Tikrit University Journal For Rights Year (9) Vol (9) NO (1) Part (1) (2024) 115-134

ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

The legal standard of realism in civil contracts

Dr. Moj Ibrahim Khalaf

College of Law, Tikrit University, Salahaddin, Iraq

MAWJ.I.KHALAF@TU.EDU.IQ

Article info.

Article history:
- Received 10 July 2024
- Accepted 11 August 2024
-Available online 1 September2024

Keywords:
- legal standard
- realism
- rules concerned with profit
- non-profit professional rules.

Abstract :The legal standard makes legislation more realistic, given its flexibility and the positive role it gives to the judge of the matter in achieving the ultimate goal of the law, which is justice, that is, justice in social and legal relations, as the majority of judicial rulings support this through the latter's consideration of the circumstances and circumstances. surrounding the conflict before it The work of the judges or the applied side precedes the legislation in charting the path paving the way for the issuance of more just and realistic legislation, and thus it contributes to the making of the law, that is, it represents the living embodiment of the real situations, actions and disputes in professional contracts of a profitable and non-profit nature that are presented before the judge and which must have A solution through the work of the judge by taking into account its specificity and uniqueness from its counterparts, Therefore, the legal standard serves as a means of legislative art that complements its traditional means and is more capable of achieving a reasonable amount of legal realism, which depends on expanding the role and authority of the judge, as the legislative text, no matter how general and abstract it is, cannot

anticipate everything. Therefore, it is necessary to know what is the legal role of the judiciary in determining and resolving disputes of a professional nature? Does realism interfere in imposing its conditions and allowing the judge to search for the purpose or functional solution of the legislative text, or is his role limited to the literal application of the legal text? Likewise, is the judge's intervention by resolving disputes presented to him by resorting to the realism and circumstance of profitable contracts and the scope of his authority therein restricted or absolute? This is within the framework of two types of contracts: contracts with a professional, for-profit nature and contracts with a non-profit, professional nature.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

المعيار القانوني للواقعية في العقود المدنية

م. د. موج إبراهيم خلف

College of Law, Tikrit University, Salahaddin, Iraq

MAWJ.I.KHALAF@TU.EDU.IQ

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ١٠ / تموز/ ٢٠٢٤
- القبول : ١١ / آب/ ٢٠٢٤
- النشر المباشر: ١/ أيلول /٢٠٢٤

الكلمات المفتاحية :
- المعيار القانوني
- الواقعية
- القواعد المعنية الربحية
- القواعد المهنية غير الربحية .

الخلاصة: إن المعيار القانوني يجعل من التشريع أكثر واقعية، نظراً لما يتميز به من المرونة والدور الإيجابي الذي يمنحه لقاضي الموضوع في تحقيق الهدف الاسمى للقانون الا وهو العدالة، أي العدالة في العلاقات الاجتماعية والقانونية، إذ ان غالبية الاحكام القضائية تؤيد ذلك من خلال مراعاة الأخير للظروف والملابسات التي تحيط بالنزاع المعروض امامة ، فعمل القضاة او الجانب التطبيقي يستبق التشريع في رسم خطى الطريق الممهدة لإصدار تشريعً أكثر عدالةً وواقعيةً وهو بذلك يساهم في صنع القانون ، أي انه يمثل التجسيد الحي للحالات والتصرفات والمنازعات الحقيقة في العقود المهنية ذات الصفة الربحية وغير الربحية التي تعرض امام القاضي والتي يجب ان يكون لها حل من خلال عمل القاضي من خلال مراعاة خصوصيتها وتفردها عن مثيلاتها، لذلك فأن المعيار القانوني يكون بمثابة وسيلة من وسائل الفن التشريعي التي تتكامل ووسائله التقليدية وتكون أكثر قدرة على تحقيق القدر المعقول من الواقعية القانونية ، والتي تعتمد على توسيع دور القاضي وسلطته ، إذ ان النص التشريعي مهما تميز بالعمومية والتجريد الا انه لا يمكن ان يتوقع كل شيء ، وعليه لابد من معرفة ما هو الدور القانوني للقضاء في تحديد وحسم المنازعات ذات الطابع المهني؟ وهل تتدخل الواقعية في فرض شروطها وافساح المجال للقاضي للبحث عن الغاية او الحل الوظيفي للنص التشريعي أم يقتصر دوره على التطبيق الحرفي للنص القانوني؟ وكذلك هل ان تدخل القاضي من خلال فض النزاعات المعروضة عليه باللجوء الى الواقعية والظروف الملابسة بالعقود ذات الصفة الربحية ومدار سلطته فيها مقيده أم مطلقة؟ وذلك في إطار نوعين من العقود، العقود ذات الصفة المهنية الربحية والعقود ذات الصفة المهنية غير الربحية.

© ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : أولاً- مدخل تعريفي للموضوع محل الدراسة:

من المعلوم أن المعيار الذي يحدد التوجه العام والذي يهتدي به القاضي عند الحكم ويعطيه فكرة عن الغرض او الهدف من تشريع القانون من خلال جعل الحقيقة والواقع جزء من الحكم القضائي ومن الواقع

العملي في كثير من الاحكام القانونية المتعلقة بالعقود المدنية سواء أكانت عقود مهنية ذات صفة ربحية والتي تعرف على انها : او عقود مهنية ذات صفة غير ربحية والتي تعرف على انها : " قواعد فرضها التعامل المهني لتحكم هذه المهن ".

ونظراً لتبني المشرع العراقي لنظام المختلط، إذ يسمح للقاضي بان يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية معتمداً على دمج فكرتي النص والواقعية في الالتزامات او التصرفات القانونية، محققا قدر الامكان النزعة الى العدالة من دون ان يفرط بمبدأ استقرار المعاملات، وقد بين المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ضرورة توافر المعايير الذاتية (الشخصية) او المادية (الموضوعية)، من خلال قاعدة الملائمة في انشاء العقود والمسؤولية ، فضلاً عن الدور الذي فرضة الواقع العملي المتمثل ب التغييرات السياسية والاقتصادية والصحية والظروف الطارئة التي تدعونا للبحث عن بدائل تمكن القاضي من توسيع صلاحياته خاصةً في ظل الازمات الاقتصادية وارتفاع سعر صرف الدولار في بلدنا العراق ، في ظل اختلاف قيمة الصرف مابين المصارف والبنوك الاهلية والحكومية الامر الذي أدى الى الاختلاف في طريقة التعامل وتحميل أحد الأطراف المتعاملة لامر الذي يتطلب تدخل تشريعي وقضائي بمنح القاضي دوراً أوسع من خلال تلك العقود وذلك للحفاظ على العدالة النسبية في توفير الامن القانون واستقرار التعاملات ، وهذا ما سنتاوله بالبحث في محاولة للحفاظ على التوازن الاجتماعي والاقتصادي والقانون للعقود المدنية .

