



**The most important amendments and provisions concerning the theory of obligation
In light of the legislative reform of French Civil Code No. 131 of 2016 (a
comparative study)**

¹ **Dr. Maher Muhammad Alwan**

¹ **University of Fallujah - College of Law – Iraq**

Abstract:

This study aims to demonstrate the innovative aspects of the theory of obligation as stated in French Civil Code No. 131 of 2016, and compare it with the provisions of the Iraqi Civil Code, both in relation to the general concept of the theory of obligation, and in relation to the provisions related to the contract. It presents the position of the French legislator on this theory in the previous and current civil code, as well as comparing it with the provisions of the Iraqi Civil Code, with the aim of providing Arab lawyers and jurists in general, and Iraqis in particular, with a closer insight into this project, in terms of justifications and results, as well as the extent of the success of its drafters and the French legislator behind them, in restoring the legal standing of this theory and correcting the various negative aspects from which it suffered. All of this is achieved through two sections, which address the features of the legislative reform of the French Civil Code in form and substance (the first section), as well as the most important new provisions regarding the implementation of the contract and its transfer in the new amendment to the French Civil Code (the second section.)

1: Email:

mahir.m.alwan@uofallujah.edu.iq

DOI

<https://doi.org/10.37651/aujlp.2025.165248.1604>

Submitted: 25/9/2025

Accepted: 9/10/2025

Published: 1/03/2026

Keywords:

Theory of Obligation

Methodology

Amendment of the French Civil Code

Contract Assignment

Negotiations

Contract.

©Authors, 2026, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



أهم التعديلات والأحكام الخاصة بنظرية الالتزام في ضوء الاصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ (دراسة مقارنة)

م. د ماهر محمد علوان

^١ جامعة الفلوجة – كلية القانون – العراق

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان أوجه التجديد في نظرية الالتزام كما وردت في القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ ، ومقارنتها بأحكام القانون المدني العراقي، سواء فيما يتعلق بالتصور العام لنظرية الالتزام، أو فيما يتصل بالأحكام المتعلقة بالعقد. عارضين لموقف المشرع الفرنسي من هذه النظرية في القانون المدني السابق والحالي، كذلك مقارنتها في أحكام القانون المدني العراقي ، بهدف منح رجال القانون والفقهاء العرب بوجه عام والعراقيين بوجه خاص إضاءة أكثر قرباً لهذا المشروع، من حيث المبررات والنتائج، وكذلك مدى نجاح واضعيه ومن خلفهم المشرع الفرنسي، في إعادة الاعتبار القانوني لهذه النظرية وتصويب مختلف الجوانب السلبية التي كانت تعاني منها. كل ذلك عبر بحثين تناولنا ملامح الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي شكلاً وموضوعاً (مبحث أول) وكذلك أهم الأحكام المستحدثة بتنفيذ العقد وحوالته في التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي (مبحث ثاني)

الكلمات المفتاحية:

نظرية الالتزام، منهجية، تعديل القانون المدني الفرنسي، حوالة العقد، المفاوضات، العقد.

المقدمة

من المسلم به في مجال العلوم القانونية، أن القانون المدني الفرنسي يعد مورداً ومصدراً تاريخياً لكثير من التشريعات المدنية، فقد اتسم بالثبات والاستقرار على مدار مائتي عام، غير أن الكثير من نصوصه – التي وضعت قبل أكثر من قرنين من الزمن- قد باتت غير قادرة على مواكبة التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والصناعية. إذ يكفي الإشارة في هذا المجال إلى أن التعديلات التي مست القانون الفرنسي على مدار مائتي عام (1804-2004)، لم

تتجاوز في مجملها عشرة تعديلات^(١). ويمكن أن يرجع الثبات والاستقرار الذي اتسم بهما التقنين المدني الفرنسي خاصة في مجال نظرية الالتزامات إلى عدة أسباب، أهمها تميز هذه النظرية بعمومية وتجريد بلغ حدا لم يبلغه أي فرع من فروع القانون. فضلا عن اقتصارها كما جل القانون المدني على العام من المبادئ والكليات دون الخوض في التفصيلات والجزئيات، لذلك تعتبر نصوصه في يد القضاة أداة طيعة ومرنة، يسهل ملاءمتها وتكييفها مع مستجدات الحياة العملية، رغم بعد عهد وضعها^(٢). وفي ظل هذه المتغيرات الحاصلة برز دور الفقه والقضاء في مواكبة التطور الاقتصادي والتشريعي في القوانين الأوربية، بحيث كان سريع الخطى في الاستجابة لها، فابتدع حلولاً ونظريات لمواجهة هذه المشكلات، ممهداً بذلك الطريق للمشرع الفرنسي لكي يخطو خطوة نحو إحداث إصلاحات تشريعية جوهرية تمس النصوص المنظمة لنظرية الالتزام بوجه عام ونظرية العقد بوجه على وجه الخصوص^(٣). وقد وضعت هذه الإصلاحات بمقتضى المرسوم "رقم 2016/131 بتاريخ 10 فبراير 2016"، والذي نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 11 فبراير 2016 "مستهدفة تحديث النصوص القانونية محل الإصلاح وتقنين ما جرت به أحكام القضاء بشأن العديد من الحلول والمسائل في نطاق العقد والالتزام بوجه عام"^(٤).

(١) د. نبيل ابراهيم سعد، تقنين نابليون، "التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات"، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، (٢٠٠٤-١٨٠٤)، الطبعة الأولى، بيروت لبنان ٢٠٠٥، ص ٩٠ وما بعدها.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، المرجع السابق، ص ٩٣.
(٣) أشرف جابر، "الإصلاح التشريعي لنظرية العقد، صنعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات"، مجلة كلية القانون الكويتية، كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد ٥٥، العدد ٥٢، ملحق خاص، (٢٠١٧): ص ٢٨٦.

(٤) وتجدر الإشارة إلى أن الحكومة كانت قد تقدمت بمشروع هذا القانون إلى مجلس الشيوخ الفرنسي (Sénat) في ٢٧ نوفمبر ٢٠١٣، وعلى الرغم من طابع الاستعجال لهذا المشروع، إلا أن إقراره استغرق خمسة عشر شهراً كاملاً، فصدر في ١٦ فبراير ٢٠١٥ بشأن تحديث وتبسيط القانون وإجراءات التقاضي. وقد أثير خلاف حاد بين الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ حول آلية إصدار قانون إصلاح نظرية الالتزام والعقود بطريق المرسوم، بين رفض من جانب مجلس الشيوخ (sénat) لهذا الطريق بدعوى عدم دستوريته لانتفاء طابع الاستعجال عن هذا القانون، ومن ثم ضرورة إصداره بالطريق التشريعي العادي، أي عن طريق البرلمان، عن هذا القانون، ومن ثم ضرورة إصداره بالطريق التشريعي العادي، أي عن طريق البرلمان، وتأييد من جانب الجمعية الوطنية (البرلمان) التي تمسكت بإصدار القانون بطريق المرسوم بسبب ما يتسم به هذا القانون من طابع الاستعجال والضرورة، الأمر الذي أفضى إلى عرض الأمر على المجلس الدستوري الذي أصدر قراره رقم ٧١٠ في ١٢ فبراير ٢٠١٥، رافضاً الادعاء بعدم دستورية اللجوء إلى إصدار القانون بطريق المرسوم مؤكداً طابع الاستعجال والضرورة لإصدار هذا القانون.

ينظر:

Philipp Simler, commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, LexisNexis, 2016, no 1. P.1.

وتبعاً لأهمية هذا الحدث التشريعي في الساحة القانونية، تسعى هذه الدراسة إلى بحث أبرز مستجدات القانون المدني الفرنسي في نظرية الالتزام، مركزين في ذلك على أهم الإصلاحات المستحدثة في نظرية العقد باعتبارها العمود الفقري لنظرية الالتزام وتقييم هذه الإصلاحات التشريعية ومقارنتها بما ورد في فحوى النصوص المنظمة لنظرية الالتزام والعقد في القانون المدني العراقي.

أولاً: أهمية البحث: القانون المدني الفرنسي يُعدّ من أعرق التشريعات الوضعية، ويشكل المنبع الذي استمدّت منه العديد من الدول العربية قوانينها المدنية أو تأثرت به؛ فكان من الضروري الوقوف على التغييرات الحديثة التي طرأت عليه ودراستها بعناية لاستشراف تأثيرها على هذه القوانين بوجه عام وعلى القانون المدني العراقي بشكل خاص، والبحث في إمكانية تطوير تلك التشريعات.

ثانياً: إشكالية البحث: بناء على ما تقدم واستناداً لأهمية موضوع الدراسة الذي يتمحور حول فكرة قانونية محضة، وبثير عدة نقاشات نظراً لحدائته، نطرح الإشكالية التالية: ما مضمون التعديلات الواردة في المواد محل الدراسة المتعلقة ببعض جوانب مصادر الالتزام وإبرام العقد وتنفيذه وآثاره؟ ماهي ملامح الإصلاح التشريعي لنظرية الالتزام في التعديل الحديث للقانون المدني الفرنسي؟ وما مدى تأثير القانون المدني العراقي بهذا الإصلاح؟ ما الذي أضافه التعديل إلى المبادئ التي كرّسها القضاء الفرنسي قبل التعديل؟

ثالثاً: أهداف البحث: تهدف الدراسة إلى التعرض لبيان التعديلات الحديثة التي أجريت على لنظرية الالتزام الذي جاء بها القانون المدني الفرنسي رقم 131 لسنة 2016 من خلال تحليل النصوص وتقييم ما حملته هذه النظرية في طياتها، للوقوف على حاجة المشرع العراقي لها، مع تقصي أثرها على العدالة التعاقدية. مع الإشارة إلى الأحكام المناظرة لها في القانون المدني العراقي (أن وجدت) لبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما، ومن ثمّ بحث تغيير القواعد القانونية التي أصبحت من القواعد التقليدية التي لا تواكب التطور الذي حصل في وقتنا الحاضر.

رابعاً: منهج البحث: استناداً إلى طبيعة موضوع الدراسة هي استنباطية لانطلاقها من نصوص القانون المدني الفرنسي المنضوية تحت العناوين المنظمة لنموذج الدراسة ومن ثمة استنباط الفكرة التي جاءت بها. ومن أجل الإحاطة بما تقدم من استقهامات، سنعتمد على المنهج الوصفي لتبيان مختلف المفاهيم النظرية والقانونية الواردة في هذا الموضوع، وعلى المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع محل الدراسة بغية الوقوف على طريقة معالجتها لنظرية الالتزام عامة ونظرية العقد خاصة، بالإضافة إلى المنهج

المقارن قصد إجراء المقارنة بين مضمون القانون المدني الفرنسي المعدل وما هو مستقر عليه في القانون المدني العراقي حول الموضوع.

خامساً: خطة البحث: ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين؛ كالتالي:

المبحث الأول: ملامح الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي شكلاً وموضوعاً.

المطلب الأول: منهجية وهيكلية نظرية الالتزام شكلاً والمفاوضات السابقة على التعاقد.

المطلب الثاني: ملامح الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي موضوعاً.

المبحث الثاني: أهم الأحكام المستحدثة بتنفيذ العقد وحوالته في التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي.

المطلب الأول: أهم الأحكام المستحدثة في مرحلة تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: أهم الأحكام المستحدثة في حوالة العقد أو التنازل عن العقد.

I. المبحث الأول

ملامح الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي من حيث الشكل والموضوع

لعل أو ما يلاحظ بخصوص منهجية ترتيب المواضيع التي اعتمدها تعديل ٢٠١٦، أن المشرع الفرنسي تخلص فيها من خلطه القديم بين مواضيع نظرية العقد ونظرية الالتزام، ذلك أن المتمعن في القانون المدني الفرنسي يجده مقسماً إلى خمسة كتب، يُعنى الأول بالأشخاص، لينظم الثاني الأموال، ثم يتعلق الثالث بطرق اكتساب الملكية، ليخص الرابع بالتأمينات الشخصية منها ثم التبعية والخامس بأحكام متعلقة بجزيرة مايوت.

ولتبيان أثر التعديل الجديد على منهجية ترتيب المواضيع، تقتضي المقارنة التطرق أولاً إلى ما كان عليه حال القانون المدني الفرنسي في مجال العقود والالتزامات وما صار عليه بعده. لذي سنتناول منهجية وهيكلية نظرية الالتزام شكلاً والمفاوضات السابقة على التعاقد (المطلب الأول) وكذلك ملامح الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي موضوعاً (المطلب الثاني)

I.أ. المطلب الأول

منهجية وهيكلية نظرية الالتزام شكلاً والمفاوضات السابقة على التعاقد

إن الحديث عن أسس الإصلاح التشريعي و الهيكلية الجديدة لأبواب نظرية الالتزام التي أتى بها المشرع الفرنسي في التعديل التشريعي لسنة 2016، وكذلك تتمثل المرحلة السابقة للتعاقد بالمفاوضات ، ويتم التفاوض عادة خارج الإطار العقدي أو ما يُطلق عليه " بالمفاوضات السابقة على التعاقد. يتطلب بالدرجة الأولى التطرق لمنهجية ترتيب مصادر

الالتزام في ظل القانون المدني الفرنسي قبل التعديل وبعده (الفرع الأول)، وكذلك المفاوضات السابقة على التعاقد (الفرع الثاني).

I. أ. ١. الفرع الأول

منهجية ترتيب مصادر الالتزام في ظل القانون المدني الفرنسي قبل التعديل وبعده

يتضح جلياً كيف أن المشرع الفرنسي كان يجمع بين نظريتي العقد والالتزام في قسم واحد عدا إخراجهم للالتزامات غير التعاقدية منه، حيث حاول من خلال هذا المزج إبراز الأهمية الكبيرة للعقد كأهم مصدر من مصادر الالتزام، فوقع في خلط غير مقبول من الناحية العملية حينما نظم في نظرية الالتزام بتلك الطريقة، رغم ما تقتضي المنهجية العلمية السليمة من ضرورة التمييز بين الالتزام والعقد من قبيل التمييز بين الشيء ومصدره. أما بعد التعديل الجديد، فيحسب للمشرع الفرنسي في هذا المجال احترامه للمنهج العلمي الحديث المستقر عليه في ترتيب المواضيع المحددة لنظرية الالتزام من الناحية الفنية. ولما تقدم سوف نتناول منهجية ترتيب مصادر الالتزام قبل التعديل (أولاً) وكذلك منهجية ترتيب مصادر الالتزام بعد التعديل (ثانياً).

