نجاعة فكرة التوجيه العقدي

"دراسة تحليلية مقارنة"

أ د. صدّام فيصل كوكز المحمدي(*)

م م. مروة نضال خليل العزاوي(**)

الملخص

يُـبـرَّر تقليديّاً مبدأ حريــة التعاقد، صلاحية الإرادة وسـلطتها فـي إنْشـاء العقـود وترتيب آثارهـا، حيـث ترتكز هذه الحرية أساسـاً على مبـدأ سـلطان الإرادة، والـذي تكـون الإرادة بموجبـه حـرة في إبْـرام التصـرف القانوني، وترتيب ما ينشـأ عنه من آثار، إلّا أنَّ هذا المبدأ مـا لبـث أن أصابـه الوهن والضعـف في ظل التوجّهـات الحديثة، فقد تضاءل تبنّي هذا المبدأ على نطاق واسـع في مجال التعاملات المدنية، على نحو لم يعد يسـمح للأَطْـراف بأن يبرموا مـا شـاءوا من العقـود، أو ترتيب ما يشـاءون من آثار، بسـبب التقييد الـذي فرضته القوانين النافـذة على إراد الأفراد في المجتمع، ولم يتبقَّ من الحرية إلّا النزر اليسـير الذي تسـتطيع أن تمـارس فيـه صلاحيتها في إنشـار التصرفات القانونية وترتيب آثارها.

وقـد اوجد المشـرعون هـذه القيـود على سـلطان الإرادة، مدفوعين بأسـباب عدّة، حيث تنشـأ هـذه التقييـدات المفروضة علـى حرية التعاقـد عن طريق تشـريعات ملزمة، تتضمن أحكاماً غير قابلـة للتغيير، وتنطبق على أنواع معينة مـن العقود، أَوْ عن قواعـد تفرض قيود ترتبـط بالنظـام العـام والمصالـح الإقتصادية أو الإجتماعيـة التـي يبتغـي المشـرع تحقيقها او حمايتهـا، وإن كان ذلك على حسـاب حرية الأطراف ورغباتهم.

الكلمات المفتاحية: حرية التعاقد، التوجيه التشريعي، التوجيه العقدي، سلطان الإرادة.

المُقَدِّمَة

لمّـا كان العقـد، هـو الوسـيلة الارادية الفضلى لتبادل القيـم الاقتصادية والأموال بين الأشـخاص، فإنَّ العامل الذي يحرك هذه الأداة بشـكل مباشـر هي إرادة المتعاقدين انفسهم، إذْ يحـاول كل طرف فـي العقد تحقيـق مصلحته علـى نحو يخدم سـير العمليـة التعاقدية، وذلك بتضمينها شـروط تصب في مصلحتهما، وذلك للوصول إلى تنفيذ هذا العقد من دون إخلال.

تقليديّـاً يُبرر مبدأ حريـة التعاقد، صلاحية الإرادة وسـلطتها في صياغة العقود، وإنْشـاء وترتيـب آثارها، وذلك لأنّ الركيزة الأساسـية التـي يعتمد عليهـا في إبْـرام العقود هـو مبدأ سلطان الإرادة والذي مقتضاه أن تكون الإرادة، تكون الإرادة حرة في إبْرام التصرف القانوني، وترتيب ما ينشأ عنه من آثار وقد ساد هذا المبدأ على نطاق واسـع في مجال التعاملات المدنية، على نحو يسـمح للأَطْـراف بأن يبرمـوا عقداً ويرتبوا آثاره.

(*) كلية القانون /جامعة المشرق Saddam_kokez@uom.edu.iq

(**)المعهد التقني / الجامعة التقنية الوسطى Marwanedhl@mtu.edu.iq

وعلــى الرغم من وجود هذه الحرية، إلّا أنَّ المُشَرّع اوجد بعض القيود على إرادة الطرفين، لأسباب عدّة، فقد تنشأ هذه التقييدات المفروضة على حرية التعاقد عن طريق تشــريعات تتعلق بالأحكام غيــر القابلة للتفــاوض المنطبقة على أنــواع معينة من العقــود، أَوْ عن قواعد تفرض قيود على إســاءة اســتعمال الحقوق والإضرار بالنظام العام، والإخلال بالمعايير المتفق عليها في العقد وما إلى ذلك.

وليس هذا فحســب، بل قد تتــراوح عواقب عدم الامتثال لتلك التقييدات من عدم قابلية العقد أَوْ جزء منه للإنفاذ إلى تحمُّل مســؤولية مدنية. لذلك نجــد أَنَّ دوافــع تدخل المُشَــرّع في العقد مختلفة,

ولمّا كان الوقوف على نجاعة فكرة التَّوْجيه العقدي لا يتضح بصورة متكاملة، مالم يتم بيان مفهــوم هــذا التَّوْجيه من جهــة، والوقوف على فاعلية فكرة التوجيه العقدي من جهة أخرى.

فإنّنا ســنعتمد على المنهج العلمي التحليلي في تناول الأفكار والطروحات المتعلقة بموضع الدراســة، ســواء من ناحية التنظيم التشــريعي للقوة الملزمة للعقد، والتوجهات الفقهية واحكام القضــاء ذات العلاقة، على وفق منهج المقارنة بين القوانين المدنية المقارنة في كل من العراق ومصر وفرنســا، وسنجري تقســيم هذا البحث إلى خطّة علمية تنقســم إلــى مبحثين، نخصص أولهمــا للبحث فــي مفهوم التَّوْجيــه العقدي، ثم نخصــص المبحث الثاني للوقــوف على فاعليَّة فكرة التوجيه العقدي.

وســنختتم البحــث بخاتمــة نضمّنهــا أبرز النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة.

المبحث الأوَّل

مفهوم التَّوْجيه العقدي

إنَّ تطــوّر البنــاء التنظيمي للعقــود إنعكس على التنظيم القانوني لها، بسبب تغير الظروف الإقتصادية ودخــول التكنولوجيــا في مجالات الحيــاة اليومية، جعل منه الوســيلة التي تشــبع الحاجــات المتشــعبة اليوميــة للأفــراد، فينظم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية لهم من خلال الســماح بإبْرام مختلف العقود التي تخدم الغاية التي يسعون إلى تحقيقها، وهي اشباع حاجاتهم اليوميــة المختلفــة وإزاء الأهَمَيَّــة والمكانــة المتزايدة التي يتمتع بها العقد، فلا بد من رســم اطــار يتم مــن خلاله رســم محــددات ارادات الأفــراد في المجتمــع وتحديد الطريــق الأمثل لســير هذه الإرادة حتى لا تصطــدم بالمصلحة العامة.

ولهذا فإنّــه مِمّا يجدر بنا في هذا المقام، هو أن نوضــح مضمون فكــرة التَّوْجيه العقدي من خلال تقســيم هذا المبحث إلى مطلبين، نعرض في الأوَّل المقصود من التَّوْجيه العقدي، ثم ننتقل لبيان أهمّيّة التوجيه العقدي، وذلك كالآتي:

المطلب الأوَّل

مضمون فكرة التَّوْجيه العقدي

إنَّ فكــرة التَّوْجيــه العقد تعتبــر من الأفكار الحديثــة في عالم القانــون، والتي ظهرت بفعل التطــورات الاقتصاديــة والاجتماعيــة التــي تعرّض لها المجتمع الإنســاني، في الوقت الذي تراجعت فيه ســيادة مبدأ سلطان الإرادة، حيث بدأ المُشَــرّع يسعى امن خلال توجيه العقود إلى تنظيم العلاقات لتعاقديــة وضبطها نحو تحقيق

مصالـح المجتمـع، بمـا ينسـجم مـع الأهداف الإقتصادية والإجتماعية والسياسية التي يتبنّاها، إذْ أنَّ للتوجيــه العقـدي نمطيـن، احدهما يتمثل بالغاية التي يسعى المُشَرِّع الوصول إليها.

وثانيهما هو الوسيلة يسـتعين بها للوصول إلى الأهْداف السامية التي يبغي تحقيقها، والتي تتجسـد بمسـاواة الأَطْراف في التعاقد وحماية الطرف الضعيف، وتوجيه النصوص القانونية الآمرة علـى نحو يعزز المسـتوى الاقتصادي والاجتماعي في أي دولة.(١)

فالتَّوْجيه الذي نقصده هنا، هو التَّوْجيه الذي يظهر بمعنى الارشـاد، أيّاً كان مصدره، وفيما يخص العقد، فمقتضى هذا التَّوْجيه يتجسّـد في إلـزام كل طـرف بما اتفق عليه فـي العقد على نحو معين، ومن ثمّ فإنّه يقصد بالتَّوْجيه العقدي ارشاد المتعاقدان وتوجيههما إلى تنفيذ ما تعاقدا عليه، طبقاً لظروف وأوضاع خاصّة.(٢)

وجديـر بالإشـارة هنـا، إلـى أنّنـا لا نجد للتوجيــه العقدي تعريفاً اصطلاحيـاً يتبنّاه الفقه صراحة، حيث نجـد بعض الباحثين يذهب إلى إسباغ معنى العيممة على التَّوْجيه العقد العقدي مباشـرة، فيطلق عليه مصطلـح (عيممة العقد) وأصل فكرة عيممة العقـد، تعني أنّ العقد ينتج عن إلتقاء ارادتين، تكونان هما المحدد الأساس للعقـد، أي (إرادة الفرد)، فتدخلـت فيه الإرادة العامة والمتمثلة بـ(إرادة الدولة).(٣)

وهنـا يُمْكـن أَن نقـول، بـأنّ هذا الإسـباغ لـم يوضّـح المقصـود بالتَّوْجيه العقدي بشـكل مباشـر، وإنَّما يوضح كيفية تدخل المُشَرّع للحد من تخفيف الحريــة التعاقدية، فالإتّجاهات التي تركز على الحريــة العقدية عرفته بأنَّه: التدخل الإيجابي الذي يتم بواسـطة المُشَرِّع في العلاقة العقدية منذ نشأتها وحتى تحقيقها للأثر القانوني المنشود.(٤)

أمّا المقصـود بالتَّوْجيه في النص القانوني، عند المُشَـرِّع الفرنسي فهو يستخدم للدلالة على وجـود أمر في القاعدة القانونيــة أَوْ فروض أَوْ توجيهات يجب اتباعها.(٥)

وهـذا النوع مـن التَّوْجيــه لا يقتصر على دور إرادة الأَطْراف التعاقدية في إنْشـاء العقد، وإنَّما يتعدّاه إلى تنفيذ العقد، وإيجاد التوازن بين طرفي العقد من خلال الاداءات المقدمة من قبل كل منهما.

ويعـرف بعـض الفقـه التَّوْجيــه العقدي، بأَنَّه توجّه تشـريعي لتحقيـق التوازن في العقد، والتخفيـف من الأحـكام العقود، وسـد ثغرات القواعـد الخاصة للعقد، وتجنب الآثار السـلبية لهـا، وبذلك يمكن للمُشَـرِّع التدخل في كل مرة لتحقيق التوازن العقدي.(٦)

وفي فرنسـا، يشـكل التَّوْجيه العقدي واحدة من صـور الأعمال التفسـيرية لـلإدارة، التي تلجـأ إليهـا في سـبيل تطبيـق نـص القانون، وتطبـق النصـوص بالركون إلـى إصْدار عدد مـن التَّوْجيهات، التي تمكنهـا من التوفيق نص القانون والمراكز القانونية المعروضة أمامها(٧)

وبموجب هذا التوجّه، يكـون توجيه العقد، مبدأً (تكميلياً) يُكَمل فيه إرادة المتعاقدين، وبين بأن أَطْراف العقد لهـم مطلق الحرية في تحديد آثـار الرابطة العقدية، فهم من يحدد هذه الآثار، وأَنَّ كانـت الإرادة التشـريعية قـد تدخلـت في بعـض العقود، فإنَّ تدخلهـا تنظيمي عن طريق قواعد مفسرة ومكملة لإرادة الطرفين.(٨)

ومـن المآخذ على هـذا المفهوم بأَنَّه اقتصر على القواعد المفسـرة، وقبل بيان المأخذ الذي نحـن بصدده، لابد مـن بيان القواعد المفسـرة والمكملة، ووظيفتها في العقد ان القاعدة الآمرة هـي التي تنطوي على صيغة الأمر والنهي ولا يمكن مخالفتها.

