شـروط مقـتضى العقـد

-دراسة مقارنة -

الأستاذ الدكتور
حيدر حسين كاظم الشمري
جامعة كربلاء - كلية القانون
المدرس المساعد
راسم عايد حسن
جامعة الفرات الأوسط التقنية - المعهد التقني النجف
rasm.hassan@atu.edu.iq

Terms of contract
- Comparative study -

Prof. Dr.
Haider Hussein Kazem
Karbala University College of Law
Assistant Lecturer
Rasem Ayed Hassan
Al-Furat Al-Awsat Technical University - Najaf Technical Institute

الملخص:-

لاشك بأن موضوع الشروط المقترنة بالعقد، يعد من المواضيع المهمة التي كانت ولا تزال تحظى بموقع متميز من التشريع الوضعي، وتعد محط أنظار الفقهاء والباحثين، وزاد من هذه الأهمية ما أستجد في عصرنا من المعاملات، وما تضمنته العقود من الاشتراطات التي دعت أليها تلك التطورات الحديثة، وسواء كان ذلك على مستوى العقود المبرمة داخليا أو دولياً.

فالالتزامات التي تنشأ عن العقد تتجسد من خلال ما يتم وضعه من شروط تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف المتعاقدة، بالإرادة الصريحة أو الضمنية، وفقاً لما أشارت له المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على جواز اقتران العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يكون ملائما له أو قد جرى به العرف والعادة، في حين بينت الفقرة الثانية من المادة ذاتها على جواز اقتران العقود بشروط فيها نفع لأحد المتعاقدين أو للغير، وأوجب عدم كونها ممنوعة قانوناً أو مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة.

الكلمات المفتاحية: مقتضى العقد، الشروط الجوهرية، الالتزام الرئيسي، الالتزام الثانوي، الشروط الماسة بمقتضى العقد، نطاق مقتضى العقد، اثار العقد، صحة شرط العقد.

Abstract:-

I doubt that the subject of the conditions associated with the contract is one of the important topics that were and still enjoy a distinguished position in the positive legislation, and are the focus of the attention of jurists and researchers, and this importance has been increased by the new developments in our era of transactions, and the conditions contained in the contracts called for by those recent developments. , whether at the level of contracts concluded internally or internationally.

The obligations that arise from the contract are embodied through the conditions set that were agreed upon by the contracting parties, with the express or implicit will, as indicated in Article of the Iraqi Civil Code (131)that the contract may be associated with a condition that confirms its requirements or is appropriate for it or It has been custom and custom, while the second paragraph of the same article indicated that it is permissible to associate contracts with conditions that benefit one of the contracting parties or others, and it is obligatory that they are not prohibited by law or in violation of public order or public morals.

Keywords: Contract requirements, essential conditions, main obligation, secondary obligation, critical conditions under the contract, scope of contract requirements, effects of the contract, validity of the contract condition.

المقدمة:

إن مقدمة هذا البحث ستكون متضمنة المحاور التالية.

أولاً: التعريف بموضوع البحث

يعد موضوع الشروط المقترنة بالعقد من المواضيع المهمة التي تنصب على ماهية العقد وما ينتج عنه من أثار، فضلاً عن كونها تؤدي إلى بيان مضمونه، فحتى يتم العقد لا بد من الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية فيه، لان الأخيرة هي التي تبين ما ألتزم به الطرفان وتحدد أيضا المقابل المتفق عليه والذي يجب الإيفاء به لكل منهما قبل الأخر، وبناءً على ذلك فالشرط الوارد في عقد معين يؤدي إلى تقيد الحكم المترتب عليه، تعديلاً أو إضافة أو تغييراً، متى كان ذلك الشرط صحيحاً، أما أذا كان باطلاً وكان هو الباعث الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والعقد معاً. ولما كان مقتضى العقد يعد أمراً لازماً في كافة العقود، فان التساؤل الذي هنا حول الشروط أو السمات الخاصة به؟

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث

إن من ابرز أسباب اختيار موضوع البحث هو تسليط الضوء على الشروط الماسة بمقتضى العقد وغير الماسة به، إضافة إلى تحديد السمات الخاصة بمقتضى العقد.

ثالثا: أهمية موضوع البحث

تكمن أهمية موضوع البحث بالدرجة الأساس بكثرة الشروط الواردة في العقود، ومدى أمكانية بيان المعايير المعتمدة في اعتبار الشرط ماساً بمقتضى العقد من عدمه.

رابعاً: منهجية البحث

لقد وجدنا انه من المناسب لتحقيق مرامي هذا البحث وإكمال معطياته، أن نعتمد فيه المنهج التحليلي المقارن، إذا سنبحث هذا الموضوع وفقاً لإحكام القانون العراقي والمصري والفرنسي.

خامساً: إشكالية موضوع البحث

إن من أهم إشكاليات موضوع البحث، هو خلو التشريع العراقي من النص الصريح

للشروط التي تدخل في نطاق الشروط الماسة بمقتضى العقد، لاسيما وان العقد يعد من أهم وسائل التعامل بين الإفراد في المجتمع، فهو وسيلة الفرد للحصول على غايته، وما يتضمنه الأخير من شروط عدة تحدد التزامات الأطراف المتعاقدة.

سادساً: خطة موضوع البحث

لقد وجدنا أن من المناسب تقسيم بحثنا على مبحثين، سنبين في الأول مفهوم الشروط والذي سيكون على مطلبين نبين في الأول تعريف الشروط، ونخصص الثاني لسمات مقتضى العقد، أما الثاني لتحديد نطاق الشروط الماسة بمقتضى العقد، والذي سيكون على مطلبين نبين في الأول الشروط غير الماسة بمقتضى العقد، ونخصص الثاني للشروط الماسة به

المبحث الأول

مفهوم الشروط

يعد الشرط أمراً خارجاً عن أركان التصرف القانوني، وغالباً ما يسعى الأشخاص إلى أضافته للعقود المبرمة بينهم، ويعد معبراً عن ما اتجهت أليه إرادة الأطراف في ترتيب أحكام معينة يرومون تحقيقها من وراء ذلك، حيث يكون لهذه الشروط أثرا مباشراً على نتائج التصرفات القانونية كافة لاسيما العقود منها، فتحديد معنى الشروط له من الأهمية في مجال بحثنا كونها تعد من المصاديق المهمة المعبرة عن الإرادة، والمتضمنة رغبة من سعى لوضعها في إضافة حكم معين أو تغيره أو تعديله، على أن يكون ذلك ضمن الأطر القانونية و الحدود التي رسمها المشرع هذا من جانب، ومن جانب أخر فأن تحديد خصائص أو سمات مقتضى العقد له من الأهمية ايضاً، فمن خلال بيان السمات الرئيسة للمقتضى يتضح لنا مدى تأثير الأخير في الشروط المقترنة بالعقود كونه يعد من الضوابط أو المحددات المهمة في هذا المجال.

ومن اجل الإحاطة بتفاصيل ما تقدم ذكره سنقسم هذا المبحث على مطلبين نوضح في الأول تعريف الشروط بشكل عام، ونخصص الثاني لسمات مقتضى العقد.

المطلب الأول

تعريف الشروط

إن الشروط بشكل عام لها أكثر من دلالة في الفقه القانوني منها:

١- قد يأتي الشرط بمعنى ما أوجبه أو ما أراده المشرع لغرض ترتيب أثار قانونية معينة كاشتراطه الأهلية المحددة للأطراف المتعاقدة لصحة العقد، أو اشتراط المشرع كون التراضي صحيحاً غير مشوب بعيب معين من العيوب المؤثرة فيه، وأشتراط حياة الموصى له بعد وفاة الموصي، أو اشتراط موت المورث لاستحقاق الورثة حقهم في التركة أو المال المورث، فالشروط في الأمثلة الواردة أعلاه والمفروضة من قبل المشرع لا يمكن قيام الحق بدونها وتعد عنصر من عناصر الحق ذاته فتمثل أوضاع قانونية معينة يقررها القانون ويرتب عليها أثار معينة دون أن يكون لها اثر رجعي[١].