أولاً: منهجية ترتيب مصادر الالتزام قبل التعديل:

بالتمعن في النصوص المنظمة لنظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي منذ نشأته إلى نهاية تعديله سنة 2016، نجد أن المشرع قد أخذ بالتقسيم التقليدي لمصادر الالتزام الذي أتى به "بوتيه" المتأثر بالقانون الروماني، والذي يشمل العقد، وشبه العقد، الجريمة، وشبه الجريمة.

- ١ - **العقد:** وهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر في ذمة كل من المتعاقدين أو في ذمة أحدهما.
- ٢ - **شبه العقد:** ويتمثل في الأعمال الإرادية البحتة الصادرة من المرء، والتي ينشأ عنها التزام قبل شخص آخر، أو أحياناً التزامات متبادلة بين الطرفين كالفضالة ودفع غير المستحق).
- ٣ - **الجريمة:** وهي عبارة عن عمل ضار يأتيه فاعله متعمداً الإضرار بالغير، مثال ذلك إتلاف مال الغير عمداً.

٤ - شبه الجريمة: هي عبارة عن عمل ضار ولكن ليس ببنية الإضرار أي أن فاعله يأتيه دون تعمد، فهو يصدر عن إهمال أو رعونة أو عدم احتياط^(١). إلا إن هذا التقسيم قد لاقى انتقادات حادة من جانب الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه "بلانيول"، حيث اعتبره ناقص لعدم ذكره للإرادة المنفردة والإثراء بلا سبب، ثم أن اصطلاح شبه العقد تعبير مطلق، لأنه يوحي بأنه عمل إرادي مشروع والحقيقة عكس ذلك تماماً، إذ أنه يعتبر عمل غير إرادي خلافاً للعقد الذي هو عمل إرادي أبرمه طرفاه وقصداً إلزام نفسيهما^(٢).

ثانياً: منهجية ترتيب مصادر الالتزام بعد التعديل:

بموجب تعديل "القانون المدني الفرنسي" رقم 131 لسنة 2016، فقد راعي المشرع الفرنسي الانتقادات السالف ذكرها، وأخذ بما استقر عليه التقسيم الحديث لمصادر الالتزام، إذ عدّ بموجب المادة 1100 من هذا التعديل مصادر الالتزام وقسمها إلى التصرفات القانونية، والوقائع القانونية، والقانون.

(أ) - التصرفات القانونية: تم تعريف التصرفات القانونية في نص المادة 1100 الفقرة 01 التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي على أنها: "التعبيرات عن الإرادة التي تهدف إلى إحداث آثار قانونية. هذه التصرفات قد تكون اتفاقية أو من جانب واحد"، واستناداً لما ورد في فحوى هذه المادة، نجد أن التصرف القانوني إما أن يكون صادراً من جانبين وهو العقد، وإما أن يكون صادراً من جانب واحد هي الإرادة المنفردة. بمعنى آخر كل اتجاه إرادي لإحداث أثر قانوني، إذ يمكن أن يقرن بإرادة أخرى فيسمى المصدر عقداً، كما يمكن أن ينشأ دون اقتران بإرادة أخرى فيسمى إرادة منفردة^(٣).

(ب) - الوقائع القانونية (Les fiats juridiques): طبقاً لنص المادة 1100 الفقرة 01 من هذا التعديل تعرف الوقائع القانونية على أنها: "أفعال أو أحداث يرتب عليها القانون أثراً قانونية"، وبناءً على ذلك نجد أن الواقعة القانونية هي تلك الأعمال المادية التي تصدر عن الإنسان سواء كان ما يقوم به من أفعال بصفة عمدية أو غير عمدية، وسواء كانت هذه الأفعال ضارة أو نافعة. كما تبين لنا أن نص المادة 1100 الفقرة الثانية السالفة الذكر نجد أيضاً أن المشرع الفرنسي قد تخلص من تسمية "شبه العقد" المنتقدة من قبل العديد من الفقهاء، واستعاض عنها بعبارة المصادر الأخرى للالتزام"، ألا وهي الفضالة ودفع المستحق

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ لتقنين المدني الفرنسي، (مصر: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢٠)، ص ٢١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠)، ص ١٣١.

(3) Article 1100 - 1 al. 1 ; < Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effet de droit: Ils peuvent être conventionnels ou un .

والإثراء بلا سبب. ومن خلال التوقف عند مجمل ما جاء به التعديل الجديد في مجال مصادر الالتزام وفقاً لما سبق، يتضح جلياً أن المشرع الفرنسي تخطى عن تقديس العقد في مجال التصرفات الإرادية وفسح المجال للإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام، ذلك أن انتشار العمل "بالقانون المدني الفرنسي" بداية القرن التاسع عشر في الكثير من دول العالم أثر على معالم نظرية الالتزام وقصر مصدرها الإرادي على توافق الإرادتين، حيث ظل العقد لوقت طويل من الزمن المصدر الوحيد للتصرف القانوني. إلا أن الأمر ما لبث يستقر حتى ظهر اتجاه حديث يناهز بنظرية جديدة تكمل العقد في ميدان المصادر الإرادية، ألا وهو القول بقدرة الإرادة المنفردة على ترتيب آثار قانونية، كان إنتاجها إلى وقت قريب مقصوراً على ضرورة توافق الإرادتين^(١). فضلاً عن الجذور التاريخية الراضية لكل اتجاه مهدد لوحداية العقد في مجال "التصرفات القانونية" القول بهذه الفلسفة مرتبط بجذلية تقليدية هي الأكثر تأثيراً على ملامح القوانين المدنية ممثلة في النزعة المأخوذ بها في الالتزام، ذلك أن تحديد طبيعة هذا الأخير وتبيان مفهومه تموضع بين مذهبين، أحدهما شخصي يغلب النزعة الذاتية المقدسة لسلطان الإرادة وهو المذهب اللاتيني الفرنسي والقوانين التي سارت على خطاه. وآخر جرمانى ألماني ينظر للالتزام نظره مادية صرفة. مع الإشارة إلى تميز الشريعة الإسلامية في هذا المجال بنزعتها الموضوعية الوسطية التي جعلت القانون المدني العراقي يقتبس منها بعض الأحكام في خطوة منه للتخلص من تبعية للقانون المدني الفرنسي^(٢). ومن خلال النقلة الجذرية للقانون المدني الفرنسي في هذا المجال، يمكن القول إن المشرع الفرنسي ساير التشريعات الحديثة^(٣)، حينما لم تأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى بل جمعت بينهما، فاعتبرت العقد هو الأصل في إنشاء الالتزام، ثم بينت بعد ذلك إلى أي حد يمكن الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، ولكن ليس مصدراً أصلياً وإنما هو مصدر ثانوياً وهو ما أخذه به المشرع العراقي^(٤).

(ج)- القانون (le loi): اعتبر المشرع الفرنسي القانون مصدراً من المصادر المنشئة للالتزام، والأدل على ذلك ما ورد في نص المادة 1100 من التعديل الجديد بقولها: "تنشأ

(١) د. بن خدة حمزة، "قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي"، بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، جامعة المسيلة، العدد الحادي عشر سبتمبر، (٢٠١٨): ص ٤٢٣.

(٢) د. بن خدة حمزة، "مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري، الالتزام التعاقدى نموذجاً"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد ٢، جوان، (٢٠١٦): ص ٦١.

(٣) منها القانون المدني الألماني (المادة ٣٥٠)، التشريع الإيطالي (المواد ١٩٨، ١٩٨٧، ١٩٨٣، ٩ من القانون المدني)

(٤) المواد ١٨٤، ١٨٥، من القانون المدني العراقي.

الالتزامات عن التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية أو مجرد سلطة القانون". إذ وبموجب هذه المادة نجد أنه قد يترتب التزام بقوة القانون مباشرة دون تدخل إرادة الإنسان. وحين مقارنة ما استقر عليه المشرع الفرنسي بعد 2016 في مجال تنظيم مصادر الالتزام مع ما تم تنظيمه في القانون المدني العراقي ، يمكن القول أن المشرع العراقي كان أكثر احتراماً لمنهجية ترتيب مصادر نظرية الالتزام من الناحية الفنية من صدور القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، مقارنة بنظيره الفرنسي، خاصة في مسألة إدراجه للإرادة المنفردة كمصدر منشئ للالتزام حيث كان سباقاً في تنظيمها مقارنة بنظيره الفرنسي.

I.٢. الفرع الثاني

المفاوضات السابقة على التعاقد

أضحت المفاوضات بين أطراف العقد المزمع إبرامه في المستقبل، مسألة مهمة في الوقت الحاضر، وأمر لا بد منه، وذلك تبعاً لما أفرزه التقدم العلمي والتكنولوجي والتطور الكبير في مجال استخدام وسائل الاتصال الحديثة من عقود تتسم بالتعقيد والتركيب، كما هو الحال في عقود التجارة الدولية، لذلك تعد مرحلة التفاوض من أهم المراحل التي يمر بها العقد في صورته الحديثة، نظراً لما تحتويه من تحديد لمعظم الحقوق والالتزامات من جهة، وإزالة الغموض الذي قد يعتري العقد محل التنفيذ من جهة أخرى، والتساؤل الذي يثير هنا هو حول مدى كفاية القواعد العامة في حماية المتفاوض بحسن نية. وبالتالي الحاجة إلى تدخل تشريعي يسير على نهج المشرع الفرنسي في هذا المجال، الأمر الذي يقتضي دراسة أبعاد التوسع في تطبيق مبدأ حسن النية وفق التجربة الفرنسية والجزاء المترتب على الإخلال بهذا الالتزام في مرحلة ما قبل التعاقد. ولما تقدم سوف نتناول خضوع المفاوضات لمبدأ حسن النية الذي يعتبر أحد أهم المبادئ القانونية (أولاً)، وخلق عدالة عقدية تضمن حقوق أطراف العلاقة التعاقدية وكذلك سوف نتناول الجزاء المترتب على مخالفة مبدأ حسن النية (ثانياً) وأيضاً الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد (ثالثاً).

أولاً: خضوع المفاوضات لمبدأ حسن النية:

تعرف مرحلة ما قبل التعاقد بمرحلة المفاوضات، وهي مرحلة استكشافية تشمل مجموعة من العمليات والأعمال التحضيرية السابقة التي تقتضي توفير الحماية للمتفاوضين والمتعاقدين بالأخص الأضعف بينهم، هذه المرحلة أصبحت تولي اهتمام الفقه والتشريع الحديث لأنها لا تقل أهمية عن بقية المراحل الأخرى لتكوين العقد^(١). حيث يقوم الأطراف الراغبين بالتعاقد بتبادل وجهات النظر، ويقدمون الاقتراحات ويناقشونها بقصد تحديد مضمون

(١) عثمان خرشي ، "جوهر مرحلة ما قبل التعاقد في القانون العقدي الحديث" تحليل للمفاوضات ومبدأ حسن النية""، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية ، المجلد ١٢، العدد ٠١ ابريل، (٢٠٢٥): ص ١١٩.

العقد خلال فترة تسبق إبرامه تسمى مرحلة المفاوضات، ولهذه المرحلة أهمية كبيرة خصوصاً فيما يتعلق بتحقيق التوازن العقدي وتفسير العقد^(١). حيث نصّت المادة 1112 من مدونة القانون المدني الفرنسي على الآتي: "يكون البدء بمفاوضات ما قبل العقد وسيرها وقطعها حراً. يجب أن تفي هذه المسائل بمتطلبات حسن النية، وفي حالة حدوث خطأ في المفاوضات، لا يشمل التعويض، لا فقدان المزايا المتوقعة من العقد الذي لم يبرم، ولا ضياع فرصة الحصول على تلك المزايا". كما نصت المادة 1112-2 على أنه "يتحمل المسؤولية وفقاً لشروط القواعد العامة كل من يستعمل أو يفشي، بدون إذن، معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات. وقد جاء هذا النص لتأكيد الاجتهادات القضائية السابقة، إذ سبق للمحاكم الفرنسية أن قضت بأنّ على المفاوض أن لا يستغل المعلومات التي حصل عليها من الطرف الآخر في أثناء فترة التفاوض، لغايات شخصية أو يزود بها شخصاً آخر منافساً، وتقوم هذه المسؤولية حتى ولو لم يكن بين المتفاوضين اتفاق بالمحافظة على سرية هذه المعلومات، وسواء طلبها المفاوض أو علم بها بمناسبة التفاوض^(٢).

هذا النص الجديد في القانون المدني الفرنسي مستوحى من النصوص الدولية لا سيما المبادئ الأوروبية كقانون العقود، ويعتبر أيضاً تأكيداً لنص المادة 1240 من القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي^(٣)، وتظهر أهمية هذا الواجب في العقود الهامة وخاصة عقود نقل التكنولوجيا وعقد الامتياز التجاري والعقود الصناعية وغيرها حيث يستوجب على المتفاوض المحافظة على الأسرار التي يطلع عليها أثناء التفاوض، إذ قد تقتضي المفاوضات إفشاء أحد الطرفين للآخر ببعض الأسرار الهامة حتى ولو لم تكن هذه الأسرار محمية قانوناً^(٤). وقد أخضع القانون المدني الفرنسي بصيغته المعدلة هذه المرحلة لمبدئين أساسيين هما مبدأ حرية التعاقد، ومبدأ حسن النية، فالقواعد العامة حرية التعاقد وضابط هذه الحرية وجوب مراعاة مبدأ حسن النية الذي توسع المشرع الفرنسي في نطاق تطبيقه ليشمل مرحلة ما قبل التعاقد، واعتبره التزاماً قانونياً يقع على كلا المتفاوضين، بحيث يتمتع الأطراف بالحرية الكاملة للبدء بالمفاوضات والسير بها وقطعها ما لم يتعارض ذلك مع مبدأ

(١) د. أحمد سعيد الزغرد، "نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة للعقد لمستندات التعاقد"، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، منشورات جامعة الكويت، العدد ٣، السنة ٢٥، (٢٠٠١): ص ٢٢٣.

(2) Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, Ordonnance du 10 février 2016, édition Francis Lefebvre 2016, n° : 186187- , p: 7071.

(3) Art 1240: " tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

(٤) ميلود حسين، "النظام القانوني للمفاوضات السابقة على التعاقد" دراسة في القانون المدني الفرنسي رقم 131- 2016، بحث منشور الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، (2022): ص ٩٥٥.