أمّا القواعـد المكملة هي تلـك القاعدة التي لا ترقى إلى مسـتوى القواعـد القانونية الآمرة ويمكن مخالفتها،[٩] فـإنَّ القواعد القانونية التي يسـنها المُشَـرِّع، الموجهة للعقد يجب أن تنزل منزلـة القواعد الآمرة خاصة فيمـا يتعلَّق منها بالمصلحـة العامـة، ولا تقصـر علـى القواعد المفسرة والمكملة لأَنّها تراعي مصلحة أَطْراف العقـد، وأَنَّ لم يقم احدهـم بمراعاة هذه القواعد عد مخلاً في العقد.

ومن أبـرز الأمثلة على ذلك، أن المُشَـرِّع قـد يلجأ إلـى تطبيق القانون الجديـد على العقد السـاري، برغم تعارض ذلك ومقتضى الأمان القانونـي واسـتقرار المراكـز القانونيـة، التي تكونـت علـى أثـر العقـد، متى اقتضـت ذلك مصلحـة المتعاقديـن[١٠]. ولا عجـب في ذلك، خاصـة إذا مـا أخذنا فـي الاعتبـار أن القانون الجديـد يرتبط بغاية المصلحـة العامة، التي قد تقتضي، سـريانه على مراكز قد اسـتقرت في الماضي، بفعل الروابط العقدية لتحقيق مصلحة أحـد المتعاقديـن، وهـو فـي الغالـب الطرف الضعيف[١١].

وهنـاك من الفقـه ممـن يؤيد هـذا الإتّجاه ويعطي مفهومـاً للتوجيه العقـدي بأَنَّه: التدخل الـذي يكون بصيغـة قواعد آمـرة تحقق كل ما يصب في صالح طرفي العقد خاصة عندما يقبل الطرف الضعيف بشـروط لا يمكن وصفها إلّا بأَنَّها جائرة، كالشروط التي تتعلق بأجر العامل وساعات عمله.[١٢]

كما وعرفه جانب آخر من الفقه، بأَنَّه تدخل المُشَـرِّع في بعض العقود ليضع بنفسـه بعض القواعد التي يجب أن يشتمل عليها العقد، وذلك بهدف الحفاظ على التوازن العقدي بين أَطْراف العقد.[١٣]

وبموجـب هذا التعريف، فـإنّ هذا التَّوْجيه يتحقق بالتدخل التشـريعي لتحقيق التوازن بين طرفيـه، ففي عقـد العمل مثلاً وضع المُشَـرِّع نفسـه موضع العامل، وافترض ساعات العمل التي يستطيع العامل العمل خلالها وقيامه بوضع بعض البنود، وخاصة ما يخص الجانب المالي منها والتي يجب أن يراعيها رب العمل من اجل حمايـة الطـرف الضعيف في العقـد. ومن ثمّ ، فلم يكـن من الغريب أن تظهر الدعوات الفقهية في فرنسـا إلى تجديـد النظري العامـة للعقود مع الأخذ في الاعتبار مبادئ، حسـن النية[١٤]، والتناسـب[١٥]، والترابـط[١٦]، والعقلانية[١٧]، والثقة.

صحيـح أنَّ القواعـد العامـة للعقـود تقوم مقام الحارس للمبـادئ الموجهة للعقود، إلّا أنَّ المُشَـرِّع يمكنه التدخل لإحداث الأثر المطلوب لتحقيـق غايـة التـوازن العقـدي.[١٨] لـذا فإنَّ مشـرع القانون الفرنسي رغم أنه لم يهمل دور الإرادة، ولكنـه أعـاد تطويـع العقد بمـا يتلائم مع المتغيرات الاجتماعيـة والاقتصادية لجعل نظريـة العقد أكثر سلاسـة ومرونة واسـتجابة للمتطلبات والمتغيرات التـي تطرأ على العقد، كمـا أنَّ القانـون المدني الفرنسـي منح الإرادة دور لا يمكـن وصفـه إلّا بالوصـف المهم في تحديـد نوعيـة وطبيعـة الالتزام، إذْ وسـع من

مظلة الحماية للمحافظة على بقاء العقد واتزانه وتنفيذه بحسن نية في وكذلك الحفاظ على المصالح وابقائها متوازنة.

هذا وأنَّ التعديل المشار إليه في القانون الفرنسي يعبر عن مصلحة اجتماعية، ولا ينبغي عرقلتها بسبب الرغبة في الحفاظ على استقرار العقود والمصالح الاجتماعية التي ينبغي حمايتها تتصف بأنَّها متجددة ومتنوعة، كحماية الطرف الضعيف في العقد خاصة النصوص، التي ترتكز على سياسة حماية فئة من المتعاقدين، منهم على سبيل المثال حماية المستأجرين، حيث يمكن لمحكمة النقض أن تستجيب للرغبة في تعديل تطبيق الحماية القانونية الجديدة.[١٩]

وخلاصة القول هنا، يمكن القول، بأنّ جميع التعريفات التي سيقت تعريفات تقليدية انقسمت بين كل من الفقه الليبرالي الذي على الحرية الفردية والفكر الاشتراكي،[٢٠] الذي يدعو إلى رسم سياسة الدولة الاقتصادية وتدخلها في كل الميادين خاصة الاقتصادية منها لتحقيق الصالح العام. ومن خلال ما تقدم يمكننا القول بأن تعريف التَّوْجيه العقدي هو:

إرشاد بصيّغة توجّه يتبنّاه المُشَرّع بنص قانوني أَوْ يفوض بموجبه القاضي، مقتضاه التدخل في الإرادة التعاقدية من أجل تحقيق غايات محدّدة، يمكن أن تسهم في إنشاء العقود أو تقييد آثارها، أو إكمال العملية التعاقدية أو السير بها نحو استقرار التعامل القانوني في المجتمع وتحقيق المصالح المتبادلة.

المطلب الثاني

أهمّية التوجيه العقدي

يمكن أن يتبّنى المشرّع بعض المبادئ التَّوْجيهية للعقد، تسهم في بناء نظام التوجيه العقدي، بشكل مجموعة القواعد القانونية المصاغة بعبارات توصف بأنَّها عامة والتي يسعى المُشَرّع بموجبها إلى توجيه العقد إلى وجهة ما تحقق مصالح المتعاقدين[٢١].

والتَّوْجيه العقدي، لأنّه يتفق مع الغايات التي يبتغيها المشرع، خاصة وأنّه يجمع بين المبادئ القانونية المكتوبة وهي (النصوص) وأخرى غير المكتوبة، والتي اوجدها العرف وراعاها المُشَرّع في الحكم، لكن يبقى مفهوم المبادء التَّوْجيهية أقل نطاقاً من التَّوْجيه العقدي، حيث يمكن أن تدخل ضمن مفهوم التَّوْجيه العقدي كونها أحد وسائله، ولكنَّ التَّوْجيه العقدي يمكن أن يتحقق في صور وأوضاع أخرى غير المبادئ التَّوْجيهية.

فاهم المبادئ القانونية التي يقوم عليها أي عقد هي أساس قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) فيجب على المتعاقدين احترام هذه القاعدة، وعدم مخالفة توجهات عقدهما التي اختاروها ووضعوا الشروط اللازمة لمراعاتها وكل ما يحقق النفع لهما، كذلك مبدأ حسن النية يتخذ هذا المبدأ بُعد أخلاقي في نشأته الأولى، [٢٢] فضلاً عن أَنَّه مبدأ عام دخل إلى المفاهيم القانونية وصار من الواجب مراعاته إذْ يجب على المتعاقدين الالتزام به في كل العقود.[٢٣]

ويقصد بالمبادئ التوجيهية، هنا القواعد العامة المصاغة في شكل عبارات عامة مفهومة ووصف التَّوْجيه العقدي هنا بالمبادئ،

لأنّ المبادئ لا تشمل القواعد القانونية المصاغة على هيئة نصوص قانونية متسلسلة ومكتوبة، وإنَّما قد تشمل مبادئ أخرى غير مكتوبة كمبدأ (الغش يفسد كل شيء).[٢٤]

هذا ويهدف المُشَرِّع من خلال هذه المبادئ إلى توجيه العقد بإتّجاه وجهة معينة: فتدخل المُشَرِّع يهدف إلى صيانة حقوق المتعاقدين، وأنَّ تدخله تماشياً مع الفكرة التعاقدية التي تسعى إلى إقامة التوازن بين طرفي العلاقة التعاقدية، فالتدخل يكون منذ إبْرام العقد وحتى تنفيذه، وعلى أسس مختلفة قد تكون اجتماعية أَوْ اقتصادية أَوْ سياسية، أَوْ تكون الغاية الأساسية من هذا التدخل هو تحقيق العدالة التعاقدية والاستقرار التعاقدي وحماية مصالح المتعاقدين. [٢٥]

وعلى ذلك فإنَّ التَّوْجيه العقدي مكمل لإرادة الأَطْراف في العلاقة العقدية: فمن آثار اعتراف المُشَرِّع بمبدأ سلطان الإرادة، أنّه اعطى للأفراد الحق في إبْرام العقود وترتيب الالتزامات الناشئة عنها، لأنّ العقد شريعة بين عاقديه أي أنَّ العقد قانون هؤلاء المتعاقدين ولهما أن يضعا في قانونهما ما يخدم مصالحهم،[٢٦] إلّا أن ذلك لا يعني ترك الباب مفتوحا على مصراعيه أمام هؤلاء المتعاقدين، فإنَّ عملية التعاقد لا يُمْكن أَن تتم بالوجّه الذي أراده كلاهما، إلّا في حال تحريك قواعد قانونية وموضوعيه يُمْكن أَن تنطبق على علاقة هذين المتعاقدين، وهذا يعني أن المُشَرِّع يتدخل لتنظيم إرادة المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف من أجل حماية مصلحة كِلا المتعاقدين.[٢٧]

أي بمعنى أنَّه حماية الطرف الضعيف في عقد الأذعان من مهمة المُشَرِّع أساساً، فلو ألغي وجود عقد الاذعان لما كان هنالك وجود المشاريع الحيوية التي تخدم حياة الناس اليومية، وصار لزاماً على المُشَرِّع ان يتدخل لكي تسير عجلة الاقتصاد على وفق ما رسم لها هذا من جانب ومن جانب اخر تلبية حاجات الأفراد المتزايدة في المجتمع من خلال إبْرام هذا النوع من العقود.

ويراد بتحقيق مصالح المتعاقدين، الوصول إلى المساواة القانونية بينهما في الاعتماد على مبدأ سلطان الإرادة لا إهماله، بأن يتمتع كل متعاقد بإرادة حرة عند أقدامها على التعاقد، سواء من حيث اختياره لطريقة التعبير عن العقد أَوْ بكيفية إبْرام أَوْ اختيار الشخص الذي يروم التعاقد معه أو وضع الشروط التي تسهل الوصول إلى تنفيذ العقد المبرم تنفيذاً سليماً.