ثانياً- أهمية الموضوع محل الدراسة: تتمثل أهمية الموضوع محل البحث من خلال البحث عن قاعدة الملائمة في انشاء العقود والمسؤولية ، فضلاً عن البحث عن الدور الذي فرضة الواقع العملي المتمثل ب التغييرات السياسية والاقتصادية والصحية والظروف الطارئة التي تدعونا للبحث عن بدائل تمكن القاضي من توسيع صلاحياته خاصةً في ظل الازمات الاقتصادية وارتفاع سعر صرف الدولار في بلدنا العراق الامر الذي يتطلب تدخل تشريعي وقضائي بمنح القاضي دوراً أوسع من خلال تلك العقود وذلك للحفاظ على العدالة النسبية في توفير الامن القانون واستقرار التعاملات ، وهذا ما سنتاوله بالبحث في محاولة للحفاظ على التوازن الاجتماعي والاقتصادي والقانون للعقود المدنية .

ثالثاً: أشكالية الموضوع محل الدراسة:

تتمثل إشكالية موضوع البحث من خلال الإجابة عن التساؤلات الآتية:

١- ما هو الدور القانوني للقضاء في تحديد وحسم المنازعات ذات الطابع المهني؟ وهل تتدخل الواقعية في فرض شروطها وافساح المجال للقاضي للبحث عن الغاية او الحل الوظيفي للنص التشريعي أم يقتصر دوره على التطبيق الحرفي للنص القانوني؟

٢- هل ان تدخل القاضي من خلال فض النزاعات المعروضة عليه باللجوء الى الواقعية والظروف الملابسة بالعقود ذات الصفة الربحية ومدار سلطته فيها مقيده أم مطلقة؟

٣- وما هو المقصود بالعقود المهنية ذات الصفة الربحية وغير الربحية ؟ وماهي الأسس او المعايير التي يمكن ان تؤثر في نطاق التعاملات المدنية والتجارية ومختلف صور التعاملات عندما يتعلق الامر بتبني الأفكار الواقعية في تلك العقود.

رابعاً: منهجية الموضوع محل الدراسة: تم تبني المنهج القانوني الوصفي التحليلي الواقعي المقارن الذي يعتمد على بيان المقصود بكل مصطلح في اطار القانون المدني معززا بمواقف القوانيين محل المقارنة ومن اشهرها القانون المدني الفرنسي وتعديلاته الجديدة، معززاً بالقرارات القضائية ، خاتمةً إياه بمجموعة من الاستنتاجات والتوصيات التي من شأنها ان تخدم السياسة التشريعية في بلدنا العراق .

خامساً: هيكلية الموضوع محل الدراسة: تم تقسيم البحث موضوع الدراسة الى مبحثين المبحث الأول بعنوان الأساس القانوني في القواعد المهنية غير الربحية ، والذي تم تعريف هذه القواعد والبحث عن الأساس القانوني لهذا النوع من التعاملات من خلال تبني الأفكار الجديدة والاخذ بتعديلات الدول المتقدمة تشريعاً في هذا المجال اما المبحث الثاني فقد كان بعنوان الأساس القانوني في القواعد المهنية الربحية من خلال البحث عن المعيار او الأساس الذي هو من خلق الواقعية القانونية في محاولة لدمج الواقع مع النص القانوني لجعل الحلول القانونية اقرب الى الحقيقة وتحقيقاً لفكرة العدالة النسبية وضمان امن واستقرار التعاملات المدنية .

المبحث الاول: الأساس القانوني في القواعد المهنية غير الربحية

تعرف القواعد المهنية ذات الصفة غير الربحية في نطاق الواقعية بأنها: " قواعد فرضها التعامل المهني لتحكم هذه المهن " [١]، فمن المعلوم ان المهن ذات الصفة غير الربحية تحدد بقضايا العمل او بقضايا ممارسة مهنة المحاماة، او الهندسة، او الطب، او الصحافة والخ من هذه المهن .....

إذ نجد ان الأساس القانوني لهذه القاعدة في القانون الدستوري وذلك في المادة (٨٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ والتي جاء فيها: " السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها، وتصدر احكامها وفقاً للقانون"، وكذلك في نصوص القواعد العادية، ونجد الأساس القانوني لنظرية الواقعية القانوني في مجال العقود المدنية يتحدد في نص المادة (١١٠٠) من قانون العقود الفرنسي الجديد رقم ١٣١ والصادر بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠ إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (١١٠٠) على : " تنشأ الالتزامات أو العقود عن طريق التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية أو عن مجرد سلطة القانون ، ويمكن ان تنشأ عن التنفيذ الارادي ، أو الوعد بالتنفيذ ، لواجب يمليه الضمير تجاه الغير ."

كما أكدت هذه المادة على حرية التعاقد ودور الإرادة في انشاء الالتزامات إذ جاء فيها ايضاً: " ان التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الإرادة تهدف الى أحداث آثار قانونية، وهذه التصرفات قد تكون اتفاقية أو من جانب واحد ".

وبذلك تنتج جميع التصرفات والالتزامات سواء أي كان مصدرها لآثار وتخضع لحكم القانون وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة (١١٠٠) والتي جاء فيها:" إن الوقائع القانونية هي أفعال أو أحداث يرتب عليها القانون آثار قانونية ".

اما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي فقد جمع مابين المعيار الموضوعي[٢] والمعيار الذاتي[٣] كأساس للواقعية في الالتزامات او التصرفات القانونية من خلال اعتماده على المعايير الموضوعية والذاتية وقد

---

[١] القاضي سامي بديع منصور، الواقعية في القانون (القضاء كمصدر أساسي للقاعدة القانونية الموجب القضائي في النظام القانوني اللبناني) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٢٢، ص ٤٤٤.

[٢] يستند المعيار الموضوعي على فكرة كونه اداة فنية تيسر للقاضي الوصول للقواعد القانونية المراد تطبيقها على مراكز واقعية متنازع عليها ،إذ يهدف الى ، الموازنة بين فكرة العدالة ، وتحقيق الامن والاستقرار في المجتمع ، فيمثل الافكار القانونية المجردة التي قد تسمو على التفصيلات والجزئيات ، فيعتد بالوضع الظاهر على حساب العدالة ، بل انه قد يضحي بالعدالة

أشار اليها في عدة تطبيقات في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل وذلك من خلال معيار الرهبة في الاكراه ، ومعيار العلم او افتراض العلم في الغلط والغبن مع التغرير ، ومعيار عناية الشخص المعتاد في تنفيذ الالتزام أيا كانت طبيعة هذا الالتزام سواء أكان التزاماً بتحقيق غاية ام ببذل عناية ، وأيا كانت مصدره سواء أكان التزام ناشئ عن تصرف قانوني ام واقعة مادية [١].

