

توسع نطاق المسؤولية التعاقدية (الالتزامات المستحدثة)

ا.د. أكرم فاضل سعيد كصير

م.م. علي كاظم عجيل

جامعة ذي قار – كلية القانون

akramfadiel@gmail.com

Aliajil90@Gmail.Com

مستخلص البحث:

نناقش في هذا البحث مسألة الالتزامات المستحدثة التي طغت عليها الصفة التعاقدية، معتبرة إياها التزامات تعاقدية، بداية من القضاء الذي فرض أكثر من التزام في نطاق العقد مدفوعاً بغاية تحقيق التوازن العقدي، كالإلتزام بضمان السلامة والإلتزام بالإعلام، ولم يقف الأمر عند حد القضاء، بل تبعه المشرع بإستحداث نصوص قانونية فرضت بعض الإلتزامات على المتعاقدين معتبرة إياها من بنود العقد، سواء ذكرت من قبل طرفي العقد أم لم تذكر، فهل هذه الإلتزامات هي في حقيقتها إلتزامات تعاقدية؟ أم هي إلتزامات تفرض على الكافة بعدها واجبات عامة؟ وما أستتبع هذا الأمر من توسع في نطاق العقد وصل إلى حد التضخم.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية التعاقدية، الإلتزامات المستحدثة، ضمان السلامة، توسع نطاق العقد.

مقدمة البحث:

أبتدع القضاء مدفوعاً بغاية تحقيق العدالة العقدية وكذلك محاولاً تحقيق التوازن العقدي، من فرض بعض الإلتزامات معتبراً إياها التزامات تعاقدية، كالإلتزام بالإعلام والتحذير والسلامة، وقد شكلت هذه الإلتزامات عبء على العلاقة العقدية حتى أصابت العقد بمشكلة التضخم. بعض هذه الإلتزامات أكتسب الصفة الإلزامية من حيث تشريعه بنصوص خاصة به، أو عن طريق إصدار بعض التشريعات الخاصة بتنظيم مسألة هذه الإلتزامات، أما البعض الآخر منها فقد ظل ذا طابع قضائي. بالتأكيد هذه الإلتزامات فيها من الجانب الإيجابي أنها استطاعت تحقيق التوازن العقدي من جانب، ولكنها من جانب آخر أثارت مشاكل من حيث تحميل النطاق العقدي بالإلتزامات لم يتفق أطراف العلاقة العقدية عليها. فالتساؤلات المطروحة في هذا المقام هي: هل هذه الإلتزامات هي إلتزامات تعاقدية؟ هل الأساس الذي أستند إليه القضاء من فرض تلك الإلتزامات متذرع تارة بحسن النية في تنفيذ العقود وتارة أخرى مستنداً إلى نصوص القانون المدني هو توجه صحيح؟ ما هو الأساس القانوني لهذه الإلتزامات؟

للإجابة على تلك الأسئلة نخصص المبحث الأول لتحديد نطاق المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية. ثم نخصص المبحث الثاني لبيان تلك الإلتزامات المستحدثة وبيان الأساس القانوني لها. وفق الآتي:

المبحث الأول

تحديد نطاق المسؤولية التعاقدية والتقصيرية

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول، قيام علاقة عقدية بين الطرفين. وفي المطلب الثاني

المطلب الأول

قيام علاقة عقدية بين الطرفين

تنشأ المسؤولية التعاقدية عندما يرتبط طرفان بعقد من العقود ينتج عنه التزامات على عاتق الطرفين أو على عاتق أحدهما ولم يحمى الملزم بما التزم به في العقد، أما دون ذلك فأي ضرر يصيب الغير يحرك المسؤولية التقصيرية، فمعيار تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية ينبثق من القاعدة العامة المستخلصة من المادة (204) مدني عراقي بأن كل تعد يصيب الغير بأذى يلزم صاحبه بالتعويض، ولذلك فإن القانون لا يشترط صفة معينة لتحديد نطاق الخطأ التقصيري، فيستوي أن يحدث إيجاباً كما لو أتلّف شخص مزروعات الغير، أو سلباً كما لو أهمل شخص في إصلاح وترميم البناء حتى سقط على الغير، ولهذا فإن نطاق الخطأ التقصيري يتحدد حينما لا تكون هناك بين الدائن والمدين أية علاقة عقدية سابقة، فإن المسؤولية التقصيرية هي واجبة التطبيق (1). لدى فإن تحديد نطاق المسؤولية التعاقدية يفترض وجود شروط تحقق المسؤولية التعاقدية، فحتى تكون المسؤولية تعاقدية لا بد أن يتحدد نطاقها بشروط أساسيين، (الأول): أن يوجد عقد صحيح بين الدائن والمدين. (والثاني): أن ينشأ الضرر بسبب الإخلال بالالتزام تعاقدية. وفق الآتي:

الشرط الأول- قيام عقد صحيح بين الدائن والمدين: تحليل هذا الشرط يقتضي أن نبين نوع الخطأ في الفترة السابقة على إبرام العقد، ثم في المدة التالية للعقد، ثم نوع الخطأ عند تكوين العقد، وأن يكون بين الدائن والمدين، وعلى النحو الآتي:

نوع الخطأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد: نفرق في الفترة السابقة على التعاقد بين مرحلتين، مرحلة المفاوضات، ومرحلة الإيجاب، أما عن مرحلة المفاوضات التي قد تسفر عنها نفقات في سبيل تهيئة الشيء موضوع العقد كالقيام بالمعاينة، وأعمال الخبرة لفحص العين المراد شراؤها، فقد يترتب على استمرار المفاوضات أن يترك أحد المتعاقدين صفقة رابحة اعتماداً على العقد المزمع إبرامه. فإذا ما عدل أحد العاقدين أثناء هذه المرحلة فما هي طبيعة الخطأ الناتج عن هذا العدول؟. يجمع الفقه على القول بأن الأصل حرية التعاقد ومن ثم لا يترتب على العدول في حد ذاته أية مسؤولية إلا إذا اقترن العدول بخطأ، كما لو تفاوض شخص في بيع شيء لا يملكه، وكان رأيه قد استقر على العدول عن البيع، أو تعاقد بشأن العين ذاتها مع شخص آخر، في مثل هذه الأحوال إذا لم يحمى المتعاقد بإخطار الطرف الآخر، تنهض مسؤوليته التقصيرية لا لذات العدول عن اتمام المفاوضات بل بسبب الخطأ الذي اقترن به العدول، ومن ثم يعتبر الخطأ تقصيرياً لا عقدياً (2). أما العدول بعد صدور الإيجاب (3)، فإن له وضعاً آخر، يتمثل في إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه مدة ما صراحة أو ضمناً، فإن رجع الموجب عن إيجابه خلال مدة التزامه لا يكون لذلك الرجوع أي أثر. ويظل هذا الإيجاب قائماً بالرغم من الرجوع بحيث إذا

اقترن به قبول خلال هذه المدة انعقد العقد، وإذا لم يقم الموجب بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد كانت مسؤولية الموجب عقدية لا تقصيرية(4).

نوع الخطأ في المدة التالية للعقد: لا ينشأ الخطأ التعاقدية إلا عند الإخلال بأي التزام من الإلتزامات التي تضمنها العقد المبرم بين الدائن والمدين، وذلك يعني أن الفترة اللاحقة لإنهاء العقد، لا وجود فيها للخطأ التعاقدية وإنما يعتبر الخطأ تقصيرياً. ومع ذلك فقد ثار الخلاف في حالة ما إذا أفشى العامل سراً من أسرار رب العمل بعد انتهاء العلاقة التعاقدية بينهما هل يطبق بشأنه قواعد المسؤولية التقصيرية أو التعاقدية؟

ذهب البعض من الفقه إلى القول: بأن مسؤولية العامل تكون تقصيرية لا عقدية، وحجتهم أن المسؤولية التعاقدية لا تنشأ إلا حينما يكون الإخلال بالالتزام عقدي سابق، أما المسؤولية التقصيرية فتنشأ دائماً جزاء الإخلال بواجب قانوني عام لا يتغير، وهو واجب عدم الإضرار بالغير، ويعتبر القانون مصدر الواجب الذي أخل به العامل، لذلك فإن مسؤولية العامل بعد انتهاء العلاقة التعاقدية بينه وبين رب العمل عن إنشاء الأسرار تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية لا التعاقدية. أما البعض الآخر من الفقه فقد ذهب إلى القول: ان إفشاء العامل لأسرار صاحب العمل بعد انتهاء العلاقة التعاقدية بينهما يعتبر خطأ عقدياً تنشأ عنه المسؤولية التعاقدية لا التقصيرية(5) ، فالفقرة الثانية من المادة(150) من القانون المدني العراقي تنص على انه: ((ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام)) (6). ويبدو لنا أن الاستدلال بالنصوص المذكورة يشير أصلاً إلى مضمون الإلتزام أثناء قيام العلاقات التعاقدية، أما عن المثال المطروح، فلا شك أن العلاقة التعاقدية قد انتهت بانتهاء العقد، حيث لم يبق بين العامل ورب العمل سوى الواجب العام بعدم الإضرار، ولذلك نميل إلى ترجيح الرأي الأول القائل: بأن مسؤولية العامل قبل رب العمل بعد انتهاء العلاقة التعاقدية بينهما مسؤولية تقصيرية لا عقدية. ونعتقد بأن هذا هو الراجح الذي أخذ به قانون العمل العراقي رقم(37) لسنة 2015 في المادة (42/ثانياً/ج) منه، بنصها: ((يلتزم العمل بما يأتي: ج- عدم إفشاء أي أسرار يطلع عليها بحكم عمله)).

المطلب الثاني

صحة العقد

وإذا كان ما نبحت عنه هو متى يكون الخطأ عقدياً فإنه يشترط لذلك أن يكون العقد صحيحاً وذلك ما نتولى بيانه:

صحة العقد: لكي تعد المسؤولية عقدية فلا بد أن يستوفي العقد أركانه وشروط صحته (7)، ولا بد من ملاحظة أن القوانين المقارنة لا تقف عند قواعد محددة في مسألة تكوين العقد، فقد لا يكون الإيجاب والقبول كافيين لإبرام العقد، فالقانون الانكليزي يشترط توافر (الاعتبار) من أجل إبرام العقد (8). والقانون الفرنسي كان يتطلب السبب (م 1108 مدني فرنسي سابقاً) قبل أن يتم الغاء هذا الشرط (السبب) في المادة (1128 مدني) بموجب مرسوم رقم 131-2016 المؤرخ في 10 فبراير 2016 بشأن اصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات، والقانون العراقي يشترط توافر ركن السبب لقيام العقد صحيحاً (م 132 مدني).