٢- وقد يأتي الشرط بمعنى الأحكام المتفق عليها من قبل الأطراف المتعاقدة، كأتفاق البائع والمشتري على تقسيط الثمن أو تعجيله أو تأجيله، أو اتفاقهما على تسليم المبيع في مكان معين، أو تحمل احدهما نفقات تسليمه، ويمكن أن يطلق على هذه الشروط وفقاً لهذا المعنى بنود العقد[٢].

٣- ويراد بالشرط أيضاً بأنه آمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله[٣]، ويعد الشرط طبقاً لهذا المعنى وصفاً في الالتزام، ومن ثم فان إرادة المتعاقد في حالة كونه وصفاً لا يكون لها دوراً مهماً في تحديد وقت تحقق الشرط[٤]، فيكون شرطا واقفاً أذا كان معلق عليه نشوء الالتزام[٥]، وفاسخاً أذا كان معلق عليه زواله[٦].

٤- كما قد يقصد بالشرط من جانب أخر جميع العناصر اللازمة لانعقاد العقد، أو الحكم الذي يتفق عليه الطرفين المتعاقدين صراحة أو ضمناً، بخصوص جزئية من جزيئات العقد[٧].

٥- كما عرف أيضا بأنه ما يضمنه المتعاقدين في اتفاقاتهم وما يصدر عنهم من تصرفات قانونية ويعد الغرض منه تحديد مضمون التصرف أو تقييده على وجه معين دون

غيره ويكون ضمن بنود العقد متضمناً إضافة التزامات معينه على احد أطراف العقد أو كليهما[٨].

ومن الجدير بالذكر أنه لا يمكن مطالبة المدين بتنفيذ ما التزم به من شروط بمقتضى العقد المبرم بينهما، ألا أذا كان ذلك العقد صحيحاً من حيث أركانه التراضي والمحل والسبب، فضلاً عن الشكلية الخاصة به، أذا تتطلب القانون ذلك، كالتسجيل في مديرية التسجيل العقاري في حالة كون العقد منصباً على بيع عقار، كما أن الشروط العقدية والمؤدية إلى تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء أو التشديد أو التخفيف قد يكون منصباً على مضمون الالتزامات التي يتحملها المدين، كاتفاق الأطراف في عقد البيع على تسليم المبيع دون ملحقاته، أو الاتفاق على تحمل المؤجر للترميمات الضرورية للعين المؤجرة في عقد الإيجار، هذا من جانب، ومن جانب أخر قد يكون التعديل متعلقاً بالمسؤولية العقدية دون التعرض لمضمون الالتزام العقدي[٩].

نخلص من خلال ما تقدم إلى أن الشروط المتفق عليها أيا كان نوعها، سواء كانت منصبة على تحديد مضمون الالتزام أو متعلقة بتعديل أحكام المسؤولية العقدية لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال متضمنة الإعفاء من مقتضى العقد، لأن الإعفاء منه يؤدي إلى بطلان العقد أو تحوله إلى نوع أخر من العقود وبالشكل الذي يجيزه القانون، كالاتفاق على إعفاء البائع من التزامه بنقل الملكية، أو الاتفاق على إعفاء المشتري من التزامه بدفع الثمن.

كما أن الشرط يتميز بخصائص معينه تتمثل بكونه أمر مستقبلي محتمل الوقوع، إضافة إلى أن التعريفات المتقدم ذكرها لم تشر إلى أنواع الشرط من حيث كونه صحيحاً أو باطلاً رغم أن بعضها قد ركز على الغرض من أدراج الشرط، ولا يوجد ما يشير إلى الأثر المترتب على مخالفته، ونعتقد بأن ما ذهب له بعض من الفقه في تعريفه للشرط بأنه[١٠]: (التزام بأمر مستقبل ممكن ومشروع يضيفه المتعاقدين إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به حكم العقد تعديلا أو تغييراً أو إضافة)، هو الأقرب للصحة، فنجد هذا التعريف قد تضمن ثلاثة جوانب هي:

١- أن الشرط أمر مستقبلي، ومؤدى ذلك كون الشرط يعد أمراً لاحقا للعقد، لا معاصراً لإبرامه ولا سابقاً عليه "ماضياً"، كما في حالة الوعد بجائزة لمن يعثر على

شخص مفقود أو مال مفقود، أو من يفوز بسباق معين أو من ينجح في امتحان معين، فلا يجوز أن يكون أمراً ماضياً أو حاضراً، وان كانا طرفي الالتزام يجهلان وقت التعاقد وقوعه من عدمه، ففي حالة المثال المتقدم والمتضمن الوعد بجائزة، فأن كان الأمر محققاً، فالتزام الواعد هو التزام منجز غير معلق على شرط، و أن كان غير متحقق فالالتزام غير موجود أصلاً ومن ثم لا يعد معلق على شرط[١١].

٢- مشروعية الشرط[١٢]، حيث تعد الأخيرة بمثابة الإشارة إلى أنواع الشرط من حيث كونه صحيحاً أو باطلاً هذا من جانب، ومن جانب أخر فالمشروعية تأتي بمعنى الموافقة القانونية، بوجوب عدم كون الشروط ممنوعة قانوناً أو مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة.

٣- إمكانية الشرط أو القدرة على تنفيذه[١٣].

وتجدر الإشارة إلى انه من غير الممكن الاتفاق على إعفاء المتعاقد من الالتزامات التي تعد من قبيل مقتضى العقد لان الإلزام على تنفيذ المقتضى يعد من العناصر المهمة في العقد المبرم فاستبعاد ما من شأنه تحديد طبيعة العقد وماهيته يؤدي إلى تغير نوع العقد ومضمونه[١٤].

ومن غير ذلك لا يمكن أن يتحقق مقتضى العقد أو الغرض الأساسي منه[١٥].

حيث أن الاتفاق على شرط معين في عقد معين، يعد سبيلا لإضافة التزامات أخرى على المقتضى ومن ثم يؤدي إلى تعديل الآثار الأصلية فيه، ألا أذا كان ذلك الشرط قد جاء لتأكيد أو تقرير ما أثبته العقد في ذاته من أحكام كاشتراط تسليم المبيع في عقد البيع أو اشتراط التملك فيه.

وبصدد تحديد معنى الشروط فلابد من الإشارة إلى الشرط المقترن بالعقد، وهو الشرط الذي يعد زائداً عن أصل العقد يلزم به المتعاقد في العقد المبرم، وقد يكون متعلقاً بمحل العقد غالبا أو مرتبطاً بسببه الدافع إلى التعاقد[١٦].

فالمشرع العراقي قد تعرض للشرط المقترن بالعقد، وأورد نصاً قانونياً يتضمن إجازته مبيناً حكمه وذلك من خلال نص المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه: (١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف

والعادة. ٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير أذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفا للنظام العام أو للآداب وألا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً).

يتضح من خلال نص هذه المادة أن الشروط المقترنة بالعقد تنقسم إلى شروط صحيحة وأخرى باطلة، والشرط يعد باطلاً أذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة وكان السبب الدافع إلى التعاقد[١٧]، ومن ثم فان الشروط تنقسم إلى الأقسام التالية:

أولاً: الشرط الذي يعد من مقتضى العقد.

وهو الشرط الذي يكون منسجماً مع حكم العقد أو مؤكداً ومبيناً لحكمه، وعلى الوجه الذي لا يأتي فيه المتعاقدان بشيء جديد يضيفانه على حكم العقد[١٨]، بمنى أخر هو الشرط الذي يؤكد الأثر الأصلي للعقد، فلا مانع من تضمين العقود شروطاً تؤكد الآثار الأصلية لها[١٩]، ولا شك بأن وجود ما يعد من هذه الشروط كعدمه، حيث أن الأثر المترتب على اشتراطها هو اثر من أثار العقد، ثابت بحكم العقد ولازم من غير اشتراط، كاشتراط تسليم المبيع أو دفع الثمن أو الأنفاق على الزوجة[٢٠]، ويعد هذا الشرط من الشروط الصحيحة والمعتبرة ويجب الوفاء به.

ثانياً: الشرط الملائم للعقد.

