التطور التشريعي لتكون العقد

(دراسة مقارنة)

الباحث

محمد سلمان شكير

mohammedcivel@gmail.com

الأستاذ الدكتور

منصور حاتم محسن

mansoorhatem@yahoo.com

جامعة بابل ـ كلية القانون

Legislative development of contract formation

(A comparative study)

Researcher

Muhammad Salman Shakir

Prof. Dr.

Mansour Hatem Mohsen

University of Babylon - College of Law

الملخص:-

لقد شهد القانون المدني الفرنسي بتعديله لسنة ٢٠١٦، تعديلا في أركان العقد بإقرار ركن جديد، هو مضمون العقد فقبل التعديل كانت الاركان اربعة هي: الرضا، الاهلية، الموضوع، والسبب. والقانون المدني الفرنسي قبل التعديل لم يشر في مواده إلى تعريف محدد للرضا ولا لأشكاله، إنما عالجه من المواد (١١٠٩ إلى ١١١٨) حيث تناول العيوب التي يمكن أن تطاله.

وبحسب الموقف التقليدي، يسيطر مبدا الرضائية في العقود، و الاستثناء على هذا المبدأ لا يتم العقد إلا بموجب نص قانوني، أو قيد نص عليه القانون، وهنا لابد من الاشارة إلى ان الرضا يتكون من عنصرين، الأول هو العرض المقدم من قبل العارض إلى المعروض عليه، والعنصر الثاني هو قبول هذا الأخير لهذا العرض، وتخلف ركن الرضا يجعل من العقد باطلًا، والبطلان في هذه الحالة هو نسبي، لأن هذا الركن معني بحماية مصلحة الشخص المعاب رضاه وليس المصلحة العامة.

الكلمات المفتاحية: مضمون العقد، محل العقد، السبب.

Abstract:-

The French Civil Code, as amended in2016, witnessed an, witnessed an amendment to the elements of the contract by approving a new element, which is the content of the contract. Before the amendment, there were four pillars: consent, capacity, subject matter, and reason. The French Civil Code before the amendment did not indicate in its articles aspecific definition of consent or its forms. Rather, it dealt with it in Articles 1109 to 1118, where it dealt with the defects that could affect it

According to the traditional position, the principle of consentdominates contracts, and the exception to this principle is that the contract is not concluded except according to a legal text, or a restriction stipulated by the law, and here it must be noted that consent consists of two elements, the first is the offer presented by the offeror to the offeree. The second element is the latter's acceptance of this offer, and the failure of the consent element makes the contract invalid, and invalidity in this case is relative, because this element is concerned with protecting the interest of the person whose consent is faulty and not the public interest.

Keywords: Content of the contract, Contract shop, the reason.

المقدمة:

أولاً: موضوع البحث:

إن الأهلية تمثل أحد اركان العقد بالإضافة إلى ركن الرضا والمحل والسبب، ولكن هذا الركن كان موضعاً للخلاف، ففريق من الفقهاء اعتبروا أن الأهلية هي ركن من أركان العقد، أما فريق آخر فد اعتبره شرط من شروط الرضى.

ولهذا السبب هناك قوانين مدنية كرست الأهلية في موادها على أنها ركن من أركان العقد كالقانون الفرنسي، وقوانين لم تعتبره كذلك كالقانون العراق والمصري.

ثانياً: أهمية البحث:

إن أهمية بحثنا هذا تكمن في مراحل تكوين العقد وفق التطور التشريعي الذي يشهده العالم في الوقت الحاضر، حيث أن أغلب الدول حرصت على تطوير قوانينها وفق أوضاع المجتمع وما يطرأ على العقد في هذا المجال، بغض النظر عن المبادئ الأساسية التي يستلزم أن تبقى ثابتة في العقد.

ثالثاً: مشكلة البحث:

إن اشكالية بحثنا هو تسليط الضوء على التحديات التي يشهدها العقد في مراحل تطوره، حيث تباينت المواقف التشريعية الحاكمة للعقد، حيث ظهرت تشريعات متخصصة لتطوير وتكوين العقد لكن ذلك لم يمنع من التطبيق التقليدي للعقد، وانما حدث نوع من التداخل ما بين تطبيق هذه القوانين وابرز مثال على ذلك القانون المدني الفرنسي بعد تعديل ٢٠١٦.

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 الاختلاف 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 مفهوم مضمون العقد ، حيث قسمناه إلى مطلبين ندرس في المطلب الأول معنى مضمون العقد، اما الثاني فسنخصصه لتحديد شروط مضمون العقد، أما المبحث الثاني فخصصناه لبيان المحل والسبب في ضوء الاتجاهات القانونية، إذ تناولناه على مطلبين، الاول سنخصصه لتحديد مفهوم محل العقد، أما الثاني فسنخصصه لدراسة مفهوم السبب وفق الاتجاهات القانونية، وخاتمة بحثنا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها، وابرز المقترحات التي نأمل الأخذ بها.

المبحث الأول

مفهوم مضمون العقد

تعد فكرة المضمون من الأفكار المستحدثة في القانون المدني الفرنسي، من خلال اقراره كركن من اركان العقد، إلا أنها ليست من نتاج هذا القانون، فقد كانت هنالك مواقف فقهية وقوانين دول أخرى سباقة في تكريسه، وبهذا ترك المجال أمام الفقهاء لتقريب مفهومه للأذهان، وقد اعتبر انه يمثل الالتزامات، الصلاحيات، والمسؤوليات ولا يقتصر مضمون العقد على انشاء التزامات إنما تعديل، إحالة، أو إنهاء العقد.

وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الاول دراسة معنى مضمون العقد، اما الثاني فسنخصصه لتحديد شروط مضمون العقد.

المطلب الأول: معنى مضمون العقد

ان مسألة تحديد مضمون العقد غاية في الاهمية، مع ذلك هي ليست بالمهمة اليسيرة، ذلك ان الفكرة يحوطها غموض كبير[١]، بحسب المواقف الفقهية، ولكن بالرجوع لموقف الشريعة الإسلامية نجد ان الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الاساس لفكرة مقتضى العقد التي استمدها المشرع العراقي[٢] عن هذا الفقه، قد اهتم بهذه الفكرة واضفى عليها عدة معاني: الاول بان المقتضى هو: ما يفيض الاثر أي مرتبه فالأثر يفاض منه ويترتب عليه مع اجتماع الشرائط وعدم وجود الموانع[٣].

فمضمون العقد بمعناه المصدري في عقد البيع مثلا يعني تمليك العين مقابل عوض

مالي، فمضمون البيع ينطوي على تمليك العين، و دفع الثمن وتسليم المبيع[٤]. ومنهم من ربط مقتضى العقد بشروطه فاذا كان الشرط منافيا لمقتضى العقد، كاشتراط عدم التملك في عقد البيع وقع الشرط باطلا فضلا عن بطلان البيع والثاني يعني انه المقصود من العقد أو ما يرمي إليه ويسعى إلى تحقيقه من غايات[٥]، فالمقصود من المضاربة الربح، كما ان المقصود من البيع التمليك[٦]، والمعنى الثالث يتمثل بالأحكام والاثار المترتبة على العقد، والمعنى الرابع يتمثل بالأثر الذي يسعى المتعاقدان إلى الوصول إليه من وراء ابرام العقد ويتمثل بالالتزامات الجوهرية أو الأساسية المترتبة على العقد وهي تقترب من مفهوم حكم العقد[٧].

وعلى هذا الاساس، يمكننا القول ان مضمون العقد أقرته الشريعة الإسلامية واخذ به الفقهاء المسلمون قبل القانون المدني الفرنسي بأكثر من الف واربعمئة عام، ومن هذا يستدل على مدى تطور نظرية العقد في الشريعة الإسلامية.

وللتعرف على مضمون العقد، يستلزم تعقب القوانين والمشروعات التمهيدية لتعديل القانون المدني الفرنسي، وصولا لتعديله لعام ٢٠١٦، ابتداءً من المشروع التمهيدي لتعديل القانون المدني الفرنسي المعروف بمشروع (بيار كتالا) لسنة ٢٠٠٥ [٨]، ومشروع وزارة العدل الفرنسية لعام ٢٠٠٨ وتعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، مع الاشارة إلى موقف قانوننا المدني والمصري.

إن البحث عن تعريف مضمون العقد يتطلب تعقبه من الناحية التشريعية، وفي هذا الاطار، حدد مشروع بيار كتالا لسنة ٢٠٠٥ العقد بحسب المادة (١١٠٢) منه على انه: (اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص تجاه شخص أو اكثر بتنفيذ الاداءات أو الالتزامات المترتبة عليه)[٩].

وحددت المادة (١١٠٨) شروط صحة العقد وهي اربعة: (١.رضا المتعاقدين ٢.الاهلية القانونية للتعاقد ٣.محل التعهد ٤. سبب التعهد)[١٠].

وما يمكن ملاحظته على نص المادة (١١٠٨) أنها لم تذكر مضمون العقد بوصفه شرطًا لصحة العقد، بل إنها احتفظت بركن السبب بوصفه شرطًا لصحة الاتفاق الا إنه لم يستخدم المصطلحات التقليدية ذاتها التي استخدمها مشروع التعديل لسنة ٢٠١٦، بل استخدم مصطلح سبب التعهد، فضلاً عن أن المشروع أشار وبصورة ضمنية إلى فكرة

مضمون العقد ولكن بتسميات مختلفة لها الوظائف ذاتها التي كانت يؤديها السبب[١١]، وذلك وفق ما جاءت به المادة (١١٢٥) والتي تنص على أنه (الالتزام يكون غير مبرر لعدم وجود سبب حقيقي عندما يكون منذ البدء المقابل المتفق عليه وهمياً أو تافهاً)[١٢].

وإن عبارة (المقابل المتفق عليه) فيها إشارة ضمنية إلى مضمون العقد فضلاً عن المادة (١١٦٩) من المشروع والتي تنص على: (يعد العقد بعوض باطلاً من وقت إنشائه إذا كان المقابل المتفق عليه وهمياً أو زاهداً)[١٣].

ومن النصوص المذكورة آنفًا يمكن الخروج بالنتيجتين الاتيتين:

أولاً: إن المشروع أبقى على المحل والسبب على أنهما شروط لازمة لصحة العقد مع اعترافه ضمنيا بمضمون العقد، إشارة منه إلى تبني الفكرتين معاً.

ثانياً: إن المشروع المذكور يسلم بحقيقة وجود علاقة وثيقة بينهما، فهو يبين انه في الحالة التي يكون فيها المقابل المتفق عليه (المضمون) وهمياً أو تافها، فلا نكون بصدد وجود سبب حقيقي، فمتى ما كان المقابل المتفق عليه جديا وذا قيمة وجد السبب الحقيقي.

وقد أبقى المشروع على محل العقد[١٤]، وعرفه في المادة (١١٢١) من المشروع، والتي تنص على أن (محل العقد هو شيء يتعهد طرف بأن يحول ملكيته أو يتنازل عن ملكيته أو يتنازل عن استعماله أو يلتزم بفعله أو عدم فعله)[١٥]، يمكن أيضاً نقل اليد على شيء دون التنازل عن استعماله، لا سيما على سبيل الوديعة أو الضمانة وأورد المشروع صورة لمحل العقد في المادة (١١٢٧) التي جاء فيها (يمكن أن يكون مجرد استعمال الشيء أو مجرد حيازته مثل الشيء ذاته محلاً للعقد) أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد، فيشترط أن يكون موجوداً ومحدداً ومشروعاً[١٦].

