مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية

ISSN

٢٠٧٠٩٨٣٨ (مطبوع) ٣٠٠٦٧٦٧٧ (إلكتروني)

العدد الاول/ المجلد السابع عشر

تاريخ النشر

٢٠ / ٣ / ٢٠٢٥

البناء الفلسفي للقواعد العقدية في القانون المدني

The philosophical structure of contractual rules in civil law

م . بارق حمزة عبد

كلية القانون / جامعة الكوفة

M. Barq Hamza Abdul

bariqh.aljahishy@uokufa.edu.iq

البناء الفلسفي ، المرتكزات الفلسفية ، العدالة التعاقدية ، الأمان التعاقدي

Philosophical construction, philosophical foundations, contractual justice, contractual security

Abstract

The philosophical structure of the contract theory, although it is based on an objective fact that is fixed in its essence, is a variable consideration in its appearance. Therefore, we find that civil legislation has given the contract great attention that is commensurate with its importance as the most important subject of private law. Considering the value of the law with its principles and detailed rules must be based on the extent to which the law is appropriate to reality. The legislator has organized the subject of the contract with final legal rules like any other legal subject, since each legal rule has a purpose intended by the legislator, through which the ideal final purpose intended by the contract can be reached, through which he expresses the philosophy he adopts in organizing the contract. However, philosophers and jurists of law have differed regarding this metaphysical purpose of the texts or rules regulating the contract, as they are rules based on a philosophical structure inspired by factors and circumstances required by the society addressed by them, until contractual justice became a subject of jurisprudential disagreement as the ultimate metaphysical purpose that the contract should achieve.

الملخص

أن البناء الفلسفي لنظرية العقد وأن كان يقوم على حقيقة موضوعية ثابته في جوهرها بيد انها اعتبارية متغيرة في مظهرها ، ولهذا نجد أن التشريعات المدنية أولت العقد عناية بالغة تتناسب مع أهميته بوصفه اهم موضوعات القانون الخاص ، وحيث أن النظر في قيمة القانون بمبادئه وقواعده التفصيلية لا بد وان يرتكز على مدى ملائمة القانون للواقع ، وأذ أن المشرع نظم موضوع العقد بقواعد قانونية غائية كأي موضوع قانوني أخر، حيث أن لكل قاعدة قانونية غاية قصدها المشرع ، يمكن من خلالها الوصول الى الغاية النهائية المثالية المقصودة من العقد ، يعبر من خلالها عن الفلسفة التي يتبناها في تنظيمه للعقد ، غير أن فلاسفة وفقهاء القانون قد اختلفوا بشأن هذه الغاية الماورائية للنصوص أو القواعد الناظمة للعقد ، كونها قواعد تستند على بناء فلسفي يستوحى من عوامل وظروف يتطلبها المجتمع المخاطب بها ، حتى أصبحت العدالة العقدية محلٍ للخلاف الفقهي بوصفها الغاية الماورائية النهاية التي ينبغي ان يحققها العقد .

المقدمة

أولاً- موضوع البحث :ان كل قاعدة قانونية لا بد أن تكون قاعدة غائية يعبر من خلالها المشرع عن الفلسفة التي يتبناها ، وعلية فأن صياغة القاعدة القانونية لا ينفك بأي جالٍ من الأحوال عن الغاية النهائية التي يسعى المشرع الى تحقيقها ، وبخلاف ذلك فأن القواعد القانونية تكون قواعد جوفاء لا تتسم بالقيمة

العملية المرددة لصداها ، وفي نطاق العقود فأن القواعد المكونة لنظرية العقد اذا ما تم استقرائها والتعمق فيها بهدف التوصل الى الغايات الكامنة ورائها نجدها تستند الى بناء فلسفي مستمد من عوامل وظروف ومشروطيات تقتضيها طبيعة البنية للمجتمع المخاطب بها ، وهذا البناء الفلسفي للقواعد العقدية أدى بالنتيجة الى الاختلاف في تصور العدالة العقدية التي هي الغاية المثالية التي يجب ان تحققها العقود . استناداً لما تقدم أتت فكرة هذا الموضوع ليكون محور وجوهر هذا البحث هو دراسة البناء الفلسفي لنظرية العقد في القانون المدني العراقي للتوصل الى مدى ملائمة بنائها الفلسفي لمقتضيات العصر ومدى تكاملها من حيث فاعليتها في تحقيق العدالة العقدية .

ثانياً – إشكالية البحث : تكمن إشكالية هذه الدراسة في ان الغاية المثالية التي تسعى الى تحقيقها القواعد القانونية في نطاق نظرية العقد قد تباين بشأنها فلاسفة وفقهاء القانون من حيث فاعليتها كأساس للبناء الفلسفي لنظرية العقد ، وان البناء الفلسفي لنظرية العقد في القانون المدني العراقي يشوبه شيء من القصور في تحقيق العدالة العقدية الموضوعية . ثالثاً – أهمية البحث : تكمن أهمية هذا البحث في كونه يحاول التوصل الى مدى نجاعة البناء الفلسفي لنظرية العقد في القانون المدني العراقي في تحقيق العدالة التعاقدية الموضوعية والامن التعاقدي ، وبذلك يكون محاولة لتقديم حلول قانونية ش\للمشرع العراقي بهدف تكامل نظرية العقد .

رابعاً – منهجية البحث : تم الاعتماد على المنهج البحثي التحليلي وذلك بهدف تحليل الآراء الفلسفية والفقهية والنصوص التشريعية ذات الصلة بموضوع البحث للتوصل الى افضل الحلول القانونية التي تصب في تكامل نظرية العقد .

خامساً -هيكلية البحث : بهدف التوصل الى الالمام بموضوع البحث وبما يراعي حسن العرض والتفصيل تم دراسة هذا الموضوع من خلال مبحثين الأول لدراسة المرتكزات الفلسفية لنظرية العقد وتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين الأول لبيان المرتكزات التقليدية والثاني لبيان المرتكزات الحديثة ، اما المبحث الثاني فتم تخصيصه لدراسة مدى تكامل نظرية العقد من خلال مطلبين الأول لبيان دور مبدأ التضامن التعاقدي في تكامل نظرية العقد والثاني لبيان دور مبدأ التوازن التعاقدي في تكامل نظرية العقد .

المبحث الأول: المرتكزات الفلسفية للقواعد العقدية: ان الفلسفة القانونية قد تباينت بشأن المرتكزات التي تكون الأرضية الأساس لبناء القواعد العقدية ومرد هذا التباين الى الاختلاف في تصور الغايات الكامنة وراء العقود أي الاختلاف في تصور العدالة العقدية والأمان التعاقدي ، وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين يكون الأول لدراسة المرتكزات الفلسفية التقليدية للقواعد العقدية ، اما الثاني لدراسة المرتكزات الفلسفية الحديثة .

