دور الإرادة في تحديد حكم العقد

The Role of the Will in Determining the Drovision of the Contract

م. د. ريان هاشم حمدون
جامعة كركوك/كلية القانون والعلوم السياسية

الملخص

لا تنعقد التصرفات القانونية إلا إذا صدرت عن إرادة سليمة حاسمة، و لما كانت الإرادة أمرًا خفيًا كان لا بد وان يكون هناك وسائل وطرق للتعبير عنها ، والإرادة كما يرى علماء النفس بأنها "ظاهرة نفسية تتضمن أربع مراحل ، والإرادة حتى ولو كانت موجودة في نفس صاحبها وانعقد عزمه على احداث اثرها إلا أنها تبقى مجرد واقعة نفسية تكمن في نفس صاحبها لا يعلمها إلا هو، ومن ثم لا يعتد بها القانون ولا يترتب عليها أثر ، ولهذا لا بد أن تخرج هذه الإرادة من نفس صاحبها باتخاذ مظهر خارجي يؤدي إلى التعبير عنها، فالتعبير عن الإرادة يعني إخراج النية من عالم المشاعر والأفكار إلى نطاق الظواهر، حيث تدرك بالحواس وهو النطاق الذي يعتد به القانون وبغير حدوث هذا التعبير لا يتحقق للتصرف القانوني أي وجود مادي أو قانوني من التفكير ، وإذا كان منطق سلطان الإرادة يقضي بحرية الفرد في التعاقد من عدمه إلا أنه يجب القول بوجود قيود ترد على مبدأ سلطان الارادة في التعاقد ، ووفقاً للشريعة الإسلامية فان العقود قد شرعت للحاجة والمصلحة لا لمحض التقرب والعبادة ، فهي تنشأ بإرادة العاقد الظاهرة ، وأن آثارها تتحدد كذلك بتلك الإرادة بشرط ألا تتجاوز الحدود التي بينها الشارع ، لذلك فإن للإرادة دور رئيسي في تحديد حكم العقد طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، إلا أنه في بعض الأحيان لا يترتب على الإرادة أثراً قانونياً لأسباب قد تتعلق بأركان العقد أو شروطه ، وللمشرع دور في تغيير حكم وذلك من خلال التدخل المباشر في العقد ، ويتجلى هذا الدور في تناول التنظيم الكامل للعقد وترتيب آثاره ، كما في عقد العمل ، وقد يكون تدخل المشرع في تغير حكم العقد بشكل غير مباشر ، وذلك من خلال اعطاء القاضي سلطة في تعديل أو الغاء بعض الشروط التي يتضمنها العقد ، ورغبة من المشرع في إعادة التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد ، فنجد أن للقاضي دور في تعديل عقد الاذعان ، كما منح المشرع للقاضي سلطة التدخل في العلاقات العقدية لمواجهة الظروف المتغيرة التي ينشأ عنها اختلال التوازن العقدي بالنص على " نظرية الظروف الطارئة " و تعديل الشروط التعسفية فيقوم بمراجعة هذا الاتفاق ، و إزالة ما يخالف العدالة .

وفي الختام توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات.

Abstract

Legal actions cannot be concluded unless being issued by a sound and decisive will. Likewise, since the will is something hidden, then it must be methods and means for such a will to be explicit. Psychologically, the will is an internal phenomenon that includes four stages, even it exists in the soul of the person but it remains merely a psychological fact that lies inside that soul, at that moment the law deems it not existent and valueless. Accordingly, it is necessary for such a will to leap out of the soul by taking an external appearance that leads to its expression, which means taking the intention out of the realm of feelings and thoughts to the domain of phenomena in order to be perceived by the senses and recognized by the law. Without such expressions, legal actions have no existence physically and legally. Evidently, when the principle of the authority of the will entails that the individual can choose to conclude or not to conclude contracts. However, it must be said that there are restrictions over this principle in contracting, and according to Islamic law, contracts are basically legalized according to the need and interest, not for pure worship since created by the explicit will of the contracting party and its impacts limited by this will under a constraint

of being in line with the boundaries set by the legislator. Therefore, the will has a major role in determining the rule of the contract according to the principle of the authority of the will and the rule of pacta sunt servanda. Yet sometimes, such will has no legal impact for reasons related to the elements or conditions of the contract and the legislator has a right to a direct intervention in the contract to change it. Such a role is represented in dealing with the total regulation of the contract and also arranging its effects such as labor contract. Alternatively, the legislator's interference may be demonstrated by changing the contract's provision indirectly by giving the judge the authority to amend or cancel some of the conditions enclosed in the contract as a legislator's desire to restore the economic balance between the contracting parties. Consequently, we find that the judge has a role to modifying adhesion contract, and the legislator has granted the judge the authority to intervene the contractual process to face the fluctuating conditions that give rise to contractual imbalance by stipulating "theory of emergency conditions" and amending the arbitrary conditions by reviewing this agreement and then removing justice violations. Finally, we have concluded a set of findings and recommendat.

المقـــــدمة

يعرف العقد في القانون المدني العراقي بأنه " ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه "[207] ، فاذا ما نشأ العقد صحيحا مستوفيا لكامل أركانه و شروطه رتب أثاره القانونية و بالتالي كسب قوته الملزمة من حيث الاشخاص و الموضوع تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة ، فبعد انشاء العقد تأتي مرحلة تنفيذ العقد و ترتيب أثاره ، و من مظاهر سلطان الارادة في هذه الفترة هي التزام المتعاقدين بما اتفقا عليه و تنفيذ العقد بحسب ما جاء فيه ، طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، حيث نصت المادة (1/146) من القانون المدني العراقي على أنه :" إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي " وهذا معناه أن للعقد قوة ملزمة أكتسبها من إرادة المتعاقدين أو اتجاهها إلى ترتيب آثاره ، وبهذا فإن الحقوق و الالتزامات التي تتولد عن العقد واجبة التنفيذ و الإلزام.