حسن النية^(١). كما كرّس المشرع الفرنسي بموجب المادة 1104 من تعديل 2016 مبدأ حسن النية في العقود كمبدأ عام، يبدأ من التفاوض مروراً بالتكوين وصولاً إلى التنفيذ، واعتبر هذا المبدأ من النظام العام، بحيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته. وفي هذا الإطار يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد وسع من مبدأ حسن النية ليشمل كل مراحل التعاقد، بداية من مرحلة التفاوض وصولاً إلى مرحلة التنفيذ، بحيث لم يعد يثار في مرحلة التنفيذ فقط، كما كان ينص عليه سابقاً في نص المادة (1134). في حين تجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي قد تبني نفس فلسفة المشرع الفرنسي قبل تعديل 2016^(٢) وزيادة على ما سبق، ضمن المشرع الفرنسي المواد 1103، 1105 مبادئ تدرج هي الأخرى تحت نطاق الأحكام العامة التي استتب بها نظرية العقد^(٣)، حيث أكدت المادة 1103 على ضرورة احترام العقود باعتبارها شريعة المتعاقدين متى تكونت على وجه قانوني^(٤)، وهو المبدأ الذي يقابل نص الفقرة الأولى من المادة 1134 القديمة. فضلاً عن تكميل تعديل 2016 هذه المادة في شق أثر العقد بالنسبة للمتعاقدین بالمادة 1193 المندرجة تحت عنوان القوة الملزمة للعقود^(٥) إذ نصت "على عدم إمكان الرجوع في العقود إلا برضاء متبادل أو لأسباب يجيزها القانون، وهو ما يقابل نص الفقرة الثانية من المادة 1134 القديمة الشهيرة. وبالمقابل حصر المشرع المدني العراقي مبدأ حسن النية بمرحلة تنفيذ العقد؛ فنصت المادة (150) من "القانون المدني العراقي على "أنه يجب تنفيذ العقد وفقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، بمعنى آخر، يجب على المتعاقدين الالتزام بما اتفقوا عليه في العقد، وأن يقوموا بتنفيذ هذا الالتزام بنية صادقة ووفقاً للأعراف والقوانين.

ثانياً: الجزاء المترتب على مخالفة مبدأ حسن النية:

مباشرة المفاوضات وإدارتها وقطعها بحدّ ذاته لا يشكل خطأ؛ بل هو حق لكل متفاوض يقتضيه مبدأ حرية التعاقد^(٦)، إلا أن ممارسة هذا الحق في ظروف معينة قد يشكل

(١) احمد ابراهيم الحباري، "أثر التعديلات التي طرأت على القانون المدني الفرنسي المتعلقة بمرحلة ما قبل التعاقد دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد ٤٦، عدد ٢، (٢٠١٩): ص ٦٤١.

(٢) محجوب بوكريس مروي، عليان عدة، "نظرية الالتزام في ضوء الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي - دراسة مقارنة"، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٠٦، العدد ٠٢، (٢٠٢١): ص ٩٠.

(٣) د. بن خدة حمزة، المرجع السابق، ص ٤٢٦.

(4) Article 1103; " Les contrats légalement formes tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits".

(5) Article 1105; " Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.

(٦) د. عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، الطبعة الأولى الإصدار الرابع، (عمان - الأردن: دار الثقافة والتوزيع، ٢٠٠٩)، فقرة ١٠٥، ص ٩٣.

خطأً، ويُعدّ قطع المفاوضات خاطئاً بوجه خاص إذا كان تعسفياً وصدر القرار بسوء نية. وهذا ما أكدّه المشرع الفرنسي في المادة 1112 من القانون المدني موجباً التعويض على من يصدر عنه هذا الخطأ، على أن ينحصر هذا التعويض بالخسارة الحقيقية؛ فلا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم، ولا فوات فرصة الحصول على هذه المزايا. ويبرر هذا الحكم بعدة اعتبارات أهمها: علاقة السببية، واختلاف الخطأ في ممارسة حقّ قطع المفاوضات عن قطع المفاوضات بحد ذاته، والحرية العدية وعدم ترتيب نتائج الإخلال بعقد قائم على عقد لم يبرم بعد^(١).

وينسجم نظام التعويض عن قطع المفاوضات السابقة للتعاقد وفق التعديلات الأخيرة مع الاجتهاد القضائي السابق، إلا أن المشرّع لم يحدّد طبيعة المسؤولية التي ينشأ عنها الالتزام بالتعويض وينهي الخلاف الفقهي حول هذه المسألة^(٢)، لكن الرأي الراجح يذهب إلى أن المسؤولية المترتبة على القطع التعسفي للمفاوضات العقدية ستكون مسؤولية غير عقدية (تقصيرية) تخضع لأحكام المادة 1240 من القانون المدني مالم تُنظّم مرحلة المفاوضات والجزاء المترتب على قطعها تعاقدياً^(٣).

ثالثاً: الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد:

يعد الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض أحد مقتضيات مبدأ حسن النية الذي بات التزاماً عاماً، ويعد اعتناء المشرّع بالنص عليه تنويجاً لاجتهادات قضائية عديدة سعت نحو تكريسه في المرحلة قبل التعاقدية لعل أبرز تطبيقاتها هي حالة الكتمان التدليسي. وبهذه الاجتهادات رسمت محكمة النقض الفرنسية للمشرّع نطاق هذا الالتزام كالالتزام قانوني عام في المرحلة قبل التعاقدية، وهو ما قننه المشرّع الفرنسي بالفعل في المادة 1/1112 التي نصت على أنه: "يجب على من يكون لديه من الأطراف معلومات جوهرية ومحدودة ومحل اعتبار لرضاء الآخر، أن يقوم بإعلامه بها، متى كان هذا الأخير يجهلها، على نحو سانع قانوناً، أو كان قد أودعته ثقته"^(٤). يتبين من نص المادة 1/1112 السابق أنه يجب توافر ثلاثة شروط لقيام هذا الالتزام: فيجب أن تكون المعلومات محل الالتزام بالإعلام جوهرية، وهي تكون

(١) د. أحمد إبراهيم الحيارى، "تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد، دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني"، بحث منشور على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني، *المجلة القانونية - المجلة القانونية بحسب المؤلفين، البحرين*، العدد الحادي عشر، أكتوبر، (٢٠٢٢): ص ٢١٧.

(٢) للمزيد حول الخلاف ينظر د. عدنان السرحان ونوري خاطر، المرجع السابق، فقرة ١٠٥، ص ٩٤.

(٣) د. أحمد إبراهيم الحيارى، المرجع السابق، ص ٢١٨.

(4) Art.1112-1. " Celle des parties qui connait une information dont l'importance est légitimement, pour le consentement de l'autre doit ;en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant".

كذلك متى كانت محل اعتبار لرضاء الطرف الآخر. كما يجب أن يكون أحد الطرفين عالماً بها من قبل^(١)، وأخيراً يجب ألا يكون جهل الطرف الآخر، أو ثقته التي أولاها للمتفاوض معه، راجعاً إلى تقصير منه، ولهذا لا يجوز التمسك بحصول إخلال بهذا الالتزام ممن يجهل معلومات جوهرية بشأن العقد محل التفاوض، متى كان يتعين عليه أن يعلم بهذه المعلومات، وكذلك إذا كان قد أودع المتفاوض معه ثقة مفرطة. وقد عبر المشرع عن هذا الشرط بأن يكون جهل الطرف الآخر على نحو سائع قانوناً *légitimentement*، وهي صياغة تحتفظ للقضاء بقدر كبير من سلطة تقديرية في الموازنة بين التزامين متقابلين هما التزام أحد الطرفين بالإعلام والتزام الطرف الآخر بالاستعلام^(٢).

كما ينشأ التزام بالإعلام لصالح الطرف الذي منح ثقته المطلقة للطرف الآخر الذي لديه المعلومة الجوهرية، سواء نشأت هذه الثقة من طبيعة العقد (كالوكالة) أو من صفة المتعاقد الآخر (كالمهني) فمثل هذا الشخص لم يكن لديه سبب ليدقق بالعرض المقدم له، بل كان دوره سلبياً تماماً كالتطرف الذي يجهل المعلومة^(٣). وما يلاحظ في هذا الخصوص، أن المشرع العراقي في القانون المدني لم يأتي بنص على مثل هذا الالتزام في القواعد العامة المنظمة لنظرية العقد، مما يحتم عليه مساقرة المشرع الفرنسي في فرض الالتزام بالإعلام قبل التعاقد. والأبعد من ذلك لا بد عليه من تنظيم المرحلة السابقة للتعاقد ككل (بداية من فرض الالتزامات على الأطراف المتفاوضة وترتيب المسؤولية عن قطعها بدون مبرر قانوني وصولاً إلى مرحلة إبرام العقد النهائي) لأنه كما أشرنا سابقاً أضحت -المفاوضات- أمر لا بد منه في الوقت الحالي^(٤). أما عن طبيعة المعلومات الواجب الإدلاء بها : أن السلوك الذي يتنافى مع العدالة التعاقدية يكمن في عدم الإفصاح عن المعلومات التي يحوزها أحد الأطراف المتفاوضة، والتي تعتبر ضرورية للطرف الآخر، كونها تنصب على مدى ملائمة العملية التعاقدية بمختلف جوانبها، خاصة تلك التي تنطوي على أمور فنية أو تقنية تحتاج إلى تخصص، في حين افتقار

(١) على أن هذا الالتزام العام قبل التعاقد بالإعلام لا يجوز - بداهة - أن يخل بما تقتضي بعض الصور الخاصة للالتزام بالإعلام والتي تفرضها محكمة النقض في بعض العقود بوجه خاص، على عاتق الطرف المحترف لمصلحة الطرف الآخر سواء كان غير محترف أو كان محترفاً في غير موضوع العقد. ولهذا لا يكون سائغاً تطبيق حكم المادة 1/1112 بشأن الالتزام القانوني العام قبل التعاقد بالإعلام في نطاق هذه العقود، وإلا لأفضي ذلك إلى نتيجة غير مقبولة، وهي أن يكون بإمكان البائع المحترف أن يتخلص من هذا الالتزام بمجرد أن يدعي عدم علمه بحالة المبيع وباحتياجات المشتري.

ينظر. Cass.civ.1re , 30 mai 2006,no 03-14.275.

(٢) د. أشرف جابر، "الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية- لمحات في بعض المستحدثات"، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد ٢، الجزء الثاني - نوفمبر، (٢٠١٧): ص ٢٩٧.

(٣) د. أحمد إبراهيم الحيارى، المرجع السابق ، ص ٢٢٠.

(٤) العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المصادر الإرادية والإرادة المنفردة ، الطبعة ٢ ، الجزء الأول ، (الجزائر: دار هوامه ، ٢٠١٦)، ص ١٩٦ وما بعدها.

المتفاوض الآخر لهذا التخصص، فإذا ما تم تزويده بها كان رضاه مستتيراً على خلاف إذا حجبها عنه، مما يضرب استقرار المعاملات ويهدد العلاقة العقدية^(١). وكما يرى البعض بأن تضمين الالتزام بالإعلام في نصوص القانون المدني، أصبح من الضرورة بمكان، بالنظر إلى الوظيفة التي يؤديها في إطار المرحلة السابقة عن التعاقد، باعتباره أداة وقائية تحيط بالإرادة فتوفر لها الحماية القبلية والاستباقية، ليكون بذلك هذا الالتزام جنباً إلى جنب مع نظرية عيوب الإرادة، وبذلك يكمل مواطن النقص في هذه النظرية، ويعالج الضيق الذي يشوب دائرتها بسبب شدة شروطها^(٢).

I. ب. المطلب الثاني

ملامح الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي من حيث الموضوع

إلى جانب الأحكام الشكلية المستحدثة من قبل المشرع الفرنسي، استحدث أيضاً أحكام موضوعية لم يكن منصوصاً عليها من قبل، حيث مست هذه الإصلاحات نظرية الالتزام عموماً ونظرية العقد على وجه الخصوص. لذا سنتناول أهم النقاط المستحدثة في مرحلة تكوين وتنظيم العقد (الفرع الأول). وكذلك مضمون العقد بدل ركني المحل والسبب في التعديل الجديد لسنة 2016 (الفرع الثاني).

I. ب. ١. الفرع الأول

أهم النقاط المستحدثة في مرحلة تكوين وتنظيم العقد

تضمن الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد عدة أحكام مستحدثة في مرحلة تكوين العقد، تتعلق أهمها بتنظيم مسألة الإيجاب والقبول (أولاً) وكذلك اعتماد الإكراه الاقتصادي كصورة من صور الإكراه المعيب للإرادة (ثانياً):

أولاً: تنظيم مسألة الإيجاب والقبول:

من خلال البحث في نصوص القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016، نجدها تخلو مما يعتبر تنظيمياً للإيجاب والقبول، إلا أن التعديل الجديد جاء بمواد أدرجها ضمن الفرع الثاني تحت مسمى "الإيجاب والقبول"، في المواد من 1113- إلى 1222، فبخصوص الإيجاب نجد أنها منظمة في المواد من 1113 إلى 1117، في حين تم تنظيم القبول في المواد من 1118 إلى 1222، وتبعاً لذلك فإنه باستقراء هذه المواد أهم المسائل المستحدثة في الإيجاب والقبول تتمثل في سقوط الإيجاب بموت الموجب أو فقد أهليته، كذلك تبني

(١) ماريصي سفيان ، لعورة بدرة، "الالتزام بالإعلام كضمانة للعدالة التعاقدية في المرحلة السابقة للتعاقد على ضوء القانون المدني الفرنسي"، بحث منشور في مجلة المفكر ، المجلد ١٩ / العدد ٢ (٢٠٢٤): ص ٢٣٥.

(٢) ماريصي سفيان ، لعورة بدرة ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣.

نظرية العلم بالقبول وأيضاً استحداث مهلة في التفكير ومهلة في العدول. وعلى ذلك يتضح أن التعديل الجديد نظم عنصر الإيجاب مسaire لما قال به الفقه الفرنسي في معرض تبيان مباحث الإيجاب، فضلاً عن تبني قرارات شهيرة في هذا المجال أبرزها مسألة الإيجاب الملزم، حيث جرى القضاء الفرنسي على القول بالزامية الإيجاب متى قيده صاحبه بالبقاء عليه مدة محددة، إذ يلتزم بالبقاء على إيجابه طيلة الوقت المحدد بدون أن يكون في حاجة إلى تعبير إرادي من الطرف الموجه إليه، وفي ذلك إقرار غير مباشر بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام ولو استثناء. خاصة أن بعض الفقه الفرنسي مال إلى اعتبار الإيجاب الملزم تصرف بالإرادة المنفردة حين بحثه في أساس الإيجاب الملزم في هذا المجال^(١).

