تطور مفهوم العقد

- دراسة مقارنة -

الباحث
محمد سلمان شكير
mohammedcivel@gmail.com
الأستاذ الدكتور
منصور حاتم محسن
جامعة بابل ـ كلية القانون
mansoorhatem@yahoo.com

The development of the concept of contract

- A comparative study -

Researcher
Muhammad Salman Shakir
Prof. dr.
Mansour Hatem Mohsen
College of Law - University of Babylon

الملخص:-

اختلفت الاتجاهات الفقهية في تحديد مفهوم العقد، فمنهم من يرى أن الارادة، هي الاساس في اجراء التصرف القانوني، واخر يذهب باتجاه تحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية، وربطه بتحقيق المصلحة العامة وامكانية أعادة النظر بأي مرحلة من مراحله.

وهنا انتقل العقد ونظريته العامة نحو التطور من خلال التوجيه التشريعي للعقد، بفعل عدة تحولات وتغييرات على مختلف الصعد وبالتالي الخروج عن التصور التقليدي الذي كان يهيمن على العقد، فقد صار الحديث عن عموميته واجتماعيته.

الكلمات المفتاحية: العقد، سلطان الإرادة، الطرف الضعيف.

Abstract:-

Jurisprudential trends differed in defining the concept of the contract. Some of them believe that will is the basis for carrying out legal action, and others go towards achieving doctrinal balance and doctrinal justice, linking it to achieving the public interest and the possibility of reconsidering any of its stages.

Here, the contract and its general theory moved towards development through the legislative guidance of the contract, as a result of several transformations and changes at various levels, thus departing from the traditional perception that had dominated the contract. The talk began about its generality and sociality.

Keywords: Contract, The power of will, The weak party.

المقدمة:

أولاً- موضوع البحث:

إن العقد يشكل عالماً صغيراً يجب على كل شخص فيه أن يعمل من أجل تحقيق غاية أو هدف واحد، تمثل بمجموعها الأهداف الفردية التي يسعى إليها كل فرد. وخير مثال الشركات المدنية والتجارية، وبذلك يكون التعارض بين المصالح والعقد هو الذي يفصل بين الطرفين كأداة تعاون، وأول مظاهر تطور قانون العقود يتمثل بتنظيم العلاقة التعاقدية وفقاً لمبادئ حسن النية في التعاقد. ولابد لنا في هذا الخصوص، التعرف على المفهوم التقليدي للعقد، ودراسة مظاهر تطور مفهومه ومن ثم دراسة التطورات المتعلقة بمرحلة ما قبل التعاقد.

ثانياً- أهمية البحث:

إن أهمية البحث تتجلى في التعرف على مراحل تطور مفهوم العقد ومضمونه وكيفية تطبيقه في ظل التطورات التشريعية الحديثة التي شهدتها القوانين المدنية الحديثة، نتيجة سرعة عجلة التقدم، مع العمل على تحقيق التوازن العقدي بقدر المستطاع بين الأطراف المتعاقدة.وبيان الضمانات القانونية للحد من حالات الضعف التعاقدي، من جراء الشروط التعسفية التي قد يخضع لها بعض الأطراف المتعاقدة عند أبرام العقد.

ثالثاً- مشكلة البحث:

إن اشكالية بحثنا تدور حول تسليط الضوء على مجمل التحديات التي تتعلق بتطور نظرية العقد وتحديد المفهوم المستحدث له، ويمكن ابرازها من خلال بيان صعوبة تحديد مفهوم العقد ومضمونه نتيجة لتغير المواقف التشريعية، التي مست النظام القانوني للعقود بشكل واضح من خلال التحولات التي أثرت على الأسس التقليدية التي يرتكز عليها العقد، فضلاً على تباين المواقف التشريعية الحاكمة للعقد، من خلال استحداث تشريعات متخصصة لتطوير نظرية العقد.

رابعاً- منهجية البحث:

اتبعنا في دراستنا هذه المنهج التحليلي من خلال بيان النصوص التشريعية وتحليل

مضمونها وعرض الآراء التي قيلت فيها وترجيح الرأي الصائب منها لما يسهم في تكوين العقد، كما أتبعنا المنهج المقارن من خلال بيان نصوص التشريعات العربية والأجنبية والوقوف على التنوع و الاختلاق الحاصل بينها في تكوين العقد وتطوره وابراز الأثر الواضح عليها.

خامساً- خطة البحث:

ارتأينا في بحثنا هذا أن نتناوله على مبحثين، المبحث الأول يتضمن بيان المفهوم التقليدي للعقد، حيث قسمناه إلى مطلبين، المطلب الأول مبدأ سلطان الإرادة، اما الثاني فسنخصصه لتراجع مبدأ سلطان الارادة، أما المبحث الثاني فخصصناه لبيان المفهوم الجديد للعقد، إذ تناولناه على مطلبين، الاول سنخصصه لتحديد التعاقد وفق الاتجاهات القانونية الحديث، أما الثاني فسنخصصه لدراسة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وخاتمة وضحنا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها، وابرز المقترحات التي نأمل الأخذ بها.

المبحث الأول

المفهوم التقليدي للعقد

يعتمد المشرع في تنظيم العقد على مبدأ التراضي، وذلك لأنه ينحصر في أن العقد لا يخرج عن نطاق أتفاق إرادتين تتمتع كل منها بالحرية[1]. وذلك بصراحة المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ، التي أشارت إلى تطابق إرادتين في أحداث أثر قانوني يتم عن طرق التراضي بين العاقدين. فقد عرفت المادة اعلاه العقد بانه: (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)[2]، بخلاف القانون المدني المصري، الذي لم يتضمن تعريفا محددا للعقد، ذلك لان المشرع غير معني بأيراد التعريفات للمصطلحات، لكن يمكن ان يفهم تعريف العقد بالرجوع لما جاء بالمادة (٨٩) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، اذ نصت على أنه: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين...).

أما بخصوص موقف القانون المدني الفرنسي فقد تناولناه في المطلب الاول من المبحث الثاني للفصل الاول من هذا البحث، اذ اخذ المشرع الفرنسي بالنزعة الذاتية -تطابق الارادتين -على خلاف موقف القانون المدني العراقي والمصري، لأخذهم بالنزعة

الموضوعية، - المتعلقة بالمعقود علية-.

وبذلك يمكننا تعريف العقد بانه: (اتفاق ارادي على احداث اثر قانوني على المعقود عليه، أو تعديله،أو نقله،أو انهاءه).

وعليه نحن مع الاخذ بما جاء به قانوننا المدني، والقانون المدني المصري ذلك لان النزعة الموضوعية تتوافق مع الفقه الإسلامي، الذي يتفق مع واقعنا الذي نعيش فيه.

وبذلك يعد العقد من أهم مصادر الالتزام، وثمة نظرية مؤداها أن الارادة هي التي تضع قانونها لنفسها، فالإرادة هي جوهر التصرف القانوني، وهذا الطرح يؤدي كما يرى جانب من الفقه إلى أن القانون نفسه وليد الارادة[٣].

وهذا يتمثل بنظرية سلطان الإرادة، باعتبارها نظرية فلسفية قانونية تحدد المفهوم التقليدي العقد، اذ تتجه إلى تفسير العمل القانوني وبصفة خاصة العقد منظمة تكوينه وآثاره وانقضاءه، وتماشيا مع موضوع بحثنا المتعلق بأبراز مظاهر تطور نظرية العقد، كان لابد من عدم انكار الأراء الفقهية والاتجاهات القانونية التي ادت إلى تراجعه وعدم الاخذ به على اطلاقه، ومن أجل بيان ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، الأول نخصصه لدراسة مبدأ سلطان الإرادة، والثاني لبيان مدى تراجع مبدأ سلطان الارادة.

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة:ـ

يتمثل بالنظرية التقليدية للعقد، باعتبار الإرادة مصدر القوة الملزمة له، لكونه انعكاس للمبادئ التي استقر عليها مفهوم العقد نتيجة تأثره بالمذهب الفردي، اذ انبثق عن هذه المبادئ القانونية، مجموعة من الأفكار الفلسفية والدينية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع في وقته[٤].

وهنا يرى التحليل العام للفكر الفلسفي التقليدي، أن البشر يولدون أحراراً ومتساوين، وأنهم أحرار بطبيعتهم ولا يعتمدون على إرادة الآخرين، وأن الإرادة مطلقة ولا تخضع لأية قيود من أجل تحقيق مصلحتها الخاصة. فحسب رأيهم فإن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدي، أما الأفكار الاقتصادية يرى أصحابها أن الإرادة توجب سلطتها على الأطراف المتعاقدة وطبيعة العلاقات الاجتماعية بين الأفراد والجماعات تستدعي إزالة أي عائق أمام حرية التعاقد[٥].

ويقتضي بيان المبادئ التي يقوم عليها المبدأ وآثاره من خلال اساس مبدأ سلطان الارادة، حيث ينطلق هذا المبدأ من حرية الفرد التعاقدية وليس هناك إنسان مدين لآخر بل توجد بعض الالتزامات التي يقصد بها الحفاظ على ترابط المجتمع وتماسك الدولة، إلا أنه يبقى استثنائيا. فمن أجل ضمان حرية كل فرد يجب ألا تقوم علاقة التزام إلا إذا أرادها الأطراف المتعاقدة بالفعل(٦).

ومن أجل تحرير الفرد من القيود القانونية على التعاقد، لا سيما تلك الناجمة عن تدخل القاضي، فيجب أن تكون هذه القيود محدودة، لأنها تحد من الحرية التعاقدية، وعليه لا يمكن تقييد حرية الفرد، إلا بإرادته الخاصة وحدها، فليس هناك قاعدة أفضل من تلك التي تنشأ من الاتفاق الذي يبرم طواعية واختيارا بين أشخاص أحرار في التصرف، بحيث يكون قانونا لهم يتوافق مع احتياجاتهم، ومما لا شك فيه أن هذه القاعدة تحقق العدالة، وعلى الصعيد الاقتصادي فهي أفضل وسيلة لحماية المال العام(٧).

ويمكننا الرد على هذا الرأي، فكيف للمتعاقدين ان يحققا العدالة العقدية بوجه عام، في حالة ما اذا كان احد الاطراف ضعيف في العلاقة التعاقدية، أو حدثت ظروف ادت إلى اختلال التوازن العقدي، اولا يتمتع القاضي بالسلطة الكافية لإعادة التوازن العقدي عند اختلاله، فلا يمكن الاخذ بهذا على اطلاقة.