يقصد بالشرط الملائم للعقد بأنه كل شرط لا يقتضيه العقد، ألا انه ينسجم مع مقتضيات العقد ويعد ملازماً لها من حيث كونه مؤكداً أو موثقاً لما جاء به العقد من أحكام[٢١]، كاشتراط تقسيط الثمن في عقد البيع أو اشتراط تعجيل الأجرة في عقد الإيجار، فهذه الشروط من الممكن أن تسمى بالشروط التي تعد من مصلحة العقد، كالبيع بشرط الخيار لمدة معلومة، فلا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية، سواء كان الخيار لأي من المتعاقدين أو لهما معاً أو لأجنبي عنهما[٢٢] ويعد هذا الشرط من الشروط الصحيحة والمعتبرة ويجب الوفاء به.

ثالثاً: الشرط الذي جرى به العرف والعادة.

وهو الشرط الذي جرى التعامل به بين الناس أو اعتادوا عليه في أمور تعاملهم[٢٣]، ويجب عدم مخالفة هذه الشروط لنصوص القانون وللنظام العام والآداب العامة، ومن

الممكن أن يدخل ضمن مفهوم هذا الشرط، الشروط التي يسوغها القانون والشرع كخيار الرؤيا وخيار العيب وخيار التعيين وغيرها[٢٤].

المطلب الثاني

سمات مقتضى العقد

إن العقد المبرم المستكمل لأركانه والمستوفي لشروطه يتمتع بالقوة الملزمة، والتي غالباً ما يكون مصدرها الإرادة الحرة المتجهة نحو إبرامه، فالأخيرة هي من جعلت أطراف العقد ملزمين بالنتائج التي يرتبها القانون، فإرادة الأطراف المتعاقدة هي التي تنشئ العقود، والقانون هو من يرتب ما للعقد من أحكام وأثار، ولا شك بان الإرادة لابد وان تكون منسجمة مع مقتضى العقد، لان مخالفته تعد مخالفة الالتزام الرئيس فيه.

فالتساؤل الذي يثار هنا حول السمات الخاصة بهذا المقتضى؟ للإجابة على هذا التساؤل ولغرض تحديد الخصائص أو السمات المومأ أليها فان الأمر يتطلب التمعن في نصوص المواد القانونية المرتبطة بهذا الموضوع لنخلص من خلالها إلى الآتي[٢٥].

أولاً: مقتضى العقد يحدد طبقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين.

إذا تم الاتفاق على عقد ما فان ما تم الاتفاق عليه يعد بمثابة القانون لمن تعاقد معه[٢٦]، وبناءً على ذلك فأن إرادة الطرفين المتعاقدين متى كانت واضحة وصريحة، لا يكون بوسع القاضي استبعاد تطبيقها[٢٧]، كما لا يكون بمقدوره أيضا استبعاد ما تم الاتفاق عليه من شروط، والتي من شأنها أن تمس مقتضى العقد[٢٨].

حيث أن لسلطان الإرادة دوراً هاما في تحديد مقتضى العقد فعندما تتجه إرادة الأطراف إلى أبرام عقد بيع مثلاً، فان من مقتضياته نقل الملكية[٢٩]، وهذا يعد الالتزام الرئيسي أو الجوهري في العقد المذكور، كما يعد تسليم المبيع وهو بمثابة الالتزام الثانوي من مقتضيات العقد ذاته أيضاً ولا شك بأن ذلك قد حدد بإرادة الأطراف المتعاقدة وعلى خلاف ذلك عندما يكون العقد المبرم عقد أيجار أو غيره من العقود، فان مقتضاه يختلف عن مقتضى العقد الأول، فيكون المقتضى في العقد الأخير نقل المنفعة وليس نقل الملكية، ويترتب على ذلك أن المتعاقد لا يلزم ألا بما تضمنه العقد من التزامات، ومن الجدير بالذكر أن تحديد مقتضى الالتزام العقدي مرتبط بتنفيذ العقد، ومقيداً بمضمونه أي انه مقيد بطبيعته[٣٠].

وهناك من يرى أن تنفيذ العقود وفقا للمقتضى الخاص أو المحدد لكل عقد من العقود، يستند إلى مبدأ التعاون، والذي يتجسد بأن الأطراف المتعاقدة تكون شكلاً من أشكال المجتمع الصغير حيث يلتزم كلاً منهم بالعمل على تحقيق هدف معين يمثل مجموعة الأهداف الفردية الخاصة لكل المتعاقدين، وبناءً على ذلك أسس جانب الفقه بعض الالتزامات الملقاة على عاتق احد المتعاقدين أو كلاهما، تجسيداً لفكرة التضامن[٣١].

ومن ابرز الالتزامات التي أسسها الفقه المدني طبقاً لهذا المبدأ، هي الالتزام بالإعلام والالتزام بالتحذير والالتزام بضمان السلامة، حيث يستند الالتزام الأول على فكرة توفير العلم الكافي لأحد المتعاقدين لكل ما يرتبط بموضوع العقد، ولا شك في أن هذا الالتزام قد جاء لمعالجة ظاهره نتجت عن التطورات السريعة، والتي تتمثل بخلل التوازن المعرفي بين المتعاقدين، حيث يعد احدهما أقل خبرة ومعرفة في مواجهة الطرف الأخر الذي يمتلك الخبرة والمعرفة الكافية بخصائص المنتج وطرق استعماله[٣٢].

وفيما يخص الالتزام بالتحذير، فأنه يتركز بفكرة مقتضاها ألزام المهني المتخصص بالتدخل بشؤون من تعاقد معه لتحذيره من المخاطر التي قد تحدث نتيجة لاستعماله المنتج، سواء كانت هذه الخطورة ناتجة من الطبيعة الخاصة لمحل العقد أو من الظروف المحيطة بتنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد، وإرشاده إلى الوسائل الكفيلة بتوقي تلك المخاطر[٣٣].

أما الالتزام بضمان السلامة فيقصد به الالتزام الذي يهدف إلى توفير الأمان للمتعاقد في مواجهة المخاطر التي يشتمل عليها العقد[٣٤]، وتجدر الإشارة إلى أنه يتخذ معاني متعددة بحسب نوع العقد المقصود فيقصد به ضمن نطاق العقد الطبي بأنه الالتزام بعدم تعريض حياة المريض لأي أذى معين جراء ما يستخدم من أجهزة وأدوات أو ما يوصف من أدويه[٣٥].

ثانياً: سعة أو شمولية مقتضى العقد.

إن مقتضى العقد له من الشمولية والسعة، ليستوعب ما يعد التزاماً أصلياً في العقد المبرم وما يعد التزاماً ثانوياً فيه، وينقسم الالتزام الرئيسي إلى التزام رئيسي بطبيعته والتزام رئيسي بإرادة الأطراف ويقصد بالأول بأنه ذلك الالتزام الذي لا وجود للالتزام بدونه على الشكل الذي حدده القانون بحيث أن العقد يفقد تسميته القانونية المميزة له أذا ما تم إعفاء الأطراف منه، كالتزام البائع بنقل الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن[٣٦]، أما الالتزام

الرئيسي بإرادة الأطراف هو ما اتجهت أليه إرادة الأطراف باعتباره التزاماً رئيسياً[٣٧]، كما ويشمل مقتضى العقد ما يعد التزاما ثانوياً كالتسليم في عقد البيع.

ثالثاً: إلزامية تنفيذ مقتضى العقد.

إن هذه السمة تعد مستندة في وجودها إلى ما تقدم من سمات، فلما كان مقتضى العقد يتضمن الالتزام الرئيسي والالتزام الثانوي، فلا شك بأن إجبارية تنفيذ هذه الالتزامات يعد أمراً حتمياً مسلم به، ومن ثم فأن مقتضى العقد هو لازم التنفيذ. وتجدر الإشارة إلى أن الأصل في تنفيذ مقتضى العقد هو التنفيذ الاختياري أو الطوعي، وفي حالة عدم تحققه يبرز عنصر الإجبار أو الإلزام على التنفيذ[٣٨].

المبحث الثاني

تحديد نطاق الشروط الماسة بمقتضى العقد

سبق وان تمت الإشارة إلى أن هناك بعض الشروط التي تؤدي إلى المساس أو التعديل بالآثار الأصلية للعقد ومن ثم فإنها تدخل ضمن نطاق الشروط الماسة بمقتضى العقد، وشروط أخرى تخرج عن هذا النطاق ولا تحدث تعديلاً أو تغيراً بأثر العقد الأصلي.