المطلب الأول: المرتكزات الفلسفية التقليدية للقواعد العقدية: ان المرتكزات الفلسفية التقليدية لبناء نظرية العقد تستند في حقيقتها على فلسفة مذهب حرية الإرادة (المذهب الفردي) الذي يرى بضرورة

ان يكون دور القانون يقتصر على حماية الإرادة التعاقدية الحرة وتحقيق المساواة المجردة بين المتعاقدين بصرف النظر عن مدى تحقيق العقد للعدالة التعاقدية الموضوعية ، وعلية سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين الأول العدالة التعاقدية المجردة والثاني لدراسة حماية المصالح المتعارضة

الفرع الأول: العدالة التعاقدية المجردة: إن الحديث عن فكرة العدالة في نطاق العلاقات التعاقدية يستدعي ان نبين العدالة بمفهومها العام والتي ستكون المرر للإحاطة بفكرة العدالة التعاقدية بمفهومها الخاص الذي يقتصر على دورها كقيمة فلسفية تكمن وراء البناء الذاتي للقواعد العقدية أي لمجمل القواعد التي تتكون منها نظرية العقد في القانون المدني العراقي

إذ أن العدالة بحد ذاتها تعد قيمة إنسانية كامنة في الفطرة البشرية لكل فرد ، بيد أنها لا تظهر الى الخارج وتتجسد في أفعال وسلوك الفرد الا بالنمو الروحي والسمو العقلي للإنسان ، وبذلك فالعدالة فكرة ازلية ترتبط بتأريخ وجود الانسان وتتكامل بتكامله[١] ، ولما أن جوهر العدالة بحد ذاته يتصف بدوام الثبات وعدم التغير والتأثر باعتبارات الزمان والمكان ، فمن المفترض أن تكون ماهيتها أمراً متفقاً عليه ، بيد أن المتتبع لتأريخ العدالة ومدخلاتها في العلوم الإنسانية يجدها من أهم المسائل التي اختلف في تحديد ماهيتها الفكر البشري وبالتالي تعددت التعريفات التي قيلت بصدد العدالة [٢]، الا اننا في هذا المقام من البحث لسنا بصدد التقعيد لمفهوم العدالة واستقصاء تعريفات العدالة بقدر البحث عن جذر واساس الاختلاف في مظاهر العدالة وانعكاسها على جوهر القواعد القانونية التي تتكون منها نظرية العقد ، وبالنظر في مجمل الآراء الفلسفية التي قيلت بشأن اصل الاختلاف في مظاهر العدالة نجدها تتلخص في أن العدالة في جوهرها الفلسفي تعد من الحقائق الموضوعية الا انها من حيث مظهرها وشكلها تعد من الحقائق الاعتبارية أي انها تتأثر باعتبارات الزمان والمكان [٣]. وتأسيسا على ما تقدم فأن العدالة كقيمة مثالية تسعى الى تحقيقها القاعدة القانونية بلحاظ الفلسفة التقليدية تتجسد بتأكيد ذاتية الفرد وعدم المساس بحريته والامعان في حماية ارادته ، من هنا انبثق مبدأ سلطان الإرادة والذي بنظره تكون الغاية النهائية للعقد هي ضرورة تحقيق المساواة المجردة بين اطراف العقد [٤]والمراد بهذه المساواة هي ضمان حرية طرفي العقد من كل العيوب التي تشوب صحة التراضي ، ويعبر فقهاء القانون عن هذا الامر بالمساواة امام القانون ، الا ان هذه المساواة ليست بالضرورة أن تكون لها الفاعلية في

خلق حالة من العدالة الفعلية أو ما يعبر عنا بالعدالة الموضوعية القائمة على أساس التوازن والتعادل في الميزان الاقتصادي للعقد ، أي توازن الالتزامات المتبادلة ، وعلى هذا الأساس تكون الإرادة التعاقدية الحرة هي قوام العقد وركيزته الأساسية وكل ينتج عن هذه الإرادة من اثار يجب على القانون احاطتها بالحماية اللازمة. لكل ما تقدم يمكن القول بأن البناء الفلسفي لنظرية العقد بنظر الفلسفة التقليدية ترتكز على مبدأ حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد وضمان التنفيذ الآمن للعقد طبقاً لإرادة طرفي العقد، بصرف النظر عن مدى تحقق التوازن العقدي أو العدالة الموضوعية، والملاحظ ان القانون المدني العراقي قد تبنى هذه الفلسفة كأساس للبناء التشريعي لنظرية العقد، وبالتالي فأن العقد وفقاً لهذه الفلسفة يكون أداة لتحقيق المصالح الخاصة وتكون هنا الغلبة في تحقيق المصلحة المرجوة من العقد للمتعاقد الذي يمتلك الخبرات والمؤهلات التعاقدية ، وعليه فأن هذه الفلسفة لا يمكن التعويل عليها في خلق حالة من التكافؤ المعرفي بين المتعاقدين وهذا الامر يؤدي بالنتيجة الى عدم توازن العقد وكل ذلك يمس بالعدالة المنشودة من وراء القانون ، فالثابت أن كل قاعدة قانونية لابد ان يكون هدفها الأساس وجوهرها هو تحقيق العدالة بوصفها الغاية النهائية التي تحفظ حقوق الانسان وبالتالي فأن كل قاعدة قانونية تتعثر في تحقيق هذه الغاية تكون قاعدة جوفاء تفتقر الى الفاعلية في حفظ قدر الإنسانية ومثالها الأعلى . نستنتج مما تقدم ان الفلسفة التقليدية التي يرتكز عليها البناء التشريعي لنظرية العقد تعتريها العديد من الثغرات والاشكالات لاسيما في ظل التطورات التي تستدعي ضرورة ان يكون للعقد القابلية في الاستجابة الى الازمات المحيطة به والقدرة على تقليص الفجوات في الخبرات والمؤهلات التعاقدية بما يحقق العدالة التعاقدية بمفهومها الموضوعي وليس بمفهومها المجرد ، لكل ذلك نجد ضرورة مراجعة هذا البناء الفلسفي لنظرية العقد من قبل المشرع العراقي .

الفرع الثاني : حماية المصالح المتعارضة: ان الآراء والنظريات التي ترتكز عليها الفلسفة التقليدية للبناء التشريعي لنظرية العقد ترى بأن العقد قوامة الحرية التعاقدية وان القانون يجب عليه من حيث المبدأ