كما توجد حالات محيرة حقا تجعلنا نفكر الف مرة في نوع المسؤولية. نذكر مثلاً العلاقة العقدية بين (صاحب العمل) و(الحدث). فهي علاقة باطلّة قانوناً. لكن بالرغم من ذلك أقرها المشرع العراقي في حالة واحدة فقط، وهي مطالبة الحدث بأجرته من رب العمل (المادة 102 من قانون العمل العراقي رقم 37 لسنة 2015)، لكن اذا اصيب الحدث بضرر جراء عقد العمل فان صاحب العمل مسؤول عن تعويضه على أساس الضرر وحده وهذه من أصدق تطبيقات المسؤولية التقصيرية (9). كما نصت المادة (1127) من القانون المدني العراقي على أنه: ((التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط)). فلم يوضح لنا المشرع العراقي. كيف اجاز التعويض عن التزام بنقل الملكية العقارية قبل تسجيله بدائره التسجيل العقاري والاهم كيف اتجه المشرع العراقي الى تعويض المتعهد له بشراء عقار وهو لم يقم بتسجيله باسمه بالرغم من عقد البيع العقاري لا محل له من القانون قبل تسجيل انعقاده في دائرة التسجيل العقاري وكل إتفاق على نقل الملكية خلافاً لحكم هذا الاصل (م 508 مدني عراقي)) يعد باطلاً. كذلك اجاز المشرع العراقي للاحد الزوجين طلب التفريق القضائي اذا كان وقت إبرام عقد الزواج لم يكمل من العمر 18 سنة وذلك وفق احكام المادة 40 من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

فيتبين لنا من هذه الاشكاليات الثلاثة أن المشرع العراقي اجاز للمدعي مطالبة صاحب العمل بأجرته المسماة المتفق عليها بالرغم من بطلان عقد العمل المبرم بينه وبين صاحب العمل المادة (102) من قانون العمل العراقي رقم 37 لسنة 2015. كما انه اجاز التعويض عن عقد بيع عقار باطل لم تستوف فيه ركن التسجيل المادة (1127 مدني عراقي) فكيف يتحقق التعويض عن من عقد باطل بكل معنى البطلان؟ واخيراً وجدنا أن زواج القاصرين بعضهم ببعض يعد صحيحاً بدليل ان لأي متعاقد منهما أي للزوج أو للزوجة ان يطلب من القاضي التفريق بينهما وفق احكام المادة (40) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل. والتفريق القضائي لا يرد إلا على العقود الصحيحة، فهل تدل هذه الإتفاقات على مشروعية إتفاق العمل بين صاحب العمل والحدث، وصحة إتفاق بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري المادة (1127 مدني عراقي)، وصحة ومشروعية الزواج بين القاصرين دون حد معين، بدليل ان المشرع اعطى لأي

واحد منهما حق طلب التفريق قضائياً، والتفريق القضائي كما نعلم لا يرد الا على عقود الزواج الصحيحة المادة(40) من قانون احوال الشخصية رقم رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

فيتضح لنا مما تقدم نتيجة مهمة: أن وجود عقد او علاقة عقدية بين طرفين لا يؤدي حتماً إلى: (1) وصف العلاقة بين اطراف العقد علاقة تعاقدية دائماً. (2) ولا يستبعد قيام المسؤولية التقصيرية بينهما بالرغم من وجود العقد بينهما وهذا ما يزيد الامر تعقيداً.

ولكن قد يحدث في بعض الحالات أن يبيع شخص عيناً لا يملكها فيقع العقد قابلاً للإبطال، كما يحدث أن يتعامل شخص قاصر ويبرم عقداً مع غيره على أساس أنه كامل الأهلية، كما يحدث أيضاً أن يفسد رضا أحد المتعاقدين بخطأ أو غش أو تدليس أو إكراه مصدره فعل العاقد الآخر، في كل هذه الأمثلة يوجد عقد قابل للإبطال لسبب يرجع إلى فعل أحد المتعاقدين(10)، فما نوع المسؤولية المترتبة على العقد الباطل أو القابل للإبطال هل تقوم على أساس الخطأ التعاقدية أو التقصيري؟ للإجابة على هذا التساؤل، نشير هنا إلى نظرية الفقيه الألماني اهرنج (Ahering) وهي نظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in Contrahendo) ومفادها: أن كل من يقدم على تعاقد يلتزم بمقتضى هذا العقد نفسه ألا يكون سبب البطلان آتياً من جهته، ومجرد تحقق سبب للبطلان من جهة أحد العاقدين يتحقق به خطؤه التعاقدية سواء كان يعلم أو لا يعلم بسبب البطلان. وهذا يعني أن للمتعاقد الآخر الذي اعتقد بصحة التعاقد أن يطالب من كان سبب البطلان آتياً من جهته وفقاً للقواعد المسؤولية التعاقدية لا التقصيرية(11).

أما جمهور الفقه الحديث فلا يرى الأخذ بهذه النظرية والحجة في ذلك أن العقد الباطل لا ينشئ التزاماً ولا حتى بضمان صحته، ومن ثم فلا يكون للمتعاقد الذي اصابه ضرر بسبب اطمئنانه إلى صحة العقد الذي قضى ببطلانه، الا الرجوع على المتعاقد الآخر على اساس المسؤولية التقصيرية(12). مع ذلك فلا يكفي أن يكون العقد صحيحاً لقيام المسؤولية التعاقدية، بل لا بد وأن يكون العقد المبرم قد تم بين المسؤول والمضروب.

قيام العلاقة التعاقدية بين المسؤول والمضروب: كي يكون الخطأ ذو طبيعة تعاقدية يجب أن يكون العقد قد أبرم بين المسؤول والمضروب إذ الأصل أن أثر العقد لا ينصرف إلا إلى العاقدين، عملاً بقاعدة نسبية التصرفات القانونية، ومع ذلك فهناك أشخاص في مرحلة وسطى، فليسوا من أطراف العقد، كما أنهم في ذات الوقت ليسوا أجنباً عن أطرافه، وهم الخلف العام والخلف الخاص لكل من المتعاقدين ونبين بإيجاز أحوال تأثرهم بعقود سلفهم على النحو الآتي:

مدى تأثير الخلف بتصرفات سلفه: نصت المادة (142) من القانون المدني العراقي على انه: ((ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين الخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)). وقد بين الفقه من هو الخلف(13) العام فقال: والخلف العام هو كل من يخلف سلفه في كل ذمته المالية أو جزء منها، كالوارث أو الموصى له بثلاث التركة ... وأن انصراف آثار العقد الذي أبرمه السلف إلى الخلف العام مقيد - في فقه القانون المدني كما في الفقه الإسلامي - بالقاعدة الشرعية القائلة: بألا تركة إلا بعد سداد الديون، ومن أجل التوفيق بين هذه القاعدة وبين القاعدة التي توجب انتقال الحقوق والالتزامات من السلف إلى الخلف العام، يقال: إن التركة تنتقل من السلف إلى الخلف العام الوارث محملة بحقوق دائني التركة(14). وبالقاعدة الأخيرة أخذ المشرع

العراقي في المادة (189) من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة (1971) المعدل، بقولها: ((يكتسب الوارث حق الملكية العقارية وما في حكمها من تاريخ وفاة المورث غير انه لا يمكنه التصرف به الا بعد تسجيله في السجل العقاري)). وتطبيقاً لذلك فإن للخلف العام لكل منهما أن يطالب بتنفيذ الإلتزام الناشئ عن العقد الذي أبرمه السلف أو بالتعويض عن عدم تنفيذه، كما أن للمتعاقد الآخر أيضاً أن يطالب بالتعويض عن عدم تنفيذ العقد، كل ذلك يتم وفقاً لقواعد المسؤولية التعاقدية بالاستناد إلى العقد الذي أبرمه السلف (15). ومن تطبيقات هذه القاعدة أن لورثة المسافر - الذي لقي حتفه نتيجة إصابة قاتلة اثناء تنفيذ الناقل لعقد النقل، المطالبة بالتعويض بسبب اخلال الناقل بإلتزامه بضمان سلامة مورثهم استناداً على العقد المبرم بين الناقل وبين مورثهم المتوفى، ولا يستطيع الناقل التخلص من المسؤولية الا بإثبات السبب الاجنبي، لان الإلتزام الملقى على عاتقه التزم بتحقيق نتيجة معينة، مقتضاه الإلتزام بضمان سلامة الراكب ايصاله سالماً معافى إلى جهة الوصول (16). ومع ذلك قد تحدث أحيانا احوال لا ينصرف اثر العقد فيها إلى الخلف العام، وهي ان يتبين من العقد (اتفاق الواهب مع الموهوب له على دفع إيراد مرتب مدى الحياة) او من طبيعة التعامل (التعاقد مع فنان او محامي) او نصوص القانون (علاقة الوكيل بالموكل) ان العقد لا ينصرف اثره الا بين المتعاقدين.