ومن اجل الإحاطة بما تقدم وتحديد معالم هذا الموضوع، سنقسم هذا المبحث على مطلبين نوضح في الأول الشروط التي لا تمس مقتضى العقد، ونتطرق في الثاني إلى الشروط التي تمس مقتضى العقد.

المطلب الأول

الشروط غير الماسة بمقتضى العقد

لا شك بأن كل ما يقترن بالعقد من شروط، سواء كانت مؤدية إلى تعديل الآثار الأصلية أو الأساسية له، أو غير ذلك من الشروط تكون متسمة بسمة التبعية، وتعد زائدة عن أصل العقد فالتبعية أمر ملازم للشرط، ومقتضاها أن الشرط يرتبط بالالتزام الأصلي وجوداً وعدماً وصحة وبطلاناً، ولا يمكن أن يعد الشرط بأي حال من الأحوال من الأركان الخاصة بالعقد سواء كان واقفاً أم فاسخا مقترناً بالعقد من عدمه.

وقد ذهب بعض من الفقه إلى أن الشروط تعد من عناصر العقد العرضية أو الإضافية،

لأنها لا تدخل في تكوين العقد، وإنما تقحم عليه إقحاماً، فتعد بالنسبة له بمثابة العناصر الثابتة فيه تحكم كيانه وتطبعه بطابع خاص، فهي من صنع المتعاقدين أو جعلهم وليست من عمل المشرع فيمكن تسميتها حينئذ بالشروط الجعلية[٣٩]، وإذا كنا إزاء تحديد الشروط التي لا تمس مقتضى العقد، فان هذه الشروط تكون أما مقررة أو مؤكدة لما جاء في العقد من أحكام. لان مقتضى العقد يعد موجوداً في حالة وجود مثل هذه الشروط أو من دونها، كما لو اشترط المستأجر بعقد الإيجار أن يسكن في العين المؤجرة من يشاء، فيعد هذا أمراً خارجاً عن مقتضى العقد ويكون مؤكداً لما جاء في العقد من أحكام، واشتراط المشتري في عقد البيع تقسيط الثمن أو تأجيله[٤٠].

وقد يثار التساؤل حول البنود العقدية المفترضة[٤١]، والموضوعة من قبل المشرع من خلال وسائل قانونية مختلفة ومتعددة، ولاعتبارات أرادها المشرع، والتي قد تشمل جميع أنواع العقود أو تختص بطائفة محددة منها[٤٢]، وكيفية تأثيرها على مقتضى العقد، أو المساس به؟

بداية يمكن القول بأن البند العقدي المفترض يتميز بالخصائص التالية: -

١- انه موضوع من قبل المشرع[٤٣].

٢- انه جاء لتحقيق مصلحة عقدية عامة.

٣- يكمل ما فات المتعاقدين ذكره في العقد، ويعبر عن وجهة نظر المشرع في البند المذكور.

٤- أن البند العقدي المفترض يعد بمثابة القواعد الإمرة أو الملزمة، فلا يمكن للمتعاقدين الاتفاق على خلافه أو استبعاد تطبيقه.

من خلال ما تقدم من خصائص يمكن أن يتضح المعنى المقصود من البند العقدي المفترض حيث لا ضرورة إلى النص عليه من قبل المتعاقدين كونه يعد مفترضاً، ولما كان مقتضى العقد يتمثل بالالتزام الرئيسي في العقد، والذي يعد مختلفاً من عقد لأخر، فان البند العقدي المفترض لا يؤدي إلى المساس به، كونه قد جاء تعبيراً عن وجهة نظر المشرع ولغرض تحقيق مصلحة عليا، مع مراعاة ما ترك المشرع للقاضي من سلطة تقديرية لتحقيق الغرض الذي نشأ من اجله العقد، وبما يتفق مع روح القانون[٤٤]، إضافة إلى أن البنود المفترضة

تكون في الغالب مقررة أو مؤكدة لما جاء في العقد من أحكام وبهذا تخرج من نطاق المساس بمقتضى العقد، كما في حالة عدم جواز تأجير دار سكنى لغرض ممارسة الدعارة أو لعب القمار وذلك استنادا لنص المادة (١/٩٧٥) من القانون المدني العراقي التي أوجبت بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان.

وقد أسس القانون المدني الفرنسي على مسألة مشروعية البنود العقدية، إضافة إلى كون الغرض من العقد مشروعا أيضاً، استناداً لنص المادة (١١٦٢) من قانون العقود الجديد التي أشارت إلى وجوب عدم مخالفة العقد للنظام العام في بنوده أو غرضه سواء كان معلوماً أو غير معلوم من الأطراف[٤٥].

وهناك من يرى أن بعض الشروط لا تمس مقتضى العقد[٤٦]، وان كانت معدلة لالتزام احد المتعاقدين أو كلاهما، كونها تعد ثابتة بحكم القانون، كما في حالة الاتفاق على تعديل الأحكام الخاصة بضمان التعرض والاستحقاق فيتحول الضمان من القانوني إلى الضمان ألاتفاقي أو المشروط[٤٧].

كما ويخرج من نطاق الشروط التي تمس مقتضى العقد الشروط المؤدية إلى تعديل الالتزام الثانوي في العقد، كما في حالة الاتفاق على تعديل زمان ومكان تسليم المبيع في عقد البيع، فلا شك بأن مقتضى العقد يوجب التسليم، ألا أن تعديل زمانه ومكانه لا يمس المقتضى، كونه لا يؤدي إلى انعدام تسليم المبيع، ومن ثم لا يمس مقتضى العقد، وقد يتبين لنا ذلك من خلال ما أشارت له المادة (١/٥٤١) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه: (مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد. وإذا كان المبيع منقولا ولم يعين محل وجوده اعتبر مكانه محل إقامة البائع)[٤٨].

وقد يثار التساؤل ايضاً حول الشروط المنصبة على تعديل أحكام المسؤولية العقدية وكيفية تأثيرها على مقتضى العقد؟

للإجابة على التساؤل أعلاه نشير إلى أن أحكام المسؤولية العقدية ليست من النظام العام، ومن ثم فان المشرع قد أجاز الاتفاق على ما يخالفها[٤٩]، رغبة منه في إجازة الأطراف المتعاقدة بإحداث أثار جديدة في العقد المبرم. ولا شك بأن تعديل أحكام المسؤولية العقدية يكون تخفيفا أو تشديدا وفقاً للاتفاق الحاصل بين أطراف العقد. ففي عقد البيع مثلا قد

يشترط البائع براءته من كل عيب يوجد في المبيع، فيعد هذا الشرط صحيحاً ولا يكون البائع ضامناً لأي عيب حتى لو كان عالما بوجوده، شرط أن لا يكون الأخير قد تعمد إخفائه[٥٠].

وبما أن التعديل المنصب على التزام البائع بضمان العيوب الخفية لا يغير من الالتزام الأصلي لعقد البيع ولا يمس الالتزامات الرئيسية الملقاة على عاتق كلا الطرفين، يمكن القول بأنه يخرج من نطاق الشروط التي تمس مقتضى العقد.

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن المعيار المعتمد في تحديد الشروط غير الماسة مقتضى العقد هو عدم المساس بالالتزام الرئيسي آو الأصلي في العقد تعديلاً أو تغيراً ، كما في حالة الاتفاق على نفي البدل في عقد البيع فانه يمس مقتضى العقد ويحوله من بيع إلى هبه وهكذا بالنسبة للعقود كافة.

وطبقاً للمعيار المذكور أعلاه يمكن أن نحدد ما يخرج من نطاق الشروط الماسة بمقتضى العقد وهي:

١- البنود العقدية المفترضة.

٢- الشروط التي تؤدي إلى تعديل بعض الالتزامات الثانوية في العقد كما في حالة تسليم المبيع في عقد البيع مثلاً.

٣- الشروط المؤدية إلى تعديل بعض الضمانات المقررة، كما في حالة الاتفاق على تعديل ما يخص ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وبعبارة أخرى الاتفاقات المؤدية إلى تعديل أحكام المسؤولية العقدية، ولعل ما تقدم ذكره من شروط هي في المجمل العام شروط مقررة أو مؤكدة لما جاء في العقد من أحكام.