وكذلك على كل طرف أن ينفذ الالتزامات الملقاة على عاتقه وفقا لمضمون العقد مع مراعاة حسن النية ، فلا يجيز القانون للمتعاقد القيام بتنفيذ العقد بطريقة تدل على سوء نيته ، أو بطريقة يكون فيها متعسفا في استعمال حقه في المجال التعاقدي ، وهذا ما ورد في المادة (1/150) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

كما إن العقد ينعقد إذا أرتبط الإيجاب بالقبول على نحو يثبت أثره في المعقود عليه، على أن يتم ذلك الارتباط وفقًا للصيغ والأوضاع التي ينص عليها أو يتطلبها القانون، وبعبارة أخرى فأنه إذا توافرت للعقد أركانه مستوفية شروط صحتها وذلك بأن صدر من أهله مضافًا إلى محل قابل لحكمه ولم يشب إرادة العاقدين عيب يفسدها فقد انعقد العقد صحيحًا نافذًا وترتبت عليه آثاره.

والأصل في العقد الصحيح واللازم عدم استطاعة احد العاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة ,حيث يكون ملزمًا لطرفيه ويجب عليهما الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه .ولا يستطيع أي منهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله إلا باتفاقهما على ذلك أو استنادًا إلى نص في القانون فالالتزام الذي ينشئه العقد يساوي الالتزام الذي يفرضه القانون ,وحيث لا يجوز الخلاص من التزام مفروض بقوة أو بحكم القانون ,لذا لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من التزام نشأ عن عقد هو طرف فيه ,فالعقد كما هو معروف شريعة المتعاقدين بمعنى أنه قانونهما الخاص الذي يتضمن التزامات كل من طرفيه ,وعليهما تنفيذه بكل ما أشتمل

[207] المادة (73) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .

عليه من بالإضافة إلى كل ما يعتبر من مستلزماته وبما يتماشى مع القانون أو العرف أو العدالة وطبقًا لطبيعة الالتزام موضوع ذلك العقد[208].

مشكلة البحث

تتمثل المشكلة الرئيسية التي جاء البحث لبيانها في مدى امكانية المتعاقدين أن يعدلوا من حكم العقد أو الآثار المترتبة عليه ، وهل يستطيع المشرع أو القاضي التعديل من هذه الآثار التي اتفق الطرفان عليها ، وهو ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا البحث .

منهج الدراسة

تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي في هذه الدراسة لبيان النصوص القانونية في التشريع المدني العراقي وما جاء في الشريعة الاسلامية وتحليلها لبيان دور ارادة المتعاقدين في تحديد الاثر الناتج عن العقد وامكانية تعديل هذه الآثار فيما بعد تنفيذ العقد .

نطاق البحث :

جاءت هذه الدراسة لبيان دور ارادة المتعاقدين في تحديد اثر العقد اي حكمه في ضوء القانون المدني العراقي والإشارة الى البعض من القوانين المدنية كالقانون المدني والمصري والاردني والشريعة الاسلامية .

المبحث الأول: مفهوم الارادة وطرق التعبير عنها

في الحقيقة التصرفات القانونية لا تنعقد إلا إذا صدرت عن إرادة سليمة حاسمة، و لما كانت الإرادة أمرًا خفيًا كان لا بد وان يكون هناك وسائل وطرق للتعبير عنها، وأجد لزامًا علي البحث في موضوع الإرادة لتحقيق هذا الغرض، لأن الإرادة وان كانت في نفس صاحبها وانعقد عزمه على تنفيذها الا انها تبقى مع ذلك مجرد حقيقة نفسية كامنة في نفس صاحبها لا يعلمها غيره لذلك لا يعتد بها القانون ، ولهذا لا بد أن تظهر الإرادة من نفس صاحبها بمظهر خارجي ليفصح عنها فيعتد بها القانون .لذلك سنتناول في هذا المبحث المطالب الآتية:

االمطلب الأول: مفهوم الإرادة وشروط الاعتداد بها

تعرف الإرادة لغة ":بأنها المشيئة، مما يعني بأنها شيء في النفس تعطي لصاحبها القوة في تثبيت أمر ما وتنفيذه [209]، والإرادة كما يرى علماء النفس بأنها "ظاهرة نفسية تتضمن أربع مراحل من التفكير وهي [210] :

•**المرحلة الأولى :مرحلة التصور**، وهي توجه الفكر لأمر ما حيث يتصور الشخص العمل القانوني الذي يروم القيام به وذلك لشعوره بأنه بحاجة إلى تصرف ما.

•**المرحلة الثانية :مرحلة التدبير**، و بها يقوم الشخص بوزن الأمر محل التصرف الذي اتجه إليه التفكير بمختلف احتمالاته وذلك عن طريق التوفيق بين نتائج الأمر الذي تصوره وبين ما أتيح له من وسائل لتحقيقه ، والشخص في هذه المرحلة يكون في حالة من التردد بين الإقدام على العمل الذي تصوره وبين الإحجام عنه.

•**المرحلة الثالثة :مرحلة التصميم والقرار** وفي هذه المرحلة يبت الشخص في الأمر ومكان هذه المرحلة هو النفس الداخلية ، وهذه المرحلة هي جوهر الإرادة أو هي الإرادة نفسها[211] .

•**المرحلة الرابعة :مرحلة التنفيذ**، وفيها يقوم الشخص بنقل إرادته إلى العالم الخارجي عن طريق التعبير عنها حيث تنقلب الإرادة في هذه المرحلة من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية معلنه، وحتى يعتد القانون بهذه الإرادة فإنه يشترط بها أن تصدر من شخص متمتع بنصيب معين من القوى الذهنية، وهذه القوى لا تتوافر إلا إذا بلغ الشخص سنًا معينًا وكان سليما من كافة الأمراض العقلية ومن الأمور الرئيسية التي تشترط بالإرادة أن تكون خالية من العيوب التي تلحق بها وهي متعددة وقد بينت المواد القانونية هذه العيوب وهي :الإكراه، الغلط، التعزير مع الغبن والاستغلال ، والتي عالجها المشرع العراقي في القانون المدني في المواد من (112-126) بينما نجد أن عيوب الإرادة في القانون المصري رقم 131 لسنة 1948 هي

---

[208] احسان ستار خضير ، نظرية الظروف الطارئة ، بحث منشور وهو جزء من متطلبات الترقية إلى الصنف الأول من صنوف القضاة ، بإشراف الأستاذ مدحت المحمود عضو محكمة التمييز ،1997 ، ص2 .