عدم المساس بحرية الفرد وان يقتصر دوره على ضبط هذه الحرية بما لا يخالف النظام العام والتعسف في استعمالها بما يؤدي الى الحاق الضرر بالطرف الاخر وكذلك يجب على القانون عدم التدخل في حياة العقد بما يخالف إرادة اطرافه متى كانت هذه الإرادة حرة وخالية من العيوب التي تشوبها وكذلك ضمان تنفيذ مخرجات هذه الإرادة الحرة [٥]، وعليه تكون وظيفة العقد هنا هي تحقيق المصالح الخاصة لطرفيه من دون الاخلال بالنظام العام وبصرف النظر عن مدى توازن هذه المصالح من الناحية الفعلية وبذلك يتعين على كل متعاقد ان يسعى الى تأمين مصلحته الخاصة المرجوة من العقد بمختلف الوسائل المشروعة [٦]، كما في حالة قيام الطرف الذي يسعى الى ابرام عقد معين بجمع المعلومات اللازمة التي من شأنها ان تجعله يقبل على ابرام العقد وهو يعلم بحقيقة العقد وماهية المصلحة المتوخاة من وراء العقد ، وهذه الفلسفة تحتم وجود صراع خفي فيما بين المتعاقدين اثناء فترة التفاوض[٧] وهنا ترجح كفة المتعاقد الذي يمتلك المعرفة والخبرات التعاقدية على حساب كفة المتعاقد الضعيف ، وإزاء هذه التفاوت وعدم التوزان لا يكون للقانون دوراً فعالاً في ردم هذا التفاوت ومعالجة الإشكاليات الناجمة عنه . وعلى هذا الأساس نخلص الى ان الفلسفة التقليدية ترى بأن العدالة التعاقدية هي عدالة مجردة تقوم على قرينة مفادها ان المتعاقدين متى ما ابرموا العقد بمحض ارادتهم ومن دون التأثير على حريتهم فأن هذا العقد يحقق العدالة حتى وان كان ميزانه الاقتصادي لا يتسم بالتكافؤ الموضوعي ووفقاً لهذا الطرح الفلسفي يكون جوهر العدالة التعاقدية قد تم توشيحه بالاعتبارات التي يؤمن بها انصار هذه الفلسفة وهذا ما يبرر لنا القول بأن القانون بمبادئه الكلية وقواعده التفصيلية ما هو الا حقيقة نسبية خاضعة لمشروطيات العصر والظروف والمسبقات الفكرية الفاعلة او الحاكمة للعقل الاجتهادي المنتج له ، وطالما ان هذه الظروف متباينة من زمان الى زمان والأفكار مختلفة لذا فأن الجدل القانوني يبقى قائماً بشأن مدى نجاعة الحقائق او الغايات الفلسفية التي يرتكز عليها البناء التشريعي للعقد ، بيد اننا نرى ان هذا الجدل الفقهي ظاهرة سليمة بل انه ظاهرة تسهم في تنضيج العقل القانوني وتوسيع آفاقه بما يؤدي الى التوصل الى افضل الحلول القانونية التي تسهم في معالجة إشكاليات نظرية العقد . بيد أننا نعتقد ان النظر في قيمة المبادئ الكلية والقواعد التفصيلية لنظرية العقد لا بد أن يتوقف على مدى ملائمته للواقع المردد لصداه والقاطع بمدى جدواه في تنظيم السلوك التعاقدي وتوجيه الجوهر التعاقدي بما يحفظ قدر الإنسانية ومثالها الأعلى (العدالة) ويستجيب للأزمات التي من شأنها ان تؤدي الى اختلال العقد واضطرابه ، لذا فلا بد ان تكون الحقائق والغايات التي يتكون منها جوهر القواعد العقدية تفضي الى خلق حالة من العدالة الموضوعية التي تغطي جميع مراحل حياة العقد منذ التفاوض عليه وحتى تنفيذه ، والقول بذلك يستوجب ضرورة مراجعة هذه القيم والغايات الفلسفية وتجسيدها تشريعياً

المطلب الثاني: المرتكزات الحديثة للبناء الذاتي لنظرية العقد: ان المرتكزات الفلسفية الحديثة لبناء نظرية العقد تستند الى تصور مذهب التضامن الاجتماعي للغايات التي يجب تحقيقها من وراء العقود

والمتمثلة بالعدالة التعاقدية الموضوعية والأمان التعاقدي ، وسيتم دراسة هاتين الغايتين بحسب الفلسفة الحديثة من خلال فرعين الأول تحقيق العدالة التعاقدية والثاني تحقيق الأمان القانوني

الفرع اول: تحقيق العدالة التعاقدية الموضوعية: ان الفلسفة الحديثة التي نهضت بعد الإخفاقات والانتقادات التي تعرضت لها الفلسفة التقليدية للعقد ترى بضرورة أن يكون المرتكز الأساس لنظرية العقد ليس الوقوف بحدود تحقيق المساواة المجردة وحماية المصالح المتعارضة فحسب بل يجب ان تتدخل إرادة المشرع في توجيه العقد منذ مرحلة التفاوض عليه وحتى ابرامه وتنفيذه وانهاءه [٨] ، وهذا الامر يستدعي بالضرورة انتقال السياسة التشريعية للدولة من دورها التقليدي بوصفها حارس للقيم (ومنها الحرية التعاقدية) الى دورها الحديث المتمثل بالتدخل في توجيه العقد بما يحقق المصلحة العامة والنفع العام والعدالة الواقعية الموضوعية [٩]وإضافةً الى احاطة العقد بالقواعد القانونية التي تضفي عليه شيء من الاستجابة والتكيف مع ظروفه المكانية والزمانية وبحدود دائرة العدالة العقدية الموضوعية [١٠]، وعليه فأن تجسيد هذا الطرح الفلسفي على مستوى التشريع لا بد ان يكون من خلال قواعد قانونية عامة لها القابلية على توسيع دائرة الاجتهاد القضائي في ابتكار الحلول الفعالة في تحقيق الغايات التي تسعى اليها هذه القواعد كما لها القابلية على انشاء قواعد قانونية تفصيلية وهذه القواعد العامة التي انبثقت عن هذه الفلسفة تتمثل بمبدأ التضامن التعاقدي الذي يعد تطويراً لمبدأ حسن النية والغاية المرجوة من هذا المبدأ هي الحد من التضاد والانانية في العلاقات التعاقدية بحيث يجعل العقد وسيلة للتعاون والثقة المتبادلة بين اطرافه ، بمعنى قيام كل متعاقد ببذل ما في وسعه من العناية اللازمة لمساعدة المتعاقد الاخر بهدف تحقيق الثمرة المتوخاة من العقد ، وبتعبير اخر الوصول الى اقصى المنافع التي تصب في مصلحة طرفي العقد والمجتمع ككل في آن واحد[١١] ، وبالتالي يجب ان تكون مرتكزات البناء القانوني لتنظيم العقد تستند على مقتضيات ضرورية نحاول ايجازها على النحو التالي :

اولاً . ضرورة مراعاة أن العقد أداة لتحقيق غاية اجتماعية : ومفاد ذلك ان تقدم المجتمع يستدعي ان يتضامن الافراد فيما بينهم بما يحقق مصلحة المجموع ويتم ذلك من خلال النظر الى الحرية التعاقدية بلحاظ الطبيعة البشرية بأنها ليست حلاً ولا جواباً بل انها سؤالاً واشكالاً لابد من ضبطها وتقييدها بالمحددات الكافية لتحقيق العدالة والتكافؤ الموضوعي بين طرفي العقد ، بمعنى أن تكون للحرية التعاقدية وظيفة اجتماعية تصب في مصلحة المجتمع ككل [١٢].

ثانيا. ضرورة استبدال المساواة التعاقدية المجردة بالمساواة التعاقدية الفعلية : ومفاد ذلك الا يقتصر دور القانون في تحقيق المساواة التعاقدية المجردة من خلال نظرية عيوب الرضا التي تنصب على توفير المساواة القانونية لكون هذه المساواة شكلية اكثر من كونها موضعية بل يجب ان تتجه إرادة المشرع الى توفير حماية قانونية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ويتجسد ذلك من خلال فرض عدد من الالتزامات القانونية كالالتزام بالأعلام ومهلة التفكير وحظر الشروط التعسفية وابطال الالتزام الناتج عن استغلال حالة التبعية او الناشئ عن الإكراه الاقتصادي وكل ذلك من شأنه ردم الفجوات المعرفية المتعلقة بالتفاوض على العقود وبالتالي تحقيق العدالة الموضوعية[١٣] .

