانوني تتيح للقاضي معرفة وتنظيم كل المعطيات الخاصة بالمسألة المطلوب حلها ووضعها بثقة

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

وتأكد في اماكنها)[88]، ويرى بعض الفقه العراقي بأن هذا التعريف اضافة إلى التعريف الذي اورده الدكتور السنهوري غير دقيقين، فتعريف الدكتور السنهوري جاء خالياً من اهم خصائص المعيار وهي "المقياس أو ميزان السلوك" أما الأستاذ هوريو فان تعريفه للمعيار يكاد يقترب من التكييف القانوني الذي يعرف بأنه (تحديد طبيعة الواقعة القانونية ونسبتها إلى نظام قانوني يحكمها)[89].

ويرى الباحث اضافة لذلك أن تعريف الدكتور السنهوري كان في معرض كلامه عن دور المعيار القانوني في تطوير دور القضاء في حين أن للمعيار وضائف أخرى لم يتناولها التعريف، لذلك كان تعريفاً غير جامع، فللمعيار القانوني ثلاث وظائف رئيسية في مجال القانون[90] هي:

اولاً: "تقيم مدى صلاحية القانون الوضعي ومدى عدالته، وهو بهذا المعنى يتوجه بالخطاب إلى المشرع وهو بصدد سن التشريعات"

ثانياً: هو "اداة من ادوات التقنية التشريعية وهذه وظيفة فنية للمعيار، فالتقنية أو الصياغة التشريعية تستلزم مجموعة من الادوات تستخدم للتحضير التشريعي للقانون، وهذه الادوات عند ضبطها بشكل جيد وسليم سوف تحقق فعالية القانون في المجال الاجتماعي".

وهاتين الوظيفتين للمعيار هما التي نقصدها من وظائف المعيار في نطاق هذه الدراسة، أي معرفة المعيار في سن القيود التشريعية على حرية الارادة.

ثالثاً: اداة "لتقييم وتقويم السلوك الفردي من الناحية القانونية" وهذه الوظيفة هي التي قصدها الدكتور السنهوري في تعريفه للمعيار.

وكذلك عرف العميد روسكوباوند المعيار بأنه(عبارة عن مقياس لنهج اجتماعي سليم)[91]، ألا انه يعترف بصعوبة وضع تعريف دقيق للمعيار كونه يرتكز على أفكار عامة تتعلق بالآداب وبأصول التعامل المدني والتجاري الجاري التعامل فيها وهذه غير محددة ويصعب حصرها، اضافة إلى أن هناك عنصرا موصوفاً للعدل والمعقولية في المعايير تجعل منها نقطة اتصال بين القانون والاخلاق مما يشكل الصعوبة في تعريفها، فليس هناك مبدأ يعرف "ما هو معقول وما هو ليس بمعقول"، ولأجل توضيح فكرة المعيار يقدم مجموعة من المعايير التي يستند إليها القضاء الانكليزي، مثل "معيار الرجل المعقول"، و"معيار الخدمة المعقولة".

بينما عرفه الأستاذ "مارسيل ستاتي" بأنه (الاسلوب الذي يفرض على القاضي أن يأخذ في اعتباره النوع المتوسط من السلوك الاجتماعي الصحيح بالنسبة لفئة التصرفات التي يرد الحكم عليها)[92].

ويرى الباحث أن التعريفين المتقدمين قد تناولا تعريف المعيار من جانب وظيفته القضائية، كمعيار يستند اليه القضاء في تقدير المسؤولية المدنية في حين أن ما يعنينا في نطاق البحث هو الوظيفة التشريعية للمعيار، أي معيار القواعد القانونية التي تتضمن قيود على حرية الارادة، لذلك حاول بعض الفقه[93] تعريف المعيار القانوني بوظيفته التشريعية بأنه (صيغ غامضة يقتضيها فن الصياغة التشريعية لحكم حالات معينة ولكي تؤدي مهمتها بشكل سليم لا بد من الرجوع في تفسيرها إلى المنهج الاجتماعي السائد والى روح القانون وهدفه لا إلى قواعد اللغة والمنطق فحسب) وهذا التعريف بالرغم من انه محاولة لإبراز الوظيفة التشريعية للمعيار ألا انه تعريف غير جامع ويكتنفه الغموض.

وعرفه أخر بأنه (اداة فكرية مرنة للتوجيه التشريعي والقضائي لتقييم أفكار ووقائع بالاستناد إلى معطيات ومفاهيم اجتماعية وسياسية واقتصادية ساندة مما يترتب عليه تقرير حق أو فرض واجب)[94]، وهو تعريف يبين معنى المعيار من خلال ادواره الرئيسية في النظام القانوني.

لذلك يرى الباحث أن التعريف الاخير للمعيار هو الاقرب إلى المقصود من المعيار في نطاق دراسة القيود التشريعي، فالمعيار في احد وظائفه هو اداة فكرية تقييم مدى صلاحية القانون الوضعي ومدى عدالته، أي المقياس الذي يستعين به المشرع عند سن التشريعات المتضمنة للقيود التشريعية على حرية الارادة، وأن المعيار القانوني في حدود وظيفته التشريعية وقدر تعلقه بنطاق هذه الدراسة هو (اداة فكرية مرنة ونسبية يستند إليها المشرع لتقيم وتقويم التشريعات القانونية عند سنها للتأكد من مدى مطابقتها للواقع وتطورها بطور المجتمع وما يترتب عليها من تقرير حق أو تكليف بواجب والتحقق من مدى تحقيق هذه التشريعات للغاية منها).

الفرع الثاني: خصائص المعيار القانوني الخاص بالقيود التشريعية

لقد ذكرنا أن للمعيار ثلاث وظائف، وقد تناوله بعض الفقه في وظيفته القضائية وذكر له بعض الخصائص التي تميزه عن غيره من ادوات التقنية التشريعية، وسنحاول بيان خصائصه بوظيفته التشريعية من خلال المقارنة مع خصائصه بوظيفته القضائية وكما يلي:

1- المعيار بوظيفته القضائية يتضمن شيئا من الحكم الاخلاقي على سلوك الشخص ومنهجه عند قيامه بالتصرفات القانونية أو سلوكه في الوقائع المادية وفقاً لظروف كل حالة على حدة مثل معيار الشخص المعقول أو الشخص المعتاد أو الحكيم[95]، ولا يتضمن المعيار بوظيفته التشريعية مثل ذلك، لأن المشرع لا يقصد من استخدام المعيار توجيه القاضي لاستخدامه، بل يستعين به المشرع ذاته عند صياغة القيود التشريعية.

2- أن المعايير بوظيفتها القضائية يمكن النص عليها بقاعدة قانونية كمعيار المعقولية أو الرجل المعتاد، أو قد لا ينص عليها كالمعيار الذاتي أو الموضوعي، وهي معايير محددة، أما المعايير بوظيفتها التشريعية فهي اكثر نسبياً ويمكن أن تتنوع إلى معايير تتعلق بصياغة القاعدة القانونية، ومعايير تتعلق بمضمون القاعدة القانونية، ويمكن للمشرع الاستعانة بكل ما يؤدي إلى فهم وجودة القواعد القانونية.

3- يشترك المعيار بوظيفته القضائية والتشريعية بأن تطبيقه لا يستلزم معرفة قانونية دقيقة بقدر ما يستوجب المعرفة والادراك بالأمور العامة فهور يرتكز على التجارب المسبقة أو على التقدير الحاذق للأمور في مختلف المواقف، كما أنه لا يعبر عنه بصورة قاطعة ومطلقة فهو ليس له مضمون محدد مسبقاً في القانون أو في القرارات القضائية، فهو نسبي ويتغير مضمونه بتغير الأحوال والازمان ويجب أن يتم تطبيقها بحسب وظيفتها القضائية طبقاً لوقائع كل قضية مطروحة امام القضاء على حدة[96].

لذا فهناك من يرى[97] بأن "المعيار القانوني "ليس بالضرورة أن يعبر عن مقدمات ونتائج منطقية كما في القاعدة القانونية، بل انه يتخذ شكل الحياة التي ليست منطقية دائماً، فهو متغير ونسبي، ومعيار اليوم ليس بالضرورة أن يكون معيار الغد، فمثلما تتغير المعايير الاقتصادية والاجتماعية تتغير كذلك المعايير القانونية لتلائم بين القانون الثابت والحياة المستمرة فيكون بذلك عاملا من عوامل تطور القانون.

ولم يتبنى المشرع المعيار القانوني بوتيرة واحدة أو يتناول تعريفة أو بيان مفهومه، وذلك كونه اداة فكرية يستخدمها العقل في وزن الامور من جهة، وتعدد وظائفه من جهة أخرى، لذلك اشار المشرع في عدة مناسبات على الاسترشاد بالمعيار القانوني بشكل صريح وفي احيان أخرى بشكل ضمني، بل في احيان أخرى تبناه المشرع ذاته عند سنه للقوانين ولذلك لم يشير اليه لا صراحةً ولا ضمناً لأنه في الحالة الاخير لم يتبنى المعيار كأداة يسترشد بها المخاطب بالقاعدة القانونية مثل القاضي أو أطراف العلاقة القانونية، بل استرشد بها المشرع ذاته للتأكد من مدى فاعليه وصحة القوانين التي بصدد سنها للجمهور.