[209] ابن منظور الإفريقي المصري، جمال الدين ومحمد بن مكرم ابن الفضل :لسان العرب، المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، بدون سنة للنشر، ص191.

[210] نجيب اسعد عودة ، القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، دراسة مقارنه، رسالة ماجستير مقدمة ، للجامعة الأردنية ، سنة 1990 ، ص8.

[211] د.أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1996 ، ص 75.

الإكراه، الغلط، التدليس والاستغلال كما جاءت في المادة (120) ولغاية المادة (130) ، ويشترط في الإرادة سواء كانت إيجابا أو قبولا حتى ينشأ عنها الرضا عدة شروط وهي:

1. أن تكون الإرادة موجودة، فإذا انعدمت الإرادة انعدم الرضا ومن الحالات التي تنعدم معها الإرادة حالة انعدام التمييز، أما لصغر السن وإما لجنون .كما تنعدم لأسباب أخرى كانعدامها بسبب السكر أو تحت تأثير التنويم المغناطيسي أو بسبب الإكراه المادي[212].

2. أن تتجه الإرادة إلى إحداث اثر قانوني، بمعنى أن تصدر من صاحبها بنية إحداث اثر قانوني وذلك لما للإرادة من دور هام في إنشاء الالتزام وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حينما نصت على أن الإرادة ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني" .

لذلك لا يعتد بالإرادة في بعض الحالات ومنها:

أ- إذا كانت الإرادة غير جدية كإرادة الهازل ومن لم يقصد باللفظ الصادر عنه معناه الحقيقي أو المجازي وكذلك الإرادة المعلقة على شرط إرادي شخصي، كأن يقول شخص لأخر أبيعك سيارتي إذا أردت ففي هذه الأحوال لم تتجه الإرادة إلى إحداث أي أثر قانوني.

ب- إذا كانت الإرادة مقصود بها المجاملات، وذلك لان أعمال المجاملات لا تنشئ عقود كما لو قام شخص بدعوة صديق له لتناول وليمة غذاء، فقبول الصديق في هذه الحالة لا ينشئ بين الداعي وصديقه عقد وذلك لأنهما لم يقصدا من هذا الاتفاق إلى إنشاء التزام قانوني، فلو عدل الداعي أو تخلف الصديق فلا مسؤولية على أي منهما[213].

ج- إذا كانت الإرادة مقصود بها الدعاية فقط، كمن يعلن مثلا بأن يوجد لديه شقة للبيع من دون أن يحدد السعر في هذه الحالة تكون الإرادة اتجهت فقط للدعاية ولم تتجه إلى إحداث أثر قانوني وهو البيع.

3. أن تكون الإرادة غير مخالفة لقواعد القانون الآمرة بما تنصب عليه من موضوع وما تهدف إليه من غاية ، أي أن يكون المحل والسبب فيها غير مخالفين للقانون أي مشروعين[214].

المطلب الثاني: طرق التعبير عن الإرادة

الإرادة حتى ولو كانت في نفس صاحبها وانعقد عزمه على إمضائها فإنها تبقى مجرد حقيقة أو واقعة نفسية تكمن في نفس صاحبها لا يعلمها إلا هو، ومن ثم لا يعتد بها القانون ولا يترتب عليها أثر .ولهذا لا بد أن تخرج هذه الإرادة من نفس صاحبها باتخاذ مظهر خارجي يؤدي إلى التعبير عنها، فالتعبير عن الإرادة إخراج النية من عالم المشاعر والأفكار إلى نطاق الظواهر، حيث تدرك بالحواس وهو النطاق الذي يعمل به القانون وبغير حدوث هذا التعبير لا يتحقق للتصرف القانوني أي وجود مادي أو قانوني [215].

وهذا ما يتطلب بحث التعبير عن الإرادة في الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول :التعبير الصريح عن الإرادة.

الفرع الثاني :التعبير الضمني عن الإرادة.

الفرع الثالث :مدى صلاحية السكوت في التعبير عن الإرادة.

الفرع الأول: التعبير الصريح عن الإرادة

التعبير الذي يفصح بذاته عن الإرادة حسب ما مألوف عند الناس هو التعبير الصريح ، ويتم التعبير الصريح عن طريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو من خلال المبادلة الفعلية التي تدل على التراضي وهذا ما ورد بنص المادة (79) من القانون المدني العراقي والتي نصت " كما يكون الايجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي" ، وكذلك نص المادة (93) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والتي جاء بهـــــــــا " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفا ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على التراضي ".

---

[212] د. توفيق فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 56 .

[213] د. حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، ط 1 ، دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة1999، ص 134 .

[214] د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1995، ص 86.

[215] المصدر السابق نفسه ، ص 86.

واستنادا إلى النصوص السابقة فان أول طرق التعبير الصريح عن الإرادة هو التعبير عن طريق اللفظ وهي الوسيلة المعتادة للتعبير عن الإرادة، لأن الإنسان عرف هذه الطريقة قبل أن يعرف أي وسيلة أخرى من وسائل التعبير " فضلا عن أن اللفظ أدل من غيره على إرادة المتكلم وحقيقتها " ويقصد بالتعبير عن طريق اللفظ، التعبير عن طريق الكلام والذي يفصح به المتكلم عن قصده ويتم التعبير عن الإرادة سواءً كانت إيجابًا أم قبولاً باستخدام صيغة الماضي، كأن يقول البائع بعت فيقول المشتري اشتريت لأنها أوضح مظهر في التعبير عن إرادة الشخص الحاسمة [216] ، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي حيث نصت المادة (2/77) من القانون المدني العراقي على أنه " يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي ، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا اريد بهما الحال".

غالباً ما يتم استخدام الكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة بين غائبين عبر التراسل ، واللفظ والكتابة هما الوسيلتان الأكثر تداولاً في التعبير عن الإرادة[217].