وفيما يتعلق بمشروع تعديل قانون العقود وإثبات الالتزامات رقم ١-١٩٩ - يوليو ٢٠٠٨[١٧]، المعروف بمشروع وزارة العدل الفرنسية، الذي عرف العقد في المادة (١١٠١) بانه (اتفاق ارادي بين شخصين أو اكثر من الاشخاص لترتيب اثار قانونية)[١٨]، وهنا نلاحظ ان للتوافق اثر بارز في تحديد مضمون العقد بصورة جديدة هي المضمون الشكلي للعقد،

ومقتضاه حرية المتعاقدين في تحديد شكل العقد، وهذا ما نجده بالرجوع إلى نص المادة (١١٠٢) التي جاء فيها (كل فرد حر في التعاقد أو عدم التعاقد لاختيار الطرف الاخر الذي يريد التعاقد معه، وتحديد مضمون وشكل العقد ضمن الحدود التي يحددها القانون)، ويلاحظ على هذه المادة ان هنالك حرية للمتعاقدين في تحديد الشكل القانوني للعقد وهذا ما لا يتضمنه مرسوم سنة ٢٠١٦؛ إذ اقتصر فقط على المضمون القانوني، للشكل الذي حدده القانون وهذا ما يمكن ملاحظته من المادة (١١٧٢) من مرسوم سنة ٢٠١٦ اذ نصت على أنه: (... تخضع صحة العقود الشكلية لمراعاة الشكليات التي يحددها القانون والتي يؤدي عدم مراعاتها إلى بطلان العقد)[١٩].

وقد نظم مشروع وزارة العدل الفرنسية فكرة مضمون العقد في المواد (١١٢٧- ١١٦١) إذ نصت المادة (١١٦١) منه على أن: (العقد لا يحيد عن النظام العام لا من حيث مضمونه ولا من حيث غرضه سواء كان معلوماً أو لا من قبل جميع الأطراف)[٢٠].

وتشير النصوص إلى تخلي مشروع وزارة العدل الفرنسية عن ركني المحل والسبب إذ جاءت المادة (١١٢٧) منه بما يأتي: (يعد ضرورياً لصحة العقد: رضا الأطراف - أهليتهما للتعاقد - مضمون مشروع ومؤكد)[٢١].

بينما نجد أن مشرعنا العراقي قد ابقى على كل من المحل والسبب ووضحت اهميتهما في صحة العقد، حيث نصت المادة (١٢٦) من قانوننا المدني على أنه(لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه...)، وكذلك المادة (١٣٢) التي أشارت إلى وجوب ان يكون للعقد سبباً مشرعاً وغير ممنوع قانونا أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً.

وبخصوص المشرع المصري وأن كان يحذوا على خطى المشرع الفرنسي لكننا وجدنا أنه أكد على أهمية ركني المحل والسبب في تكوين العقد وذلك في المواد (١٣١) و(١٣٦)، حيث نصت الأخيرة منه على (إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً)، وهذا النص يعد دليلاً واضحة على أن من أركان العقد اللازمة لصحته هو المحل والسبب.

أما بخصوص فكرة مضمون العقد في ضوء تعديل القانون المدني الفرنسي المرقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦، فقد جاء بمبدأ عام هو مبدأ الحرية التعاقدية، على وفق صور ثلاثة صيغت بموجب نص المادة (١١٠٢) منه والتي تنص على أن: (لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد وفي أن يختار من يتعاقد معه، وأن يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يقررها القانون)[٢٢].

إلاّ إن مبدأ الحرية التعاقدية مقيد بحدود معينة جاءت بها المادة (١١٦٢) والتي نصت على انه: (لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه سواء كان هذا الاخير معروفا من قبل طرفيه أم لا)[٢٣].

والظاهر من هذا النص، أن القانون المدني الفرنسي يصور مضمون العقد بشروط العقد وغرضه، وأن مشروعية مضمون العقد تمثل قيدا على مبدأ الحرية التعاقدية.

وبالرجوع لنص المادة (١١٢٨) من القانون المدني الفرنسي نجده اعتبر ان مضمون العقد شرطا من شروط صحته اذا نصت على انه: (يعد ضروريا لصحة العقد: ١، رضا الطرفين ٢، اهليتهم للتعاقد ٣، مضمون مشروع ومؤكد).

أما عن موقف القانون المدني العراقي، فنجده يأخذ بالنزعة الموضوعية، فالعقد عنده تطابق ارادتين من حيث أثره في المعقود عليه، بينما القانون المدني الفرنسي يأخذ بالنزعة اللاتينية التي يكون بموجبها العقد توافقا ارادياً بين عاقديه. وهذا يعني ان المشرع الفرنسي يركز على التوافق الارادي بينما القانون المدني العراقي يركز على الارتباط الناتج عن هذا التوافق.

فبخصوص موقف المشرع العراقي، قد عرف العقد في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ على أنه: (أرتباط الأيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)، وهنا مشرعنا قد أكد الأثر المترتب على الارتباط بين العاقدين والحرية المطلقة لأطرافه من خلال ثبات الأثر في المعقود عليه.

في حين القانون المصري محل المقارنة نجده لم يعرف العقد وانما أشار إلى كيفية تمام العقد وذلك في المادة (٨٩) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أنه(يتم العقد

بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)، والملاحظ على هذا النص أنه يوضح أن العقد يتم بين إرادتين وليس إرادة واحدة، فضلاً على أن يكون هذا الانعقاد بين الارادتين وفق ما يقرره القانون أي غير مخالف له.

وبالرجوع إلى موقف القانون المدني العراقي من تحديد مضمون العقد فإننا لم نجده قد تطرق إلى مسالة ايجاد تنظيم قانوني خاص بمضمون العقد بالتفصيل على خلاف ما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، حيث نجد ان مشرعنا العراقي تطرق للأحكام القانونية المتعلقة بمضمون العقد في نصوص متفرقة كما هو الحال في صلاحية القاضي في تحديد مستلزمات العقد، وكيفية دفع الثمن والنفقات المترتبة عليه، وفضلا على ذلك اخذ القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل بفكرة مضمون العقد بحسب المادة (١٥٠) منه التي نصت على أنه:(١.يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٢. ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)، والتي تقابلها المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري.

فضلا على ما جاءت به المادة(٨٩٢) القانون المدني العراقي ما يؤكد مضمون العقد اذ تنص على أنه: (ملتزم المرافق العامة ملزما بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بان يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته وللشروط الذي تقتضيها طبيعة العمل و يقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين).

والظاهر من نصوص القانون المدني العراقي، انه حدد مفهوم مضمون العقد بما يرد فيه من شروط صريحة أو ضمنية بالاستناد إلى ما تقرره نصوص القوانين أو العرف السائد أو ما تقتضيه العدالة بحسب طبيعة الالتزام.

وهنا يتمثل مضمون العقد بجوهره وغايته، وهو من اهم اجزاء العقد لكونه يحدد الاساس القانوني لعملية التعاقد وحقوق و التزام الاطراف، ومسالة الوقوف على ماهيته من صميم عمل القاضي، بالاستناد إلى ارادة الطرفين في حدود إعتبارات النظام العام،

ويذهب استاذنا الدكتور سلام عبد الزهرة إلى ان نشاطه هذا يمثل محاولة منه لرسم صورة كاملة لتلك الحقوق و الالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين معا، كما تفرضها طبيعة التعاقد. وبهذا يعرفه بعض الفقه بانه (الحقوق والالتزامات التي تثبت لكل متعاقد في مواجهة المتعاقد الاخر)، وبهذا المعنى يتحدد المعنى الكلاسيكي للتعاقد في مدى الزام كل من المتعاقدين بما يرتبه العقد.

أما بالأخذ بالمفهوم المتطور لمضمون العقد لابد أن يشمل العقد على ما تضيفه القواعد القانونية من التزامات لتحديد مستلزماته قانوناً أو عرفاً أو عدالة بمقتضى طبيعة العقد وعليه يمكن تعريف مضمون العقد على أنه:(مجموعة الحقوق والالتزامات التي يستنبطها القاضي لكل متعاقد وفقا للقانون أو العرف أو العدالة بحسب طبيعة الالتزام).

المطلب الثاني: شروط مضمون العقد.

إن فكرة مضمون العقد بمعناها القانوني، تتحدد وفقا للمادة (١١٦٢)[٢٤] من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، لتؤكد مشروعية مضمون العقد من خلال عدم مخالفة النظام العام، فقط اعتبرت هذه المادة أنه لا يجوز للعقد مخالفة النظام العام لا بشروطه أو بأهدافه سواء أكان هذا الأخير معلومًا من قبل الأطراف أم لا.

وكانت هذه المادة موضعًا للنقاش اذ أنها تعرضت لإنتقادين، الاول يطال حقيقة إغفال المشرع الفرنسي لذكر الآداب العامة، في حين أنه في القانون المدني لعام ١٨٠٤ كان ذكرها متلازماً مع النظام العام. أما الثاني طال ما جاء به المشرع بذكره مصطلح (هدف العقد)، المذكور في هذه المادة، فهل تمثل مشروعية الهدف من العقد مشروعية السبب الشخصي أي سبب العقد الدافع إلى التعاقد، أم سبب الالتزام.

أما فيما يتعلق بموقف القانون المدني العراقي، نجد شروطه تتحدد وفقا للمادتين(١٣١/١٥٠)، إذ نصت المادة (١٣١) منه على أنه(١- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة. ٢- كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضاً)، أما المادة (١٥٠) فقد نصت على أنه (١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما

يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام). والملاحظ على نص المادتين أعلاه أنها تحدد شروط العقد وفق مقتضيات المصلحة العامة وما جرى التعامل عليه وفق العرف والعادة، حيث تؤكد على عدم وجود ما يمنع أن يتضمن العقد شرط نفع لأحد العاقدين إذا لم يخالف هذا الشرط النظام العام و الآداب أو يمنعه القانون وفي كل الأحوال يلغى الشرط يبقى العقد صحيح. فضلاً على المبدأ العام الذي يشتمل عليه العقد وهو مبدأ حسن النية في التعامل.

ومن البديهي ان تختلف شروطه تبعاً لاختلاف مفهومه ، إذ أستلزم القانون المدني الفرنسي وصفان في مضمون العقد الاول أن يكون مشروعاً والثاني أن يكون جدياً.

أولاً: مشروعية مضمون العقد:

يقصد بمشروعية مضمون العقد، عدم مخالفة العقد للنظام العام والآداب العامة، اذ اعتبر فريق من الفقهاء أن امتناع التعديل عن ذكر الشروط جاء ليكرس أن التعارض مع الآداب العامة لم يعد يشكل سبباً لإبطال العقد ما لم يكن ذلك جزءًا من النظام العام[٢٥].

وهنا يمكننا القول على الرغم من عدم الإشارة إلى الآداب العامة إلا أنه يجب الاستمرار بالتقيد بها لأن الآداب العامة التي تدين بها امة تحظى بالقبول من قبل المجتمع في فترة زمنية معينة، فهي كالنظام العام تتغير وتتطور عبر الزمن.

وبخصوص الهدف من العقد فهو السبب الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد والمشرع الفرنسي سعى بالتعديل للتقرب من القوانين الأوروبية عبر إلغائه اصطلاحاً السبب في حين أنه أبقى عليه ضمناً وقد استبدل التعديل البطلان لعدم مشروعية سبب العقد بالبطلان لعدم توافق هدف العقد مع النظام العام.