كما وتبنى المشرع المعيار الذاتي في أكثر من موضع كان ابرزها تبنية لمبدأ تنفيذ العقودوفقاً لقاعدة حسن النية[٢] وهو ما أكدته المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها :"١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢ – ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"

في حين نجد أنَّ التعديل الجديد الذي طال القانون المدني الفرنسي في عام ٢٠١٦ قد جاء بقاعدةِ فرض مبدأ حسن النية في الفترة السابقة على التعاقد مراعاةً للالتزام بالصدق والجدية تمهيداً

لتحقيق أمن المجتمع ومصلحته واستقراره ، فنظام الحيازة يقوم على حماية الاوضاع الظاهرة ، وتغلب صاحب اليد الظاهرة على تحقيق العدالة ، فيحمي القانون الحيازة لذاتها ، ويرتب عليها اثارها ، سواء أكانت تستند على حق للحائز ، ام لا تستند على حق يعترف به القانون ، د. فارس حامد عبد الكريم العجرش ، فكرة المعيار في القانون وتطبيقاتها في القانون (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ ، ص٧٥.

[٣] يستند المعيار الذاتي على فكرة الاقتصاد الحر وسلطان الارادة وهي جميعاً عوامل تقوم على القصد والنية، وهو علو الارادة الباطنة ويعبر اصدق تعبير عن النية الحقيقية وبذلك يعتد بالعناصر الذاتية والشخصية للأفراد ويقيم لها وزناً كبيراً عند تقييم سلوكهم اذ الهدف من ذلك هو تحقيق العدالة اي الانصاف ، بالتالي فهي اقرب الى القاعدة الاخلاقية ، منه الى القاعدة القانونية ، ولا شك في عدالة هذا المعيار ، لأنه يأخذ كل شخص بجريرته ويقيس مسؤوليته بمعيار من فطنته ويقظته ، فيعتد بحسن النوايا وسوءها وخفايا المقاصد ، فيرتب مسؤولية كل شخص بمعيار من ذكائه وفطنته وعيوبه ، وهذه عوامل تعبر عن الوضع الطبيعي والاجتماعي لذات الشخص د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد – انعقاد العقد واركان العقد ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، العراق ، ١٩٦٧، ص ١٢٦.

[١] من المعلوم ان الفضل في نظرية المعيار القانوني لأستاذنا العلامة عبد الرزاق السنهوري إذ عرف هذا المعيار بأنه: " عبارة عن توجه معين وعام يهتدي به القاضي عند الحكم ويعطيه فكرة عن غرض ، أو هدف وغاية القانون " ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١١، ص ٨٨٣.

[٢] د. اكرم محمود حسين البدو، د. محمد صديق محمد عبدالله، اثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلّية الحقوق، جامعة الموصل ، المجلد الثالث عشر ، العدد التاسع والاربعون ، السنة السادسة عشر ، ص ٤١٠ ، متاح على الرابط : https://alaw.mosuljournals.com/pdf_160 تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٢٠٢٤/٧/٦.

لمرحلة ابرام العقد وجعل هذا المبدأ من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مايخالفة وذلك ابتدأً من مرحلة التفاوض ومروراً بمرحلة التكوين ووصولاً لمرحلة التنفيذ إذ رتب المشرع الفرنسي البطلان على عدم مراعاة مبدأ حسن النية في أي مرحلةٍ من مراحل العقد وهذا ما أكدته المادة (١١٠٤) التي جاء فيها : " يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ عاماً ابتداءً بفترة المفاوضات وصولاً إلى مرحلة التكوين والتنفيذ ، ويعتبر هذا الحكم من النظام العام ".

إضافةً لذلك فقد فرض الالتزام بالأعلام والتحري في المرحلة السابقة على التعاقد ضماناً لمبدأ حسن النية فقد الزم بموجب التعديل ان من لديه معلومات من الأطراف تتعلق بالشيء المعقود عليه أو بأمورٍ تفصيلية وجوهرية وماسة برضاء الطرف الآخر ان يقوم بالإفصاح عنها عن طريق اعلام الطرف الآخر بها وهذا ما أكدّتَهُ الفقرة الأولى من المادة (١١١٢) التي جاء بها : " يجب على من يعلم من الأطراف المتعاقدة بمعلومة لها أهمية حاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الآخر ان يعلمه بها متى ما كان جهل الأخير بالمعلومة مشروعاً أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه " .

وبدورنا كباحثين فإنَّنا نُؤيِّدُ موقف المُشَّرعِ الفرنسي للتعديل الذي يخص فترة ماقبل ابرام العقد أو مايعرف بفترة المفاضات لما فيه من حماية الطرف الضعيف في التعاقد وتأكييد للعدالة ومساهمةً في تحقيق الغاية المشتركة للمتعاقدين ، وحفاظاً على العقود وتوازنها مع مرور الزمن ، فضلاً عن الدور الايجابي الذي تبدية الواقعية او المسائل الحقيقية او الجوهرية التي تفرضها نية الاطراف في المراحل السابقة واللاحقة على تنفيذ الالتزامات ، مما يدعم الثقة والعدالة النسبية فضلاً عن استقرار المعاملات .

ومما تجدر الإشارة اليه فأن أهم التزام في فترة المفاوضات العقدية ووجوب مراعاة مبدأ حسن النية هو الالتزام بالجدية، والالتزام بالاعتدال والاستقامة والالتزام بالأعلام وما يقابله من موجب بالاستعلام ، إذ حصرت الفقرة الثالثة من المادة (١١١٢) على التأكيد على أهمية المعلومة ويقصد بها : " تلك المعلومة التي لها علاقة مباشرة وضرورية ، اما بمضمون العقد أو بصفة من صفات أطرافه " .

وعلى الرغم من الخلاف مابين الفقه والقضاء حول تحديد المسؤولية القانونية عن الاخلال بفترة المفاوضات العقدية الا ان الاجتهادات القضائية الفرنسية تثبت وجود عدة قواعد ومبررات مهدت الطريق امام التعديل الجديد لقانون العقود الفرنسية الجديد ومن ابرز تلك القواعد والمبررات التي من شأنها ان تحث التشريع العراقي على تنظيم نص قانوني لحالة الفراغ التشريعي هي :

١- ان المرحلة السابقة على التعاقد وان كانت لا تحظى باهتمام تشريعي من خلال وضع نظام قانوني يحكمها الا ان اجتهاد المحاكم يثبت عدم صحة الفراغ التشريعي، ويؤكد على ان هذه الفترة لا تمثل فترة الفراغ التشريعي الا انها محكومة بالقانون.

