مجلة رسالة الحقوق ISSN-2032-2075
الإصدار 15 أغسطس/ سبتمبر 2023
العدد الرابع

النظام القانوني للغبن في القانون العراقي والفقه الاسلامي.

The legal system of injustice in Iraqi law and Islamic jurisprudence.

بحث مشترك مقدم من قبل
الباحث جبار هادي مطلوب كديمي المعموري
اشراف الدكتور عزيز الله فهيمي

الخلاصة.

إن أساس التعاقد هو حرية إرادة المتعاقدين، والعقد شريعة المتعاقدين، إذ لهما حق المناقشة والجدل فيما يتفقان عليه. ومتى تم الاتفاق أصبح العقد حجة على الطرفين، وعلى ذلك فحرية التعاقد هي التي تملي على الطرفين قانون العقد. ولكن قد يقف في سبيل حرية التعاقد حوائل وموانع قد ترجع للمنفعة العامة والنظام العام، بما يقرره المشرع فيهما من الأحكام الآمرة. ان الغبن الذي يصحبه تغرير قولي أو فعلي التغرير أي الكلام عن مميزات موجودة او غير موجودة في محل العقد الكذب لكن لا يكون الكذب معتبراً إلا اذا كان واقعة معتبرة عند المتعاقد، ويكون معتبراً دائما اذا كان البيع من بيوع الأمانة، فعلا: أو تغيير المحل بصباغة الثوب فيظن المشتري أنه جديد. ولأن التغرير يمس الإرادة فإن ما قام عليه العقد من (اتفاق ارادتين) يصبح مبدأ سلطان الإرادة مشوباً بهذا العيب . وإذا كانت حرية التعاقد هي قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن هنالك اعتبارات من شأنها أن تقيد هذه الحرية، وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها تمام التمتع. ان من عيوب الإرادة التي تجعل العقد مشوبا غير صحيحا لا بد ان يقترن بغبن فاحش وهذا ما اخذ القانون المدني العراقي متأثرا بالشريعة الاسلامية فلا بد من تعريف الغبن والتطرق الى معايير قياسه تتمثل اهمية البحث في كون الغبن عدم التعادل بين ما يدفعه المتعاقد وما يأخذه . وهو إما يسير وهو الذي يكون بالقدر الذي يتسامح به الناس في معاملاتهم، وإما فاحش و هو الذي يكون بخلاف ذلك .

الكلمات المفتاحية: فورية ، خيار، الغبن ، القانون العراقي، الفقه الاسلامي.

Abstract.

The basis of the contract is the freedom of will of the contracting parties, and the contract is the law of the contracting parties, as they have the right to discuss and debate what they agree upon. And once the agreement is reached, the contract becomes an argument for the two parties, and accordingly, the freedom of contract is what dictates the contract law for the two parties. However, barriers and impediments may stand in the way of freedom of contract that may be due to the public interest and public order, as determined by the legislator in terms of peremptory provisions.The unfairness that is accompanied by verbal or actual deceit, i.e. talking about advantages that exist or do not exist in the subject matter of the contract is lying, but the lie is not considered unless it is a considered incident with the contracting party, and it is always considered if the sale is from the sales of trust, in fact: or changing the premises by dyeing The dress, so the buyer thinks it is new. And because deception affects the will, what the contract was based on (the agreement of two wills) becomes the principle of the will's authority tainted by this defect.And if the freedom of contracting is the basis of contracts, and it is what determines the rules, principles and provisions of the contract, yet there are considerations that would restrict this freedom, and make one of the two contracting parties not fully enjoy it.One of the defects of the will that makes the contract distorted and invalid must be associated with obscene injustice, and this is what the Iraqi civil law took, influenced by Islamic law, so it is necessary to define injustice and address the criteria for measuring it.

Keywords: immediacy, choice, unfairness, Iraqi law, Islamic jurisprudence.

المقدمة.

بيان المسألة .

مبدأ سلطان الإرادة نظرية تدخل في نطاق فلسفة القانون ولكن نظراً لما لها من نتائج عملية هامة فأننا نشير اليها بايجاز.وهذا المبدأ تلقيناه من فلسفة القرن الثامن عشر التي اتسمت بالفردية والاراء الحرة والتي نبع عنها اعلان حقوق الانسان وتتخلص هذه الفلسفة: في ان الناس ولدوا احراراً ومتساوين في الحقوق وهذه الحرية والمساواة تقتضي بان يسمح لهم بان يأتوا ما يشاؤون من التصرفات بشرط عدم الاضرار بالغير اما القهر الاجتماعي الذي يتمثل في القانون فيجب الا يكون الا في اضيق الحدود لحماية النظام العام والآداب فإرادة الفرد يجب ان تكون حرة لان الفرد وجد قبل المجتمع والمجتمع وجد لإسعاد الفرد.