وعندهم أن كل إرادة تعاقدية حرة، فشخصية الفرد لا تكتمل إلا بالحرية وطالما أن الأمر كذلك فكيف نقبل إذن، وهو ما يبدو مع ذلك مقبولا في الحياة داخل المجتمع أن بعض الأشخاص يمكن أن يخضعوا لأشخاص آخرين، وأن البعض على سبيل المثال يكون دائنا والبعض الآخر مدينا. إن الإجابة على هذا عندهم تجعل من إرادة الإنسان مصدراً أساسياً لهذه المراكز. فالقول بان الإنسان يكون ملزماً فقط لأنه أراد ذلك وفي الحدود التي ارتضاها في احترام آدميته وحريته التعاقدية. ويترتب على ذلك نتيجتان: الأولى أن الإنسان لا يمكن أن يخضع لالتزامات لم يردها لأنها قد تكون جائرة، والثانية أنه يجب عليه أن يحترم جميع الالتزامات التي قبلها برضاه واختياره(٨).

وعلى ذلك فإن العقد يصبح، في ظل المفهوم التقليدي السابق، مصدراً بالغ الأهمية للقانون. وطالما أن العقد يستمد قوته الملزمة من تلاقي الإرادتين، فإن

الإرادة يمكنها أن تصنع بنفسها قانونها الخاص[٩]. فالفلسفة الفردية تجعل من الفرد غاية في ذاته[١٠]، والإرادة الحرة تأتي إذن في المقام الأول، فهي قوام كل تصرف قانوني ويبرر عندهم بأنها مستقلة، فعندهم التعبير عن أسبقية الفرد على المجتمع وهيمنته عليه، والتأكيد على أن الإرادة تستمد قوتها المنشئة للالتزام من ذاتها وليس من سلطة خارجية. فسلطان الإرادة يعني أنه يجب البحث عن أساس تصرفات الإنسان داخل الإنسان نفسه، " وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتماشى مع القانون الطبيعي، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها[١١]، وهكذا تنحاز نظرية سلطان الإرادة إلى القوة الملزمة للعقد وتحتفظ له بمكانة متميزة في نظرية العقد.

ولو ذهبنا إلى ابعد من هذا التحليل، لظهر واضحاً أن اطار هذه الفلسفة القانونية جعلت من العقد أداة لتفسير النظام القانوني بأكمله، فالمجتمع نفسه نشأ من العقد (العقد الاجتماعي)[١٢]، والاتفاق - حسب تعبير الفيلسوف جان جاك روسو - هو " أساس كل سلطة بين الأفراد ". فإذا كان كل فرد حر بالطبع، إلا أن الحياة في المجتمع تتطلب مع ذلك أن يتنازل الفرد عن قدر معين من هذه الحرية، غير أن هذا التنازل لا يمكن تصوره إلا إذا ارتضاه الأفراد طواعية واختياراً، على أن يكون ذلك داخل الحدود وبالشروط التي يحددها العقد الاجتماعي نفسه. ويجتهد الفقه كي يفسر معظم المراكز القانونية بالعقد، أو على أي حال بالإرادة، فالنظام المالي للزوجية ليس نتيجة لنص قانوني ولكن نتيجة لاتفاق ضمني بين الزوجين الذين رجعا إليه تجنبا لإبرام عقد زواج، والميراث الشرعي ليس سوى تعبير عن وصية مفترضة (أي إرادة مفترضة) للمتوفي، والملكية مبنية على حرية الإرادة بل هي الحرية في مظهرها المادي، وحقوق الأسرة سببها عقد الزواج الذي تسيطر عليه الإرادة، وطرق التنفيذ الجبري ترجع إلى الإرادة حيث رضي بها المدين عند الاستدانة، والجنسية ليست سوى ثمرة لعقد مبرم بين المواطن والدولة، بل إن العقوبة الجنائية نفسها تجد ما يبررها في الإرادة حيث ارتضى المجرم مقدماً أن يوقع عليه الجزاء[١٣].

وأزداد التمسك بمبدأ سلطان الإرادة، نتيجة انتشار الافكار التقليدية، وساهم نمو

التجارة، الصناعة، تقسيم العمل، التخصص، والتبادل الاقتصادي، في القرن الثامن عشر، وانتشار عقود التبادل الفردية باعتبارها ظاهرة عامة للنظام القانوني حينها.

ومن أجل مواكبة التطورات الواقعية، وجد من الضروري إزالة الحواجز التي تعترض حرية التعاقد لتسهيل وتشجيع التبادلات الضرورية والتنمية. وقد ساهم في تعزيز هذه الافكار المبادئ التي تقوم على حرية التجارة، وهي تكمل ضمنيا مبدأ "دعها تنكمش"، وفقاً لهذا المبدأ، لم يعد من الممكن تحديد العدالة لكونها مسألة طبيعة تحددها حرية المنافسة، وليست حاجة ضرورية أو مثالية يجب أن تمتثل لها الأفعال، مما يمنع أي تدخل في العقود المبرمة بحرية لتصحيح تبريرها بحجة العدالة والإنصاف(١٤).

وهكذا أصبح العقد مصدراً هاماً للقانون لأنه يحترم حرية الأفراد التعاقدية ، كما أنه يسمح بإقامة علاقات قانونية بأرادة حرة، وهي جوهر التصرف القانوني. ولقد أدى ذلك إلى التسليم بمبدأ سلطان الارادة الذي لاقى انتشاراً واسعا وقدمت لها العديد من المبررات، الواقعية والقانونية.

وابعد من هذا المدى، حاول انصار الارادة الفردية الحرة الدفاع عن افكارهم بإمكانية تحقق العدالة، فالمرء هو أفضل من يدافع عن مصالحه الخاصة، ولا يتصور أن هناك إرادة حرة تخالف هذه المصالح، ولهذا عندهم القول بان المصالح إنما تُحترَم تماماً وعلى الوجه الأكمل عن طريق الالتزامات التي تبرم طواعية واختياراً. اما اذا فرض على الإنسان التزام ما فإنه قد يكون التزاماً غير عادل، بينما الالتزام الذي يرتضيه الإنسان ويوافق عليه فأنه يكون عادلا. كما أن تقابل المصالح في العقد، بل وتضاربها أحيانا، هو أفضل ضمان لكي تحافظ الالتزامات التي تنشأ عن هذا العقد على ذلك القدر المعين من التوازن بحيث تسد حاجة كل طرف من طرفي العقد. أما في حالة وجود إجحاف لأحد الطرفين فإن ذلك معناه أنه لم يوافق على هذا العقد.

ويمكننا الرد على هذا التبرير، بأن ليس من الضروري ان تكون كل الالتزامات التي يرتضيها الانسان تحقق العدالة، ذلك لان تغير الظروف التعاقدية تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، في بعض الاحيان، وهنا نجد ان سلطة القاضي محدودة في التدخل لإعادته، كذلك ان هذا التبرير لا يفسر قانونية عقود الاذعان، التي تلاقي انتشارا واسعا في مختلف الأنظمة

القانونية، وتخضع للتجديد والتطور بين فترة واخرى.

ومن ناحية أخرى، فإن العمل الحر للإرادة الفردية من شأنه أن يحمي التوازن العقدي ويسمح بمطابقة الإنتاج مع الحاجات، ولهذا يجب ترك الارادة تعمل بحرية. وبعبارة أخرى، فإن كل فرد يبحث عن مصلحته الشخصية، و يمكن أن يؤدي تحقيق مجموع المصالح إلى تحقيق المصلحة العامة[١٥]. ويمكننا الرد على هذا التبرير بأنه لا يمكن حماية التوازن العقدي عند الحد من سلطة القاضي في تعديل العقد، وليس بالضرورة ان يرتبط مجموع مصالح الافراد بالمصلحة العامة لان كما هو معروف ان الانسان غالبا ما يقدم مصالحه على مصالح الاخرين.

وهنا نجد ان اساس هذا المبدأ التقليدي للتعاقد، يقوم على مجموعة من الافكار الفردية التي لاقت رواجا كبيرا، لإزالة العقبات التي قد تحد من الحرية التعاقدية. وكل إكراه أو تقييد بالتدخل بالعقد من جانب الدولة، أو القاضي يؤدي إلى اثار سلبية. وعلى العكس من ذلك، فإن السماح للأفراد بالتعاقد بحرية، من شأنه أن يضمن تحقيق أقصى فائدة من العقد.

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

أولاً- الالتزامات الإرادية هي الاصل:

مفاد هذه النتيجة كأصل عام أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته، وإذا كان من ضرورات وحاجات المجتمع في بعض الأحوال توجب عليه بعض الالتزامات، فإنه ينبغي كإجراء أولي حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، إذ لا يمكن تقرير الالتزامات اللاإرادية إلا في الحالات الإستثنائية لأن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، وبالتالي تكون التزاماته عادلة إذا تمت بإرادته[١٦].

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

هذا يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وأن كل الالتزامات بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة ولا تقتصر الإرادة على إنشاء العلاقة العقدية وتحديد مضمونها وأحكامها بل تعتبر الإرادة الحرة مصدر للقانون إذ يقول المبدأ الفلسفي:" إن العقد هو مبدأ الحياة القانونية والإرادة الفردية هي مبدأ العقد "[١٧].وبهذا المعنى يمكننا القول، ان مبدأ سلطان الإرادة يقصد به أن إرادة الإنسان يمكن أن تنشئ في مجال التصرف القانوني حقوق ومراكز قانونية عبر الالتزامات التعاقدية الناتجة عن إرادة الأطراف والقوة الملزمة للعقد لا تنشأ من القانون وإنما من الإرادة نفسها.

ثانياً- حرية التعاقد:

ترسخ مبدأ سلطان الإرادة فأصبح قاعدة أساسية تبنى عليها النظريات القانونية فجميع الالتزامات والنظم ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وهذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر للالتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له[١٨].

بناء على ذلك فإن إرادة الفرد في إبرام العقود لا تحتاج إلى شكل خاص وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد، فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها وهذا هو المظهر السلبي ونلتمس ذلك مثلا في الشرط الذي يدرجه الأفراد في العقود والمخالصات تحت كل التحفظات أي أن الفرد لا يريد أن يتعرض لنتائج ضارة به لم ينصرف قصده عند التعاقد إليها[١٩].

إذن فإرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام والحالات التي تتعلق بالنظام العام يجب أن تكون قليلة أو نادرة، قياسا بما عليه الحال في وقتنا الحاضر.

وفضلاً عن ذلك، فالاعتراف بالإرادة السليمة التي اتجهت نحو تحقيق غايتها التعاقدية يمكن ان يؤدي الاعتراف حتى بالعقود غير المسماة ومنحها الفعالية القانونية لغيرها من العقود[٢٠].