وبهذا فان شروط العقد والهدف منه، يجب ان تتوافق مع النظام العام لتحقيق التوازن بين مصالح الطرفين، وفي سبيل ذلك يسيطر المشرع على مضمون العقد بطريقتين: الاولى مباشرة من خلال السيطرة على شروط العقد، أو بطريقة غير مباشرة، من خلال تمكين تعديل الشروط التعسفية أو الغائها من اجل تحقيق المنفعة التي من اجلها تم التعاقد لتحقيق العدالة العقدية وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي لسنة

٢٠١٦، فضلا عن ما جاءت به المادة (١١٦٢) منه لتؤكد على مشروعية المضمون ويترتب على الاخلال بالمشروعية، بطلان العقد بطلاناً مطلقاً وهذا ما أكدته صراحة المادة (١٣٠٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، والمتعلقة بمشروعية الشرط الوارد في العقد[٢٦].

وبالجمع بين المواد السابق ذكرها المتعلقة بمضمون العقد، وما جاءت به المادة (١١٦٩)[٢٧] التي تطال مرحلة إبرام عقد المعاوضة لتعتبر أن العقد يكون باطلاً إذا كان المقابل المتفق عليه لصالح الطرف الآخر وهمي أو تافه. بحيث يظهر لنا أن بطلان العقد لافتقار سبب الالتزام قد تم الاستعاضة به بالبطلان إذا كان المقابل عليه لصالح الطرف الآخر وهمي أو تافه، ولقد تناولت موضوع الالتزام المواد (١١٦٣) حتى (١١٦٧) لتكون بذلك قد حلت محل المواد (١١٢٦ حتى ١١٣٠) من قانون ١٨٠٤[٢٨].

ثانياً: أن يكون مضمون العقد مؤكداً:

بالرجوع للمادة (١١٦٣) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، نجدها تشترط في المضمون أن يكون ممكنًا ومعينًا أو قابلًا للتعيين عندما يتم إدراجه في العقد، أو بالرجوع إلى الأعراف أو العلاقات السابقة القائمة بين الأطراف دون الحاجة إلى اتفاق جديد، وقد أمتنعت هذه المادة عن وضع تعريف محدد للأداء، ونلاحظ أن مصطلح الأداء هو مصطلح جديد في التعديل، في حين أنه في القانون السابق كان يعتمد مصطلح الشيء.

ولعل الأسباب التي دفعت لهذا التغيير هو إنهاء التمييز بين الالتزام والأداء، فالالتزام بالقيام أو الامتناع عن عمل، هو يمثل الاداء، وبذلك لم يعد ضرورياً الرجوع إليها فمصطلح الأداء يشملها جميعها. كذلك للتخفيف من حدية مصطلح الشيء، فمصطلح الشيء لناحية معناه لا يشمل الا وجوب القيام بعمل.

وبخصوص الثمن، نجد أنه بموجب تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، بحسب المادة (١١٦٧)[٢٩]، لتعتبر أنه في حال لم يتم تحديد الثمن في العقد أو تم إحالته إلى مؤشر غير موجود أو لم يعد موجوداً فيستبدل بأقرب مؤشر له. وفي حال عدم توافر أي معيار لا يتم ابطال العقد، إنما يتم اللجوء إلى المعيار الأكثر قربًا من ذلك المعيار المفتقد[٣٠]، بالتالي أخذت على عاتقها مشكلة تحديد الثمن[٣١].

ولابد من الاشارة هنا، إلا أنه اصبح بالإمكان الخروج عن اشترط وجوب تعيين الأداء

باتفاق الاطراف بموجب القواعد العامة، بتحديد الثمن بالإرادة المنفردة، اذ اتاحت المادتين (١١٦٤ -١١٦٥) إمكانية هذا التحديد باعتباره مبدأ جديد جاء به التعديل ليطال عقود الإطار وعقود الخدمات.

والمقصود بعقود الاطار هي " تلك التي ترتبط بالعقود التطبيقية ولا ترتبط بسلعة أو خدمة، وتتميز خلال فترة طويلة من الزمن بعدم تضمنها آلية لتحديد الثمن عند إبرام العقد، إنما يحدد عند التسليم لتوقفه على عوامل مستقبلية عديدة مثل زيادة الأجور أو تقلبات في أسعار المواد الأولية[٣٢].

إن المواد التي ارتبطت بالثمن في عقود البيع جاءت نتيجة تأثر القانون الفرنسي بالقانون الروماني، إلا أنها لم تقتصر على عقد البيع. ففي بعض الأحكام طبقت على عقود الإطار، فكان القضاء قد استقر على صحة هذه العقود رغم عدم تضمنها الثمن أو حتى عدم الإشارة إلى طريقة لتحديده، فعلى سبيل المثال صدر عن محكمة النقض الفرنسية قرارات تظهر اعتماد المادتين (١٩٥١ - ١٩٥٢) على جميع العقود بما فيها عقود الاطار، نذكر على سبيل المثال قرار في ٢٧ نيسان ١٩٧١ صدر عن محكمة النقض الفرنسية أن تطبق المادتين المذكورتين أعلاه على عقود الإطار، كذلك قرار صدر في ٥ تشرين الثاني ١٩٧١ حول الخلافات التي تطرأ على عقود البترول، إلا أنها تعرضت للانتقاد باعتبار أن هذه المادة لا تطبق على هذا النوع من العقود لاعتبار أنها تتجاهل الاعتبارات العملية والاقتصادية لهذه العقود[٣٣].

ويمكن في حالة التعسف في تحديد الثمن في عقد الاطار اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بالتعويض، أو فسخ العقد عند الاقتضاء، بخلاف ما هو عليه الحال في عقود الخدمات التي لم تعطي الخيار للمدين سوى المطالبة بالتعويض[٣٤] .

وبالنتيجة يمكننا القول، ان مشروعية المضمون تتحقق بشرطين: أولهما عدم مخالفة المضمون للنظام العام، وثانيهما أن يكون المضمون مؤكداً.

أما عن تحديد شروط مضمون العقد وفقاً لموقف القانون المدني العراقي لابد من الرجوع للمادتين (١٣١)،(١٥٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٤٨)من قانون المدني المصري.

أولاً: شروط المضمون وفقاً للمادة (١٣١) من القانون المدني العراقي:

حدد المشرع العراقي شروط مضمون العقد وفقاً للمادة أعلاه إذ نصت على إنه (١.يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة ٢.كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع احد لاحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة وإلا لغى الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضاً). ويرى جانب من الفقه العراقي بأن الفقرة الاولى من المادة اعلاه مستنبطة من الفقه الإسلامي[٣٥] أما الفقرة الثانية فهي مستوحاة من الفقه الغربي، واستناداً على ذلك تكون شروط مضمون العقد على النحو الآتي:

١. أن يكون مؤكداً لمقتضى العقد المقصود هنا الشروط المقترنة بالعقد أو الشروط التقييدية دون التعليقية وهي على ثلاثة أنواع:

أ ـ شرط معتبر، يجب الوفاء به مع العقد.

ب ـ شرط لغو، فيصح العقد به ويلغو الشرط وحده.

ج ـ شرط مبطل للعقد، فيبطل هو والعقد معا.

أختلف الفقه الإسلامي بشان هذه الشروط، فذهب بعضهم إلى ان الاصل الشروط العقدية التقييد أو المنع، متمسكا بنظرية مقتضى العقد، وذهب اخرون إلى ان الاصل هو الاطلاق أو الاباحة وهذا ما اخذ به قانونا المدني[٣٦]، فمثال الشرط المؤكد لمقتضى العقد ان يشترط البائع دفع الثمن نقدا أو ان يشترط المشتري تسلم المبيع فورا، ومثال الشرط الملائم لمقتضى العقد ان يبيع بثمن مؤجل ويشترط على المشتري ان يعطيه كفيلا أو رهنا بالثمن أو الشرط الذي جاء به نص القانون كاشتراط خيار الشرط أو الشرط الذي جرى به العرف والعادة كان يشترط المشتري على البائع توصيل المبيع إلى محل المشتري أو القيام بصيانة الالة أو السيارة خلال مدة معينة، و الشرط اللغو هو ما جاء مخالف للنظام العام أو الآداب العامة على أن لا يكون الشرط هو الدافع إلى التعاقد، مثل ان يهب شخص لأخر مالا على شرط ان يصرف جزءا منه في القمار فالهبة صحيحة في هذه الحالة والشرط لغو، أما الشرط المبطل للعقد هو ما جاء مخالفا للنظام العام والآداب العامة وكان هو السبب الدافع للتعاقد،

مثل أن يتبرع شخص لامرأة بمال على شرط ان تعاشره معاشرة غير مشروعة أو تستمر معه فان هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل هو والعقد معا. والذي يهمنا في هذا الخصوص هو الشرط الصحيح المعتبر[٣٧].

٢. أن يكون مشروعاً: المقصود هنا ان لا يخالف مقتضى العقد النظام العام والآداب العامة وقد نص المشرع العراقي صراحة على جواز ادراج الشروط المقترنة بالعقد لكنه قيدها بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة[٣٨]، فاذا كان الشرط مخالفا يبطل وحده اذا لم يكن هو الدافع إلى التعاقد ويبقى العقد صحيحا اما اذا كان الشرط المخالف هو الدافع للتعاقد فيبطل هو والعقد، وفي سياق متصل نجد ان الفقرة الثانية من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل قد أتاحت أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لاحد العاقدين أو للغير مالم يكن مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان يبيع شخص داره ويشترط السكنى فيه لمدة معينة لنفسه أو لغيره.

من هذا يمكننا القول، أن القانون المدني العراقي قد نهج نهجا متطورا عندما أباح الشروط المقترنة بالعقد بصورة عامة مع تقييدها بعدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة بإجازته تضمين العقود شروط مستنبطة من العرف أو جاري بها العادة أو الشرط الذي يلائم مقتضى العقد.

ثانياً: شروط مضمون العقد وفقا لنص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري:

يشترط في العقد أن ينفذ وفقاً لما أتفق عليه وذلك لأنه إرادتان متطابقتان مع مضمون العقد، ومحل قابل لحكمه، وسبب مشروع[٣٩]، فاذا توافرت جميع اركانه اصبح لازم التنفيذ بالاستناد لتلك الارادتين المتطابقتين وما ينتج عنها من ضرورة الوفاء بالعقد، أي تنفيذ ما جرى التعاقد عليه وفقاً لما اشتمل عليه المضمون وما تضمنه من التزامات[٤٠].

لذا يجب على القاضي التقيد بالمضمون الذي اتفق عليه الاطراف وحثهم على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية في حدود العقد وهذا يعد تكريسا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، الامر الاخر يرتبط بمبدأ الامان التعاقدي الذي يجب ان يطمئن المتعاقدان على أن العقد ينفذ بوصفه عمل قانوني ينظم العلاقة التعاقدية، من دون أي تغيير في مضمون العقد، ولا يمكن

اجبار الدائن على قبول غير ما أتفق عليه في العقد[٤١].

بالإضافة إلى ذلك يجب أن ينفذ العقد وفقا لمبدا حسن النية الذي اصبح واجباً حتى في مرحلة المفاوضات[٤٢] العقدية وفقا لتطور نظرية العقد الامر الذي أدى إلى انحسار مبدأ حرية التعاقد وانضاج فكرة التعاقد بحسن نية بما يحقق العدالة العقدية[٤٣].

ولابد من الاشارة إلى إن تنفيذ العقد، يقتضي كذلك إلى البحث عن الارادة الضمنية للمتعاقدين طبقا لما يشتمل عليه من توابع ومستلزمات تحدد مضمونه وفقا للقانون أو العرف أو العدالة بحسب طبيعة الالتزام هذا ما يمنح سلطة للقاضي في التدخل بمضمون العقد وبالتالي الحد من الحرية التعاقدية بما يتلاءم مع مفاهيم تطور نظرية العقد.