مشكلة البحث .

إن أساس التعاقد هو حرية إرادة المتعاقدين، والعقد شريعة المتعاقدين، إذ لهما حق المناقشة والجدل فيما يتفقان عليه ومتى تم الاتفاق أصبح العقد حجة على الطرفين، وعلى ذلك فحرية التعاقد هي التي تملي على الطرفين قانون العقد. ولكن قد يقف في سبيل حرية التعاقد حوائل وموانع قد ترجع للمنفعة العامة والنظام العام، بما يقرره المشرع فيهما من الأحكام الآمرة. وإذا كانت حرية التعاقد هي قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن هنالك اعتبارات من شأنها أن تقيد هذه الحرية، وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها تمام التمتع.

اهمية البحث .

تتمثل اهمية البحث في كون الغبن عدم التعادل بين ما يدفعه المتعاقد وما يأخذه . وهو إما يسير وهو الذي يكون بالقدر الذي يتسامح به الناس في معاملاتهم، وإما فاحش و هو الذي يكون بخلاف ذلك .

منهج البحث .

انتهج البحث المنهج الوصفي التحليلي،

هيكلية البحث .

تشكلت خطة البحث على مقدمة والمبحث الاول : مفهوم الغبن ، والمبحث الثاني : الغبن كعيب من عيوب الارادة ، وخاتمة والهوامش وقائمة المصادر والمراجع .

المبحث الاول / مفهوم الغبن.

لكي يكون من عيوب الإرادة التي تجعل العقد مشوبا غير صحيحا لا بد ان يقترن بغبن فاحش وهذا ما اخذ القانون المدني العراقي متأثرا بالشريعة الاسلامية فلا بد من تعريف الغبن والتطرق الى معايير قياسه ، تضمن المبحث الاول على ثلاث مطالب حيث تضمن المطلب الاول تحت عنوان (تعريف الغبن) ، والمطلب الثاني (تمييز الغبن عن التغرير) (المطلب الثالث : معايير ومحددات الغبن) .

المطلب الاول / تعريف الغبن والتغرير.

وجب الانتباه الى ان ليس كل غبن فاحش تستطيع المطالبة برفعه عن العقد؛ لأن العقد عبارة عن اتفاق بين ارادتين على التزامات متبادلة أو التزام فردي. ([1]) وبما أن العقد شريعة المتعاقدين أو المتعاقدَيْن فلا يمكن رفع ما اتفقوا عليه إلا بطرق قانونية عادلة.([2]) لم يعرف القانون المدني العراقي التغرير والغبن باعتبارهما عيبين مستقلين من عيوب الإرادة لكنه اعتبر اجتماعهما عيبا من عيوب الإرادة . ومن هنا فان بحثنا في التغرير مع الغبن يجب أن ينصب على التعريف بهما أولا وبيان حكم التغرير المصحوب الغبن ثانيا ، يعرف الغبن لغةً بأنه الخداع([3]) ، يتضمن الفرع الاول: الغبن والتغرير في اللغة ، والفرع الثاني الغبن والتغرير في الاصطلاح .

الفرع الاول / الغبن والتغرير في اللغة.

يقال: غرّه. يَغُرُّه غرّاً. وغروراً، وغِرَّة بكسر المعجمة، فهو مغرور وغرير. أي: خَدَعه وأطعمه بالباطل، وهو تزيين الخطأ بما يُوهم أنه صواب وكذا في التنزيل قوله تعالى: (مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ) (الانفطار: 6) أي ما خدعك وسوَّل لك حتى أضعْت ما وجب عليك. وقال بعضهم: ما غرّك أي ما خدعك بربّك. وحملك على معصيته، والأمن من عقابه؛ فزيَّن لك المعاصي والأماني الكاذبة؛ فارتكبت الكبائر، ولم تَخفْه، وأمنت