فضلاً عن أَنَّ مبدأ سلطان الإرادة في المعنى السابق بيانه بدا قاصراً، لا يحقق العدالة المرجوة والتي يسعى المُشَرِّع الوصول إليها، وذلك لما ينتج عن عملية التعاقد من غبن في المعاملات دعا المُشَرِّع في العراق وغيره من المُشَرّعين الذين في القوانين المقارنة بأن يتدخلوا في العقد لتحقيق المصالح الاجتماعية والاقتصادية.[٢٨]

ومن ناحية أخرى، فإنَّ التَّوْجيه العقدي، إرشاد للقضاء يبرر تدخله في العقد، مقرر بنص القانون:

فيما يتعلَّق بالأساس القانوني للتوجيه التشريعي للعقد، فمن خلال استقراء موقف المُشَرِّع للقانون العراقي والقوانين المقارنة نجد أَنَّ هذه التشريعات اقرت بوجود التَّوْجيه العقدي. وبالرجوع إلى موقف المُشَرِّع العراقي

من التَّوْجيه العقدي نجد أَنَّ المُشَرِّع تدخل وقلب المفاهيم التي كانت مترسخة حول الرضائية كقاعدة عامة، إذْ كان مجرد الرضا كافياً لإبْرام العقد ولكن حين برزت النزعة الاقتصادية والاجتماعية للتوجيه العقدي صار لزاماً على المتعاقد ان يوجه ارادته ونيته للتعاقد بالشكل السليم وأَنَّ تحدث هذه الإرادة الاثر بوصولها إلى المتعاقد الآخر وعلمه بها.[٢٩]

اما المُشَرِّع المصري فقد تدخل في عقود الاستهلاك، فإذا ما تحققت الميزة الفاحشة للطرف الاخر في العقد، فأجاز للقاضي عندئذٍ سلطة تعديل العقد بما يتلائم مع توفير الحماية القانونية والعدالة التعاقدية للطرفين.[٣٠]

أمّا بالنسبة للموقف في فرنسا فإنَّ لدور القاضي في القانون الفرنسي، الذي استمر، بحيث كان له صداه في مشروع الأمر الصادر في شهر فبراير ٢٠١٥، الذي كرَّس للتعديل القضائي للثمن التعسّفي، ولا يملك القاضي السلطة لتصحيح مضمون العقد، بعبارة أخرى، لا يملك القاضي الصلاحية للدخول في المجال العقدي بغرض إجراء تعديل في محتوى العقد ذاته. وعلى الرغم من ذلك، وبدون المساس بمضمون العقد ذاته، فإنَّ القاضي يمكنه تصحيح الآثار السلبية، من خلال الحكم لصالح الطرف المضرور من الثمن التعسّفي، بالتعويض[٣١]، هذا بالنسبة لقانون حماية المستهلك.

اما بالنسبة لموقف القانون المدني الفرنسي، فلم تعد الحرية العقدية وسلطان الإرادة المحور الأوَّل والأصيل في العقود، المبرمة في اطار القانون الخاص، مع تداعي الظروف التي قد تدفع بالمُشَرِّع إلى التدخل لتوجيه العقد. وإذا كان واضعوا التقنين المدني لم يولوا اهتمام بصفة المتعاقد، إلّا أنَّ المُشَرّع تدخل بدوره لتحقيق حماية للطرف الضعيف في العقد، في سبيل توجيه العقود، وتدخل المُشَرِّع هنا لا يقف عند مرحلة دون أخرى، بل أَنَّ تدخل المُشَرِّع يصاحب مراحل إنْشاء العقد، وتنفيذه، وانقضائه، الأمر الذي أثر، بطبيعة الحال على سلطان الإرادة، ليتراجع ويصبح دوره ثانوي[٣٢]

واقر القانون الفرنسي، بضرورة تدخل المُشَرِّع في العقد في حال وجود الاخلال والنقص فيه وذلك في ضوء التعديل الأخير في قانون العقود بالأمر رقم (٢٠١٦-١٣١) الصادر في ١٠ شباط/ فبراير ٢٠١٦، وهناك إتّجاه تشريعي صريح نحو تحقيق التوازن في العقد، وإعادة النظر في هيمنة الأحكام العامة للعقود، في سبيل سد ثغرات القواعد الخاصة للعقد، والتخفيف من الآثار المنحرفة لبعض القواعد الخاصة.

وعلى ذلك فإنَّ التَّوْجيه العقدي أداة فعالة تسهم في استقرار المعاملات وتحقيق المصالح المتبادلة، حيث أنَّ المنفعة العامة هي الأساس والمبرر الذي يدعو المُشَرِّع إلى التدخل في العقد، وأَنَّ تحقيق هذه المنفعة أَوْ المصلحة هدف تسعى إليه كل دولة أي كانت توجهاتها السياسية أَوْ الاقتصادية، وأَنَّ فكرة المنفعة العامة ترتبط ارتباطا وثيقا بحريات الأفراد هذا من جانب، ومن جانب آخر ترتبط بسياسة الدولة وتدخلها اجتماعيا، كما في حال التدخل في قانون الإيْجار والصحة والنقل وغيرها في المنفعة العامة في هذا المعنى، فيمكننا القول بأَنَّها الستار الذي تستخدمه الدولة في ممارسة سلطتها أي هو غطاء تستخدمه بدافع تحقيق المنفعة العامة حتى تبرر تصرفاتها التي تهدف بها إلى حماية المجتمع. [٣٣]

فالقانون ينظم مصالح الأفراد في المجتمع،

ورسم لهم حدود تصرفاتهم ويقرر لكل شخص مركـز قانوني خاص لا يمكن للآخر أن يتعداه، لذلك يسـعى المُشَـرِّع إلى بسـط الاستقرار في المجتمـع من خـلال سـن القوانين التـي تحدد تصرفات الأشخاص.

وعليه نجد أَنَّ المُشَـرِّع يسعى إلى الموازنة بيـن المصالـح العامة والخاصة فـي المجتمع، وأصـدر العديـد مـن النصـوص التـي تحمي المصلحـة العامة، ومن ذلـك نص المادة (٧١) من القانـون المدني العراقي النافـذ،[٣٤] والتي حدد فيها أن الأموال العامة سواء كانت عقارات أَوْ منقولـة والتـي تعـود الدولـة والأشـخاص المعنويـة العامة تكون مكرسـة للمنفعة العامة، ولا يمكن للأشـخاص الانفـراد بتملكها، إلّا إذا زالت الصفة العامة عنهـا، فهذا يعد توجيه من المُشَرِّع بضرورة الحفاظ على مصالح المجتمع العامة والابتعاد عن كل ما يهدد سلامة الأموال العامة ومنفعتها.[٣٥]

المبحث الثاني

فاعلية فكرة التَّوْجيه العقدي

تجد فكرة التوجيه العقـدي فاعليتها العملية أهمّيّتها العلمية من وراء المبرّرات والأسـباب التـي تدعو إلى الأخـذ بها، من جهـة، وأهميّة الأوضـاع القانونيـة التـي تمثّـل التطبيقـات القانونية لفكرة التوجيه العقدي، سواء من حيث تعـدد صور هذه التطبيقـات أو من حيث الدور الممنـوح للقاضي فـي ضبط توجهـات بعض العقود.

وعلى ذلك فإنّنا سنقسّم البحث في موضوع فاعلية فكـرة التوجيه العقدي إلى مطلبين، نبيّن فـي أولهما، مبـررات الأخـذ بفكـرة التوجيه العقـدي، وأمّا فـي الثانـي فسـنبين التطبيقات القانونيـة للتوجيـه التشـريعي للعقـود ودور القاضي فيها

المطلب الأول

مبررات الأخذ بفكرة التوجيه العقدي

تقـف وراء التَّوْجيه العقدي عـدة مبررات تدفع المُشَـرِّع إلى الاخـذ بالتَّوْجيه العقدي ومع تعـدد هذه المبررات وتنوع أسـبابها نذهب إلى تأييـد الأخذ بفكـرة التَّوْجيه العقـدي، وتفصيل ذلك:

نقول إبتداءً بأن ما يدعو لترك مبدأ سـلطان الإرادة، هـو الالتفات إلـى النظام العام ومبادئ العدالـة وحسـن النيـة، إذْ أنَّ كل هـذه المبادئ تدعو إلى تدخل المُشَرِّع وتشكيل فلسفة للتشريع تتلائم مع تطور المجتمع، وإتّجاهه نحو استقرار المعامـلات، وأَنَّ تدهـور مبدأ سـلطان الإرادة جـاء نتيجة للتطـور الاجتماعـي والاقتصادي والسياسـي وظهـور التعاقـدات الإلكترونيـة في ظـل الثورة التكنلوجية التي نعيشـها اليوم، فلـم يعد الاتفاق مـع عامل لبناء دار بالبسـاطة التـي عهدت مـن قبل، وإنَّما صـار هذا العامل تحت حماية قانونية متمثلة بنصوص تشـريعية هدف المُشَـرِّع من خلال تشـريعها لحماية هذا العامل[٣٦]

وأن الفقهـاء في القانون الفرنسـي يؤيدون تدخل المُشَرِّع لإرساء قواعد العدالة والإنصاف بين المتعاقدين، ولمقتضيات حسن النية، فعندما يطرأ ظروف لم يكن في الواسـع توقعها، يكون من العدالة أن يعيد الأَطْراف تفاوضهم بمقتضى الظروف الجديدة،[٣٧] كما أنَّ القضاء الفرنسـي اعتمد على فكرة حسن النية في المادة (١١٩٥) من القانون المدني التي فرضت على المتعاقدين روح التعاون والحوار.

وتأسيسـاً علـى ما تقـدم اسـتندت محكمة

النقـض على ذات النص[٣٨]، الـذي ارتكز فيه الأَطْـراف على توجيه العقد، مـن اللحظة التي يطـرأ فيها ظروف غير متوقعة،[٣٩] فضلاً عن الأسـباب التي ذكرناها نجد أَنَّ من الضروري معالجة قصور المذهب الفردي وتمسـكه بمبدأ سـلطان الإرادة، فاذا ما استمر سيواجه مختلف العثـرات واهمهـا المحافظـة علـى السياسـة الاقتصاديـة والمسـاواة الاجتماعيـة من خلال العقد.

فالمحافظـة علـى النظـام الاقتصـادي في ظل النظام الاشـتراكي يكـون متاحا من خلال تدخل الدولة فـي توجيه المـوارد الاقتصادية، بمـا يخدم الأفـراد في المجتمع كمـا أنَّ الدولة تسـعى في النظام الاشتراكي، من خلال فرض سياسة تحديد الأسعار وانعكاس ذلك على حماية المتعاقـد وعدم وقوعه في الاسـتغلال، كما أنَّ التخطيط الاقتصادي وتوجيهه من قبل المُشَرِّع يحدد بسهولة الأهْداف التي يراد الوصول إليها، ومنها التسعير الجبري وحماية المستهلك، وأَنَّ تكون هذه الأهْداف ملزمة قانوناً.[٤٠]

ونـرى أنَّ الإتّجاه المؤيـد للتوجيه العقدي، كان نتيجـة التطورات التـي لحقت المجتمع، إذْ اعتمد علـى التطورات التي لحقت المجتمع في القرن التاسع عشر، ولأسباب يتوالى ذكرها في البحث رسخ أصحاب هذا المبدأ وجوده وأكدوا على ضرورته. [٤١]

وقد انتشـر هذا التوجّه مـع ظهور الأفكار الاشتراكية، وتراجع دور مبدأ سلطان الإرادة، مما أدّى بالمُشَرِّع إلى ضرورة اتخاذ المعالجات عن طريـق التشـريعات التـي يصدرها، لكي تلائم هذه التشـريعات التغيرات التي تطرأ على المجتمع من أزمات وحروب.[٤٢]

ولعـل أبرز مـا يمكـن ملاحظتـه إصْدار المُشَـرِّع الفرنسـي التشـريعات التـي عالجت الأزمـات آنـذاك، وهذا ما يمكـن ملاحظته في المادة (١١٠٦) من القانون المدني الفرنسي[٤٣]

وقـد سـار المُشَـرِّع العراقـي على خطى المُشَـرِّع الفرنسـي، في تبنّي مبدأ العقد شريعة المتعاقديـن، إذْ ذهب في المادة (١٤٦/ ١) على أنَّ العقـد يعـد لازماً عنـد إنعقاده، ولا يسـمح للأَطْراف التراجع عنـه أَوْ تعديله إلّا بالرجوع إلـى القانـون أَوْ أن يتـم أمـر التعديـل برضا الطرفين.[٤٤]

وكذلـك لم يخـرج المُشَـرِّع المصري عن هذا الإطار، ما سـبقه من القوانين في نصه في المـادة (١/١٤٧) منـه، على أنَّ العقد شـريعة المتعاقدين ولا يمكـن نقض هذا العقد أَوْ تعديله إلّا بمـا يتفق عليـه الطرفان أَوْ للأسـباب التي يوجبها القانون[٤٥]

وممّـا يسـوّغ للمُشَـرِّع التدخل فـي العقد، هو المحافظة على فاعليـة العقد ذاته، باعتباره المفتاح الرئيسـي للدخول إلـى الحرية العقدية، وتحقيـق العدالة التعاقدية التـي يجب أن تكون سـائدة في كل العلاقـات العقديـة، خاصة وأَنَّ الإرادة كانـت هي المحور الرئيس في ظل مبدأ سـلطان الإرادة، كانت تسـتقل بإنْشـاء وتنظيم العقـد، ولكـن بتغييـر الكثيـر مـن المعطيات والظـروف فـي المجتمعـات، أصبـح للقانون دور هـام فـي جعل العقد وعـاء يتجمع فيه كل القيـم الاجتماعية والاقتصادية، التي يسـتجمع المُشَرِّع تنظيمها في إطار النصوص القانونية، لكي تصب فـي المصلحة العامـة عندما يتعلَّق الأمر بالمصلحة العامة نجد أَنَّ المُشَـرّع يتدخل لتقديس العدالة. [٤٦]