ثالثاً- الحرية في تحديد آثار العقد:

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

والعقد لا تنصرف آثاره إلا للمتعاقدين، فالحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد تلحق بالمتعاقدين دون غيرهما، وهذا المبدأ له قوته الفلسفية حيث أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة وبالتالي فإن العلاقة العقدية لا تلزم ولا تكسب إلا المتعاقدين[٢١].

وإذا كانت الإرادة التشريعية قد نظمت طائفة من العقود فإن تدخلها في هذا التنظيم يكون عادة عن طريق القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين وللإرادة مطلق الحرية في الأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة، ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى فإذا كانت الأحكام المنظمة للعقود المسماة أحكاماً مكملة لا تطبق إلا إذا لم يتفق أطراف العقد على خلافها وإن كانت هناك قواعد آمرة في هذه العقود فهي قليلة[٢٢].

رابعاً- الالتزام الحتمي بما يتفق عليه الاطراف:

بما ان العقد ينشأ بالتراضي فإن مبدأ سلطان الإرادة يتعارض مع أي محاولة للتدخل بتعديل الالتزامات غير المتكافئة في العقود غير المتوازنة فالإرادة هي أساس الالتزام التعاقدي. وهذا الالتزام لا يقيد المتعاقدين فقط بل يعتبر قانون التعاقد - " العقد شريعة المتعاقدين " - الذي يلتزم به الجميع (بما في ذلك القضاء) باحترامه وتطبيقه فإذا ما ارتضى أحد الأشخاص الدخول بالتزام التعاقدي فلا يستطيع التنصل من التزاماته أو تعديله ، لأن إرادته اقترنت بإرادة شخص آخر، وإذا كانت الإرادة، هي التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد وشروطه، فإن هذه الإرادة لا يمكن أن تخطئ في التعاقد، خصوصا وأن المبدأ الذي يحكم المعاملات مبدأ حرية العرض والطلب " ومن أجل ذلك فإن اختلال التوازن الذي يعتقد به غير أطراف التعاقد، أو ما يتصورونه أن غبنا قد وقع على أحد أطراف التعاقد، لا يمكن قياسه في ضوء هذا التصور، ولا يمكن

أن يكون سببا في تعطيل التزامات أحد المتعاقدين فالإرادة وقد أقدمت على التعاقد قد حققت المنفعة من العقد وهذا يتعارض مع أي محاولة لتعديله أو التدخل باي شرط من شروطه بعد ذلك[٢٣].

ولابد لنا في هذا الخصوص، التعرف على مدى تكريس هذا المبدأ في ظل الموقف التشريعي للقوانين المقارنة، أذ نجدها قد اخذت به كأساس للقوة الملزمة للعقد، كأصل عام، وهذا ما عليه موقف المشرع العراقي، اذ نصت المادة (١/١٤٦) من قانوننا المدني على انه:(إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي). وهنا النص واضح من ناحية الزام العقد لأطرافه، إذ يشترط لأحداث أي تعديل أو رجوع أحد أطرافه أن يكون بمقتضى القانون أو رضا الطرف الأخر وهذا ما يدل على قوة القانون في الزام المتعاقدين بالتصرفات التي يمارسونها.

وبذات المعنى اخذ القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ في المادة (١٤٧/١) منه التي جاء فيها: (١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون). اما بخصوص القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام (٢٠١٦)، قد اخذت به المادة (١١٠٢) وركزت على مبدأ الحرية في التعاقد إذ جاء فيها:(لكل شخص الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد واختيار المقاول الشريك وتحديد المحتوى، وشكل العقد ضمن الحدود التي يحددها القانون. ولا تسمح الحرية التعاقدية بالخروج من القواعد التي تمس النظام العام)[٢٤] وبذلك يكون القانون كمبدأ عام، يحترم الارادة التعاقدية ويقيد كلا من القاضي والمشرع في تعديله، وعليه فإن قداسة الالتزام في العلاقة العقدية تمتد إلى القاضي والمشرع معا، فلا يمكنه الاعتداء على القوة الملزمة للعلاقة العقدية[٢٥].

من خلال ما تم ذكره بخصوص المواقف التشريعية للقوانين المقارنة نجد الاتي

١ـ ان القانون المدني العراقي اخذ بمبدأ سلطان الارادة، وان لم ينص عليه صراحة كما هو الحال في القانون المدني المصري.

٢ـ التأكيد على اهمية هذا المبدأ من الناحية القانونية، وعدم الاخذ به على اطلاقة بما يتلاءم مع النظام العام في تحديد مستلزماته وفقا للعرف، ومبادئ العدالة، وحسن النية، بحسب طبيعة الالتزام ـ

٣ـ لا يوجد مانع قانوني من تظمين القوانين المتخصصة، تشريعات تحد من الحرية التعاقدية في سبيل حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وحماية المصلحة العامة.

المطلب الثاني: تراجع مبدأ سلطان الارادة

ظاهر من عرضنا فيما سبق بخصوص مبدأ سلطان الإرادة، والقائلين به وصلوا إلى حد بعيد من الغلو فيما قالوه وبناء على النتائج التي ترتبت عليه، اشتد المعارضين له منذ مطلع القرن العشرين[٢٦]، إذ شهد الكثير من الانتقادات في مختلف الأفكار التي يبنى عليها، خاصة عند ظهور المبادئ الاشتراكية الأمر الذي أدى إلى تراجعه في كثير من العقود[٢٧]. مع زيادة الاستثناءات الواردة على الحرية التعاقدية ونتيجة للتطورات التي لحقت بالفكر التعاقدي، جعلتنا نتساءل اين اصبحت القوة الملزمة للعقد في ظل هذه التطورات؟ وعليه سنعرض أهم الانتقادات الموجهة لهذا المبدأ مع بيان قصوره عن مواكبة التطورات، حيث أن النقد الموجه إلى المبدأ سلطان الإرادة المنظور إليه كممارسة لسلطة ذات سيادة موازية ومتنافسة مع القانون، يقوم على أساسه التعاقد، تبدو اليوم قد استبعدها معظم الفقهاء، وتتجه معظم الآراء إلى الحد منه، بإبراز الانتقادات التي وجهت اليه، وهذا ما سندرسه فيما يلي:

أولاً: النقد الموجه للفلسفة الفردية:

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

فلا وجود للحقوق الشخصية التي تنشئها الإرادة، فطالما أن الإنسان يولد مدينا للمجتمع الإنساني ويستعير شخصيته من الضمير الاجتماعي، فإن إرادته ما هي في حقيقتها إلا إنعكاسا للمعتقدات والتصورات الجماعية، وإذا ما أردنا التسليم بوجود الحقوق الشخصية فإنه ينبغي إستبدال ذلك المفهوم الميتافيزيقي الخاص بها بمفهوم

واقعي ينبثق من وظيفتها الإجتماعية، فالإنسان لا يتمتع بحقوق وإنما يناط بكل فرد داخل المجتمع القيام بدور معين تنفيذاً لمهمة معينة، وإرادته هي وسيلته لتحقيق ذلك انطلاقاً من ضرورة الاعتماد الإجتماعي المتبادل(٢٨).

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

وهذا يعني أن الإرادة ليست وسيلة للخلق القانوني إلا في الحدود التي تتوافق فيها مع هذا الهدف الأعلى والاسمى، ومع القوانين الموضوعية التي تتفرع عنها، وهذا الإتجاه اعترف بتكريس دور الإرادة في إنشاء الالتزام وإن كان القانون هو الذي يعترف بذلك الأثر، فأي أثر قانوني منسوب للإنشاء الحر أو للإرادة ليس له قيمة إلا بموجب القانون الذي أعطى للإرادة الفردية إمكانية إنتاج هذا الأثر(٢٩).

ثانياً: نقد الأساس الإقتصادي والتوجه نحو فكرة عدالة العقد:

بأتساع ظهور الحرية الإقتصادية والتي أفرزت حرية التعاقد، إذ جعلت للعقد في ذاته قدرة على خلق العدالة الذاتية التي لا يمكن البحث عنها خارج العلاقة، فالشخص له حرية التعاقد وله حرية اختيار من يتعاقد معه، واختيار شروط العقد التي يرتضيها، والشخص العاقل الذي يتمتع بالحرية والمساواة مع شريكه ويسعى إلى تحقيق مصلحته، لا تتجه إرادته إلى ما يلحق به الضرر وإنما تتجه نحو ما يحقق العدالة لعلاقته العقدية(٣٠). والحال كذلك فإن النظرية القانونية التقليدية قد أغفلت إحتمال وجود عدم تعادل من الناحية الواقعية بين المتعاقدين، والذي في حال تحققه يتنافى معه افتراض وجود حقيقي للاختيار الحر والسبب في ذلك راجع إلى أنها أهتمت وحسب بالعدالة التبادلية أو التصحيحية، ولم تهتم بالعدالة التوزيعية إذ أن هذه الأخيرة لم تدخل ضمن اختصاص قانون العقود(٣١)، ومن أجل ذلك فإنه في إطار هذه النظرية يتركز جل إهتمام القانون في العمل على تنفيذ العقد وإلا ترتب عن ذلك مساس بعدالة العقد.

ولكن أفتراض ملازمة العدالة للعقد الناتجة من حرية وعدالة أطرافه، قد يكون

مقبولا في الزمن الذي كانت لا تزال فيه الصناعة والتجارة تحتفظان بالطابع الحرفي والعائلي، أي ذلك الزمن الذي كان يطغى فيه على العلاقات العقدية الطابع الشخصي، والذي كان فيه بإمكان الأفراد عقد صفقاتهم بعد إجراء مفاوضات تسمح على الأقل بتحديد العناصر الجوهرية للعقد، وبالرغم من ذلك لم تكن العلاقة عادلة، إلا أن عدم عدالتها لم تكن تتخذ الشكل المؤسسي[٣٢].

ونتيجة للتطورات المتعلقة بالفكر القانوني، والتعاقدي وأنشاء شركات ضخمة واتحادات لمنتجين، تحكموا بالمستهلكين والعمال الذين يستخدمونهم وأملوا شروطهم على هذه الفئات[٣٣]، باعتبارهم كطرف ضعيف في العلاقة العقدية، اذ لم يعد مقبولا تساوي المتعاقدين في المركز القانوني وبالتالي حريتهم في التعاقد.

وبذلك فإن ضمان تطور نظرية العقد وتحقيق العدالة العقدية التي يتوصل إليها الأطراف بحريتهم التعاقدية، لا يمكن ان تنتج من احترام الشخص لتعهده طبقا لإعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لان هنالك عدالة أخرى وهي الإنصاف والتي تعني احترام القاعدة القانونية، وهذا ما يتعارض مع المبادئ التقليدية من اساسه فتراجع بشدة[٣٤].