٢- إن لمرحلة المفاوضات العقدية أساس قانوني يتبلور في المسؤولية السابقة للتعاقد والناشئة عن قطع المحادثات.

٣- أن التعويض عن الفترة السابقة على التعاقد او مايعرف بالمفاوضات العقدية طبقاً للقواعد العامة يكون في حال كان الضرر حقيقياً وفعلياً واكيداً ، اما في حال تبني الواقعية القانونية فيكون التعويض عن الخسارة الواقعة او الربح الفائت ، اما عن حجم التعويض فيجب ان يكون بقدر ثقة المتضرر بإمكانية العقد ، أي انه كلما كبر حجم الثقة كلما كبر التعويض ، كما يمكن المطالبة بالضرر المعنوي الى جانب التعويض المادي في حال تحققه نتيجة العجز عن إتمام فترة المفاوضات كما يتم المطالبة بالتعويض المادي الناتج عن تفويت الفرصة من الدخول في عقد صحيح عندما يكون الاخلال بهذه الفترة مسبباً للضرر ، فالصلة او الرابطة السببية مهمة جداً في تقدير والاساس القانوني للتعويض ، اما من ناحية المطالبة بالتعويض العيني فهو امر اشبه بالمستحيل وذلك لان المسؤول عن قطع المحادثات ليس ملزماً اصلاً بإنشاء عقد بل ملزم بتنفيذ التزامه بحسن النية في التصرف ، كما وان فترة المفاوضات غير واضحة المعالم وذلك لان العقد غير محدد وفي اطار غير مرسوم فكيف يكون التزام الشخص بعقد غير محدد[١] .

ونأمل ان يتم تضمين ذات النص في التشريع العراقي إذ انه قد خلا من اي نصٍ ينظِّمُ فترة التفاوض أو المفاوضات وقصر الالتزام بحسن النية على تنفيذ العقد دون الاعتدا بالمرحلة السابقة على التعاقد وذلك في المادة (١٥٠) سالفة الذكر وندعو لتعديلها بالشكل الذي يضمن تحقق واقعية العقد من خلال النص الآتي :" ١- يجب على المتفاوضين في العقد ان يلتزموا بمبدأ حسن النية وما يفرضه من التزاماتٍ أثناء فترة المفاوضات ....."

---

[١] د. بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد (دراسة مقارنة) ، دار وائل للنشر ، الأردن ، ٢٠١٠ ، ص ٧٨، د. هاني عبد العاطي عبد ، المفاوضات واثرها على التوازن العقدي (دراسة مقارنة) ، بحث متاح على الرابط : google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjqzYbJ2d-HAxWNBdsEHbjgBiEQFnoECBkQAQ&url=https%3A%2F%2Fmksq.journals.ekb.eg%2Farticle_65987_2c92677fbafa99167fccfa53efad671d.pdf&usg=AOvVaw3cFF2l0-jPhDrDbdfnercx&opi=89978449 تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٢٠٢٤/٧/٧ .

إما فيما يتعلق بمقومات الاثبات فقد تبنى المشرع العراقي فكرة أو معيار النظام المختلط الذي يجمع مابين المعيار الموضوعي او المادي والمعيار الشخصي او الذاتي وذلك ما أكدته الاسباب الموجبة لقانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل والتي جاء فيها : " وفي صدد طرق الاثبات تخير القانون الاتجاه الوسط ما بين انظمة الاثبات المقيد والمطلق ، فعمد الى تحديد طرق الاثبات ، ولكنه جعل للقاضي دوراً ايجابياً في تقدير الادلة وفي التحرك الذاتي للوصل الى الحكم العادل والى الحسم السريع ، واقام كل ذلك على ما ينبغي ان يتوافر للقاضي من ثقة يوليها له المشرع " .

وبذلك فأن المشرع العراقي اخذ بالنظام المختلط، فسمح للقاضي بان يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية معتمداً على دمج فكرتي النص والواقعية في الالتزامات او التصرفات القانونية، محققا قدر الامكان النزعة الى العدالة من دون ان يفرط بمبدأ استقرار المعاملات.

وفي هذا الإطار يمكن ان يطرح تساؤل ما هو الدور القانوني للقضاء في تحديد وحسم المنازعات ذات الطابع المهني؟ وهل تتدخل الواقعية في فرض شروطها وافساح المجال للقاضي للبحث عن الغاية او الحل الوظيفي للنص التشريعي أم يقتصر دوره على التطبيق الحرفي للنص القانوني؟

يمكن القول إن الامر الغالب في تطبيق النصوص القانونية في إطار العقود ذات الصفة المهنية تتطلب منح القاضي دوراً إيجابيا في عمله وذلك مع ضرورة توافر شرطين لتوسيع الاخذ بالواقعية القانونية ويتمثل هذين الشرطين ب ١- ضرورة وجود او تواجد علاقة قانونية مابين الطرفين في العقد.

٢- التركيز على الظروف الواقعية التي تحيط وتحكم العقد ، ففي هذا النوع من العقود المهنية يظهر بشكل جلي عدم ارتباطها بالإرادة المعبرة عن أطرافها أو بالتسمية التي يضيفها أطراف العلاقة على العقد ، وانما التركيز على الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد ، أي مراعاة الواقعية في العقود المدنية ، الامر الذي أدى الى الاتجاه نحو المرونة القانونية من خلال تطويع القواعد القانونية العامة بما يتناسب مع الأمور والمسائل المستحدثة في الوقت الحالي ، كتبني المسؤولية الموضوعية للدولة عن أي ضرر تحدثه الوسائل الالكترونية والتقنيات الحديثة ، والذهاب الى الإساس التبعي في تحميل الدولة هذه المسؤولية باعتبار كل شخص يمارس هذه الخدمات او التعاملات الالكترونية التي تتم عن طريق الشبكات او المواقع الالكترونية تابعاً ومسؤولاً عن تصرفه في حال معلومية الفاعل متسبب الضرر ، وتقام مسؤولية الدولة في حال مجهولية الفاعل باعتبار ان الدولة هي صاحبة السيادة والسلطان وهي المزود بهذه الخدمات في غالبية الدول النامية ومنها بلدنا العراق ، فضلاً عن ان الاخذ بفكرة الواقعية

ومراعاة الظروف والملابسات من شأنه ان يترك صدى الحسن للقضاة والدولة في تسير أعمالها سعياً الى تحقيق العدالة النسبية وليست المطلقة .