ثالثا. ضرورة مراعاة ان القانون هو مصدر القوة الملزمة للعقد: اذا كانت الفلسفة التقليدية ترى بأن الإرادة التعاقدية هي مصدر القوة الملزمة للعقد فأن الفلسفة الحديثة ترى بأن مصدر الزامية العقد يجب ان يكون القانون بشكلٍ أساس وفي هذا الصدد يقول الفقيه (kelsen) ان (القانون الوضعي هو مصدر القوة الملزمة للعقد ولا يمكن للقضاء ان يأمر بأنفاذ عقداً لم يكن متوافقاً مع القواعد القانونية)[١٤] وفي ذات الصدد يرى الفقيه الفرنسي جاك غستان (سعي القانون الموضوعي لتحقيق العقد المفيد والعادل هو الذي يبرر القوة الملزمة للعقد ويضع شروطها وحدودها ملهماً لنظام العقد بمجمله وان العقد يجرد من قوته الملزمة فيما لو كان غير نافع أو كان لا يحترم العدالة التعاقدية)[١٥]. لكل ما تقدم فأن البناء التشريعي للعقد يجب أن يستند على المقومات التي يتوقف عليها تحقيق العدالة الموضوعية بما يتلائم مع الغايات التشريعية العليا ويستجيب للتطورات والمستجدات التي تطرأ على العقد وكل ذلك من شأنه أن يعزز تكامل نظرية العقد ويضفي عليها اساساً فلسفياً يكون بمثابة الأرضية الصلبة التي يستند عليها التنظيم القانوني للعقود بما يكفل عدم تعرض العقد للأزمات والاشكاليات التي من شأنها ان تزعزع الثقة والأمان التعاقدي ، وحرياً بالمشرع العراقي أن يجعل قوام نظرية العقد يتوافق مع هذه الفلسفة الحديثة .

الفرع ثاني: تحقيق الأمان التعاقدي: بحسب الفلسفة الحديثة للعقود فأن الركيزة الاساسية التي يجب ان يبنى عليها العقد هي ضرورة تحقيق الامن التعاقدي ، وبالنظر في مضمون الامان التعاقدي نجده ينطوي على شقين اولهما الالتزام بحسن النية وما يتفرع عنه من التزامات تفصيلية تؤدي بالنتيجة الى حماية الثقة المتبادلة بين طرفي العقد ، وثانيهما المحافظة على العقد من الاخلال وذلك يتجسد من خلال الزامية العقد[١٦] . وتأييداً لما تقدم بشأن قيمة حسن النية في ضبط مسار حياة العقد بالشكل الذي يفضي الى تحقيق الامان التعاقدي يرى جانب من الفقه الفرنسي (أن القيم الاخلاقية تعد الركيزة الاساسية لفاعلية وعدالة القواعد العقدية ، وأن هذه القواعد من دون تجسيدها لحسن النية تنقلب الى قواعد جوفاء لا تحمي نظاماً ولا تحل نزاعاً بل انها قد تقود الى اضطراب العقود وتقويض الامان التعاقدي ، فتعزيز احترام العدالة التعاقدية والامان التعاقدي لا بد ان يستند على حسن النية كقيمة اخلاقية تعزز قناعة ورضا المخاطبين بهذه القواعد)[١٧] وفي ذات الصدد يرى جانب اخر من الفقه الفرنسي (يجب ان يكون حسن النية هو الاساس للتكافؤ والمساواة والامان التعاقدي في العقود) ويتضح لنا جلياً من هذه الآراء الفقهية التي تبنت الفلسفة الحديثة للعقود بأن حسن النية هو الحجر الاساس والدعامة الرئيسة لتحقيق الامان التعاقدي .[١٨] ونظراً لما تقدم بشأن اهمية الامان التعاقدي فقد جسدت غالبية التشريعات المدنية المعاصرة القواعد القانونية المدنية التي توفر المظلة الحمائية للأمان التعاقدي وذلك من خلال النص على مبدأين اساسين هما حسن النية والزامية العقد ، بيد أن هذه التشريعات تفاوتت من حيث تعاطيها مع محددات هذين المبدأين ، وبلحاظ الموقف التشريعي للقانون المدني العراقي نجده قد نص على الزامية العقد في المادة (١/١٤٦)[١٩]، وكذلك قد نص على حسن في المادة (١/١٥٠)[٢٠] وجعل هذين المبدأين من حيث صياغتهما واصالتهما المعيارية يتسمان بالجدية والحدية ، أي جعلهما من النظام العام بحيث لا يمكن الاتفاق على تحييد او تقويض فاعليتهما ، اما من حيث شموليتهما فلا يثار اشكال بشأن الزامية العقد ذلك لان الزامية العقد تبدأ منذ نفاذ العقد ، انما يثار الاشكال بشأن شمولية مبدأ حسن النية لان المشرع قد قصره عل مرحلة التنفيذ فقط وهذا ما يجعل الامان التعاقدي يقتصر على هذه المرحلة من حياة العقد دون أن يستوعب مرحلة التفاوض والتي تعد المرحلة الاهم لكون في هذه المرحلة تنشأ الالتزامات والحقوق المتبادلة كذلك لم يستوعب حسن النية مرحلة الانهاء وهذا بخلاف مكانة حسن النية في القانون المدني الفرنسي الذي جعل هذا المبدأ شامل لجميع مراحل العقد[٢١] .

وتأسيساً عل ما تقدم يمكن القول بأنه القانون المدني العراقي لايزال يتبنى الفلسفة التقليدية للبناء التشريعي للعقود وأن الامان التعاقدي وان كانت له مكانة وحماية في القانون المدني العراقي الا ان هذه المكانة يشوبها القصور من حيث شموليتها ونجاعتها لذا حرياً بالمشرع ان يلتفت الى معالجة

هذا القصور من خلال اعادة وصياغة مبدأ حسن النية وفقاً للفلسفة الحديثة التي ترى على حد تعبير جانب روادها (ما الفائدة من فرض حسن النية بحدود مرحلة تنفيذ العقد اذا لم يفرض كذلك في مراحله الاخرى لا سيما في مرحلة المفاوضات ، فالعقد يشكل جسماً واحداً ، وبالتالي فمن الضروري أن يحكمه حسن النية في جميع مراحلة) لذا لا بد أن يسهم حسن النية في اخلقه العلاقات التعاقدية ، وضبط هذه العلاقات وتوجيهها بالمسار الذي يحقق الامان التعاقدي في جميع مراحل العقد .

المبحث الثاني: مدى تكامل نظرية العقد : ان النظر في قيمة القانون يأتي من خلال مدى فاعليته في تحقيق اكبر قدر من العدالة والاستجابة للمستجدات والتطورات التي يفرضها الواقع دون اخلال بالعدالة او المساس باستقرار المعاملات ، أي دون الاخلال بالأمان القانوني ، وان نظرية العقد يقاس مدى تكاملها من حيث فاعليتها وقدرتها على تحقيق اكبر قدر من العدالة العقدية والمحافظة على الأمان التعاقدي وهذه هي الغايات المثالية التي يجب ان تنتهي اليها القواعد العقدية وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين الأول لدراسة اثر مبدأ التضامن التعاقدي في تكامل نظرية العقد والثاني اثر مبدأ التوازن التعاقدي في تكامل نظرية العقد.

المطلب الأول: أثر مبدأ التضامن التعاقدي في تكامل نظرية العقد: ان المراد بالتضامن التعاقدي ليس المعنى الشائع لمصطلح التضامن الذي ينصرف الى اتحاد الذمم وتضامنها من حيث المسؤولية ، وانما المراد منه هو التعاون والولاء والعمل المشترك من اجل تحقيق العقد لمصالح طرفيه فضلاً عن تحقيقه للمصلحة العامة ، وان لهذا المبدأ دوراً فعالاً في تكامل نظرية العقد من خلال قيامه بوظيفة وقائية وأخرى علاجية وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين الأول الدور الوقائي للتضامن التعاقدي في تكامل نظرية العقد والثاني الدور العلاجي للتضامن التعاقدي في تكامل نظرية العقد .