كما أنَّ التغيّـرات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية المعاصرة التي طرأت على المجتمعات المعاصرة، دعت إلى تعالي الأصوات بالمناداة بالأخـذ بالتَّوْجيـه العقـدي، فضلاً عـن تقلص سطوة مبدأ سلطان الإرادة الذي كان يعتمد على الحريـة التعاقدية، وينتهج الاقتصاد الحر وعدم توجيـه الموارد فأصبح يشـكل عبئاً على الدول التي أخذت به، وهو دعا إلى أن تأخذ هذه الدول زمـام الامور على عاتقها، وأنَّ تصدر القوانين التـي توجـه التعاقد نحـو الغايـات الاجتماعية والاقتصاديـة التي تخدم حياة المتعاقدين وتدعم اقتصـاد البلد فعلى سـبيل المثـال كان المتعاقد يجبر على التعاقد مع جهات مفروضة من جهة الادارة، فالفلاح في فرنسا مثلاً، كان يلتزم ببيع المحاصيـل التي يزرعها إلـى تاجر معين، يتم اختياره من قبل الادارة.[٤٧]

فضـلاً عـن أَنَّ المحافظـة علـى النظـام الاقتصـادي في ظـل النظام الاشـتراكي يكون متاحاً من خلال تدخل الدولة في توجيه الموارد الاقتصادية، بما يخدم الأفراد في المجتمع، كما أنَّ الدولة تسعى في النظام الاشتراكي من خلال فرض سياسة تحديد الأسعار، فانعكس ذلك على حمايـة المتعاقـد وعدم وقوعه في الاسـتغلال، كمـا أنَّ التخطيـط الاقتصـادي وتوجيهـه من قبل المُشَـرِّع يحدد بسـهولة الأهْداف التي يراد الوصول إليها، ومنها التسعير الجبري وحماية المسـتهلك وأَنَّ تكـون هـذه الأهْـداف ملزمـة قانوناً[٤٨]

هـذا وأَنَّ ما يؤيد الأخذ بالتَّوْجيه العقدي من خلال عرض هـذا الإتّجاه يُمْكـن أَن يدرج في النقاط الاتية:

أولاً: إنَّ النظـام العـام يشـكل قيـداً مهمـاً على مبدأ سـلطان الإرادة، مِمّا يستوجب تدخل المُشَـرِّع، وعلى الرغم من النظـام العام فكرة تسـتعصي الوقوف علـى معناهـا ولكن حاول بعـض الكتاب أن يضعـوا تعريفـاً مقارباً لهذا المصطلح فهو خليط من العادات والتقاليد، وما يحتويه المجتمع من مسـموح وممنوع في إطار الحيـاة، وهي قابلـة للتعديل والتغييـر على مرِّ الزمن، فما كان وممنوع في وقتٍ ما صار بفعل التغيـرات الاجتماعية والاقتصادية مسـموحاً، فالحاجـة وضرورة الملحة هـي التي تدعو إلى تغييـر هذه الثوابت فالنظـام العام مجموعة من المصالح الأساسـية يقوم عليها كيان اي مجتمع سـواء كانت هذه المصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعيـة تهـدف مجموعهـا إلـى تحقيـق المصلحـة العامة، ويراد بها هي كل أمر يتعلق بالنظـام العـام الأساسـي للمجتمـع وتقدم على المصالح الفردية. [٤٩]

ثانياً: القانون الوضعي يُمْكن أَن يكون حلاً لمشـكلة محـددة تواجـه المجتمـع ككل أَوْ أن تدخل المُشَـرِّع يخدم النظـام الاجتماعي القائم. لذا يمكن القول إن القواعد التي يسنها المُشَرِّع، تسـتمد قوتها الملزمة من القانون، فالقانون بعد التطورات التي طرأت على المجتمع صار أداة سياسـية واجراءً حكومياً، يستخدم للتوفيق بين المصالح وبسـط العدالة في التعامل وبناءً علـى التغّير المحوري فـي معنى القانون الوضـعي، اكسبه مكنة لحـل مشـاكل ملموسة فإنّه سيكتسب طابعـاً يتميـز بالمرونة للاسـتجابة للمتغيرات الحاصلـة ولـذات السـبب يتنوع القانـون لكي يتماشـى مـع مختلـف الأوضاع، الأمـر الذي يؤدي إلى غزارة الإنتاج التشريعي الذي سيحل الازمات الاجتماعيـة والاقتصادية.

فالقانون الوضعي على وفق التطور السابق يُخلق النصوص القانونيــة التي تخدم المجتمع، ومن ثمّ فإنّه سيعكس حتماً التوجهات السياسية للمُشَـرِّع على هيئــة نصوص قانونيــة، فقيمة القانــون ســتكون محكومــة بقيمة سياســية معينــة وحيثُ أَنَّ السياســات رهينة للظروف تتغير بتغيــر هذه الظــروف، وإذا كان القانون يســتجيب للإحــداث الاقتصاديــة ويلاحــق التطــورات الاجتماعية أَوْ يعتنق سياســة معينة بنصوصه، فإنّه حتماً سيتأثر بهذا التوجه.(٥٠)

ثالثــاً: إنَّ ضرورة المحافظــة على النظام الاقتصــادي في ظــل النظام الاشــتراكي يكون متاحا من خلال تدخل الدولة في توجيه الموارد الاقتصاديــة بما يخدم الأفراد في المجتمع، كما أنَّ الدولة تسعى في النظام الاشتراكي من خلال فرض سياسة تحديد الأسعار، انعكاس ذلك على حمايــة المتعاقد وعــدم وقوعه في الاســتغلال كمــا أنَّ التخطيــط الاقتصــادي وتوجيهــه من قبل المُشَــرِّع يحدد بســهولة الأهْداف التي يراد الوصول إليها، ومنها التسعير الجبري وحماية المســتهلك، وأَنَّ تكــون هــذه الأهْــداف ملزمة قانوناً.(٥١)

رابعاً: إنَّ إلقاء نظــرة الفاحصة على تأثير العقد علــى النظــام الاقتصادي، نجــد أَنَّ ترك مبــدأ ســلطان الإرادة ونظريــة الاقتصاد الحر القائم علــى الحرية الفردية، والــذي يدعم مبدأ ســلطان الإرادة بالطبــع لأنّ الاقتصاد الحر لا يقيد المتعاملين في الســوق، بقدر ما يهدف إلى تحقيــق الأرباح وكذلك مبدأ ســلطان الإرادة لا يقيد الإرادة، إلّا بمدى ما يحقق الضرر المباشر لغيرها.(٥٢)

فالتنظيــم القانوني للعقود التي تحمل الطابع الاقتصــادي بات ضــرورة هامــة وخاصة ما يتعلَّق منها بعقود المُدَّة، لذلك نجد أَنَّ عقود المُدَّة التي يلعب فيها الزمن دوراً بمروره وخاصة ما يتعلَّق منها بالإيواء، والحصول على سكن يدفع لقبول المتعاقد بشروط العقد التي تفرض عليه، ممّا يوقعه بين مطرقة الاستغلال ورفع الأُجْرة وبين حاجته للاستقرار.

خامســاً: إنَّ ارتباط العقد بــالإرادة، وعدم إمْكانيــة فصله، عنها لأنّ وجوده متعلق أساســاً بها شــجع على الاخــذ بفكرة التَّوْجيــه العقدي، لأنّــه يقوم على إعطاء الحرية للأفراد في إبْرام العقد وتنظيم المســائل الرئيســية، وترك مسائل التفصيلية لمشــيئة ارادتهم مع ضرورة تخويل القاضي للتدخــل في في العقد عند حدوث خلل فيه.(٥٣)

وعلــى ذلك، فإنّه وطبقاً للمبــررات المتقدم ذكرها، يمكن القول بضرورة توجيه المُشَــرِّع للعقــد بإتّجاه معين كون العقد هو المحرك الأهم للعملية الاقتصادية مِمّا يعني ضرورة المحافظة على توازن المصالح فيه وعدم تعارضها، لأنّ النظــر إلى العقد مــن منظور اقتصــادي نجده يســاهم في ازدهار الاقتصــاد، وذلك يؤدي إلى اســتقرار التعاملات واســتقرار البلد اقتصاديا, مِمّــا يعني رفاهية الأفراد فــي العيش لذلك نجد أَنَّ تدخل المُشَــرِّع ضروري لبســط ســيطرته وهيمنتــه على التعامــلات اليومية، فلــو ازداد الطلب على ســلعة معينة نجد أَنَّ البائع يســعى لبيع هذه الســلعة بســعر مرتفــع، خاصة إذا ما توقعنا احتكاره لهذه الســلعة والاحتفاظ بها،(٥٤) حتــى وقــت ندرتها وبيعهــا بســعر مرتفع، ان اهتــزاز الثقة فــي المنظومــة الاقتصادية ينتج عنه انهيارها، لذلك فإنَّ تدخل المُشَــرِّع في منع

الاحتـكار والاسـتغلال كان مطلوباً لاسـتقرار المعاملات.[٥٥]

أمّا بالنسـبة لرأينا في موضـوع تأييد فكرة التَّوجيه التشريعي من عدمه، فإنّنا نرج الإتّجاه القائـل بتأييد فكرة التَّوْجيـه العقدي، وذلك لأنَّ تطبيـق هذه الفكـرة يمكن أن يرافقـه إيجابيات كثيـرة، تصب في صالح المجتمع والدولة، وإن كانت تقيّد من نطاق الحرية التعاقدية للأشخاص داخـل المجتمـع، إلّا أن الواقع العملـي يرفدنا بالعديد من الميـزات التي يمكن أن ترافق تبنّي فكرة التَّوْجيه العقدي، حيث يمكن أن تؤدّي هذه الفكـرة العديد من الوظائف المهمة داخل النظام القانوني، وتفصيل ذلك:

هذا ويؤدّي التَّوْجيه العقدي وظائف متعددة فـي العقد، فقـد يكـون التَّوْجيه مكمّـلاً لإرادة المتعاقديـن، أَوْ يكون مقيّداً للآثار الناشـئة عن العقد أَوْ قد يكون سـبباً في إجازَة العقد واكتماله وصيرورته بالشـكل الـذي يطمـح المتعاقدان الوصـول اليـه، صحيح أنَّ إبْـرام العقد يجري بإرادة طرفيه، ولكن لا يُمْكن أن يعتد بهذا العقد ولا تكـون لـه أي قيمة قانونيـة مالم يصرح به المُشَرّع أَوْ يمنح الرخصة الخاصة بالعقد وهذه الرخصة لا يمنحها المُشَـرّع بنفسـه وإنَّما ينيط العمـل بموجبها إلـى جهات معينة مسـبقاً لهذا الغـرض أي أنَّ العقـد يوجد بـإرادة طرفيه مع إرادة المُشَـرّع فتختلـط هـذه الارادات وينتـج عنها إبْـرام العقد وصيرورته أي أنَّ المُشَـرّع يكـون إرادة ثالثة إضافة لإرادتي التعاقد، فمثلا قيام القاضي بإعطـاء الرخصة لناقص الاهلية بالتصرف بالأموال. [٥٦]

وإذا تمعّنا في اهـم الوظائف التي يُمْكن أَن يؤديهـا العقـد، نجـد أَنَّ أهمها هـي التي تكون من صلب وظيفتـهُ، وهي الوظيفة الاجتماعية، والأخرى اقتصادية، فالأولى تمثل الأداة المهمة لتبـادل الأفـراد للسـلع والخدمات، فالإنْسـان اجتماعـي بطبعـه لا يعيش بمعزل عـن أفراد مجتمعـه، فهو في نشـاط دائم مـع اقرانه، فلا يمكـن لهذه الوظيفة ان تظهر إلّا بوجود المنفعة الاجتماعيـة التي تضيف قـوة للعقد، إذْ يعترف القانون بوجود العقد، ونظراً لهذه المكانة الهامة التي يتمتع بها العقد، وأَهَمِّيَّته الاجتماعية تدخل المُشَرّع لتفادي التعسّف والاضرار الذي يواجه احد أَطْـراف العقد، وهذا لا يعنـي بأن الإرادة مقيدة فـي المجال التعاقدي بـل أَنَّ هذه الإرادة تسير مع مجريات القانون والعدالة خاصة وانها جوهر العقد.