وأما عن قصور مبدأ سلطان الارادة عن تحقيق التوازن العقدي، فنتيجة التطورات التي شهدها الفكر القانوني، اتجه المشرع إلى التوسع في مجال التدخل في نطاق العلاقات التعاقدية، وذلك بقصد إقامة التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ومحاربة الإستغلال والغبن في العقود وبناء على هذا المنطق الجديد طرأت تغيرات على القواعد التي تحكم نظرية العقد[٣٥].

فقد يغفل الأطراف بعض العناصر الأساسية في عقودهم فيكون العقد باطلا، تبعا لنظرية سلطان الإرادة ولا أثر لهذا العقد، لأنه من غير الممكن تكملته بغير إرادة الأطراف، فإذا أغفل تحديد الاجرة في عقد عمل فإنه لا أثر له، بينما بالخروج عن الفكر التقليدي، يمكن للقاضي اللجوء إلى البحث عن الشروط المتعامل بها وإلى العادات الاجتماعية أو المتعارف عليه لتحديد هذا الأجر، وذلك ليجعل لإرادة الأطراف قيمة بدلا من إهدارها نهائيا، واننا نرى أن هذه العناصر التي يبحث عنها القضاء لا تخرج كثيرا عن إرادة المتعاقدين، باعتبارهم جزء من المجتمع، خاصة وان هذا ما يوجبه المبدأ الذي

يلزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية[٣٦].

الحقيقة أن مجال الإرادة يجب ان يتوسط الأراء وهذا ما نادى به المعتدلون الذين انتصروا للمبدأ لكنهم وقفوا به عند الحدود المعقولة بربط العقد بالمصلحة العامة و مقتضيات العدالة[٣٧]. كما أن حرية التعاقد قيدت هي الأخرى بآليات مستحدثة للتعاقد ظهرت حديثا، على شكل عقود جبرية يُجبر الشخص على إبرامها، دون امكانية مناقشة شروطها وهي متطلبات قانونية لابد من مراعاتها، فقد يلزم الشخص بابرام عقد معين كما هو الحال بالنسبة لعقد التأمين الجبري.

وهنالك صيغة اخرى تتمثل بظاهرة العقود النموذجية[٣٨]، كعقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابات العمال وأرباب العمل ويسري على جميع أشخاص المهنة حتى الذين لم يشتركوا فيه، تختص هذه العقود بان أحكامها تمثل رأي الأغلبية من أصحاب المصلحة المشتركة تسري على الأقلية التي لم توافق عليه، ولهذه الفكرة تطبيقات تشريعية تتجلى في أحكام الصلح الواقي من الإفلاس.

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

وتدفع سرعة التعامل وما جرى عليه المستهلك في شراء السلع والخدمات اليومية إلى التوقيع على العديد منها دون مراجعة العقود كلها، خصوصا عند ازدياد الشعور السائد بان كل ما هو مطبوع واجب الاحترام ، بالإضافة إلى الثقة التقليدية في مقدمها، وهكذا يتعاقد المستهلك بدون علمه بشروط العقد أو من غير معرفة بأثارها وبمداها[٣٩].

وبالإضافة إلى ذلك فإن العقود النموذجية والمجهزة مسبقاً أصبحت اليوم من الأسباب الموجبة لإعادة النظر في مبدأ سلطان الإرادة، خصوصاً لما يترتب عليها من إنتشار للشروط التعسفية[٤٠]. كما يؤدي انفراد المتعاقد الأكثر قدره أو كفاءة بكتابة العقد إلى ترسيخ ظاهرة إختلال التوازن العقدي، كما تؤدي ظاهرة انفراد المحترف بصياغة العقود التي ينضم إليها الكثير من المستهلكين إلى تزايد الشروط التعسفية التي تتيح للمحترف التخفيف من التزاماته العقدية مع تكليف الطرف الآخر بالتزامات جديدة أو التشديد من التزاماته الأصلية[٤١].

فالبائع عندما يذكر للمشتري مزايا الشراء بالقسط وما يحققه من سرعة حصوله على السلعة التي يحتاج إليها، دون التنبيه إلى توزيع عبء دفع ثمنها على عدد كبير من الشهور، على أن الشروط الجزائية وتحديد مسئولية البائع وغير ذلك من الشروط التعاقدية تؤدي إلى تكريس ضعف المشتري وزيادة التزاماته التعاقدية على نحو لم يكن ليقبل به لو علم بهذه الشروط وبما تؤديه من آثار ونتائج(٤٢).

وجاء قيد اخر على الرضائية السائدة فيما سبق، تتعلق باشتراط الشكلية في التعاقد، فقد عبرت القوانين المدنية عن اهتمامها بالجانب الشكلي على حساب الرضائية في مجال العقود ونخص بالذكر تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦)، فهناك القواعد الامرة التي تتطلب الشكلية القانونية. ومن أجل ذلك يتحدث الفقه عن اعادة ظهور الشكلية في المجال التعاقدي(٤٣)، بفعل دور المشرع في وجوب الكتابة من أجل صحة العقد أحيانا، عبر زيادة ظهور الشكل كمصدر قانوني من أجل تكوين العقد، والشكلية تمثل ميزة التشريعات الحديثة، وهذا بعد أن كانت استثناءاً على مبدأ الرضائية.

من أجل ذلك، اتجه المشرع في الكثير من الاحيان للشكل التعاقدي، وبالتالي يكون هناك التزاما باحترام الشكل، كما نرى بان هناك أفضلية للشكلية في الوقت الحاضر، من خلال التشريعات الخاصة، كقانون الاستهلاك، قانون العمل، قانون التأمين، قانون التسجيل العقاري ، قانون المرور وقوانين أخرى.

من خلال ما تقدم، نرى ان تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦)، اتجه صوب الخروج عن القواعد التي تكرس مبدأ الرضائية، بصورته التقليدية، وبهذا اوجب القانون في غالب الاحيان على المتعاقد إعلام المتعاقد معه الذي يوجد في وضعية جهل، والتي تظهر في شكل بيانات إلزامية تعبر عن التقارب بين الاعلام والشكلية(٤٤).

كما أن الالتزام بالبيانات الالزامية في العقود، المتمثلة بالشكلية الاعلامية في القانون الفرنسي واسعة، سواء في إطار قواعد الاستهلاك أو خارج ذلك المجال، ففي إطار قواعد الاستهلاك نرى البيانات الالزامية في بيع الاموال المنقولة، جاء ذكرها في المادة (L ١١٤-١/١) من قانون الاستهلاك، كذلك الامر بالنسبة للبيع عن بعد، حين أوجبت المادة (L ١٢١-١٨) مجموعة من البيانات الالزامية، كذلك البيع بالمنزل، حين أوجبت

المادة (٢٣-١٢١ L) مجموعة من البيانات الالزامية، الامر كذلك بالنسبة للائتمان الاستهلاكي عبر المادة (٢٨-٣١٢. L) التي تجبر عبر وجود البيانات الالزامية، الحال كذلك بالنسبة للائتمان العقاري، حسب المادة (٢٥-٣١٣ L) التي توجب بعض البيانات الالزامية، يضاف إلى ضرورة وجود البيانات الاجبارية، ضرورة شفافية البيانات[٤٥].

ومن ذلك يعد موقف القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام (٢٠١٦) جاء مكرسا لاشتراط الشكلية، فقد بينت المادة (١١٧٢) منه بصورة صريحة على وجوب مراعاة الشكلية التي يقررها القانون في العقود الرسمية، أذ جاء فيها أنه (العقود من حيث المبدأ هي بالتراضي. على سبيل الاستثناء، تخضع صلاحية العقود الرسمية لمراعاة الأشكال التي يحددها القانون وبخلافه يكون العقد باطلاً، باستثناء ما كان التصحيح ممكنا. بالإضافة إلى ذلك، يجعل القانون تكوين عقود معينة خاضعًا لتسليم الشيء)[٤٦].

وبخصوص تحليلنا للنص اعلاه نجد انه:

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

٢ـ أوضح ان العقد يصبح باطلا عند عدم مراعاة الشكلية، لكنه حسنا فعل عندما اتخذ موقفا متطورا عندما أجاز تصحيح العقد اذا كان ذلك ممكنا، مما يسهم في تطور نظرية العقد من خلال تقليل حالات البطلان خاصة وان اغلب العقود الرسمية تترتب عليها الكثير من الالتزامات المادية والقانونية كما هو الحال في التصرفات العقارية.

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

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

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

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

المبحث الثاني

المفهوم الجديد للعقد

لم يعد مفهوم العقد خاضعا لمبدأ قوة الإرادة في ظل التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية[٤٧]، حتى وضع الفقه، والاتجاهات القانونية الحديثة مفهوما جديدا له، يكون أكثر توازنا، ومنفعة، وعدالة من خلال إعادة النظر فيه في الوقت الحاضر[٤٨].

ويقتضي لفهم تعريف العقد وفقا للتشريع المدني الفرنسي، تتبع القوانين ومشروعات القوانين المقترحة لتعديل قانون العقود والالتزامات لسنة (١٨٠١) وفقا للتسلسل التاريخي لتلك القوانين، فعرفت المادة (١١٠٢) من مشروع (بيار كاتالا٢٠٠٥)[٤٩] العقد بأنه: (اتفاق يلتزم على اساسه شخص واحد أو عدة اشخاص تجاه شخص أو اكثر بتنفيذ الاداءات أو الالتزامات المترتبة عليه) والملاحظ على هذه المادة ركزت بصورة جلية على التنفيذ دون غيره بالإضافة إلى التفرقة بين الاداءات والالتزامات، وجاء مشروع وزارة العدل الفرنسية لتعديل قانون العقود والاثبات رقم(-١-١٩٩-٢٠٠٨)[٥٠]، ليعرف العقد في المادة (١١٠١) من على ان: (العقد اتفاق ارادي بين شخصين أو اكثر من الاشخاص لترتيب اثار قانونية)، والملاحظ على هذه المادة ان المشرع لم يشر إلى تعديل الاثار القانونية أو انهاءها. بعدها جاء تعديل القانون المدني الفرنسي بالمشروع الاشتراعي رقم (١٣١ لسنة ٢٠١٦)، ليعرف العقد في المادة (١١٠١) بأنه: (العقد هو اتفاق ارادات بين شخصين أو عدة اشخاص يهدف إلى انشاء التزامات -أو تعديلها -أو نقلها -أو انهائها)[٥١]. اذ يتضح من هذا النص على انه:

١- ان المشرع الفرنسي اهتم بمبدأ التوافق بشكل عام في حدود النظام العام، و الملاحظ عليه لم يشر إلى الآداب العامة.

٢- حرص المشرع على عدم التمييز بين العقد والاتفاق وجعل كل عقد هو عبارة عن اتفاق.