(أ) - سقوط الإيجاب بموت الموجب أو فقد أهليته:

عادة ما يثور التساؤل حول أثر وفاة الموجب أو فقد أهليته على بقاء الإيجاب من عدمه. عند النظر في نصوص القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، نجد أن المشرع الفرنسي لم يتناول أثر موت الموجب أو فقد أهليته على الإيجاب، إذ ترك الأمر للقضاء، الذي كان يقضي ببقاء الإيجاب المصحوب بميعاد رغم موت الموجب أو فقد أهليته أثناء هذا الميعاد، ما لم يتبين أن شخصيته محل اعتبار فإن الإيجاب يسقط حينئذ^(٢). وعلى النقيض مما جرى عليه القضاء، فقد تبني المشرع الفرنسي، في إصلاحات 10 فبراير 2016، حلاً مغايراً فعدّ موت الموجب أو فقد أهليته من بين أسباب سقوط الإيجاب^(٣) في جميع الأحوال، أي سواء كان الإيجاب مصحوباً بميعاد من عدمه، وسواء كانت شخصية الموجب محل اعتبار أم لا، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (2/1117 مدني) من الإيجاب يسقط في حالة فقد الموجب أهليته أو موته^(٤)، وبحق، فقد فسّر البعض^(٥) ذلك بأن المشرع قد انحاز إلى إعلاء مبدأ الحرية التعاقدية لورثة الموجب حال موته، أو لنائبه حال فقد أهليته، على حساب مصلحة من وجه إليه الإيجاب.

(١) د. بن خذه حمزة، "قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي"، مقال منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، بالعدد الحادي عشر سبتمبر، (٢٠١٨): ص ٤٣٢.

(٢) د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة ١١١٧، من مرسوم ٢٠١٦/١٣١، قد أورد سببين آخرين لسقوط الإيجاب مقتضياً في ذلك أثر القضاء فيما استقر عليه من سقوط الإيجاب وهما: ١- انقضاء الميعاد المعين للقبول. ٢- انقضاء الميعاد المعقول، إذا لم يكن هناك تحديد لميعاد، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ١/١١١٧، سالف الذكر.

(4) Art . 1117. al. 2 "Elle (L'offre) l' est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur.

(٥) د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

(ب)- تبني نظرية العلم بالقبول:

إن المتمعن في نصوص القانون المدني الفرنسي قبل التعديل يجد أنه لم ينظم مسألة زمان ومكان انعقاد العقد في حالة التعاقد بين غائبين، وإما ترك مسألة تحديد زمان ومكان الانعقاد لقاضي الموضوع، الذي لطالما ما كانت تتباين مواقفه بخصوص تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين نظريتي إعلان القبول والعلم بالقبول^(١). أما بعد تعديل 2016 حسم المشرع الفرنسي المسألة- تحديد زمان ومكان الانعقاد - بنص تشريع واضح أخذ فيه بنظرية العلم بالقبول طبقاً لنص المادة 1121 من التعديل والتي قضت بتمام العقد في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول^(٢). وحين مقارنة ما استقر عليه المشرع الفرنسي بخصوص مسألة تبني نظرية العلم بالقبول نجد أن المشرع العراقي كان سابقاً في تبنيه لهذه النظرية بموجب نص المادة (٨٧) من "القانون المدني العراقي" على أنه(١- "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"، ٢- ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما".

(ج)- استحداث مهلة التفكير ومهلة العدول:

من خلال النظر للنصوص المنظمة لمسألة الإيجاب والقبول نجد أن المشرع الفرنسي قد استحدث فكرتين تحت مسمى "مهلة للتفكير" و"مهلة للعدول" تُمنحان للمتعاقدين، حين يجيزهما القانون أو اتفاق الطرفين، حيث نصت المادة 1222 الفقرة 01 من التعديل على مهلة التفكير التي مفادها عدم جواز لمن وجه إليه الإيجاب أن يعبر عن قبوله قبل انقضاءها - مهلة التفكير-^(٣) وفي حين نصت الفقرة 02 من نفس المادة على مهلة العدول التي مفادها إمكانية رجوع من تقرر لمصلحته - مهلة العدول- عن رضاها^(٤)؛ مع الإشارة إلى أن المشرع العراقي في إطار تنظيمه لمسألة الإيجاب والقبول، لم يتناول صراحة نص مماثل للنص الفرنسي.

(١) د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، - التصرف القانوني -، (الجزائر: دار الهدى، الطبعة الثانية، الجزء الأول، ٢٠٠٤)، ص ١٢٢.

(٢) ينظر نص المادة 1121، مدني فرنسي "ينعقد العقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب، ويعتبر منعقداً في مكان وصول القبول.

(٣) ينظر نص المادة 1222، الفقرة 01 من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 على أنه: "يجوز أن القانون أو المتعاقدان أن ينصا على مهلة التفكير، وهي مهلة لا يجوز لمن وجه إليه الإيجاب التعبير عن قبوله انقضائها".

(٤) ينظر المادة 1222، الفقرة 02 من نفس التعديل على أنه: "أو على مهلة للعدول، وهي المهلة التي يمكن لمن تقرر لمصلحته الرجوع عن رضائه قبل انقضائها".

ثانياً: اعتماد الإكراه الاقتصادي كصورة من صور الإكراه المعيب للإرادة:

منذ بداية القرن الماضي عرفت الكثير من القوانين الانكلوسكسونية كالقانون الأمريكي، والكندي، والاسترالي، مبدأ الإكراه الاقتصادي ورتبت عليه آثار قانونية^(١)، أما القانون الفرنسي فلم يعرف مبدأ الإكراه الاقتصادي الا متأخراً من خلال التعديل الجديد 2016، ومن خلال النظر إلى النصوص المستحدثة في الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، وجدنا فكرة مستحدثة في الصور المعيبة للإرادة تسمى بـ "الإكراه الاقتصادي"، والتي تعد من أهم الأفكار التي أدخلها المشرع الفرنسي في هذا التعديل؛ إذ تم الإشارة إليها بصورة صريحة في نص المادة 1143 من التعديل إذ تنص على " يتوافر الإكراه أيضاً عندما يحصل أحد الأطراف، نتيجة استغلال حالة التبعية التي يوجد فيها المتعاقد معه، على تعهد من الأخير ما كان ليرضى به في حال غياب مثل هذا الضغط، ويحصل من ذلك على منفعة زائدة بشكل واضح" وبناء على ما ورد في فحوى المادة 1143 السالفة الذكر، يمكن تعريف الإكراه الاقتصادي على أنه: "ضغط غير مشروع يهدد المصالح المالية والتجارية لأحد المتعاقدين، نتيجة عدم المساواة بالقوة التفاوضية عند التعاقد، من خلال استخدام أحد أطراف العقد لقوته الاقتصادية المتفوقة بطريقة غير مشروعة لحمل المتعاقد الآخر على الموافقة على مجموعة محددة من الشروط"^(٢). وبالبحث عن جذور فكرة "الإكراه الاقتصادي" المستحدثة في التقنين الفرنسي، نجدها في قرارات قضائية عدة، أبرزها القرار الصادر سنة 2000 عن محكمة الاستئناف بباريس في إطار علاقات العمل؛ حيث تتلخص وقائع هذه القضية بوجود عقد عمل بين أحد مخترعي قاموس للمبتدئين وشركة نشر قد تم وضعه في حالة تبعية اقتصادية للشركة وقد أدت به الرهبة إلى قبول جميع شروط العقد دون أن يتمكن من رفض الشروط التي تكون مخالفة لمصلحته الشخصية والشروط التي تحميه كمؤلف، ويقضي القرار بأن إرادة المؤلف يشوبها عيب الإكراه لأنه كانت لديه الخشية من خطر فصله من الشركة وبالتالي أن المؤلف قد خضع إلى رهبة معنوية قد شكلت ضغط عليه وشعور بأنه سوف يفقد عمله^(٣).

وبالرجوع إلى أحكام "القانون المدني العراقي" ومنذ تشريعه في منتصف القرن الماضي نجد أنه لم يتضمن في ثناياه نصاً صريحاً عن الإكراه الاقتصادي، إلا أن ذلك لا يعني أنه لم يتضمن فكرة الإكراه الاقتصادي بتاتاً، بل تضمن بعض القواعد القانونية التي يمكن ان تعالج موضوع الإكراه الاقتصادي. حيث أن المشرع العراقي عالج الإكراه بوصفه عيب من

(١) د. كاظم كريم علي، "الإكراه الاقتصادي وأثره على العقد في القانونين الانجليزي والعراقي"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، العدد 02، 2019، ص ٢٩٥.

(٢) د. كاظم كريم علي، المرجع السابق، ص ٢٩٥.

(٣) محجوب بوكريس مروي، وعليان عدة، المرجع السابق، ص ٩٥.

عيوب الارادة في المواد(112-116) حيث عرف^(١)، أما رأي استاذنا الدكتور حسن علي دنون يعيب على هذا التعريف بأنه تعريف لغوي ويرى بأنه كان الأجدر "بالمشروع العراقي" أن يعرف الاكراه بأنه(ضغط غير مشروع على ارادة شخص يدفعه الى التعاقد أو هو اجبار شخص على أن يبرم عقد دون رضاه)^(٢) ويبدو أن للدكتور عبد المجيد الحكيم رأي مغاير بأن التعريف التشريعي اسلم واوسع اذ أنه يرى بعد اجراء المقارنة والموازنة بين التعريف الفقهي الوضعي الذي يعرف الاكراه بأنه(ضغط غير مشروع يقع على ارادة شخص فيحمله الى التعاقد) وبين التعريف التشريعي للاكراه في القانون العراقي ان التعريف الاخير اعم من التعريف الفقهي لان المشروع العراقي عرف الاكراه بأنه:("اجبار شخص على ان يعمل عملاً، والعمل يشمل التصرفات القولية والفعلية، أما تعريف فقهاء القانون المدني الوضعي فلا يشمل الا التصرفات القولية"^(٣). والحقيقة ان كلا التعريفين للاكراه التشريعي والفقهي في القانون العراقي يمكن ان يشملان الاكراه الاقتصادي لانهما يقومان على فكرة الضغط غير المشروع على ارادة احد المتعاقدين لحمله على ابرام تصرف قانوني ما كان ليقوم به لو كان مختاراً وهو الركيزة الاساسية التي يقوم عليها مبدأ الاكراه الاقتصادي في القانون الفرنسي.

I. ب. ٢. الفرع الثاني

مضمون العقد بدل ركني المحل والسبب في التعديل الجديد لسنة 2016

القاعدة أنه لا عقد إلا بأركان وشروط، وهذه، في جل القوانين، هي الرضاء والأهلية والمحل والسبب، واحتياطاً، الشكلية والتسليم. والمصدر التاريخي لهذه القوانين، خصوصاً ذات النزعة اللاتينية، هو قانون نابليون لسنة 1804، الذي كُتب له أن يعمر زمناً طويلاً، ولا زال، وإذا كانت هذه الأركان مما توافق رجالا القانون الوضعي على ركنيتها في العقد، فإن أصواتا فقهية من اللا سبيين، نودي بها من بعض الفقه^(٤)، قديمة وحديثة، منبهة على عدم جدوى ركني المحل والسبب في نشوء العقد، داعية إلى الاستغناء عنهما والاكتفاء ببديل أطلقوا عليه مضمون العقد^(٥)، وفعلاً تكلفت دعوتهم ومناداتهم بتضمين القانون المدني الفرنسي، بموجب إصلاح 2016. أما وفقاً لنص المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي)

(١) عرفت المادة 112، من القانون المدني العراقي الاكراه بقولها(الاكراه هو اجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه).

(٢) د. حسن علي دنون، النظرية العامة للالتزامات، (بغداد: ١٩٧٦، ص ٨٤

(٣) د. عبد الكجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، (بغداد: الطبعة الرابعة، ١٩٧٤)، ص ١٢٣.

(4) PLANIOL (Marcel), traité élémentaire de droit civil, tome premier, deuxième édition, Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats Les privilèges et les hypothèques, LGDJ, Paris, 1923, p:"ç& no1026.

(٥) ينظر معنى آخر لمضمون العقد، د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، (جامعة دمشق، ١٩٧٦)، ص ١٦٠، فقرة ١٩٥.

ملغاة) فقد كان يلزم لانعقاد العقد صحيحاً توافر أربعة شروط هي: -رضا المتعاقدين- وخلو إرادتهما من أي عيب- وتوافر الأهلية اللازمة للتعاقد- وتوافر محل معين ومحدد- وأخيراً وجود سبب مشروع للانعقاد- إلا إن الاصلاح التشريعي لسنة 2016 أحدث تغييراً جوهرياً، فقد اكتفت المادة 1128 منه- التي حلت محل المادة 1108 – بضرورة توافر ثلاثة شروط لصحة العقد، وهي: توافر رضا سليم للمتعاقدين، والأهلية اللازمة للتعاقد، وأن يكون مضمون العقد مشروعاً ومحدداً. وأول ما يتبادر للأذهان أن المشرع الفرنسي قد استغنى تماماً عن فكرتي المحل والسبب، إلا أنه في الحقيقة ما هو إلا تبسيط لفكرتي المحل والسبب اللتان لطالما ما أكتنفهما الغموض وعدم الوضوح، خاصة فكرة السبب التي لاقت انتقادات لاذعة من قبل فقهاء القانون^(١). ولعل أهم ما دعا المشرع الفرنسي إلى هذا الدمج والاستغناء عن فكرتين كانتا على مدار ما يزيد على قرنين من الزمان حجر الزاوية في نظرية العقد، هو رغبته في تبسيط المفاهيم الأساسية لهذه النظرية، إذ تتميز فكرة مضمون العقد بأنها تحقق ثلاث وظائف رئيسة هي التحقق من مشروعية العقد، ووجود محل الالتزام، والتعادل بين الأداءات في العقد. ولهذا فقد ارتأى المشرع أن بإمكان هذه الفكرة أن تقوم بذات الدور الذي كان يقوم به كل من فكرتي المحل والسبب، مع تقادي العديد من الصعوبات التي كانت تكتنف كلا منهما: فمن الممكن أن تقوم فكرة مضمون العقد بدور المحل في التحقق من كون الأداء موجوداً ومحدداً ومشروعاً، كما يمكن أن تقوم أيضاً بدور السبب في التحقق من وجود الالتزام المقابل والتحقق من مشروعية العقد وعدم مخالفته للنظام العام والآداب^(٢)، على أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا أن ثمة "تحولاً" جوهرياً قد طرأ على جوهر نظرية العقد، فالأمر لا يعدو أن يكون "انصرافاً" عن فكرتي المحل والسبب إلى فكرة أكثر بساطة ووضوحاً منهما لتقوم بذات الدور الذي كان لهما معاً، خاصة فيما يتعلق بالصعوبات العملية التي واجهها القضاء بشأن تحديد مفهوم السبب^(٣). كما أننا نقف على ركن السبب أكثر من المحل لأنهم يرون أن ذات الفلسفة التي يحملها ركن السبب يحملها ركن المحل، ومادام أنهم يرون أن التطبيق العملي للمحل يحقق ذات الغاية التي يحققها السبب لكن بتعقيد أقل، وبمنطق أكبر فما الفائدة من ركن السبب^(٤). كل هذه الانتقادات، كان لها أثر على مشاريع القوانين المطروحة لتعديل القانون المدني الفرنسي بخصوص فكرة السبب ذاتها. حقق هجر المشرع الفرنسي لفكرة السبب بما يكتنفها من صعوبات ميزة مزدوجة للقانون الفرنسي، الأولى هي تقاربه وانسجابه مع العديد من قوانين العديد من الدول التي سبقت في هذا الاتجاه ، والثانية هي تكريس إعادة التوازن في العلاقات

(١) محبوب بوكريس مروي ؛ وعليان عدة ، المرجع السابق ، ص ٩٦.