فالعقـد يسـتمد وجـوده مـن التعبيـر الذي أصـدره طرفاه، فـي محاولة منهمـا للوصول إلـى الغاية التـي ينشـدانها من التعاقـد، وبهذا فإنَّ المُشَـرّع يواكب هـذه الإرادة ويحدد الآثار القانونية الناتجة عن العقد فهذا يعني ان المُشَرّع قـام بتفويض جزء من سـلطاته للأَطْراف حتى ينشـؤا وينظمـوا التصرفـات التـي تتوافق مع منطق المُشَرّع ومقتضيات العدالة.

أمّـا الوظيفة الاقتصاديـة للتوجيه العقدي، فتتمثـل بأن العقد قائم على أسـاس تبـادل القيم الاقتصادية فيجب أن يكون هناك تناسب وتعادل بيـن البدليـن، فالعقـد توافق لإرادتيـن وتبادل للمنافع يجب أن تكون هذه المنافع متوازنة،[٥٧] فالتَّوْجيه العقدي من المُشَرّع إمّا أن يكون:

- تدخلاً مباشـراً، عندما يتدخل المُشَرّع في عقـود محددة، يرسـم فيها التزامـات الطرفين فيفرض على كل شـخص قبل الدخول في العقد معرفـة ما له ومـا عليه، كما في حالـة العامل

فـي عقد العمل عندما يـروم إبْرام عقد مع رب العمـل، فيجب عليـه ان يعمل بما يتوافق مع ما يتطلبه رب العمـل، وكذلك رب العمل عليه ان يبـرم العقد بما يتلائـم مع منطـوق العدالة في مراعاة العامل ووضعـه الاجتماعي، واعطائه الاجر الـذي يتلائم مع الواقع الاقتصادي، على وفق ما يرسـمه المُشَرِّع من إتّجاه لسير العلاقة بيـن الطرفيـن، يكون عليهما ان يسـيروا على نحوها.[٥٨]

-أو تدخـلاً غيـر مباشـر، فقـد لا يتدخـل المُشَـرِّع مباشـرةً وإنَّمـا ينيط المُشَـرِّع مهمة التَّوْجيه والإرشاد إلى القاضي، فيمنحه إمْكانية إعطـاء الرخصـة أَوْ إعطائـه صلاحيـة الغاء بعض الشـروط التعسّفية في العقد والتي تهدف إلـى تحقيـق مصلحـة شـخص دون اخـر في العلاقة العقدية، فيبين للمتعاقد حقوقه والتزاماته في العقد، فاذا ما قام هذا الطرف بوضع شروط يتعسـف فيها تجـاه الاخر، فيعطـي الحق لمن كانت بمواجهته هذه الشروط اللجوء إلى القضاء لمعالجتها، وهذا ما أكد المُشَـرِّع في المادة (٦) من قانون حماية المستهلك العراقي[٥٩] إذْ اعطى المُشَـرِّع الصلاحيـة للجان ولمجلـس الوزراء صلاحيـة توجيه عقد الاسـتهلاك بما يتلائم مع الظروف الاقتصاديـة المتغيرة كذلك في المادة (٥) من نفس القانون المذكور اعلاه.

وعلى ذلك فإنّنا إذا ما أمعنّا النظر في المادة الخامسـة في الفقرة الثانية مـن القانون، والتي تنص على أنَّ: "للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليهـا في هذه المادة إعادة السـلع كلاً أَوْ جزءا إلى المجهز، والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عـن الضرر الذي يلحق بـه أَوْ بأمواله من جراء ذلك"، وبموجـب هذا النص، نلاحظ أنّ المُشَـرِّع لكـي يحقق الضمـان الاقتصادي والاجتماعي فيعطي للمستهلك الحق في الادعاء أمام المحاكم المدنية، سـعياً منه لإبقاء المصالح المشـتركة بيـن طرفي العقـد متوازنة ومحققة للغايات التي يبغي تحقيقها.

والسـؤال الذي يثار هنا مفـاده، إلى أي حد يُمْكن أَن يتدخل المُشَرِّع في العقود ويوجهها في ضوء ما يحقق التوازن التعاقدي؟

هنـاك من يبيّـن أن دور المُشَـرِّع يقتصر علـى تقييـد الإرادة والحد من دورهـا، فيكون تدخل المُشَرِّع بحدود معينة، وذلك لأجل الحفاظ على مصالـح الطرف الأَضْعـف اقتصاديا في العقـد، لأنّ قبوله بالشـروط التعسّـفية وبحقه، فيختـل التـوازن المطلوب تحقيقـه وذلك تحت مسمى الحرية التعاقدية، فإذا لم يتدخل المُشَرِّع ويوجـه الإرادة إلى الوجهة التي تحقق مصلحة المتعاقدين، فإنَّ احدهما سـيقع ضحية الشروط القاسـية لتحقيق المنفعة لطرف دون اخر، فهذه الأسـباب وغيرهـا مـن الأسـباب الاقتصادية المتمثلة بالتقلبـات الاقتصادية دعت إلى تدخل المُشَرِّع من خلال تخويل القاضي الموازنة بين المصالح.[٦٠]

أمّا من حيث دور القاضي في توجيه العقد، فلا خلاف على أنه يملك سلطة تعديل العقد، أَوْ حتى إنهائها في حالة ما إذا طرأت ظروف غير متوقعة، وأَنَّ لم يتماشـى ذلك وإرادة الأَطْراف في سبيل تحقيق التوازن العقدي[٦١].

فتدخل المُشَرِّع لا يلغي دور الإرادة بشكل كّلـي، وإنَّمـا التدخل هـو حماية لبقائها بشـكل سـليم يسـاير متطلبات القانون، واهمها تحقيق

العدالــة التعاقديــة، فضــلاً عن ذلك فــإنَّ تدخل المُشَــرِّع يتماشــى مع منطق الحرية التعاقدية، ويقر بوجودها وأَنَّ تغلغل المُشَــرِّع في العلاقة العقدية، ما هو إلّا تطبيق لمبدأ ســلطان الإرادة، كونه لا يلغي دور الإرادة، وإنَّما يرســم الحدود التــي يجب أن تنتهجها لتحقيق العدالة في العقد، لأنّ مبــدأ ســلطان الإرادة يعتــرف لهــا بإبْرام التصرفات بشرط عدم الاضرار، وهذا الشرط يُمْكــن أَن يتخذ شــكل تدخــل المُشَــرِّع لتفادي الضرر لكل من أَطْراف العقد.

وفي هذا الصدد اعطى المُشَــرِّع الفرنسي للأَطْــراف المتعاقدة الصلاحية لتوجيه العقد في حالــة تغير الظروف، من خلال إعادة التفاوض renégociation، حيث تنص المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي، المعدلة بالأمر رقم (٢٠١٦-١٣١) الصادر في ١٠ شــباط/ فبراير ٢٠١٦ علــى: " متى طرأ تغيير غير متوقع في الظروف، خــلال إبْرام العقد، بمــا يجعل تنفيذ العقد مفرط التكلفة، بما لا يملك معه أحد طرفي العقــد تحمل هــذه المخاطرة، فإنّه يســتطيع أن يطلب إعادة التفاوض علــى العقد، مع الطرف الآخر، ويســتمر في تنفيــذ التزاماتــه العقدية، خلال فترة إعادة التفاوض،...".[٦٢]

ويمكــن القول هنا، بأنَّ توجيه العقد يســاهم في فهــم الــدور الذي تلعبــه الدولــة من خلال القانون لفرض الانضباط على اتفاق الارادات، وهذه القواعد تكون مختلفة بحســب ما يقتضيه الحــال، وتكــون بمنأى عــن ارادات الأَطْراف فتتنوع هذه القواعد على وفق القانون أَوْ العرف أَوْ القضاء.[٦٣]

بمعنــى أنَّه يعطي مســاحة للدولة من خلال تغلغــل الأفــكار الاشــتراكية، التــي تؤمن في ترسيخ دور الدولة في وضع إطار مسبق ليقوم عليــه فكرة العقد، وذلك لضبط الإرادة التعاقدية فــي ضوء الطريــق والقواعد التي تــم تحديدها مســبقاً، لتنظيم تطابق الإرادتين وتنظيم العلاقة العقدية ككل. وأَنَّ التَّوْجيه لا يقتصر على وضع المُشَرِّع للقواعد القانونية مسبقاً، وإنَّما يُمْكن أَن يخّول المُشَــرِّع القاضي في توجيه العقد ويُمْكن أَن يعتمد القاضي على العرف في توجيه العقد.

المطلب الثاني

التطبيقات القانونية للتوجيه التشريعي للعقود ودور القاضي فيها

تتنــوع التطبيقــات القانونيــة للتوجيــه التشــريعي في إطار الأحــكام القانونية المقررة للعقود المســمّاة، في القانون المدني أو القوانين المرتبطة به، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإنَّ ضبط التوجه التشريعي للعقد، لا يتم إلّا من خلال القضاء، فالقاضي هو الذي يملك الســلطة القانونيــة في ضبط بوصلة التوجّه التشــريعي المرتبط بالعقود، خصوصاً في الأحــكام التي تمثّــل مراعاتهــا واجباً على المتعاقدين، كونه يحقق المصلحة العامة.

هــذا وقد بَرَزَ تدخل المُشَــرِّع في العديد من الصور التعاقدية منها، مســؤولية المحترف في الالتــزام بالإعلام والالتزام بضمان الســلامة، وكذلك تدخل المُشَرِّع بالاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية والاعفاء منها.

وتدخل المُشَرِّع لحماية المتعاقد من تغيرات الظــروف الاجتماعية والاقتصاديــة وبلورتها فيما يخــدم مصلحة، المجتمع كتدخل المُشَــرِّع في تحديد الأســعار وتدخله في العقود الاخرى

كمـا في حالة التأمين الإجباري من المسـؤولية المهنية.

هذا وإنَّ التدخل التشريعي من قبل المُشَرِّع يكون على نوعين:

فإمّـا أن يتدخـل المُشَـرِّع فـي جزئية من جزيئات العقد، أَوْ

يتدخل ويتولى تنظيم العقد برمته.[٦٤]

وفيمـا يتعلَّـق بالجزئيـات المنظمة لبعض العقود وابرزهـا عقد الإيْجار الذي يتصف بأنَّه من العقود الرضائيـة، فلا يحتاج هذا العقد إلى إبْرامه سـوى رضا الطرفين، فإنَّ مبدأ سلطان الإرادة على هذا النحو مترسخاً في عقد الإيْجار، لكن لم يترك المُشَرِّع تحديد آثار هذا العقد بشكل مطلـق لإرادة العاقدين، وبمـا أنَّ عقد الإيْجار مـن العقود التـي ترد على المنفعـة، كان لزاماً على المُشَـرِّع وضع نهاية لـه وإعادة المأجور للمؤجر، وهذا يعني بطلان الإجارة مؤبدة المُدَّة فلو ترك الأمر لمبدأ سـلطان الإرادة، بمعنى أنَّ الأمر صار بيد المتعاقد المستأجر فيسمح لنفسه البقـاء في المأجـور، طالمـا أدّى الالتزام الذي علـى عاتقه وهو دفـع الأُجْرة، ولكن المُشَـرِّع وضع حد لانتهاء عقد الإيْجار وعدم ترك الأمر لإرادة المتعاقدين. [٦٥]

وكذلـك تدخـل المُشَـرِّع في عقـد التأمين، لأنّه من العقود المعدة سـلفاً والتي ينفرد بوضع أحكامها شـركات التأمين، بما يحقق مصالحها فينحصـر دور المؤمـن لـه إلى قبـول التعاقد، مِمّـا يوقعـه تحت اسـتغلال شـركات التأمين، فأخضعـت الدولة عمل شـركات التأمين تحت اشـراف وزارة الماليـة واشـترطت الحصول على الاجازات اللازمة لممارسة العمل. [٦٦]