وقد تستخدم للتعبير الصريح عن الإرادة الإشارة المتمثلة بتحريك عضو من أعضاء الجسم أو أكثر للدلالة على القبول أو الرفض كتحريك الرأس عموديًا للدلالة على القبول وتحريكه أفقيًا للتعبير على الرفض[218] ، ولكي يعتد بالإشارة كوسيلة للتعبير عن الإرادة يشترط فيها أن تكون واضحة الدلالة ، وأن تكون متبادلة عرفا، لا تثير الشك في حقيقة مدلولها، وإذا وجدت بالإشارة الشروط المذكورة أعلاه فإنها تكون صالحة للتعبير عن الإرادة سواء كانت صادرة من شخص أخرس أو شخص يستطيع النطق وعلى هذا ورد نص المادة(79) من القانون المدني العراقي (وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس) وكذلك نص المادة(93) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها " وبالإشارة المعهودة عرفًا ولو من غير الأخرس" وقد نص المشرع المصري على الإشارة بشكل عام كوسيلة للتعبير عن الإرادة في المادة (90) وكذلك قد يتم التعبير الصريح عن الإرادة باستخدام الأفعال والمتمثلة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وهذا ما ورد في نصوص المواد السابقة لكل من القانون المدني العراقي والاردني حيث ينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا ببيع التعاطي ومثال ذلك:

أن يعطي المشتري للخباز مقدارًا من الخبز بدون تلفظ بإيجاب وقبول أو أن يعطي المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع ، وقد يتم التعبير الصريح عن الإرادة باتخاذ موقف في ظروف خاصة تجعل له دلالة معينة وتنفي عنه كل دلالة أخرى كعرض بضائع في واجهة محل تجاري مع بيان ثمنها، فهو تعبير عن عرض بيعها بالسعر المبين عليها ، وهذا ما يطلق عليه بالإيجاب والشخص الذي يعرضها يطلق عليه الموجب[219].

الفرع الثاني: التعبير الضمني عن الإرادة

قد يتم الكشف عن الإرادة بطريق غير مباشر وذلك من خلال استنباط التعبير عن الإرادة من الأفعال التي يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تعبر بحد ذاتها تعبيرًا عن الإرادة بصورة مباشرة ولكنها عبارة عن إشارة تكشف عن الإرادة[220] ، وقد أشار المشرع المصري صراحة على التعبير الضمني عن الإرادة في المادة (2/90) المدني والتي نصت على انه: " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا "، أما المشرع العراقي فإنه لم ينص صراحة على التعبير الضمني كما فعل كل من المشرع المدني المصري ، ومن الأمثلة التي أوردها المشرع المصري على التعبير الضمني في المادة (90) والتي بينت في فقرتها الأخيرة " بقاء المستأجر في المأجور بعد انتهاء مدة الإيجار وسكوت المؤجر مع علمه بذلك واستلامه الأجر من المستأجر دون اعتراض 2 وكذلك أن يعرض شيء على شخص ليشتريه فيقوم هذا الشخص ببيعه فهذا تعبير قبول ضمني منه بشرائه[221]()

ومما سبق يتضح أن الفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني هو أن التعبير الصريح يفصح عن الإرادة بأسلوب مألوف ومباشر ، أما التعبير الضمني فإنه يتم إذا لم يكون الأسلوب المتبع في التعبير عن الإرادة من الأساليب التي ألف

---

(216) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،1996، ص 89 .

(217) د. توفيق فرج ، مصدر سابق، ص 57.

(218) علي محي الدين علي القرة داغي ، مبدأ الرضائية في العقود، ج2، ط2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2002م، . ص956.

(219) د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص 89.

(220) د. سليمان مرقس ،شرح القانون المدني في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة ، سنة 1964 ، ص 49.

(221) د. منذر الفضل ، مصدر سابق، ص 91 .

استعمالها بحيث لا يتاح استخلاص دلالة التعبير إلا عن طريق الاستنتاج أي أن التعبير الضمني يكون بطريق غير مباشر والأصل أن التعبير الصريح أقوى في دلالته من التعبير الضمني وهذا ورد في نص المادة (13) من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء فيها" لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح".

وفقاً لذلك فإن التعبير عن الإرادة سواء كان هذا التعبير عن الإيجاب أو عن القبول فإنه قد يتم عن طريق التعبير الصريح أو عن طريق التعبير الضمني ذلك أن الأصل اجازة التعبير الضمني إلا إذا نص القانون أو اتفق الطرفان على عدم كفاية التعبير الضمني في علاقة ما وهذا ما نص عليه المشرع المدني المصري في مادته (2/90) والتي جاء فيها "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا".

الفرع الثالث: مدى صلاحية السكوت في التعبير عن الإرادة

التعبير عن الإرادة قد يكون إيجابًا بالتعاقد وقد يكون قبولاً له ، والسكوت وضع سلبي لا يتصور أن يكون تعبيرا عن الإيجاب وذلك لأن الإيجاب عرض صادر من شخص لآخر، السكوت لا يمكن أن يستخلص منه مثل هذا الغرض، وكذلك الأصل أن لا يعتبر السكوت قبولا، لأن القبول تعبير عن الإرادة والساكت لا يعبر عن إرادته وهذا ما أكدته المادة (67) من المجلة العدلية حيث نصت على أنه " لا ينسب إلى ساكت قول " لأنه لو ألزمنا كل شخص الرد على ما قد يعرض عليه من إيجاب لكان في هذا ضيق وحرج على من عرض عليه الإيجاب وهذا هو السكوت المجرد، والاستثناء من ذلك اعتبار السكوت تعبيرًا عن القبول وذلك في حالة إذا كان السكوت موصوفًا أو ملابسًا[222].

والسكوت الموصوف هو السكوت الذي لحقه وصف من الأوصاف سواء بالاتفاق أو بنص القانون بحيث ترجح دلالة القبول على دلالة الرفض أو العكس[223] ، لم ينص المشرع العراقي على هذا النوع من السكوت في القانون المدني العراقي ، ومن الأمثلة على السكوت الموصوف بنص القانون ما جاء في المادة(2/114) مدني مصري والتي نصت على انه " إذا عين البائع للمشتري مدّة لتجربة السلعة وانقضت هذه المدة وسكت المشتري عن إعلان قبوله أو رفضه للمبيع خلال هذه المدة مع تمكينه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا وهذا ما نص عليه المشرع الأردني في القانون المدني في المادة (1/471) والتي نصت على انه " إذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً ولزم البيع ".