المطلب الثاني: أنواع المعايير في وضع القيود التشريعية

ذكرنا أن للمعيار القانوني وظائف متعددة ومنها الوظيفة التشريعية، أي "تقييم مدى صلاحية القانون الوضعي ومدى عدالته"، والمشرع عند استخدامه للمعيار بوظيفته التشريعية لا يشير اليه صراحةً أو ضمناً كما في وظيفته القضائية، لأنه في هذه الحالة ليس خطاباً يوجه إلى القاضي أو الجمهور من جهة، و لكونه اداة فكرية يستخدمها العقل في وزن الامور من جهة اخرى، بل يسترشد بها المشرع ذاته للتأكد من مدى فاعليه وصحة القوانين التي بصدد تشريعها، والمشرع عند سنه للقوانين يستخدم عدة معايير منها ما يتعلق بالصياغة التشريعية ومنها ما يتعلق بمضمون القيود التشريعية بوصفها قواعد قانونية أمرة يصدرها المشرع لغايات معينة، فهو يتبع ذات المعايير التي يسترشد بها عند سن القوانين الأخرى[98]، وقد يستخدم المشرع بعض المعايير الموضوعية في هذا الاتجاه مثل معيار المعقولية في سن هذه القيود حيث سبق وان بينا بأن المعيار اداة مرنة وتستخدم كمقياس، فلا بأس إذن أن يستعين المشرع بكل ما يؤدي هذا الغرض، والقيود التشريعية بوصفها قواعد قانونية يمكن أن يتم سنها وفق نوعين من المعايير منها ما يتعلق بصياغتها كقواعد قانونية ومنها ما يتعلق بمضمونها ونبين ذلك تباعاً في فرعين:

الفرع الاول: معايير صياغة القيود التشريعية التشريعية:

الصياغة التشريعية يعرفها بعض الفقه بأنها ("وضع قواعد سهلة الفهم ميسورة التطبيق تكون متفقة مع مقتضيات العصر الاجتماعي")[99]، وتُعد الصياغة التشريعية الاداة الرئيسية في تحقيق الاصلاحات في أي دولة من الدول لما

تتصف به من خصائص ترتقي بمستوى النصوص التشريعية التي تنظم المجتمع، ومعايير الصياغة التشريعية كثيرة و عامة يستند إليها المشرع في صياغة القواعد القانونية عموماً[100]، ويترتب على اتباعها واحترامها سلامة التشريع، ويرى الباحث أن من اهم المعايير المتعلقة بصياغة القيود التشريعية على حرية الارادة هي:

1- **المعايير المنطقية**: ويتمثل هذا النوع من المعايير بسلسلة من التساؤلات التي ينبغي على المشرع الاستعانة بها عند صياغة القيود التشريعية، اهمها مثلاً (هل نحن بحاجة إلى تدخل تشريعي لمواجهة موضوع معين)، أو (فرض قيد معين على حرية الارادة)، مثل فرض قيد الشكلية على بعض أنواع العقود، أو فرض التزامات معينة تكون واجبة على المتعاقدين في مرحلة المفاوضات العقدية، حيث أن الاجابة على مثل هكذا سؤال تسهم في الحد من ظاهرتين هما ظاهرة الاسراف التشريعي وظاهرة التضارب بين التشريعات، وكلاهما اخطر من الأخرى على عملية صياغة التشريعات القانونية، فلكل منهما اثارها السلبية سواء من خلال الاكثار من التشريعات التي تتضمن قيود تشريعية، أو من خلال حدوث التعارض بين نصوصها واحكامها[101]، لما لذلك من اثار سلبية على حرية الارادة التي ينبغي أن تكون القيود التي ترد عليها متوازنة، فالغرض من اعداد أي تشريع يجب أن يستقى من واقع علمي يتطلب اصداره، وهذا الامر يتطلب الوقوف على أراء المتخصصين في مشروع القانون ومضمونه قبل اصداره[102]، فالمشرع عندما يقوم بصياغة القواعد القانونية المتضمنة للقيود التشريعية عليه أن يأخذ بعين الاعتبار جملة من المعطيات التي تتفاعل مع بعضها البعض لتلافي ظاهرة الاسراف أو التضارب التشريعي واهم هذه المعطيات هي المعطيات أو المعايير الطبيعية والتي تتمثل في الظروف التي تحيط المخاطب بالقاعدة القانونية في حياته الاجتماعية أو ظروفه الاقتصادية أو السياسية، وكذلك المعطيات التاريخية الذي يتمثل في التراث الذي خلفته الاجيال السابقة في مجال تنظيم علاقاتهم الاجتماعية[103]، أو المعطيات العقلية التي يراد بها مجموعة من الحقائق أو الافكار أو النتائج التي يتوصل إليها العقل البشري والتي يقوم بتحويرها وصقلها لكي تصبح متفقة مع الغاية من وضع القيود التشريعية على حرية الارادة[104]، والى جانب تلك المعطيات توجد معطيات تمثل طموحات الانسان وآماله في مجاراة التقدم والتطور في مختلف المجالات العلمية والاقتصادية والتي يمثل القانون الاداة في تحقيقها[105]، فالمشرع عند صياغة القواعد القانوني المتضمنة للقيود التشريعية يجب أن يستحضر كل تلك المعطيات وتفعيلها معاً في اطار قاعدة المنطق العلمي السليم لتحديد اهداف وغايات تلك القواعد، فالقانون عند صدوره في حالته المعهودة والمتمثلة في التشريع، تقف هذه المعطيات الاجتماعية امامه، لغرض محاكاتها في توجيه خطابه للجمهور[106].

2- **معايير ضبط التعبير القانوني لغةً وبلاغةً:** النص القانوني هو ("النسيج الخطابي الذي يتم به اخبار المكلفين بأحكام القانون")[107]، ويجب أن تكون صياغته اللغوية بما يفيد فهمه وتحقيق الغاية منه بعيدا عن تشوهات الصياغة اللغوية، حيث تنبع اهمية ذلك من كون الاسلوب الامثل لتحويل اغراض التشريع إلى مجموعة قواعد متماسكة وواضحة ومنسجمة ويسهل استخلاص الإحكام القانونية منها، ولذلك يجب أن تكون لغة التعبير عن النص القانوني واسلوبه مفهوم وبسيط وواضح وموجز، بعيدا عن الابهام والغموض وبعيداً عن الالفاظ التي تكون محلاً للمناقشة والتفسير أو تحمل اكثر من معنى[108]، لا سيما في صياغة القواعد التي تتضمن القيود على حرية الارادة، لأنها ستكون موجهة إلى الاطراف التي تسعى لإبرام العقد والتي تسعى حفاظاً على مصالحا التخلص من هذه القيود بقدر الامكان والتي قد تتوصل إلى ذلك من خلال التفسيرات التي لم يقصدها لمشرع في صياغة النص القانوني أو من خلال غموض النص أو عدم وضوحه، كما أن النص القانوني ليس كباقي النصوص له قواعده الخاصة التي تجعله يمتاز بأسلوب بلاغي في اللغة قائم على التركيز في استخدام العبارات التي تدل على المعنى المقصود، وان تكون الصياغة بجمل قصيرة مختصرة والابتعاد عن الجمل الطويلة والشروحات والتعريفات التي يجب تركها للفقه، ويجب أن يكون النص في عبارات تتضمن بلاغة مميزة وعلامة فارقة تميزه عن أي نص أخر، وان يحتوي النص على قواعد تكون "عامة ومجردة وملزمة"، ويجب كذلك استخدام علامات الترقيم وان تخصص جملة لكل فقرة، مع ملاحظة عدم استخدام العبارات أو المصطلحات التي تدل على جنس معين[109]، وقد بينا في المبحث الأول من هذه الدراسة أن الأصل العام في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة أن الأصل العام الذي كرسه المشرع هو مبدأ سلطان الارادة وما يتفرع عنه من حرية التعاقد، فالإنسان له الحرية في ابرام ما يشاء من العقود، لذلك فأن القيود التشريعية تمثل الاستثناء على تلك الحرية، لذلك يجب التأكد عند صياغتها في التشريعات أن تكون كل مادة قانونية مخصصة لفكرة واحدة واضحة لا لبس فيها، وإذا كان الموضوع يحمل اكثر من فكرة واحدة عندئذ يجب تقسيمه إلى مادتين أو اكثر، فمن

المستحسن استخدام اسلوب التجزئة في حالة وجود شروط أو اجراءات قانونية معينة، وان تكون كتابة النص بكلمات قليلة تعبر عن الغرض منه، ويفضل التعبير الايجابي على التعبير السلبي، وصيغ الاثبات على صيغ النفي، ويفضل كذلك استخدام المصطلحات الأحدث والمتفق عليها في الفقه القانوني[110]، وغير ذلك من معايير الصياغة اللغوية للتعبير عن النصوص القانونية.

الفرع الثاني: معايير مضمون القيود التشريعية:

تنطوي القيود التشريعية بوصفها قواعد قانونية بالإضافة إلى عنصر الشكل على عنصر العلم أو المضمون وهو العنصر الموضوعي، والذي يقوم على جملة معطيات تعبر في مضمونها على حقائق اجتماعية وسياسية واقتصادية والقيم العليا في مجتمع معين، وهذه المعطيات هي التي تزود المشرع بمادته الاولية التي يصوغ منها القانون، فهذا العنصر يتصل بالملائمة وحسن التدبير في تشريع القوانين، لذلك يسترشد المشرع بعدة معايير تضمن جودة القانون والحاجة التي دعت إلى اصداره، ويرى الباحث ان المشرع عند سنه للقوانين يستخدم عدة معايير اهمها هي :-

1- **"القانون المقارن"**: اختلف الفقه في النظرة إلى "القانون المقارن" من حيث طبيعته أو وظيفته ومن حيث اهدافه أو الغاية منه وقد ادى ذلك إلى الاختلاف في تسمية الاصطلاحات التي اطلقت عليه[111]، فقد ذهب رأي يتزعمه "الفقيهان الفرنسيان لامبير والفقيه سالي" إلى أن وظيفة "القانون المقارن" هي علم كغيره من العلوم وبحثوا في الغاية التي يسعى إلى تحقيقها وغاية "القانون المقارن" عندهم هي ("يبحث في القواعد العامة المشتركة بين الشرائع والنظم القانونية المختلفة")[112]، فهو عند اصحاب هذا الاتجاه فرع من فروع القانون يقوم عن طريق المقارنة وبخصوص مسألة معينة، بدراسة المفاهيم والقواعد القانونية الخاصة بتلك المسألة في نظامين أو اكثر، أي دراسة قوانين اكثر من دولة بخصوص مسألة معينة، أما الاتجاه الثاني فيرى أن "القانون المقارن" ليس فرعاً من فروع القانون كبقية الفروع الأخرى وإنما هو طريقاً ومنهجاً من طرق البحث في المجال القانوني، فهم يرون انه ليس "للقانون المقارن" في ذاته غاية ثابتة لا تتغير بل تختلف هذه الغايات بحسب قصد من يقوم بتلك المقارنة، ومن فقهاء هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (رينيه دافيد) الذي يرى في الغاية من المقارنة اغراض متعددة، فهي قد تستعمل "لإصلاح التشريع الداخلي أو تعديله أو لتوحيد القوانين، أو قد تكون الغاية منها هي ايضاح الحلول التي وردت في القوانين الوطنية"، أو فهم الانظمة القانونية المختلفة والتعرف على اسسها التاريخية والفلسفية ومبادئها وتطبيقاتها العملية[113].