المبحث الثاني

المحل والسبب في ضوء الاتجاهات القانونية

بإقرار مضمون العقد، تراجعت وظيفة السبب في النظرية العامة للعقد نتيجة تداخله مع المحل، هذا المسلك الذي تبناه المشرع الفرنسي، يجب أن يكون محل إطراء فالسبب في قوانين الشريعة اللاتينية بقي ثابتا لفترة طويلة بحيث يقتصر تبرير وجوده اليوم على الجانب التاريخي فقط[٤٤].

وبالرغم من ذلك لا زال العقد يحتوي على محل قابل لحكمه موجود أو قابل للوجود وقت التنفيذ.

وهذا خلاف ما هو عليه الحال في ظل موقف القانون المدني العراقي، فقد تمسك بالمحل والسبب كلا مستقل عن الاخر، باعتبارهما ركنين مستقلين من اركان العقد .

ولابد من الاشارة هنا، إلى إن ما سيرد بشان المحل والسبب باعتبارهما من اركان العقد في القانون الفرنسي، انما قصد به عرض ما انتهى إليه التطور الفقهي والقضائي بخصوص هاتين الفكرتين، قبل وبعد التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي، وتبدو أهمية عرض هذا التطور في مجال دراستنا، نظراً لبقاء المحل والسبب من أركان العقد من القانون المدني الفرنسي، رغم دمجهما بمضمون العقد، ولدراسة هذه المواضيع سنقسم هذا المبحث على مطلبين، الاول سنخصصه لتحديد مفهوم محل العقد، أما الثاني فسنخصصه لدراسة مفهوم

السبب وفق الاتجاهات القانونية.

المطلب الأول: مفهوم محل العقـد

لابد أن يتضمن العقد موضوعًا ينعقد عليه الرضا. فيعد موضوع العقد ركن أساسي من أركان العقد لا يقوم من دونه.

وقد تناوله القانون المدني الفرنسي في ضوء توجهاته القانونية الحديثة في مفهوم واحد بدمجه مع السبب، وهذا خلاف ما هو عليه الحال في قانوننا المدني.

المحل الركن كان موضع خلاف، فظهرت آراء ونظريات عدة لشرحه ومحاولة تقريبه للأذهان. فجانب من الفقه اعتبر أنه يدل على إنشاء الالتزامات أما الجانب الآخر فاعتبره مرتبط بموضوع الالتزامات التي ينشئها[٤٥]. وفريق ثالث اعتبر أنه ينبغي التمييز ما بين موضوع العقد (Objet du contrat) الذي يعد العملية القانونية التي أرادها الطرفان وبين موضوع الالتزام (Objet de l'obligation) الذي يتمثل بالشيء أو بالفعل أو الامتناع عن الفعل. يظهر من ذلك، أن الإشكاليات التي طالت الموضوع تتمثل في الدمج الواضح بين موضوع العقد وموضوع الالتزام[٤٦].

وبالرجوع لموقف القانون المدني العراقي، يظهر أنه ينص على المحل باعتباره ركنا في العقد، اما النصوص فتتكلم باعتباره ركنا في الالتزام، ويرى البعض إمكانية التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام، فمحل العقد هو ما ورد عليه العقد، ومحل الالتزام هو تنفيذ ما اتفق عليه المتعاقدان بصدد المحل، ففي عقد البيع محل العقد هو المبيع والثمن، ومحل التزام البائع هو تسليم المبيع ومحل التزام المشتري هو دفع الثمن[٤٧]، قد كانت النظرية التقليدية تؤكد أهمية هذا الركن في القانون المدني الفرنسي، فانتفاؤه يؤدي إلى بطلان العقد بطلانًا مطلقًا لتخلف ركن من أركان العقد، أما بحسب النظرية الحديثة فقد اخذ بفكرة مضمون العقد.

وهنا يقصد بالمحل هو (الاداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن)، وعرفه آخر[٤٨] على إنه (هو العملية القانونية التي يهدف المتعاقدان إلى تحقيقها من وراء العقد، اذ يكون محل العقد في هذه الحالة هو العملية القانونية المقصودة من قبل المتعاقدين ولا يتم انجازها الا من خلال الالتزامات التي ينشئها العقد).

أما محل الالتزام هو ما يلتزم به المدين تجاه الدائن، وهو أما أن يكون إعطاء شيء أي نقل حق عيني على شيء، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري، واما ان يكون القيام بعمل معين، كالتزام العامل بأداء العمل المتفق عليه، وقد يكون محل التزام المدين الامتناع عن عمل، كالتزام العامل بعدم منافسة رب العمل(٤٩).

وتناول القانون المدني الفرنسي قبل التعديل المحل في العديد من المواد القانونية، فحسب ما جاء في المادة (١١٢٦) بتحديد موضوع العقد يكون الالتزام بأداء، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل الوجه الأول يتمثل بنقل ملكية أو إنشاء حق عيني.

والوجه الثاني يقوم عبر القيام بعمل ايجابي كقيام العامل بالتجارة بالعمل المطلوب منه، أما الوجه الأخير فيتمثل بالتزام سلبي كامتناع البائع عن فتح مؤسسة جديدة منافسة في مكان محدد أو خلال فترة زمنية محددة.

في الواقع، لقد دمج واضعو القانون المدني بين موضوع العقد وموضوع الالتزام(٥٠)، فإذا أخذنا المعنى الحرفي لهذه المادة يظهر لنا أنها تدل على موضوع العقد، في حين اعتبر البعض أن هذه المادة تشير إلى موضوع الالتزام.

هذا وقد جاءت المادة (١١٢٧) لتؤكد وجود موضوع العقد حتى في عقود استعمال الشيء أو حيازته، حيث يشكل هذا الاستعمال أو الحيازة موضوعًا للعقد(٥١).

ولم يكن من المتوقع أن يتخلى القانون الفرنسي عن هذا الركن يومًا ما، حيث أن مشروع Catala وهو يمثل مشروع لتعديل القانون المدني الفرنسي تناول في مواده الموضوع كركن من أركان العقد، أما المشاريع اللاحقة فلم تتبناه في موادها(٥٢).

ففي ذلك المشروع، ذُكر الموضوع في ١٠ مواد، تحديدًا من المواد (١١٢١ إلى ١١٢٢-٣) محافظاً على مبادئ القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ حيث أشار إلى أن الموضوع يمكن أن يكون التزام بأداء معين، القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل بإضافة شكل جديد إلى موضوع الالتزام(٥٣).

أما بخصوص تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، نجده قد تناول تحديد محل العقد في المادة (١١٦٣) من خلال تحديد شروطه بصورة صريحة.

بالإضافة لوجود المحل ينبغي توافر شروط معينة ليكون العقد صحيحا منتجا لأثاره وهي:

أولاً: يجب أن يكون المحل ممكناً ومعيناً

أ- يجب أن يكون ممكناً:

بحسب المادة (١١٦٣) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، يشترط بصورة صريحة إلى وجوب ان يكون المحل ممكنا.

كأصل عام جميع الأشياء صالحة لأن تكون محلا للحقوق المالية ان لم تخرج من التعامل بطبيعتها ام بحكم القانون، أو خدمة للمصلحة العامة كالأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم(٥٤).

ونجد هنا ان كلما ازداد تقييد الحرية التعاقدية واحترام اعتبارات النظام العام عند التعاقد وحماية المصلحة العامة بالتالي تؤدي الدولة وظيفة توجيه العقد نحو المصلحة العامة مما يؤدي إلى ازدهار النظرية العامة للعقد.

ولابد أن يكون العقد متعلقاً بالتزام يمكن تنفيذه، وغير مستحيل. الاستحالة التي يعتد بها هي الاستحالة المطلقة التي تجعل إبرام العقد غير ممكن، وهي التي تكون قائمة قبل انعقاد العقد أو أثناء انعقاده ليعتد بها كسبب للبطلان(٥٥).

وإذا طرأت الاستحالة أثناء تنفيذ العقد أدت إلى إعمال الإلغاء بسبب استحالة التنفيذ في حال كانت استحالة دائمة، أما إذا كانت مؤقتة يتم وقف التنفيذ لحين انقضاء هذا الطارئ.

والاستحالة نوعان: استحالة طبيعية واستحالة قانونية، الأولى ترجع إلى طبيعة الأشياء التي لا يمكن التعامل بها، أما الثانية فتكون قانونية ناشئة بحكم القانون مثل تعهد شخص ببيع مال موقوف، أو بيع مال عام.

ب - يجب أن يكون معيناً: بحسب المادة (١١٦٣)(٥٦) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦، يجب ان يكون محل العقد معينًا بطريقة تميزه عن غيره(٥٧)، أو أن يكون قابلًا

للتعيين، وتعني هذه المادة أن محل العقد يجب أن يكون محدداً عند إبرام العقد، أو قابلاً للتحديد، أي أن يقوم الأطراف بوضع معايير أو مؤشر معين لتحديده بمرحلة لاحقة.

عندما يكون محل الالتزام أداء شيء، يجب تحديد ماهيته، مقداره وبيان نوعه. أما إذا كان الالتزام قيام بعمل، يجب أن يتم تحديد طبيعة ومواصفات هذا العمل. وإذا كان الالتزام امتناع عن عمل، يجب أن يتم تحديد الامتناع بصورة دقيقة وواضحة، ويجب التمييز أيضًا في هذا الشرط بحسب طبيعة الأشياء، أي ما بين القيميات، المثليات والنقود.

- القيميات: وهي الأشياء المعينة بالذات، ويتم تعيينها عند إبرام العقد عبر وصفها وتمييزها عن غيرها، فهي الت ي لا يقوم مقامها أي شيء آخر وتتعين بذكر نوعها، جنسها وبيان أوصافها.
- المثليات: وهي الأشياء المعينة بالنوع، ويتم تعيينها عبر تحديد النوع والمقدار. يمكن ترك تحديد هذا النوع إلى وقت لاحق للعقد بحيث لا يكون تعيينه يوم التعاقد ممكنًا إنما يكون معينًا يوم التنفيذ(٥٨).
- الالتزام بدفع مبلغ من النقود: على الرغم من عدم وجود تعريف محدد للثمن، إلا أن الصورة الأكثر تعارفًا له تتمثل بمبلغ من النقود يؤديه المشتري للبائع مقابل نقل الملكية.

وهناك عقود أخرى غير عقود البيع تتوقف صحتها على تحديد الثمن، مثل عقود الإيجار، عقود العمل، التأمين والفائدة. والتحديد يمكن أن يتم مباشرةً من قبل الأطراف أو بطريقة غير مباشرة.

ففي الحالة الأولى، يمكن للأطراف أن يقوموا بتحديد الثمن ومقداره عند إبرام العقد. أما في الحالة الثانية يمكن للأطراف أن لا يقوموا بتحديده بشكل نهائي عند إبرام العقد، إنما يكون قابلًا للتحديد، فيقوم الأطراف بتحديد آلية الدفع، ولا يكون للقاضي أي دور في تقرير هذه الآلية، هذا ما جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٥ آذار ١٩٧٢ حيث اعتبر أن القاضي لا يمكنه أن يحل محل الأطراف ليضع طريقة لتحديد الثمن مختلفة عن تلك المحددة في العقد.

أما المادة (١٥٩٢) من قانون سنة ١٨٠٤ فقد أجازت للأطراف اللجوء إلى الغير لتحديد الثمن، أو أن يطلبوا من القاضي تعيين هذا الغير، فيصبح هذا الغير عند موافقته على هذا التعيين ملزماً بإتمام مهمته[٥٩].