(٢) وهو ما كانت تنص عليه المادة 1131، مدني فرنسي (ملغاة) من أن "الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب sans cause ، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح une fausse cause..".

(٣) د. أشرف جابر ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥

(٤) غفران محبوب ، مكيد نعيمة ، "مضمون العقد بديل لركني المحل والسبب في قانون العقود الفرنسي الجديد"، بحث منشور في مجلة صوت القانون ، المجلد الثامن ، العدد خاص، (٢٠٢٢): ص ٤٥١.

العقدية، والتي كان القضاء الفرنسي قد خط في سبيلها خطوات واسعة مستبقاً عمل المشرع. وعلى الرغم من استبعاد "مصطلح" السبب وزواله كركن في العقد، إلا أن المشرع قد أبقى على "وظائفه" وذلك من خلال الاعتماد على فكرتي المشروعية والتوازن العقدي^(١). ومن أمثلة ما نصت عليه المادة 1162 مدني من بطلان العقد حال مخالفة شروطه أو الغرض منه للنظام العام. وكذلك ما نصت عليه المادة 1170 من بطلان الشروط العقدية التي تجرد الالتزام الرئيس من ماهيته، وكذلك ما نصت عليه المادة 1178 من بطلان العقد الذي لا يستجمع شروط صحته، وفقاً لما نصت عليه المادة 1128. فمضمون العقد في القانون المدني الفرنسي الجديد حتى يكون مشروعاً لا يجب أن يخرج على قواعد النظام العام، وإلا اعتبر العقد باطلاً^(٢).

II. المبحث الثاني

أهم الأحكام المستحدثة بتنفيذ العقد وحوالته في التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي

لم يقتصر الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد على مجرد استحداث أحكام تنظم مرحلة تكوين العقد، وإنما عمد كذلك إلى ابتداع أحكاماً تنظم مرحلة تنفيذ العقد. وكذلك عمد إلى ابتداع أحكاماً تنظم حوالة العقد أو التنازل عنه وجعلها أسلوباً من أساليب الفن التعاقدية التي لا تؤدي إلى انقضاء العقد ولا إلى تجزئته على الرغم من تغيير أحد أطراف العلاقة العقدية، وإنما تؤدي إلى استمرار العلاقة العقدية منتجة لكافة آثارها، إلا أن هذه العلاقة بعد أن طرأت عليها حوالة العقد لم تعد تلك العلاقة القائمة من قبل بين المحيل والمحال عليه يحكمها العقد الأصلي المبرم بينهما فحسب وإنما سوف تختلف تبعاً لما إذا تم إبراء ذمة المحيل بصورة نهائية من قبل المحال عليه أو لم تبرأ. وعليه ولما تقدم سوف نتناول في هذا المبحث أهم الأحكام المستحدثة في مرحلة تنفيذ العقد (المطلب الأول) وكذلك أهم الأحكام المستحدثة في حوالة العقد أو التنازل عن العقد (المطلب الثاني).

II.أ. المطلب الأول

أهم الأحكام المستحدثة في مرحلة تنفيذ العقد

أن الأحكام التي أتى بها المشرع الفرنسي بشأن أثر تغيير الظروف وكيفية تدرج إدارة العقد أثناء هذه الفترة من المتعاقدين وصولاً إلى القاضي وما هو مصير مبدأ القوة الملزمة للعقد؟ وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين؟ وكذلك مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، في حال عدم التنفيذ وتأييد الفقه لذلك وتزايد أعداد الدول التي تقر تشريعاتها هذا النوع من الفسخ، ما يؤكد أن لهذا الفسخ من المزايا ما لا يوفرها الفسخ في صورته التقليدية، أي ذلك الفسخ الذي يقع

(١) د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص ٣٠٦ وما بعدها.

(٢) غفران محبوب، مكيد نعيمة، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

أصلاً بحكم من القاضي. وعليه ولما تقدم سوف نتناول تبني نظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول) وكذلك تكريس مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة (الفرع الثاني)

II. ١. الفرع الأول

تبني نظرية الظروف الطارئة

لم يعرف القانون المدني الفرنسي القديم نظرية الظروف الطارئة، فلا يوجد فيه نص يقضي بتطبيق النظرية، حيث كان القضاء الفرنسي في بادئ الأمر رافض لتطبيقها، وذلك لعلّة خروجها على مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يدخل على العقد شروطاً جديدة ويحلها محل الشروط التي ارتضاها طرفاه^(١). إلا أن موقف القضاء لم يدم طويلاً، فقد تغير موقفه من التشديد في تطبيق النظرية إلى التخفيف، بحيث صدرت عدة أحكام قضائية تسمح بتطبيق أحكام النظرية في حال تغير الظروف عند تنفيذ العقد، كما هو الحال في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 03 نوفمبر 1992 الذي قضى بفرض التزام بإعادة التفاوض بحسن النية في العقود التي يعترئها حالة من عدم التوازن العقدي^(٢).

أما بعد الإصلاح التشريعي لسنة 2016 بموجب التعديل، سد المشرع الفرنسي الفراغ التشريعي إزاء هذه الحالة، فتبنى صراحة فكرة مراجعة شروط العقد وإعادة التفاوض حال حدوث ظروف طارئة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، ويتضح ذلك من خلال ما نصت عليه المادة 1195 من هذا التعديل على أنه: "إذا طرأت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بدرجة كبيرة للمتعاقد الذي لم يقبل تحمل المخاطر، جاز له أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض، على أن يستمر في تنفيذ التزامه أثناء إعادة التفاوض، وفي حال رفض أو فشل إعادة التفاوض، فإنه يجوز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد في الوقت وبالشروط التي يحددها، أو أن يطلب من القاضي تحديد مصير العقد، فإذا لم يتفق الطرفان خلال مدة معقولة، جاز للقاضي، بناء على طلب أحدهما مراجعة شروط العقد أو إنهائه في الوقت وبالشروط التي يحددها". وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد تبنى وبشكل صريح نظرية الظروف الطارئة كوسيلة يستطيع المدين خلالها المطالبة بإعادة النظر في تنفيذ الالتزام المترتب عليه، استجابة لمتغيرات الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد، وأصبح اللجوء إلى هذه الوسيلة حقاً للمدين ضمنه القانون مما يشير إلى تطور مفهوم القوة الملزمة

(١) د. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، (الإسكندرية، مصر: ديوان المطبوعات الجامعية)، ص ٤٦؛ د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مصدران جديان للإلتزام، (الإسكندرية، مصر: منشأة المعارف، ٢٠٠٥)، ص ١٥٨.

(٢) محجوب بوكريس مروى وعليان عدة، المرجع السابق، ص ٩٧.

للعقد في القانون الفرنسي^(١). وتحليل ما ورد في فحوى المادة 1195 السالفة الذكر نجد أن المشرع الفرنسي استلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر ثلاثة شروط هي: أن تطرأ هذه الظروف في الفترة بين انعقاد العقد وتنفيذه، وأن تجعل هذه الظروف تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، وألا يكون المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقاً قد قبل مسبقاً تحمل مخاطر التنفيذ المرهق حال تغير الظروف. ويتفرع عن هذا الشروط نتيجة هامة، وهي أن نص المادة 1195 ليس أمراً، وبالتالي فهو لا يتعلق بالنظام العام، إذ يمكن للمتعاقدين الاتفاق على مخالفته^(٢). وبالرجوع على القانون المدني العراقي نجده قد سبق القانون الفرنسي الجديد بهذا الخصوص، حيث نص المشرع على نظرية الظروف الطارئة بالمادة (2/146) على ما يلي: ومع ذلك، "في حالة حدوث حدث اجتماعي غير متوقع واستثنائي، حتى بدون جعل أداء الالتزام التعاقدى مستحيلاً، قد يكون عبئاً على المدين ويسبب له خسائر كبيرة، فإن المحكمة بعد أن تتناسب مع مصالح الأطراف، قد تقلل من الالتزام المرهق ضمن حدود معقولة، إذا تطلبت العدالة ذلك، وتبطل العقد بطريقة أخرى محددة"^(٣). ومن التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية العراقية بقرارها رقم (٢٣٠) في (٢٠٠٧/٦/٢٠م) ونص به (ان العمليات الحربية على العراق بدأت في (٢٠٠٣/٣/٢٠) مما تصبح السنة القادمة من شروط تنفيذ العقد بخلاف الظروف الاستثنائية التي خلفتها حروب مذكورة التي اثرت بشكل سلبي على الظروف الاقتصادية والاجتماعية والأمنية وأصبحت مع مزاوله شراء وبيع الأنشطة التجارية الأخرى وأن لم تكن معدومة فظلت محدودة حيث أصبح تنفيذ معظم القيود مرهقاً أو مستحيلاً في أحسن الاحوال، لهذا استعانت محكمة الاستئناف بخبرة ثلاثة خبراء مختصين لتوضيح درجة تأثير هذه الظروف على تنفيذ العقد بالنسبة (للمستأجر) الذين عرضوا تقاريرهم المؤرخة (٢٠٠٥/٧/٢٤) وملحقه بتاريخ (٢٠٠٥/٩/٢٨) تضمن بأن العقد أصبح مرهقاً أثناء السنة الثانية من التنفيذ، حيث أن التقارير التي ذكرت جاءت مسبباً ومعللاً وتصلح ان تتخذها المحكمة سبباً لحكمها بناءً للمادة (١٤٠) من قانون الاثبات حيث اصبح حقاً للمدعي بالمطالبة بتقليص التزامه بحدود المبلغ المذكوراً وبالنهيأة تكون دفعاً مثارة من قبل المُميز (المدعى عليه) إضافة لوظيفته غير الواردة لأنه ليس هناك اي مانع عقدي أو قانوني يُحرم المدعى من إقامة دعوى تقليص الالتزام اذا كان قبل انتهاء العقد بفترة قصيرة أو حتى بعد الانتهاء طالما ما أثبت من وقائع الدعوى بأن

(١) د. أحمد إبراهيم الحياي، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

(٢) محجوب بوكريس مروي؛ عليان عدة، المرجع السابق، ص ٩٨.

(٣) زينة قدرة لطيف، "دور القاضي في معالجة اختلال التوازن في إطار نظرية الظروف الطارئة"، بحث منشور في مجلة بلاد الرافدين للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد ٥، العدد ٢، (٢٠٢٣): ص ٤.

تنفيذ عقد عند السنة الثانية كان مرهقاً وتوافرت شروطه المحددة في الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) مدني عراقي^(١).

وحين مقارنة الأحكام التي تبناها المشرع الفرنسي لمعالجة آثار تغير الظروف على العقد مع متبناه المشرع العراقي، نجد أن هذا الأخير قد أسند مهمة معالجة الآثار المترتبة عن تغير الظروف مباشرة إلى القاضي، وجعله "سيد الموقف" في مواجهة هذه الظروف وذلك بطبيعة الحال عند عدم توافق الطرفين، بينما المشرع الفرنسي فقد أسند المهمة مباشرة إلى المتعاقدين، إذ أوجب على المتعاقد الذي أرقق التزامه أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد، فلا يجوز لهذا المتعاقد اللجوء إلى القاضي مباشرة. وفي الأخير نرى أن الأحكام التي أتى بها المشرع الفرنسي بشأن أثر تغير الظروف وكيفية تدرج إدارة العقد أثناء هذه الفترة من المتعاقدين وصولاً إلى القاضي، ما هو إلا حفاظ على مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يجعل من العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين.

II. أ. ٢. الفرع الثاني

تكريس مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

هنالك مبدأ جديد يقر بإمكانية فسخ العقد بإرادة الدائن المنفردة، كرسه القانون المدني الفرنسي، وهل هذا المبدأ اقتصر قبوله على القانون المدني الفرنسي، وهل يمكن إعمال هذا المبدأ في ضل أحكام القانوني المدني العراقي؟ هذا ما سوف نتناوله تباعاً:

أولاً: الفسخ في القانون الفرنسي قبل تعديل القانون رقم 131 لسنة 2016

تقرر - عرفاً - الفسخ في القانون الفرنسي القديم، وأصبح هذا العرف مصدراً للقانون الفرنسي الجديد، انتقل بذلك الفسخ إلى القانون الفرنسي الجديد^(٢)؛ إذ أجاز هذا القانون الفسخ، وجاء تعريف الشرط الفاسخ الصريح بأنه هو الذي بحصوله يفسخ الالتزام وتصير به الأشياء الملزمة به كأن لم يقع بها التزام أصلاً إلى حالتها الأولى^(٣). ثم قرر ذلك القانون الفسخ في حالة عدم الاتفاق وجعل الشرط الفاسخ دائماً مفترضاً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بوفاء ما التزم به، والدائن مخير بين طلب التنفيذ أو الفسخ، إلا أن طلب الفسخ هنا يجب أن يكون قضائياً، بأن يرفع طلب الفسخ إلى القاضي، ويكون للقاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية من تقرير الفسخ أو منح المدين مهلة للتنفيذ، إذا رأى أن التنفيذ يكون

(١) زينة قدرة لطيف، المرجع السابق، ص ٤.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، (من دون دار نشر، ١٩٨٤م)، ص ٦١٢.