على العموم اذا توافرت الأسباب التي ينصرف اثر العقد فيها إلى الخلف العام او الخاص، فانه لا يمكن الاحتجاج بقواعد المسؤولية التعاقدية الا اذا كان الضرر قد نشأ عن عدم تنفيذ الإلتزامات المتولدة عن العقد وهو ما نوضحه في الفقرة الآتية:

الشرط الثاني- أن يقع الضرر بسبب الإخلال بالإلتزام تعاقدي: لا يكفي لكي تكون المسؤولية تعاقدية وجود العقد الصحيح بين المسؤول والمضرور، بل لا بد وأن يكون الخطأ ناتجاً عن الإخلال بالإلتزام التعاقدية ذاته ومثال ذلك حالة ما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري بالرغم من إعداده، أو عدم قيام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح معها للانتفاع ... أو عدم قيام الناقل بالقيام بعملية النقل المتفق عليها، او عدم قيام الطبيب بمعالجة مريضه الذي اتفق معه على القيام بذلك. في كل هذه الاحوال وامثالها لا صعوبة في ان المسؤولية التعاقدية تقوم قبل المدين اذا لم يتم بتنفيذ الإلتزام التعاقدية الصريح بينه وبين الدائن بلا اشكال. ويمكن ان نتساءل عن قيام العقد أي متى يكون العقد لازماً حتى تقوم المسؤولية التعاقدية؟ والاجابة عن هذا السؤال تبين لنا نوع المسؤولية المترتبة على رجوع الموجب عن ايجابه قبل قبول الطرف الاخر في المجلس. وكذلك نوع المسؤولية المترتبة على رجوع الموجب او القابل في مجلس العقد بعد تمام الايجاب والقبول. نظم القانون المدني العراقي هذه الحالة متأثراً بالفقه الاسلامي، ودون الخوض في التفاصيل كي لا نخرج عن مسار البحث، يمكننا ان نقول: اذا لم يرتبط القبول بالإيجاب في مجلس العقد، اما لإعراض الموجب، او تراخي القابل عن القبول حتى سقط الايجاب، فان كل واحد منهما لا يسأل عن العقد لان العقد لا وجود له، وانما يسأل وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، فيما اذا صاحب العدول خطأ وفقاً للقواعد العامة.

اما عن الحالة الثانية: وهي حالة رجوع الموجب او القابل في مجلس العقد بعد تمام الايجاب والقبول (17)، انقسم الفقه إلى اتجاهين، الاتجاه الاول يرى امكانية رجوع الموجب عن ايجابه

مادام المجلس لم ينفذ ولم يفترقا بأبدانهما، بينما ذهب الاتجاه الآخر إلى لزوم العقد بعد اتمام الإيجاب والقبول وعدم جواز نقضه بالإرادة المنفردة (18).

ويترتب على الاخذ بالاتجاه الاول، ان للمتعاقدين خيار الرجوع في مجلس العقد، فاذا ترتب على رجوع احدهما عن العقد الحاق ضرر بالمتعاقد الآخر، فان المسؤولية التعاقدية لا تقوم في هذه الحالة، وانما يسأل بحسب المسؤولية التقصيرية لا لذات العدول عن تنفيذ العقد وانما اذا صاحب العدول خطأ. بينما يترتب على الاخذ بالاتجاه الثاني، انه اذا عدل احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه بعد تمام الإيجاب والقبول، وترتب على هذا العدول الحاق ضرر بالمتعاقد الآخر فلا عبرة بهذا العدول، لان العقد قد تم ولزم، ومن ثم تقوم بجانبه المسؤولية التعاقدية لا التقصيرية (19). ولم يبين نص المادة (82) من القانون المدني العراقي حق رجوع الموجب عن ايجابه بعد قبول القابل، وقبل انفضاض المجلس، فقد اعطت الحق للموجب في رجوعه عن ايجابه قبل القبول فقط، أما عن القانون المدني الفرنسي، فان القانون القديم قبل التعديل كان خاليا من مسألة وقت انعقاد العقد، فقد كانت القواعد المطبقة في هذا الشأن في النظرية العامة للعقود ذات مصدر قضائي. اما مرسوم 2016 فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 1113 منه على انه: ((يتكون العقد بتلاقي الإيجاب والقبول اللذان يعبر الأطراف من خلالهما عن إرادتهما في الإلتزام بموجبه...)). اما عن جزاء الرجوع في الإيجاب، فاذا خالف الموجب التزامه هذا ورجع عن ايجابه قبل المدة المحددة او المدة المعقولة، فقد تم استبعاد جزاء الإنعقاد الجبري للعقد، اذ نصت 1116 في فقرتها الثانية على انه: ((لا يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل إنقضاء مدة معقولة إذا لم يحدد له مدة. الرجوع بالمخالفة لهذا الحظر يحول دون إبرام العقد. يؤدي هذا الرجوع إلى قيام مسؤولية الموجب غير التعاقدية طبقا للقواعد العامة دون إلزامه بالتعويض عن خسارة المزايا من العقد الذي لم يتم إبرامه)) (20). ومن الواضح والمفهوم ان الضرر واجب التعويض سيكون هو ذات التعويض المقرر في حالة الانقطاع غير العادل للمفاوضات، بمعنى انه يشمل فقط الخسارة التي وقعت دون الكسب المتوقع من العقد الذي وجه الإيجاب بشأنه (21).

المبحث الثاني

الإلتزامات المستحدثة

نتناول في هذا المطلب بيان الإلتزامات المستحدثة والأساس القانوني لها، فنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول، تعريف الإلتزامات المستحدثة، ونتطرق في المطلب الثاني، لأساس الإلتزامات المستحدثة، وفق الآتي:

المطلب الأول

تعريف الإلتزامات المستحدثة

من أجل تحقيق الهدف المبتغى من العقد بما يتوافق مع تصور المتعاقدين، اتجه المشرعون نحو إصدار قوانين تهدف إلى تحقيق هذا المبتغى، وهذا الأمر أدى إلى أن يتم التدخل الإيجابي لمفهوم القوة الملزمة للعقد المستوحاة من القانون وإرادة الطرفين المتمثلة بإرادتهما في انشاء العقد وتوسيع نطاقه، فأصبحت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ليست قاصرة على ما تعاقد عليه طرفا العقد، بل اتسع ليشمل التزامات مستحدثة اعطت القاضي سلطة التدخل لتحديد مضمون العقد.

لقد أعاد المشرع النظر مرة أخرى في سياسته التشريعية فيما يتعلق بتنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية بشكل أكثر إيجابية، وهو ما تمثل بإصدار تشريع قانوني ذو طابع توجيهي للعقد، والذي بموجبه بدأ المشرع بالتدخل بشكل مباشر أو غير مباشر في التنظيم الداخلي للعقد مما أدى إلى إضعاف الدور الذي تلعبه الإرادة. وفي هذا الصدد، فإننا أمام مفهوم جديد للقوة الملزمة للعقد، وهو نتيجة لتراجع مبدأ استقلال الإرادة، إذ يلاحظ أنه قد تم تقليص دور الإرادة، وخلق أسس جديدة مكاملة للإرادة، وملزمة للعقد، وهذه الأسس الجديدة تخدم توازن العقد ككل وتحميه في نفس الوقت، فلم يعد مبدأ حرية الإرادة قائماً. وهي تشكل الأساس الوحيد لقوة العقد الملزمة، وهذه الأسس هي العدالة التعاقدية، المتمثلة في المنفعة المقصودة من العقد، والتي أوجدت مفهومًا جديدًا لاستقلال الإرادة، أي الإرادة المكاملة بغيره من الأسس في وجوب العقود.

تمثلت هذه التدخلات التشريعية والقضائية بإحكام التزامات مستحدثة على النطاق التعاقدية تمثلت بالزام المتعاقدين بالتزامات اعتبرت التزامات قانونية لا بد على الطرف المتعاقد الإلتزام بها وان لم يتم الاتفاق عليها صراحة أو ضمناً، نذكر هذه الإلتزامات تباعاً ثم نبين رايها فيها، وعلى النحو الآتي:

أولاً: الإلتزام بالتحذير: لم تتفق كلمة الفقه بشأن بيان مفهوم هذا الإلتزام، ويعود سبب هذا الاختلاف إلى تباين المصطلحات أو الالفاظ المستعملة للتعبير عن هذا الإلتزام، فقد اطلق عليه لفظ الاخبار، الافصاح وكذلك النصيحة، وهذه المصطلحات ظهرت من جانب الفقه المؤمن ان هذه المسميات هي لالتزام واحد لا يوجد خلاف بينهم، او لا يمكن وضع حد فاصل بينهم، فخي انما تشترك بهدف واحد وهو توفير الحماية اللازمة للدائن قبال مدينه وذلك بتحذيره او نصيحته او اخباره او الافصاح عن المعلومات(22).بينما اعتقد جانب اخر من الفقه انه توجد اختلافات بين تلك المصطلحات، فهي تختلف من حيث شدتها من الصعوبة إلى السهولة، او بمعنى اخر تتدرج هذه الإلتزام بعدها مستقلة كلا بحسب شدته، فالنصيحة تعلو بعدها اشد، ثم الاخبار فهو اقل شدة، وهكذا. ولم يقف الفرق عند هذا الاتجاه لهذا الحد، بل ذكر ان هذه الإلتزامات مستقلة على الرغم من وحدة هدفها المتمثلة بحماية الدائن، الا انها تختلف فهي التزامات متعددة تتميز باستقلال عناصرها وذاتيتها، وبالتالي فهناك درجات متفاوتة للمعلومات التي يجب على المدين الإلتزام بها، فالإلتزام بالتحذير يمثل خطورة ابعد من مجرد الاخبار او حتى الاعلام(23)، اذ انه يفترض مخاطر معينة ترتبط باستعمال المبيع ويلزم التحذير منها(24). بينما يتعلق الإلتزام بالنصيحة بتقديم النصيحة من جانب احد الاطراف، كما هو الحال بالنسبة لتقديم الاستشارات، وعليه فهو التزام مستقل يعطيه هذا الجانب درجة اشد من الإلتزام بالتحذير على اساس انه قد يشكل الموضوع الرئيس في العقد، فالإلتزام بالتحذير لا يتضمن توجيه المتعاقد بشأن الهدف الذي يريده، اما الإلتزام بالنصيحة فانه يستوجب اضافة إلى التحذير من المخاطر تقديم النصائح الدقيقة(25). ولذلك يتبين لنا مما سبق أن الخطر هو أساس وجوب الإنذار، ويجب تنبيه المقاول الآخر إلى هذه المخاطر وإعلامه بها. ومن الواضح لنا أيضاً أن الإلتزام بالنصيحة هو التزام صارم بالتحذير، أي أن النصيحة تقتضي الأمرين معاً تحذير واخبار، وهذا التحذير لا يأخذ إلا خبراً. ولذلك فإن واجب التحذير هو التزام وسط بين الخبر والنصيحة.