الفرع الأول: الدور الوقائي لمبدأ التضامن التعاقدي: ان القيم التضامنية بحسب الفلسفة الحديثة للبناء التشريعي للعقود تؤدي دوراً هاماً واساسياً في ترسيخ القواعد الحمائية للعقد ، واضفاء طابع التضامن والولاء بين طرفي العقد بدلاً من روح الانانية التي قد تسود العقود في ظل تبني الفلسفة التقليدية كأساس لبنائها التشريعي ، وبالتالي فأن تجسيد المشرع للقيم التضامنية يسهم بشكلٍ فاعل وكبير في تكامل النظرية العامة للعقد ، لكون ان التضامن التعاقدي ينطوي على نزاهة السلوك والتعاون والاخلاص في جميع مراحل حياة العقد [٢٢]. وتأييدا لما تقدم يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الفرضية

التقليدية القائمة على اساس أن كل متعاقد هو الاجدر بحماية مصالحه الخاصة من خلال توظيف خبراته ومؤهلاته التعاقدية هي فرضية غير واقعية لان التفاوت في هذه الخبرات والمؤهلات بين الاطراف هو أمر منطقي لذا فأن تحقيق العدالة التعاقدية الموضوعية والامن التعاقدي لا يكون الا من خلال التجسيد التشريعي للقيم التضامنية المتمثلة بالسلوك الحسن والتناسق والتناسب والتعاون [٢٣] وكل هذه القيم تصب في تجريد العقود من روح الانانية واستغلال الطرف الضعيف ، والملاحظ أن هذا الولاء في التعاقد لا يقتصر نطاقة على الالتزامات المنبثقة عنه في الوقت الحاضر والمتمثلة بالالتزام بالتبصير وتقديم كل المعلومات والتحذيرات التي تصب في تنوير الارادة التعاقدية مما يجعل الطرف الذي يروم ابرام العقد يعلم بجميع خفايا العقد مما يجنبه ان يكون عرضةً الى الغبن النسبي والاستغلال وتكبد الخسائر ، بل ان هذا المبدأ من حيث الالتزامات المتفرعة عنه في تطور مستمر وذلك لكونه يتسم بالمرونة التي تفسح المجال للقوة الخلاقة للاجتهاد القضائي في ابتكار العديد من الحلول القانونية[٢٤] والتي تتبلور فيما بعد كقواعد قانونية في حقيقتها هي صنيعة قضائية . وبمراجعة نظرية العقد في القانون المدني العراقي لا نجد نصاً صريحاً يجسد مبدأ التعاون التعاقدي ، كما أنه اذا اعملنا التحليل الاستقرائي للقواعد التفصيلية التي لا ترتقي الى وصفها بالقاعدة العامة أو المبدأ القانوني لا نجد جملة من هذه القواعد يمكن من خلالها استنتاج وجود مكانة للولاء التعاقدي في نظرية العقد ، فالملاحظ أن المشرع العراقي لايزال يتمسك بالمساواة التعاقدية المجردة من خلال نظرية عيوب الارادة ، وهذه النظرية لا يمكن بأي حالٍ من الاحوال التعويل عليها لتحقيق التعاون التعاقدي والانتهاء الى توجيه الجوهر التعاقدي بالمسار الذي يؤدي الى تحقيق العدالة التعاقدية الموضوعية والامان التعاقدي بمفهومة الحديث . اما من ناحية نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي لا نجد تجسيداً تشريعياً صريحاً للتعاون التعاقدي كمبدأ او قاعدة عامة بيد أن ذلك لا ينفي وجودة ذلك لوجود العديد من التطبيقات التي بمجملها تنبثق عن التعاون التعاقدي وتتوافق مع ماهيته وتحقق غايته وسنعرض الى تفصيل هذه التطبيقات بإيجاز وبقدر تعلق الامر بصدقية وجود التعاون وفاعليته في تكامل نظرية العقد وذلك على النحو التالي .

اولاً – الالتزام بالأعلام : مؤدى هذا الالتزام ضرورة تنوير ارادة المتعاقدين وذلك من خلال الزام المتعاقد الذي يملك معلومة جوهرية من شأنها التأثير بقرار الاقدام او الاعراض عن ابرام العقد بتقديمها الى الطرف الذي يفتقر اليها وقد جسد قانون العقود الفرنسي هذا الالتزام في المادة (١/١١١٢) التي تنص ((أي طرف لديه معلومة تكون اهميتها حاسمة لرضا الطرف الاخر يجب عليه تقديمها له مادام هذا الاخير يجهل فعلاً هذه المعلومة ولا يمكن للطرفين استبعاد هذا الالتزام))[٢٥] وهذا النص يؤكد على الالتزام

بالأعلام بوصفه من اهم مصاديق التعاون في العقود وجدير بالمشرع العراقي أن ينص على هذا الالتزام لدوره الفعال في تكامل نظرية العقد .

ثانياً- مهلة التفكير : مؤدى هذا الالتزام منح مهلة من التفكير والتروي للمتفاوضين على العقد لدارسة العقد محل التفاوض والتأكد من مدى ملائمته لمصالحهم بحيث يكون قرار التعاقد بعد مضي هذه المدة صادر عن تروٍ وتفكير[٢٦] ، وعليه لا يعتد بقبول الطرف الضعيف قبل انتهاء هذه المدة ، أما بشأن تحديد هذه المدة فقد تكون محددة بنص القانون أو بحسب الاتفاق ، وقد نص عليها قانون العقود الفرنسي في المادة (١١٢٢) بالقول ((يمكن بموجب القانون او بموجب الاتفاق تحديد مهلة للتفكير ولا يمكن لمن وجه اليه الايجاب التعبير عن قبوله قبل انتهاء هذه المدة))[٢٧] ومن غير الخافي اهمية هذا الالتزام بتعزيز التعاون التعاقدي بيد أن قانون المدني العراقي لا يزال خالياً من وجود هذه الالتزام القانوني وهو امر جدير بالوجود التشريعي لما له من فاعلية في تكامل نظرية العقد .

الفرع الثاني: الدور العلاجي للتضامن التعاقدي : وفقاً لفلسفة التضامن الاجتماعي أن الزامية العقد تدور وجوداً وعدماً مع العدالة العقدية الموضوعية التي تتحقق من خلال التوازن والتعادل النسبي المعقول بين الأداءات المتبادلة من جهة وعدم التعارض مع المصلحة العامة من جهة أخرى، وعليه فمتى كان العقد عادلاً متوازناً في اقتصاده لا يمكن المساس بإلزاميته والعكس صحيح ، وبالتالي فإن تجسيد الولاء أو التعاون التعاقدي تشريعياً من شأنه معالجة الإخلال أو الاختلال الذي يطال العقد في مرحلة تنفيذه ، وهذه المعالجة تكمن الغاية من وراءها في توجيه العقد بالمسار الذي يحقق العدالة التعاقدية والأمن التعاقدي ، ويتحقق ذلك من خلال التزامين رئيسيين يكون تفصيلهما عل النحو الآتي :

أولاً- التزام الدائن بتيسير تنفيذ التزامات مدينه : مؤدى ذلك أن يلتزم الدائن بالتعاون مع مدينه بالسلوك الحسن وتقديم كل التسهيلات ودفع كل العقبات التي من شأنها أن تؤدي الى تعثر المدين في تنفيذ التزاماته[٢٨] ، والملاحظ أن قانون العقود الفرنسي قد نص عل ذلك في المادة (١١٠٤)[٢٩] ، بيد أن القانون المدني العراقي اكتفى بالنص على ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية .

ثانياً- الالتزام بتوخي الجدية والنزاهة في تنفيذ العقد : ومؤد هذا الالتزام هو التصور الفلسفي للعلاقة التعاقدية الذي ينظر الى العقد بأنه بمثابة مؤسسة صغيرة وأن أطراف العقد بمثابة أعضاء في هذه

المؤسسة ينبغي عليهم التعاون لتحقيق الهدف الذي يتوقف عليه نجاح هذه المؤسسة والوصول بها الى الغاية المثالية ، وبحسب هذا القياس فإن الغاية المثالية التي ينبغي أن ينتهي اليها العقد هي التوازن والتعادل النسبي المعقول في الميزان الاقتصادي للعقد ، وضمان التنفيذ الآمن لهذه الالتزامات المتبادلة ، ولا يكون ذلك الا من خلال الالتزام بالجدية والنزاهة والتعاون في تنفيذ العقد . كما أن للولاء التعاقدي دورا فعالا وهاما في معالجة الاختلال الناشئ عن تعرض العقد للأحوال الطارئة أو الظروف القاهرة ، وبذلك يكون للتعاون التعاقدي دورا في مراجعة العقد واعادة التفاوض عليه بما يجعله يستجيب للأزمات والظروف التي أحاطت به ، وبالقدر الذي يحفظ تماسك العقد وتحقيقه للعدالة التعاقدية الموضوعية .

المطلب الثاني : أثر مبدأ التوازن التعاقدي في تكامل نظرية العقد : ان العدالة التعاقدية الموضوعية لا يمكن تحقيقها من دون تجسيد مبدأ التوازن التعاقدي في نظرية العقد وذلك لكون هذه العدالة التعاقدية قائمة على أساس التوازن والتناسب في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين ، وعليه فأن مبدأ التوازن التعاقدي يؤدي وظيفتين الأولى تتجسد بتوفير الحماية الوقائية للعدالة التعاقدية الموضوعية والثانية تتجسد بتوفير الحماية العلاجية للعدالة التعاقدية الموضوعية ولتفصيل ذلك سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين الأول الدور الوقائي للتوازن التعاقدي والثاني الدور العلاجي للتوازن التعاقدي .

الفرع الأول : الدور الوقائي لمبدأ التوازن التعاقدي : إن قدر الإنسانية ومثالها الأعلى هو العدالة ، وان القانون انما وجد لأجل تحقيق هذا المثال الأعلى للإنسانية ، بيد أن القانون طالما أنه منجزاً بشرياً يندرج ضمن العلوم الإنسانية فلابد ان يتأثر بمشروطيات والظروف الفاعلة في العقل الاجتهادي المنتج له [٣٠]لذا فأن الغاية التي يروم تحقيقها والمتمثلة بالعدالة لابد وان تكون مسألة نسبية تختلف تبعاً لاختلاف الظروف الفاعلة في تجسيدها [٣١]، وهذا الامر القى بظلاله على العدالة في نطاق العقود ، فالملاحظ أن القوانين المدنية بشكلٍ عام تكاد تنقسم على اتجاهين من حيث جوهر العدالة التعاقدية ، فقسم قد تبنى العدالة المجردة والتي تم ايضاحها فيما سبق وقسم اخر تبنى العدالة الموضوعية القائمة على أساس التوازن التعاقدي الذي لا يقتصر دوره على تغطية وحاكمية حياة العقد فحسب وانما يصار الى هذا التوازن قبل ذلك [٣٢]، أي منذ التفاوض على العقد وفي هذه المرحلة فأن الغاية المتوخاة من اعمال مبدأ التوازن هي القيام بدورٍ وقائي وذلك لكي يكون العقد متوازناً من حيث الالتزامات المتبادلة عند ابرامه . وتجسيداً لهذا المتبنيات الفلسفية لابد من صياغة قواعد قانونية تؤدي الى توفير مظلة

حمائية وقائية للعدالة التعاقدية ، وعادةً يكون الوجود التشريعي لمبدأ التوازن التعاقدي أما بالنص عليه صراحةً بقاعدة قانونية تتسم بالقوة المعيارية التي ترتقي بها الى وصف المبدأ الحاكم والموجه للقواعد المتفرعة عنة وذلك من خلال اعتماد التحليل الاستنباطي ، واما بأثبات وجودة التشريعي من خلال استقراء التطبيقات الجزئية التي تجسد بمجملها وجود مبدأ التوازن التعاقدي . وبالنظر في القانون المدني العراقي لا نجد نصاً صريحاً يجسد التوازن التعاقدي كمبدأ قانوني حاكم لنظرية العقد وموجه للسلوك التعاقدي نحو تحقيق العدالة التعاقدية الموضوعية القائمة على خلق حالة من التوازن والتعادل النسبي والمعقول بين الاداءات التعاقدية ، بيد أن ذلك لا ينفي وجود بعض القواعد القانونية التي بلحاظ قوتها المعيارية[٣٣] ماهي الا قواعد تفصيلية أي انها لا ترتقي الى كونها قاعدة عامة او مبدأ قانوني لكنها تندرج تحت القواعد التي يؤدي اعمالها الى خلق التوازن التعاقدي ومثالها الأبرز حظر الشروط التعسفية ، فالغاية الكامنة من وراء حظر هذه الشروط هو حماية الطرف الضعيف و تحقيق التوازن وبالتالي فأن هذا الحكم وسائر الاحكام التي تتفق معه من حيث الغاية بمجملها انما يراد منها الحماية الوقائية للعقد من اختلال توازنه . والملاحظ أن القانون المدني العراقي قد اكتفى بالمادة (٢/١٦٧) التي تنص على أن : (اذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)[٣٤] ومن خلال النظر في الغاية الماورائية لهذا النص نستشف ان المراد بالنص هو الحماية الوقائية للتوازن التعاقدي ويتم ذلك من خلال تفويض القاضي السلطة التقديرية بتعديل هذه الشروط او الغائها وفقاً للعدالة ، وهنا لابد على القاضي ان يصار الى تفسير هذا النص تفسيراً غائياً ليتوصل الى ماهية العدالة التي يجب ان يكون تحقيقها هو مناط الاعفاء من هذه الشروط او تعديلها ، وعلى الرغم من أهمية هذا النص ودوره في خلق حالة من التوازن التعاقدي الا ان تكامل نظرية العقد بلحاظ مكانة التوازن التعاقدي فيها يستدعي عدم الاكتفاء بهذا النص فحسب بل لا بد من وجود قواعد قانونية أخرى تعمل على حماية الطرف الضعيف في مرحلة المفاوضات وذلك من خلال فرض التزامات على الطرف القوي يكون مؤداها ردم الفجوة المعرفية والفوارق الذاتية المؤثرة في تنوير الإرادة التعاقدية ويتم ذلك تشريعاً من خلال فرض الالتزام بالأعلام والتبصير والتحذير والتي لا يوجد تجسيداً تشريعاً لها حتى الان في القانون المدني العراقي ، بخلاف الحال بالنسبة للقانون المدني الفرنسي بعد تعديله في عام ٢٠١٦[٣٥] والذي جسد كل هذه الالتزامات فضلاً عن حظرة للشروط التعسفية وبذلك فأنه يمكن القول بأن نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي اكثر تكاملاً من القانون المدني العراقي .