(٣) راجع المادة ١١٨٣، من القانون المدني الفرنسي.

فيه مصلحة للدائن^(١). ولكننا نجد أن المُشترع الفرنسي قد تأثر – مثل القانون الفرنسي القديم – بالصياغة الرومانية وجعل الفسخ هنا على أساس الشرط الفاسخ الضمني؛ مما أوجد خلافاً في الفقه الفرنسي حول المصدر التاريخي للفسخ هنا هل هو القانون الروماني؟ أم القانون الكنسي؟ إذ يرى بعض الفقه أنه القانون الروماني؛ لأن المُشترع الفرنسي قد أسس الفسخ على أساس القانون الروماني وهو الشرط الفاسخ ولم يأخذ بأساس القانون الكنسي وهو فكرة التقابل بين الالتزامات^(٢).

أما الفقه الغالب فقد ذهب إلى القول إن المصدر التاريخي للفسخ في القانون الفرنسي هو القانون الكنسي وليس الروماني، ولذا نجدهم ينتقدون فكرة الشرط الفاسخ الضمني بوصفه أساساً للفسخ، ويقولون: إن هذا مخالف لسلطة القاضي التقديرية في الفسخ إذ إن من لوازم تأسيس الفسخ على الشرط الفاسخ الضمني يقضي بأن يفسخ العقد من تلقاء نفسه ولا داعي هنا لسلطة القاضي التقديرية ثم يقولون: إن فكرة الشرط الفاسخ إنما تكون مقررة لصالح بعض الأطراف وهو البائع وليس المشتري، وهذا يخالف ما قرره القانون الفرنسي الجديد من جواز التمسك بهذا الحق لكل متعاقد يكون الفسخ لصالحه عند إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، ولذا يرى غالب الفقه الفرنسي أن أساس الفسخ في القانون الفرنسي الجديد هو فكرة التقابل في الالتزامات التي هي ناتجة عن فكرة السبب في القانون الكنسي^(٣).

ثانياً: موقف القضاء الفرنسي من الفسخ بالإرادة المنفردة قبل تعديل القانون رقم 131 لسنة 2016.

أن العقود الفورية أو محددة المدة لا يمكن فسخها في الفقه التقليدي إلا بالطريق القضائي، وذلك عندما لا ينفذ أحد الطرفين أو يسيئ تنفيذ الالتزام. بيد أن القضاء الفرنسي قد سمح بالفسخ بالإرادة المنفردة لعدم التنفيذ في حالة الطوارئ أو في فرضية أن " الوضع أصبح غير محتمل " وقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية بالفسخ بالإرادة المنفردة لعدم تنفيذ العقد. والواقع، أن قضاء هذه الغرفة كان هو البداية الحقيقية في صياغة مبدأ إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة في حال عدم التنفيذ، وباتت صياغتها في هذا الصدد هي التي تتردد في أحكام محكمة النقض اللاحقة^(٤). كان ذلك بمقتضى حكم صادر عن الغرفة المذكورة، بتاريخ

(١) راجع المادة ١٢٢٧، من القانون المدني الفرنسي .

(٢) د. محمد عبد الملك محسن الحبشي، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، المرجع السابق، ص ١٩.

(٣) ينظر د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ، ط ١، (دار النهضة العربية ، ١٩٨٨)، ص ٧-٨، د. محمد أحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، (الإسكندرية: منشأة المعارف ، ١٩٨٦م)، ص ١-٢.

(4) La nature juridique la résiliation unilatérale du contrat , Raghid fatal –Extrait de: Revue juridique de l'USEK- No 10 (2009) , pp.209 -226 .

١٣/١٠/١٩٩٨^(١)، يعرف الآن بحكم Tocqueville. ففي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم كان الأمر يتعلق بعقد بين إحدى المستشفيات الخاصة وطبيب تخدير، التزم بمقتضاه الأخير بالعمل حصرياً لدى المستشفى، وكانت مدة العقد ثلاثين عاماً. وبعد فترة من أداء عمل الطبيب أصبح أدائه محل شكوى متكررة، من قبل الأطباء الآخرين العاملين بذات المستشفى، ومن قبل المرضى، حيث كان يؤخذ عليه عدم التعاون الصادق في أداء العمل، والانفعال الدائم، والالغاء المتكرر للمواعيد المقررة سلفاً مع المرضى، بل و- أيضاً فقدان الضمير المهني. على إثر ذلك قامت المستشفى بإنهاء تعاقدتها مع الطبيب دون منحه أية مهلة، بمعنى أنها قامت بفسخ عقدها معه بإرادتها المنفردة، أي دون اللجوء إلى القضاء. ويعد هذا الحكم ثورة في قانون العقود، وذلك لأنه اتخذ خطوة في طريق العدالة الخاصة^(٢) ورأى البعض في هذا القضاء، تكريساً للانفرادية Unilateralism في المسائل العقدية، كما اعتبرها البعض الآخر خطوة أولى في سبيل إعادة النظر، في مبدأ الطابع القضائي للفسخ بسبب عدم التنفيذ.

ثالثاً: موقف المُشرّع الفرنسي بعد التعديل رقم 131 لسنة 2016:

أما القانون المدني الفرنسي^(٣) فكان الأصل في هذا القانون أن الفسخ قضائي حسب نص المادة 1184 من القانون المذكور ولا يمكن لأي شخص أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة إلا في حالات سمح به القضاء للدائن أن يفسخ العقد. ثم بعد ذلك تطور الفسخ في القانون المدني الفرنسي^(٤) حتى أصبح بإمكان الدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة وذلك جاء النص عليه في المادة ١٢٢٦^(٥) التي جاء فيها يستطيع الدائن على مسؤوليته الخاصة، فسخ العقد عن طريق الاخطار / اشعار المدين بتنفيذ التزامه في مدة معقولة، مالم تكن هناك حالة طوارئ. وينص في الأخطار صراحة، انه في حالة عدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه، فإنه يحق حينئذ للدائن أن يفسخ العقد. وإذا كان عدم التنفيذ لا يزال قائماً، فإن الدائن يقوم بإخطار المدين بفسخ

(1) cour de cassation, chambre civile , Audience publique du 13 octobre 1998 , No de pourvoi: 96 – 21485.

(2) Raghid fatal, op. cit, p. 2011.

(٣) قانون نابليون بونابرت الذي صدر عام 1804

(٤) القانون المدني الفرنسي الجديد النافذ

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit de contrats, du régime général et de la preuve des obligationss.

(٥) نص المادة 1226 باللغة الفرنسية:

Le crankier peat, à sees risqué et perils, résoudre le contract par voice de notification. Sauf urgency, il do it préalablement matter en demure le debater defoliant de satisfaire à son engagement dams un delay reasonable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

العقد وأسباب ذلك. ويستطيع دائماً أن يلجأ المدين للقضاء لينازع الفسخ. وحينها يجب على الدائن أن يثبت خطورة عدم التنفيذ^(١). أن المادة 1226 تقدم الفسخ بالإرادة المنفردة بإشعار من الدائن بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه، في التقنين المدني. المشار إليه صراحة في المادة 8 / فقرة 8 من قانون التأهيل / التمكين. وهذا النص يتضمن استحداثاً يهدف ب تكريس / تبني آلية غائبة عن التقنين المدني، ولكن معترف بها من قبل القضاء ومشاريع التعاون الأوروبي. وقد حددت محكمة النقض إطار الفسخ بالإرادة المنفردة، بالإشعار/ بالإعلان، معتبرة أن {جسامة سلوك أحد أطراف العقد يمكن أن تبرر للطرف الآخر أن ينهي العقد بالإرادة المنفردة على مسؤوليته الخاصة، وأن تلك الجسامة ليست مستثناة من فترة الأشعار} ^(١).

{ ولا يهم ما إذا كان العقد محدد أو غير محدد المدة } ^(٢). فنص المادة 1226 يتبنى ذلك الاختيار. فالفسخ بالإرادة المنفردة لا يُعدّ استثناء على مبدأ الفسخ القضائي، وإنما يعامل على أنه اختيار مستقل للدائن الذي وقع ضحية عدم التنفيذ. وذلك الاختيار (الفسخ بالإرادة المنفردة) يتأسس على فكرة أن الدائن ضحية عدم التنفيذ يستطيع إبرام عقد مع شخص من الغير دون التقيد بمدة معقولة، ودون الحاجة الى انتظار الدعوى وتحمل نفقات رفع الدعوى إلى القاضي. فقط دائن الالتزام الذي لم ينفذ وكان عدم التنفيذ بالنسبة له (جسيم كفاية) هو الذي يستطيع القيام بالفسخ بالإرادة المنفردة، بالإضافة إلى ذلك، فإنه هناك شكل/ شكلية احترازي، وهو وجوب أشعار المدين بالفسخ، وأن يسبق ذلك إشعار بتنفيذ التزامه في وقت معقول. كما تستوجب المادة 1226 تسبب الإعلان بالفسخ، ويعد ذلك حماية للمدين وتقيداً لأطار الفسخ بالإرادة المنفردة، وعلى الدائن أن يثبت جسامة عدم التنفيذ تطبيقاً للشروط الواردة في المادة 1224 من المرسوم^(٣). المُشرّع الفرنسي لا يُعدّ فسخ العقد بالإرادة المنفردة خروجاً على القوة الملزمة للعقد، نظراً لأن مبادئ الحرية الشخصية التي تقرها أغلب القوانين تتنافى مع مبدأ الفسخ القضائي الذي يتسم إجراءاته بالبطء وعدم مواكبته تطورات الحياة، وأصبح من حق كل من طرفي العقد فسخ العقد بإرادتهما المنفردة بشرط أن يخطر الطرف الراغب في الفسخ الطرف الآخر والإخطار تصرف قانوني بالإرادة المنفردة. بعد النص على الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي الجديد وتعدد الأحكام القضائية المؤيدة لقرار الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، ودون اللجوء إلى القضاء، إنما يعنى تأكيد وجود مبدأ

(١) مشار إليه سابقاً

coar de cassation, chambre civile , Audience publique du 13 octobre 1998 , No de pourvoi: 96 – 21485.

(2) cour 28 oct 2003 ,No , 01 -03 662 DALLOZ. REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS , un supplément au code civile 2016.

(3) DALLOZ. REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS , un supplément au code civile 2016 p27.

عام للفسخ بالإرادة المنفردة في القانون الفرنسي. فتعدد هذه الأحكام والصياغة العامة التي ترددها إنما يؤكد هذا المبدأ، وهذا ما يؤكد - أيضاً - الفقه الفرنسي. والقول بتكريس القانون المدني الفرنسي المعدل لقانون الالتزامات رقم 131 لسنة 2016 لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة وكذلك القضاء الفرنسي، إنما يعني دور القاضي لم يعد هو ما يقرره صراحة نص المادة 1227 من القانون المدني الفرنسي التي تنص يمكن طلب الفسخ أمام القضاء في كافة الفروض^(١). فالقاضي - بحسب هذا النص - هو الذي يملك قرار فسخ العقد. وإلى حين تدخله يبقى العقد قائماً. ولا شك أنه بقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة يصبح قرار فسخ العقد، بيد الدائن لا بيد القاضي. وأن المادة 1226 توضح نظام الفسخ الصادر بالإرادة المنفردة. وقد تم إدراج تلك المادة بفضل حكم Tocqweville الصادر في عام 1998 الذي تبنى ذلك النوع من الفسخ، والذي أثار العديد من الأسئلة الهامة والتي لم تجب عنها محكمة النقض بشكل حاسم، وهذا لا يعد جديداً بالنسبة للأحكام التي صدرت منذ 1998، فمعظم المبادئ التي وردت بنص المادة 1226 قد ظهرت ولكن بشكل أقل وضوحاً. فالمادة 1226 الفصل في تحديد أسس نظام الفسخ بالإرادة المنفردة بوضوح^(٢).

وإذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة يعني أن قرار الفسخ، ومصير العقد، أصبح بيد الدائن، فإن ذلك لا يعني إقصاء دور القاضي في هذا المجال، وإنما يعني تغيير توقيت أعمال هذا الدور. فالقضاء الذي أقر مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة يؤكد على أن ذلك يتم على مسؤولية الدائن، بما مؤداه، أنه يمكن للمدين أن يلجأ بعد ذلك - أي بعد اتخاذ قرار الفسخ - إلى القاضي للمطالبة باعتبار هذا الفسخ كأن لم يكن؛ لعدم توافر شروط إعماله، وفي هذه الحالة تصبح رقابة القاضي بشأن الفسخ رقابة لاحقة، بعد أن كانت رقابة سابقة، كذلك فإن إقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، يعبر عن توجه جديد في مفهوم الفسخ، يختلف عن ذلك الذي يؤسس عليه الفسخ القضائي، فالفسخ القضائي في حال عدم التنفيذ، تكمن وراءه أبعاد أخلاقية وإنسانية، ويتمثل البعد الأخلاقي في أنه بمقتضى مبدأ القوة الملزمة للعقد يكون تدخل القاضي ودوره في مجال الفسخ ضرورياً للمحافظة على العقد، والتمكين من تنفيذه، وتفادي أن يستغل الدائن بقرار التحلل من العقد، وربما استغلاله أي قدر من الأخلال من جانب المدين؛ لينقض العقد بإرادته المنفردة. والبعد الإنساني - من ناحية أخرى - يتجسد في أن القاضي بما يملكه من سلطة في منح المدين مهلة التنفيذ، يأخذ في اعتباره - عند منح المدين هذه المهلة - الصعوبات التي يواجهها هذا المدين، فيمنحه فرصة أخيرة للتنفيذ، وفي المقابل فإن الفسخ

(١) نص المادة 1227، من القانون الفرنسي .

La résolution peut , en toute hypothèse , être demandée en justice.

(2) Clément François , ATER à l'u université paris 1 Panthéon – Sorbonne , IE J
Jean Domat.

بالإرادة المنفردة، ينطلق من ترجيح اعتبارات أخرى، تقوم على تغليب المنطق الاقتصادي، على ذلك الأخلاقي والإنساني الذي يقوم عليه الفسخ القضائي، وذلك بتمكين الدائن من تصفية حالة عقديّة لا يمكن الاستمرار فيها^(١). وتدخل المُشَرِّع الفرنسي من جانبه بوضع قيود على صاحب الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة وقرر بمقتضى القانون المدني الفرنسي رقم 131 لسنة 2016 قيود موضوعية وأخرى إجرائية وذلك للحد من تسرع صاحب الحق في تقرير الفسخ.