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

وبذلك حرص التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي على تفادي النقد السابق الذي وجه اليه نتيجة تمييزه بين العقد والاتفاق كونها تفرقة لا تتبناها التشريعات الحديثة[٥٢].

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

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

المطلب الأول: التعاقد وفق الاتجاهات القانونية الحديثة:ـ

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

وهذا يعد نتيجة طبيعية للتطورات التي طرأت على مفهوم النظرية العامة للعقد.

فمن ناحية تقييد الحرية التعاقدية وفقا لاعتبارات النظام العام، فبالرجوع لتعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، نجد ان المادة (١١٠٢) منه اكدت على وجوب ان يكون مضمون العقد متوافقا مع النظام العام(٥٣).وذلك نتيجة طبيعية لتطور وتعقد العلاقات التعاقدية وظهور المخاطر وكثرتها، واختلال ميزان القوى في العلاقة التي تقوم بين الأطراف المتعاقدة، اذ نجد ازدياد ظاهرة تدخل الدولة في تحديد أنماط التعاقد فاصبح القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد(٥٤).

وهنا تتعلق المسألة بأستحداث صيغ جديدة للتعاقد لم تعرف سابقا، أو بوضع قيود على نطاق التعاقد، وهنا يتجه الموقف التشريعي إلى تقييد الحرية التعاقدية أكثر فأكثر ومنها ربط العقد بالنظام العام و الآداب العامة بالمعنى الواسع لهما، لتحقيق المصلحة العامة وهذا أمر وارد بطبيعة الحال كون هاتين الفكرتين تتسمان بالمرونة، إذ أن القانون لم يضع تعريفا جامداً لهما(٥٥).

وفي سياق متصل، وضعت للنظام العام، عدة تعاريف فهو بلا منازع يعد من احد المفاهيم ذات المضمون المتغير فقد عرفه بلانيول بانه:(كلما كان مستوحى من اعتبار منقعة

عامة تكون في خطر اذا كان الافراد احرارا في منع تطبيق القانون). و وظيفته الاساسية في مدونة القانون المدني هي تحديد الحرية التعاقدية باسم مصلحة المجتمع، اما مفهوم الآداب العامة فهو المظهر الخلقي للنظام العام، أي القواعد الخلقية التي تفرضها مصلحة المجتمع على الارادات الفردية(٥٦).

فحرية التعاقد تجد قيدا فعالا يتمثل بالنظام العام بحسب موقف القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، فإذا ما أبرم عقد يخالف النظام العام، فإنه يكون باطلاً. وحسنا فعل المشرع العراقي عندما اضاف الآداب العامة إلى جانب النظام العام(٥٧)، باعتبارها المظهر الخلقي للنظام العام.

ولتطور وظيفة الدولة في الوقت الحاضر بدأ يظهر الانتقال من فكرة التوجيه العقدي الذي تنظم فيه الدولة محتوى العقد والحد من دور الاطراف في تحديده، إلى الضبط العقدي، وانتشار افكار تتعلق بعميمه العقد(٥٨) وجمعية العقد.

من هذا يمكننا القول ان النظرية العامة للعقد ليست جامدة بل هي قابلة للتطور والتكيف لمواكبة المتغيرات وان التطور الاقتصادي والقانوني فرض الطابع الجماعي على العقد وبالتالي لابد للقواعد التقليدية في القانون المدني ان تواكب هذا المسعى(٥٩).

وبما ان هدف القانون هو تحقيق العدالة والمصلحة العامة للمجتمع، وبالتالي فإن العقد يجب أن يكون متوافق مع الممارسات التنظيمية لدور الدولة لتحقيق ذلك، وللمشرع أن يتدخل في استحداث قوانين تخص التعاقد لتطوير مفهومه، كما عليه الحال في قانون حماية المستهلك، قانون الاستثمار، وقوانين المعاملات الالكترونية(٦٠)، وغيرها من القوانين.

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

وأما عن التعاقد وفقا لعدالة العقد، فأن تطور فكرة التعاقد وفقا لمبادئ العدالة عكست

تطور المفاهيم القانونية التي القت بضلالها على التشريعات القانونية، بتغييرات مهمة تخص العدالة العقدية، وقدمت الحلول المتوازنة للأطراف المتعاقدة، اذ اورد تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) قاعدة عامة تخص تحقيق التوازن العقدي، فجاء في المادة (١١٦٨) منه على انه (عدم توازن الأداءات في العقود الملزمة للجانبين، لا يؤدي إلى بطلان العقد، مالم ينص القانون على خلاف ذلك)[٦١].

ويمكننا تحليل النص اعلاه بعدة نقاط هي:

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

٢ـ قيد حالة البطلان بوجود نص في القانون فقط، ولم يترك امكانية للأطراف على الاتفاق على مخالفة ذلك.

ومن تطبيقات العدالة العقدية، التي جاء بها تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) في اطار العقود المستمرة التنفيذ تمثلت بمنح صلاحية واسعة للقاضي لا سابقة لها في حال استجدت ظروف قاهرة، تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين واتاحت للمتعاقد ان يطالب باعادة المفاوضات العقدية من جديد بين الطرفين لإعادة التوازن، واجازت للقاضي بناء على طلب احد الاطراف ان يعيد النظر بالعقد أو انهائه[٦٢].

وتعد العدالة العقدية احدى صور العدالة بمفهومها العام، وخضع هذا المفهوم لتطورات كبيرة خلال حقب زمنية مختلفة، وعلى كل حال تعد العدالة العقدية جزء من العدالة التبادلية بمفهومها العام[٦٣]. وهنا تستدعي العدالة العقدية التناسب والتعادل بين اطراف العقد من ناحية الاخذ والعطاء، ويكون نطاقها العقد وهذا التعادل والتناسب ليس بمفهومه الحسابي كما في العدالة التبادلية الذي يكون مجردا من اي اعتبار شخصي للمتعاقدين وصفاتهم وملكتهم، بل بمفهومه الواسع وذلك بالحصول على المنفعة المقصودة من العقد[٦٤]. وتكرس العدالة التبادلية الوظيفة الاجتماعية للعقد بحرصها على ان يبقى مركز كل متعاقد مساويا لمركز الاخر، ولا يعطي احدهما للآخر الا بالقدر الذي اخذه منه، فإذا اختل البناء العقدي يتدخل القاضي وفقا لاحكام العدالة لتصحيح الاختلال الحاصل[٦٥].

فالعدالة العقدية تمثل قيمة وفضيلة عليا تحكم سلوك الافراد وتطبق على علاقات ومعاملات الافراد اليومية من الناحية المدنية واعتمادها يحتاج إلى مرونة في صياغة القواعد القانونية التي تحكم العقود، لتواكب المستجدات التي تحدث في الحياة بسبب التطورات الاقتصادية والاجتماعية [٦٦].

ولم يعد هدف العدالة مقتصر على مجرد الامتناع على إيقاع الضرر بالغير، أو إعطاء كل ذي حق حقه، بل تنطوي على ماهو اعمق وابعد من ذلك، يتمثل في تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة من اجل حماية النظام العام للحفاظ على المجتمع الإنساني وتطوره[٦٧]. وبناء على ما تقدم، يتبين لنا ان العدالة ليست مجرد نصوص واحكام قانونية بل هي فكرة فلسفية واسعة تقوم على الموروث الفلسفي والأخلاقي والقانوني للمجتمعات تطورت عبر مراحل زمنية مختلفة تسهم بشكل أو باخر في تطوير النظرية العامة للعقد من خلال اتاحة الفرصة للتدخل بحياة العقد، بتصحيحه أو تعديله وفقا لمصلحة اطرافه والمصلحة العامة، ومن ثم والخروج عن حدية مبدأ المساواة العقدية، والاتجاه نحو العدالة العقدية.

المطلب الثاني: حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية

لقد حاول الموقف التشريعي تغطية النقص الذي سجلته النظرية العامة للعقد وفق الاتجاهات التقليدية، بخصوص مسألة حماية المتعاقد الضعيف، وقد تجسدت هذه الحلول بشكل أساسي في إطار التشريعات المقارنة، والمتخصصة في سبيل توفير الحماية القانونية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وعلى هذا الاساس تم تحديد الفئات المعنية بالحماية بغية إعادة النظر في تحديد الفئات المعنية بالحماية القانونية لابد من وجود تجاوب مع المفهوم الجديد للعقد بتوظيف القواعد القانونية لحماية المتعاقد الضعيف وتطويع المفهوم المجرد الذي كان يهيمن على محتوى القواعد القانونية بشكل عام، والقواعد التعاقدية بشكل خاص بما يتلائم والتطورات الحاصلة في مفهوم التعاقد.

إن من حق الطرف الضعيف إبطال العقد إذا ما شاب إرادته أحد عيوب الرضا المنصوص عليها بالمواد (١١٣٠-١١٤٤) من القانون المدني الفرنسي. والمواد (١١٢- ١٢٥) من القانون المدني العراقي. لكن في بعض الأحيان يبرم الطرف الضعيف العقد بصورة سريعة دون التعرف على التفاصيل المتعلقة بالعقد مما يجعل رضاه غير سليم بعد إبرامه للعقد لذا

لإبد من حماية رضا الطرف الضعيف في حالة تسرعه. وهناك عدة صور للضعف التعاقدي الذي يعتري أحد طرفي العقد يمكن أن نلخصها في فقرتين:

أولاً: الضعف الاقتصادي:

يتحقق هذا الضعف عندما يضطر احد المتعاقدين إلى قبول شروط جائرة يفرضها عليه الطرف الأخر دون أن يكون له الخيار، بين قبول هذه الشروط أو رفضها. ويظهر هذا الضعف في صورتين[٦٨]:

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

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

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

الركن الجوهري الذي يميز هذا العقد يتمثل في خضوع العامل لرقابة وإشراف صاحب العمل الذي يكون له بمقتضى هذه التبعية القانونية أن يصدر أوامره وتعليماته إلى العامل بشأن طريقة تأديته للعمل المكلف به[٦٩].

ثانياً: الضعف المعرفي:

إذ أدى تطور الحياة الاقتصادية الحياة الاقتصادية وما صاحبها من طفرات تكنولوجية يمتلك أدواتها البعض دون البعض الآخر إلى ظهور نوع جديد من عدم المساواة يطلق عليه « اختلال التوازن المعرفي» وهذا الاختلال يعكس عدم المساواة في المعرفة والخبرة بين طرفي

العقد، حيث نجد طرفاً يمتلك المعرفة والخبرة وطرف أخر يفتقر إلى المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد الذي سيبرمه ونتيجة لهذا الضعف المعرفي أصبح على عاتق الطرف الضعيف أن يقوم بالاستعلام والتحري من أجل الحصول على المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد. لكن الواقع العملي أثبت أن هناك حالات يكون فيها من الصعب على الطرف الضعيف أن يتحرى بنفسه عن معلومات والبيانات التي يريد معرفتها من أجل اتخاذ قرار بالتعاقد من عدمه[٧٠].