ويعتبر فريق أن الغير هو محكم أو خبير، رغم أنه تم انتقاد هذه التسمية باعتبار أن المحكم يتم اللجوء إليه في حالة النزاع وهنا ينتفي شرط النزاع، كما لا يمكن اعتباره خبيراً لأن رأي الخبير غير ملزم، في حين أن في هذه الحالة يكون الثمن المحدد من الغير ملزمًا.

إذا وافق الغير على هذا التوكيل، يصبح ملزماً ولا يمكن للقاضي التدخل إلا في حال ارتكاب الغير خطأً جسيماً في التحديد ما بين السعر المعقد من قبله والقيمة الفعلية للموضوع، فتترتب عليه مسؤولية لهذه الناحية، وهذا ما أكد عليه القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض في ٦ حزيران ٢٠٠١ موضوعه الوعد بالبيع حيث اشترط أن يكون الخطأ جسيماً، الأمر الذي لم يستقر عليه الاجتهاد حيث عاد في قرار صادر بتاريخ ٤ شباط ٢٠٠٤ واعتبر أنه لا يشترط أن يكون الخطأ جسيماً لتترتب المسؤولية، إنما يمكن أن يكون بسيطا[٦٠].

إذا كان موضوع الالتزام دفع مبلغ من النقود فيجب تعيين نوع هذه النقود ومقدارها، والإلتزام بتنفيذها عينًا بالنقد المحدد في العقد.

ويلاحظ أن المادة (١١٦٣) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، قد اشترطت بصورة صريحة إلى وجوب ان يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين عندما يمكن استخلاصه من العقد أو الرجوع إلى العرف أو العلاقات السابقة للأطراف دون الحاجة إلى إتفاق جديد [٦١].

وبالرجوع لموقف المشرع العراقي، اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني، هنا يجب التفرقة بين الأشياء القيمية والمثلية، فإذا كان محل الالتزام من (القيميات) يجب ان يتم تعينه تعينا كافيا فإذا كان محل الالتزام أرضا مثلا يجب ان يتم تحديد الموقع والحدود والمساحة، أما اذا كان المحل من (المثليات) فيجب تعينه بالنوع والمقدار مثاله بيع خمسين طن من الحنطة الأسترالية[٦٢].

وإذا كان محل الالتزام موجودا وقت العقد عندها يكون تعيينه بالإشارة مثاله إذا كانت

هناك حنطة معلومة لطالب الشراء في مخزن معين فقال صاحبها بعتك الحنطة الموجودة في هذا المخزن تم العقد صحيحا، ويكفي ان يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه كما لو كان لشخص سيارة يعرفها شخص اخر معرفة كافية تعاقد عليها بيعا دون ان يذكر أوصافها تم العقد صحيحاً[٦٣].

إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل يجب تحديد العناصر التي تجعل منه قابلا للتعين مثاله تعهد مقاول بناء مستشفى وجب ذكر مواصفات هذا المبنى أو على الأقل العناصر اللازمة لتحديد هذا المبنى كإقامة مستشفى يتسع لعدد معين من الآسرة.

ثانياً: يجب أن يكون موجوداً ومشروعاً:

أ- يجب أن يكون موجوداً يقصد بالمحل الموجود ان يكون متعلق بأداء معين بذاته، ولا يصح التعاقد إذا كان غير موجودة عند التعاقد، أو لا يمكن وجوده في المستقبل[٦٤].

فقد أجازت الفقرة الأولى من المادة (١١٣٠) [٦٥] من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل أن الأشياء المستقبلية يجوز أن تكون موضوعا للالتزام، إنما الفقرة الثانية من المادة اعلاه منعت أن يكون الموضوع ارث غير مستحق حتى لو كانت بموافقة المورث. وجدير بالذكر حول الفقرة الثانية من هذه المادة، أن مشروع Catala كان قد ألغاها من مواده. كذلك هناك بعض الاستثناءات اشار لها القانون لا يمكن بموجبها التعامل على شيء مستقبلي و مثال ذلك لا يمكن رهن مال مستقبلي بشكل رسمي أو حيازته، كذلك لا يمكن للهبة أن تطال مال مستقبلي[٦٦].

ويلاحظ أن المادة (١١٦٣) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ قد اشترطت بصورة صريحة إلى وجوب ان يكون المحل حالا أو مستقبلا.

وبخصوص موقف مشرعنا، نجده أجاز ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، كما في حالة بيع المحصولات المستقبلة قبل ان تنبت بثمن مقدر جزافا وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما في حالة بيع صاحب مصنع مقدارا معينا من مصنوعاته قبل ان يبدأ صنعها، غير انه استثنى من جواز التعامل في المحل المستقبل التعامل في التركة المستقبلية[٦٧]، مثاله ان يبيع الوارث أو يرهن ما يمكن ان يحصل عليه من ميراث بعد وفاة مورثه والتحريم

جاء بسبب وجود نوع من المضاربة على حياة شخص حي وهو يتعارض مع الآداب اضافة إلى الخشية من شبهة وقوع التصرف تحت استغلال المرابين.

ب- يجب أن يكون مشروعاً: بالرجوع إلى موقف القانون المدني الفرنسي بتعديله لعام ٢٠١٦، نجد إنه اشترط في المادة (١١٠٢) منه على عدم جواز مخالفة النظام العام يعني هذا الشرط أنه يجب أن يكون المتعاقد عليه جائز قانوناً [٦٨].

ويجب التمييز ما بين ثلاث حالات: عندما يكون الموضوع إعطاء شيء، القيام بعمل أو الإمتناع.

في الحالة الأولى أي حالة الأداء، يكون المحل غير مشروع إذا كان خارجًا عن دائرة التعامل إن بحسب طبيعته أو بحكم القانون، فبالتالي الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل يكون التعامل بها مخالفاً للنظام العام، مثال لا يجوز بيع الأملاك العامة، أو التعامل بالمخدرات، وغيرها[٦٩].

ويعاب على موقف المشرع الفرنسي بتعديله لعام ٢٠١٦، انه لم يشترط في المادة اعلاه على عدم جواز مخالفة الآداب العامة، باعتبارها فكرة واسعة يمكن من خلالها التدخل في تحديد مضمون العقد.

وهذه الأشياء الخارجة عن التعامل ليست بحلقة مغلقة، فما هو ممنوع من التعامل سابقًا يعد مسموحًا للتعامل به اليوم، فالزنا سابقًا كفعل كان يعاقب عليه لمخالفته النظام العام والآداب العامة، أما اليوم فلا عقاب عليه، فقد جاء قانون ١١ تموز ١٩٧٥ لإلغاء العقاب عن الزنا عبر إلغاء المواد (٣٣٦ - ٣٣٩) من قانون العقوبات الفرنسي، أما في الحالة الثانية التي يكون فيها الموضوع القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، يكون هذا الالتزام غير مشروع اذا كان مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة.

وبالرجوع لموقف القانون المدني العراقي نجد انه اخذ بصورة صريحة على عدم جواز مخالفة النظام العام أو الآداب العامة[٧٠].

المطلب الثاني: مفهوم السبب وفق الاتجاهات القانونية

تطورت هذه النظرية في القانون الكنسي، ليتم اعتبار السبب والرضا شرطين أساسيين

لصحة العقد. وقد اعتبرت هذه المرحلة قيداً على الإرادة لحماية المصلحة العامة[٧١]، اذ تتسم نظرية السبب في الواقع بقدر كبير من الغموض والتعقيد، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم وضوح فكرة السبب بالقدر الكافي و وجوده شكل جدلا بين الفقهاء حول جدواها بل ووجوده نفسه[٧٢].

ولعل السبب في صعوبة الفكرة يرجع إلى ان المتعاقد عندما يبرم العقد تكون هناك امور نفسية أو ذاتية راسخة في ذهنه وخيارات عديدة يفاضل بينها. والمشكلة تكمن في صعوبة تحقيق المساواة بين السبب باعتباره يمثل الغاية أو الغرض في نفس المتعاقد وبين العناصر التي يحققها العقد من الناحية الواقعية أو الفعلية[٧٣]، وتماشيا مع التطورات التي طالت نظرية العقد نجد ان هنالك مفهوما جديدا للسبب باعتباره وسيلة لاحترام مبدا التوازن العقدي وتحقيق العدالة العقدية.

يُعد السبب في النظرية التقليدية هو الغرض المباشر والمجرد الذي يريد المتعاقد تحقيقه من وراء التزامه، وهنا كان المشرع الفرنسي قبل التعديل لا يأخذ بسبب العقد انما اخذ بسبب الالتزام اذا نصت المادة (١١٣١) من القانون المدني الفرنسي على ان (الالتزام الذي ليس له سبب أو الذي يقوم على سبب غير صحيح، أو على سبب غير مشروع، لا يكون له أي اثر)[٧٤] فالاتفاق في هذه الحالة يكون باطلا.

وقد لحق هذا الركن نقاش فقهاء القانون المدني الفرنسي الذين سارعوا لوضع نظرية عامة له، إلا أن اختلاف وجهات النظر فيما بينهم منعت وضع تعريف محدد وثابت لركن السبب وتعددت الآراء في شأنه.

وتفرق النظرية التقليدية بين عدة معاني للسبب: السبب المنشئ، السبب القصدي، والسبب الدافع[٧٥].

ويقصد بالسبب المنشئ " الفعل المسبب للالتزام فهو المصدر أو الواقعة القانونية التي انشأت الالتزام وهذا متعلق بمصادر الالتزام فلا يدخل ضمن أركان العقد ولهذا تستبعده النظرية التقليدية"[٧٦].

أما السبب القصدي فهو "الغرض الذي يريد المتعاقد تحقيقه من جراء تصرفه"[٧٧]، وأخيراً السبب الدافع " ويقصد به الباعث الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد وهو الغرض

غير المباشر الذي يريد الملتزم تحقيقه"[٧٨].

وبحسب الفقيه (Domat) الذي يعد من الداعين للتقيد بالنظرية التقليدية، أعتبر أن سبب الالتزام هو الغرض أو الهدف المباشر ونظر له نظرة موضوعية مجردة. أي أن سبب الالتزام لأحد الأطراف هو التزام الطرف الآخر في العقود المتبادلة، نذكر على سبيل المثال أن سبب التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن، أما في عقود التبرع فيكون السبب قائم على نية التبرع[٧٩].

وفي العقود العينية الملزمة لجانب واحد على سبيل المثال نذكر عقود القرض والعارية والرهن فيكون سبب التزام رد الشيء هو تسلم الشيء من الطرف الآخر، هذا ويقدر وجود السبب يوم التعاقد والا أعتبر العقد باطلًا وقد أيد الفقيه (Robert Joseph Pothier) هذا الإتجاه[٨٠].

وقد اعتمدت هذه النظرية في القانون المدني الفرنسي، فكانت المادة (١١٠٨)[٨١] تعتبر أن السبب ركن من أركان العقد، وجاءت مواد ثلاث تشرحه، فالمادة الأولى أي المادة (١١٣١) أشارت إلى سبب الالتزام حيث اعتبرت أن الالتزام من دون سبب، أو في حال كان السبب خاطئًا أو غير مشروع يكون بحكم العدم غير منتج لأي مفعول.

إلاّ أن هذه النظرية تعرضت للانتقاد من قبل عدة فقهاء منهم بلانيول (Planiol) الذي نادى بالإقلاع عنها لعدم منطقيتها متذرعاً بالحجج التالية:

في العقود المتبادلة لا يمكن القول بأن التزام الطرف هو سبب التزام الآخر، فالالتزامان ينشآن معاً في وقت واحد.