المطلب الثاني

الشروط الماسة بمقتضى العقد

سبق وان بينا الشروط التي لا تمس مقتضى العقد، وتقدم القول عن المعيار المحدد في تمييزها عن غيرها، وعليه فلابد من التطرق إلى النوع الآخر من الشروط وهي الشروط التي تمس مقتضى العقد، أو تدخل في نطاق الشروط الماسة به. وغالباً ما تكون هذه الشروط مغيرة أو معدلة للالتزامات الأساسية أو الأصلية للعقد، فلا تكون مؤكدة أو مقررة لما جاء

في العقد من أحكام.

وتجدر الإشارة إلى أن تقييد حكم العقد يكون على ثلاثة صور، التعديل أو الإضافة أو التغيير. والأول ينقسم إلى قسمين أما تعديل الكيفية التي يتم بها تنفيذ الالتزامات المترتبة على أبرام العقد كالشرط المنصب على تعديل زمان ومكان دفع الثمن وتسليم المبيع في عقد البيع، وأما أن يكون بتعديل مدى الالتزامات الناتجة عن العقد كشرط تعديل التزام البائع بضمان العيوب الخفية.

أما الصورة الثانية وهي الإضافة إلى حكم العقد فتنقسم إلى ثلاثة أقسام وكما يلي[٥١]:

الأول: يتجسد بإضافة التزام إلى التزامات من يقع الشرط على عاتقة بموجب العقد أصلا، بحيث يكون من شأن هذا الشرط نقل عبء الالتزام من شخص لأخر بشكل كلي أو جزئي، كما في البيع بشرط الخيار الذي يمكن من اشترط له الخيار فسخ العقد أو إمضائه خلال المدة المتفق عليها.

الثاني: إضافة التزام إلى التزامات المشروط عليه يؤدي إلى منع المتعاقد من ممارسة احد الحقوق الناتجة عن العقد كشرط المنع من التصرف وفقا للإحكام الخاصة به[٥٢].

الثالث: إضافة التزام إلى التزامات المشروط عليه لا يرتبه العقد أصلاً، وهذا الالتزام المضاف قد يكون التزاماً إيجابيا يتمثل بتقديم رهن أو كفالة أو غيرها من الالتزامات التي يكون محلها التزام بالقيام بعمل، وقد يكون التزاماً سلبياً كالتزام بالامتناع عن ممارسة نوع محدد من النشاط وفقاً للإحكام الخاصة بذلك.

وفيما يخص الصورة الثالثة من صور تقييد حكم العقد وهو التغير، ويقصد به تغيير حكم العقد وذلك من خلال اشتراط حكم مغاير للحكم الذي ينشأ عن العقد، نعتقد بان هذا النوع من الشروط يمس مقتضى العقد ويدخل في نطاق الشروط الماسة به، كما في حالة اشتراط عدم دفع الثمن في عقد البيع، أو عدم استعمال الأرض المبيعة، وعدم سكنى الدار في عقد الإيجار، كما سنوضح لاحقاً.

وتأييداً لذلك ما ذهب أليه المشرع الفرنسي وعلى وجه التحديد ما أشارت له المادة (١١٧٠) من قانون العقود الجديد التي نصت على انه: (يعتبر كأن لم يكن كل شرط يفرغ

الالتزام الأساسي للمدين من مضمونه) وبهذا يتضح أن البند الوارد في العقد والذي يعيق تنفيذ الالتزام الجوهري أو يفرغه من محتواه يعد كان لم يكن، على اعتبار أن هذا الشرط يمس الالتزام الأساسي في العقد المبرم(٥٣).

وعند التطرق لموقف من كل من القانونين العراقي والمصري، يتضح لنا عدم تطرقهما إلى فكرة مقتضى العقد، وقد تمت الإشارة إلى ما يرتبط بهذا الجانب.

ولم نجد ما يشير إلى موضوع الشروط المخالفة لمقتضى العقد، فضلاً عن ذلك لم يرد في القانون المدني المصري نص مشابه لنص المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي، وطبقاً لهذا النص وحسب ما ذهبت له الفقرة الأولى منه، أجاز المشرع صراحة الشروط المؤكدة لمقتضى العقد. ولم نجد على حد ما اطلعنا عليه من مصادر، معياراً يميز بين الشروط الماسة بمقتضى العقد عن تلك التي لا تمسه ونعتقد بان المعيار الذي اشرنا أليه سابقاً هو المعتمد للتمييز بينهما، حيث تبقى فكرة المساس بالالتزام الرئيسي في العقد هي التي يمكن من خلالها التفريق بينهما.

وقد يثار التساؤل فيما إذا كان ممكناً الإعفاء من الالتزام الرئيس في العقد؟

للإجابة على التساؤل أعلاه نشير إلى أن انعقاد عقد ما يستلزم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه، فهذه المسائل هي التي تحدد ماهية العقد المنشود وتحدد أيضا الالتزام الذي يلتزم به كل طرف قبل الأخر(٥٤)، ألا أن هناك من يذهب إلى أن القاضي يستطيع أن يحدد المسائل الجوهرية استناداً للقواعد القانونية العامة، وبالنظر للهدف الاقتصادي الذي سعى المتعاقدين لتحقيقه، فيقوم بتحديد الالتزامات اللازمة لتحقيق الهدف من العقد كما في حالة المقابل في عقد المعاوضة بوصفة التزاماً رئيسياً(٥٥).

ونعتقد بأن هذا الرأي غير متفق مع ما ذهبت أليه المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي والتي أشارت وبشكل صريح إلى الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد، فلم يشر النص المذكور إلى بعض المسائل الجوهرية(٥٦). وفيما يخص القانون المدني الفرنسي فقد ذهب إلى أن مفهوم العدالة التعاقدية لا يتمثل بتوازن الاداءات التي يلتزم بها المتعاقدين(٥٧)، وإنما ذهب إلى أن الالتزام بتنفيذ الالتزام الرئيسي في العقد يعد الأساس في مراقبة مدى تحقيق التوازن التعاقدي، وهو ما يؤدي إلى تحقيق مفهوم العدالة العقدية(٥٨).

نخلص من خلال ما تقدم أن الالتزام الرئيسي في العقد هو الذي يميزه عن غيره من العقود ويمثل جوهره، فلا يمكن أن يرد في العقد ما يمكن من خلاله الإعفاء من هذا الالتزام، فعلى سبيل المثال العقود التي يكون فيها الالتزام الرئيسي قيام بعمل أو الامتناع عمل، كعقد العمل وعقد الوكالة وعقد المقاولة فهذا الالتزام لا يمكن الإعفاء منه، ولا يمكن أن يؤدى دون مجهود يبذل من جانب المدين به فيعد مصدر الم وتعب بالنسبة له[٥٩]، كذلك الحال في العقود التي يكون فيها الالتزام الرئيس هو امتناعاً عن عمل، فلا يمكن الإعفاء من هذا الالتزام كما في حالة عقد الصلح.

ولا يعد الأمر مختلفاً بالنسبة لبقية العقود الأخرى كما في عقد البيع، فلا يمكن الإعفاء من الالتزام بنقل الملكية ودفع الثمن.

الخاتمة:ـ

أولاً: النتائج

١- توصلنا من خلال البحث إلى أن الشروط المتفق عليها أيا كان نوعها، سواء كانت منصبة على تحديد مضمون الالتزام أو متعلقة بتعديل أحكام المسؤولية العقدية لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال متضمنة الإعفاء من مقتضى العقد، لأن الإعفاء منه يؤدي إلى بطلان العقد أو تحوله إلى نوع أخر من العقود وبالشكل الذي يجيزه القانون، كالاتفاق على إعفاء البائع من التزامه بنقل الملكية، أو الاتفاق على إعفاء المشتري من التزامه بدفع الثمن.

٢- توصلنا من خلال البحث إلى أن المعيار المعتمد في تحديد الشروط غير الماسة بمقتضى العقد هو عدم المساس بالالتزام الرئيسي آو الأصلي في العقد تعديلاً أو تغيراً ، كما في حالة الاتفاق على نفي البدل في عقد البيع فانه يمس مقتضى العقد ويحوله من بيع إلى هبه وهكذا بالنسبة للعقود كافة.