أمّـا التدخّل الكلّي من قبل المُشَـرِّع، فيكون بتنظيم المُشَـرِّع للعقد بأكمله، كتنظيم المُشَـرِّع لتفاصيـل عقـد العمل، وذلك لأهَمَّيَّـة هذا العقد ومـا تعانيه الطبقة العاملة من اجحاف للحقوق، واسـتغلال فنظـم المُشَـرِّع الأجور وسـاعات العمل والاجازات، ومراعاة شـروط السـلامة فـي العمل ومعالجة وضع العاملين الصحي في حال تعرضهم للخطر.[٦٧]

ففيما يتعلَّق بالالتزام بالإعلام والتبصير قبل التعاقد يكون من جانب المنتج تجاه المسـتهلك، فيكون من الواجب على المنتج أن يتقيد بإعطاء البيانات والمعلومات الواجب الوقوف عليها من قبل المستهلك، خاصة إذا كانت هذه المعلومات تؤثر في رضا المتعاقد وتنعكس على المستهلك بآثـار سـلبية، [٦٨] هـذا الالتـزام يجد أساسـه فـي العديد مـن القوانين منها قانون المسـتهلك العراقي الذي نص في المادة السادسـة منه على حقوق المستهلك العراقي بكافة تفاصيلها.[٦٩]

وكذلك نص المُشَـرِّع المصـري في قانون المسـتهلك، وذلك في المادة السادسـة منه على ذات الواجبـات علـى المـورد والتزامه إعلام المستهلك في كل ما يخدم تعاقده. [٧٠]

وفيمـا يخص الاتفاقات المعدلة للمسـؤولية فقـد أجـاز المُشَـرِّع التخفيـف والاعفـاء من المسؤولية العقدية، بشرط خلو التعاقد من الغش والخطـأ الجسـيم والتعمد في إخفـاء العيب من المتعاقد الآخر.[٧١]

ففـي ضمان التعـرض والاسـتحقاق أجاز المُشَرِّع العراقي والمصري الاعفاء والتخفيف وتطبيق شـرط الاعفاء من المسـؤولية في عقد البيـع، بمـا يتعلَّق بضمـان الاسـتحقاق، وأما

الإعفاء أَوْ التخفيف المتعلق بضمان العيب الخفي، فهو اتفاق متعلق بالتزام عقدي، وليس له علاقة باتفاقات المسؤولية إلّا كباقي الالتزامات الأخرى، ويجوز شرط التخفيف من ضمان الاستحقاق الذي سبق وأوضحت أن ضمان الاستحقاق يشمل التعويضات والاستحقاق ذاته.

وقد جاء في المادة (١/٤٤٥) من القانون المدني المصري:" يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أَوْ أن ينقصا منه أَوْ أن يسقطا هذا الضمان"، وقد أخذ المُشَرِّع العراقي بنفس الحكم في المادة (١/٤٦٧) منه، فقد يتفق على إعفاء البائع من سبب معين من أسباب الضمان، كالاتفاق على إعفائه من ضمان حقوق الارتفاق غير الظاهرة خلافا لما يقضي به القانون من ضمانها.[٧٢]

وعلى الرغم من اتفاق كل من البائع والمشتري بالاستناد إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وانهم اختاروا بإرادتهم المختارة الدخول في العقد، لكن دخولهم مقيد بالالتزامات المتبادلة لكل منهما فنجد أَنَّ المُشَرِّع عاد وقيد الاعفاء والتخفيف من الضمان بتدخله واشتراطه لعدم وجود الغش والخطأ الجسيم، لأنّ المُشَرِّع يوازن مصلحة طرفي التعاقد في ايراد هذا القيد.

ومن ناحية أخرى، فإنَّ المُشَرِّع يسعى من خلال القانون إلى تحقيق غرضين مهمين هما:

الأوَّل، وهو صيانة حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة لحفظ كيان المجتمع وبسط النظام فيه.

والثاني، هو تحقيق المصلحة العامة وهو الغرض الثاني الأبعد من الأوَّل.

وهذا التنظيم يكون من خلال وضع قواعد ثابتة تكفل سير علاقة الناس مع بعضهم بالتساوي، لأنَّه كل نظام يحقق المصلحة لابد له من أن يصون الحريات ويوفق ما بين المصالح لتحقيق النفع لكافة أفراد المجتمع،[٧٣] فعند إبْرام العقد ينشأ مستوفيا للشروط مكتمل الأَركان فإنَّ إرادة الطرفين هي التي حددت آثار هذا العقد بالاستناد إلى قاعدة الرضائية في العقود وأَركان العقد المتكاملة من رضا ومحل وسبب، فلا يكون أمام هؤلاء المتعاقدين، إلّا احترام إرادتهما التعاقدية والدخول فيه للقوة الملزمة للعقد، وهذا الأمر لا يستقيم دائما، وإنَّما اجاز المُشَرِّع للقاضي أن يتدخل في العقد لدفع الضرر عن المتعاقدين بغية تنفيذ العقد على اكمل وجه، وأعادة ترتيب أولويات ومصالح المتعاقدين على أساس العدالة، والتي لا تقتصر على تدخل القاضي فحسب، وإنَّما تتجسد بصورة نصوص قانونية تترجم غاية المُشَرِّع التي يسير على خطاها المتعاقدين لضمان استقرار العقد.[٧٤]

وقبل بيان دور المُشَرِّع في التَّوْجيه العقدي يجب هنا التفريق بين المُشَرِّع والقاضي، فالأول توكل إليه مهمة تشريع القوانين التي تصدر من الجهة المختصة، وعادة ما تكون هذه الجهة تسمى بالهيئة التشريعية، إذْ يوكل إليها تشريع القوانين على وفق ما يحددها شكل الدولة،[٧٥] فتشريع النصوص القانونية من عمل الهيئة التشريعية أَوْ السلطة التشريعية في الدولة، ومهمته وضع القواعد العامة والأطر الرئيسية، اما القضاء فيخوض في المسائل التفصيلية في ضمن الحدود التي رسمها المُشَرِّع.[٧٦]

فالسلطة التشريعية المتمثلة بالمُشَرِّع تتجسد بشكل مجالس نيابية منتخبة من قبل الشعب تنوب عنه في إصْدار القوانين وتمثيلها

في سلطة تشريعية، تتولى سن القوانين التي تنظم علاقات أفراد المجتمع الواحد مع بعض وتمارس اختصاصات تشريعية لتنظيم شؤون المجتمع في شتى المجالات، منها السياسية والاقتصادية والاجتماعية على وفق ما يتناسب مع الدستور.(٧٧)

فالخطوة التي تسبق عمل القاضي هي صدور التشريع، يوفر عليه الجهد والوقت في أن يكون أمامه تشريع جاهز مكتوب مصاغ بصورة واضحة وكاملة تعبر عن إرادة المُشَرِّع، وعلى القاضي السير على خطى هذه الإرادة، وأَنَّ لا يحيد عنها بحجة الظروف لأنّ التشريع يتصف بالمرونة وإمْكانية التعديل عليه والغاية منه ان يواجه الظروف المتغيرة ويواجه الحاجات الطارئة وقد برز ذلك جليّاً في مصر، عندما تحول الاقتصاد من الحر إلى الموجه، في الفترة من ١٩٥٢ والى غاية ١٩٧٤، فالنصوص التشريعية في هذا المعنى محددة ومعبره عن إرادة واحدة متلائمة مع توجهات الدولة، وبهذا فهو موحد قانوناً وسياسيةً، فالمُشَرِّع يضع القانون وأبرز مثال لهذه القوانين القانون المدني الذي ينظم علاقات الأفراد المدنية في المجتمع، فيتولى المُشَرِّع وضع القواعد التي تهدف إلى تنظيم الحياة فيما يخص هذا الجانب، بحيث يكفل عند تنظيمها احترامها بالقوة عندما يقتضي الأمر.(٧٨)

فضلاً عن أَنَّ القاضي مهما بلغ من بعد النظر وحسن البصيرة فعليه أن يبحث في النصوص القانونية التي يبني عليها حكمه، ولا يمكن له أن يحل رأيه محل المُشَرِّع، لأنّه في هذه الحالة سيكون مشرعاً لا قاضياً، فالحكم لا يصدر من القاضي من تلقاء نفسه أَوْ بناء على أهوائه، بل أَنَّ حكمه صادر بناء على تشريع مكتوب وعلى القاضي احترام هذا التشريع.(٧٩)

وإنّ إيجاد الحلول واطلاق الأحكام المناسبة على المنازعات التي تعرض أمام القاضي من صميم واجبه فهو يعتد بالقانون الذي يضعه المُشَرِّع ويقضي بتوافق القانون من عدمه مع الواقعة المعروضة أمامه.(٨٠)

الخاتمة

خلصنا في خاتمة هذا لبحث إلى عدد من النتائج المهمّة، يمكن أن نجملها في ما يلي:

١. التَّوْجيه العقدي إرشاد بصيغة توجّه يتبنّاه المُشَرِّع بنص قانوني أَوْ يفوض بموجبه القاضي، مقتضاه التدخل في الإرادة التعاقدية من أجل تحقيق غايات محدّدة، يمكن أن تسهم في إنشاء العقود أو تقييد آثارها، أو إكمال العملية التعاقدية أو السير بها نحو استقرار التعامل القانوني في المجتمع وتحقيق المصالح المتبادلة.

٢. لا يعني توجيه المُشَرِّع للعقد، إهمال الإرادة وإنَّما معرفة الحدود التي يقف عندها الطرف المتعاقد، وأَنَّ لا وجود لسلطة لإرادة على إرادة إخرى، ولا لشخص على شخص آخر، وأَنَّ تدخل في إرادة أي متعاقد لا يكون لها مسوغ، سواء حماية له ومنعه من وقوع الأضرار عليه من قبل الآخرين، وأن تحقيق المنفعة لا يكون على حساب شخص وإنَّما نفت المجتمع ككل وهو ما يبدو منصفاً لطرفي التعاقد.

٢. أن تدخل المُشَرِّع في إطار العلاقات التعاقدية، يُمْكن أَن إيجابيّاً، حيث يجسّد حماية المتعاقد من خطر معين، كإعطائه الحق في التأمين ومحاولة المساواة في عقد العمل، حيث تبقى الإرادة حبيسة القُوَّة المُلْزِمَة فيجب على

الأَطْراف تنفيذ ما اتفقوا عليه، وإذا ما وصلوا إلى طريق يؤدي إلى الإضرار بأحد العاقدين جاهزة، فيكون هنا للقاضي بتخويل من المُشَرِّع وطلب من الأفراد التدخل لإنصاف الطرف المتضرر.

٣. إن تطور المجتمع انعكس على العمليات التعاقدية، فلم يعد مبدأ سلطان الإرادة وحده كافيا لإتمام العقد وإنَّما التطورات التي واجهت المجتمع ساهمت في ارتقاء العقد فمثلا ايجاد الحلول المناسبة لحماية المستهلك هي أفكار لم تكن سائدة في ظل سلطان الإرادة وإنَّما كان الأمر مقتصرا على عدم الإضرار باالمتعاقد الآخر.

٤. عند التعمق والولوج في العقود المبرمة وملاحظة الكثير من المشاكل الأمر الذي دعا إلى مراعاة المستهلك، فاتجه المُشَرِّع إلى قانون حماية المستهلك وقانون الحماية من الغش، والنص على قانون المنافس غير المشروعة، لذا يسعى المُشَرِّع إلى أن تكون المعاملات العقدية أكثر إنسجاماً بين أَطْرافها وتناسبا من أجل الوصول إلى العدالة العقدية والاستقرار التعاقدي.

الهوامش

(١) يُنظر: بعجي أحمد، أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، EISSN:٢٦٠٠-٦١٥٤. الصفحات من ١٣٨-١٥٧، المجلد ٦، العدد/٢، الجزائر ٢٠٢٠، ISSN:٢٤٧٨-٠٠٢٢، ص١٣٩ وما بعدها، متاح على الرابط الالكتروني الآتي:

file:///C:/Users/alnfoth/Downloads تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٣/١ .