ثانياً: الإلتزام بالتبصير: ذكرت تعريفات عديدة للإلتزام بالتبصير. فقد تم تعريفه بأنه: التزام ما قبل العقد يتعلق بالتزام أحد الطرفين المتعاقدين بتزويد الطرف المتعاقد الآخر، عند إبرام العقد، بالبيانات اللازمة للحصول على موافقة سليمة وكاملة ومستتيرة، مطلعة على كافة الأمور وتفاصيل هذا العقد. وذلك لظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل أن يكون أحدهم على علم ببعض الأمور. البيانات أو يتطلب منه منح الثقة المشروعة للطرف الآخر الذي، بناء على كل هذه الاعتبارات، ملزم بالإلتزام بتقديم البيانات(26). كما عرف بأنه: تنبيه أو اعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها القاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون الطالب على بينه من امره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد(27). مما تقدم يمكننا ان نستنتج ان الإلتزام بالتبصير هو التزام يسبق التعاقد أي ان تنفيذه يسبق التعاقد، وعليه فهو إلتزام قانوني ممكن ان يستند قوته او وجوده من مبادئ قانونية كمبدأ حسن النية في المعاملات، فالمتعاقد ملزم بإحاطة الطرف الآخر في العقد بالإلتزام عام أن يقدم المعلومات التي تتصل بالعقد والا قد يصل الأمر أن يسأل هذا الطرف عن عدم تبصير المتعاقد بما يحتاجه من معلومات، وهو التزام يخص جميع العقود لا ينحصر بعقد معين دون غيره(28). ويتميز الإلتزام بالتبصير بأنه قد يكون التزام قبل التعاقد، وقد يكون التزام بعد التعاقد او اثناء تنفيذ العقد، فالإلتزام بالتبصير قبل التعاقد هو الذي يتم بهدف احاطة المتعاقد او حتى كليهما قبل الشروع بالتعاقد لكي تتكشف لكلا الطرفين حقيقة ما ينويان التعاقد بشأنه فيستطيع الطرفان الوقوف على حقيقة الامر من مغامرات ومغرم الشيء المتعاقد عليه، فيحقق بذلك توازن الطرفين وذلك من اجل توفير الحماية، وهذا الإلتزام لم يكتسب الاستقلالية الا في السنوات الاخيرة، حيث استندت محكمة النقض الفرنسية إلى المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بالتدليس لتقرر اعتباره تدليساً يؤدي إلى البطلان مجرد سكوت احد المتعاقدين عن واقعة ملازمة مؤثرة بهدف خداع المتعاقد الآخر(29). اما التبصير بعد التعاقد، فهو الإلتزام الذي يتم في المرحلة التالية للتعاقد، وذلك لغرض، إما تنفيذ لبدء موجود في العقد، أو أنه يتم بالنسبة لتنفيذ نص قانوني، او ان يكون تأكيد للمعلومات المقدمة من قبل أحد الأطراف، مثال على ذلك التزام الوكيل بأن يقدم من وقت لآخر أن يطلع موكله على الحالة التي وصل اليها تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حساباً بعد انقضائه(المادة (936) من القانون المدني العراقي)). كذلك المادة (6) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010، وهذا الإلتزام الذي تشير اليه المواد اعلاه هو إلتزام إجباري، حيث من الممكن أن تنقسم إلتزامات التبصير إلى إلتزامات اختيارية والتزامات اجبارية، فالاختيارية هي التي يمكن للمتعاقد ان يقدمها للمتعاقد الاخر على سبيل الاختيار والرضا، مثل اعلام المقاول من قبل رب العمل بطبيعة الارض التي يباشر عليها العمل.

ثالثاً: الإلتزام بضمان السلامة: هو الإلتزام الذي يتعهد المتعاقد بمقتضاه بان لا يلحق ضرراً بالمتعاقد الاخر خلال تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد(30). تقتضي فكرة السلامة ان يمارس المتعاقد بها سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن ان تسبب ضرراً للدائن بها، ويعني ذلك ان تكون هذه العناصر داخلة في اطار العقد الذي يربط الدائن بالمدين.

لقد حاول الفقه وضع معيار شامل لتحديد العقود التي تتضمن الإلتزام بضمان السلامة، فذهب بعض الفقه إلى أن الإلتزام بضمان السلامة يوجد في العقود التي تضع شخص الدائن تحت الحراسة المؤقتة للمدين بالإلتزام الرئيس الناشئ عن العقد، مثل عقد النقل والعقد الطبي(31). بينما اتجه جانب آخر من الفقه إلى أن الوسيلة التي يستخدمها المدين لتنفيذ التزامه هي ما نعول عليه وليس محل العقد، وعلى ذلك يوجد التزام بضمان السلامة في كل حالة ينفذ فيها المدين التزامه الرئيس في كل مكان أو أداة تخضع لسيطرته(32). وقد اتجه جانب آخر وهو السائد في الفقه إلى أن معيار الإلتزام بضمان السلامة يتضمن ثلاث عناصر تعد بمثابة شروط لوجود هذا الإلتزام، وهي وجود خطر يهدد السلامة الجسدية للمتعاقد، وأن يعهد أحد المتعاقدين بنفسه إلى المتعاقد الآخر، وأخيراً، أن يكون المتعاقد المدين بالإلتزام بضمان السلامة مهنيًا(33).

المطلب الثاني

الأساس القانوني للإلتزامات المستحدثة

فيما يخص الإلتزام بالتبصير والإلتزام بالإعلام، نود الإشارة بداية إلى أن القضاء الفرنسي استقر على أن الإلتزام بالإعلام أو الإلتزام بالتبصير خصوصاً قبل التعاقد هو التزام قائم بذاته يقع على المتعاقد المهني وغير المهني(34)، ولم يكتفي القضاء الفرنسي بتعميم الإلتزام بالإعلام على أغلب العقود تقريباً، بل سعى إلى إيجاد أساس قانوني له فيما هو متاح، وفي هذا الجهد حاولت محكمة النقض الفرنسية ربط الإلتزام التعاقدي السابق بالإعلام بالعديد من النصوص. إلا أنه لم يكن هناك إجماع على اختيار أساس قانوني متين لهذا الإلتزام، وفي سياق محاولات القضاء الفرنسي إيجاد أساس قانوني للإلتزام بالإعلام، يمكن التمييز بين مرحلتين مهمتين: الأولى وهي محاولة القضاء ربط الإلتزام بالإعلام بالإلتزامات القانونية الأخرى مثل الإلتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع والإلتزام بالتسليم أو حتى الإلتزام بالسلامة.

وبعد ذلك حاول القضاء ربط الإلتزام بالإعلام بمبادئ أساسية تحكم نظرية العقد، فتم ربطه مع القواعد التي تحكم الرضا أثناء تكوين العقد وخاصة الغلط في المادة 1116 من القانون الفرنسي قبل التعديل. أو على المادة 1382 من القانون الفرنسي قبل التعديل. وعلى مستوى آخر جرى ربط تخلف الإلتزام بالإعلام بتنفيذ العقد، فتم ربطه بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وفق المادة 1134/3 القانون الفرنسي قبل التعديل. أو على أساس العدالة العقدية. وجرى كذلك ربط الإخلال بالإلتزام بالإعلام بتنفيذ العقد عن طريق ربطه بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وفق المادة 1134/3 فرنسي قديم. وحتى على أساس العدالة العقدية المادة 1135 فرنسي قديم، أو من خلال ربطه مباشرة بقواعد المسؤولية التعاقدية من خلال الاستناد للمادة 1147 فرنسي قديم(35). وقد كان لجهود ومساعي الفقه والقضاء الفرنسي في محاولتهم تكريس التزام عام تعاقدى بالإعلام أثرها الفعال على المشرع الفرنسي الذي لم يتردد في الأخذ بهذا الإلتزام الجديد في العديد من العقود الخاصة مثل عقود الاستهلاك خاصة بوساطة المواد 111-1 و 1112 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تفرض التزاماً عاماً بالإعلام على عاتق المهني لمصلحة المستهلك. كذلك عقود البيع المادة 1602 من القانون الفرنسي قبل التعديل التي تلزم البائع أن يشرح بوضوح نطاق التزامه. في القانون التجاري المادة 1-141 والتي تلزم بائع المحل التجاري بالالتزام بالإعلام حول مختلف عناصر المحل التجاري. وفي قانون الشركات العراقي رقم 21

لسنة 1997 المعدل في المادة 132 اولا التي تعطي الحق للعضو في الشركة حق الإطلاع على سجل الأعضاء. وفي عقد العمل من خلال المواد 1-33171-1221 او 1-14141، كل هذه النصوص تلزم المستخدم بالتزام بالإعلام أثناء إبرام عقد العمل وأيضا في صدد تنفيذه.

- في القانون البنكي، المواد 22-313 من قانون النقد والصرف الفرنسي تلزم مؤسسات القرض بالإلتزام بالإعلام سنوي(36). وقد جاء في قانون المصارف العراقي رقم 94 لسنة 2004 الذي يلزم في المادة (المادة 35) منه ان يتم ابلاغ البنك المركزي في حالة وجود معاملات مريبة.

- وبالنسبة للمهنيين بصفة عامة في علاقاتهم بالمستهلك، أقر قانون الاستهلاك المعروف بـ (La loi HAMON) المؤرخ في 17 / 3 / 2014 التزام تعاقدى بالإعلام في كل عقود بيع المنتجات أو عقود تقديم الخدمات المبرمة بعد تاريخ 13 / 6 / 2014. اما عن نص الفقرة الاولى من المادة 1112-1 من القانون المدني الفرنسي(37)، التي تنص على انه: ((يجب على من يعرف من الاطراف معلومة لها اهميتها الحاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الاخر ان يعلمه بها متى كان جهل هذا الاخير بالمعلومة مشروعا او كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه)) (38).

وعليه يتعين على أي طرف يمتلك معلومات حاسمة لرضاء المتعاقد الآخر ان يحيطه علما بها متى كان جهلة بتلك المعلومات مشروعا ومبررا، او بسبب الثقة التي يوليها للطرف الآخر.

وطبقا للنص اعلاه فان الإلتزام بالإعلام يعد من النظام العام(38)، فلا يستطيع المتعاقدان استبعاده او حتى الحد منه بالإتفاق، وكل إتفاق يخالف ذلك يقع باطلا منعدم الأثر، اما بالنسبة للتشديد من هذا الإلتزام أي امكانية الاتفاق على التشديد فلم يتطرق النص لهذه المسألة، وبالتالي يمكن ان يتم الاتفاق على التشديد منه اتفاقا اعمالا لحرية التعاقد وفق المادة 1102.