رابعاً: موقف المُشَرِّع العراقي من الفسخ بالإرادة المنفردة

لا شك أن القول بإمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة يبدو للوهلة الأولى متعارضاً مع نصوص القانوني (١٧٧) مدنيّ عراقي، الموجبة لأن يكون الفسخ قضائياً، أي بحكم يصدر عن القاضي. فالانسحاب من العقد – وفقاً للنصوص المشار إليها – هو إجراء قضائي، بحسب الأصل، فإذا ما أراد المتعاقد مثل هذا الانسحاب، ولو في حال عدم قيام المتعاقد معه بتنفيذ التزاماته، فلا يكون له ذلك إلا من خلال القضاء. وقد كرس هذه الحماية من خلال تحويل القضاء صلاحية التدخل في حدود تطبيق النصوص القانونيّة وتجسيد الاتفاق الوارد في العقد، وذلك في حدود ضمان حقوق كلا المتعاقدين. وإن كان في الظاهر أن وظيفة القاضي تقتصر في الأصل على تفسير العقود وتنفيذها، ولا نشاط له في حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ، إلا أن واقع القضاء المدني يثبت عكس ذلك، نظراً لخطورة النزاعات بين الأفراد بسبب الفسخ، والتي قد تؤدي إلى هدر حقوق أحد المتعاقدين، لذا بات من الضرورة تدخل القاضي في حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ، حتى في الحالات التي يوجد فيها الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي، فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية في الحكم بالفسخ، إلا أن حدود ممارسته لهذه السلطة يضيق ويتسع حسب نوع الفسخ، ما إذا كان فسخاً قضائياً، أم فسخاً اتفاقياً أو حتى وإن كان فسخاً بالإرادة المنفردة وإن اختلفت سلطاته في الأنواع، إلا أنها تبقى ذات أهمية لا يمكن الاستغناء عنها، وذلك من أجل استقرار المعاملات بين الأفراد في المجتمع^(٢).

التساؤل الذي يطرح هنا، هو معرفة إذا كان ما تقدم ذكره يعني تناقضاً بين الفسخ بالإرادة المنفردة، والأصل القضائي للفسخ، على نحو يصعب معه إمكانية التوفيق بينهما، أم أن الأمر على خلاف ذلك، بمعنى أن الأصل القضائي للفسخ لا يحول دون احتواء إجراء

(١) ينظر في تفصيل ذلك د. محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، (دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦)، ص ١١٤.

(٢) م. جوهري سعيدة، "سلطة القاضي في فسخ العقد"، (رسالة ماجستير، جامعة أكلي محند اولاج – البويرة، الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣)، ص ٦ وما بعدها.

الفسخ بالإرادة المنفردة. ، البعض قال بأن هناك تعارضاً واضحاً بين نص المادة (177) مدني عراقي والفسخ بالإرادة المنفردة، ولكنه يؤكد في ذات الوقت، على أن عقبة النصوص هذه يمكن تجاوزها. في سبيل تجاوز عقبة النصوص، والقول بإمكانية التوفيق بين الأصل القضائي للفسخ، والفسخ بالإرادة المنفردة، والقول بتكاملها، وعدم التناظر بينهما. يبدأ بالبحث عن الأسباب التي تحتم الالتجاء مسبقاً إلى القضاء، إذا ما اختار الدائن فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ من قبل المدين. فلماذا يتعين على الدائن، ضحية عدم التنفيذ، الذي يكون على قدر من الجسامة، أن يلجأ إلى القاضي لطلب الفسخ، بحيث لا يمكنه أن يتخلص فوراً بإرادته المنفردة من الرابطة العقدية؟ تختلف اجابات الشراح على هذا التساؤل. فالبعض من الفقه^(١) يرى أن التطور القضائي الذي حدث منذ القرن السابع عشر هو الذي يفسر ذلك، حيث إنه ابتداء من هذا القرن، بدأ تطلب ضرورة الدعوى القضائية، ليس فقط بقصد استرداد الدائن لما يكون قد قام بالوفاء به، وإنما بقصد السماح للقاضي بتقدير مدى أهمية الإخلال الذي يدعيه الدائن بشأن تنفيذ المدين لالتزاماته. ويذهب البعض الآخر من الفقه^(٢)، إلى ضرورة الالتجاء المسبق إلى القاضي من قبل الدائن للحكم بالفسخ، وذلك لأن حل الرابطة العقدية لا يقع من تلقاء نفسه كقاعدة عامة نظراً لما لهذا الإجراء من خطورة بالغة على العقد، ولذلك ينبغي تدخل القاضي واستصدار حكم بذلك.

II. ب. المطلب الثاني

أهم الأحكام المستحدثة في حوالة العقد أو التنازل عن العقد

أوصى الفقيهان كاتالان^(٣) وتيري^(٤)، في مشروعيهما التمهيديين، بإدخال حوالة العقد ضمن القانون المدني، لكن الأمر الإصلاحي، أدمج حوالة العقد ضمن آثار العقد بين مدته وتنفيذه، خلافاً لمشروع هذا الأمر والمشروع التمهيدي^(٥) لوزارة العدل الفرنسية، اللذين فضلا

(١) د. محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٢) جوهرة سعيد، سلطة القاضي في فسخ العقد، مرجع سابق، ص ١٢.

(٣) أما فيما يتعلق بأثر الاتفاقات بالنسبة للغير.. فإن مبادئ حوالة العقد قد تم تأكيدها في النهاية، فكل من هذه المسائل يستحق بعض التعمق. ينظر

Avant-project de reformed du adroit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du adroit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil) rapport à Monsieur Pascal CLEMENT grade des sceaux, minister de la Justice 22 September 2005, p.35

(٤) تضمن المشروع التمهيدي للفقيه تيري تعليقاً مؤداه ما يلي: أعرض المشروع عن نقطتين، انتقال العقد بسبب الوفاة إلى الخلف العام وحوالة العقد بين الأحياء، وبخصوص هذه الأخيرة سيكون من المناسب تنظيمها بعد عمليات الحقوق والديون.

(٥) ورد في المادة ١٤٨، من مشروع وزارة العدل الآتي: "لا يجوز لأحد المتعاقدين، بدون موافقة صريحة أو ضمنية من المتعاقدين الآخرين، أن يحيل، بين الأحياء، صفته كمتعاقدين إلى الغير، ما لم يأذن القانون بذلك".

إدخالهما ضمن باب الالتزامات إلى جانب حوالة الحق وحوالة الدين. فالفكرة الأساسية التي تقوم عليها حوالة العقد هي استمرار العقد بين أحد المتعاقدين والغير الذي طرفاً فيه بموجب هذه الحوالة، ومن ثم فإن حوالة العقد تعد وسيلة لخروج أحد المتعاقدين من الرابطة العقدية دون انقضائها إذ يحل محله شخص آخر، مع الملاحظة أن خروج أحد المتعاقدين من العلاقة العقدية (المحيل) ، لا يعني انتهاء العلاقة بينه وبين المتعاقد الآخر (المحال عليه)، بل تبقى العلاقة بينهما بقدر ما يتعلق من حقوق والتزامات ناتجة عن العقد لأحدهما في ذمة الآخر قبل إحالة هذا العقد، وبحسب ما إذا تم إبراء ذمة المحيل بصورة نهائية من قبل المحال عليه أو عدم إبرائها، وبقاء الأول مسؤولاً إلى جانب المحال له عن تنفيذ التزامات العقد المحال به^(١). ولما تقدم سنتناول محل حوالة العقد في القانون المدني الفرنسي (الفرع الأول) وكذلك العلاقة بين المحيل والمحال عليه (الفرع الثاني).

II. ب. ١. الفرع الأول

محل حوالة العقد في القانون المدني الفرنسي

يسود القانون العقدي ثوابت، من بينها أن للعقد مضمونا غير مطلق^(٢)، يقيد القانون والنظام العام^(٣)، وي طرح مسألة جواز أن يكون العقد ذاته محلاً لعقد آخر، وقد عُلم عنه التجريد النافي للتشبي^(٤)، وهذه حجة أصحاب النظرة الشخصية في التمسك بعدم قابلية العقد للحوالة، بيد أن هذه الحجة توارت عن أصحاب النظرة الموضوعية ، الذين دفعتهم نظرتهم الواحدية للعقد إلى جعله قابلاً للحوالة، غير أنهم اختلفوا في طبيعة المحل الذي تنصرف إليه الحوالة، هل هو العقد، أو ما ينشئه من مراكز عقدية، أو صفة المتعاقد؟ فكيف تقبل القانون المدني الفرنسي هذه الآراء؟ إن تحديد الموقف الذي تبنته مدونة القانون الفرنسي إصلاحاً لباب العقود والالتزامات الفرنسي من هذه الآراء الفقهية بشأن الموضوع، يستوجب الكشف عن مفهوم حوالة العقد، كما تصوره هذا القانون، بموجب المادة 1216 ، علماً بأن هذا الكشف موقوف على معرفة محل الحوالة وسببها عند منشئها.

(١) د. ياسمين عباس إسماعيل ؛ د. حسن مكي مشيري ؛ "الأثار القانونية لحوالة العقد (دراسة مقارنة)"، بحث منشور في مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية ، المجلد السادس، العدد الأول، (٢٠٢٣): ص ١٣.

(٢) استعاض القانون المدني الفرنسي عن تسمية " المحل والسبب " بتسمية "المضمون" أو مضمون العقد.

(٣) ينظر المادة 1162، مدني فرنسي.

(٤) ويظهر تجريده عموماً، في كونه اتفاقاً بين إرادات على إحداث أثر قانوني.

أولاً: الآراء الفقهية بشأن الأسس التكوينية لحوالة العقد:

نتج عن تعدد آراء الفقهاء في شأن الأسس التكوينية لحوالة العقد، نظريتان، النظرية التفكيكية^(١)، والنظرية الواحدية^(٢). ويعد الفقيه LAPP من أوائل الفقهاء الذين أنشأوا النظرية التفكيكية في الفقه الفرنسي، ودافع عنها، بعده، فقهاء هم ميرا لاماس (MAIRA LAMAS) وكرستيان لارومي (CHRISTIAN LARROUMET) وأنطلق (LAPP) لبناء نظريته، من أساس يكمن في أن محل الحوالة ليس هو العقد في ذاته، ولكن هو الرابطة القانونية التي ينشئها هذا العقد، والتي يتفكك وعاؤها، عند الفقيه، إلى حقوق دائني وديون وحقوق إرادية^(٣).

واتجه فريق آخر، في الفقه والقضاء، إلى أن العقد ذاته يشكل محل الحوالة، بوصفه منظومة وثقى لا انفصام لها، والحجة عندهم حجتان؛ الأولى مؤسساتية، والأخرى تقنية، فأما الأولى فتتجسد في أن عنصر الزمن وتراخيه، في هذه العقود، أضفى عليها طابع المؤسسة، لا ينال تغيير أشخاصها من وجودها، وأكسبها قيمة وقوة تفتقر العقود الفورية إليهما، جعلتها تنشئاً بدخولها دائرة الأموال، أما الثانية فتظهر، مبدئياً، في تبادلية العقد المحال به، حيث الارتباط السبب بين عناصره الإيجابية وعناصره السلبية، على نحو يجعل العقد ذمة مالية، انصهرت مكوناتها لتحقيق منفعة اقتصادية معينة^(٤).

ثانياً: صفة الطرف المتعاقد محل لحوالة العقد في التشريع المدني الفرنسي:

حسم المشرع الفرنسي الجدل الذي احتدم، بشأن محل حوالة العقد، بين أنصار النظرية التفكيكية وأنصار النظرية الواحدية، فحدد موقفه صراحة من هذا الجدل، بجعله صفة المتعاقد الطرف محلاً لحوالة العقد. فالعقد، بمجرد انعقاده، يرتب، لكلا المتعاقدين، مركزاً عقدياً، يمنحه صفة، هي صفة المتعاقد، التي تتضمن، من الآثار القانونية، بمقدار ما يحمله المركز العقدي المنشئ لها، وهذا المركز يترتب لمنشئه صفة الطرف في العقد، الذي تشمل صفتين اثنتين، صفة الملئزم، وهذه تجعل حاملها دائناً بالحق ومديناً بالدين، جمعاً وانفراداً، بيد أن

(١) ويطلق عليها أيضاً النظرية التوزيعية والنظرية الازدواجية.

(٢) ليس غرضنا من بسط النظريتين أعلاه تفصيل القول عنهما، وإنما غايتنا هو الإشارة إلى النظريتين بالقدر المقتضب الذي يحصل به إدراكهما من جهة، وجعلهما سبيلاً إلى تلمس إحدى النظريتين التي تبناها المشرع الفرنسي من جهة أخرى.

(٣) د. مصطفى محمد مالك، "نماذج من التشريع المدني الفرنسي الجديد لدور الفقه في صناعة القاعدة القانونية"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - كلية القانون، جامعة المرقب (الخمس ليبيا)، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، يونيو، (٢٠٢٤): ص ٣٧.

(٤) د. مصطفى محمد مالك، المرجع السابق، ص ٣٧.

صفة المتعاقد، التي تجب الصفة الاولى بما تحمله من آثار، تجعل صاحبها خاضعاً لمختلف الآثار المتصلة بالعقد لا بالالتزام فحسب، ومن بينها الحقوق الإرادية^(١).