عذابه[4].
والغبن؛ يقال: غبن بنفسه غبنا: عرّضها للهلاك[5].
وعلى هذا ، والغبن والغرور واحد إلا أن أكثر الفقهاء يستعملون «الغبن» أكثر (6)
ويعرف التغرير فى الاصطلاح الفقهي على انه :
الأول: «إظهار الشيء بمظهر غير حقيقي. مع إعطائه صفةً ليست له؛ لكي يستثير رغبة الطرف الآخر، فيُقْدم على إبرام العقد»
الثاني: «أن يفعل فى المبيع فِعْلاً؛ يظن به المشتري كمالاً؛ فلا يوجد كذلك»[7].
الثالث: «الإغراء بوسيلة قولية، أو فعلية كاذبة، لترغيب أحد المتعاقدين فى العقد، وحمله عليه» (8).

الفرع الاول / الغبن والتغرير في الاصطلاح.

واصطلاحا بأنه إيهام المتعاقد بأمور غير صحيحة تدفعه إلى التعاقد . ولما كان التغرير اغلب ما يكون في البيع فقد عالجه الفقهاء المسلمون في باب البيع لذا نجد أن مجلة الأحكام العدلية تعرفه في المادة (164) بأنه " توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية" . لكن الملاحظ على هذا التعريف انه ينطبق على التغرير القولي دون الفعلي والتغرير الصادر من البائع دون الصادر من المشتري وتعتبر نظرية التغرير ابرز في الفقه الإسلامي من نظرية الغلط لان التغرير بخلاف الغلط ليس أمرا نفسيا يقتصر على شخص من وقع فيه بل يتخذ وسائل مادية إيجابية.(9)

المطلب الثاني / تمييز الغبن عن ما يشتبه.

تضمن المطلب الثاني على الفرع الاول : الغبن الذي يصحبه تغرير قولي أو فعلي التغرير ، والفرع الثاني : تمييز الغبن عن الغلط .

الفرع الاول / الغبن الذي يصحبه تغرير قولي أو فعلي التغرير.

ان توصيف المبيع للمشتري على غير صفته الحقيقية. -هذا التعريف من مجلة الأحكام العدلية السارية في فلسطين، والتعريفات في باقي القوانين متقاربة-(10) أي الكلام عن مميزات غير موجودة في محل العقد الكذب لكن لا يكون الكذب معتبراً إلا اذا كان واقعة معتبرة عند المتعاقد، ويكون معتبراً دائما اذا كان البيع من بيوع الأمانة، فعلا: أو تغيير المحل بصباغة الثوب فيظن المشتري أنه جديد. ولأن التغرير يمس الإرادة فإن ما قام عليه العقد من (اتفاق ارادتين) يصبح مبدأ سلطان الإرادة مشوباً بهذا العيب أن يكون العقد من عقود المعاوضة مثل عقد البيع وعقد الإجارة، ملزم لجانبين إن كان لملزم لجانب واحد فلا يخضع للغبن ألا يكون العقد قد تم عن طريق المزايدة أو المناقصة؛ تُصرف على المزايدات والمناقصات الكثير من الأموال للقيام بها، لذلك فإن الطعن بالغبن سيكون صعباً ومضيعا للوقت أكثر من وقت القيام بتلك المزايدة، ومن المفترض على المشتري المتقدم لها أن يكون حريصاً، واجراءات الدخول فيها تحتاج أصلا للحرص فليس له الطعن فيما بعد. أن يكون الغبن فاحشاً، وهذه المعايير تتحدد حسب قانون دولتك ، وأن يكون المغبون عليهم أحد الأشخاص المحددة في قانون دولتك وفي الغالب هم الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، وعديمو الأهلية أو ناقصوها جهة الوقف. (11) لذا نجد ان الغبن الذي يصحبه تغرير قولي أو فعلي التغرير أي الكلام عن مميزات موجودة او غير موجودة في محل العقد الكذب لكن لا يكون الكذب معتبراً إلا اذا كان واقعة معتبرة عند المتعاقد، ويكون معتبراً دائما اذا كان البيع من بيوع الأمانة، فعلا: أو تغيير المحل بصباغة الثوب فيظن المشتري أنه جديد. ولأن التغرير يمس الإرادة فإن ما قام عليه العقد من (اتفاق ارادتين) يصبح مبدأ سلطان الإرادة مشوباً بهذا العيب .

الفرع الثاني/ تمييز الغبن عن الغلط.