وأيا كان الاختلاف حول طبيعة وغاية القانون المقارن ففي نطاق هذه الدراسة يمكن لنا القول بأن "القانون المقارن" يمكن أن يكون معيار يسترشد به المشرع عند سن القواعد القانونية التي تتضمن قيود تشريعية على حرية الارادة أو تعديلها، فقد بينا سابقاً أن احد مصادر هذه القيود هي التشريعات الخاصة و التشريعات الفرعية أو اللوائح وهذه التشريعات يصدرها المشرع استجابة لما يشهده العالم من تشعب لمجالات السلوك البشري وتنوعها في مختلف المجالات، وفي كثير من الاحيان نجد أن الجهة التي تقوم بتقديم مشروع القانون تكون بصدد تقديم مشروع قانون لم يتناوله المشرع مسبقاً بالتنظيم، فتبرز عندئذ الحاجة إلى معرفة تشريعات تنظم ذات الموضوع صدرت في دول أخرى على مستواه تشريعاتها الوطنية، أو تشريعات دولية ("قوانين نموذجية- قواعد استرشادية تشريعية")[114]، بغية الوقوف على تجاربهم في ذلك المجال الذي يتضمنه مشروع القانون والاهتداء بما توصلوا اليه من نتائج.

ويرى الباحث كذلك أن معيار الاسترشاد بالقوانين والمقارنة معها عند اصدرا التشريعات ليس معياراً بعيد عن تصورات المشرع العراقي، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (1) من القانون المدني العراقي بعد نصت الفقرة الثانية منه على مصادر القانون بأن للمحكمة أن (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) فإذا كان المشرع قد اجاز للقاضي أن يسترشد بتلك القوانين، فله من باب اولى أن يستعين هو بها عند اصدراه التشريعات.

ومما يجب على المشرع مراعاته عند المقارنة مع قوانين الدول الأخرى هو رسمية ذلك القانون، أي أن التشريع محل المقارنة يجب أن يكون رسمياً في دولة اصداره أو مصدر رسمي على المستوى الدولي وذلك للتأكد من مدى دقته ومحتواه، كما يجب على المشرع أن يتأكد من وحدة المبررات والدوافع، أي أن تكون الحاجة إلى اصدرا القانون هي ذاتها في الدول التي أصدرت القانون محل المقارنة، مع مراعاة الخصوصية الوطنية والاجتماعية والاقتصادية في دولته فليس كل ما ينجح في دولة معينة ضروري أن ينجح في دولة أخرى[115]، وعليه كذلك أن يحيط علماً بالقانون الذي يقوم بالمقارنة معه وان يبدأ بمقدمة يحدد فيها الهيكل العام لذلك القانون واهم الاسس التي يقوم عليها وان

يستوعب "التصورات الفلسفية والاجتماعية والاقتصادية" السائدة فيه، والاهم من ذلك أن يعرف المجتمع الذي يطبق فيه ذلك القانون، فهو لا يمكن أن يفهم قبل فهم المجتمع الذي يطبق فيه[116]، والقيود التشريعية باعتبارها قيود على حرية الارادة خلاف الأصل العام في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة ينبغي مراعاة كل ما تقدم عند وضعها فدراسة قوانين البلدان التي تتضمن قيود تشريعية تحيط المشرع بالمعرفة والدراية التامة لخطورة تلك القيود من جهة واهميتها في تحقيق الغاية منها من جهة أخرى والموازنة بين اهميتها وخطورتها، كما أن تلك القيود قد تكون في صورة شروط واجراءات ينبغي أن يستوفيها من يسعى إلى التعاقد وهو غير ضامن لنتائج استيفائها وما قد يترتب على ذلك من اثار سلبية أو نفقات وتكاليف، لذا ينبغي على المشرع أن يراعي خطورتها وان يزن الامور بميزانها الصحيح.

2-**معيار التوازن العقدي** : أن الارادة الفردية لعبت دوراً بارزاً ولمدة طويلة في انشاء العقد وترتيب اثاره، فكان للمتعاقدين الحرية التامة في تنظيم العلاقة التعاقدية بينهم وتحديد الحقوق والالتزامات بينهم في حدود النظام العام والآداب، ولكن هذه الحرية للإرادة تغيرت كثيراً بحيث اصبحت محدودة أو مقيدة بنصوص قانونية آمرة، وادى تطور الفكر الاجتماعي إلى تدخل الدولة عن طريق احكام القانون في تنظيم علاقات الافراد في معاملاتهم الخاصة تنظيما اجبارياً إلى زيادة القيود على سلطان الارادة، وظهور ما يسمى بالعقود الملزمة والعقود الموجه، ويرى بعض الفقه[117] أن هذا التدخل المتزايد للمشرع ينسجم مع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على اساس العقد المتوازن بين الطرفين بعيداً عن الغبن أو الاستغلال، ومن جهة أخرى ظهرت اتجاهات فقهية تطالب بأعاده النظر في اسس مبدأ سلطان الارادة وضرورة حماية التوازن العقدي مستلهمين في ذلك مبادئ العدالة[118]، مما دفع بعض التشريعات الحديثة إلى البحث عن اليات ووسائل تضمن حماية مصالح المتعاقدين، ومن ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي في التعديل الاخير للقانون المدني كما ذكرنا سابقاً على بعض الالتزامات التي يجب على الطرفين الالتزام بها اثناء مرحلة المفاوضات العقدية كالالتزام بحسن النية أو الالتزام بالإعلام، وهذه الالتزامات تقع على عاتق طرفي العقد على قدر من الموازنة بينهم، فإذا كان احدى غايات المشرع من فرض القيود التشريعية هو تحقيق العدالة، فأن معياره في ذلك هو الموازنة بين حقوق والتزامات الاطراف قدر تعلق الامر بتدخل القانون في انشاء وتكوين العقد.

ويقتضي معيار التوازن العقدي الذي تحقق الاستعانة به العدالة في مرحلة المفاوضات، أن يكون هناك توازن معرفي أو معلوماتي بين الطرفين قبل ابرام العقد أو اثناء المفاوضات بشأنه، ويجب أن تكون معلومات واضحة لا يشوبها الخداع، كما يجب أن تكون المفاوضات قد تمت بحسن نية من الطرفين، ويجب على الطرفين الالتزام بسرية المفاوضات سواء تم ابرام العقد أو انتهت دون انعقاده[119].

ويرى الباحث انه من المسلم به وفقاً للقواعد العامة يجب كذلك أن يكون رضا الطرفين حراً مستنيراً عن كل ما يتعلق بالعقد من مسائل جوهرية تساعده على تحديد موقفه من التعاقد، لذلك في العقود الجبرية والعقود الملزمة يتكفل المشرع بتحقيق الموازنة العقدية بين الاطراف المتعاقدة لكفالة رضا الطرفين، فالشخص الذي يجد نفسه ملزماً بالتعاقد أو مجبر عليه يبقى نظره شاخصاً لما يتضمنه العقد من موازنة بين حقوقه والتزاماته، فالإجبار على التعاقد تخفف من وطئته عدالة العقد الذي تحققه تلك الموازنة بين الطرفين.

وقد استخدم المشرع هذا المعيار في كثير من المناسبات، ففي عقود ايجار العقارات نجد أن المشرع يتدخل في فرض التزامات بين طرفي العقد بشكل متوازن بين الطرفين، مثال على ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (3) والتي جاء فيها (يمتد عقد الإيجار بعد انتهاء مدته، ما دام المستأجر شاغلاً العقار، ومستمر في دفع الأجرة.....)[120]، حيث نرى أن المشرع قد قرر الامتداد القانوني للعقد بصورة اجبارية على المؤجر وذلك مراعاة لمبدأ التضامن الاجتماعي والعدالة الاجتماعية، ولكنه في الوقت نفسه اشترط على المستأجر أن يكون شاغلاً للعقار ومستمر في دفع الأجرة، فدفع الأجرة هي لضمان حقوق المؤجر، واشغال العقار هي الدليل على الحاجة الاجتماعية التي كانت السبب في تدخل المشرع، فالمشرع استعان بمعيار الموازنة بين حقوق والتزامات الطرفين بهدف تحقيق العدالة بينهم من جهة وتحقيق التضامن الاجتماعية من جهة أخرى، وكذلك في عقود الاستهلاك، حيث أن هذا النوع من العقود لا يتسم بالتوازن الاقتصادي بين المستهلك والمنتج، نرى أن المشرع يدخل في فرض القيود على حرية المنتج الذي يتمتع بمكانة اقتصادية ومعرفية من اجل عادة التوازن العقدي بغية تحقيق العدالة بين الطرفين لحماية

الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وهو المستهلك، وغير ذلك من العقود التي يتدخل فيها المشرع مستهدياً بمعيار الموازنة العقدية بين الطرفين من اجل تحقيق الغايات التي يسعى لها المشرع من وراء ذلك، كما أن لهذا المعيار دور بارز في مرحلة تنفيذ العقد والتي لامجال للخوض فيها في هذه الدراسة[121].