٣- أشرنا في هذه الدراسة إلى أن لمقتضى العقد سمات محدده، فالمقتضى يحدد طبقاً للإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين، كما يمتاز بالسعة والشمولية التي تجعله متضمناً الالتزامات الرئيسة وبعض الالتزامات الثانوية التي لا يمكن تنفيذ العقد بدونها، فضلاً عن ما يمتاز به المقتضى من الإلزام أو الإجبار في التنفيذ.

ثانياً: التوصيات

١- نوصي على المشرع العراقي أن يجعل مخالفة مقتضى العقد هو بطلان الشرط وصحة العقد، ألا أذا كان هو الدافع على التعاقد فيبطل الشرط والعقد.

٢- نوصي على المشرع العراقي بالإشارة إلى تطبيقات صريحة لمقتضى العقد في القانون المدني.

هوامش البحث

(١) - د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج٣، ط٣ مطبعة نهضة مصر، ٢٠١١، ص٣٤.

(٢) - ينظر: د. أيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد "دارسة مقارنة"، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٨، ص١٤.

(٣) - زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٣٦.

(٤)- د.عبد احمد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٣، مرجع سابق، ص ١٣٣. وتجدر الإشارة إلى أن هناك فرقاً بين الشرط المقترن بالعقد وبين شرط الصفة في العقد، فيعد الأخير من الأمور التي يتم الاتفاق عليها بين الطرفين المتعاقدين فيما يخص محل العقد، كمن يشتري داراً ويشترط على بائعها أن تكون بمواصفات معينة، فهذا الشرط لا يمس أثار العقد في شيء. ينظر علي هادي علوان، مرجع سابق، ص٢١.

(٥) - المادة (٢٨٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه:(العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ ألا أذا تحقق الشرط)، ويقابلها نص المادة (٢٦٨) من القانون المدني المصري التي نصت على انه: (أذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، فلا يكون نافذاً ألا أذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري، على انه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه).

ويقابلهما نص المادة (١١٨١) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على انه:(أن الالتزام المعقود تحت شرط معلق هو ذلك الذي يرتبط تحققه أما بحدث مستقبلي وغير مؤكد، وأما بحدث حاصل في الحاضر وما زال مجهولاً من الأطراف)، ومن ثم فان الالتزام وفقاً لنص المادة المذكورة من القانون المدني الفرنسي، لا يعد نافذاً ألا بعد وقوع الحدث تارة، ويكون نافذاً منذ تاريخ التعاقد عليه تارة أخرى.

(٦)- المادة (٢٨٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه: (١- العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذ غير لازم، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد وألزم الدائن برد ما أخذه فإذا استحال رده وجب الضمان، وإذا تخلف الشرط لزم العقد، ٢- على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط)، ويقابلها نص المادة (٢٦٩) من القانون المدني المصري التي نصت على انه:(يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام، ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض.

٢- على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط، ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد تميز عن القانونين المدني العراقي والمصري من حيث استخدامه للفظ الشرط (الملغي) بدلاً من لفظ الشرط (الفاسخ)، وذلك طبقاً لما أشارت له المادة (١١٨٣) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على انه: (الشرط الملغي هو الشرط الذي عند تحققه يؤدي إلى إلغاء الالتزام ويعيد الأوضاع إلى الحالة التي تكون عليها كما لو أن الالتزام لم يحصل، لا يعلق هذا الشرط تنفيذ الالتزام، بل يقتصر على ألزام الدائن برد ما أخذه وذلك في حال حصول الحدث الملحوظ في الشرط).

(٧) - لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ١٩٩٦.، ص١٩.

(٨) - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨، ص٩٧.

(٩) - حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، ج١، ط٢، بدون دار ومكان نشر، ١٩٩٥، ص ٤٦٤.

(١٠) - د. أيمان طارق الشكري، مرجع سابق، ص٢١.

(١١)- ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٣، مرجع سابق، ص١٢.

(١٢) - المادة (٢/١٣١) من القانون المدني العراقي، والمادة (١/٢٦٦) من القانون المدني المصري، وتقابلهما المادة(١١٧٢) من القانون المدني الفرنسي.

(١٣) - يجب أن تتوفر في الشخص القدرة أو الإمكانية على تنفيذ ما التزم به فلا ألزام بمستحيل والى ذلك أشارت القوانين المدنية، حيث نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على انه:(أذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة

التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم أذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)، ويقابلها نص المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري التي نصت على انه:(أذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك أذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه) والى ذلك ذهب القانون المدني الفرنسي، في أن العقد الذي بني على شرط مستحيل هو شرط باطل ويبطل العقد ايضاً، وفقاً للمادة (١١٧٢)) منه.

(١٤) – ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٢، ص ٤١١.

(١٥)– منى نعيم جعاز الشياعي، مضمون العقد " دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والإنكليزي"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠١٩، ص ٧٩.

(١٦)– ينظر: د. درع حماد النظرية العامة للالتزامات"مصادر الالتزام"، مكتبة السنهوري، بيروت– لبنان، ٢٠١٦، ص ١٧٧.

(١٧) – ينظر د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقر البكري و محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ١١٢.

(١٨) – د. أيمان طارق الشكري، مرجع سابق، ص ٦١.

19) – (Are lillolt, andreas rictorin، andreas Fotschi, berte- eler, andreas meidell, amund piorange, principles of European law, sellier eurioean law puplisher, munich, 2008, p225.

(٢٠) – ينظر د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وأثارهما، مطبعة دار الوارث – كربلاء المقدسة، ٢٠٢٠، ص ٧٥ وما بعدها.

(٢١)– د.عزيز كاظم جبر، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية، بدون دار ومكان نشر، ٢٠٠٩، ص١٣٧.

(٢٢) – تنظر المادة (٥٠٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه:(يصح أن يكون البيع بشرط الخيار لمدة معلومة، ولا يمنع من هذا الشرط انتقال الملكية إلى المشتري، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معا أو لأجنبي).

(٢٣) – وهناك موارد عده يكون فيها الشرط من الشروط التي جرى بها العرف والعادة، كما في حالة قيام البائع بإيصال الشيء المبيع إلى المشتري، أو تحمله نفقات وزن محل العقد أذا كان مما يجب وزنه، أو قيام شخص بإعطاء قماش لخياط معين، على أن يقوم الأخير بوضع الإزار والخيوط. ينظر: د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري، ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٢٤) – د. درع حماد، مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٢٥) - المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه:(ولا يقتصر العقد على ألزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)، والمادة (٢/١٤٨) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٣) من قانون العقود الفرنسي التي نصت على انه: (يتم العقد بالتقاء الإيجاب والقبول اللذان يعبر الأطراف بموجبهما عن أرادتهم في التعاقد، يمكن أن تنتج هذه الإرادة عن تصريح أو مسلك لا لبس فيه صادر عن صاحبه).

(٢٦) - تنظر المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي التي أشارت إلى قيام الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة إلى من ابرموها.

(٢٧) - ولو رجعنا إلى القضاء العراقي نجد انه قد ذهب إلى الأخذ بما اتفق عليه الأطراف، وان العبرة تكون بما انصبت علية أرادتهم، حيث ذهبت محكمة بداءة بغداد بصدد دعوى تم رفعها من قبل مالك العقار يطلب فيها تسليمه العين المؤجرة خالية من الشواغل، فقررت محكمة الموضوع تسليمه العقار محل النزاع خالياً من الشواغل، ولدى الطعن التمييزي تبين للمحكمة المختصة، بان عقد الإيجار قد ورد في احد بنوده ما ينص على استئجار الدار لغرض استخدامها كمكتب تجاري وليس السكن، وبناءً على ذلك قررت المحكمة:(أن العبرة بما اتفق عليه الطرفين في عقد الإيجار لان العقد شريعة المتعاقدين)، قرار رقم ١١٣٧/م/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٨/٢٥. القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٢٨) - محمد دغمان، إلزامية العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت_ لبنان، ٢٠١٠، ص ٥١.