ويتجه بعض الفقه[٧١]، إلى أن قانون العقود، يحدد العملية التعاقدية بين الطرفين، سواء كان أحدهما في موقع قوة والآخر في موقع الضعف من خلال الانصياع إلى المساواة والحرية، المستخلصة من الواقع والمواقف التعاقدية الفعلية.

فمن البديهي أن وجود القوة الاقتصادية أو القانونية، يقابله بالضرورة وجود فئتين، الأولى في حالة الضعف والأخرى في حالة القوة. ومن أجل ذلك فإن الحد من القوة الاقتصادية أو القانونية يمر حتما عبر حماية الطرف الضعيف، بشتى أنواع الحماية ما هو مؤكد أنه أصبحت الحماية خاصة، بالانتقال من حيادية القاعدة الحمائية إلى تحيز القاعدة الحمائية لصالح إحدى الاطراف[٧٢].

ويلاحظ ان مسألة المساواة هنا مفترضة الوجود، وليست مطلقة، فهناك اعتراف عبر بعض الاليات بمسألة اعادة التوازن عبر تطوير نظرية عيوب الرضا[٧٣]، أو عن طريق رفع الغبن، أو عن طريق نظرية الظروف الطارئة، بالأخذ بالتوجيه التشريعي المتطور لنظرية العقد، وذلك بتوفر حماية قانونية عامة و شاملة لكافة المتعاقدين بالنظر إلى صفاتهم أو مراكزهم القانونية.

ولدراسة المواقف التشريعية المتعلقة بهذا الخصوص، نجد ان ما يتعلق بحماية المستهلكين بحسب قواعد النظرية العامة لنظرية العقد، فأنها لا تتمتع حماية تفضيلية، وخاصة عن باقي الأطراف المتعاقدة، لأن القانون المدني يربط الحماية بكل متعاقد ، بغض النظر عن صفته، سواء أكان مستهلكًا أم غير ذلك ولأن مجالها عام وشامل وليس خاصًا ولا فرديًا ولا شخصيًا[٧٤]، وهكذا فإن النظرية العامة لا تحابي أحد الطرفين المتعاقدين على الآخر، لأن نظام الحماية المعترف به من خلال هذه النظرية يتميز

بإنشاء فئات عامة ومجردة من الأفراد.

على العكس من ذلك، اتجه الموقف التشريعي الحديث، إلى تحديد الطرف المتعاقد بحد ذاته، وقد تبين هذا التحول الذي تزامن مع القواعد القانونية من خلال تطور الفكر القانوني من خلال ظهور قوانين تتعلق بفئة معينة من الأفراد(٧٥)، نظراً لطبيعة النشاط، ومكانة هؤلاء الأفراد في المجتمع، وهذا ينطبق على قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة (٢٠١٠)، حيث يعتمد على طبيعة المستهلك كطرف ضعيف يستحق الحماية سواء كان شخص طبيعي أو معنوي وذلك لتحقيق التوازن القانوني والمعرفي بين المستهلك من جهة والمجهز والمعلن من جهة اخرى، ونسجل ملاحظتنا في هذا الخصوص بأغفال المشرع الاشارة إلى المنتج والمورد باعتبارهم جزء من العملية التعاقدية، وينسحب الحال إلى قانون حماية المستهلك المصري، والفرنسي، وكذلك الحال بالنسبة لقانون العمل، الذي يوجه حمايته إلى قدرة العامل، وكذلك في مجال التأمين، إذ يوجه المشرع حمايته إلى قدرة المؤمن عليه باعتباره ضعيفًا يستحق حماية خاصة، وكذلك قانون المنافسة، الذي يوجه حمايته للمهنيين بعد أن استثناهم قانون الاستهلاك من تطبيق الحماية الخاصة به، اذ اشار احد الفقهاء إلى أن هناك نماذج تم تحويلها إلى فئات قانونية لجعلها قابلة للتطبيق في القانون(٧٦).

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

وبخصوص تدعيم حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، لاستحداث وسائل قانونية لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية تضطلع الاتجاهات القانونية الحديثة لتوفير

حماية للطرف الضعيف في ظل تعاظم الانتهاكات المرتبطة بحقوق المستهلك وعجز الجهود الفردية على انفاذ القوانين المرتبطة بحمايتهم(٧٧).

وهنا نجد ان الموقف التشريعي في ظل القانون المدني العراقي، والقوانين المتخصصة الاخرى قد اهتمت بتوفير حماية للطرف الضعيف، ويجب ان تقوم بتعديلها بما يتلائم والتطورات الحاصلة في المجتمع، وذلك من خلال إيجاد التشريعات ومن أهمها قوانين حماية المستهلك(٧٨)، أذ يشترط المشرع العراقي في القانون المدني ان يتم تفسير العقد لصالح الطرف المذعن اذا اكتنف الغموض في بعض الشروط، بحسب ما جاء في المادة (١٦٧) منه، والى هذا المعنى ذهب موقف القانون المدني المصري في المادة (٢/١٥١)، كذلك ما جاء به تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) ليؤكد على المبدأ العام المتعلق بحماية الطرف المذعن، بالإضافة إلى ذلك وجدت قوانين متخصصة بحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فعلى سبيل المثال في العراق تم تشريع قانون حماية المستهلك رقم (١لسنة ٢٠١٠) وفي مصر تم تشريع قانون حماية المستهلك رقم (٦٧لسنة ٢٠٠٦) وفي فرنسا قانون المستهلك الفرنسي رقم (٣٤٤ لسنة ٢٠١٤) إلى جانب ذلك حدد قانون التجارة الفرنسي في المادة (١٤٢٠-٢)(٧٩) منه الطبيعة القانونية للممارسات العقدية والمتمثلة بانتهاك السيطرة الناتجة عن القوة السوقية والتي لا تمارس إلا من قبل شركة واحدة أو أكثر، هذا من جانب، ومن جانب آخر تشترط هذه المادة ثلاث شروط لكي يمكن القول أن الشركة قد أساءت استخدام التبعية الاقتصادية(٨٠).

ورغبه من المشرع الفرنسي في توفير الحماية لرضا الطرف الضعيف إذا ما تعرض لإكراه اقتصادي عند منافسه غيره من التجار الذين يتمتعون بنفوذ اقتصادي وقوة في السوق، فقد فرض مجموعة من الجزاءات التي وجدها كفيلة بحماية الرضا، بموجب نص المادة (٦-L.442) من قانون التجارة الفرنسي، فمن خلال هذه المادة اعطى للمتعاقد الضعيف الحق في المطالبة بوقف إساءة استخدام التبعية الاقتصادية مع حقه في المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به من جراء هذه الاساءة، كما يجوز له المطالبة بإبطال العقد لكن هذا الحق مقيد بموافقه وزير الاقتصاد، فمن حق وزير الاقتصاد المطالبة بأبطال أو رفع البنود الغير قانونية الذي عادة ما يقوم المتعاقد المهيمن بإدراجها في العقد الذي يبرمه مع المتعاقد

الضعيف، عندما أصبح وضع الضعيف للمتعاقد ذا أهمية كبيرة في اطار التطورات الخاصة بنظرية العقد، أذ أصبح التوجه التشريعي نحو ايجاد هذه التشريعات الخاصة والاهتمام المباشر بهذه الفئة. وبالتالي حماية قدرة المتعاقد المعني بمجال تطبيق ذلك التشريع، فالطرف الضعيف شخص عديم الخبرة والمعرفة، بسبب تخصيص كل مجال لحماية فئة معينة من المتعاقدين. ولهذا السبب لابد من تحديد صفة المتعاقد الضعيف بصورة جلية لتوفير الحماية المحدد المحددة قانوناً.

ومن ناحية تفسير العقد، فقد يصادف القاضي في بعض الأحيان عبارات غامضة وغير مطابقة لقصد المتعاقدين، فيتدخل لتفسير العقد مادام القانون قد منحه سلطة لتفسيره بما لا يخرج عن مضمونه، اذ اخذ القانون المدني الفرنسي لعام (٢٠١٦) بالتفسير المتطور بحسب النية المشتركة للأطراف بصراحة المادة (١١٨٨) منه اذ: (يتم تفسير العقد وفقا للنية المشتركة للأطراف دون التقيد بالمعنى الحرفي لأطرافه، وفي حالة تعذر كشفها يفسر وفقا للمعنى الذي يعطيه الشخص المعتاد عند وجوده في نفس الظروف)، والى جانب ذلك في حالة الشك في عقد الإذعان يجب ان يفسر العقد لمصلحة الطرف المذعن[٨١]. وبذلك فان السلطة القضائية هي التي تطبق هذه القوانين بما يحقق الغاية من إقرارها الا وهي حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من خلال تسوية المنازعات المتعلقة به، وحمايته وتفسير العقد لصالحه ومواجهة الشروط التعسفية.

وحماية الطرف الضعيف في مواجهة الشروط التعسفية، تتجلى بالنص على بطلانها على ان ينتج العقد اثاره، بحيث يبطل الشرط ويصح العقد فالبطلان هنا جزئي فيبطل الشرط دون العقد ولعل الهدف من وراء ذلك هو تحقيق الحماية للطرف الضعيف للإبقاء على العقد[٨٢]، ذلك لان الحكم ببطلان العقد بأكمله قد يترتب عليه تفويت الحماية للطرف الضعيف، ذلك لانه قد يرغب في حالة وجود شرط تعسفي بتقرير بطلان هذا الشرط وانفاد العقد لحاجته للسلعة أو الخدمة المحددة محل التعاقد [٨٣]،اما الموقف التشريعي في ظل قانوننا المدني والقانون المدني المصري بحسب القواعد العامة قد يبطل الشرط والعقد اذا كان هذا الشرط هو الدافع الباعث للتعاقد.

فلابد من حماية صفة المتعاقد الضعيف باستحداث آليات جديدة تخص تدعيم

سلامة الرضا، وذلك من خلال مدها إلى كل متعاقد ضعيف بغض النظر عن صفته التعاقدية، ولنا في هذا الشأن آليات ذات فاعلية، تتمثل على وجه الخصوص في الوجه الجديد للإكراه، عبر الانتقال من الاكراه المادي والمعنوي إلى الاكراه الاقتصادي الذي يعد صورة من صور الاكراه وذلك بالرجوع إلى تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، اذ نصت المادة (١١٤٣)[٨٤] على انه (يتوافر الاكراه ايضاً عندما يحصل احد الاطراف، نتيجة استغلال حالة التبعية التي يوجد فيها المتعاقد معه، على تعهد من الاخر ما كان ليرضى به في حال غياب مثل هذا الضغط، ويحصل من ذلك على منفعة زائدة بشكل واضح)[٨٥].