يعتبر الغلط واحدا من عيوب الرضا كالتدليس او الاكراه او أو الغبن أو الاستغلال حسب ما جاء في القانون المدني العراقي ، والحالات المشابهة وسوف نتناول في بحثنا هذا عنصرا من هذه العناصر وهو الغلط ونبين في تعريفه وانواعه وصوره .اذا وقع الغلط في ماهية العقد او في السبب او في المحل بطل العقد، الغلط في القانون يخول إبطال الالتزام إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي؛ إذا أمكن العذر عنه، يخول الغلط الإبطال، إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه، كانت هي السبب الدافع إلى الرضى ، الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفته لا يخول الفسخ إلا إذا كان هذا الشخص،

أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضى من المتعاقد الآخر مجرد غلطات الحساب لا تكون سببا للفسخ وإنما يجب تصحيحها(12)، على القضاة، عند تقدير الغلط أو الجهل سواء تعلق بالقانون أم بالواقع أن يراعوا ظروف الحال، وسن الأشخاص وحالتهم وكونهم ذكورا أو إناثا لئن كان الغلط حالة تتعلق بنفس الانسان وقضاياها وأسرارها الغريبة والمتشابكة، وحالة تتعلق بماديات العالم الخارجي المحسوسة والملموسة لكونها انعكاسا لحالة الفهم الخاطئ لها، فمن المتوقع حصول خلط أو اختلاطا بين هذه الفكرة وأفكار أخرى كثيرة تحيط بها من كل جانب .(13).

المطلب الثالث / معايير ومحددات الغبن.

تقدم القول أن الغبن لا يؤثر في صحة العقد حتى وان اجتمع مع التغرير إلا إذا كان فاحشا ولهذا فإننا يجب أن نعرف ما هو معيار الغبن الفاحش أي متى يكون الغبن فاحشا ومتى يكون يسيرا.(14) لقد وضع الفقهاء المسلمون معيارين لتحديد الغبن الفاحش أولهما معيار تحديد نسبة من الثمن إذا زادت كان الغبن فاحشا وتتراوح هذه النسبة لديهم من الثلث إلى نسبة .2،5% أما المعيار الآخر فهو تقويم المقومين فإذا دخل الثمن ضمن تقويم المقومين كان الغبن يسيرا وإلا كان فاحشا فإذا اشتريت كتابا بعشرة آلاف دينار وقومه بعض أهل الخبرة بتسعة آلاف دينار والبعض الآخر بأحد عشر ألف دينار كان الغبن يسيرا أما إذا قدره الجميع بأكثر أو اقل من عشرة آلاف دينار كان الغبن فاحشا. ورد القول في البداية أن المشرع العراقي لم يعتبر التغرير والغبن عيبين مستقلين من عيوب الإرادة بل اعتبرها عيبا واحدا شرط اجتماعهما . وبالتالي فان التغرير إذا صاحبه غبن فاحش كان العقد موقوفا ويستطيع المغرور أو ورثته المطالبة بنقض العقد.(15) وقد أشارت إلى هذا الحكم المادة (121) الفقرة الأولى التي جاء فيها (إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على إجازة العاقد المغبون . فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه) غير أن هناك حالات استثنائية لا يكون فيها العقد موقوفا وقد نصت المادة (123) عليها وقررت أن المتعاقد المغرر به لا يستطيع المتعاقد طلب نقض العقد يقتصر حقه على طلب رفع الغبن عنه و يمكن إجمالها بما يأتي :

1. إذا كان الغبن يسيرا .
2. عدم علم المتعاقد بالآخر بالتغرير وعدم استطاعته ذلك .
3. استهلاك الشيء مثل أكل الطعام.
4. هلاك الشيء مثل احتراق السيارة .
5. حدوث عيب أو تغيير جوهري في الشيء مثل اصطلاح السيارة أو طحن الحنطة.