(٢) ان تعريف التوجيه العقدي يقتضي التطرق الى اصله اللغوي وعند تحليل مفردة التوجيه العقدي وجدنا انه يتكون من التوجيه والعقد وان التوجيه في اللغة له معان عديدة نذكر منها فالتوجيه لغةً بمعنى ارشد، والتوجيه ارشاد، ووجه شخص أي جعله يأخذ اتجاهاً معيناً... للمزيد ينظر: احمد رضا، متن اللغة، مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، ١٨٣٠، ١٩٦٠، ص١٦١، وقد يراد به وجَّه الشَّيءَ أو الشَّخصَ جعله يأخذ اتجاهاً معيناً ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عامر احمد حيدر، عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩ م، ص ١٥٣.

(٣) يُنظر: حليس خضر، جميعة وعيممة العقد، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات العلمية جامعة يحيى فارس المدية، العدد ١٢ المجلد ١٢، ٢٠١٦، ص٤.

(٤) يُنظر: عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، ازمة العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، ١٩٩٨، ص ٢١٣

(٥) يُنظر: د. نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد، مترجم عربي للنص الرسمي، ط ١، دار غيداء للنشر والطباعة عمان، ص ١٤١.

(6)M. Goubinat ; Les principes directeurs du droit des contrats, thèse de Grenoble, 2016, p.31. ; À l'occasion de la réforme du droit des contrats, il conviendrait d'inverser le mouvement de balancier et de restaurer l'emprise du droit commun des contrats, afin de pallier les lacunes des règles spéciales, d'assurer un « rôle ordonnateur », au sein du droit des contrats pour favoriser l'édiction de dispositions cohérentes et surtout de tempérer les effets pervers de certaines règles spéciales.

(7) Ph. Foillard, Droit contentieux, 4ème éd., éd. Collection Paradigme, 2016, p.194.

(٨) يُنظـر: حـدي لالة احمد، سـلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى جامعة أبـو بكـر بلقايد فـي الجزائر، ٢٠١٢، ٢٠١٣، ص ١٨.

(٩) يُنظـر: عبد الباقي البكري، زهير البشـير، المدخل لدراسـة القانـون، دار السـنهوري للنشـر والطبع، ٢٠١١، ص٢١٢.

(10)F. Terré, et Autres ; Droit civil, les obligations, 12ème éd., Dalloz, 2018, p.701.

(11) Civ. 1re, 18 avr. 1989, JCP 1990. II. 21523, note M.T. ; Com. 26 févr. 1991, D. 1991. IR 90 ; contra Civ. 3e, 9 février 2017, RDC 2017. 227, obs. crit. Y.-M. Laithier.

(١٢) يُنظـر: حليس خضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقـد، أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، ٢٠١٦، ص١٤٧.

(١٣) يُنظر: احمد بورزق، خديجة بورزق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود، دراسـة مقارنـة، بحث مقدم الى جامعة الجلفة، الجزائر، ٢٠١٩، ص ١٣٩.

(14) B. FAGES, Le comportement du contractant, Préface de J. MESTRE, PUAM, 1997 ; B. JALUZOT, La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais, préface de F. FERRAND, Dalloz, 2001 ; S. TISSEYRE, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen, PUAM, coll. De l'institut de droit des affaires, 2012.

(15) S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, Préf. H. MUIR-WATT, BDP, T. 335, LGDJ, 2000.

(16) D. HOUTCIEFF, Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001.

(17) H. RAMPARANY-RAVOLOLOMI-ARANA, Le principe du raisonnable en droit des contrats, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, septembre 2009.

(18) M. Goubinat, thèse précité, p.31.

(19) F. Terré, et autres, op. cit., p. 702.

(٢٠) ان أساس الفكر الاشتراكي يقوم على الغاء الملكية الخاصة والاعتماد على الملكية الجماعية التي تحقق المنفعة لأبناء الشـعب ويعتمد الفكر الاشتراكي على عدم اسـتغلال الافراد لبعضهم البعـض. ماكاروفا، التطـور الاقتصادي للمجتمع الاشـتراكي، المرجع السابق، ص١٨.

(٢١) يُنظـر: معداوي نجية، تحديـد مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشـرع بحث منشور في موقع اكاديميـا العربيـة .www.academia-arabia com تاريـخ الزيـارة ٢٠٢٣/٢/١، ص٥٠ ومـا بعدها.

(٢٢) شـيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد دراسـة مقارنـة، المجلة العلمية لجامعة جيهان، العدد ١ المجلد ٥، ٢٠٢١، ص٤٤.

(٢٣) نصت المادة (١٥٠) مـن القانون المدني العراقي علـى أنَّه: «يجـب تنفيذ العقد طبقاً لما اشـتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية».

(٢٤) يُنظر: شـوقي بناسـي، المبـادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسـات القانونيـة المقارنة العدد ٢، المجلد ٠٦، ٢٠٢٠، ص٢٤٥.

(٢٥) معداوي نجية، المرجع السّابق، ص٥١.

(٢٦) سـارة بيلامي، نطاق حريـة التعاقد في ظل تطور قانون العقود، بحث منشـور في مجلـة البحوث في العقـود وقانـون الاعمال، العـدد الخامس، ٢٠١٨، ص ٨٠.

(٢٧) أحمـد طـلال عبـد الحميـد، قاعدة العقد شـريعة

المتعاقدين في مجال العقود الإدارية دراسة قانونية مقارنة، رسالة ماجستير مقدما إلى كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠١٢، ص ١٨.

(٢٨) يُنظر: عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان، المرجع السّابق، ص ١٩٦.

(٢٩) يُنظر: عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، ازمة العقد، ص٢٣٢

(٣٠) ١٤٩- إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

(31) G. Chantepie, et M. Latina; Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2ème éd., Dalloz,2018, p.348.

(32) M. Goubinat, thèse précité, p.30.

(٣٣) يُنظر: نجم الأحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد، ٢، المجلد، ٢٩، ٢٠١٣، ص١٢.

(٣٤) نصت المادة ٧١ من القانون المدني العراقي، السابق الذكر، على أنَّ»١ – تعتبر اموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون. ٢ – وهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجر عليها أو تملكها بالتقادم».

(٣٥) أمانج عارف كريم، الحماية القانونية للمصلحة العامة في التشريع العراقي، بحث منشور في العدد الخاص بالمؤتمر الدولي الثالث لكلية الشريعة والقانون بطنطا الجزء الأول، المنعقد في ٢١ و٢٢ اكتوبر ٢٠١٩، ص ١٢٦.

(٣٦) حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦، ص ٩٦ وما بعدها.

(37) G. Lacroix, L›adaptation du contrat aux changements de circonstances, Mém. Reims, 2015, p.44.

(٣٨) نصت المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي الجديد على «اذا حدث تغير في الظروف، غير ممكن التوقع، عند ابرام العقد، ترتب عليه إن صار التنفيذ باهض الكلفة بالنسبة لاحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعة هذا التغير يمكن لهذا الأخير ان يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على أنَّ يستمر في تنفيذ التزاماته اثناء إعادة التفاوض.

في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ وفق الشروط التي يحددونها، أو الطلب من القاضي بتفاهم المشترك، ان يقوم بتطويع العقد في حالة عدم الاتفاق خلال مده معقولة، يمكن للقاضي بناء على طلب احد الأطراف، تعديل العقد أو انهائه، اعتبارا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها.

(39) CA Paris, 18 juin 1984, Droit de l›informatique 1984.22, RTD civ. 1986.100, obs. J. Mestre ; 26 juin 1985, Pardon c/ Sté Kienzle Informatique, inédit, RTD civ. 1986.101, obs.J. Mestre.

(٤٠) يُنظر: عويسي أمين، النظام الاقتصادي والثقافة الاجتماعية، ط ١، دار إحياء للنشر الرقمي، ٢٠١٤، ص ٩٦ وما بعدها.

(٤١) بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السّابق، ص ٢٢١.

(٤٢) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القُوَّة المُلْزِمَة للعقد الطبعة الأولى، دار آل هاني للطباعة القاهرة ١٩٩٤، ص ١٥ وما بعدها.

(٤٣) نصت المادة (١١٠٦) من القانون المدني الفرنسي الجديد «يكون العقد ملزماً للجانبين عندما يلتزم المتعاقدان كل منها تجاه الاخر علة وجه التبادل...».

(٤٤) ينظر نص المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي، السابقة الذكر.

(٤٥) ينظر نص المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري ، السابقة الذكر.

(٤٦) يُنظر: نساخ فطيمة، المرجع السّابق، ص١٠.

(٤٧) يُنظر: عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان، المرجع السابق، ص٤٧.

(٤٨) يُنظر: عويسي أمين، النظام الاقتصادي والثقافة الاجتماعية، المرجع السابق، ص ٩٦ وما بعدها.

(٤٩) للمزيد يُنظر: عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، القاهرة ١٩٦٥، ص ٧٣.

(٥٠) منذر الشاوي ، مدخل في فلسفة القانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ١٤٢.

(٥١) يُنظر: عويسي أمين، المرجع السّابق، ص٩٦ وما بعدها.

(٥٢) فهد علي الزميع، نظرية العقد من منظور اقتصادي دراسة بين القانون الكويتي والأمريكي منشور في موقع دار المنظومة مجلد ٣٨، العدد ٣، ٢٠١٤، ص١٥١.

(٥٣) محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، مكتبة الطالب جامعة الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر، ص ٣٥.

(٥٤) نصت المادة (١ /٢) من قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٠ على أنَّ: « الاحتكار: كل فعل أو اتفاق أو تفاهم صدر من شخص أو اكثر طبيعي أو معنوي أو ممن توسط بينهم للتحكم بالسعر أو نوعية السلع والخدمات بما يؤدي الى الحاق الضرر بالمجتمع.

(٥٥) نصت المادة (٢) من قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي (١٤) لسنة ٢٠١٠ على أنَّه: «يهدف هذا القانون الى تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة بالمجتمع التي يقوم بها المستثمرون أو المنتجون أو المسوقون في جميع النشاطات الاقتصادية».

(٥٦) يُنظر: عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، ١٩٨١، ص٦١.

(٥٧) يُنظر: درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ٢٠١٤، ص ١١ وما بعدها.

(٥٨) نصت المادة (٥٩) من قانون العمل المرقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ على الحقوق الخاصة بالعامل على: «اولا : يجب اعلام العامل عن العناصر المكونة لأجره قبل التعاقد معه وخصوصا المخصصات والية احتساب بدل العمل الاضافي وغيرها من الزيادات أو الاستقطاعات ومدد الدفع وطريقته ومكان ويوم دفعه ويجب ابلاغه بالمعلومات ذاتها كلما طرا تغيير على عناصر اجره. ثانيا : يجب تزويد العامل ببيان خطي مفصل باجره كلما دفع له. موثقا فيه مدة العمل المستحق عنه الاجر والمخصصات وبدل العمل الاضافي وغيرها من الزيادات أو الاستقطاعات ان وجدت».

وكذلك المادة (٦١) من نفس القانون نصت على واجبات رب العمل على: « أولا : يلتزم صاحب العمل بمسك سجل للأجور وساعات العمل الاضافي تدرج فيه تفاصيل اجر العامل والاستقطاعات التي تمت منه وصافي الاجور التي له على أنَّ يكون هذا السجل خاليا من أي فراغ أو شطب أو تحشية وان يخضع الى رقابة وتدقيق مفتشي العمل في الوزارة.ثانيا : لا تبرا ذمة صاحب العمل من دين الاجر الا بتوقيع العامل في سجل الاجور ولا يعد توقيعه فيه دون أي تحفظات تنازلا منه عن أي حق من حقوقه».

(٥٩) ينظر نص المادة (٦) من قانون المستهلك العراقي رقم(١) لسنة ٢٠١٠ النافذ.

(٦٠) يُنظر: أحمد بورزق، خديجة بورزق، المرجع السّابق، ص١٣٦.

(61) F. Terré et Autres, op cit, n°127, p.162.

(62) Art. 1195 modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, prévoit que,» Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l›exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n›avait pas accepté d›en assumer le risque, celle-ci

peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation,…», disponible sur le site, http://www.légifrance.gouv.fr.

(٦٣) يُنظر: بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، ازمة العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة المنوفية في مصر، ٢٠٢٠، ص ٢٥٣.