3- **معيار المعقولية في وضع القيود التشريعية**: ومعيار المعقولية من المعايير الموضوعية، وقد تبناه المشرع العراقي والمشرع في القوانين محل المقارنة بشكل صريح في مناسبات عديدة ، ولهذا المعيار دور بارز في تحديد المسؤولية المدنية وتحديد الشخص المسؤول وما يتوقع منه من سلوك معقول عند مسألته عن الخطأ الصادر منه، نص عليه المشرع كمعيار يسترشد به القاضي في ضبط الخطأ كركن للمسؤولية، فهو معيار موضوعي لتحديد الحرص المطلوب ومعيار افتراضي لتحديد مستوى الحرص المطلوب[122]، ألا أن ذلك لا يمنع المشرع ذاته من الاسترشاد به كمعيار لما يصدر منه من قيود تشريعية على حرية الارادة، فمعيار المعقولية في قيد سن الرشد مثلاً يشير إلى القدرة العقلية والنضج اللازمين لشخص ما حتى يتمتع بالأهلية اللازمة للتصرف بالحقوق والالتزامات القانونية، ويتم تحديد سن الرشد كقيد تشريعي بسن البلوغ الذي يختلف من دولة إلى أخرى، وهذا القيد التشريعي هو مجرد معيار لا يعكس بالضرورة النضج العقلي للفرد، فقد يكون لدى بعض الأشخاص النضج قبل هذا سن معين (18 سنة مثلاً) أو قد لا يكون لديه أي نضج حتى بعد بلوغ هذا السن، ولكن لضرورة استقرار المعاملات واستحالة تحديد النضج العقلي لدى الأشخاص استعان المشرع بتحديد سن الرشد بسن معينة على وجه معقول وشائع في الوسط الاجتماعي، وقد سبق أن ذكرنا بأن لهذا المعيار دور في مرحلة السعي إلى التعاقد وهي المرحلة التي لا تكون القيود فيها بصورة التزامات يلتزم بها شخص في مواجه شخص أخر، وإنما تكون القيود في صورة اجراءات وقيود يجب أن تكون معقولة التنفيذ وان يتوقع المشرع معقولية فرضها على الأشخاص، ومعقولية الاستجابة لها من قبلهم.

وقد طبق المشرع العراقي هذا المعيار في نطاق القيود التشريعية بشكل ضمني في مناسبات عديدة ومن ذلك ما نصت علية المادة (6) من قانون الاسلحة رقم 51 لسنة 2017 والتي تضمنت الشروط التي ينبغي توافرها لمنح الشخص إجازة حمل وحيازة السلاح، وهي تمثل قيود شرطية في مرحلة السعي إلى التعاقد على حرية الشخص لا يستطيع شراء وحمل أو حيازة الاسلحة المرخص بحيازتها وحملها بموجب القانون، والمشرع عند وضع هذه الشروط راعى فيها معيار المعقولية، ففي الفقرة اولاً/ ب اشترط المشرع أن يكون من يرغب في شراء الاسلحة واستحصال الاجازة بذلك أن يكون قد اكمل الخامسة والعشرين من العمر، وهو سن يختلف عن سن الرشد في القانون العراقي، وهو سن معقول لمثل هذه العقود وذلك لخطورة المحل فيها، وغيرها من القيود التي نص عليها المشرع بشكل معقول، وذلك من اجل المحافظة على المصلحة العامة والتقليل من التعامل بهذا النوع من الأشياء.

يتبين لنا من كل ما تقدم أن المشرع وهو يضع القيود التشريعية على حرية الارادة، لابد لها أن يستعين بعدة معايير سواء التي ذكرنا أو التي لم يتسع المجال لذكرها، لما تمثله هذه القيود من خطورة على حرية الارادة تؤدي إلى منع أو احجام الأشخاص عن التعاقد مما يؤثر على عملية التداول، ولما لهذه المعايير أو المقاييس من اهمية في بيان مدى صحة وجدوى هذه القيود والغاية منها، والاستعانة بها عند اعادة النظر بالقوانين التي تضمنتها عند تعديلها.

الخاتمة

نخلص مما تقدم في هذا البحث إلى بعض النتائج والتوصيات

اولاً: النتائج:

1- القيود التشريعية لا حصر لها فمنها ما نص عليها المشرع في صورة التزامات تقع على عاتق احد الطرفين أو كلاهما في مرحلة المفاوضات السابقة لإبرام العقد، وقد تكون تارة في صورة شكلية معينة يتطلبها القانون لإتمام التصرف، وقد تكون في صورة شروط أو اجراءات في مرحلة سابقة على مرحلة المفاوضات العقدية تارة أخرى.

2- لم نجد تعريف تشريعي محدد للقيود التشريعية مما اضطرنا إلى تجزئة مفرداته الى (القيود) و (التشريعية) و محاولة الوصول إلى تحديد معنى تلك القيود وتعريفها وذلك من خلال الاطلاع على التعريفات الفقهية لهما حتى خلصنا الى إن القيود التشريعية هي (مجموعة القواعد القانونية الآمرة التي توضع بصورة اجراءات أو شروط أو شكلية

محددة أو التزامات والتي يفرضها المشرع عند انشاء العقد أو تحديد اثاره، والتي من شأنها أن تحد أو تقيد من حرية الارادة في انشاء العقود).

3- إن مصادر القيود التشريعية التي ترد على حرية الارادة تنحصر بالقانون المدني كتكريسه لواجب الالتزام بالإعلام، والمحافظة على سرية المفاوضات وجعل منها واجباً عاماً في مرحلة المفاوضات، فضلاً عن التشريعات الخاصة وما تمتاز به من سمات، وكذلك التشريعات واللوائح الداخلية.

4-ان الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات لم تعد حرة كما في السابق إذ إن المشرع بدأ يتدخل بصورة جلية وواضحة في تقييد هذه الحرية، وتدخله يتناسب عكسياً مع تراجع مبدأ سلطان الارادة، لغايات يهدف المشرع إلى تحقيقها، فأطراف العقد المزمع انعقاده مستقبلاً يجب أن يكون التفاوض بينهم وفق مبادئ تتأرجح قوتهما قوة وضعفاً مع مبدأ سلطان الارادة وحريتها في تكوين القيود من جهة، وتدخل المشرع في تقيد هذه الحرية أو منعها أو توجيهها الوجه التي يراها جديرة بالاتباع من جهة أخرى.

5-من خلال بيان مفهوم المعيار القانوني عموماً وبيان وظائفه يمكن لنا تعريف المعيار في وضع القيود التشريعية بأنه (اداة فكرية مرنة ونسبية يستند إليها المشرع لتقيم وتقويم التشريعات القانونية عند سنها للتأكد من مدى مطابقتها للواقع وتطورها بطور المجتمع وما يترتب عليها من تقرير حق أو تكليف بواجب والتحقق من مدى تحقيق هذه التشريعات للغاية منها).

6- أن المشرع عند استخدامه للمعيار بوظيفته التشريعية لا يشير اليه صراحةً أو ضمناً كما في وظيفته القضائية، لأنه في هذه الحالة ليس خطاباً يوجه إلى القاضي أو الجمهور من جهة، و لكونه اداة فكرية يستخدمها العقل في وزن الامور من جهة اخرى، بل يسترشد بها المشرع ذاته للتأكد من مدى فاعليه وصحة القوانين التي بصدد تشريعها، والمشرع عند سنه للقوانين يستخدم عدة معايير منها ما يتعلق بصياغة القيود التشريعية ومنها ما يتعلق بمضمون القيود التشريعية بوصفها قواعد قانونية أمرة يصدرها المشرع لغايات معينة.

ثانياً: التوصيات

1- أن يتوخى المشرع لا سيما في التشريعات الخاصة التي تتضمن في ثناياها تنظيم أنواع معينة من العقود الدقة في وضع القيود التشريعية، لأنها استثناء من الأصل الذي هو الحرية التعاقدية، ولان الافراط في النص على مثل تلك القيود قد يودي إلى عزوف الارادة في سعيها لإبرام العقود، مثال ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 19 من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 والتي جاء فيها (يحصل المستثمر على الاجازة إضافة إالى حصوله على باقي الاجازات لغرض التمتع بالمزايا والاعفاءات التي تقدمها الهيئة) فما هي تلك الاجازات وما هي اجراءات الحصول عليها، فالنص عليها يمثل افراط في فرض القيود قد تؤدي إلى عزوف الارادة التعاقدية في ابرام العقود، وكذلك ما نص عليه ما نصت عليه المادة 13 من قانون المرور رقم 9 لسنة 2019 على (اولا: على البائع والمشتري اكمال اجراءات نقل ملكية المركبة المباعة لدى دائرة التسجيل المختصة خلال 30 يوما من اليوم التالي لتاريخ توقيع العقد المرور الخارجي (الورقي أو الالكتروني) المبرم بواسطة احد المعارض أو المكاتب المجازة لبيع وشراء المركبات أو الجهة المعتمدة من مديرية المرور العامة) حيث يلاحظ أن المشرع من جهة ينص أن نقل ملكية المركبة لا تتم إلا بالتسجيل في دائرة المرور أي أن عقد نقل المركبات هو عقد شكلي لا ينعقد إلا بالتسجيل ومن جهة اخرى فرض قيد بأجراء عقد مروري خارجي واعترف بأن هذا العقد يترتب عليه نقل الملكية، فهل الحاجة تدعو إلى ابرام عقدين لنقل ملكية مركبة، لقد كان الغرض من هذا العقد هو ضرورة امنية لغرض معرفة الحائز المركبة في وقت مضى ولم تعد الحاجة له كما انه لم يحقق غرضه المقصود، فلماذا اصبح إجراء أو قيد لا بد من استيفائه لنقل المركبات، اين هي المصلحة العامة التي ستحقق بموجب هذا النص؟

2- أن يستعين المشرع بالمعايير القانونية لا سيما بالقوانين المقارنة ودراستها من كافة الجوانب والظروف التي صدرت فيها ومقارنتها بالظروف في العراق ومدى النجاحات التي حققتها في البلدان التي صدرت فيها، لتلافي الاثر الانعكاسي أو السلبي لتلك القيود، مثال ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (19) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 بأن يحصل المستثمر على الاجازة الاستثمارية والاجازات الأخرى، وبينت في الفقرة الثانية متطلبات منح الاجازة، وان الحصول على الاجازة من الشروط الواجب توافرها لمنح صفة المستثمر وابرام