على الرغم من أن ظاهر نص الفقرة السادسة يوحي بأن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالإلتزام التعاقدى بالإعلام هي من طبيعة عقدية من خلال الإحالة إلى المواد 1130 وما يليها الخاصة بعيوب الإرادة، غير أن التقرير المقدم إلى رئاسة الجمهورية الفرنسية يشير صراحة أن المسؤولية المترتبة عن الأخلال بالإلتزام التعاقدى بالإعلام مسؤولية تقصيرية من حيث المبدأ، إلا في حالة وجود اتفاق مخالف. فالمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام التعاقدى وفقا للفقرة السادسة من المادة 1112 هي مسؤولية تقصيرية ناجمة عن الإخلال بالتزام قانوني، وبذلك يكون هذا النص الجديد قد وحد الأساس القانوني للمسؤولية الناجمة عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام بعدما كان القضاء الفرنسي في قضائه السابق يستند أحيانا لأحكام المسؤولية العقدية وأحيانا أخرى لأحكام المسؤولية التقصيرية(39).

أما بالنسبة لإثبات الخطأ فليس من الضروري إثبات الخطأ العمدي في الإخلال بالإلتزام بالإعلام فمجرد الإهمال كاف لترتيب المسؤولية، وحتى لو لم يقصد المدين من الإخلال بالإلتزام بالإعلام تضليل المتعاقد الآخر(40).

• تقييمنا للالتزامات المستحدثة:

سمح المشرع للقاضي التدخل في العلاقات التعاقدية وذلك لتكملة المسائل التفصيلية في العقد، والتي ارجاها المتعاقدان لما بعد، ولم يشترط المتعاقدان على ان العقد لا يتم بدون الاتفاق عليها، حيث تقضي المحكمة في حالة قيام نزاع حول المسائل غير المتفق عليها بحسب طبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، وهو ما يتضح من نص المادة 86 من القانون المدني

العراقي، واذضاف المشرع إلى ذلك امكانية تكميل العقد لما يعد من مقتضياته او من مستلزماته بموجب نص المادة 150 من القانون المدني العراقي، وكذلك الامر في القانون المدني الفرنسي في المادة 1135 قبل التعديل، والتي تتضمنها حاليا المادة 1194 بعد تعديل 2016.

لكن عند قيام القاضي باستكمال البنود الناقصة في العقد بعدها من مستلزماته ومحقة للعدالة، اذضاف جملة من الإلتزامات بداعي العدالة والتوازن العقدي، مستندا في ذلك إلى النصوص المذكورة اعلاه، بالرغم من عدم اشارة هذه النصوص لتلك الإلتزامات، الا ان القضاء استحدثها عن طريق استدلاله وتفكيره المنطقي بعدها من مستلزمات العقد ومحقة للعدالة، فالقاضي يحاول تطويع النصوص وفقا لمقتضيات الظروف، وذلك من خلال توسيعه مجال تطبيق بعض المبادئ القانونية(41). ويشير الفقه الفرنسي إلى ان المادة 1135 من القانون الفرنسي قبل التعديل هي من فتحت الباب على مصراعيه للقضاء من اجل اعطاء اساسا موسعا للعلاقة التعاقدية(42).

ان القضاء الفرنسي استخلص من مبدأ حسن النية العديد من الإلتزامات مثل الإلتزام بالتعاون والإلتزام بالإعلام... الخ. مستندا بذلك إلى المادة 1134/3 قبل التعديل والتي تتضمنها حاليا المادة 1104، على الرغم من ان هذه المادة بعيدة كل البعد عن الاشارة إلى تكميل العقد.

يتضح لنا في ضوء ما تقدم ان القضاء الفرنسي استخلص من النصوص السالفة سندا قانونيا لتبرير ما يضيفه من التزامات جديدة يتحملها المتعاقدان بعدها من مستلزمات العقد ومحقة للعدالة، وتتفق من مقتضيات حسن النية في التعاقد، بالرغم من عدم وجود نص صريح يسمح للقاضي بإضافة مثل تلك الإلتزامات لمضمون العقد(43). وبالرغم من ان هذه النصوص تعد اساسا قانونيا يستند اليها القاضي لتبرير الإلتزامات التي يضيفها للعلاقة العقدية، الا ان هنالك اغفالا تاما لإرادة المتعاقدين في هذا الشأن، فأين ارادة المتعاقدين من هذه الإلتزامات؟ خصوصا اذا ما كانت هذه الإلتزامات خارج توقعات المتعاقدين عند التعاقد، فضلا عن التجاوز الحقيقي للنطاق العقدي. اذ يمثل الخروج عن النطاق التعاقدي خطورة على ارادة الاطراف، مما يمثل من توسع في مضمون العقد. إذ يمثل مضمون العقد جملة من الإلتزامات التي تنشأ وفقا لإرادة المشتركة للمتعاقدين، غير ان تدخل القاضي في اضافة التزامات عقدية جديدة لمضمون العقد مثل الإلتزام بالإعلام والمشورة وضمان السلامة والامانة وحسن النية... الخ، من اجل تحقيق العدالة والتوازن العقدي، قد جعل محتوى العقد لا يقتصر على ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين فحسب، بل شمل ايضا ما فرضه القاضي من التزامات. فالحق اصبحت لا يقتصر على ما اتفق عليه اطرافه من بنود، بل يتسع لما يراه القاضي من ضرورة اضافة التزام معين يحقق التوازن العقدي. وبالتالي يمكننا القول أن حكم تكملة القاضي للنقص في الشروط التعاقدية اصبحت جزءا من العقد، اذا يمكنه ان يضيف إلى مضمون العقد ما يشاء من التزامات طالما انها تتوافق مع العدالة ومن مستلزمات العقد حسب تقديره للأمور، رغم ان المفاهيم التي يستند اليها تتسم بالغموض وعد الوضوح، كما ان فكرة العدالة العقدية من الافكار الفضفاضة والمرنة التي لا ضابط لها(44)، فضلا عن ان نص (المادة 1135) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل لم تنص صراحة على اضافة مثل تلك الإلتزامات، الا ان القضاء اجتهد في تفسيرها حيث استخلص منها التزامات جديدة تضاف إلى العقد، والتي تثقل من التزامات المتعاقدين، وتشكل في الوقت ذاته اهدارا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول: يجب أن ندرك حقيقة أن القاضي أصبح لديه مكنة إنشاء واجبات عقدية جديدة طالما أنها تتوافق مع مقتضيات العدالة ومن مستلزمات العقد على الرغم من أن الاطراف المتعاقدة لم تفكر فيها(45). وإذا كان من الممكن قبول تكملة العقد بالتزامات تعاقدية أخرى استنادا للعرف أو القانون، لكن على العكس من ذلك يصعب القول بالشيء نفسه عن التزامات يصفها القاضي بظنها عقدية من خلال تذرعه بالإلصاف والعدالة. والاعجب من ذلك ان القضاء الفرنسي لم يكتف بالاجتهاد في نص المادة 1135 قبل التعديل فحسب لإضافة التزامات تعاقدية جديدة، بل وصل التوسع إلى نص المادة 3/1134 قبل التعديل والتي تنص على انه يجب تنفيذ العقود بحسن نية، فلم يسلم النص المذكور من الاجتهاد القضائي ايضا بحيث تم استخلاص واجبات عدة مثل التعاون والامانة والاستقامة والحيطة من مبدأ حسن النية(46).

وقد أصبح من المسلم به في ظل هذا التوسع والاجتهاد لحسن النية دورا تكمليا هاما في العقود، وبهذا يمكن للقضاء ان يعيد بناء وتكملة العقود الموجودة وحتى اضافة واجبات اخرى تحت ستار فكرة حسن النية، وبهذا يذهب جانب من الفقه إلى القول: أصبح القاضي من حقه ان يضيف إلى العقود التزامات لم يخطر ببال الاطراف المتعاقدة، بل وربما ارادوا تجنب هذه الالتزامات عمدا(47). وعلى ذلك أصبح محتوى العقد يحتوي على الكثير من الالتزامات مقسمة إلى قسمين، الاول ما أنشاه المتعاقدان بإرادتهم الحرة، والقسم الاخر ما اضافته القضاء بموجب سلطته في تكميل العقد، فلم يعد محتوى العقد مقتصر على ما اتفق عليه المتعاقدان، بل اضحى متضمنا التزامات خارج نطاق ما تم الاتفاق عليه، وبالتالي أصبحنا امام التزامات مختلفة المصدر والمضمون، فمنها ما يتفق عليه المتعاقدان، ومنها ما يضيفه القضاء، بالإضافة إلى بعض الالتزامات التي يقرها القانون بنص صريح، وعلى المتعاقدان ان يحترما تلك الالتزامات مجبرين وليس مخيرين. وبهذا يمكننا القول ان ارادة المتعاقدان لم تعد هي مصدر الالتزامات العقدية الوحيد، بل أصبح للقاضي دور مماثل لإرادة اطراف العقد، حيث يشارك في تكوين محتوى العقد عن طريق انشاء التزامات جديدة غير مكتوبة، بالإضافة إلى ما هو متفق عليه اصلا، وقد ادى هذا التدخل بإضافة التزامات جديدة داخل الرابطة التعاقدية إلى اثرء محتوى العقد بالالتزامات واتساع محتوى العقد دون الاكتراث لإرادة المتعاقدان، الامر الذي ادى إلى تشويه فكرة العقد(48). ومن جهة أخرى، اذا كانت الانتقادات موجه بالأصل للاجتهادات القضائية في إنشاء التزامات جديدة تضاف لمضمون العقد، فهناك على الجانب الاخر انتقادات أخرى تتعلق بالإفراط في العمومية والتجريد للواجبات التعاقدية المستحدثة.