(٦٤) معداوي نجية، المرجع السابق، ص٥٧.

(٦٥) ان الفقرة (١) من المادة (٧٤٠) من القانون المدني العراقي أعطت الحق لكل من المؤجر والمستأجر أن يطلب انهاء الايجار بعد مضي ثلاثين سنة على أنَّعقاده فيما إذا كانت المدة المتفق عليها للإيجار تزيد على ثلاثين سنة أو كان الايجار مؤبداً. حيث تنص هذه الفقرة على ما يلي:

«إذا كان عقد الايجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو إذا كان مؤبداً جاز انهاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب أحد المتعاقدين مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة التالية (أي المادة ٧٤١) ويكون باطلاً «كل اتفاق يقضي بغير ذلك». وعلى هذا الأساس إذا حدد الطرفان مدة الايجار تزيد على الثلاثين سنة واشترطا في العقد بأنه لا يجوز لأي منهما طلب انهاء الايجار بعد مضي ثلاثين سنة عليه فإن هذا الشرط لا يؤخذ به، حيث يجوز للمؤجر أو المستأجر بالرغم من وجود الشرط المذكور طلب انهاء الايجار بمجرد مرور مدة الثلاثين سنة بعد مرور مواعيد التنبيه بالإخلاء لأن الشرط المذكور يعتبر باطلاً لمخالفته النظام العام وهذا ما قصده المشرع بقوله في الفقرة (١) من المادة (٧٤٠) «ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك».

(٦٦) نصت المادة (١٤) من قانون التأمين رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥ على»**اولاً** – لا يجوز لأي من المنصوص عليهم في المادة (١٣) من هذا القانون ان يمارس اعمال التأمين الا بعد حصوله على اجازة بذلك وفقاً لأحكام هذا القانون.

ثانياً – استثناءاً من احكام البند (اولاً) من هذه مادة لرئيس الديوان ان يسمح بممارسة اعمال التأمين في العراق قبل منح الاجازة وفقاً لأحكام هذا القانون لأي مؤمن أو فرع معيد تأمين أو فرع مؤمن أو معيد تأمين أو مؤمن تابع من المجازين في بلدان تطبق افضل السبل المثبتة في مبادئ التأمين الاساسية للهيئة الدولية للمشرفين على اعمال التأمين، على أنَّ يلتزم أي من المذكورين بإكمال شروط الحصول على اجازة ممارسة اعمال التأمين في العراق خلال (٩٠) تسعين يوماً من تاريخ صدور قرار رئيس الديوان بالسماح له بممارسة اعمال التأمين.

ثالثاً – يلتزم بأحكام هذا القانون والانظمة والتعليمات الصادرة بموجبه المؤمنون ومعيدو التأمين والوسطاء والوكلاء وغيرهم من مقدمي خدمات التأمين المجازين لممارسة اعمال التأمين في العراق قبل نفاذ هذا القانون دون ان يكونوا ملزمين بالحصول على اجازة جديدة».

(٦٧) معداوي نجية، المرجع السّابق، ص٥٧.

(٦٨) غالب كامل المهيرات، التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقد في العقود الإلكترونية ، مطبعة اليازوري، ٢٠١٩، دون مكان طبع، ص ٢٢٣.

(٦٩) ينظر نص قانون المستهلك العراقي رقم رقم (١) لسنة ٢٠١٠ في المادة السادسة منه.

(٧٠) قانون المستهلك المصري رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٨ «يلتزم المورد بأن يضع على السلع البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية أو القانون أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون باللغة العربية بشكل واضح تسهل قراءته، وذلك على النحو الذى يتحقق به الغرض من تلك البيانات حسب طبيعة كل منتج وطريقة الاعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه».

ويلتزم مقدم الخدمة بأن يحدد بطريقة واضحة بيانات الخدمة التى يقدمها، ومميزاتها، وخصائصها، وأماكن تقديمها ومواعيدها».

(٧١) نصت المادة (٥٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة على أنَّ ١٩٥١»يجوز ايضاً للمتعاقدين باتفاق خاص ان يحددا مقدار الضمان.٢ – على أنَّ كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، يقع

باطلاً اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب».

(٧٢) احمد سليم فريز نصرة، شرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، أطروحة دكتوراه مقدمة جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٦، ص١٤٦.

(٧٣) يُنظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني المدخل العلوم القانونية، الطبعة السادسة، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٨ وما بعدها.

(٧٤) قارن : نوره سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد ٢، ص ٢٩. منشور على الرابط الإلكتروني الآتي:

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/١٤٢٠٨٨ تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٤/٦

(٧٥) نصت المادة (٤٨) من دستور العراق النافذ الصادر عام ٢٠٠٥ على أن: « تتكون السلطات تشريعية الاتحادية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد».

(٧٦) عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده، مصر ١٣٥٤، ١٩٣٦م، ص ٧٦ وما بعدها.

(٧٧) رافع خضر صالح شبر، السلطات تشريعية في النظام الفيدرالي ط ١ منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٧، ص ٨ وما بعدها.

(٧٨) احمد السعيد الزقرد، أصول القانون، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، ٢٠٠١ ص ٤٨ وما بعدها.

(٧٩) يُنظر: ج.رانسون فن القضاء، ترجمة محمد رشدي، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، مصر ١٩١٢، ص١١ وما بعدها.

(٨٠) يُنظر: فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص٢٥.

قائمة المصادر والمراجع

١- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عامر احمد حيدر، عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩ م.

٢-احمد السعيد الزقرد، أصول القانون، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، ٢٠٠١.

٣-احمد رضا، متن اللغة، مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، ١٨٣٠، ١٩٦٠.

٤- رانسون، فن القضاء، ترجمة محمد رشدي، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، مصر ١٩١٢.

٥-حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦.

٦- رافع خضر صالح شبر، السلطات تشريعية في النظام الفيدرالي، ط ١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٧.

٧-رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القُـوَّة المُلْزِمَـة للعقد الطبعة الأولى، دار آل هاني للطباعة القاهرة ١٩٩٤.

٨- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني المدخل العلوم القانونية، الطبعة السادسة، القاهرة، ١٩٨٧.

٩- عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري للنشر والطبع، بغداد ٢٠١١.

١٠- عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده، مصر ١٣٥٤، ١٩٣٦م.

١١-عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، القاهرة ١٩٦٥.

١٢-عويسي أمين، النظام الاقتصادي والثقافة الاجتماعية، ط ١، دار إحياء للنشر الرقمي، ٢٠١٤.

١٣-غالب كامل المهيرات، التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقد في العقود الإلكترونية ، مطبعة اليازوري، ٢٠١٩، دون مكان طبع..

١٤- فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

١٥- ماكاروفا، التطور الاقتصادي للمجتمع الاشتراكي، دار التقدم، موسكو، دون سنة نشر.

١٦- محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، مكتبة الطالب جامعة الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر.

١٧- منذر الشاوي ، مدخل في فلسفة القانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.

١٨- نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد، مترجم عربي للنص الرسمي، ط ١، دار غيداء للنشر والطباعة عمان ٢٠٢٣.

المقالات والأبحاث العلمية المنشورة:

١-احمد بورزق، خديجة بورزق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود، دراسة مقارنة، بحث مقدم الى جامعة الجلفة، الجزائر، ٢٠١٩.

٢- أمانج عارف كريم، الحماية القانونية للمصلحة العامة في التشريع العراقي، بحث منشور في العدد الخاص بالمؤتمر الدولي الثالث لكلية الشريعة والقانون بطنطا الجزء الأول، المنعقد في ٢١ و٢٢ اكتوبر ٢٠١٩.

٣- بعجي أحمد، أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، EISSN:2600-6154. الصفحات من ١٣٨- ١٥٧، المجلد ٦، العدد/٢، الجزائر 2020، ISSN:2478-0022، ص١٣٩ وما بعدها، متاح على الرابط الالكتروني الآتي: file:///C:/Users/alnfoth/Downloads تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٣/١ .

٤- حليس خضر، جميعة وعيممة العقد، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات العلمية جامعة يحيى فارس المدية، العدد ١٢ المجلد ١٢، ٢٠١٦.

٥-شوقي بناسي، المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة العدد ٢، المجلد ٠٦، ٢٠٢٠.

٦- شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد دراسة مقارنة، المجلة العلمية لجامعة جيهان، العدد ١ المجلد ٥، ٢٠٢١.

٧- فهد علي الزميع، نظرية العقد من منظور اقتصادي دراسة بين القانون الكويتي والأمريكي منشور في موقع دار المنظومة مجلد ٣٨، العدد ٣، ٢٠١٤.

٨-معداوي نجية، تحديد مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع بحث منشور في موقع اكاديميا العربية -www.academia arabia.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٢/١.

٩- نجم الأحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد، ٢، المجلد، ٢٩، ٢٠١٣.

١٠- نوره سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد ٢، ص ٢٩. منشور على الرابط الإلكتروني الآتي: https://www.asjp. cerist.dz/en/article /142088 تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٤/٦

الرسائل والأطاريح العلمية:

١- احمد سليم فريز نصرة، شرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، أطروحة دكتوراه مقدمة جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٦.

٢- أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية دراسة قانونية مقارنة، رسالة ماجستير مقدما إلى كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠١٢.

٣- بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، ازمة العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة المنوفية في مصر، ٢٠٢٠.

٤-حدي لالة احمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة أبو بكر بلقايد في الجزائر، ٢٠١٢، ٢٠١٣.

٥- حليس خضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، ٢٠١٦.

٦- درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ٢٠١٤.

٧- سارة بيلامي، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود، بحث منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس، ٢٠١٨.

٨- عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، ١٩٨١.

٩- عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، ازمة العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، ١٩٩٨.

المراجع باللغة الفرنسية:

1-B. FAGES, Le comportement du contractant, Préface de J. MESTRE, PUAM, 1997.

2-B. JALUZOT, La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais, préface de F. FERRAND, Dalloz, 2001

3-D. HOUTCIEFF, Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001.

4-F. Terré et Autres, Droit civil, les obligations, 12ème éd., Dalloz, 2018.

5-G. Chantepie, et M. Latina; Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2ème éd., Dalloz,2018.

6-G. Lacroix, L'adaptation du contrat aux changements de circonstances, Mém. Reims, 2015.

7-H.RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Le principe du raisonnable en droit des contrats, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, septembre 2009.

8-M. Goubinat ; Les principes directeurs du droit des contrats, thèse de Grenoble, 2016.

9-Ph. Foillard, Droit contentieux, 4ème éd., éd. Collection Paradigme, 2016.

10-SLEGAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, Préf. H. MUIR-WATT, BDP, T. 335, LGDJ, 2000.

11-S. TISSEYRE, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen, PUAM, coll. De l'institut de droit des affaires, 2012.

The Effectiveness of the of Contractual Guidance Idea

Comparative Analytical Stud

Prof.Dr.Saddam Faisel Kokez Al-Mohammedy(*)

Assis.Lect.Maraw Nidhal khlil Al-azawi(**)

Abstract

First of all, The principle of freedom of contract is traditionally justified by the power of the will and its authority to create contracts and arrange their effects, as this freedom is essentially based on the principle of the authority of the will, according to which the will is free to conclude legal action and arrange the effects that arise from it. However, this principle soon became corrupt and Weakness in light of modern trends. The adoption of this principle has diminished on a large scale in the field of civil transactions, to the point that the parties are no longer allowed to conclude whatever contracts they wish, or arrange whatever effects they wish, due to the restriction imposed by the laws in force on the will of individuals in Society, and only a small amount of freedom remains in which it can exercise its authority to promulgate legal actions and arrange their effects.

Thus, Legislators have created these restrictions on the power of will, motivated by several reasons. These restrictions imposed on the freedom of contract arise through binding legislation that includes unchangeable provisions that apply to certain types of contracts, or from rules that impose restrictions related to public order, economic interests, or The social security that the legislator seeks to achieve or protect, even if this is at the expense of the freedom and desires of the parties.

Keywords: freedom of contract, legislative guidance, contractual guidance,

(*) Al-Mashreq University/ College of Law

(**)Middle Technical University/ Technical Institute, Anbar