العقود الاستثمارية، ثم صدر قانون المدن الصناعية رقم 2 لسنة 2019 ونصت الفقرة الأولى من المادة (9) منه على شرط الاجازة ايضاً وجهة منحها ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على تخويل الوزير اصدرا التعليمات الخاصة بشروط واجراءات منح تلك الاجازة، في حين أن عمل المطور وابرام العقود المتعلقة بأنشاء وتطوير المدن الصناعية هي من العقود الاستثمارية بالنسبة للمطور، مما يعني انه تطبيقاً لتلك القوانين ومن اجل حصول المطور على فرصة ابرام العقود المتعلقة بالمدن الصناعية والحصول على الحوافز الاستثمارية التي نص عليه قانون الاستثمار وفق ما جاء بالمادة 18 من قانون المدن الصناعية يتوجب على المطور الحصول على اكثر من إجازة وما يتبعه من من اختلاف شروط واجراءات وجهة منح كلاً منها وفق ما نص عليه القانون للحصول عليها، مما يؤدي إلى وجود قيود مكررة على ارادته في ابرام تلك القيود، في حين نرى أن المشرع المصري اصدر قانون تيسير اجراءات منح تراخيص المنشآت الصناعية المصري رقم 15 لسنة 2017 والمتضمن الاجراءات والشروط والجهة المخولة بإصدار تلك التراخيص، ثم صدر قانون الهيئة العامة للتنمية الصناعية رقم 95 لسنة 2018 ونصت الفقرة العاشرة من المادة (3) على سريان ذات الشروط والاجراءات المنصوص عليها في قانون تيسير اجراءات منح التراخيص رقم 15 لسنة 2017، وكذلك ما نصت عليه المادة (2) من ديباجة قانون الاستثمار رقم 72 لسنة 2019 بأن لا تخل أحكام القانون بسريان قانون اجراءات تيسير الاجراءات رقم 15 لسنة 2017 مما يعني أن المشرع قد وحد اجراءات وشروط منح التراخيص مع توحيد الجهة المانحة لها، ولم ينص المشرع العراقي على مثل هكذا قانون موحد لمنح الاجازات الاستثمارية وتوحيد اجراءاتها وشروطها، فالمقارنة مع ما اصدره المشرع المصري من تشريعات خاصة بالعقود الاستثمارية كان ضرورة ملحة من اجل التخفيف من القيود التشريعية على حرية الارادة.

3- أن صدور بعض التشريعات الخاصة وصدور اللوائح التنفيذية تبعاً لها والتي تنص على تنظيم اجراءات عمل الادارة، بذات الوقت تتضمن قواعد قانونية تقيد أرادة المتعاقد مع جهة الادارة من اشخاص القانون الخاص، وتختلف هذه القيود من قانون لآخر، أو قد تتداخل هذه القوانين فيما بينها، لذلك ينبغي أن تأخذ هذه القوانين بنظر الاعتبار اهمية المحافظة على مبدأ سلطان الارادة وحريتها في ابرام العقود وان لا تضع القيود ألا بالقدر الذي يحفظ الموازنة بين المصالح الخاصة والمصالح العامة.

الهوامش

1 - د. ايمن ابراهيم العشماوي، القيود الواردة على حرية الارادة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،2002، مصر، ص16.

2 - الإفراط لغةً: مجاوزة الحد ، يقال أفرط إذا تجاوز الحد وزاد عنه وامرٌ فرط أي مجاوزٌ فيه الحد، أما اصطلاحاً هو مجاوزة الحد المشروع في القول والفعل، والوسطية في جميع الامور هي سمة هذه الامة البارزة ويضيعها امران احدهما التفريط وهو ترك الاعتدال وعدم بلوغ الحد المطلوب عند أداء الواجب، وثانيهما الإفراط وهو الزيادة عن الحد المشروع بحيث يؤدي إلى الغلو والإسراف والتطرف في الامور كلها: للمزيد من المعلومات ينظر في ذلك محمد بن مكرم جمال الدين أبن منظور، لسان العرب، مادة هلك، بدون طبعة، دار المعارف، 2007 ص 163/11

3- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط2، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1963، ص12.

4 - احمد بن فارس بن زكريا القزويني اللغوي، مجمل اللغة، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة للطباعة، ط2، بيروت، 1986، مادة قيد، 738/5.

5 - اسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربي، مادة قيد، ص 829. متاح على موقع المكتبة الشاملة على الرابط https://shamela.ws/book/23235 اخر زيارة للموقع بتاريخ 2024/5/10.

6 - رواه ابو داود السجستاني في كتاب سنن ابي داود، باب العدو يؤتى على غرة ويتشبه بهم43/3، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1996.

7 - احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير 521/2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون سنة طبع.

8 - نقلاً عن صلاح امحمد منصور الشويرف، القيود الواردة على مبدأ حرية العقود، اطروحة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2016، ص 17.
9 - د. وهبة الزحيلي، الفقهة الاسلامي وادلته، دار الفكر، الطبعة الرابعة، بدون تاريخ نشر، بدون مكان نشر، 199/1.
10 - د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية،ج1، القانون، منشورات جامعة الكويت، 1972، ص378.
11 - نقلاً عن د. عبد الرحمن بن احمد الحارثي، القيود التي فرضها القانون السعودي على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي، الرياض، 2022. ص38.
12 - حنيشي ابو بكر الصديق، القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، 2022، ص45.
13- نقلاً عن د. عبد الباسط جاسم محمد، تضخم المحتوى الاجباري للعقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الانبار، المجلد10، العدد38، 2021، ص147.
14 - د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي، الكتاب الأول، بدون جهة الطبع، مصر، 1984، ص41.
15 - د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر اعلاه، ص47.
16 - د. مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 1997، ص23.
17- د. حمدي عبد الرحمن، ود. سهير منتصر، نظرية الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة عبدالله وهبة بعابدين، مصر، 1999، ص 128.
18- د. محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة مؤتة، العدد 47، 2011، ص5.
19- د. محمد الامين الضرير الصديق، الغرر واثره في العقود في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية، مطبعة دلة البركة، السعودية، 1995، ص21.
20- نقلاً عن د. السيد عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الارادة بين القانون الروماني والفقه الاسلامي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر، ص14، نقلا عن: د. عبد الرؤوف دبابيش، مبدأ سلطان الارادة في العقود بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016، ص258.
21- د. اشرف جنوي، حرية التعاقد والنظام العام العقدي، بحث منشور في مجلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، 2016، ص181.
22- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام،الجزء الثاني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1954، ص39.
23- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، القانون، مصدر سابق، ص 377.
24 - د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2010، ص105.
25 - د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القسم الأول، منشأة المعارف ، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 233-235.
26 - د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص 290-291.
27 - د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص217.
28 - تعليق على نصوص القانون المدني الفرنسي، عربي، فرنسي، انكليزي، للبروفسيور ميشال سجعان، منشورات شركة لكسيس نكسيس، مجموعة صادر،2020، الباب الثالث، قانون العقود الفرنسية الجديد لسنة 2016، ص345.
29 - Art 1104: Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.Cette disposition est d'ordre public.
ينظر في الترجمة ، متن القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، ل ميشال سجعان، مصدر سابق ص 365.
30 - Art 1112-1: Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. …
Art. 1112-2 : Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun
ينظر في الترجمة: متن القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ل ميشال سجعان ، المصدر السابق ص 366.
31 - د. اسامة ابو الحسن مجاهد، شرح قانون العقود الفرنسي الجديد، شرح لتعديل القانون المدني الفرنسي في 2016 مقارناً بالقانون المدني المصري في اهم المواضع، مطبعة نادي القضاة، مصر، 2023، ص105.
32 - اطلق الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري على مجموعة التشريعات التي صدرت متعاقبة في جمهورية مصر العربية على ايجار العقارات اسم (التشريعات الاستثنائية الخاصة) لصدورها من ذات المصدر الذي صدرت منه التشريعات الرئيسية، ألا أنها اختصت في

موضوع عقد معين دون غيره: للمزيد من المعلومات ينظر في ذلك د. احمد عبد الزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجز السادس، دار النهضة العربية، مصر، 1964 ص891.

33 - ينظر في ذلك: نص المادة 7 من قانون حماية المستهلك العراقي والتي جاء فيها ("يلزم المجهز والمعلن بما يأتي: اولاً التأكد من تثبيت البيانات والمواصفات والمكونات الكاملة للمنتج وخاصة بدء وانتهاء الصلاحية وبلد المنشأ قبل طرحها في السوق أو قبل اجراء عملية البيع أو الشراء أو الاعلان عنها".....)

34 - ينظر في ذلك: نص المادة 4 من قانون ايجار العقار في العراق رقم 87 لسنة 1979 والتي نصت على ("لا تزيد الأجرة السنوية للعقار المشمول بأحكام القانون على النسبتين الاتيتين: 1- 5% خمسة من المئة من القيمة الكلية في العقارات أو الشقق المعدة للسكنى المؤجرة لهذا الغرض 2- 7% سبعة من المئة من القيمة الكلية في العقارات أو الشقق المؤجرة على شكل غرف للسكنى".....)

35- ينظر في ذلك نص المادة 19 من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 والتي نصت على ("اولاً: يحصل المستثمر على الإجازة إضافة إلى حصوله على باقي الاجازات لغرض التمتع بالمزايا والاعفاءات التي تقدمها الهيئة، ثانياً: تمنح الهيئة إجازة استثمار لإنشاء المشروع بناءً على طلب يقدم إليها من المستثمر ويشمل الطلب الذي يتقدم به المستثمر ما يلي: أ- استمارة الطلب المعدة من الهيئة ، ب- خطة تمويل المشروع مقترنة بضمان جهة التمويل من مؤسسة مالية معتمدة ، ج – المشاريع التي قام بها المستثمر أو شركائه في العراق أو خارجه والجهات الساندة له في تنفيذه د- تفاصيل المشروع المراد الاستثمار فيه والجدوى الاقتصادية هـ - جدول زمني لإنجاز المشروع".....)