(٢٩) - أن نقل ملكية المعقود عليه في عقود المعاوضات المالية هو الهدف الذي يسعى له المتعاقد من وراء تعاقده فعند إتمام العقد يكون محل العقد ملكاً لذلك العاقد الذي يكون من حقه التصرف فيه بكافة التصرفات الجائزة قانوناً، وتجدر الإشارة بان نقل الملكية قد يرد لذات المعقود عليه تارة، ولمنفعته تارة أخرى، ففي عقد البيع مثلاً تنتقل ملكية العين المبيعه إلى المشتري عند إتمام العقد، ويستحق البائع ثمنها في مقابل ذلك، وفيما يخص نقل المنفعة فان المستأجر يملك الانتفاع بالعين المؤجرة، ويملك المؤجر الأجرة أذا مكنه من الانتفاع بها.

ينظر: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، دار كنوز أشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، بدون سنة نشر، ص ٢٥٣.

(٣٠) - د. احمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانونيين المصري واليمني، الكتاب الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٦٣.

وتجدر الإشارة إلى انه يجب على المتعاقد أن يكون مطمئناً عند أبرام عقده، وأنه سيقوم بتنفيذه وفقاً لما يحقق المنفعة المقصودة منه وفي حال الإخلال بمقتضى العقد أو الالتزام الرئيس فيه فان القانون سيوفر حماية للمتعاقد إزاء ذلك، ويقوم بإرجاع الثقة المشروعة، والتي سبق وان قام بإظهارها المتعاقدين عند أبرام عقدهم، ويطمئنوا بان العقد سوف يطبق على الأطراف المتعاقدة وبما يضمن تحقيق العدالة العقدية

والتي غالباً ما تكون منسجمة مع مقتضى العقد. ينظر: د. منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العدد السادس، ٢٠١٧، ص ٢٩٥.

3- Demogue (R.) Traite elementaire de droit civil, Tome Iv, Libraire Arthur Rousseau, paris, 1923, p.9.

(٣٢) – د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٩٦. وينظر في ذات المعنى: د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص١١٠. و د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص١٥.

(٣٣) – سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٣٤) – د. يوسف الياس، قانون العمل العراقي علاقات العمل الفردية، ج١، ، مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية، بغداد، ١٩٨٠، ص١٩٣.

(٣٥) – أيمان محمد طاهر عبد الله العبيدي، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة الموصل، ٢٠٠٣، ص ٢٢.

(٣٦) – حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٦٦.

(٣٧) – ومن تطبيقات الالتزام الرئيسي بطبيعته، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية: (أن الشركة الناقلة وبصفتها متخصصة بالنقل السريع يفترض فيها أن تحافظ على مستوى معين وسمعة معينه للخدمة التي تقدمها وقد التزمت بان تسلم الظرف الخاص بالشركة المرسلة في ميعاد محدد، وبسبب التقصير في أداء هذا الالتزام الرئيسي، فان الشرط المحدد للمسؤولية في العقد والذي يتناقض مع محتوى الالتزام الذي التزمت به يجب أن يعتبر كأن لم يكن)، نقلا عن: احمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، ٢٠٠٦، ص١٢٤.

(٣٨) – ينظر المواد (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه: (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)، ويقابلها نص المادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري، وفي مقابل ذلك لم يشر المشرع الفرنسي بنص صريح إلى مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد، وأورد ذكره في مرحلة تنفيذه، ألا أن الفقه والقضاء في فرنسا مستقران على أن المبدأ المذكور هو من المبادئ العامة.

(٣٩) – د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج٢، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٤٤٢.

(٤٠) – وليد طارق فيصل جواد العزاوي، مرجع سابق، ص١٧.

(٤١) – حيث ذهب البعض إلى تعريف البنود العقدية المفترضة على أنها الالتزامات المتولدة عن العقد أو التعهدات و الأداءات المتضمنة في العقد، والتي قد تكون صريحة أو ضمنية، فالأولى هي كل ما يتفق عليه

الطرفان صراحة في العقد المبرم، أما البنود العقدية الضمنية فهي البنود التي لا يتفق عليها المتعاقدين صراحة في العقد، والتي تنقسم إلى بنود عقدية ضمنية يفرضها الواقع، كما في حالة البند الضمني الذي تفرضه المحكمة على الأطراف المتعاقدة، وذلك لافتراضها أنهم كانوا سيتفقون عليه لو فكروا فيه، وبنود ضمنية يفرضها القانون ويتميز هذا النوع من البنود بأنه يعد مفروضاً سواء اتفق عليه المتعاقدين أم لم يتفقا، ينظر: د.حاتم محمد عبد الرحمن، بنود عقد بيع البضائع "دارسة في القانون الإنكليزي مقارنة بالقانون المصري"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثامنة والخمسين، ٢٠١٦، ص ٨٨٧.

(٤٢) -ومن البنود العقدية المفترضة في عقد البيع مثلا عدم جواز الاتفاق على سعر فائدة أعلى من السعر المقرر قانوناً، وذلك استناداً إلى نص المادة (١/١٧١) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه:(يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعيين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار)، وحالة عدم جواز التعامل بتركة إنسان على قيد الحياة، استنادا لنص المادة (٢/١٢٩) التي نصت:(غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل)، وأيضا الضمان العشري، استناداً لنص المادة (١/٨٧٠): (يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاموه من منشات ثابتة أخرى، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشات المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات، وتبدأ مدة العشر سنوات من وقت إتمام العمل وتسليمه ويكون باطلا كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان).

(٤٣)- وتجدر الإشارة إلى أن البند العقدي المفترض قد يكون قضائيا إضافة لكونه قانونياً، وذلك استنادا لنص المادة (١/١٧٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه:(في العقود الملزمة للجانبين أذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه في العقد جاز للعاقد الأخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى اجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ أذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته).

(٤٤) - ينظر: د. محمد سليمان الأحمد، قنونة العقد، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، تصدر عن مركز الدارسات القانونية والسياسية في كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية، العدد الثاني، السنة الأولى، ٢٠١٣، ص ١٩.

1- Art. 1162 - "Le contrat ne peut deroger a l, ordrepublic ni par ses stipulqtions.ni par son but ،que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

المادة (١١٦٢) التي نصت على انه:(لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه سواء كان هذا الأخير معلوماً من قبل جميع الأطراف أم لا)، نقلاً عن: د. محمد قاسم حسن، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مرجع سابق، ص ٦٤و٦٥.

(٤٦) - نجد أن القضاء العراقي قد ذهب إلى أن تسليم الثمن أو بدل الشراء من الممكن أن يكون بتاريخ العقد أو بتاريخ لاحق عليه بإيداعه لدى صندوق المحكمة، وذلك بصدد تطبيقه للقرار المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ حيث ذهبت محكمة استئناف بغداد، بصفتها التميزية إلى أن:(القرار المذكور لم ينص على أن تسليم بدل الشراء بتاريخ العقد يعتبر شرطاً من شروطه، إذ بإمكان المحكمة تكليف المميز بإيداع بدل البيع أمانة في صندوق المحكمة)، رقم القرار ١٣٠٧/ م / ٢٠١١ في ٢٧/ ١٢/ ٢٠١١، ينظر: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بصفتها التميزية، دار السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٩، ص ٤٩.

(٤٧) - د. محمد لبيب أبو شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ١٣١.
وقد أشارت إلى جواز ذلك المادة(١/٥٥٦) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه:(يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان الاستحقاق أو ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان) ويقابلها نص المادة (١/٤٤٥) من القانون المدني المصري التي نصت على انه: (يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان)، و يقابلهما نص المادة (١٦٢٧) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على انه:(يمكن للفريقين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا هذا الالتزام القانوني أو أن ينقصا أثره، كما يمكنهما أن يتفقا على عدم ألزام البائع بأي ضمان).

(٤٨) - يقابلها نص المادة (٣٤٧) من القانون المدني المصري التي نصت على انه: (أذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)، والمادة (١٦٠٩) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على انه: (يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت عقد البيع، ما لم يشترط خلاف ذلك).