أما السكوت الملابس فهو الذي تحيط به ظروف ملابسة من شانها أن تجعله يدل على الرضا، هذا السكوت خلافًا للسكوت المجرد يمكن أن يحظى حسب الأحوال بقيمة التعبير الضمني لأنه من الممكن أن يدل على الإرادة استدلالا من الظروف المحيطة بالمتعاقدين، ولذلك يعتبر السكوت الملابس دائمًا وسيلة من وسائل التعبير الضمني عن الإرادة[224] ، وقد نص المشرع العراقي في القانون المدني العراقي على السكوت الملابس في المادة (81) حيث جاء فيها: "1- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً. 2- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه ، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط " ، وكذلك قد نص المشرع المصري في المادة (98) مدني على حالات السكوت الملابس وقد وردت على سبيل المثال والحالات هي:

1. إذا جرى العرف على اعتبار السكوت دليلا على الرضا.
2. إذا اقتضت طبيعة المعاملة باعتبار السكوت قبولا.
3. إذا تمخض الإيجاب نفعًا خالصًا للموجه إليه.

أما المشرع الأردني فقد نص في المادة (95) مدني على:

1-لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولا"

2-يعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه".

وهذا ما أكدته المادة (67) من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء فيها " لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان" .

---

[222] د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مطبعة حمادة الحديثة، بدون بلد نشر، 1996، ص 75.

[223] المصدر السابق نفسه ، ص 75.

[224] مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص 54 .

وبهذا يختلف التعبير الضمني عن الإرادة عن التعبير عن طريق السكوت في أن التعبير لأول وضع ايجابي تفسره بعض الوقائع .أما السكوت فهو موقف سلبي، يتخذه من يوجه إليه الإيجاب، ويقصد بالموقف السلبي " عدم الإجابة على السائل أو المنشئ لا بقول ولا بفعل أي لا بلفظ ولا بإشارة[225].

المبحث الثاني: القيود الواردة على الإرادة ودور الإرادة في تحديد حكم العقد

بعد أن تكلمنا في المبحث السابق عن مفهوم الإرادة وشروطها وطرق التعبير عنها لا بد لنا أن نتكلم في هذا المبحث عن دور هذه الارادة في تحديد حكم العقد والقيود الواردة عليها وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول:القيود الواردة على الإرادة في تحديد حكم العقد

إذا كان منطق سلطان الإرادة يقضي بحرية الفرد في التعاقد و حريته في عدم التعاقد إلا أنه يجب القول بوجود قيود ترد على مبدأ سلطان الارادة في التعاقد و تتمثل هذه القيود فيما يأتي[226] :

1. **حرية التعاقد تجد قيداً في النظام العام و الآداب**, فإذا ما أبرم المتعاقدين عقد يخالف النظام العام و الآداب في المجتمع فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً أي لا أثر له, و هذا القيد موجود منذ زمن بعيد, ففكرة النظام العام هي نسبية و متطورة فإننا نجد في الوقت الحاضر توسعا كبيرا في نطاقها, خاصة كلما ساد الاتجاه الاشتراكي في الدولة يزداد النظام العام اتساعاً.
2. **حرية عدم التعاقد قد قيدت أيضاً ، فظهرت صورة العقود الجبرية**، التي يجبر الشخص على إبرامها عقود التأمين الجبرية من المسؤولية عن حوادث السيارات، و عقود إيجار الأماكن السكنية، و من القيود الجبرية أيضا إلزام الإرادة التشريعية في بعض الأحوال، الأشخاص أو الهيئات التي تقدم الخدمات للجمهور أو تبيع السلع ففي كل الحالات السابقة يكون العقد مفروضاً لا يستطيع المتعاقد رفضه.
3. ومن القيود التي ترد على الارادة في التعاقد (الشكلية) ، حيث أن الأصل هو حرية أطراف التعاقد في اختيار شكل التعبير عن إرادتهم . أي أن الأصل في العقود هو الرضائية ، لذلك فإن وجود إرادتين متطابقتين ، أي إيجاب معين وقبول مطابق له يكفي لانعقاد العقود بصفة عامة.، غير أن القانون قد يتطلب إفراغ التراضي في شكل محدد ، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوب ، فقد تكون الكتابة مطلوبة ليس لإثبات العقد وإنما لإبرامه وانعقاده صحيحاً بحيث لا يكون للعقد وجود قانوني إلا إذا تم في الشكل الكتابي الذي اشترطه القانون وعندئذ يكون العقد شكلياً وتكون الكتابة عنصراً جوهرياً في العقد لا يقوم بدونها. ومن أهم مظاهر الشكلية : الرسمية المطلوبة لإبرام بعض العقود ، مثل عقد هبة العقار وعقد الرهن الرسمي ، والرسمية هنا ركن في العقد لا تقوم له قائمة بدونها ، وكذلك الحال في عقد الزواج فقد اشترط المشرع في وثيقة الزواج الرسمية اختصاص المأذون دون غيره بها ، عندئذ يكون التراضي غير كاف لانعقاد العقد وترتيب آثاره[227].

المطلب الثاني: دور الإرادة في تحديد حكم العقد

سنتكلم في هذا المطلب عن موقف الفقه الاسلامي من دور الإرادة في تحديد حكم العقد في فرع أول ، ثم نتناول في الفرع الثاني دور الإرادة في تحديد حكم العقد وكما يأتي :

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من دور الإرادة في تحديد حكم العقد

شرعت العقود للحاجة والمصلحة لا لمحض التقرب والعبادة ، وهي تنشأ بإرادة العاقد الظاهرة ، وأن آثارها تتحدد كذلك بتلك الإرادة بشرط ألا تتجاوز الحدود التي بينها الشارع ، وأن العاقدين يلزمان بها بإيجاب من الشارع ، وما يقتضيه إقرار الشرع لهذه العقود على وجه جعلها كفيلة بأن تحقق للناس مصالحهم ، وتوفر لهم رغباتهم وحاجاتهم ، ثم لا تكون بعد ذلك سبباً في غشهم أو الإضرار بهم وهذا ما تفيده نصوص الشريعة اجمالاً وتفصيلاً ، ومقتضى ذلك أن تطلق الحرية للناس في أن ينشؤا من العقود ما تدعوهم الحاجة إلى انشائه وإن لم يكن معروفاً لهم من قبل ، متى كان في مصلحتهم ولا يتعارض

---

(225) د. علي محي الدين علي القرة داغي، مصدر سابق، ص974.