36 - ينظر في ذلك: نص المادة (9) من قانون المدن الصناعية رقم 2 لسنة 2019 والتي نصت على ("اولاً: تمنح الهيئة إجازة المدن لأنشاء أو تطوير أو تشغيل مدينة صناعية، ثانياً: تحدد شروط منح الاجازة المنصوص عليها في البند اولاً من هذه المادة بتعليمات يصدرها الوزير")

37 - ينظر في ذلك نص الفقرة السادسة من المادة 11 والفقرة السادسة من المادة 14 من قانون هيئة المدن الصناعية رقم 2 لسنة 2019.

38 - أن ابرام العقد الاداري "يعتمد على مدى التزام الادارة بالنصوص القانونية والقواعد القانونية المنظمة لعملية التعاقد، والمبادئ والاحكام المتعلقة بمختلف مراحل تكوين العقد الاداري، للمزيد من المعلومات ينظر في ذلك: سعيد بن حمد بن ناصر الرحبي، حرية الإدارة في التعاقد في التشريع العماني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، عمُان، 2020، ص54.

39 - د. نبيلة ارسلان، القيود التشريعية على حرية التأجير والاستئجار في ضوء أحكام القضاء والفقه، دار النهضة العربية ، مصر، 1989 ص 4.

40 - د. عبد الباسط جاسم محمد، المصدر السابق، ص153.

41 - د. سليمان مرقص، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الطبعة السادسة، بدون دار نشر، القاهرة، 1987، ص177.

42 - د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص 392.

43 - د. . سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص322.

44 - ينظر في ذلك: نص المادة (9) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014

45 - ينظر في ذلك: نص الفقرة السادسة من المادة (5) من التعليمات والتي نصت ("أي نوع من أنواع التعاقد يتفق مع أحكام هذه التعليمات ويعتمد بقرار من مجلس الوزراء وبما لا يتعارض مع التشريعات ذات العلاقة ولمجلس الوزراء النظر بمنح أي من عقود الاستثمار إجازة استثمارية")

46 - ينظر في ذلك: نص المادة 2 من تعليمات تسجيل المركبات رقم 5 لسنة 2021 والتي نصت على ("يشترط لتسجيل المركبات لأول مرة ما يأتي: اولاً- أن تكون مرسمة كمركياً أو معفاة من بنص خاص أو مصنعة في جمهورية العراق.... ثانياً- أن تتوافر لدى المالك أو المجمع المستندات الالكترونية أو الورقية ... ثالثاً- فحص المركبة للحصول على شهادة الفحص الفني لها لترويج معاملة تجديد إجازة تسجيلها .... رابعاً- الحجز الالكتروني لموعد المراجعة إلى اقرب مجمع من منطقة سكن المالك (قيد اجرائي) خامساً- تسديد الرسوم والغرامات والاجور وثمن الوثائق واللوحات التي يصدرها المجمع للشخص أو المركبة")

47 - ينظر في ذلك: المادة (2) من تعليمات رقم 8 لسنة 1999 والتي نصت على(" يشترط في الشخص الراغب في الحصول على الاجازة ما يأتي: أ- اللياقة البدنية .... ب- اللياقة النفسية والعقلية ..... ج- اللياقة الحسية) كما نصت المادة (1) من التعليمات على اجراءات منح الاجازة

48 - د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص 394.

49 - د. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الاسلامي، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 49 وما بعدها.

50 - ينظر في ذلك : د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات- دراسة في القانون المصري والفرنسي، بدون دار نشر، القاهرة، 1995 ص2؛ و د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهظة العربية، القاهرة، ط1، 2006، ص 95؛ و د. حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد- دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية صادر، ط1، 2016، بيروت، ص17 وما بعدها؛ ود. حازم عبد الكريم حمودة، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2016، ص 8 وما بعدها،

51 - د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2002 ، ص9.
52 - نقلاً عن د. رجب عبد الكريم عبدالله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 24.
53 - نقلاً عن: د. قاسم بريس احمد الزهيري، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات قبل التعاقد، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر، القاهرة، 2023، ص7.
54 - نقلاً عن د. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، المجلد 38، العدد 2، مصر، 1996، ص 394.
55 - د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وابرام العقود، مكتبة الملك فهد بن عبد العزيز، الرياض، السعودية، 1995، ص30.
56 - د. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص394.
57 - د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص32.
58 - د. خالد محمد احمد العزي، المفاوضات الممهدة لابرام العقد في القانون المدني العراقي، دراسة تأصيلية تحليلية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 8، العدد 30، الجزء 2، العراق، 2019، ص241.
59 - د. أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2018، ص41؛ وينظر في ذلك: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية بحث منشور في مجلة النهرين للحقوق، المجلد الأول، العدد الثالث، 1997
60 - Art. 1104: Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.Cette disposition est d'ordre public.
ينظر في الترجمة: متن القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ل ميشال سجعان ، المصدر السابق ص 365.
61 - د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المصدر السابق، ص82.
62 - د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية، دار النهظة العربية، القاهرة، 1998، ص121. وينظر في ذلك كذلك: د. اكرم محمود حسين و د. محمد صديق محمد عبدالله، اثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث مستل من أطروحة دكتوراه الموسومة موضوعية الارادة التعاقدية- دراسة تحليلية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2010، منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد13، العدد 49، لسنة 2016، ص408.
63 - د. أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها واحكامها، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2014، المجلد 16، العدد 1B، ص299.
64 - د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، الإسكندرية، 2015، ص70.
65 - فهو ضابط اخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي ومجرد وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع: للمزيد ينظر في ذلك د. خالد محمد احمد العزي، المصدر السابق، ص 247.
66 - د. محمد حسين عبد العال، المصدر السابق، ص124.
67 - د. محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد2، 2019، ص207.
68 - عرف بعض الفقه حالة الضرورة بأنها (حالة تنتج عن واقعة تجعل تطبيق الإحكام الاصلية في العقد والالتزام الناشئ عنه غير عادلة، والتي من شأنها ان يطبق حكم استثنائي يرعى تحقيق العدالة) للمزيد في ذلك ينظر: علي سعود داخل ثويني، نظرية الضرورة في الالتزام التعاقدي- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، 2019 ص 157.
69 - د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 116.
70 - د. ايمن ابراهيم العشماوي، القيود الواردة على الارادة التعاقدية، المصدر السابق، ص21، وفكرة العقد الموجه (Contrat dirge) باختصار تعني العقود التي تخضع لتنظيمات وقوانين صادرة عن السلطة التشريعية في دولة معينة، أي أنها تشتمل على مجموعة من الشروط والاحكام التي يجب على الاطراف الالتزام بها ومن امثلة تلك العقود عقود العمل التي تحتوي على مجموعة من الشروط والحقوق التي يجب على صاحب العمل والعامل الالتزام بها وبعبارة أخرى، أن تلاقي ارادتين في تكوين العقد من الخصائص التي يتصف بها العقد، ألا أن ذلك لا يعني بالضرورة وجود مفاوضات سابقة على تلاقي الارادتين، فالارادة قد تقتصر في بعض الاحيان على الانظمام إلى نظام وضعه المشرع، أو وضعه اشخاص اخرون مسبقاً، ويرى بعض الفقه بأنه لابد من ان نسير في اتجاه مبدأ أخر، وهو مبدأ العمل الموجه Acte dirige أي العمل الذي يحدد القانون اهم شروطه، ولا يكون للأشخاص ألا أن يرتضو بها أو لا يرتضوها من دون أن تكون لإرادتهم أي دور في التعديل منها، لمزيد من المعلومات ينظر في ذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق، ص47، أما فكرة العقود الجبرية فهي العقود التي تغيب عنها المناقشات والمفاوضات، حيث لا تتوافر فيها الحرية التعاقدية، وتتكفل سلطة الدولة بفرض التنظيم القانوني الخاص بها وكيفية انعقادها وترتيب اثارها، ومن اهم هذه العقود هو عقد التأمين، والسبب في فرض هذه العقود ترجع إلى عدة اسباب رأى المشرع أنها جديرة بالحماية، مثل ضعف مركز احد طرفي العلاقة العقدية اقتصادياً، أو لتحقيق المصلحة العامة والجماعية لفئة معينة، ففي عقود التأمين الجبري عن حوادث السيارات مثلاً، نرى أن الفائدة تعود على مجموع المتعاقدين بهذا العقد الجبري بالنسبة

لمن تحقق له الخطر، فمثل هذه العقود تنعدم حرية الاختيار ولا يكون امام الشخص ألا التعاقد، دون الدخول في مفاوضات، وهذا النوع هو اخطر على حرية الارادة من العقد الموجه، فهو يلزم المتعاقد بالتعاقد دون خيار مما يختفي معه دور الارادة في الاختيار، وهو ما يعرف بالارادة المفروضة، لمزيد من المعلومات ينظر: د. ابراهيم عنتر فتحي، التعريف بالجبرية التعاقدية، بحث منشور في كلية الحقوق، جامعة تكريت، صلاح الدين، مجلد7، العدد1، 2023، ص36.

71 - نقلاً عن د. نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، 1979، ص 201.

72- DURAND, La contrainte legale dans la formation durappot contractual, p73.

ينظر في ذلك جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، تكوين العقد ج1، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت لبنان، 2008، ص159، نقلا عن جمال عبد الامير حسان، الالزام القانوني بالتعاقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2011، ص15.

73 - د. صبرينة حميد حجاج، عقد التامين بين الحرية التعاقدية والقيود التشريعية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الاردن، 2016. ص24.

74 - د. ماهر محسن عبود الخيكاني، التنظيم القانوني لضمانات الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2011، ص22.