(٤٩) - باستثناء الغش والخطأ الجسيم وذلك استناداً لنص المادة (٢/٢٥٩) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٢١٧) من القانون المدني المصري، وطبقاً لأحكام المادتين أعلاه فأن المدين يعفى من المسؤولية عن ذلك القدر الذي ورد الاتفاق بشأنه و الذي تم تحديده فيه، وتبقى مسؤوليته قائمة عما سواه، ومن ثم أمكانية إعفاء الأخير من كل مسؤولية مترتبة على عدم تنفيذه لالتزامه سواء كان الإعفاء تاماً أو جزئياً، وفيما يخص القانون المدني الفرنسي فان المادة (١١٥٢) منه والتي نصت على انه:(عندما تنص الاتفاقية على أن المتعاقد الذي يتخلف عن تنفيذها ملزم بدفع مبلغ معين بمثابة تعويضات، لا يمكن الحكم بمبلغ للمتعاقد الأخر بمبلغ يزيد أو ينقص عن هذا المبلغ)، وتعد هذه المادة رغم ورودها ضمن بنود الشرط الجزائي، ألا أنه من الممكن اعتبارها سنداً لصحة الاتفاقات المعدلة لإحكام المسؤولية العقدية، ولاسيما المسؤولية العقدية المخففة. لأنها لا تجيز الحكم بمبلغ مغاير عن المبلغ المحدد بالاتفاق.

(٥٠) – د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع، ج٤، مرجع سابق، ص ٧٥٧.

(٥١)– د. أيمان طارق الشكري، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٥٢) – تجدر الإشارة إلى انه لم يرد في القانون المدني العراقي نص يجيز أو يمنع شرط المنع التصرف الأمر الذي أدى إلى تباين الآراء فقهاً، فذهب البعض إلى أن عدم اخذ المشرع العراقي بحكم المادتين (٨٢٣ و ٨٢٤) من القانون المدني المصري لا يمكن تفسيره ألا على أساس عدم رغبة المشرع بالأخذ به، ويبقى الأمر متروكاً للقواعد العامة وحسب ما أشارت أليه المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي حيث أن الأصل بطلان الشرط الذي يمنع التصرف لتقيده أهم عنصر من عناصر حق الملكية، ومخالفته لمبدأ حرية تداول الأموال، فهو غير جائز ألا في الأحوال التي نص عليها القانون، في حين ذهب جانب أخر إلى أن الشرط الغير ممنوع قانوناً والغير مخالف للنظام العام وفيه مصلحه للمشترط يعد شرطاً صحيحاً يجب العمل به، ويبدو هذا الرأي هو الأقرب للصواب لانسجامه مع ما أشارت أليه المادة (٧٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه: (يصح أن يرد العقد على أي شيء أخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب).

1- Art. 1170 - Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du debiteur est reputee non ecrite.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن المادة أعلاه قد جاءت نتيجة لما جاء في الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في قضية " Bancherau" وهي إحدى الشركات الراغبة في الاشتراك بإحدى المزايدات أرسلت بريدها بواسطة النقل السريع، ألا أن هذا البريد لم يصل في الوقت المحدد، مما تسبب بضياع فرصة المشاركة في المزايدة للشركة الأولى، حيث أقامت شركة Bancherau" دعوى مطالبة بالتعويض على شركة النقل السريع، رفضت محكمة الاستئناف هذا الطلب واستندت في ذلك إلى أن شركة النقل، لم ترتكب أي خطأ إضافة إلى أن العقد قد تضمن شرطاً يحدد مسؤولية شركة النقل، وينص على بذلها الجهود الكافية لتوصيل بريد المتعاملين معها في الوقت المحدد في حال حصول ضرر لأحد عملائها نتيجة عدم احترام المدة المحددة فان مسؤوليتها تكون مقتصرة على إعادة مقابل النقل، ألا أن محكمة النقض اعتبرته تخلفاً عن تنفيذ التزامها الأساسي، يقتضي باعتبار شرط تحديد المسؤولية كان لم يكن. نقلا عن حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد، دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، ٢٠١٨، ص ٦٨٤.

(٥٤) – د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني مصادر الالتزام، ج١، مطبعة الجامعة العربية، بغداد، ١٩٧٣، ص١٤٩.

(٥٥) – ينظر:د. ياسر الصريفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٦.

(٥٦) – المادة (٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه:(لا مساغ للاجتهاد في مورد النص).

4- Philippe Malaure, Laurent Aynes, Cours de droit civil, Les obligations, 6 edition, paris1995, p, 355.

(٥٨)- ينظر: رياض احمد عبد الغفور، العدالة العقدية، "دراسة في قاعدة العدالة ودورها في العقود المدنية"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة النهرين، ٢٠٢٠، ص٢٢. و د.محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، " دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، تصدر عن كلية القانون بجامعة الكويت، العدد الثاني، السنة السابعة، ٢٠١٩، ص٢٢٠.

(٥٩) - ينظر د. عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص ٥٢٣.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية.

١- حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، ج١، ط٢، بدون دار ومكان نشر، ١٩٩٥.

٢- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.

٣- د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

٤- د. احمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانونيين المصري واليمني، الكتاب الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٥- د. أيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد "دارسه مقارنة"، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٨.

٦- د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٧- د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وأثارهما، مطبعة دار الوارث - كربلاء المقدسة، ٢٠٢٠.

٨- د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٩- د. درع حماد النظرية العامة للالتزامات "مصادر الالتزام"، مكتبة السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٦.
١٠- د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج٢، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤.
١١- د.عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، دار كنوز أشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، بدون سنة نشر.
١٢-د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مطبعة نهضة مصر، ٢٠١١.
١٣-د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقر البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة نشر.
١٤-د.عزيز كاظم جبر، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية، بدون دار ومكان نشر، ٢٠٠٩.
١٥-د.مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني مصادر الالتزام، ج١، مطبعة الجامعة العربية، بغداد، ١٩٧٣.
١٦-د.محمد لبيب أبو شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠.
١- د.ياسر الصريفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
١٧- د.يوسف الياس، قانون العمل العراقي علاقات العمل الفردية، مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية، بغداد، ١٩٨٠.
١٨-زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.
١٩-لفته هامل العجيلي القاضي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بصفتها التميزية، دار السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٩.
٢٠- محمد دغمان، إلزامية العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت_ لبنان، ٢٠١٠.
٢١-ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٢.

ثانياً: الرسائل والاطاريح الجامعية.

١- أحمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، ٢٠٠٦.
٢- أيمان محمد طاهر عبد الله العبيدي، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة الموصل، ٢٠٠٣.
٣- رياض احمد عبد الغفور، العدالة العقدية، "دراسة في قاعدة العدالة ودورها في العقود المدنية"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة النهرين، ٢٠٢٠.

٤- سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠٦.
٥- علي هادي علوان، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ١٩٩٠.
٦- لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ١٩٩٦.
٧- منى نعيم جعاز الشياعي، مضمون العقد " دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والإنكليزي"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠١٩.
٨- وليد طارق فيصل جواد، الشرط المقترن بعقد الإيجار، رسالة ماجستير تقدم بها إلى مجلس كلية القانون بجامعة كربلاء، ٢٠١٩.

ثالثاً: البحوث القانونية.

١- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد، دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، ٢٠١٨.
٢- د.حاتم محمد عبد الرحمن، بنود عقد بيع البضائع"دارسة في القانون الإنكليزي مقارنة بالقانون المصري"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثامنة والخمسين، ٢٠١٦.
٣- د.محمد سليمان الأحمد، قنونة العقد، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، تصدر عن مركز الدارسات القانونية والسياسية في كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية، العدد الثاني، السنة الأولى، ٢٠١٣.
٤- د.محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، " دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، تصدر عن كلية القانون بجامعة الكويت، العدد الثاني، السنة السابعة، ٢٠١٩.
٥- د.منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العدد السادس، ٢٠١٧.

رابعاً: المصادر باللغة الأجنبية.

1-Are lillolt, andreas rictorin, andreas Fotschi, berte- eler, andreas meidell, amund piorange, principles of European law, sellier eurioean law puplisher, munich, 2008, p225.
2- Demogue (R.) Traite elementaire de droit civil, Tome Iv, Libraire Arthur Rousseau, paris, 1923, p.9.
3- Philippe Malaure, Laurent Aynes, Cours de droit civil, Les obligations, 6 edition, paris1995, p, 355.