(226) حدي لالة احمد ، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد ، مذكرة لنيل شهاة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين ، مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد –تلسمان- ،الجمهورية الجزائرية ، 2013 ، ص41 وما بعدها .

(227) حدي لالة احمد ، مصدر سابق ، ص42 .

مع أسس الدين وقواعده ، وعندئذ يدخل في عموم قوله تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ))[228] ، وإلى هذا ذهب فريق من العلماء وخالف فيه أهل الظاهر فقالوا : لا يجوز إحداث عقد لم يرد به الإسلام [229].

أما عن آثار العقود فتتحدد بالإرادة بشرط أن لا تتجاوز الحدود التي حددها الشارع ، حيث أن العقود ليست من الأسباب العقلية التي تترتب عليها آثارها ترتيباً لازماً بمقتضى العقل ، وإنما هي أسباب جعلية شرعية ، بمعنى أن الشارع جعلها كذلك أو أقر ما درج عليه الناس من اعتبارها أسباباً لآثار معينة محددة أرادها الناس منها ثم بينها الشارع وفصلها ، فجعل لكل عقد آثاراً خاصة به تتحقق بها الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من انشاءه فللبيع مثلاً آثاراً خاصة به وللإجارة كذلك آثاراً لازمة لها وهكذا في باقي العقود ، وآثار كلل عقد تسمى حكمه ، كما أن آثار كل عقد تترتب على إنشاءه بتمام الإيجاب والقبول دون الحاجة إلى ذكرها عند العقد تفصيلاً وإجمالاً)[230].

وأثر العقد سواء أكان متعلقاً بحكمه الذي ينشأ من تلقاء نفسه ، أم بحقوقه التي تتمثل في الالتزامات تقع على عاتق طرفيه ، وحكم العقد يسمى في الفقه الإسلامي بآثاره الأصلية ، أما حقوقه فتسمى بالآثار التبعية ، وحكم كل عقد له صفتان :

1- اللزوم ، حتى لا يستقل أحد العاقدين بفسخه ، إلا إذا اقتضت طبيعة العقد ذلك ، أو ألحق به شرط أو خيار يجيز لأحد العاقدين طلب فسخه دون الآخر .

2- الحلول ، وهو ثبوت الملك في البدلين ، ما لم يوجد شرط أو أجل .

فحكم العقد واقع بحكم القانون ، لا يستطيع الطرفان توجيه القصد للأعمال بحكم آخر وإن كان باستطاعتهما التعبير عن وصفه ، وهذا متفق مع ما توجه إليه الرأي العام في الفقه الإسلامي من أن آثار العقود جعلية وضعها الشارع ، فالنية أو الإرادة أو القصد تختار نموذج العقد الذي ترغب في إبرامه مع إرادة أخرى ، أما الآثار فموضوعة من قبل الشارع ، فالعقود أسباب ظاهرة تترتب عند وجودها الآثار التي حكم الشارع بوجودها عند وجود أسبابها فلا يجوز للمتعاقدين في عقد البيع الاتفاق على عدم نقل ملكية المبيع إلى المشتري [231].

ويكاد يجمع الفقهاء على أن ترتيب آثار العقود هو صنع الشارع لا من عمل المتعاقدين فالشارع وحده هو الذي يخصص لكل عقد آثار معينة ويجعل من هذه العقود طريقاً موصلاً إلى هذه الآثار ، وهذه الآثار المعينة التي يخصصها الشارع لكل عقد ليست هي فقط ما اثبتته نصوص الشريعة ، بل يتممها ما اضافه الاجتهاد اليها عن طريق القياس والاستحسان والاستصلاح وسد الذرائع [232].

إلا أنه وفي المقابل يذهب جانب من الفقه إلى أن : أما سلطة العاقدين في تعديل هذه الآثار التي قررتها النصوص للعقود ، أما بنقصها ، وأما بإضافة التزامات على أحد الطرفين المتعاقدين لا يستلزمها أصل العقد ، وذلك بشرط أن يشترطانها في التعاقد ، ومدى هذه السلطة ، فقد ورد حولها نصوص عامة وخاصة مختلفة منها قوله تعالى ((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ))[233]، وقول النبي عليه الصلاة والسلام ((المسلمون عند شروطهم)) وقوله أيضاً ((كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)) ، فهذه النصوص وأمثالها مما ورد عن مدى اعتبار الشروط العقدية تفيد :

1- أن هناك شروطاً تعتبر ميداناً لإرادة العاقدين أطلق فيه الشرع لأرادتهم سلطانها ضمن حدود حقوقهم في أحكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئياً .

2- أن هناك شروطاً ممنوعة شرعاً لا سلطان لإرادة العاقدين فيها ، لأنها تمس أحكاماً أساسية تعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام [234].

الفرع الثاني: دور الإرادة في تحديد حكم العقد في التشريع

---

(228) سورة المائدة / الآية 1 .

(229) الاستاذ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ط3 ، دار الفكر العربي ، دون سنة طبع ، ص 206 وما بعدها.

(230) وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، 1960 ، ص 577 .

(231) د. محمد سليمان الأحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص200 وما بعدها.

(232) وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2006 ، ص579.

(233) سورة البقرة / الآية 187 .

(234) مصطفى أحمد الزرقاء ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، الجزء الأول ، الطبعة التاسعة ، مطابع الف-باء الأديب ، دمشق ، 1967-1968 ، ص 469 وما بعدها .

بعد أن تكلمنا عن الإرادة ودورها في انشاء العقد و عن دورها في الزام الطرفين بالعقد لا بد من بحث دور الإرادة في تحديد حكم العقد ، وحكم العقد هو الأثر الأصلي للعقد والغرض الأساسي منه كنقل ملكية المبيع إلى البائع ونقل ملكية الثمن للمشتري في عقد البيع ونقل ملكية المنفعة للمستأجر ونقل ملكية الأجرة للمؤجر في عقد الإيجار[235] .