75 - احمد هليل عبد عون الشمري، معوقات الاستثمار الأجنبي في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013، ص46.

76 - د. فاروق ابراهيم جاسم، الموجز في الشركات التجارية، المكتبة القانونية، بغداد، 2018، ص17؛ و د. ابو زيد رضوان، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص25؛ و بن غالية سمية فاطمة الزهراء، الحقوق الاساسية للمساهم ومبدأ الحرية التعاقدية في الشركة المساهمة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص8.

77- د. احمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2004، ص12.

78 - بمعنى أن سياسة الدولة في توجيه الاقتصاد الوطني ستنعكس بأثارها على حرية الارادة في انشاء العقود: للمزيد ينظر في ذلك: د. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص32.

79 - فارس حامد عبد الكريم الزبيدي، المعيار القانوني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد 2002، ص34.

80 - د. عبدالله مصطفى النقشبندي، علم أصول القانون، شركة الفكر للتصميم والطباعة، بغداد، 1996، ص53.

81 - د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، طبعة المجمع العلمي العراقي، بغداد 1994، ص60.

82 - القانون علم معياري وهو يفيد في اللغة العربية معنى المعيار ومعنى المقياس ويقول الفيروز ابادي أن (القانون مقياس كل شيء): للمزيد من المعلومات ينظر في ذلك: الفيروز ابادي، القاموس المحيط، الجزء 3، مادة قنين، ط3، 1933، ص216.

83 - د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية،ج1، القانون،1972، منشورات جامعة الكويت، ص5.

84 - د. عبدالله مصطفى النقشبندي، مصدر سابق، ص 53.

85- د. حمدي عبد العال، الاخلاق ومعيارها بين الوضعية والدين، ط3، دار القلم للنشر، الكويت، 1985، ص25.

86 - د. احمد حسين عثمان، قراءة في كتاب القيود التعاقدية على حرية الفردية للعمل في القضاء الانكليزي، للدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري، وهو اطروحته للدكتوراه في فرنسا، ترجمة د. كمال جادالله، ومراجعة د. سمير عبد السيد تناغو ، مركز نهوض للدراسات الوطنية، مصر، 2022، ص9، كما اشار إليها د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد1، العدد5، مصر ص250-252.

87 - Maurice Hauriou (1856- 1929) juriste, doyen de la faculte de Toulouse.

نقلاً عن د. محمد بن عمارة، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة القانون المغربي، العدد 22، المغرب، 2014، ص8.

88 - أشار اليه (M.O.Statis, Le Standard Juridique, Paris 1927,p36.) نقلاً عن د. حامد زكي، المصدر السابق، ص251.

89 - فارس حامد عبد الكريم، المصدر السابق، ص 16.

90 - نقلاً عن فارس حامد عبد الكريم، المصدر أعلاه، ص12.

91 - نقلاً عن: د. محمد بن عمارة، المصدر السابق، ص9.

92- نقلاً عن د. محمد بن عمارة، المصدر السابق، ص9، وكذلك د. حامد زكي، المصدر السابق، ص 254-255، ود. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 2002، ص149.

93 - نقلاً عن د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والاسلامي، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982، ص112.

94 - فارس حامد عبد الكريم، المصدر السابق، ص 18.

95 - د. محمد بن عمارة ، مصدر سابق، ص10.

96 - د. حامد زكي، المصدر السابق، ص267-268 ، و د. نبيل اسماعيل عمر، ص 149.

97 - فارس حامد عبد الكريم، المصدر السابق، ص21.
98 - حيث يذهب اتجاه فقهي تزعمه الفقيه (جيني) إلى أن كل قاعدة قانونية تنطوي من حيث مضمونها وشكل صياغتها على عنصرين احدهما عنصر العلم وهذا العنصر الموضوعي و يقوم على جملة معطيات تتسم بطابع سياسي واجتماعي، والاخر عنصر خارجي ذو طابع فني يتعلق بصياغة أو بناء القاعدة القانونية وهو ما يسمى بعنصر الصياغة، ويرجع اساس كلا العنصرين إلى السياسة القانونية المتبناة في مجتمع ما، للمزيد من المعلومات ينظر في ذلك: د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص 404 وما بعدها، وكذلك ينظر فارس حامد عبد الكريم، المصدر السابق، ص141 وما بعدها.
99 - نقلاً عن د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص 404، وقد عرفت الصياغة كذلك بأنها (اداة تحويل المادة الاولية التي تتكون منها القاعدة القانونية إلى قواعد منضبطة محددة وعملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يتحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها) ويتم هذا التحويل باستخدام الوسائل والادوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون هذه المادة الاولية واعطائها الشكل العلمي الذي يصلح به للتطبيق كقاعدة قانونية عامة ومجردة سهلة الفهم تطبق على الجميع على قدم المساواة، للمزيد ينظر في ذلك: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 164.
100 - للمزيد في معرفة المعايير العامة للصياغة التشريعية، ينظر في ذلك، د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المعايير العامة للصياغة التشريعية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، المجلد 9، العدد4، 2017، ص 90 وما بعدها.
101- د. ليث كمال نصراوين ، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة واثرها على الاصلاح القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، ملحق خاص بالمؤتمر السنور الرابع (القانون – اداة للاصلاح والتطور) العدد2، الجزء الأول، 2017، ص420.
102 - د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص78.
103- د. حيدر ادهم عبد الهادي، الصياغة التشريعية للنصوص المجرمة للتعذيب في الدساتير العربية، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية،الجلد1 العدد4، 2012، ص141.
104- د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، القاهرة، 1969، ص 69.
105- د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص407.
106 - وهذه المعطيات يسميها الأستاذ جيني بالحقائق، ويطلق عليها الأستاذ دابان السياسة القانونية، وهي المادة الاولية للتشريع: للميز ينظر في ذلك، د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص270.
107 - د. محمد سليمان الاحمد، الهندسة التشريعية، مركز البحوث القانونية لوزارة العدل بأقليم كردستان، الطبعة الأولى، العراق، 2022، ص110.
108 - د. ليث كمال نصراوين، المصدر السابق، ص423.
109- د. محمد سليمان الاحمد، المصدر السابق، ص114.
110 - د. محمود محمد علي صبرة، أصول الصياغة التشريعية، الطبعة الأولى ،دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص436.
111- جاء مصطلح القانون المقارن من المصطلح الفرنسي (Droit compare) والمصطلح الانكليزي (Comparative Law) وقد جاءت التسمية مظللة حيث ينصرف الذهن إلى انه قانون مثل غيره من القوانين كالقانون المدني والتجاري، الامر الذي دفع الفقهاء للبحث عن مصطلح أخر بعيد عن الغموض لذلك اقترح بعض الفقه مصطلح علم القانون المقارن أو مقارنة القوانين أو طريقة المقارنة وغيرها من التسميات، غير أن مصطلح القانون المقارن هيمن على الكتابات الفقهية ولعل السبب في ذلك يعود إلى اختلاف الفقهاء في تحديد طبيعة القانون المقارن ووظيفته، للمزيد من المعلومات ينظر في ذلك: د. عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى والمعاصرة، الطبعة الثانية، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص18.
112 - د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوا امريكي، بدون دار نشر، وبدون سنة نشر، بدون بلد نشر، ص 14.
113 - نقلاً عن د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوا امريكي، المصدر السابق، ص18
114 - د. محمد هشام اسماعيل الأبريقجي، أصول الصياغة التشريعية واثرها على الاصلاح القانوني، دار الكتب والوثائق القومية، الإسكندرية، 2024، ص59.
115 - د. محمد هشام اسماعيل الابريقجي، المصدر السابق، ص60.
116 - د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو امريكي، المصدر السابق، ص23.
117 - د. عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد وتطبيقاته في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد13، السنة التاسعة، بغداد، 1981.
118 - نقلاً عن: رياض احمد عبد الغفور الاعرجي، العدالة العقدية- دراسة في قاعدية العدالة ودورها في العقود المدنية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، 2020، ص 224.

119 - د. محمد ابراهيم الدسوقي، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، دار ايهاب للنشر، مصر، 1985، ص18.
120 - وينظر كذلك المواد 29 وما بعدها من قانون ايجار الاماكن المصري رقم 49 لسنة 1977 والذ نص فيه على الامتداد القانوني لعقد ايجار الاماكن مع الاختلاف في الشروط وبعض الإحكام، ألا أن تدخل المشرع كان على قدر من الموازنة بين الاطراف المتعاقدة، وولمزيد من المعلومات ينظر في ذلك: د. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في قانون ايجار الأماكن، الطبعة الأولى، دار النهظة العربية، القاهرة، 2004، ص72 وما بعدها.
121- إذا تحققت الموازنة العقدية بين الطرفين عند انعقاد العقد وكانا يقفان على قدم المساوة، ألا أن اليات تنفيذ العقد قد لا تكون كذلك لأنه سيمليها المتعاقد الذي يتمتع بالقوة الاقتصادية والمعرفة القانونية، والاستناد إلى ارادة المتعاقدين المشتركة على فرض أنها كانت ظاهرة لن يفيد في معالجة الخلل في التوازن بين المتعاقدين، ولاجل اعادة التوازن بين الالتزامات نجد أن تدخل المحاكم يزداد يوم بعد يوم بعد أن سمح له المشرع بذلك لتحديد التزامات الطرفين واثراء مضمون العقد بالعديد من الالتزامات التي تحقق هذه الغاية، للمزيد من المعلومات ينظر في ذلك: جاك غستان مفاعيل العقد واثاره ، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2001، ص 60، وكذلك ، د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، اكمال العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، بيروت ، 2012، ص78-79.
122- د. يونس صلاح الدين علي، العوامل المؤثرة على معيار المعقولية لتحديد الاهمال في القانون الانكليزي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الأول، 2019، ص156.