وتأكيدا لدور الواقعية في العقود المدنية في مجال العقود المهنية أصدرت محكمة التمييز الفرنسية غرفتها الاجتماعية القرار ٣٧٤ في ٢٠٢٠/٣/٤، ووصفت فيه العلاقة بين السائقين ، الذين يتعاملون بالطرق الالكترونية مع شركة لتأمين النقليات المدنية للزبائن ، بأنها علاقة عمل وبأن العقد هو عقد عمل استناداً الى الشرطين السالفين الذكر : وهما وجود علاقة تبيعيه مابين طرفي العقد ، وظروف وملابسات العقد والظروف المحيطة به لتحديد الطبيعة القانونية في تسمية العقد ، وهو القرار الثاني الذي أصدرته ذات المحكمة بتاريخ ٢٠١٨/١١/٢٨[١] .

فقد جاء في حيثيات القضية : ((أن شركة (uber bv) تستعمل أسلوب الاتصال بالشركة عبر الموقع الالكتروني أوبر plate fome numerique وتطبيقاته بهدف تأمين الاتصال مع زبائنها ، في إطار النقل المدني transport urbain السائقون vet يمارسون نشاطهم تحت نظام مستقل ، فقام أحد السائقين بعد أقفال حسابه النهائي من قبل شركة اوبر باستحضار الشركة امام مجلس العمل التحكيمية فقضت المحكمة الاستئنافية بقرار إبطال الحكم المطعون فيه مقررة بأن عقد مشاركة الموقع بين السائق والشركة ، بتحلية هو عقد عمال ، وأحالت القضية أمام مجلس العمل المشار اليه للنظر في الأساس القانونية لمطالبة السائق باسترجاع مبلغ التعويض فضلاً عن الأجور والعطل والضرر لعدم احترام الشركة للمدة القصوى للعمل ، والصرف التعسفي ، دون مبرر أو سبب جدي ، وذلك وفق اجتهاد ثابت ، يعتبر وجود علاقة عمل مأجور لا يتعلق لا بالإرادة المعبر عنها من أطراف العلاقة ولا بالتسمية التي أعطوها للاتفاق ، وانما بالشروط الواقعية حيث تخضع لها ممارسة النشاط المهني القائم مابين الطرفين ، فاستنتجت محكمة التمييز في قراراها في القضية المذكورة بأن أحكام المادة L. 8221-6 من قانون العمل ، التي بموجبها تقر ان الأشخاص الطبيعيين ، في تنفيذهم للنشاط او باستعمالهم التسجيل الاصولي على سجلات او جداول وبيانات الشركة التي يعددها النص ، يفترض بأنهم لا يشكلون ضوابط ارتباط مع أصحاب الامر في الشركة ، بعقد عمل ، الا ان ذلك لا يقيم سوى قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسها عندما يتبين بأن هؤلاء الأشخاص قدموا خدمات للشركة في شروط تضعهم في موقع ينشأ عنها

---

[١] cour de cassation, chambre sociale,arretn374du 4 mars 2020 (19-13-316) : fr: 2020-so 00374, contrat de travial (formation du) www. Ciurdecassation . fr/jurisprudence_ 2 / chambre_ sociale _ 576/374_4_44522.html.

رابطة تبعية قانونية دائمة تجاه الآمر صاحب القرار ، وفيما يتعلق بمعيار العمل المأجور فأن اجتهاد الغرفة الاجتماعية لدى محكمة التمييز الفرنسية قد ركز وثبت منذ قرار ١٩٩٦/١١/١٣، قرار الشركة العامة بتاريخ ١١/١٣/ ١٩٩٦ والذي قضى :" بأن رابطة التبعية تتميز بتنفيذ عمل تحت سلطة رب عمل تكون له سلطة إعطاء الأوامر وتوجيهات ومراقبة ومعاقبة كل نقص يصدر عن التابع " ، وعليه فقد استندت الى تحديد طبيعة العقد الى معيار الواقعية في العقود من خلال ملاحظة الرابطة التبعية بين الشركة وسائق التكسي عبر الموقع الالكتروني ، فضلاً عن مراعاتها الى طبيعية العقد والظروف الملابسة والمحيطة لتنفيذه)). [١]

وعليه فأن نطاق الواقعية وسلطة القاضي تتسع في التطبيق العملي من خلال العقود المهنية ذات الصفة غير الربحية تحقيقاً للوظيفة الاجتماعية للعقود، فضلاً عن تحقيق الهدف الأسمى الاوهو الامن القانوني والعدالة القانونية والواقعية في العقود.

المبحث الثاني: الأساس القانوني في القواعد المهنية الربحية

تعرف القواعد القانونية ذات الصفة المهنية او الربحية: " بأنها قواعد قانونية تظهر عند التطبيق الواقعي للقانون من قبل القاضي، في المسائل ذات الصفة الربحية او المستعجلة كدور قضاء الأمور المستعجلة ودوائر التنفيذ في رسم القواعد المصرفية في علاقة المصارف مع الزبائن وكذلك حماية الملكية والحرية الفردية، فضلاً عن حماية العقود والالتزامات الارادية بقواعد قضائية " [٢].

أي ان الواقعية القانونية تتحقق في مجال العقود المهنية ذات الصفة الربحية من خلال الأمان أو الحماية القانونية للتعاملات المدنية ضد تقلبات السوق وأسعار العملات في الدول المختلفة.

وفي هذا الإطار يمكن ان يطرح تساؤل مفاده هل ان تدخل القاضي من خلال فض النزاعات المعروضة عليه باللجوء الى الواقعية والظروف الملابسة بالعقود ذات الصفة الربحية ومدار سلطته فيها مقيده أم مطلقة؟

---

[١] نقلا عن القاضي، سامي بديع منصور ، المصدر السابق ، ص ٤٤٨.

[٢] ليندا جابر، جزاء الاخلال بعقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بيروت العربية ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٢٠ ، ص ٢٧٠-٢٨٠.

وللاجابة: يمكن القول بأن دور القاضي في الأمور المستعجلة وفي رسم القواعد المصرفية في علاقة المصارف مع الزبائن في حماية الملكية والحرية الفردية، من خلال كون القضاء هو الحامي للملكية والحرية الفردية فقد الزم القضاء الفرنسي في عدد من قضاياه بإلزام المصارف التي تمنعت عن الاستجابة لطلبات زبائنها بحجة تدهور الوضع الاقتصادي وتلافياً لتبعاته على العمل المصرفي والاقتصاد الوطني بالإيفاء ، ففي القرار الصادر من قبل قاضي الأمور المستعجلة الفرنسي ، قد قضت بإلزام المصرف المدعى عليه بتنفيذ العقد ودفع قيمة الحساب العائد للمدعين فوراً دون تأخير تحت طائلة غرامة إكراهية مقدارها ٢٠الف يورو عن كل يوم تأخير وذلك نقداً ووفق للوسيلة التي ترتضيها الدائنة المستدعية[١] .