II. ب. ٢. الفرع الثاني

العلاقة بين المحيل والمحال عليه

تشير هذه العلاقة الكثير من المشاكل الجوهرية، إذ أن العلاقة التعاقدية القائمة بين المحيل والمحال عليه بعد أن طرأت عليها حوالة العقد، لم تعد تلك العلاقة القائمة من قبل بين المحيل ومحال عليه يحكمها العقد الأصلي المبرم بينهما فحسب، وإنما اختلفت هذه العلاقة تبعاً فيما إذا تم إبراء ذمة المحيل من قبل المحال عليه أم لا، وهنا يتبادر على ذهن تساؤل هو: هل يبرأ المحيل من التزاماته قبل المحال عليه بمجرد إبرام حوالة العقد، أم أنه يبقى ملتزماً في مواجهته إلى جانب المحال له ؟

من جانب الفقه الفرنسي، نجد أن البعض ممن كان له السبق في معالجة الموضوع يذهب في قوله إلى أن موافقة المحال عليه تعد شرطاً تقريرياً ذا هدفين: الأول الاحتجاج بعقد الحوالة تجاه المحال عليه، والثاني إبراء ذمة المحيل، كما يذهب في قوله إلى أن موافقة المحال عليه المبررى لذمة المحيل مرغوب فيها، لكن رغم عدم حصولها فإن الحوالة توجد منتجة لأثارها بين طرفيها في مواجهة المحال عليه في حدود عدم الأضرار بهذا الأخير، وبذلك فإن حق المحال عليه قبل المحال له وإبراء ذمة المحيل في نظر هذا الجانب من الفقه ينشأ منذ تكوين عقد الحوالة^(٢). ومن جانب القضاء الفرنسي، فقد واجه بعض الخلط بشأن هذه المسألة في الماضي، حيث لم يكن قد أخذ موقفاً جلياً حيالها. فخلال الفترة الأولى رفض القضاء، في مجال الإيجار التجاري، أن يطالب المؤجر المستأجر (المحيل) بدفع الأجرة المستحقة، خاصة مع عدم تضمين العقد شرط تضامن بين المحيل والمحال له، بينما وخلال الفترة الثانية، حدث تحول في موقف القضاء حيال أثر الحوالة على المحيل، بمعنى أن القضاء أقر ببقاء التزام المحيل، مالم يبرئه المحال عليه صراحة^(٣). وقد قطع المشرع الفرنسي دابر هذا الخلاف عندما نص في المادة (1-1216) "تبرى حوالة العقد المحيل بالنسبة للمستقبل إذا وافق على ذلك المحال عليه صراحة"^(٤)، إذ ذهب جانب كبير من الفقه الفرنسي وهو ما نؤيده في تحليل النص أعلاه إلى القول، أن موافقة المحال عليه على حوالة العقد تستلزم فقط صحة الحوالة ولا تبرئ ذمة المحيل بأي حال من الأحوال، ولأجل إبراء ذمة هذا الأخير يجب أن يعرب المحال عليه عن موافقة ثانية صريحة مختلفة عن الموافقة الأولى يكون هدفها هذه

(١) د. مصطفى محمد مالك، المرجع السابق، ص ٣٧ وما بعدها.

(٢) د. ياسمين عباس إسماعيل؛ د. حسن مكي مشيري؛ المرجع السابق، ص ٢٠.

(٣) د. ياسمين عباس إسماعيل؛ د. حسن مكي مشيري، المرجع السابق، ص ٢١.

(4) Art. 1-1216. (Si le cédé a expressément consenti, la cession, de contrat libéré le cédant pour l'avenir...)

المرّة هو إخلاء سبيل المحيل^(١). ويمكن أن نجد لهذا الرأي سند في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في تاريخ 2022-05-27 والذي جاء فيه "أن حوالة العقد المقبولة من المحال عليه، لا تؤدي إلى إبراء ذمة المحيل حتى في حالة عدم وجود تحفظ على بقاء المحيل ملتزماً، إلا إذ وافق المحال عليه بصورة صريحة على هذا الإبراء وأن محكمة الاستئناف تكون قد خالفت أحكام القانون بإبراء شركة Emma's عن كل التزام حيال السيد (A) وشركة (H8) (المحال عليه)، على أساس عدم وجود بند في العقد ينص صراحةً على وجود تضامن بين المحيل والمحال له بتنفيذ التزامات العقد المحال به"^(٢).

الخاتمة

ختاماً لما سبق، يجدر الإقرار بأن حجم التعديلات التي مست العقود والالتزامات والاثبات من خلال الأمر رقم 131 لسنة 2016 أكثر تشعباً من أن يتم التعرض إليها في ورقة بحثية بهذا الاختصار، حيث لا تعدو المحاولة أن تكون مجرد تسليط الضوء على جزء منها، وقد تضمن التعديلات أكثر من 300 مادة، نصت في أغلبها على مبادئ وأحكام جديدة مقارنة بما كان عليها الحال قبل 2016 كما ظهر من نموذج الدراسة.

إلا أنه ورغم ذلك، يمكن الإنهاء بخلاصة من النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج:

- ١- حيث ظهر جلياً أنه ورغم القيمة العلمية التاريخية للقانون المدني الفرنسي خاصة في مجال نظرية تأصيلية أشتهر بها كمنظريّة الالتزامات، يحسب للمشرع الفرنسي حرصه على حفظ المكانة المميزة لهذا القانون من خلال تكريس الأمن القانوني. وهو ما تجسد في تحديث هذه النظرية بداية بالعقد، وانتهاء بالإثبات بما يتلاءم والمحيط التشريعي الأوروبي المقارن.
- ٢- أخضع المشرع الفرنسي المفاوضات السابقة للتعاقد، سواء بالمبادرة إليها أو إدارتها أو قطعها، لمبدأ حسن النية، ورتّب على الإخلال بهذا المبدأ تعويضاً يغطي الخسارة الحقيقية دون الربح الفائت، مكرساً بذلك المبادئ التي وضعها القضاء في الفترة السابقة للتعديل. أما القانون المدني العراقي فلم يعالج هذه المسألة تشريعياً مع أنه اعترف ضمناً بأهمية مرحلة المفاوضات.

(١) Camille Bara gnon, la Cession On de Contrat: Entre stabilité et incertitude, le bulletin de cheveux notaires, édition spéciale n°5, 2017,p.42.

(٢) للمزيد من التفاصيل حول حيثيات الدعوى ينظر Cass.27 mai 2021, Cour de cassation

purvey, no 19-19. 529. Disponible sur le site,

<https://www.courdecassation.fr/decision/60af35f510a3048b8b576615>

تاريخ الدخول ٢٠٢٥/٨/١١.

٣- منح المشرع الراغب بالتعاقد الذي وجه إليه إيجاب مهلة للتفكير خلالها لا يعتد بالقبول الصادر منه، إلا أنه حدد مصدرها بالاتفاق أو بنص القانون. ومع عدم وجود نص خاص في القانون المدني العراقي يعالج هذه المسألة، إلا أن القواعد العامة لا تمنع من إيراد شرط بهذا المضمون.

٤- فضلاً عن إتاحة سهولة فهم هذه النظرية مما يتيح سهولة العلم بها. أن القانون المدني الفرنسي رغم ما ميزه قبل تعديل 2016 من احترام للمنطق القانوني خاصة في ميدان الصياغة الفنية وترتيب المواضيع بقواعد منهجية ونسق أخاذ، لم يتوان مشرعه في تصحيح المأخذ التي تعلقت به في هذا الشأن، وهو ما جعله يفصل بين نظرية الالتزام ونظرية العقد من قبيل الفصل بين الشيء ومصدره.

٥- فضلاً عن الفصل بين التصرف القانوني والواقعة القانونية. ومن خلال التوقف عند مجمل ما جاء به التعديل الجديد في مجال مصادر الالتزام وفقاً لما سبق، يتضح جلياً أن المشرع الفرنسي تخطى عن تقديس العقد في مجال التصرفات الإدارية وفسح المجال للإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام.

٦- نظم المشرع الفرنسي والعراقي نظرية الظروف الطارئة، بقواعد أمرة.

٧- ولعل ما يحتم على المشرع العراقي إعادة النظر في القانون المدني، فضلاً عن الفراغ القانوني الذي يتميز به في الكثير من الأحكام التي جاء بها تعديل 2016 الفرنسي كما اتضح سابقاً، هو وجود أخطاء بدائية تبناها المشرع العراقي من نظيره الفرنسي الذي تخطى عنها، ومنها التعريف القديم للعقد وتقسيماته. وصولاً إلى استخدام مصطلحات كانت محل نظر من الفقه الفرنسي مما أوجب تداركها في التعديل الأخير كما هو الحال في ركني المحل والسبب.

ثانياً: التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع الفرنسي وأن يقترح على الجهات ذات العلاقة بتقديم مشاريع لتعديل القانون المدني العراقي الذي أصبحت أغلب مواده لا تواكب المتغيرات والتطورات وخاصة بعد ظهور الذكاء الاصطناعي والعقود الإلكترونية .

٢- مبدأ حسن النية يتسم بطابع أخلاقي مفرط وتبدو حدوده غامضة للغاية في دائرة القانون المدني العراقي، لذا فإن من الأفضل إعطاءه مضمون أكثر تحديداً عن طريق إدراجه في نص تعاقدي من خلال قواعد واضحة ومحدد على نحو مشابه لما ورد في القانون الفرنسي.

٣- استحداث نص ضمن الأحكام العامة للعقد يحدد وقت تحقق أثر التصرفات القانونية الناقلة للملكية وحوالة الحق فيها، وعلاقة ذلك بالالتزام بالتسليم.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: الكتب

١. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، بغداد: ١٩٧٦.
٢. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد ، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مصدران جديان للالتزام ، الإسكندرية: منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٥.
٣. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول : نظرية الالتزام بوجه عام، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة ، ٢٠٠٠.
٤. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، من دون دار نشر، ١٩٨٤م.
٥. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، الطبعة الرابعة ، بغداد: ١٩٧٤.
٦. عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، الطبعة الأولى الإصدار الرابع، عمان – الأردن: دار الثقافة والتوزيع، ٢٠٠٩.
٧. العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المصادر الإرادية والإرادة المنفردة ، الطبعة ٢ ، الجزء الأول ، الجزائر: دار هومه ، ٢٠١٦.
٨. محمد أحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، الإسكندرية: منشأة المعارف ، ١٩٨٦م.
٩. محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٦.
١٠. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، - التصرف القانوني -، الجزائر: دار الهدى، الطبعة الثانية، الجزء الأول، ٢٠٠٤.
١١. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الإسكندرية ، مصر: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧.
١٢. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، جامعة دمشق، ١٩٧٦.
١٣. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ، ط ١، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨.
١٤. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ لتقنين المدني الفرنسي، مصر: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢٠.

١٥. نبيل ابراهيم سعد، تقنين نابليون، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة : مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي ٢٠٠٤-١٨٠٤، الطبعة الأولى ، بيروت لبنان ٢٠٠٥.

ثانياً: الرسائل

١. م. جوهري سعيدة، سلطة القاضي في فسخ العقد، رسالة ماجستير ، جامعة أكلي محند اولاج – البويرة ، الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣.

ثالثاً: البحوث

١. أحمد ابراهيم الحيارى، "تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد، دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني"، بحث منشور على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني، القانونية – المجلة القانونية بحسب المؤلفين، البحرين ، العدد الحادي عشر، أكتوبر، (٢٠٢٢).
٢. احمد ابراهيم الحيارى ، "أثر التعديلات التي طرأت على القانون المدني الفرنسي المتعلقة بمرحلة ما قبل التعاقد دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق ، الجامعة الأردنية ، المجلد ٤٦، عدد ٢، (٢٠١٩).
٣. أحمد سعيد الزغرد ، "نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة للعقد لمستندات التعاقد"، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، منشورات جامعة الكويت، العدد ٣، السنة ٢٥، (٢٠٠١).
٤. أشرف جابر، "الإصلاح التشريعي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات"، مجلة كلية القانون الكويتية، كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد ٥٥، العدد ٠٢، ملحق خاص، (٢٠١٧).
٥. بن خدة حمزة، "قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي"، بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، الجزائر ، جامعة المسيلة، العدد الحادي عشر سبتمبر ، (٢٠١٨).
٦. بن خدة حمزة، "مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري، الالتزام التعاقدي نموذجاً"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد ٢، جوان، (٢٠١٦).
٧. زينة قدرة لطيف ، "دور القاضي في معالجة اختلال التوازن في إطار نظرية الظروف الطارئة"، بحث منشور في مجلة بلاد الرافدين للعلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد 5، العدد ٢، (٢٠٢٣).

٨. عثمان خرشي ، "جوهر مرحلة ما قبل التعاقد في القانون العقدي الحديث" تحليل للمفاوضات ومبدأ حسن النية"، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية ، المجلد ١٢ ، العدد ٠١ ابريل، (٢٠٢٥).
٩. غفران محبوب ، مكيد نعيمة ، "مضمون العقد بديل لركني المحل والسبب في قانون العقود الفرنسي الجديد"، بحث منشور في مجلة صوت القانون ، المجلد الثامن ، العدد خاص، (٢٠٢٢).
١٠. كاظم كريم علي، "الإكراه الاقتصادي وأثره على العقد في القانونين الانجليزي والعراقي"، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد، العراق، العدد 02 ، (2019).
١١. محبوب بوكريس مروى ، "عليان عدة ، نظرية الالتزام في ضوء الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي – دراسة مقارنة"، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٠٦ ، العدد ٠٢ ، (٢٠٢١).
١٢. مرايصي سفيان ، لعورة بدرة ، "الالتزام بالإعلام كضمانة للعدالة التعاقدية في المرحلة السابقة للتعاقد على ضوء القانون المدني الفرنسي"، بحث منشور في مجلة المفكر ، المجلد ١٩ / العدد ٠٢ ، (٢٠٢٤).
١٣. مصطفى محمد مالك ، "نماذج من التشريع المدني الفرنسي الجديد لدور الفقه في صناعة القاعدة القانونية"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية – كلية القانون ، جامعة المرقب (الخمس لبيبا) ، المجلد الثاني عشر، العدد الأول ، يونيو، (٢٠٢٤).
١٤. ميلود حسين، "النظام القانوني للمفاوضات السابقة على التعاقد" دراسة في القانون المدني الفرنسي رقم 2016 - 131"، بحث منشور الفكر القانوني والسياسي ، المجلد السادس ، العدد الأول، (2022).
١٥. ياسمين عباس إسماعيل ؛ د. حسن مكي مشيري ؛ "الأثار القانونية لحالة العقد (دراسة مقارنة)"، بحث منشور في مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية ، المجلد السادس، العدد الأول، (٢٠٢٣).

رابعاً: المراجع الأجنبية

1. Philip Simler, commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, LexisNexis, 2016.
2. PLANIOL (Marcel), traité élémentaire de droit civil, tome premier, deuxième édition, Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats Les privilèges et les hypothèques, LGDJ, Paris, 1923.
3. La nature juridique la résiliation unilatérale du contrat , Raghid fatal –Extrait de: Revue juridique de l'USEK- No 10 (2009).

4. Camille Bara gnon, la Cession On de Contrat: Entre stabilité et incertitude, le bulletin de cheveux notaires, édition spéciale n°5, 2017.
5. DALLOZ. REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS , un supplément au code civile 2016.
6. Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, Ordonnance du 10 février 2016, édition Francis Lefebvre 2016.

خامساً: القوانين:

- ١- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
- ٢- القانون المدني الفرنسي 1804.
- ٣- القانون المدني الفرنسي رقم 131 لسنة 2016.