فللإرادة دور رئيسي في تحديد حكم العقد طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، إلا أنه في بعض الأحيان لا يترتب على الإرادة أثراً قانونياً لأسباب قد تتعلق بأركان العقد أو شروطه ، لكن هذا لا يعني اختفاء الحرية التعاقدية بشكل مطلق ، بل أنها تبقى موجودة إلا أنها تتجه نحو حالة قانونية مختلفة ، ويكون ذلك من خلال تدخل المشرع ليقوم بدوره المتمثل بتنظيم جديد لتلك الحالة حيث ينشأ عن تدخله الأثر القانوني الصحيح ، ويكون تدخل المشرع بصورة مباشرة من خلال نصوص قانونية تتولى ذلك التغيير أو التعديل وهذا ما سنتناوله في النقطة الأولى أو قد يكون تدخلاً غير مباشر من خلال دور القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد وهذا ما سنتناوله في النقطة الثانية وكالآتي :

أولاً : دور المشرع في تغيير حكم العقد بشكل مباشر[236]

للمشرع دور في تغيير حكم ويكون هذا الدور عن طريق التدخل المباشر في العقد ، ويتجلى هذا الدور من خلال تناول التنظيم الكامل للعقد وترتيب آثاره ، كما في عقد العمل والسبب يكمن في رغبة المشرع في حماية الطبقة العاملة اقتصادياً حيث تدخل المشرع بتحديد ساعات العمل والأجرة والاجازات والتضامن الاجتماعي .

أو قد يتدخل المشرع في جزء معين من العقد كما في حالة انتقاص العقد والذي نص عليه المشرع العراقي في القانون المدني في المادة (139) حيث نصت "إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده يبطل ، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً " ، كما قد يتدخل المشرع في تغير العقد بأكمله وذلك عن طريق تحول العقد والتي نصت عليه المادة (140) من القانون المدني العراقي حيث نصت "إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى ابرام هذا العقد " .

ومن التطبيقات الأخرى في هذا المجال ، حق الإدارة في عقد الإيجار حيث نصت المادة (724) من القانون المدني العراقي على أنه :" ليس لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إجارة قد تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول من ذلك انقضت المدة إلى ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بغيره " يتضح من هذا النص أن المشرع جعل مدة حق الإدارة في عقد الإيجار ثلاث سنوات فإذا ما اتفق الأطراف على جعل المدة أطول فإن آثار عقدهم تنصرف إلى الثلاث سنوات فقط .

وكذلك فيما يتعلق بسعر الفائدة حيث نصت المادة (1/172) من القانون المدني العراقي على أنه : " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على أن لا 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" .

ثانياً : دور المشرع في تغيير حكم العقد بشكل غير مباشر

قد يكون تدخل المشرع في تغير حكم العقد بشكل غير مباشر ، ويكون هذا التدخل بشكل يعطي للقاضي سلطة في تعديل أو الغاء بعض الشروط التي يتضمنها العقد ، رغبة من المشرع في إعادة التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد .

وسلطة القاضي في تعديل العقد جاءت وليدة التطور في التشريع و القضاء ، وفقه القانون و فلسفته ، وبعد أن سيطر على العقود مبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل العقد شريعة المتعاقدين وبحدوث عوامل التطور الاقتصادي و الاجتماعي و السياسي و الأخلاقي جميعها ، برز هذا المبدأ ، وكان نتيجة ذلك أن حرصت التشريعات القانونية على أن تسند إلى القاضي سلطة على العقد فأصبح القاضي يقوم بدور إيجابي في مجال المعاملات كما أصبح للحرية التعاقدية مفهوم أقرب إلى العدالة مما كان عليه قبل ذلك ، وصار القاضي هو صاحب السلطة في حماية حقوق الأفراد ومصالح المجتمع ، يراقب العقد منذ نشأته حتى انتهائه ، لذلك سنتكلم عن سلطة القاضي في تعديل العقد في النقاط التالية :

أولاً: سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان

---

[235] وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص 549 .

[236] د. أكرم محمود حسين ، أ. محمد صديق محمد عبد الله ، موضوعية الإرادة التعاقدية ، بحث مقدم إلى مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 9/ السنة الثانية عشر ، عدد (31) سنة 2007 ، ص28 .

فنجد أن للقاضي دور في تعديل عقد الاذعان وعقد الاذعان هو "العقد الذي يسلم فيه القابل بمحتوى التعاقد الذي يضعه الموجب و لا يقبل مناقشة فيه يرد على سلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه.

فالقاضي يتدخل في تعديل العقد رفعا للشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الاذعان بل حتى اعفاء الطرف المذعن منها [237] وهذا ما نصت عليه المادة (2/167) " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك "

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه، يتبين لنا أن المشرع قد أشترط شرطين لإعمال سلطة القاضي في تعديل العقد ، يلزم توافرهما . حتى يتسنى للقاضي إعمال سلطته الاستثنائية في تعديل عقد الإذعان و هما: وجود عقد إذعان و تضمن هذا العقد لشروط تعسفية مرهقة للطرف المذعن.

ثانياً : سلطة القاضي في تعديل شروط العقد في حالة الظروف الطارئة

كما حرص المشرع على حماية المتعاقدين ، وتحقيقا للعدالة مد هذه الحماية إلى مرحلة تنفيذ العقد ، فمنح للقاضي في هذه المرحلة سلطة التدخل في العلاقات العقدية لمواجهة الظروف المتغيرة التي ينشأ عنها اختلال التوازن العقدي بالنص على " نظرية الظروف الطارئة " و تعديل الشروط التعسفية فيقوم بمراجعة هذا الاتفاق ، و إزالة ما يخالف العدالة ، و لقد عرف الفقهاء المسلمون فكرة الظروف الطارئة و مدى تأثيرها في الالتزام العقدي و عبروا عنها بالأعذار أي تعذر الوفاء بالالتزام [238] ، وهذا ما ورد في المادة (2/146) حيث نصت " على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " وفي العادة يكون محل إعمال فكرة الظروف الطارئة العقود المتراخية في تنفيذها إما لدخول المدة عنصرا فيها أو بطبيعة العقد ذاته ، و من ذلك عقود الإيجار و المقاولة و التوريد و البيع إذا كان التنفيذ متراخيا لأجل معين [2] ، ويشترط لتطبيق هذه النظرية :

1-أن يكون عقد من العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلاً .
2- أن يطرأ بعد إبرام العقد و قبل تنفيذه حادث استثنائي عام غير متوقع .
3- أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا.