وعليه فأن سلطة القاضي في تحقيق الواقعية في العقود الربحية مستنده الى أساسين وهما [٢]:

١- مراعاة القواعد الشكلية التي تحكم العلاقة من ناحية اختصاص قاضي الأمور المستعجلة للنظر في النزاعات الربحية من خلال ان يكون هنالك تعدٍ على الحقوق، فضلاً عن وجود خسارة مادية متحققة.

٢- مراعاة القواعد الموضوعية من خلال الاهتمام بالجانب الموضوعي أي بظروف وطبيعة النزاعات الربحية مابين الزبون والمتعامل معه، من خلال مراعاة الازمات المالية وتغيير أسعار العملة وسعر صرف الدولار في الدولة أو وجود ظروف استثنائية تمر بها البلاد من الممكن ان تؤدي الى اختلال التوازن المالي للعقد.

أي ان سلطة القاضي مقيدة بالنظر في الدعاوى موضع النزاع من خلال المعيارين الموضوعي او المادي والمعيار الشكلي او الذاتي. وما اكد هذا الامر ان حكم لقضيتين في القضاء الفرنسي والتي أخذت بذات التوجه من خلال القضية الأولى التي تتلخص وقائعها في: ((أصيب أحد الأشخاص أثناء قيادته لشاحنته، بجروح خطيرة في تصادم مع شاحنة أخرى تابعة لشركة نقل LARONZE- a Auvergne المؤمن عليها من قبل شركة التأمين mutuelle du mans وقد طلب فيها التضرر تعويضاً عن اصابته ، وقد انتهى القرار بمسؤولية شركة النقل وشركة التأمين وضرورة دفع تعويضات كامله للمتضرر . في حين أن محكمة الاستئناف في القضية كانت قد رفضت مبدأ التعويض الكامل المنصوص عنه في المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي، بسبب رفض المتضرر اجراء عملية

---

(١) cour de cassation, chambre civile 2 , 1997 , n, depourvoi93-10914, www.legifrace . gouv.fr.

(٢) د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد بالعربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨ ، ص ٧٨.

جراحية لتركيب طرف اصطناعي الامر الذي كان من الممكن ان يقلص من تفاقم حالته وبالتالي يخفض مبلغ التعويض، الا ان محكمة التمييز نقضت الحكم الاستئنافي معتبرة بأن المتضرر لم يكن ملزماً بالخضوع للتدخل الجراحي المقصود بتركيب الطرف الاصطناعي الذي طالبته به شركة النقل وشركة التأمين بهدف تخفيف الاضرار وحكمت له بمبلغ التعويض الكامل.

وقد أعتمد القاضي على معيار الواقعية من خلال مراعاة الظروف والملابسات المحيطة بوقوع الضرر وتقديره فقد أكدت ذات المحكمة الفرنسية السابقة الذكر في ١٩/ ٢٠٠٣/٦ على هذا المبدأ وقضت بموجبه حكم محكمة الاستئناف الذي قضى بالتعويض الجزئي للمتضرر على اعتبار بأنه كان يقضي عليه أي المتضرر ان يتدارك الامر ويعين مديراً مؤقتاً لإدارة المخبز ومنعته بذلك الإصابة التي تسبب بها الطرف الآخر في النزاع ، وقررت المحكمة أثناء النظر في الطعن المقدم بأن المميزة لا تلتزم بأي موجب تجاه الطرف المتسبب بالضرر من أجل تخفيف الخسارة ويكفي بالتالي وجود الصلة السببية بين الفعل الضار الذي أصابها ومجمل الخسائر التي تعرضت لها ليحق لها التعويض دون ان يترتب عليها أي موجب لتخفيف هذه الخسارة[١] .

وعليه يمكن ان نستنتج من خلال الحكمين السابقين أن محاكم الأساس قد اعترفت بمبدأ التخفيف من الضرر ، ولكن هذه القاعدة لم تجد مجالاً للتطبيق العملي لكونه يصطدم بموقف سلبي من قبل محكمة التمييز التي رفضت اعمال المبدأ بحجة الحفاظ على القوة الردعية للمسؤولية المدنية .

وأن الطرف المتضرر غير ملزم بالبحث عن كيفية التخفيف من الضرر بل يترتب على فاعله تحمل المسؤولية كاملةً وجبرها من خلال الزامة بدفع التعويض كاملاً، ولكن على الرغم من الموقف السلبي لمحكمة التمييز الفرنسية ، الا ان التعديل الذي جاء به مشروع كاتالا والذي طال المادة (١٣٧٣) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها : " في كل الأحوال التي يكون باستطاعة المتضرر أن يتخذ تدابير مؤكدة مناسبة ومعقولة للتخفيف من حجم خسارته أو تجنب تفاقمها ، فأنه على المحكمة أن تنقص مقدار التعويض الممنوح له إذا ما فشل في عمل ذلك الا في الأحوال التي يكون من شأن هذه التدابير المساس بسلامته الجسدية " ، وقد أيدت المادة (١٢٢٢) من قانون العقود الفرنسي الجديد الذي صدر بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦/١٣١ بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠ ذلك والتي جاء فيها : " يحق للدائن

---

[١] د. عزيز جواد هادي الخفاجي، دروس في المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، العراق ، ٢٠٠٨ ، ص ١٥٦.

ايضاً ، بعد اعذار المدين ، وخلال مدة وبكلفة معقولتين أن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام أو ان يزيل بترخيص مسبق من القاضي ماتم القيام به بالمخالفة لهذا الالتزام ، ويجوز له مطالبة المدين برد المبالغ التي انفقها لهذا الغرض . ويجوز للدائن كذلك ان يطلب من القضاء الزام المدين بتعجيل المبالغ اللازمة لهذا التنفيذ او تلك الازالة ".

اما في حالة الظروف العادية فأن الواقعية تحقق في حال حماية العقود الالتزامات بقواعد من صنع القضاء خاصةً في مجال التعامل المصرفي اذ أن القاعدة القانونية الأولى التي تحكم العلاقة مابين المصرف والزبون والتي فرضت بحكم طبيعة التعامل وبتدخل القضاء هي من اصل قضائي و بإرادة قضائية والتي يمكن ان تختصر بمبدأ التعاون الذي فرضة القضاء في العلاقات القانونية مابين الأطراف المتعاقدة .