الفرع الثاني : الدور العلاجي لمبدأ التوازن التعاقدي : إن العدالة التعاقدية الموضوعية اذا كانت قائمة على أساس التناسب والموازنة في الاداءات العقدية المتبادلة بمعنى ان ما يحصل عليه كل طرف

بموجب العقد ينبغي أن يكون متوازناً مع ما يحصل عليه الطرف الاخر[٣٦] وبالتالي فأن الأداة القانونية الموصلة لهذا التوازن هي مبدأ التوازن العقدي ، وان هذا المبدأ لا يقتصر على توفير الحماية الوقائية التي تم ايضاحها فيما سبق بل ان له وظيفة علاجية هامة في اصلاح كل اخلال او اختلال يصيب الميزان الاقتصادي للعقد . وان العقد حتى وان نشأ متوازناً ومتعادلاً الا انه قد يتعرض الى بعض الظروف والاحوال التي تؤدي الى اختلاله اختلالاً يفضي الى انهيار عدالته التعاقدية وهنا لا بد من وجود تدخل تشريعي يعيد العقد الى حالة التوازن والملاحظ في هذا الشأن وجود معالجة تشريعية في القانون المدني العراقي تتمثل بنظرية الظروف الطارئة ولسنا في هذا المقام من البحث بصدد تفصيلها ، وكذلك الحال وجود ذات المعالجة في قانون العقود الفرنسي . وقد يلحق بالعقد اخلال ناتج عن إرادة احد طرفي العقد كما في حالة التنفيذ المعيب أو سائر عمليات التنفيذ التي تنطوي على سوء نية وهنا ايضاً لا بد من وجود معالجات تشريعية وهذه المعالجات جسدها كل من القانون المدني العراقي ونظيره الفرنسي في نظرية تنفيذ العقد ، بيد أن الاشكال يثور في مسألة اختلال التوازن التعاقدي عندما يصار الى التعويض الاتفاقي او ما يعرف بالشرط الجزائي فقد يكون تطبيق هذا الشرط تطبيقاً حرفياً يؤدي الى الاختلال الواضح في الغاية الاقتصادية التي يتطلع اليها كل طرف من وراء العقد [٣٧]. الملاحظ ان القانون المدني العراقي قد نص في المادة (٢/١٧٠) على ان (ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة) اما الفقرة الثالثة من ذات المادة فقد نصت على ان (اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب اكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأ جسيم) وبالنظر في مضمون هذين النصين يتضح ان المشرع العراقي أجاز للقاضي اعمال سلطته التقديرية في تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة او النقصان وفقاً للمعايير المحددة في النص وبما يحقق العدالة التعاقدية بمفهومها الذي يتبناه القانون المدني العراقي ، وهذه المعالجة التشريعية نجدها لا تختلف في القانون المدني الفرنسي وذلك من خلال النظر في المادة (٥/١٢٣١) التي نظمت احكام الشرط الجزائي في قانون العقود الفرنسي .

وعليه يمكن القول ان نظرية العقد في القانون المدني العراقي وكذلك قانون العقود الفرنسي تتسم بالتكامل في معالجة الاخلال الناشئ عن سوء نية او الناتج عن الإرادة التعاقدية المشتركة او الاختلال الناتج عن الظروف والاحوال المؤثرة في العقد .

الخاتمة : بعد الانتهاء من دراسة موضوع البناء الفلسفي لنظرية العقد في القانون المدني العراقي توصلنا الى عدد من الاستنتاجات والمقترحات يمكن عرضها على النحو التالي.

اولاً – الاستنتاجات :

١- ان المشرع العراقي في بنائه الفلسفي لنظرية العقد يغلب عليه فلسفة المذهب الفردي والتي ترى ان العقد وسيلة لتحقيق المصالح الخاصة لأطرافه وان دور المشرع يقتصر على حماية الإرادة التعاقدية الحرة .

٢- ان الفلسفة الحديثة للبناء التشريعي للعقود ترى بضرورة ان تكون الغاية من وراء العقود هي تحقيق العدالة التعاقدية الموضوعية والامن التعاقدي ويتم ذلك من خلال التجسيد التشريعي لمبدأ التضامن التعاقدي ومبدأ التوازن التعاقدي .

٣- ان نظرية العقد في القانون المدني العراقي لا تتضمن وجوداً تشريعياً لمبدأ التضامن التعاقدي وان هذا الامر يجعل العدالة التعاقدية تتمثل بالمساواة المجردة امام القانون دون توفير حماية موضوعية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

٤- ان نظرية العقد في القانون المدني العراقي تتضمن بعض التطبيقات الجزئية التي تهدف الى تحقيق التوازن التعاقدي كالنص على تعديل او حظر الشروط التعسفية بيد أن هذه التطبيقات لا ترتقي من حيث الكم المطلوب لتحقيق حالة التكامل لنظرية العقد .

ثانياً – المقترحات :

١- نقترح على المشرع العراقي تبني الفلسفة الحديثة في البناء التشريعي لنظرية العقد وان تكون الغاية من هذا البناء هي تحقيق العدالة التعاقدية الموضوعية وضمان التنفيذ الآمن للعقد.

٢- نقترح على المشرع العراقي النص على مبدأ التضامن التعاقدي لدوره الفعال في تكامل نظرية العقد وتحقيق العدالة الموضوعية وان يكون النص (يجب على طرفي العقد الالتزام بالتعاون والاستقامة ونزاهة السلوك في جميع مراحل العقد ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك) .

٣- نقترح على المشرع العراقي النص على مبدأ التوازن التعاقدي بهدف تكامل نظرية العقد وان يكون النص كالاتي (يجب ان تكون العقود التبادلية قائمة على أساس التناسب والتوازن المعقول من حيث الالتزامات المتبادلة ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك).

٤- نقترح على المشرع العراقي تضمين نظرية العقد نصوصاً تشريعية تتسم بتمكين القوة الخلاقة للاجتهاد القضائي في ابتكار الحلول القانونية للوقائع والفرضيات المستجدة التي لا يوجد بأزائها نصاً قانونياً مباشراً .

الهوامش

[١] د. إسماعيل نامق حسين , العدالة بين الفلسفة والقانون , دار الفراهيدي للنشر والتوزيع , ط١, ٢٠١٤, ص١٤.
[٢] د. روبرت اليكسي , فلسفة القانون , منشورات الحلبي الحقوقية , ط٢ , بيروت , ٢٠١٣, ص١١٥.
[٣] د. حسن كيرة , المدخل الى القانون , منشأة المعارف , الإسكندرية , ١٩٦٩, ص١١٣؛ د. عبد الرزاق السنهوري , د. احمد حشمت أبو ستيت , أصول القانون , دار الفكر العربي , القاهرة , ١٩٥٢, ص٧٤.
[٤] د. حسن علي الذنون , فلسفة القانون , مطبعة العاني , بغداد , ١٩٧٥, ص١٦٣.

[٥] د. علي محمد بدير , المدخل لدراسة القانون , دار الطباعة الحديثة , الطبعة الأولى , البصرة , ١٩٧٠, ص٤٣.

[٦] د. عبد الرزاق السنهوري , د. احمد حشمت أبو ستيت , مصدر سابق , ص ٦.

[7] P.Malaure , L.Aynès ,Cours de droit civil ,Les obligations, 6 édition , paris ,1995. P.199.