فبالإضافة إلى التزامات تعاقدية جديدة تنسم بالعمومية والتجريد لمضمون العقد تثير قلقا وإزعاجا للمتعاقدان وتشعرهم بانعدام الاستقرار في علاقاتهم ببعضهم البعض، نظرا لاتساع نطاق العقد وحدود هذه الالتزامات، بحيث يصعب على أي فرد تحديد محتوى العقد وحدوده، وقد ذهب جانب من الفقه إلى التساؤل حول المعنى المحدد لان يكون المتعاقد حسن نية وخلصا ووفيا(49)؟

في حقيقة الامر، يصعب وضع اجابة محددة لهذا التساؤل، فهذه العبارات عامة وفضفاضة ومرنة، وتتضمن معان ودلائل كثيرة ليس من السهل تحديدها او حصرها، فبالإشارة إلى التزام بالتعاون مثلا، يمكنه ان يثير عدد من الاشكالات، فمن هو المدين بهذا الالتزام؟ او مضمون هذا

الإلتزام؟ وفي أي ظرف يكون ضروريا؟ كل هذه الاشكاليات تثار حول ما اوجده القضاء من التزامات. أن إنشاء التزامات تعاقدية جديدة على عاتق المتعاقدين خاصة وان هذا الإلتزامات صادرة من جهة القضاء دون نص تشريعي صريح، والتي قد تكون احيانا منقطعة الصلة بسياق المضمون التعاقدية، بالإضافة إلى انها تنسم بالعمومية، أدى إلى اتساع محتوى العقد، فضلا عن دور الارادة في العقد قد تقلص وانحسر، حيث اصبحت ارادة الاطراف اقل دورا.

وعند مناقشة بعض الإلتزامات المستحدثة التي اشرنا اليها كالإلتزام بضمان السلامة والإلتزام بالإعلام بعدها التزامات اضيفت إلى العقد تزيد من حماية المتعاقد في علاقته التعاقدية، نجد ان هذه الإلتزامات عند مناقشتها تصبح نوعا ما عبئا على المتعاقد المضروب بعكس ما قصده القضاء، اذ ان الاتجاه الحديث في الفقه ينجح نحو الحد من الإلتزام بضمان السلامة، نظرا لان مصدره القضائي من جهة، ومن جهة اخرى انه ينشأ وفقا لمعايير غامضة ومشكوك في صحتها، كما ان الاعتبارات العملية تدعو إلى التخفيف من هذا الإلتزام، نظرا لان المسؤولية المدنية القائمة على نظرية المخاطر تعد اكثر ثقلًا عن غيرها بتوفير الحماية المطلوبة، فاذا ما حدث ضرر جسدي فمن السهل تعويضه حتى ولو لم يكن هناك عقد بين المتعاقدين(50).

وقد ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة نزع الصفة التعاقدية عن الإلتزام بضمان السلامة، لان هذا الإلتزام من وجهة نظرهم لم يقدم أي مزية في الواقع للدائن، إضافة إلى انه لا يمكن تبريره استنادا للإرادة الضمنية للمتعاقد(51). واذا كان الإلتزام بضمان السلامة له ما يبرره حيث يكون الإلتزام الاصلي للمدين يعرض الدائن للمخاطر، كما في عقد النقل مثلا، غير ان القضاء لم يكتف بإضافة الإلتزام بضمان السلامة في العقود التي تحمل نوعا من المخاطر فقط، بل قام بإضافة هذا الإلتزام حتى للعقود التي قد لا تكون هناك صلة بين نوع الخدمة المقدمة في العقد المبرم والمخاطر التي قد يتعرض لها الدائن، على سبيل المثال ما هو نوع المخاطر التي قد يتعرض لها الزبائن من صاحب حلاقة او صاحب فندق، فمثل هذه الخدمات والنشاطات قد لا يترتب عليها مخاطر، او حتى ولو تترتب عليها مخاطر فهي مصاحبة لأي نشاط انساني، وعليه يعد فرض الإلتزام بضمان السلامة في مثل هذه العقود تحكما وإفراطا زائدا من القضاء، خصوصا مع عدم الاتفاق عليه، بالإضافة لذلك ان اعتبار هذا الإلتزام التزاما تعاقديا يحرم الدائن من رفع دعواه على اساس المسؤولية التقصيرية عن الاشياء.

نستنتج مما سبق ذكره، أن فرض الإلتزام بضمان السلامة بعده إلتزاما تعاقديا قد يكون مصدر ظلم للدائن نظرا لفرضه من قبل القضاء اولا، وانه يتم وفقا لمعايير غامضة وغير واضحة ويشكل افراطا يوسع من نطاق المسؤولية التعاقدية ويشكل عبئا على الدائن الذي قد يحرم من الحماية المفروضة له في نطاق المسؤولية التقصيرية.

خاتمة البحث:

- اتضح لنا من خلال بحث الإلتزامات المستحدثة في نطاق العقد جملة من النتائج يمكن إجمالها بالآتي:
- 1- تبين لنا أنه ليست كل علاقة مبنية على إتفاق تحكمها قواعد المسؤولية التعاقدية، كما في علاقة صاحب العمل والحدث، والزواج ممن لم يكمل سن الـ(18) عشر من عمره، والمسؤولية عن التعهد بنقل ملكية عقار.
 - 2- بداية ظهور الإلتزامات المستحدثة كان من قبل القضاء مدفوعا بغاية تحقيق التوازن العقدي بين طرف العقد، بعد ذلك تدخل المشرع فأقر بعض هذه الإلتزامات بنص قانوني كالإلتزام بالإعلام.
 - 3- بإضافة إلتزامات تعاقدية جديدة تنسم بالعمومية والتجريد لمضمون العقد تثير قلقا وازعاجا للمتعاقدين وتشعرهم بانعدام الاستقرار في علاقاتهم ببعضهم البعض، نظرا لاتساع نطاق العقد وحدود هذه الإلتزامات، بحيث يصعب على أي فرد تحديد محتوى العقد وحدوده.
 - 4- أن فرض الإلتزام بضمان السلامة بعده إلتزاما تعاقديا قد يكون مصدر ظلم للدائن نظرا لفرضه من قبل القضاء أولا، وأنه يتم وفقا لمعايير غامضة وغير واضحة ويشكل افراطا يوسع من نطاق المسؤولية التعاقدية ويشكل عبئا على الدائن الذي قد يحرم من الحماية المفروضة له في نطاق المسؤولية التقصيرية.

المقترحات والتوصيات:

يجب أن لا يصل الأمر في منح فكريتي العدالة وحسن النية نطاقا واسعا يصل إلى حد إشكالية توسع محتوى العقد بالإلتزامات تعاقدية لم يتم الإتفاق عليها من قبل المتعاقدين. الحد من التدخل الموسع للعقد من قبل المشرع والقاضي وذلك للحفاظ على المبادئ التي تعد عماد العقد وأساسه، فالقوة الملزمة للعقد والحرية التعاقدية بحاجة إلى المزيد من الاهتمام. ضرورة احترام العقد الذي هو توافق إرادات تخضع لقواعد محددة مسبقا من أجل إحداث أثر قانوني، من أجل تحقيق الاستقرار التعاقدية، وللحد من توسع مضمون العقد.

الهوامش:

- 1- د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الاول، مصادر الإلتزام، ف، 97، ص473.
- 2- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، ف100، ص263. كذلك: د. حسين عامر، المسؤولية المدنية، مصدر سابق، بند 65-66، ص38-39. كما ينظر ايضا: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دون بيان مكان وجهة النشر، 2002/2001م، (92-93). فالأصل عنده أن المسؤولية الناشئة عن المرحلة السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية. ولكن هنالك حالات استثنائية قد تكون فيها المسؤولية عقدية وهي الحالات التي يقطع فيها الطرفان مراحل جادة في طرقهما إلى التعاقد بحيث يمكن اعتبار ما توصلوا إليه في هذه المراحل بمثابة إتفاقات تمهيدية أولية سابقة على إبرام العقد الأصلي، ولذلك فإن عدم تنفيذ أي إلتزام ورد في هذه الإتفاقات التمهيدية يرتب مسؤولية عقدية مستقلة عن

المسؤولية التقصيرية التي تقوم بشأن عدم التوصل إلى إبرام العقد النهائي، بحيث نكون أمام مرحلتين مختلفتين.

3- الإيجاب على نوعين إيجاب قائم ملزم، وإيجاب قائم غير ملزم، فالإيجاب القائم الملزم لا يسقط إلا في حالتين (الأولى) أن يرفض الموجب له الإيجاب فيسقط. (الثانية): أن تنقضي المدة التي يكون فيه الإيجاب ملزماً. أما الإيجاب القائم غير الملزم فلا يلزم إلا في التعاقد بين حاضرين وذلك في مجلس العقد فإنه يسقط في حالتين: (الأولى) إذا عدل الموجب قبل انقضاء مجلس العقد وقبل القبول، و(الثانية): إذا انقضت مجلس العقد قبل القبول ولو لم يعدل عنه الموجب. ينظر: د. عبد المجيد مطلوب: نظرية العقد، مصدر سابق، ص 23. كذلك: د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصدر سابق، ص 120. ويذكر في هامش رقم (1) من نفس الصفة ما يأتي: ((في تشريعات حماية المستهلك في فرنسا تلزم الموجب في مجال الائتمان العقاري بالإبقاء على العرض بالقرض لمدة لا تقل عن 30 يوماً (م7/ق13/1979) وبالمثل المادة 23 من قانون 12 يوليو 1984 الخاص بعقد إيجار الأشغال المؤدي إلى الملكية العقارية. حالياً ورد نص صريح بذلك في التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 وهو نص المادة 1116/1 وهذا النص يذكر المدة المحددة أو المدة المعقولة وهذا النص يجري على النحو التالي " لا يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء المدة التي حددها الموجب، أو قبل انقضاء مدة معقولة إذا لم يحدد له مدة)).

4- ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزامات، ج2، مصدر سابق، ص 160، السنهاوري، الوسيط، مصدر سابق، ج1، ف 103، ص 265. د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، مصدر سابق، ص 109. وقد اختلف الفقه في أساس القوة الملزمة للإيجاب على ثلاثة اتجاهات. (الأول): أن على الموجب أن يلتزم بالإبقاء على إيجابه المدة التي حددها هو ومصدر التزامه الإرادة المنفردة. (الثاني): يرى أن على الموجب إيجابين. (أولهما): خاص ببقائه ملتزماً بإيجابه مدة معينة. (وثانيهما): افتراض أن الموجب إليه قد قبله بمجرد علمه به لأنه لمنفعته ومن ثم يلتزم الموجب بالإبقاء على إيجابه المدة المحددة صراحة أو ضمناً. أما (الثالث): فيرى تطبيق المسؤولية التقصيرية ومفادها: أن الموجب الذي يرجع عن إيجابه قبل نهاية المهلة الواجبة يكون قد ارتكب خطأ يستوجب مسؤوليته، وأفضل وسيلة للتعويض اعتبار العقد قائماً على سبيل التعويض. ولكن هذا الخلاف لا يمكن أن يثار في القانون المدني العراقي كون المادة (84) منه قد حسمت الموضوع بنصها على أنه: ((إذا حدد الموجب ميعاد للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد)).

5- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية، مصدر سابق، ف31، ص 162.

6- وينص قانون العمل العراقي رقم 37 لسنة 2015 في المادة 42 ثانياً: ج- عدم افشاء أي اسرار يطلع عليها بحكم عمله. يذهب جانب من الفقه العراقي أن هذا الإلتزام منبثق من مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. ينظر: د. عماد حسن سلمان، شرح قانون العمل الجديد، مكتبة السنهاوري، 2018، ص 128.

7- وتتمثل في وجوب التراضي، والمحل، والسبب. وأن يكون التراضي سليماً من عيوب الإرادة كالغلط والغش والتدليس والإكراه والاستغلال.

- 8- ينظر: د. أكرم فاضل سعيد، التطور التاريخي لفكرة المقابل في القانون الانكلو سكسوني، دراسة تحليلية للقانون الانكليزي، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد 17، العدد الاول، 1436هـ، 2015م، ص 143 وما يليها.
- 9- نصت المادة(102) من قانون العمل العراقي رقم 37 لسنة 2015 على أنه:((إذا وجدت علاقة عمل بين صاحب عمل وحدث لا يجوز تشغيله بموجب احكام هذا القانون يلتزم صاحب العمل بدفع اجوره المتفق عليها وبتعويضه في حال اصابته اثناء العمل او من جرائه بصرف النظر عن توفر ركن الخطأ)). للتفاصيل، ينظر: أستاذنا د. أكرم فاضل سعيد، دراسة في تأسيس تطبيقات المسؤولية المدنية من الاصابات الجسدية على عنصر الضرر في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين،
- 10- ينظر: د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ف ١١، ص ٧.
- 11- ينظر: د. إسماعيل غانم، مصادر الإلتزام، الجزء الاول(مصادر الإلتزام)، ف ١٤١، ص ٢٩٢. كذلك: د. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة، العدد الأول، ١٣٥١هـ - ١٩٣٣م، ف ١٦، ص ٣٣٨ وما بعده. كذلك د. محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ف ٢٩، ص ١١٩.
- 12- د. حلمي بهجت بدوي، مقاله السابق، ف ٣٧، ص ٤٠٤ ، حيث انتهى إلى القول بأنه لا يمكن الأخذ بهذه النظرية. وأن الواجب أن يكون مناط الحكم بالتعويض وهو التقصير كذلك الوسيط للسنيهوري، ج ١ ، ف ٣١١، ص ٢٠٨ ، قال:((على أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد غير صحيحة ... والأولى الرجوع إلى فكرة المسؤولية التقصيرية في الخطأ عند تكوين العقد واعتبار العقد واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التعويض.... وأياً كان الأمر، فقد برر الفقه الحديث في مجموعة للعلامة اهرنج توسعه في فكرة الخطأ التعاقدى لسبب أن القانون الروماني الذي تأثر به كان لا يوجد به مبدأ عام للمسؤولية التقصيرية، فاضطر إلى التوسع في فكرة الخطأ. أما في العصر الحديث وبعد أن تقرر القاعدة والعامة للمسؤولية التقصيرية والتي توجب التعويض على كل من تعدى فاضر بالغير، فلم يعد هناك ما يبرر الأخذ بهذه النظرية.
- 13- معنى الاستخلاف هو حلول شخص محل آخر في علاقة قانونية تظل عناصرها الموضوعية على ما كانت عليه قبل الإنتقال. د. عبد الحي حجازي النظرية العامة للإلتزام، مصدر سابق، ص ٢٤٠.
- 14- ينظر: د. محمد علي عمران، مصدر سابق، ص ١٦٤ . نفس المعنى: د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، ف ١٣٩ ، ص ٢٥٦ ، وقال: وعلى ذلك يبقى الإلتزام في التركة إلى أن ينقضي، ثم تنتقل التركة خالصة منه إلى الوارث .
- 15- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ف ٣٨، ص ١٨٠.
- 16- د. محمد علي عمران، مرجع سابق، ص 265.
- 17- اختلف الفقهاء في جواز هذا الرجوع فذهب جمهور الفقهاء من الامامية والشافعية والحنابلة والظاهرية وهو قول عدد كبير من الصحابة. علي ابن ابي طالب(عليه السلام) وابن عباس وابن عمر، ومن التابعين إلى انه: للمتبايعين خيار الرجوع في مجلس العقد ما لم يفترقا بأبدانهما،

وحجتهم الحديث الشريف (المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا)، حيث جعلوا الافتراق كناية عن التفرق بالأبدان، ينظر: ابن قدامة، المغني، ص 4-6. كذلك، محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار، ص 185. ورجح جانب من الفقه الحديث هذا الاتجاه، ينظر: د. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الإلتزام في الشريعة والتشريعات العربية، ف 37، ص 78.

18- ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ص 216. كذلك، الكاساني، بدائع الصنائع، ص 288. ومن الفقه الحديث الذي رجح هذا القول. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج2، ص 13 وما بعدها.

19- نصت المادة (82) من القانون المدني العراقي على انه: ((المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب إلى اخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل قبول او صدر من احد المتعاقدين قول او فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك)). وفي هذا المقام يقول د. عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه: ((.... فلفظ القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالاتجاه إلى الشريعة الإسلامية، وجعل الإيجاب يبقى قائما ما دام مجلس العقد لم ينفض، ومجلس العقد هو المكان الذي يضم المتعاقدين وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادي للمكان، بل الملحوظ هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون ان يصرفهما عن ذلك شاغل اخر، فاذا اجتمع شخصان في مجلس واحد وأصدر احدهما ايجابا للآخر فليس من الضروري ان يكون القبول فوريا، بل يجوز ان يبقى الموجب له يتدبر الامر شيئا من الوقت حتى اذا عقد العزم على القبول فعل ذلك ويكون قبوله صحيحا بشرطين، (الشرط الاول) ان يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد، فاذا انصرف أي منهما الى شيء غيره، اعتبر مجلس العقد قد انقض وسقط الايجاب. (والشرط الثاني) أن يبقى الموجب على ايجابه فلا يرجع فيه اثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائما، ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد اصبح وضعاً عملياً معقولاً، ولم تعد الفورية في القبول لازمة بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدين بغير العقد ويبقى فيها الموجب على ايجابه، وهذا هو في نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الاسلامي في مجلس العقد)). د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الإلتزام، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، 2003، بند 109، ص 178.

20- ترجمة د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية (المواد 1100 إلى 1231 من القانون المدني الفرنسي) مصدر سابق، ص 37-38.

21- د. اسامة ابو الحسن مجاهد، قانون العقود الفرنسي الجديد، 2023، ص 102 وما بعدها.

22- ينظر: د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 21. كذلك د. سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 70. كذلك د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، الإلتزام بالنصيحة في مجال التشييد، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 ص 72.

23- يتشابه الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالتبصير في نقطة ويتميزان في نقطة، فيتشابهان في ان كلاهما التزامان يتواجدان قبل التعاقد وبعد التعاقد، كما موضح في الإلتزام بالتبصير اعلاه، بينما

يتميزان في ان الالتزام بالتبصير هو التزام المهني بالمبادرة بتنبيه غير المهني بمخاطر تنفيذ العقد حتى يترك الخيار، فهو يفترض ان احد المتعاقدين محترف مهنة والمتعاقد الاخر غير محترف. ينظر: نزيه محمد الصادق، مصدر سابق، ص 207.

24- ينظر: د. محمد بوادلي، حماية المستهلك في القانون المقارن، ط1، دار الكتاب الحديث، الاسكندرية، 2006، ص 63. كذلك د. عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 369.

25- د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في مجال التشييد مصدر سابق، ص 70. ففي هذا الصدد كتب عنه د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (الالتزامات) (المصادر) الجزء الاول(العقد)، المجلد الاول، المرجع السابق، ص 273، بقوله: ((اما الالتزامات بالنصح فهو يقع في اعلى التدرج الهرمي لمكونات الالتزام بالإعلام، حيث انه يعكس درجة متقدمة من الإيجابية والمشاركة من قبل المهني او المحترف اتجاه المتعاقد معه، حيث يلتزم هذا المهني بموجب التزامه بالنصح بحث المتعاقد معه على اتباع مسلك معين او الإمتناع عن مسلك آخر، وهذا الالتزام يتجاوز مجرد الادلاء ببيانات معينة حول خصائص الشيء المتعاقد عليه او مواصفاته بإيجابياته وسلبياته او الادلاء بهذه البيانات بشأن العقد ذاته وما يتضمنه من مزايا او مخاطر، ليصل إلى حد إلزام المهني او المحترف بتوجيه خيار المتعاقد معه وذلك بتنوير رضائه فيما يتعلق بالتصرف الذي يقوم على ابرامه فاذا كان الادلاء يتم على سبيل البيان او العرض فالنصح يتم على سبيل الحث والإيحاء)).

26- ينظر: د. نزيه محمد الصادق، انواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص 15. كذلك: د. اسماعيل محمد سعيد أحمد، اساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، جامعة دمشق، 2009، ص 362.

27- د. خالد جمال أحمد، الالتزام بالتبصير قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا سنة، ص 82.

28- د. أحمد خالد جمال، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع، ص 83.

29 - Art. 1116ccf. (Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé.)

Cass. Civ, 1ere, 19 Mai 1958, Bull.civ. I, n° 251. منشورة على الموقع التالي:

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006956558>

ولقد حضى هذا التوجه استحسان جزء لا يستهان به من الفقه الفرنسي آنذاك، والذي حاول بدوره صقل هذا الفقه انطلاقاً من محكمة النقض، من خلال فكرة الإخفاء الاحتيالي (La reticence dolosive)، حيث اعتبر هذا الفقه أن سكوت المتعاقد يعتبر احتيال من شأنه أن يؤدي إلى... بطلان بعض العقود التي كانت لها أحكام خاصة تنص على مثل هذه العقوبة مثل عقد البيع وعقد

التأمين ، بشرط أن فمجرد الصمت عن حادثة هامة ومؤثرة لا يمكن أن يشكل احتيالا وفقاً لهذا الفقه، إلا إذا كان الطرف المتعاقد يتحمل التزاماً مسبقاً بالإبلاغ. ينظر:

FABER-MAGNAN: L'obligation d'information dans les contrats, L.G.D.J, Paris,1992. P 01

30- يعود الفضل في أرساء الالتزام بالسلامة للنائب العام لويس سار louis Sarrut وللحق ادمر ايسمان Adhemar Esmein وعلى الرغم من ان المتعاقدين لم يتفقا على هذا الالتزام في العقد الا ان القضاء اقره بوصفه التزاماً عقدياً. ينظر د. منة الله محمود صلاح الدين مصيلحي، المسؤولية العقدية في إطار الاسرة العقدية. اطروحة دكتوراه، مصدر سابق، ص 120 وما بعدها.