يستنتج من ذلك، بان الاجتهاد القضائي حقق قفزة نوعية عبر اعترافه بالإكراه الاقتصادي بالرغم من بعض التحفظ في بعض الاحيان، لكن نعتقد أن ذلك لم يكن كافيا، بل حسنا فعل المشرع الفرنسي بتكريسه قانونا ضمن قانونه المدني.

كما فسر البعض ذلك، بان هناك تعديل لمفهوم الاكراه الذي يعطي قيمة لقمع التعسف في القوة الاقتصادية، و بالتالي هناك ترك للإكراه المعنوي في المجال الاقتصادي، ومن جهة أخرى، فإن هناك انتقاد لتطبيق حالة الضرورة في المسائل الاقتصادية و هنا حالة التبعية، بفعل أنه لا يمكن قياس هذه الافتراضات التي يستخدم فيها هذا المفهوم من أجل مراعاة الظروف الطبيعية، سواء غرق السفينة، فهناك نقدين، نقد للمبدأ و نقد للتقنية[٨٦].

ولابد من الاشارة إلى ان القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام ٢٠١٦ بحسب ما جاء في المادة (١٣٠) منه، قد اخذ بالتدليس باعتباره عيب من عيوب الارادة على خلاف ما هو عليه الحال في القانون المدني العراقي والمصري، وعليه نجد ان الاخذ بهذا الموقف يعد احد الاليات القانونية التي يتم من خلالها تطوير نظرية العقد بما يحقق العدالة العقدية ويمهد لتطوير مفهوم الالتزام بالأعلام.

كما ظهرت في الآونة الاخيرة تأثير التشريعات الخاصة على القانون العام للعقود، فمبدئياً هناك نظرة تقارب، خاصة عبر اعتراف قانون المنافسة بعدم المساواة الاقتصادية بين بعض المحترفين، ومن جهة أخرى البحث عن توجيه العقد نحو النزاهة والتوازن التعاقدي، وبالتالي فالنظرية العامة للعقد تستفيد من تدخل قانون المنافسة

من أجل تحقيق الانسجام المطلوب[٨٧]، نؤكد مرة أخرى، بان عيب الاكراه الاقتصادي يبقى من بين الوسائل الهامة التي يعول عليها في تطوير نظرية العقد، خاصة من خلال تطوير القواعد العامة، بتجديد تصوراتها وإدخال آليات ذات فاعلية من أجل زيادة مظاهر تطور نظرية العقد .

الخاتمة:

في ختام بحثنا الموسوم **(تطور مفهوم العقد) " دراسة مقارنة "** توصلنا إلى بعض النتائج التي نرجو الأستفادة منها وبعض التوصيات التي نأمل الأخذ بها.

أولاً: النتائج:

١- أعتمد المشرع في تنظيم العقد على مبدأ التراضي، وذلك لأنه ينحصر في أن العقد لا يخرج عن نطاق أتفاق إرادتين تتمتع كل منها بالحرية.

٢- يمثل مبدأ سلطان الأرادة النظرية التقليدية للعقد، باعتبار الارادة مصدر القوة الملزمة له، لكونه انعكاس للمبادئ التي استقر عليها مفهوم العقد نتيجة تأثره بالمذهب الفردي، اذ انبثق عن هذه المبادئ القانونية، مجموعة من الأفكار الفلسفية والدينية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع في وقته.

٣-تعرض مبدأ سلطان الإرادة للعديد من الإنتقادات وظهرت أفكار وتوجهات تتمحور في عدم كفاية دور الإرادة وحدها لأنشاء العقد وترتيب الالتزامات.

٤- حاول الموقف التشريعي تغطية النقص الذي سجلته النظرية العامة للعقد وفق الاتجاهات التقليدية، بخصوص مسألة حماية المتعاقد الضعيف، وقد تجسدت هذه الحلول بشكل أساسي في إطار التشريعات المقارنة، حيث بين أن من حق الطرف الضعيف الحصول على الحماية في حال تعرضه لتعسف في أستعمال حقه أو إذا شاب إرادته عيب.

٥- اتجه الموقف التشريعي المتطور صوب اعتماد الاسس الحديثة في، التعاقد بناء على المنفعة من العقد وتحقيق العدالة العقدية.

ثانياً: التوصيات:

١- نأمل أن يتم النص على الاسس المستحدثة في التعاقد بما يحقق التوازن بين الاداءات، كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي، لما له من أهمية بالغة في تطوير مفهوم العلاقة التعاقدية بين والأطراف.

٢- نأمل من مشرعنا وضع مفهوم محدد لمصطلح الطرف الضعيف ليتميز عن باقي الفئات التي ينطبق عليها هذا الوصف وأن كان قد اشار لها في قانون حماية المستهلك إلا أننا بحاجة إلى وضع هذا المفهوم في قانوننا المدني، وباقي القوانين المتخصصة.

٣-نأمل أن يتجه الموقف التشريعي إلى تقييد الحرية التعاقدية، ومنها ربط العقد بالنظام العام و الآداب العامة بالمعنى الواسع لهما، لتحقيق المصلحة العامة وهذا أمر وارد بطبيعة الحال كون هاتين الفكرتين تتسمان بالمرونة والاستحداث.

هوامش البحث

(١) زمام جمعة، مصدر سابق، ص٤٦.

(٢) ويلاحظ على هذا التعريف انه معيب من حيث الصياغة، ففيه حشو كان بإمكان المشرع ان يتجنبه بحذف عبارة (... الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر...) والاكتفاء بالقول: (العقد هو ارتباط الايجاب بالقبول...). لان الايجاب والقبول هما تعبيرا عن الإرادة و لايمكن ان يصدر الا من انسان يروم الدخول في علاقة تعاقدية، اشار إلى ذلك: د. عبد المجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام،ج١، ط١،المكتبة القانونية بغداد بدون ذكر سنة طبع، ص٣٣.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٧٠، واشار إلى هذا المعنى د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص٢٠ و ما بعدها.

(٤) كان للفيلسوف الألماني(كانت) الدور البارز والفعال في اثراء مبدأ سلطان الإرادة وذيوعه على المستوى القانوني، لمزيد من التفاصيل ينظر: د. علي عبد الأمير قابلان، اثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج١، ط١، بيروت لبنان، ٢٠١١، ص٦١.

(٥) جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ٢٠٠٠، ص٤٨.

(٦) د. نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك. ط١، مكتبة زين الحقوقية والادبية لبنان، ٢٠١٨، ص٢٥ وما بعدها.

(٧) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول الطبة الثانية، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، ٢٠٠٤م ص٣٥.

(٨) إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (البحث الأول: أحكام العقد، الجزء الأول: أركان العقد) الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧م، ص٥٠.

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

(١٠) د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، دار النهضة العربية، من دون طبعة، ص١١.

(١١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، فقرة ٤١، ص١٤١.

(١٢) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص٥٣.

(١٣) د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة منقحة ومزيدة، الطبعة الرابعة دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط ٢٠٠٩،ص.٤٤

(١٤) للاطلاع ينظر جاك غستان، مصدر سابق ص ٤٧ وما بعدها. وعلى صعيد متصل نادى الفيزيوقراطيون بالحرية التعاقدية داعين إلى حرية الارادة في تحديد نشاطهم، من خلال المنافسة في العرض والطلب لأن ذلك من شأنه أن يخلق الاستقرار في المجتمع، أكثر مما لو تحكم المشرع في العملية التعاقدية بمعنى إن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تتحكم في ميدان التعاقد، وأنها تخضع في تكوينها والآثار التي تترتب عليها لإرادة المتعاقدين. ينظر: د. محمد صبري السعدي المصدر السابق نفسه، ص٤٥.

(١٥) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة ٢٠٠٩، ص٤٢.

(١٦) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج١، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١١، ص ١٠٩ وما يليها، والى نفس المعنى ينظر د. محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص٤٦.

(١٧) علي فيلالي، ـمصدر سابق، ط ٢٠١٠ ص ٤٩ الهامش رقم: ١٧.

(١٨) د. الياس ناصيف، مصدر سابق، ص٨٠.

(١٩) د. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة ٣، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، من دون سنة طبعة، ص٨٣.

(٢٠) د. محي الدين إسماعيل علم الدين، المصدر السابق، ص ٨٩.

(٢١) علي فيلالي، مصدر سابق، ص٥١، كذلك جاك غستان، مصدر سابق ص٥٤.

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

(23) Morin< la desagregation de la theone contractuelle du code, Arch philosophie, 1940,p17 ets. .نقلاً عن نساخ فطيمة، مصدر سابق، ص٣٣

(24) 1102 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi

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

(25 (MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL- MUNCK Ph., op.cit.,p.371:" le juge doit préter la main à l'exécution du contrat.

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

(٢٦) د. محي الدين إسماعيل علم الدين، مصدر سابق، ص٨٩.

(٢٧) فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص ٤٢.

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

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

(٣٠) د. سليمان مرقس، مصدر أعلاه نفسه، ص٩٩.

(٣١) د، حسام الدين كامل الأهواني، مصدر سابق، ص٥٥.

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

(٣٣) د. جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزء الأول مطبعة. جامعة القاهرة ط ١٩٧٦ ص٣٩.

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

(٣٥) سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، مصدر سابق، ص ٧٩.

(٣٦) انظر المواد (١٣١،١٣٠،٧٥، ١٣٢) محي الدين إسماعيل علم الدين، مصدر سابق،ص٩١.

(٣٧) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٧٠. للاطلاع ينظر: خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥،ص ١٩.

(٣٨) د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص٥٦. وعرف الفقيه جاك غستان العقود النموذجية على انها (عبارة عن نماذج لعقود تعد حجة على الاشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها)، وعرفت على انها: (صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي، بحيث تستخدم عند ابرام عقود مشابهه، تنصب على نفس الموضوع) للاطلاع: ينظر د. ايمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٢.

(٣٩) د. جلال العدوي، الإجبار في المعاوضة، أطروحة دكتوراه، مطبعة جامعة الاسكندرية، مصر، من دون تاريخ نشر، ص٤.

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

(٤١) د. محمد جاسم محمد، مرجع سابق، ص٤٠٢.

(٤٢) د. سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٨، ص١٩ وما بعدها.

(43) L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des,contrats,op.cit,p.217 . نقلاً عن: د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص ٢٤٩

(44) PH. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, 2éd. 2005. p265- 266.