[٨] د. جاك ستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ط١ , مجد المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت , ٢٠٠٨ , ص ٩٢٠.

[9] D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? In Mélanges F. Terré, L'avenir du droit, Dalloz, Paris, 1999, p. 603.

[١٠] سلام عبد الزهرة الفتلاوي , نطاق العقد ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٦، ص ١٠١.

[١١] امل كاظم سعود , الالتزام بالتعاون في العقود , أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة النهرين , بغداد ، ٢٠٠٧، ص ٩.

[١٢] ماهر نسيم ، الحرية والأخلاق والقانون ، مطبعة الرسالة ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ٩٧.

[١٣] جاك غستان ، مصدر سابق ، ٢٣٠.

[١٤] هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٦، ص ٩١.

[١٥] جاك غستان ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠ .

[١٦] د. جاك غستان , تكوين العقد ، مصدر سابق ، ٩٢٠ .

[17] J. Ghestin, la notion d'erreur dans le droit positif actuel, LGDJ, 1971, n 84, p. 99.

[18] G. Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 4 éd. 1949, p. 25-29.

[١٩] نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي على انه (اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي)

[٢٠] نصت المادة ١٥٠ في الفقرة الأولى منه على انه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل علية وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)

(٢١) د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين العربية والقوانين الاجنبية معززاً بآراء الفقه واحكام القضاء ،ط١، منشورات اراس ،اربيل ، العراق ، ٢٩٧.

(22) J. Hauser, rapport de synthèse, le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?, Le solidarisme contractuel, Sous la direction, L. Grynbaum et M. Nicod, Paris Economica, 2004,p 195 et 198.

(23) Ch. Jamin, le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, Le solidarisme contractuel , Sous la direction, L. Grynbaum et M. Nicod, Paris, 2004, p163.

(24) L. Grynbaum, la notion de solidarisme contractuel, , Le solidarisme contractuel , Sous la direction L. GRYNBAUM. et M. NICOD, Paris, Économico, 2004, p 28.

(25) Article (1112-1) de l'ordonnance n° 2016-131 du 2016 :" 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. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir ".

(26) J. Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, RTD com, 1998, P.239et 241.

(27) Article (1122) pris en application de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui stipule que :" La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ".

(28) J. Mestre , l'évolution du contrat en droit privé Français , journée René savater, l'évolution contemporaine du droit des contrats , publication de la faculté de droit et des sciences sociale de Pothier , tome 15 , p 51.

(29) Article (1104) du nouveau Code civil modifié en vertu de la loi n° 31-2016 de modification des contrats et des preuves :"Les contrats doivent être négociés, rédigés et xecutes de bonne foi, et cette disposition fait partie de l'ordre public .

[٣٠] رينيه ديكارت ، مبادئ الفلسفة ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٠، ص ٤٨ .
[٣١] روسكو باوند ، مدخل الى فلسفة القانون ، مؤسسة فرنكلين للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٧، ص ٣٩ .
[٣٢] بهار محمود فتاح ، قيمة الخير في الفلسفة التشريعية ، القانون المدني الياباني انوذجاً ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة السليمانية ، ٢٠١٤، ص٢٠ .
[٣٣] للمزيد حول القوة المعيارية للقواعد القانونية المكونة لنظرية العقد ينظر : محمد عبد الوهاب الزبيدي ، تدرج القواعد العقدية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد ، ٢٠١٦.
[٣٤] الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ .
[٣٥] ينظر المادة (١١١٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل عام ٢٠١٦.
[٣٦] رياض احمد عبد الغفور ، العدالة العقدية ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين ، ٢٠٢٠، ص ١١٣.
[٣٧] علي حسين منهل ، نظرية الاخلال الفعال في العقد ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٨ ، ص ١٦١.

المصـــــــــــــــــــادر :-
١-د. إسماعيل نامق حسين , العدالة بين الفلسفة والقانون , دار الفراهيدي للنشر والتوزيع , ط١, ٢٠١٤.
٢-د. جاك ستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ط١ , مجد المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت , ٢٠٠٨ .
٣- د. حسن علي الذنون , فلسفة القانون , مطبعة العاني , بغداد , ١٩٧٥.
٤- د. حسن كيرة , المدخل الى القانون , منشأة المعارف , الإسكندرية , ١٩٦٩.
٥-د. روبرت اليكسي , فلسفة القانون , منشورات الحلبي الحقوقية , ط٢ , بيروت , ٢٠١٣.
٦-روسكو باوند ، مدخل الى فلسفة القانون ، مؤسسة فرنكلين للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٧.
٧-د. عبد الرزاق السنهوري , د. احمد حشمت أبو ستيت , أصول القانون , دار الفكر العربي' القاهرة , ١٩٥٢.
٨-د. علي محمد بدير , المدخل لدراسة القانون , دار الطباعة الحديثة , الطبعة الأولى , البصرة , ١٩٧٠.
٩-د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين العربية والقوانين الاجنبية معززاً بآراء الفقه واحكام القضاء ،ط١، منشورات اراس ،اربيل ، العراق .
١٠- رينيه ديكارت ، مبادئ الفلسفة ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٠.

المصادر باللغة الإنكليزية :-
1- Ch. Jamin, le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, Le solidarisme contractuel , Sous la direction, L. Grynbaum et M. Nicod, Paris, 2004, p163.
2- D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? In Mélanges F. Terré, L'avenir du droit, Dalloz, Paris, 1999, p. 603
3- G. Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 4 éd. 1949, p. 25-29.
4- L. Grynbaum, la notion de solidarisme contractuel, , Le solidarisme contractuel , Sous la direction L. GRYNBAUM. et M. NICOD, Paris, Économico, 2004, p 28.
5- .J. Ghestin, la notion d'erreur dans le droit positif actuel
6- J. Hauser, rapport de synthèse, le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?, Le solidarisme contractuel, Sous la direction, L. Grynbaum et M. Nicod, Paris Economica, 2004,p 195 et 198.
7- J. Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, RTD com, 1998, P.239et 241.

8- J. Mestre , l'évolution du contrat en droit privé Français , journée René savater, l'évolution contemporaine du droit des contrats , publication de la faculté de droit et des sciences sociale de Pothier , tome 15 , p 51.

9- P.Malaure , L.Aynès ,Cours de droit civil ,Les obligations, 6 édition , paris ,1995. P.199 .

الرسائل والاطاريح :-

١- امل كاظم سعود , الالتزام بالتعاون في العقود , أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة النهرين , بغداد ، ٢٠٠٧.

٢- بهار محمود فتاح ، قيمة الخير في الفلسفة التشريعية ، القانون المدني الياباني أنموذجا ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة السليمانية ، ٢٠١٤.

٣- رياض احمد عبد الغفور ، العدالة العقدية ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين ، ٢٠٢٠.

٤- علي حسين منهل ، نظرية الاخلال الفعال في العقد ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٨ .

٥- سلام عبد الزهرة الفتلاوي , نطاق العقد ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٦.

٦- ماهر نسيم ، الحرية والأخلاق والقانون ، مطبعة الرسالة ، القاهرة ، بلا سنة نشر .

٧- محمد عبد الوهاب الزبيدي ، تدرج القواعد العقدية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد ، ٢٠١٦.

البحوث :-

١- هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٦.

القوانين :-

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢- القانون المدني الفرنسي المعدل عام ٢٠١٦.