أما في العقود العينية، فقد اعتبر أن النظرية التقليدية تخلط ما بين السبب كمصدر للالتزام والسبب كعنصر له، فعلى سبيل المثال التسليم هو مصدر للالتزام وليس سبب قصدي.

فيما يتعلق بعقود التبرع، تعتبر هذه النظرية أن نية التبرع هي سبب الالتزام، وهي شرط ابتداء وبقاء إلا أنها في الواقع تندمج مع الباعث الذي أدى إلى التبرع وترتبط بالرضا[٨٢].

وقد دعا بلانيول إلى اعتماد النظرية الحديثة التي ترتكز على سبب العقد، وقد دعت هذه النظرية إلى التحرر من المفهوم الموضوعي للسبب والتمسك بالباعث الذي دفع المتعاقد إلى إتمام العقد، وهو دافع شخصي ويختلف من متعاقد إلى آخر ومن عقد إلى آخر.

إلا أن الفقيه كابيتان (Capitant) دافع عن هذه النظرية التقليدية واعتبر أنه يجب التركيز على سبب الالتزام وأنه ليس هناك حاجة للأخذ بسبب العقد(٨٣).

واعتبر أن في العقود الملزمة للجانبين، سبب العقد هو تنفيذ الملتزم المقابل وليس السبب المقابل بحد ذاته، وفي حال الامتناع عن التنفيذ، يحق للمتعاقد الآخر فسخ العقد باعتبار أن السبب يجب أن يكون متوافراً منذ لحظة إبرام العقد حتى تنفيذه. ولابد من الاشارة إلى ان للسبب شروط لابد من توافرها تتعلق بوجوده وصحته ومشروعيته و يتم تحديد ذلك بكافة طرق الإثبات ويمكن للقضاء الرجوع على التصرفات اللاحقة للأطراف لتأكيد وجوده(٨٤) كنا قد ذكرنا أنه يقتضي تواجد السبب عند إبرام العقد(٨٥)، إنما السؤال الذي يمكن طرحه يتمحور حول أثر تخلف السبب في مرحلة تنفيذ العقد، هل يستمر العقد منتجاً لآثاره ام لا؟.

قام الفقيه (Capitant) بالدعوة إلى مد دور السبب إلى مرحلة تنفيذ العقد بحيث اعتبر أن السبب ليس مرتبطاً بوجوده وبالتنفيذ أيضًا. وقد أيده جانب من الفقه حيث اعتبر أن السبب يجب أن يستمر توافره في مرحلة تنفيذ للعقد.

إلا أن البعض الآخر من الفقه عارض هذا الرأي، واعتبر أن السبب هو شرط من شروط صحة العقد فإذا لم يتوافر عند الإبرام يكون العقد باطلًا، أما فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد فإن التخلف الذي يطاله يؤدي إلى فسخ العقد أو الانفساخ(٨٦)، وليس البطلان. أما القضاء الفرنسي فقد شهد تردداً فيما يتعلق بدور السبب في مرحلة تنفيذ العقد في حينه.

أما الشرط الثاني، فيتعلق بصحة سبب الالتزام، فيجب أن يكون صحيحًا، وقد تناول الفقه الفرنسي حالتين يكون فيهما السبب غير صحيح(٨٧).

الحالة الأولى: تتمثل بالسبب المغلوط، عندما يعتبر أحد المتعاقدين أن للملتزم سبب، في حين أنه في الحقيقة لا وجود لهذا السبب(٨٨).

أما الحالة الثانية: فتتمثل بالسبب الصوري، عندما يكون السبب الظاهر هو السبب غير

الحقيقي، وهذا الأخير لا يكون مفسداً للعقد إذا كان السبب الحقيقي صحيحاً.

وهنا يجب التمييز ما بين الصورية المطلقة والصورية النسبية لمعرفة مصير العقد بفعل صورية السبب.

فالصورية المطلقة تتجسد بانعدام وجود السبب الحقيقي ووجود سبب صوري في العقد، فالصورية في هذه الحالة لا تشمل فقط السبب بل تمتد إلى العقد ككل أي ينعدم العقد والالتزام.

أم الصورية النسبية، فهي لا تؤثر على العقد طالما أنه هناك سبباً آخر حقيقي غير المذكور في العقد.

إن انعدام السبب أو عدم صحته بحسب هذه النظرية التقليدية يؤديان إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، ويتم إثبات عدم صحة السبب وفق الحالة التي ينتمي إليها، ففي الحالة الأولى أي السبب المغلوط فيتم بجميع طرق الإثبات، أما في حالة الصورية، وهنا نقصد الصورية المطلقة، عليه أن يثبت ما يدعيه كتابة. أما في الصورية النسبية اذا كان السبب الحقيقي غير مشروع جاز إثباته بكافة الطرق، أما إذا كان مشروعاً ولكن غير منصوص عليه في العقد وجب اثباته كتابةً[٨٩].

أما فيما يتعلق بالشرط الثالث المتعلق بمشروعية سبب العقد، فكما ذكرنا سابقا يجب أن لا يخالف النظام العام الأحكام الآمرة ويظهر ذلك في نص المادة (١١٣٣)[٩٠].

وقد فتح المشرع المجال أمام المدعي بعدم شرعية سبب الالتزام، فالإثبات جائز بكافة الطرق، إلا أن بعض المؤلفين أمثال (**Terré**, **simler**, **lequette**)، اعتبروا أن في العقود ذات العوض يتم إثبات عدم المشروعية بكافة الطرق، أما في العقود المجانية فالإثبات داخلي يتم من داخل العقد أي من خلال بنود العقد[٩١]. إلا أنه يتضح لنا أن محاكم التمييز لم تتبن هذا التمييز[٩٢]، ففي جميع الحالات يتم إثبات عدم مشروعية السبب بكافة الطرق.

أما بخصوص موقف القانون المدني العراقي، فقد أخذ بالنظرية التقليدية والحديثة معا للسبب، وطبقا لذلك اشترط ان يكون سبب العقد متوافقا مع النظام العام والآداب العامة لكنه لا يشترط ان يذكر السبب في العقد بل يفترض ان لكل عقد سبباً موجوداً ومشروعا

إلى ان يقوم الدليل على خلاف ذلك، فإذا اثبت احد المتعاقدين ان سبب العقد هو غير السبب الحقيقي فأن العقد يبطل مالم يثبت المتعاقد ان للعقد سببا اخر مشروع غير مذكور بالعقد(٩٣).

أمام القصور الذي عانت منه النظرية التقليدية في السبب ظهرت النظرية الحديثة التي تبناها الاجتهاد القضائي الفرنسي، وهي نظرية الباعث الدافع للتعاقد وهو الغرض غير المباشر أو الغاية غير المباشرة التي يروم المتعاقد الوصول اليها من وراء التعاقد(٩٤).

ومما لاشك فيه ان الاخذ بفكرة الباعث الدافع إلى التعاقد من شانها ان تفتح الباب امام اعتبارات النظام العام والآداب العامة لكي تطبق على نحو واسع، ولذلك أهمية كونه يكمل ما قام عليه سبب الالتزام(٩٥)، فهناك حالات يكون هذا السبب مشروعاً إلا أن الدافع للتعاقد يكون مخالفاً للنظام العام ولتقريب الفكرة أكثر نعرض هذا المثال: (إنه قد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ بطلان العقد عندما يكون الدافع غير مشروع، حتى لو لم يعلم الطرف الآخر بالطابع غير المشروع له ويكون بطلانًا مطلقًا وذلك لترجيح المصلحة العامة على الخاصة).

إلا أن هناك فريق آخر يدعو إلى عدم إبطال العقد حفاظًا على استقرار المعاملات وحماية الطرف حسن النية غير العالم بالدافع إلى التعاقد، فبمجرد معرفته بالباعث غير المشروع أو إمكانية معرفته واقدامه على العقد يكون العقد باطلًا(٩٦).

وبحسب النظرية الحديثة، يشترط في السبب ان يكون غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

أما بخصوص مفهوم السبب وفق الاتجاهات القانونية الحديثة، نجد انه يتمثل بفكرة مضمون العقد حيث لا يوجد مفهوم مستقل للسبب، وكانت بوادر هذا التطور في مشروع **(Catala)** فقد تناول في المادتين (١١٢٤ إلى ١/١٢٢٦) السبب حيث اعتبر أنه يجب أن يكون حقيقياً ومشروعاً دون أن يطال مرحلة التنفيذ.

أما بخصوص موقف مشروع وزارة العدل الفرنسية لسنة ٢٠٠٨، فقد تخلى عن فكرة السبب، واستعاض عنها بفكرة، الفائدة أو المصلحة ويظهر ذلك من خلال المواد (٨٥-

٨٦- ٨٧)، إلا أنه لم يضع تعريفًا للمصلحة ويتضح من خلال دراسة هذه المواد أن كل طرف يجب أن يكون له مصلحة من العقد.

أما بخصوص موقف تعديل القانون المدني الفرنسي لعام٢٠١٦، من السبب نجده قد تخلى عنه كركن مستقل من اركان العقد، بحسب المادة (١١٢٨)[٩٧] منه، لكنه عاد وأستعاض عنها بفكرة الهدف من العقد استنادا لنص المادة (١١٦٣)، وهنا يمكننا القول إنه قد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب، وأستغنى عن النظرية التقليدية بصورة نهائية.

وبالرجوع إلى القانون المدني العراقي[٩٨]، نجد انه اخذ بالنظريتين معاً[٩٩]، وهنا كان الاجدر بمشرعنا ان يستعمل كلمة باعث بدلا من سبب وهذا ما نتأمله عند تعديل القانون المدني.

الخاتمة:ـ

في ختام بحثنا الموسوم **(التطور التشريعي لتكوين العقد)** " دراسة مقارنة " توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نأمل الأخذ بها.

أولاً: النتائج

١- فكرة مضمون العقد من الأفكار المستحدثة في القانون المدني الفرنسي، من خلال اقراره كركن من اركان العقد، لكنها ليست من نتاج هذا القانون، لكن بغية تقريب المفهوم فقد مثلت الالتزامات، الصلاحيات، والمسؤوليات ولا يقتصر مضمون العقد على انشاء التزامات إنما تعديل، إحالة، أو إنهاء العقد، أو ما هو من مستلزماته.

٢- ان مضمون العقد أقرته الشريعة الإسلامية واخذ به الفقهاء المسلمون قبل القانون المدني الفرنسي بأكثر من الف واربعمئة عام، ومن هذا يستدل على مدى تطور نظرية العقد في الشريعة الإسلامية.

٣-أن موقف القانون المدني العراقي من اركان العقد، وبالأخص ما يتعلق بمضمون، نجده قد تمسك بالمحل والسبب كلا مستقل عن الاخر، باعتبارهما ركنين مستقلين من اركان العقد

٤- أن المنفعة من العقد هي العملية القانونية التي يهدف المتعاقدان إلى تحقيقها من وراء العقد، اذ يكون في هذه الحالة هو العملية القانونية المقصودة من قبل المتعاقدين ولا يتم انجازها الا من خلال الالتزامات التي ينشئها العقد.

ثانياً: التوصيات

١- نأمل أن يتم البحث والتعمق في توضيح المفهوم المستحدث للسبب، كونه على قدر كبير من الغموض والتعقيد، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم وضوح فكرة السبب بالقدر الكافي ووجوده شكل جدلا بين الفقهاء حول جدواها بل ووجوده نفسه.