نقلاً عن: بديع بن عباس، المرجع السابق، ص١٥٠

(٤٥) شوقي بناسي، مرجع سابق، ص ٥٨.

(46) 1172 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Les contrats sont par principe consensuels .Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation .

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

(٤٧) د. أيمن ابراهيم العشماوي، مصدر سابق، ص٥٢ وما بعدها.

(48(L.Josserand, Apercu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, RTDciv, 1937, p 18 et 19.

نقلاً عن: محمد الشيخ - مرجع سابق، ص ٣٤. للاطلاع ينظر: استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، العدالة العقدية (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية،المجلد٢٥، العدد ٦، ٢٠١٧، ص٢٥٨١.

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

٥٠ ـ قامت بإعداد هذا المشروع وزارة العدل الفرنسية.

(51) 1101 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

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

(٥٢) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (مصادر الالتزام)، مصدر سابق ص٤٠. وقد ذهب بعض الفقه إلى التمييز بين الاتفاق والعقد معتبراً إن الاتفاق اعم من العقد باعتباره جنس والعقد هو النوع وبحسب هذه التفرقة كل اتفاق ليس بعقد، وانما كل عقد هو اتفاق وقدد انتقد جانب كبير من الفقه هذه التفرقة باعتبار ان ليس لها اهمية عملية في الوقت الحالي.

(53) 1102 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. Chacunest libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi

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

(٥٤) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص١٣.

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

(٥٦) نقلا عن جاك غستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص١٠٦ وما بعدها.

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

(٥٨) خديجة فاضل، عيمة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٦، ص٣ وما بعدها.

(٥٩) د. حسين عبد الله الكلابي، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة،ط١، دار السنهوري، لبنان،٢٠١٦، ص١٣٢وما بعدها.

(٦٠) د. خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٦٣ وما بعده. وبالرجوع إلى تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، نجده نظم مسألة العقد الالكتروني واحكامه بصورة صريحة من خلال المواد من (١١٢٥الى ١١٢٧).

(61) 1168 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

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

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

-1195 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement
onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une
renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.
En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date
et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation.
A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

(٦٣) استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، العدالة العقدية،مصدر سبق ذكره، ص٢٥٨٣ومابعدها.

(٦٤) نصت المادة ١١٦٨ من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل على انه:(في العقود الملزمة للجانبين، لا يكون عدم تعادل الاداءات سببا لبطلان العقد مالم ينص القانون على غير ذلك). ترجمة: د. نافع بحر سلطان، مصدر سابق، ص٣٧.

٢- art. ٢٠١٦février ١٠du ١٣١-٢٠١٦°Ordonnance n ١١٦٨
Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.

(٦٥) د. احمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،٢٠١٦،ص ١٥٠-١٥١.

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

(٦٧) د. وليام سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراية مقارنة، الطبعة الأولى، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة ١٩٥٥، ص، ٤٢٢د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص١٦٤.

(٦٨) د. عاشور فاطيمة، النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد، بحث منشور في مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد السابع، جوان ٢٠١٩، ص٢١.

(٦٩) محمد حسين عبدالعال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٣٤.

(٧٠) د. أبراهيم عبد العزيز داوود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١٤، ص٢٤-٢٥.

(71 (G. Loiseau, La puissance du contractant en droit commun des contrats.A.J.C.A. décembre, 2015, p.496.

نقلاً عن: د. ريما فرج مكي، مرجع سابق، ص٢٢٢.

(72) L.Josserand, Apercu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, op.cit, p01.

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

(74) G. Loiseau, La puissance du contractant en droit commun des contrats.A.J.C.A. décembre, 2015, p.496.

نقلاً عن: د. ريما فرج مكي، مصدر سابق، ص٢٢٨

(75 (L.Josserand, Sur la reconstitution d'un droit de classe, 1937, D, numéro spécial,p3.

نقلاً عن: د. ريما فرج مكي، المصدر نفسه، ص٢٣١ .

(76)R. Martin, personne et sujut de droit, RTD.Civ, 1981, p 785 et 792.

نقلاً عن: سليمان مرقس،مصدر سابق، ص٢٢٢.

(٧٧) د. نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، مصدر سابق، ص٤٠٢ و ما بعدها.

(٧٨) قانون حماية المستهلك العراقي رقم (السنة ٢٠١٠) اذ عرفت المادة الأولى المستهلك بانه: (الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها). وقانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦، وقانون حماية المستهلك الفرنسي رقم (٣٤٤ لسنة ٢٠١٤).

(٧٩) نصت الفقرة الأولى من المادة (١٤٢٠-٢) من قانون التجارة الفرنسي على أنه: (الأستغلال التعسفي من قبل شركة أو مجموعة شركات التي تتمتع بوضع مهيمن على السوق المحلية أو جزءاً كبيراً منه. يتكون هذا التعسف في رفض البيع دون مسوغ مشروع، البيع المقترن بشروط تعسفية، التمييز في المعاملة بين المشروعات المختلفة التي تتعامل مع المشروع المهيمن في السوق، أنهاء العلاقات التجارية بشكل تعسفي بسبب الشريك، يرفض ان يخضع لشروط تجارية غير مبررة).

prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante

sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en

ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul

motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

(٨٠) الشرط الأول وجود شركة مهيمنة، لم يحدد المشرع الفرنسي المقصود به في نصوص تشريعه، لكن القضاء الفرنسي حاول قدر الإمكان اعطاءه مفهوم معين من خلال بيان أن الشركة تعتبر مهيمنه إذا كانت تحتفظ بقوة اقتصادية تمنحها القدرة على منع استمرار المنافسة الفعالة في السوق ذات الصلة من خلال تمتعها بسلوك مستقل يمكنها من السيطرة على المنافسة وخضوع الاطراف الضعيفة لإرادتها دون أن يتمكنون من رفض التعاقد

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

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

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

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

1190 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2
Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé.

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

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

-كذلك ينظر محمد رفعت الصباحي إبراهيم، الاثار المترتبة على تخلف شروط العقد دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس،١٩٨٣، ص٤٩٣ ومابعدها.

-وبالرجوع لما جاءت به المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام ٢٠١٦ نجد انه قد تمسك بهذا المبدأ، إذ نصت على أنه (عندما يؤثر سبب البطلان على بند واحد أو أكثر من بنود العقد، فإنه لا يبطل الفعل
ككل فقط إذا كانت هذه البنود أو تلك تشكل عنصراً حاسمًا في التزام الأطراف أو واحد منهم. يتم الاحتفاظ بالعقد عندما يعتبر القانون البند غير مكتوب، أو عندما يتم تجاهل أغراض القاعدة تتطلب صيانتها).

1184 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou
de l'une d'elles.
Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien.

(٨٣) د. مصطفى العوجي، القانون المدني العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج١،ط٤، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧،ص٤٦٧٦.

(84) 1143 LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 - art.
Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.

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

(86(J-P. Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, op.cit, p 297 et 306.
(87(B. Montels, ibid, n°8 et 9 et 10 et11

قائمة المصادر

ثانياً: الكتب القانونية:

١- احمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،٢٠١٦،ص ١٥٠-١٥١.

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

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

٤- د.ايمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٥- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية (بدون ذكر تاريخ النشر.

٦- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ٢٠٠٠.

٧- د. جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزء الأول مطبعة. جامعة القاهرة ط ١٩٧٦.

٨- د. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩١-١٩٩٢.

٩- د. حسين عبد الله الكلابي، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة،ط١، دار السنهوري، لبنان،٢٠١٦.

١٠- خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.

١١- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥.

١٢- د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.

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

١٤- د. سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٨.

١٥- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، فقرة ٤١.

١٦- د. عبد المجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام،ج١، ط١،المكتبة القانونية بغداد بدون ذكر سنة طبع.

١٧- علي عبد الأمير قابلان، اثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج١، ط١، بيروت لبنان، ٢٠١١.

١٨- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة ٢٠٠٩.

١٩- محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، ١٩٨٧، الفقرة ٢٠٠.

٢٠- د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة منقحة ومزيدة، الطبعة الرابعة دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط ٢٠٠٩

٢١- د. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة ٣، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، من دون سنة طبعة.

٢٢- د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج١، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١١.

٢٣- د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، دار النهضة العربية، من دون طبعة.

٢٤- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول الطبة الثانية، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

٢٥- د. نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك. ط١، مكتبة زين الحقوقية والادبية لبنان، ٢٠١٨

٢٦- وليام سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراية مقارنة، الطبعة الأولى، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة ١٩٥٥.

ثالثاً: الرسائل والبحوث

١- أبراهيم عبد العزيز داوود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١٤.

٢- د. جلال العدوي، الإجبار في المعاوضة، أطروحة دكتوراه، مطبعة جامعة الاسكندرية، مصر، من دون تاريخ نشر.

٣- خديجة فاضل، عيممة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٦.

٤- رياض احمد عبد الغفور، العدالة العقدية، دراسة في قاعدة العدالة ودورها في العقود المدنية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة النهرين،٢٠٢٠.

٥- د. عاشور فاطيمة، النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد، بحث منشور في مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد السابع، جوان ٢٠١٩.

٦- محمد حسين عبدالعال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٧- محمد رفعت الصباحي إبراهيم، الاثار المترتبة على تخلف شروط العقد دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس،١٩٨٣.

٨- د. منصور حاتم محسن، العدالة العقدية (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية،المجلد٢٥، العدد ٦، ٢٠١٧.

٩- نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي دراسة لقواعد الموضوعية والاجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،٢٠٠٨.

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

رابعاً: القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

٣- قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١السنة ٢٠١٠

٤- وقانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦

٥- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

٦- قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم ٣٤٤ لسنة ٢٠١٤.

٧- القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦.

٨- قانون التجارة الفرنسي

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

خامساً: المصادر الأجنبية

1- L.Josserand, Apercu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, op.cit, p01.

2- G. Loiseau, La puissance du contractant en droit commun des contrats.A.J.C.A. décembre, 2015, p.496.

3- L.Josserand, Sur la reconstitution d'un droit de classe, 1937, D, numéro spécial,p3.

4- R. Martin, personne et sujut de droit, RTD.Civ, 1981, p 785 et 792.

5- J-P. Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, op.cit, p 297 et 306.

6- B. Montels, ibid, n°8 et 9 et 10 et11.

7- L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des,contrats,op.cit,p.2

8- PH. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, 2éd. 2005. p265- 266.

9- L.Josserand, Apercu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, RTDciv, 1937, p 18 et 19.

10- Morin< la desagregation de la theone contractuelle du code, Arch philosophie, 1940,p17 ets .

11- MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL- MUNCK Ph., op.cit.,p.371:" le juge doit préter la main à l'exécution du contrat .