المصادر

اولاً: الكتب العامة اللغوية

1. احمد بن فارس بن زكريا القزويني اللغوي، مجمل اللغة، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة للطباعة، ط2، بيروت، 1986.
2. احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير 521/2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون سنة طبع.
3. ابو داود السجستاني في كتاب سنن ابي داود، باب العدو يؤتى على غرة ويتشبه بهم43/3، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1996.
4. اسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربي، مادة قيد، ص 829. متاح على موقع المكتبة الشاملة على الرابط https://shamela.ws/book/23235 اخر زيارة للموقع بتاريخ 2024/5/10.
5. الفيروز ابادي، القاموس المحيط، الجزء 3، مادة قنين، ط3، 1933.
6. محمد بن مكرم جمال الدين أبن منظور، لسان العرب، مادة هلك، بدون طبعة، دار المعارف، 2007 .

ثانياً: الكتب القانونية العامة

1. احمد عبد الزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 1964.
2. احمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2004.
3. اسامة ابو الحسن مجاهد، شرح قانون العقود الفرنسي الجديد، شرح لتعديل القانون المدني الفرنسي في 2016 مقارناً بالقانون المدني المصري في اهم المواضع، مطبعة نادي القضاة، مصر، 2023.
4. السيد عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الارادة بين القانون الروماني والفقه الاسلامي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر.
5. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1993.
6. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القسم الأول، منشأة المعارف ، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
7. حمدي عبد الرحمن و سهير منتصر، نظرية الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة عبدالله وهبة بعابدين، مصر، 1999.
8. جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، تكوين العقد ج1، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت لبنان، 2008.
9. جاك غستان مفاعيل العقد واثاره ، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2001 .
10. سليمان مرقص، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الطبعة السادسة، بدون دار نشر، القاهرة، 1987.

11. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
12. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
13. عبدالله مصطفى النقشبندي، علم أصول القانون، شركة الفكر للتصميم والطباعة، بغداد، 1996.
14. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي، الكتاب الأول، بدون جهة الطبع، مصر، 1984.
15. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1954.
16. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، القانون، بدون مكان نشر، وبدون دار نشر، 1972.
17. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط2، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1963.
18. مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 1997.
19. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الاسلامي، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
20. منذر الشاوي، فلسفة القانون، طبعة المجمع العلمي العراقي، بغداد 1994.
21. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2010.
22. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، القاهرة، 1969.
23. فاروق ابراهيم جاسم، الموجز في الشركات التجارية، المكتبة القانونية، بغداد، 2018.
24. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، دار الفكر، الطبعة الرابعة، بدون تاريخ نشر، بدون مكان نشر.

ثالثاً: الكتب القانونية المتخصصة

1. ابو زيد رضوان، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
2. احمد حسين عثمان، قراءة في كتاب القيود التعاقدية على حرية الفردية للعمل في القضاء الانكليزي، للدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري، وهو اطروحته للدكتوراه في فرنسا، ترجمة د. كمال جادالله، ومراجعة د. سمير عبد السيد تناغو ، مركز نهوض للدراسات الوطنية، مصر، 2022.
3. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
4. أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2018.
5. ايمن ابراهيم العشماوي، القيود الواردة على حرية الارادة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،2002، مصر.
6. حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد- دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية صادر، ط1، 2016، بيروت.
7. حمدي عبد العال، الاخلاق ومعيارها بين الوضعية والدين، ط3، دار القلم للنشر، الكويت، 1985.
8. رجب عبد الكريم عبدالله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
9. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في قانون ايجار الأماكن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
10. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2006.
11. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، اكمال العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، بيروت ، 2012.
12. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري - دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
13. عبد الرحمن بن احمد الحارثي، القيود التي فرضها القانون السعودي على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي، الرياض، 2022.
14. عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى والمعاصرة، الطبعة الثانية، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1982.
15. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنجلو امريكي، بدون دار نشر، وبدون سنة نشر، بدون بلد نشر.
16. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2002.
17. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وابرام العقود، مكتبة الملك فهد بن عبد العزيز، الرياض، السعودية، 1995.
18. محمد ابراهيم الدسوقي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار ايهاب للنشر، مصر، 1985.
19. محمد الامين الضرير الصديق، الغرر واثره في العقود في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية، مطبعة دلة البركة، السعودية، 1995.
20. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات- دراسة في القانون المصري والفرنسي، بدون دار نشر، القاهرة،1995 .

21. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
22. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، الإسكندرية، 2015.
23. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والاسلامي، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982.
24. محمد سليمان الاحمد، الهندسة التشريعية، مركز البحوث القانونية لوزارة العدل بإقليم كردستان، الطبعة الأولى، العراق، 2022.
25. محمود محمد علي صبرة، أصول الصياغة التشريعية، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
26. قاسم بريس احمد الزهيري، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات قبل التعاقد، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر، القاهرة، 2023.
27. محمد هشام اسماعيل الأبريقجي، أصول الصياغة التشريعية واثرها على الاصلاح القانوني، دار الكتب والوثائق القومية، الإسكندرية، 2024.
28. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 2002.
29. نبيلة ارسلان، القيود التشريعية على حرية التأجير والاستئجار في ضوء أحكام القضاء والفقه، دار النهضة العربية، مصر، 1989.

رابعاً: الكتب الأجنبية

1. DURAND, La contrainte legale dans la formation durappot contractual, p73.
2. Maurice Hauriou (1856- 1929) juriste, doyen de la faculte de Toulouse.
3. M.O.Statis, Le Standard Juridique, Paris 1927,p36.

خامساً: الرسائل والأطاريح:

1. احمد هليل عبد عون الشمري، معوقات الاستثمار الأجنبي في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013.
2. بن غالية سمية فاطمة الزهراء، الحقوق الاساسية للمساهم ومبدأ الحرية التعاقدية في الشركة المساهمة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.
3. جمال عبد الامير حسان، الالزام القانوني بالتعاقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2011.
4. حازم عبد الكريم حمودة، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2016.
5. حنيشي ابو بكر الصديق، القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، 2022.
6. رياض احمد عبد الغفور الاعرجي، العدالة العقدية- دراسة في قاعدية العدالة ودورها في العقود المدنية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، 2020.
7. سعيد بن حمد بن ناصر الرحبي، حرية الإدارة في التعاقد في التشريع العماني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، عمان، 2020.
8. صبرينة حميد حجاج، عقد التامين بين الحرية التعاقدية والقيود التشريعية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الاردن، 2016.
9. صلاح امحمد منصور الشويرف، القيود الواردة على مبدأ حرية العقود، اطروحة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2016.
10. علي سعود داخل ثويني، نظرية الضرورة في الالتزام التعاقدي- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، 2019 .
11. فارس حامد عبد الكريم الزبيدي، المعيار القانوني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد 2002.
12. ماهر محسن عبود الخيكاني، التنظيم القانوني لضمانات الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2011.

سادساً: البحوث العلمية

1. ابراهيم عنتر فتحي، التعريف بالجبرية التعاقدية، بحث منشور في كلية الحقوق، جامعة تكريت، صلاح الدين، مجلد7، العدد1، 2023.
2. اشرف جنوي، حرية التعاقد والنظام العام العقدي، بحث منشور في مجلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، 2016.

3. أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها واحكامها، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2014، المجلد 16.
4. اكرم محمود حسين و د. محمد صديق محمد عبدالله، اثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2010، ، المجلد13، العدد 49، لسنة 2016.
5. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد1، العدد5، مصر .
6. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، المجلد 38، العدد 2، مصر، 1996.
7. حيدر ادهم عبد الهادي، الصياغة التشريعية للنصوص المجرمة للتعذيب في الدساتير العربية، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية،الجلد1 العدد4، 2012.
8. خالد محمد احمد العزي، المفاوضات الممهدة لإبرام العقد في القانون المدني العراقي، دراسة تأصيلية تحليلية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 8، العدد 30، الجزء 2، العراق، 2019.
9. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المعايير العامة للصياغة التشريعية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، المجلد 9، العدد4، 2017.
10. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية بحث منشور في مجلة النهرين للحقوق، المجلد الأول، العدد الثالث،1997.
11. عبد الباسط جاسم محمد، تضخم المحتوى الاجباري للعقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الانبار، المجلد10، العدد38، 2021.
12. عبد الرؤوف دبابيش، مبدأ سلطان الارادة في العقود بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016.
13. عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد وتطبيقاته في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد13، السنة التاسعة، بغداد، 1981.
14. ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة واثرها على الاصلاح القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، ملحق خاص بالمؤتمر السنور الرابع (القانون – اداة للإصلاح والتطور) العدد2، الجزء الأول، 2017.
15. محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة مؤتة، العدد 47، 2011.
16. محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد2، 2019.
17. نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، 1979.
18. يونس صلاح الدين علي، العوامل المؤثرة على معيار المعقولية لتحديد الاهمال في القانون الانكليزي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الأول، 2019.

سادساً: القوانين

أ- القوانين العراقية

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
2- قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل
3- قانون المدن الصناعية رقم 2 لسنة 2019.
4- قانون حماية المستهلك رقم 1 لسنة 2010.
5- قانون ايجار العقار رقم 87 لسنة 1979.
6- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014
7- تعليمات الاستثمار والشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص رقم 1 لسنة 2024
8- تعليمات تسجيل المركبات رم 5 لسنة 2021.
9- تعليمات اللياقة الصحية بمنح إجازة حيازة وحمل السلاح رقم 8 لسنة 1999

ب- القوانين الأجنبية

1- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
2- قانون الاستثمار المصري رقم 72 لسنة 2019.
3- قانون التنمية الصناعية رقم 95 لسنة 2018.
4- قانون تيسير اجراءات منح التراخيص رقم 15 لسنة 2015.
5- القانون المدني الفرنسي رقم 1804 المعدل في عام 2016.
6- نصوص القانون المدني الفرنسي، عربي – فرنسي – انكليزي، تحت اشراف البروفسور ميشال سجعان، منشورات شركة لكسيس نكسيس، مجموعة صادر، 2020، الباب الثالث، قانون العقود الفرنسية الجديد لسنة 2016.