٢- نأمل من مشرعنا العراقي الأخذ بالنظرية الحديثة للسبب شأنه في ذلك شأن التشريعات الحديثة التي تركت النظرية التقليدية وذلك من خلال استعمال لفظ الباعث بدلاً من لفظ السبب بما يتلاءم والتطور التشريعي الحالي.

٣-نأمل من مشرعنا الأخذ بالمفهوم المتطور لمضمون العقد، اذ لابد أن يشمل العقد على ما تضيفه القواعد القانونية من التزامات لتحديد مستلزماته قانوناً أو عرفاً أو عدالة بمقتضى طبيعة العقد، وعليه يمكن تعريف مضمون العقد على أنه: (مجموعة الحقوق والالتزامات التي يستنبطها القاضي لكل متعاقد وفقا للقانون أو العرف أو العدالة بحسب طبيعة الالتزام).

هوامش البحث

(١) بيار كتالا، المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي، ص٥٤.

(٢) للاطلاع ينظر: استاذنا الدكتور سلام عبد الزهرة الفتلاوي، فكرة مقتضى العقد "دراسة مقارنة بين الفقه والقانون"، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، كلية القانون، جامعة بابل، ماجستير قانون خاص، ٢٠١٣.

(٣) محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية، ج٣، ط١، مطبعة الهادي، ١٣٧٧هـ، ٢٦٧.

(٤) شمس الدين سرخسي، المبسوط،ج١٣،دار المعرفة، بيروت،١٩٨٩،ص١٤

(٥) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٨، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،٢٠٠٣،ص٥٤.

(٦) محمد الخرشي أبو عبدالله- علي العدوي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي،ج٥، ط٢، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق، مصر،١٣١٧ ه، ص٨٠.

(٧) د. اكرم محمود حسين البدو، حكم العقد دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد١٥،العدد٢٠١٢،٥٥،ص٧.

(٨) أول المشاريع التي دعت إلى تعديل القانون المدني الفرنسي لعام (١٨٠٤)، هو المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم وتم تقديمه من قبلCatala Pierre وسمي (مشروع كتالا) وتم ايداعه لدى وزير العدل الفرنسي بتاريخ ٢٠٠٥/٩/٢٢.

(9)١١٠٢Convention par laquelle une personne ou plusieurs personnes s'engagent envers une ou plusieurs personnes à exécuter les prestations ou obligations qui en découlent

(10)Satisfaction des contractants.
La capacité juridique de contracter.
L'objet de l'engagement.
Le motif de l'engagement

(١١) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الأول، منشورات الحلبي، الطبعة الثانية، ٢٠١٨، ص٦٦.

(12) 1125L'engagement est injustifié faute de motif réel lorsque la contrepartie convenue est imaginaire ou futile dès le départ

(13) ١١٦٩Le contrat de contrepartie est réputé nul et non avenu dès sa création si la contrepartie convenue est fictive ou ascétique

(١٤) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٧٢.

(15) 1121L'objet d'un contrat est quelque chose qu'une partie s'engage à transférer, abandonner, abandonner ou utiliser, ou s'engage à faire ou à ne pas faire.

(١٦) بديع بن عباس، مصدر سابق، ص١٣٣.

(١٧) قامت وزارة العدل الفرنسية بإعداد مشروع آخر سمي بمشروع تعديل قانون العقود الفرنسي رقم ١-١٩٩- ٢٠٠٨.

(18) ١١٠١ Un accord volontaire entre deux ou plusieurs personnes pour organiser des effets juridiques

(19)١١٧٢Ordonnance 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.

(20)١١٦١ Le contrat ne déroge pas à l'ordre public, ni quant à son contenu, ni quant à son objet, qu'il soit connu ou non de toutes les parties.

(٢١) بديع بن عباس، مصدر سابق، ص١٣٤.

(22)١١٢٧ Il est jugé nécessaire pour la validité du contrat :

la satisfaction des parties

- leur éligibilité à contracter
- un contenu légitime et confirmé

(23) 1162Un contrat ne peut porter atteinte à l'ordre public, ni par ses termes ni par son objet, que celui-ci soit ou non connu des deux parties.

(٢٤) تنص المادة (١١٦٢) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ على أنه (لا يجوز أن ينتقص العقد من النظام العام لا بنصوصه أو لغرضه سواء كان هذا الأخير معروفا أو ليس من قبل جميع الأطراف).

Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

(٢٥)جان سمتس وكارولاين كالوم ترجمة أ.د نبيل مهدي زوين، مصدر سابق، ص ١١٧.

(٢٦) نصت المادة (١٣٠٤) من القانون المدني الفرنسي على أنه(١٣٠٤ الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ المؤرخ ١٠ فبراير / شباط ٢٠١٦(يكون الالتزام مشروطًا عندما يعتمد على حدث مستقبلي وغير مؤكد. يكون الشرط معلقًا عندما يجعل الوفاء به الالتزام صريحًا وبسيطًا. تكون حازمة عندما يستلزم الوفاء بها إلغاء الالتزام.)

١٣٠٤Ordonnance n ١٣١-٢٠١٦°du ١٠février ٢٠١٦- art. ٣

L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain .

La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple .

Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation.

(٢٧) نصت المادة (١١٦٩) من القانون المدني الفرنسي على أنه(١١٦٩ الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ المؤرخ ١٠ فبراير / شباط ٢٠١٦ – (يعتبر عقد المنفعة المالية باطلاً عندما يتم الاتفاق على المقابل في وقت تكوينه ما ينخرط فيه هو خادع أو ساخر.)

١١٦٩Ordonnance n° ١٣١-٢٠١٦du ١٠février ٢٠١٦- art. ٢

Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de

Celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.

(٢٨) سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، كلية الحقوق والعلوم السياسية،٢٠١٦، ص١٤٥.

(29)« Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus.»

نقلاً عن: ربيع شندب، سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي في عقود الإستهلاك في القانون اللبناني والمصري والفرنسي، مجلة العدل رقم ٤، ٢٠١٤، ص٢٢١.

(٣٠) محمد عرفان الخطيب، مصدر سابق، ص٣٧٩.

(٣١) حسين عبدالله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص٦٧٧.

(٣٢) نصت المادة (١١٦٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦على أنه : (في العقود الإطارية، قد يتم الاتفاق على أن السعر سيتم تحديده من جانب واحد من قبل أحد الطرفين، رهنا لتبرير المبلغ في حالة حدوث نزاع. في حالة التعسف في تحديد السعر، يجوز للقاضي رفع دعوى للحصول على تعويضات والفائدة، وعند الاقتضاء، إنهاء العقد.)

١١٦٤Ordonnance n ١٣١-٢٠١٦°du ١٠février ٢٠١٦- art. ٢

Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge

pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation .

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages

et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

(33) L. VOGEL, Plaidoyer pour un riverment: contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, D. ١٩٩٥ chron. P.١٥٥ et s.

نقلاً عن: د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص٢٧٥..

(٣٤) نصت المادة (١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ على أنه(في عقود تقديم الخدمة، في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف قبل تنفيذها، قد يكون السعر يحدده الدائن، ويعود إليه تبرير المبلغ في حالة النزاع. في حالة التعسف في تحديد السعر، يجوز للقاضي رفع دعوى للحصول على تعويضات والفائدة، وعند الاقتضاء، إنهاء العقد.).

١١٦٥ LOI n ٢٠١٨-٢٨٧ du ٢٠ avril ٢٠١٨- art. ٧

Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être

fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation .

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages

et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat .

(٣٥) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق،ص٤١٥.

(٣٦) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية بغداد، بدون ذكر سنة طبع،ص٢١٢.

(٣٧) نصت المادة (٥٠٩) من القانون المدني العراقي على انه : (يصح ان يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة، ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما معا أو لأجنبي).

(٣٨) ينظر الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي.

(٣٩) استاذنا الدكتور ضمير حسين المعموري، نبيل مهدي زوين، فكرة الأثر الأقوى للعقد، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة،ع٧،مجلد١، ٢٠٠٨،ص٢٦٧.

(٤٠) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، مطبعةالمعارف،بغداد،١٩٧١،ص٣٤٥.

(٤١) استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، مصدر سابق، ص٢٥٩١.

(٤٢) د. صبري حمد خاطر،قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في جامعة النهرين، مجلد ١،بغداد،١٩٩٧،ص١٢٠.

(٤٣) اي حصول كل طرف في العقد على المنفعة المقصودة منه بما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الاخر.ينظر: استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، المصدر السابق، ص٢٥٨٥، وكذلك بحثه: التغيير في جزء من أجزاء العق واثره في العدالة التبادلية، منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، ع٤،مجلد٢٠١٥،٢٣،ص١٦٨٠.

(٤٤) See further, J.M. Smits, Contract Law: A Comparative Introduction, p. 77 et seq.)
نقلاً عن الموقع الألكتروني ,تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٠/٢٥ : http://jilrc.com/archives/٧٩٣١نقلاً
(٤٥)J. Ghestin, traité de droit civil, le contrat, formation, LGDJ, ١٩٩٠, p ٥٦٧ et s.
نقلاً عن: محمد عرفان الخطيب، مرجع سابق، ص٣٧٧.

(٤٦) اذا نصت المادة(١٣٢) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل (اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا). ينظر د. محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، مصدر سابق، ص٢٨٦.

(٤٧) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص١٨١.

(٤٨) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصدر السابق، ص٢٨٥.

(٤٩) د. محمد حسن قاسم، مصدر علاه نفسه، ص٢٨٦.

(٥٠) د. هدى عبدالله، مصدر سابق، ص.٣٢٨.

(51)1127 Il est jugé nécessaire pour la validité du contrat:

la satisfaction des parties
-leur éligibilité à contracter
- un contenu légitime et confirmé

(52) AVANT–PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 22 Septembre 2005, p. 23 .

نقلاً عن : ربيع شندب، مصدر سابق، ص٩١..

(٥٣) أمين محمد حطيط، القانون المدني، الموجبات: أنواعها ومصادرها، العقد والمسؤولية العقدية، المسؤولية المدنية التقصيرية (دراسة مقارنة القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، دار المؤلف الجامعي، ٢٠٠٦، ص١٢٣.

(٥٤) نصت المادة (٦١) من القانون المدني العراقي على(١ - كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية.٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية).

(٥٥) د. مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة، المصادر- العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دمشق، ١٨٦٤، ص١١١.

(56) 1163Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

L'obligation a pour objet une prestation présente ou future .

Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable .

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux
relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

(٥٧) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة الموجبات، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص١٨٦.

(٥٨) ربيع سميحة، التزام البائع بالتسليم في القانون المدني الجزائري، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج بالبويرة كلية الحقوق والعلوم السياسي، ٢٠١٥/٢٠١٦، ص٢٠.

(٥٩) نصت المادة (١٩٥٢) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ على أنه(ومع ذلك، يمكن تركها لتقدير طرف ثالث ؛ إذا كان الطرف الثالث غير راغب أو غير قادر على إجراء التقدير، فهناك نقطة البيع، ما لم يقدرها طرف ثالث).

٣٧- art. ٢٠١٩juillet ١٩du ٧٤٤-٢٠١٩°LOI n ١٥٩٢

Il peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a

point de vente, sauf estimation par un autre tiers.

(٦٠) محمد علي عبده، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة)، بيروت، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٧، ص٢١٣.

(٦١) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، مصدر سابق،ص٦٥.

(٦٢) يجب ان يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٧) الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ والتي جاء فيها: (إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلا).