والذي يمكن ان يستند الى معيارين في تحديد هذا القاعدة ،إذ يتمثل المعيار الأول بالمعيار الموضوعي فسيستند الى دراسة حكم كل واقعة على حدا حيث ان طبيعة العمل المصرفي او الطبيعية المهنية لهذه العقود تجعل المصرف ملتزم بالتعاون مع الأطراف وضرورة ان يكون العميل على معرفة ودراية بسعر العملات الوطنية والأجنبية فيلجأ في حال تغيير أسعار الصرف الى تحويل العملة بشرط ان لا يكون سيء النية عند فرضه للتعامل أي ان يكون قصده غير شريف وينوي الاستفادة من هذا التصرف على حساب المصرف عند ذلك يرتكب ضرراً نتيجة لإساءة استخدام الحق او السلطة التي يملكها ، وتأسيساً لذلك يتشدد القضاء في محاسبة المصارف عن الإهمال والاخلال بقاعدة حسن التنفيذ ، وعن اخلال بقاعدة الاستعمال المشروع على اعتبار ان مصرف شخصية محترفة في مجال التعاملات بما يمتلكه من الصلاحيات والامكانيات بالتي تجعل من وظيفته وظيفة خطرة في المجتمع الحديث ، وذلك لكون المصارف غالباً ما تتحمل المسؤولية القانونية سواء اكانت عقدية او تقصيرية ، إذ تكون المسؤولية تعاقدية في حال تقاعس المصرف عن تنفيذ التزاماته العقدية تجاه العميل وتجنب مراعاة الواقعية والتي تتمثل بالظروف المحيطة بطبيعة التعامل ، إذ ان امتناع المصرف عن تقديم كشف حساب من دون وجود مبرر قانوني يجعل المصرف مسؤولاً عن التوخي بواجب الحذر والحيطة والدراية وتجنب التعسف في استعمال الحق [١] .

---

[١] القاضي سامي بديع منصور ، عنصر الثبات وعامل التغيير للظروف الطارئة ، دار الفكر اللبناني ،بيروت ، ٢٠١٧، ص ٥٣٢.

اما فيما يتعلق بالمعيار الشخصي فهي تركز على العلاقة مابين المصرف والزبون وعليه لا يمكن ان يلزم الزبون والتعليمات الإدارية الخاصة بالمصارف ، الا ان القضاء الفرنسي حاول تبني فكرة الواقعية في هذه العلاقة من خلال بدأ المحكمة العليا في فرنسا بإعتبار القرارات الإدارية التي تصف حدث معيناً بإنه قوه قاهرة هو نوع من التعاميم التي لاتلزم طبيعة عمل القضاء اذ ان الأصل ان يظل حراً ومستقلاً في كافة الظروف وعليه فأن الواقعية التي يفرض ان تتبع وتؤثر على طبيعة التعامل ، وفي ذات الوقت تسمح للاجتهاد القضائي في التدخل لتحديد جسامة الفعل او التصرف القانوني من ناحية عدة قوة قاهرة او ظرف استثنائي من عدمه ، والذي يؤكد ذلك اعلان وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي Bruno le Maire بتاريخ ٢٠٢٠/٢/٢٨ ان مرض كرونا covid -19 المنتشر عالمياً من قبيل القوة القاهرة ، وفي ضوء ذلك اكدت الغرفة الثالثة التابعة لمحكمة التمييز الفرنسية بقرارها ذي العدد ٢٠٢٠/٣/٢٤ بأن ((الوصف الإداري لكارثة طبيعية المعطى بمرسوم او قرار لا يضفي بالضرورة على هذا الحدث بين اطرافة العلاقة التعاقدية في القانون الخاص صفة القوة القاهرة ، مع ان الواقع يثبت تمسك اطراف النزاع بهذا الوصف كونه صادراً عن سلطات محلية او تنظيمات دولية للاستفادة من وجود حالة القوة القاهرة وبأنها مؤشرات لقيامها)) [١]

وعليه يمكن القول بأن الواقعية القانونية مقيدة بنص القانون في مجال العقود المهنية ذات الصفة الربحية لكون ان القانون هو الأساس في رسم الحدود للمكنة التي يتملكها القاضي في الحكم من خلال مراعاة الجوانب الشكلية والموضوعية لاي قضية تعرض اليه ، الا ان التغييرات السياسية والاقتصادية تدعونا للبحث عن بدائل تمكن القاضي من توسيع صلاحياته خاصةً في ظل الازمات الاقتصادية وارتفاع سعر صرف الدولار في بلدنا العراق ، في ظل اختلاف قيمة الصرف مابين المصارف والبنوك الاهلية والحكومية الامر الذي أدى الى الاختلاف في طريقة التعامل وتحميل أحد الأطراف المتعاملة

---

[١] مما تجدر الإشارة اليه فأن هنالك أحكام قضائية مستمرة ولا تعتبر وجود ظروف معينة قوة قاهرة كإلغاء الرحلات الجوية بسبب وجود مرض معدً في مكان من المنوقع ان تهبط الطائرة في نطاقة، وعد اعتبار وباء الحمى من قبيل الظروف الطارئة ، الا انه واستثناء من القواعد العامة فقد تم اعتبار فيروس كرونا وباءً عالمياً وما تم اتخاذه من تدابير وقائية بشأن وباء كرونا ، فأن وصف المحاكم في قراراتها لوباء كرونا ليس التزاماً بقرارات الإدارة التي تبقيها في حقل التعاميم والتدابير الإدارية التي تلزم ولا تلزم القضاء بل قد يسترشد بها في إعطاء الوصف القانوني الصحيح للوقائع والاعمال المتنازع فيها فتكون هذه التدابير من ضمن الوقائع الاسترشادية وآلية الوصف القانوني الذي يتمتع به القضاء . د. أسماء عبد المحسن ضاحي ، فلسفة القانون في ضوء الفلسفة الاسكندنافية ، بحث متاح على الربط: https://journals.ekb.eg / تاريخ آخر زيارة ٨/٧/ ٢٠٢٤.

وزر هذا الاختلال او التوازن الاقتصادي كما يحدث في المجمعات الاستثمارية من خلال إختلاف الأقساط وتحميل الطرف المشتري مبلغ إضافي يسمى بفرق الزيادة الحاصلة في سعر صرف الدولار في السوق ، الامر الذي يتطلب تدخل تشريعي وقضائي بمنح القاضي دوراً أوسع من خلال تلك العقود وذلك للحفاظ على العدالة النسبية في توفير الامن القانون واستقرار التعاملات .