ثالثاً: سلطة القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي

كما منح المشرع للقاضي دور في تخفيض أو زيادة قيمة الشرط الجزائي : وهو اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه وسمي كذلك لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد لأصلي[239]، وهذه السلطة منحت للقاضي بموجب نص المادة (2/170و3) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه "2-ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا ثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة.
3- أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً " .

---

[237] د. أكرم محمود حسين ، أ. محمد صديق محمد عبد الله ، مصدر سابق، ص 46.

[238] د. عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد و الإرادة المنفردة موسوعة القانون المدني المصري ،ط 1983 القاهرة ص 541 .

[2] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط 1 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ،ص 302 .

[239] د. أنور سلطان ،الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية 2005، ص 175.

طبقاً لهذا النص فأنه يجوز للقاضي تعديل الشرط الجزائي بتخفيض قيمة هذا الشرط فيما إذا ما كان تقدير الشرط الجزائي مبالغاً فيه ، أو أن الالتزام قد نفذ جزء منه وقبله الدائن ولم يتضرر منه ، كما يجوز للقاضي زيادة قيمه هذا الشرط إذا كان تنفيذ الالتزام ناتجا عن غش أو خطأ جسيم من قبل المدين وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط الجزائي .

رابعاً : سلطة القاضي في منح المدين أجل للوفاء بالتزامه

كما أن للقاضي سلطة في منح المدين الذي لا يقوم بوفاء التزامه أجل للوفاء عند المقدرة أو الميسرة ، وهذا ما يطلق عليه نظرة الميسرة فإذا ما كان المدين معسراً فإن القاضي قد يمنحه أجلاً للوفاء بالتزامه إذا كان ذلك لا يلحق ضرراً جسيماً بالدائن هذه السلطة نصت عليها المادة (297) من القانون المدني العراقي " إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الأجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه " (240).

وعليه وبناءاً على ما تقدم نستنتج أن للإرادة دور واضح في تحديد وتغيير حكم العقد إلا أن المشرع قد تدخل في كثير من الأحيان بشكل مباشر أو غير مباشر وذلك لتوظيف تلك الإرادة للاتجاه بها إلى إحداث الأثر القانوني الجديد والذي يحقق العدالة والتوازن الاقتصادي حيث يقوم بتقييد مبدأ سلطان الإرادة ويضع له حداً معيناً

الخاتمـــــة

نستنتج من بحثنا عن دور الإرادة في تحديد حكم العقد ما يأتي

1. أن للإرادة دور واضح في تحديد وتغيير حكم العقد ، سواءً بإرادة أطرافه أم بتدخل المشرع .
2. كما أن المشرع قد تدخل في كثير من الأحيان بشكل مباشر أو غير مباشر وذلك لتوظيف تلك الإرادة للاتجاه بها إلى إحداث الأثر القانوني ، والذي يحقق العدالة والتوازن الاقتصادي حيث يقوم بتقييد مبدأ سلطان الإرادة ويضع له حداً معيناً في كثير من الأحيان .
3. فإذا كانت حرية الإرادة هي قوام العقود وهي التي تقرر شروط العقد وحكمه ، إلا أنه وكما رأينا هناك العديد من الاعتبارات التي من شأنها أن تؤثر في هذه الإرادة وتؤثر في حكم العقد .
4. تغيرت حرية التعاقد بحيث أصبحت محددة ومقيدة بنصوص قانونية آمرة فرضها المشرع لمقتضيات اجتماعية من أجل حماية المتعاقدين والحفاظ على التوازن في العقود ، بعيداً عن استغلال أحد الأطراف للأخر واستناداً إلى مصلحة الجماعة والنظام العام والآداب العامة .

ونقترح التوصيات التالية :

1. يجب إطلاق سلطان الإرادة في العقود المتعلقة بالمصالح الخاصة للأطراف وإعطائها الدور الأكبر في تحديد آثار العقد وحكمه والتقليل من القيود المفروضة على دور الإرادة في مثل هذه العقود .
2. تأييد تقييد سلطان الإرادة في العقود المتعلقة بالمصلحة العامة ، وكذلك عدم مخالفة آثار هذه العقود للنظام العام والآداب العامة ، وذلك عن طريق اضفاء نصوص قانونية آمرة تلزم الأطراف باتباعها في هذا النطاق .

المصـــــادر

الكتب :

1. ابن منظور الإفريقي المصري، جمال الدين ومحمد بن مكرم ابن الفضل :لسان العرب، المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، بدون سنة للنشر.
2. الاستاذ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ط3 ، دار الفكر العربي ، دون سنة طبع .
3. د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مطبعة حمادة الحديثة، بدون بلد نشر، 1996.
4. د. أنور سلطان ،الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية 2005.
5. د. توفيق فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر .
6. د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1995.
7. د. حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، ط 1 ، دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة1999.
8. د. سليمان مرقس ،شرح القانون المدني في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة ، سنة 1964 .
9. د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة موسوعة القانون المدني المصري ،ط 1983 القاهرة .

(240) المصدر السابق نفسه ، ص216 .

10. د. محمد سليمان الأحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية .
11. د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،1996.
12. د.أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1996.
13. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت .
14. علي محي الدين علي القرة داغي ، مبدأ الرضائية في العقود، ج2، ط2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2002م.
15. مصطفى أحمد الزرقاء ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، الجزء الأول ، الطبعة التاسعة ، مطابع الفـباء الأديب ، دمشق ، 1967-1968 .
16. نجيب اسعد عودة ، القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، دراسة مقارنه، رسالة ماجستير مقدمة ، للجامعة الأردنية ، سنة 1990.
17. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، 1960.

رسائل الماجستير:

1. حدي لالة احمد ، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد ، مذكرة لنيل شهاة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين ، مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد –تلسمان- ،الجمهورية الجزائرية ، 2013.

البحوث:

1. احسان ستار خضير ، نظرية الظروف الطارئة ، بحث منشور وهو جزء من متطلبات الترقية إلى الصنف الأول من صنوف القضاة ، بإشراف الأستاذ مدحت المحمود عضو محكمة التمييز ،1997 ، ص2 .

القوانين:

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
3. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.