(٦٣) نصت المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي إلى جميع هذه الأحكام حين نصت على (١- يلزم أن يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة. ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف.٢- على انه يكفي ان يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر).

(٦٤) د احمد عبد العال أبو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع و احكام القضاء، ط٣، بدون ذكر اسم مطبعة،٢٠٠٦، ص١٦٢ ومابعدها.

- كذلك د مصطفى احمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، دار القلم، دمشق،٢٠١٢ص٦١ ومابعدها. وأشار فقهاء الشريعة الإسلامية إلى ذلك عبر تحديد علاقة البيع بالثمن في عقد البيع وحدد الفقهاء مفهوم المبيع و شروطه بالمعقود عليه والاغلب عندهم بان اركان العقد هي الصيغة والعاقد والمعقود عليه وبذلك يشترط ان يكون المعقود عليه معلوما.

(٦٥) نصت المادة (١١٣٠) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل على أنه : (إن الخطأ والاحتيال والعنف يبطلان الموافقة عندما يكونان من دونهما يكون أحدهما لم يتعاقد الطرفان أو كانا سيتعاقدان بشروط مختلفة إلى حد كبير يتم تقييم طبيعتها الحاسمة فيما يتعلق بالأشخاص والظروف التي تم منح الموافقة)

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 ١١٣٠

L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes .

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.

(٦٦) أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية - لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، "القانون أداة للإصلاح والتطوير"، ملحق خاص، العدد ٢، الجزء الثاني، ٢٠١٧، ص٣٩.

(٦٧) نصت الفقرة الثانية من المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ على ما يأتي(غير ان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل).

(٦٨) نصت المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ على انه : (لكل شخص الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد واختيار المقاول الشريك وتحديد المحتوى وشكل العقد ضمن الحدود التي يحددها القانون. لا تسمح حرية التعاقد بالخروج من القواعد التي تمس النظام العام).

١١٠٢Ordonnance n ١٣١-٢٠١٦°du ١٠février ٢٠١٦- art. ٢

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.

(٦٩) حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص١٢١.

(٧٠) وقد أشارت المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي على انه (١ـ يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالف للنظام العام أو الاداب العامة والا كان العقد باطلا.٢ ـ ويعتبر النظام العام بوجه خاص (الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالأهلية،والميراث، والأحكام المتعلقة بالانتقال، والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف، وفي العقار، والتصرف في مال المحجور، ومال الوقف، ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري، وبقية القوانين التي تصدرها الدولة لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية).

(٧١) د. مصطفى الزرقاء، مصدر سابق، ص٢٣٦.

(٧٢) عبد الرحمن مصطفى، نظرية السبب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٤،ص٩ ومابعدها.

(٧٣) محمد يحيى عبد الرحمن، مفهوم المحل والسبب في العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٦،ص٨٠. ومابعدها. نقلا عن د. ايمن إبراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٦.

(74) 1131Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.

(٧٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية،، ط٢، ١٩٦٤،فقرة ٢٦٣، ص٤٣٧.

(٧٦) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون ذكر اسم مطبعة، ١٩٨٤،ص٤٢٩. كذلك د. عبد الودود يحيى، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٤،ص١٢٧.

(٧٧) د. احمد محمود سعد، مصدر سابق، ص٤٥٨.

(٧٨) د. ايمن إبراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، مصدر سابق، ص٣٠.

(٧٩) نور الصباح مزيحم، الفقدان الجزئي لسبب الموجب في العقد، دون دار نشر،،٢٠١٧، ص٣٦.

(٨٠) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٣١٨.

(٨١) نصت المادة(١١٠٨) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ على (يكون العقد قابلاً للتبديل عندما يتعهد كل طرف بتزويد الطرف الآخر بميزة يتم أخذها في الاعتبار كمكافئ للذي تحصل عليه. إنه أمر عشوائي عندما يتفق الطرفان على جعل تأثيرات العقد تعتمد على المزايا و الخسائر الناتجة من حدث غير مؤكد).

١١٠٨Ordonnance n ١٣١-٢٠١٦°du ١٠février ٢٠١٦- art. ٢

Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit .

Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain.

(٨٢) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، بدون ذكر مطبعة، ١٩٩٩، فقرة ٧١ ص٧٩.

-أيضاً د عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج١،مصادر الالتزام، بدون ذكر اسم مطبعة، ١٩٨٣،فقرة ٢٣٧، ص٣١٥.

(83)H. Capitant, de la cause des obligations, 3eme édition, Dalloz, Paris, 1927, no 5, p. 26.

نقلاً عن: د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٣٢.

(٨٤) د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، ص٢١٧ وما بعدها.

(٨٥) نور الصباح مزيحم، مصدر سابق، ص٢٧.

(٨٦) الفسخ : يعني انحلال العقد بعد نشوء بشكل صحيح وقبل تنفيذه، ويتحقق عند امتناع المدين عن تنفيذ ما يترتب عليه. ويمكن للدائن أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب عدم التنفيذ.

الانفساخ : يعني انحلال العقد بقوة القانون، من دون تدخل القاضي وذلك بسبب استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي، ولا مجال للتعويض عن الضرر في هذه الحالة.

(٨٧) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٣٢٩.

(٨٨) جلال العدوي، أصول المعاملات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية ١٩٦٧، ص١٧٩.

(٨٩) د. محمد حسن قاسم، المصدر السابق، ص٣٣٢-٣٣٣.

(٩٠) نصت المادة (١١٣٣) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ على (الصفات الأساسية للخدمة هي تلك التي تم الاتفاق عليها صراحة أو ضمنا وفي مقابل التي تعاقدت الأطراف معها. الخطأ هو سبب البطلان سواء تعلق بأداء طرف أو آخر. قبول الخطر على جودة الخدمة يستبعد الخطأ المتعلق بهذه الجودة).

-١١٣٣Ordonnance n ١٣١-٢٠١٦°du ١٠février ٢٠١٦- art.

Les qualités essentielles de la prestation sont celles

considération desquelles les parties ont contracté .

L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie .

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette quali qui ont été expressément ou tacitement convenues et en

(٩١) د. هدى عبدالله، مصدر سابق، ص٣٧٧- ٣٧٨.

(٩٢) د. هدى عبدالله، المصدر اعلاه نفسه، ص٣٧٩.

(٩٣) نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ على أنه(١- يكون العقد باطلاً الا لتزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للآداب. ٢- ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك.٣- اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك).

(٩٤) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص٢٤٢. وهنا أشار إلى ان الفقهاء المسلمين لم يتكلموا عن السبب كركن من اركان العقد ولكنهم تكلموا عليه باسهاب في أصول الفقه وهو يحتل مكانا مهما عندهم ويتسع ليشمل جميع اعمال الإنسان من تصرفات قولية وفعلية وعبادات ويسمى عندهم القصد، أشار إلى ذلك د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٢٤٢.

(٩٥) محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٣٣٤.

(٩٦)حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص٢٢٢.

(97)1228 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat ،

en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.

(٩٨) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مصدر سابق، ص٨٠.

(٩٩) تنص المادة ١٣٢ على انه :(يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام أو للآداب).

قائمة المصادر

أولاً: الكتب الفقهية

١- شمس الدين سرخسي، المبسوط،ج١٣،دار المعرفة، بيروت،١٩٨٩.

٢- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٨، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،٢٠٠٣.

٣-محمد الخرشي أبو عبدالله- علي العدوي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي،ج٥، ط٢، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق، مصر،١٣١٧ ه.

ثانياً: الكتب القانونية:

١- د. احمد عبد العال أبو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع و احكام القضاء، ط٣، بدون ذكر اسم مطبعة،٢٠٠٦.

٢- د. اكرم محمود حسين البدو، حكم العقد دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد١٥،العدد٢٠١٢،٥٥.

٣- د. أمين محمد حطيط، القانون المدني، الموجبات: أنواعها ومصادرها، العقد والمسؤولية العقدية، المسؤولية المدنية التقصيرية (دراسة مقارنة القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، دار المؤلف الجامعي، ٢٠٠٦.

٤- ايمن إبراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٥- حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥.

٦- د. جلال العدوي، أصول المعاملات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية ١٩٦٧.

٧- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، بدون ذكر مطبعة، ١٩٩٩، فقرة ٧١ ص٧٩.

٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية،، ط٢، ١٩٦٤،فقرة ٢٦٣.

٩- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون ذكر اسم مطبعة، ١٩٨٤. د. عبد الودود يحيى، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

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

١١- د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج١،مصادر الالتزام، بدون ذكر اسم مطبعة، ١٩٨٣،فقرة ٢٣٧.

١٢- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، مطبعةالمعارف،بغداد،١٩٧١.
١٣- محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية، ج٣، ط١، مطبعة الهادي،١٣٧٧هـ.
١٤- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الأول، منشورات الحلبي، الطبعة الثانية، ٢٠١٨.
١٥- محمد علي عبده، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة)، بيروت، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٧.
١٦- د. مصطفى احمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، دار القلم، دمشق،٢٠١٢
١٧- د. مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة، المصادر- العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دمشق، ١٨٦٤.
١٨- د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة الموجبات، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.
١٩- د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، ص٢١٧ وما بعدها.
٢٠- نور الصباح مزيحم، الفقدان الجزئي لسبب الموجب في العقد، دون دار نشر،،٢٠١٧.

ثالثاً: البحوث والدراسات

١- د. أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية - لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، "القانون أداة للإصلاح والتطوير"، ملحق خاص، العدد ٢، الجزء الثاني، ٢٠١٧.
٢- بيار كتالا، المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي.
٣- ربيع شندب، سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي في عقود الإستهلاك في القانون اللبناني والمصري والفرنسي، مجلة العدل رقم ٤، ٢٠١٤.
٤- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، فكرة مقتضى العقد "دراسة مقارنة بين الفقه والقانون"، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، كلية القانون، جامعة بابل، ماجستير قانون خاص،٢٠١٣.
٥- د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في جامعة النهرين، مجلد ١، بغداد،١٩٩٧.
٦- د. ضمير حسين المعموري، نبيل مهدي زوين، فكرة الأثر الأقوى للعقد، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة،ع٧،مجلد١، ٢٠٠٨.
٧- د. منصور حاتم محسن، التغيير في جزء من أجزاء العق واثره في العدالة التبادلية، منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، ع٤، مجلد٢٠١٥،٢٣.

رابعاً: الرسائل والأطاريح

١- ربيع سميحة، التزام البائع بالتسليم في القانون المدني الجزائري، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج بالبويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسي، ٢٠١٥/٢٠١٦.
٢- سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، كلية الحقوق والعلوم السياسية،٢٠١٦.
٣- عبد الرحمن مصطفى، نظرية السبب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٤.
٤- محمد يحيى عبد الرحمن، مفهوم المحل والسبب في العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٦.

خامساً: القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.
٤- القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦.
٥- مشروع تعديل قانون العقود الفرنسي رقم ١-١٩٩- ٢٠٠٨.

سادساً: المصادر الأجنبية

1- L. VOGEL, Plaidoyer pour un riverment: contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, D. 1995 chron. P.155 et s .

2- See further, J.M. Smits, Contract Law: A Comparative Introduction, p.77 et seq.

3- J. Ghestin, traité de droit civil, le contrat, formation, LGDJ. 1990, p.567 et s.

4- Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 22 Septembre 2005, p.23

5- H. Capitant, de la cause des obligations,3 eme édition, Dalloz, Paris,1927, no5, p.26