.fabre magnan. Op.cit. p500

31- د. عبد القادر اقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي، 2010، ص 210 وما بعدها.

32- د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 143 وما بعدها.

33- يقترب مفهوم الالتزام بضمان السلامة من مفهوم الالتزام بالمراقبة، ولكن يكمن الفرق بين الاثنين في ان الاول هدفه منع وقوع الضرر الذي ينتج عن المنتج بصفة غير إرادية، بينما يستهدف الثاني منع وقوع الضرر الذي يحدث بإرادة المتعاقد ويكون ميدان الالتزام بالمراقبة في الجانب الطبي بالنسبة للأحداث التي تحدث للمريض بإرادته او بتدخله الايجابي في احداث الضرر.

-34cass.com.14novembre 1977, pourvoi n075-15.185. cass. Civ. 3eme, 21 juillet 1993, pourvoi n091-20.639.

-35Aurélien Bamdé; L'obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1 C. civ2024/6/30 (منشور على الرابط ادناه تاريخ الاطلاع
<https://aurelienbamde.com/2017/01/11/lobligation-precontractuelle-dinformation-art-1112-1-c> -

-36Aurélien Bamdé; L'obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1 C. civ).

-37Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

38- قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم، المواد من 1100 إلى 1231، 2018، منشورات الحلبي الحقوقية. ص34.

39- لا يجوز للأطراف الحد من هذا الواجب او استبعاده.

40- ففي هذا الصدد نجد من الضروري أن نذكر رأي د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (الإلتزامات) (المصادر)، الجزء الأول (العقد)، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 279، إذ يرى بحسب وجهة نظره أن ربط الإلتزام بإعلام قبل التعاقد بنظرية عيوب الإرادة سيؤدي حتما إلى تقليل فاعلية هذا النظام، وهو نظام مستحدث حقيقة. لذا نراه يصحح رأيه بشأنه، كما يأتي: ((نعتقد أن الإبقاء على الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام في كنف عيوب الإرادة على النحو السابق بيانه، من شأنه أن يقلل من فاعلية هذا الإلتزام والحد من استقلاليته. لذلك فإن تدعيم فاعلية واستقلال هذا الإلتزام يقتضي أن يترتب الجزاء على مجرد الإخلال به دون حاجة إلى الاستناد إلى النظريات التقليدية في الغلط والتدليس، خاصة وإن هذا الإلتزام قد وجد باعتباره وسيلة حديثة لحماية رضاء المتعاقدين ولمواجهة قصور النظرية التقليدية في عيوب الإرادة)).

41- ((يقع على من يدعي أن معلومة كانت واجبة له الإثبات أن الطرف الآخر كان مدينا له بها، ويقع على هذا الطرف الآخر اثبات تقديمه له)). هذا ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية بموجب حكمها الصادر بتاريخ 1997/2/25، إذ وصف حكمها بأنه من الأحكام ذات المبادئ. ومفاده أن كل من يقع على عاتقه بموجب القانون أو الإتفاق بالإلتزام خاص بالإعلام أن يقيم الدليل على تنفيذ هذا الإلتزام. وفق هذا الحكم تكون محكمة النقض الفرنسية قد ألقت عبء إثبات تنفيذ الإلتزام بالإعلام على عاتق الطرف المدين به كالبائع في عقد البيع والمؤجر في عقد الإيجار والمودع في عقد الوديعة، بمعنى أن محكمة النقض الفرنسية قد أعفت الدائن بتنفيذ إلتزام الإعلام من عبء إثبات حصوله الإعلام المذكور. ينظر: د. محمد حسن قاسم، القانون المدني الجزء الأول (العقد) المجلد الأول المرجع السابق، ص (276-277).

42- د. راقية عبد الجبار علي، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد 46، 2016، ص 80.

43- د. نبيل ابراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الإلتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة- الاسكندرية، 2005، ص 44.

44- لا بد من الإشارة إلى نص المادة 1112-1 من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل التي اقرت بواجب الاعلام، وبذلك اصبح النص المذكور هو السند القانوني للإلتزام بالإعلام بدل نص المادة 1194 ونص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل.

45- سمح الفقيه Macneil في سبيل تحقيق العدالة العقدية بإدخال بعض المفاهيم للعلاقة التعاقدية كالإلتزام بالتعاون فضلا عن ادخاله لبعض القيم الاجتماعية داخل العلاقة التعاقدية، وقد علق جانب من الفقه قائلا: تزداد سلطة القاضي سعة في العقد كلما لجأ إلى قواعد العدالة لتحديد مضمون العقد. ينظر: د. خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2012، ص 80-81.

-46 Pierre LEGRAND JR : L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge, R.D.U.S. (Québec), Vol. 22, 1991p 129..

-47 Bucheler (R.), Droit des obligations, LEP, 2014, p.9

ينظر ايضا: سعاد بوخاتلة، دور القاضي في تكملة العقد، مصدر سابق، ص 97.

- 48- ينظر: د. يعقوبي إدريس، المصدر التاريخي لمبدأ حسن النية ودوره في تمديد عقد الكراء، مجلة القصر، المغرب، العدد 25، 2010، ص 53-59.
- leveneuer (L.), " le forçage du contrat ", droit et patrimoine, n°58 mars 1998. P. 69.
- 49- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد واثاره، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 2000، ص 72 وما بعدها.
- 50- د. نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للإلتزام، ج1، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 37.
- 51- د. خالد عبد حسن الحديثي، مصدر سابق، ص 121. كذلك:
- Chazal (J. -P.), Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin?, Op. cit., p. 108.

Reference:

كتب الفقه الإسلامي:

1. ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، 1969.
 2. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، مطبعة الجمالية، مصر، 1328هـ.
 3. محمد علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج1، ط1، دار الحديث، مصر، 1413هـ، 1993م.
 4. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة-مصر، 2004.
- ##### المصادر القانونية:
- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد واثاره، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 2000.
- د. أحمد خالد جمال، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع.
- د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، الإلتزام بالنصيحة في مجال التشييد، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- د. إسماعيل غانم، مصادر الإلتزام، الجزء الاول(مصادر الإلتزام).
- د. إسماعيل محمد سعيد أحمد، اساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، جامعة دمشق، 2009.
- د. أكرم فاضل سعيد، التطور التاريخي لفكرة المقابل في القانون الانكلو سكسوني، دراسة تحليلية للقانون الانكليزي، مجلة كلية الحقوق جامعة النهريين، المجلد 17، العدد الاول، 1436هـ، 2015م.
- د. أكرم فاضل سعيد، دراسة في تأسيس تطبيقات المسؤولية المدنية من الاصابات الجسدية على عنصر الضرر في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهريين، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الاول، مصادر الإلتزام.
- د. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة، العدد الاول، 1351هـ - 1933م.
- د. خالد جمال أحمد، الإلتزام بالتبصير قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا سنة.

- د. خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2012.
- د. راقية عبد الجبار علي، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد 46، 2016.
- د. سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الإلتزام، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، 2003، بند 109، ص 178.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج2.
- د. عبد القادر اقصاوي، الإلتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي، 2010، ص 210 وما بعدها.
- د. عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- د. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الإلتزام في الشريعة والتشريعات العربية.
- د. عماد حسن سلمان، شرح قانون العمل الجديد، مكتبة السنهوري، 2018.
- د. محمد بوادلي، حماية المستهلك في القانون المقارن، ط1، دار الكتاب الحديث، الاسكندرية، 2006.
- د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
- د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دون بيان مكان وجهة النشر، 2002/2001م.
- د. محمد علي عمران، الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
- د. منة الله محمود صلاح الدين مصيلحي، المسؤولية العقدية في إطار الاسرة العقدية. اطروحة دكتوراه.
- د. نبيل ابراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الإلتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة- الاسكندرية، 2005.
- د. نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للإلتزام، ج1، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- د. نزيه محمد الصادق، انواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.
- د. يعقوبي إدريس، المصدر التاريخي لمبدأ حسن النية ودوره في تمديد عقد الكراء، مجلة القصر، المغرب، العدد 25، 2010.
- د. عبد القادر محمد اقصاوي، الإلتزام بضمان السلامة في العقود، اطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 2008.
- قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم، المواد من 1100 إلى 1231، 2018، منشورات الحلبي الحقوقية.

المصادر الأجنبية:

Aurélien Bamdè; L'obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1 C. civ.

Bucheler (R.), Droit des obligations, LEP, 2014.

Chazal (J. -P.), Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin.

FABER-MAGNAN: L'obligation d'information dans les contrats, L.G.D.J, Paris, 1992.

Leveneur (L.), " le forçage du contrat ", droit et patrimoine, n°58 mars 1998.

Pierre LEGRAND JR :L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge, R.D.U.S. (Québec), Vol. 22, 1991.

**Expansion of the scope of contractual liability
(created Obligations))**

Abstract:

In this research, we discuss the issue of newly created obligations that have been dominated by the contractual nature, considering them contractual obligations, starting with the judiciary, which imposed more than one obligation within the scope of the contract, driven by the aim of achieving contractual balance, such as the obligation to guarantee safety and the obligation to inform. The matter did not stop at the judiciary, but the legislator followed it by creating legal texts that imposed some obligations on the contracting parties, considering them without the contract, whether mentioned by the two parties to the contract or not. Are these obligations in reality contractual obligations? Or are they obligations that are then imposed on everyone as general duties? What this entailed in terms of expansion in the scope of the contract reached the point of inflation.

Keywords: Contractual liability, created obligations, safety assurance, expansion of contract scope.