الخاتمة

وفي ختام بحثنا محل الدراسة توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات والتي سنبينها على النحو الآتي:

أولاً- الاستنتاجات:

١- تعرف القواعد المهنية ذات الصفة غير الربحية في نطاق الواقعية بأنها: قواعد فرضها التعامل المهني لتحكم هذه المهن وتحدد بقضايا العمل او بقضايا ممارسة مهنة المحاماة، او الهندسة، او الطب، او الصحافة والخ من هذه المهن.

٢- تعرف القواعد القانونية ذات الصفة المهنية او الربحية بأنها: قواعد قانونية تظهر عند التطبيق الواقعي للقانون من قبل القاضي، في المسائل ذات الصفة الربحية او المستعجلة كدور قضاء الأمور المستعجلة ودوائر التنفيذ في رسم القواعد المصرفية في علاقة المصارف مع الزبائن وكذلك حماية الملكية والحرية الفردية، فضلاً عن حماية العقود والالتزامات الارادية بقواعد قضائية ، أي ان الواقعية القانونية تتحقق في مجال العقود المهنية ذات الصفة الربحية من خلال الأمان أو الحماية القانونية للتعاملات المدنية ضد تقلبات السوق وأسعار العملات في الدول المختلفة.

٣- أن سلطة القاضي في تحقيق الواقعية في العقود الربحية مستنده الى أساسين وهما

وجوب مراعاة القواعد الشكلية التي تحكم العلاقة من ناحية اختصاص قاضي الأمور المستعجلة للنظر في النزاعات الربحية من خلال ان يكون هنالك تعدٍ على الحقوق، فضلاً عن وجود خسارة مادية متحققة، فضلاً عن مراعاة القواعد الموضوعية من خلال الاهتمام بالجانب الموضوعي أي بظروف وطبيعة النزاعات الربحية مابين الزبون والمتعامل معه، من خلال مراعاة الازمات المالية وتغيير أسعار العملة وسعر صرف الدولار في الدولة أو وجود ظروف استثنائية تمر بها البلاد من الممكن ان تؤدي الى

اختلال التوازن المالي للعقد، أي ان سلطة القاضي مقيدة بالنظر في الدعاوى موضع النزاع من خلال المعيارين الموضوعي او المادي والمعيار الشكلي او الذاتي.

ثانياً- التوصيات:

١- في ظل التغييرات السياسية والاقتصادية والقانونية والاجتماعية تدعونا للبحث عن بدائل تمكن القاضي من توسيع صلاحياته خاصةً في ظل الازمات الاقتصادية وارتفاع سعر صرف الدولار في بلدنا العراق ، في ظل اختلاف قيمة الصرف مابين المصارف والبنوك الاهلية والحكومية الامر الذي أدى الى الاختلاف في طريقة التعامل وتحميل أحد الأطراف المتعاملة وزر هذا الاختلال او التوازن الاقتصادي الامر الذي يتطلب تدخل تشريعي وقضائي بمنح القاضي دوراً أوسع من خلال تلك العقود وذلك للحفاظ على العدالة النسبية في توفير الامن القانون واستقرار التعاملات .

٢- في إطار العقود ذات الصفة المهنية يتطلب منح القاضي دوراً إيجابيا في عمله وذلك مع ضرورة توافر شرطين لتوسيع الاخذ بالواقعية القانونية من خلال ضرورة توافر شرطين وهما ضرورة وجود او تواجد علاقة قانونية مابين الطرفين في العقد والتركيز على الظروف الواقعية التي تحيط وتحكم العقد ، ففي هذا النوع من العقود المهنية يظهر بشكل جلي عدم ارتباطها بالإرادة المعبرة عن أطرافها أو بالتسمية التي يضيفها أطراف العلاقة على العقد ، وانما التركيز على الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد ، أي مراعاة الواقعية في العقود المدنية ، الامر الذي يؤدي الى الاتجاه نحو المرونة القانونية من خلال تطويع القواعد القانونية العامة بما يتناسب مع الأمور والمسائل المستحدثة في الوقت الحالي.

قائمة المصادر

أولا- الكتب العلمية :

١- د. بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد (دراسة مقارنة) ، دار وائل للنشر ، الأردن ، ٢٠١٠.

٢- د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد – انعقاد العقد واركان العقد ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، العراق ، ١٩٦٧.

٣- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١١.

٤- القاضي سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير للظروف الطارئة، دار الفكر اللبناني، بيروت، ٢٠١٧.

٥- د. عزيز جواد هادي الخفاجي، دروس في المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، العراق ، ٢٠٠٨.

٦- القاضي سامي بديع منصور، الواقعية في القانون (القضاء كمصدر أساسي للقاعدة القانونية الموجب القضائي في النظام القانوني اللبناني)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، بيروت، ٢٠٢٢.

٧- د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد بالعربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨.

ثانياً- البحوث العلمية:

١- د. اكرم محمود حسين البدو، د. محمد صديق محمد عبدالله، اثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلّية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد الثالث عشر، العدد التاسع والاربعون ، السنة السادسة عشر ، متاح على الرابط : https://alaw.mosuljournals.com/pdf_160 .

٢- د. أسماء عبد المحسن ضاحي، فلسفة القانون في ضوء الفلسفة الاسكندنافية، بحث متاح على الربط: https://journals.ekb.eg/ .

٣- د. هاني عبد العاطي عبد، المفاوضات واثرها على التوازن العقدي (دراسة مقارنة)، بحث متاح على الرابط :

google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahU

KEwjqzYbJ2d-
HAxWNBdsEHbjgBiEQFnoECBkQAQ&url=https%3A%2F%2Fmksq.jo
urnals.ekb.eg%2Farticle_65987_2c92677fbafa99167fccfa53efad671
. d.pdf&usg=AOvVaw3cFF2l0-jPhDrDbdfnercx&opi=89978449

ثالثاً- الرسائل والاطاريح الجامعية:

١-د. فارس حامد عبد الكريم العجرش، فكرة المعيار في القانون وتطبيقاتها في القانون (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.

٢-ليندا جابر، جزاء الاخلال بعقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بيروت العربية ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٢٠.

رابعاً- القوانيين:

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل .

٣- التقنين المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ والمعدل بالمرسوم الجمهوري لعام ٢٠١٦ ووفق آخر تعديل لعام ٢٠١٨.

خامساً- المصادر الأجنبية:

cour de cassation, chambre sociale,arretn374du 4 mars 2020 (19-13-316) : fr: 2020-so 00374, contrat de travial (formation du) www. Ciurdecassation . fr/jurisprudence_ 2 / chambre_ sociale _ 576/374_4_44522.html.

٢- cour de cassation, chambre civile 2 , 1997 , n, depourvoi93-10914, www.legifrace . gouv.fr.