إضافة إلى ما تقدم فان هناك حالات يكون فيها الغبن مبطلا للعقد لا موقفا له وهي حالات كون المغبون محجورا أو وقفا أو كون الغبن واقعا في مال للدولة . وقد أشارت إلى ذلك المادة (124 /فقرة 2) بقولها (على انه إذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فان العقد يكون باطلا) وهناك حالة لا يؤخذ فيها الغبن بعين الاعتبار وهي حالة العقد بطريق المزايدة (المادة 124 /الفقرة الثالثة) إذ لا يجوز التمسك بالغبن في هذا النوع من العقود رعاية لاستقرار المعاملات أولا ولان هذه العقود يضعف احتمال الغبن فيها ثانيا.(16)ومن كل ذلك نخلص الى انه لم يعد القانون المدني العراقي التدليس كعيب مستقل من عيوب الارادة فهو ليس سببا كافيا لتوقيف العقد شأنه في ذلك شأن الغبن وان كان غبنا فاحشا فهو ليس عيبا من عيوب الرضا بل هو عيب من عيوب العقد في بعض الحالات وذلك استنادا الى المادة 124 من القانون المدني العراقي رقم 401 لسنة 1951 اذ ان القانون المدني يقتضي ان يترافق الغبن الفاحش مع التغرير حتى يعد عيبا من عيوب الارادة ومن ثم مانعا من نفاذ العقد كما هو الحال مع عيوب الارادة الاخرى كالإكراه والغلط .

المبحث الثاني / الغبن كعيب من عيوب الارادة .

تشمل حرية التعاقد عددًا من الحريات ، وهي حرية الفرد في التعاقد أو الامتناع عن التعاقد ، واختيار الطرف المتعاقد معه ، وتحديد محتوى العقد لعبت الإرادة دورًا بارزًا ولفترة طويلة في تكوين العقد وتحديد محتواه ، لذلك كان على الأطراف المتعاقدة تنظيم علاقاتهم التعاقدية وتحديد حقوقهم والتزاماتهم في حدود النظام العام والأخلاق. ومع ذلك ، فإن هذه الحرية في التعاقد قد تغيرت لدرجة أنها أصبحت

مقيدة ومقيدة بنصوص قانونية قطعية. لذلك ، من أجل توضيح هذه القيود والوصول إلى تعريف لما هو المقصود بموضوعية الإرادة التعاقدية ، يجب علينا أولاً إعطاء نظرة عامة على سلطة الإرادة التعاقدية ، من أجل محاولة الوصول إلى تعريف الموضوعية من الإرادة التعاقدية. وبهذا سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين سيتضمن المطلب الاول على الغبن في مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية ، والمطلب الثاني : الاسس الموضوعية للغبن في الإرادة التعاقدية .

المطلب الاول/ الغبن في مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية.

إذا كان العقد يبنى أساسً على الإرادة وما تتمتع به من سلطان، فإن ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة. هذا المبدأ الذي يعني أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها (17).فللإرادة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود غير متقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني (والتي يطلق عليها العقود المسماة). كما يكون للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، فلا تتقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد من العقود فقط، وإنما يكون لها بما لها من سلطان، الحرية في تضييق هذه الآثار أو توسيعها أو حذفها. كما يكون للإرادة أخيراً الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه (18).فيقوم مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية إذاً على أساسين هما ، الحرية والمساواة ، فالحرية أساس النشاط، وإذا كان مظهره الإرادة، فالحرية أساسها، وأن الإرادة الحرة لقادرة على أن تزن المصلحة القائمة، وهي مقدرة لهذه المصلحة فعلاً ما دمنا نطلق لها الحرية. وإذا تم التوفيق بين إرادتين كل منهما تقرر المصلحة القائمة، ففي هذا التوفيق تحقيق للمصلحة العامة، إذ ليست المصلحة العامة إلا مجموع المصالح الفردية. أما الأساس الأخر وهو المساواة، فلا يقصد بها المساواة الفعلية، إذ هذه لا يمكن تحقيقها، بل يقصد بها المساواة أمام القانون، فالمساواة القانونية لا المساواة الاقتصادية هي التي تكفل في النهاية تحقيق المصلحة العامة لأن المصلحة الخاصة – وهي أساس المصلحة العامة – لن تتحقق إلا إذا اعتبر الناس متساوين أمام القانون في مظاهر نشاطهم. (19)

فإذاً يترتب على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية على إطلاقه النتائج الآتية:

1. حرية الفرد في أن يبرم ما شاء له من عقود، وحريته في ألا يبرم عقداً من العقود، فلا يجوز تقييد حريته من هذه الناحية.
2. حرية الفرد في تحديد الالتزامات العقدية ومكانها ومداها. ففي عقد الإيجار مثلاً لإرادة الأطراف الحرية في تحديد مدة العقد وكذلك في تحديد الأجرة التي يُلزم بها المستأجر وهكذا الشأن في سائر العقود.
3. لإرادة الفرد الحق في إنهاء العقد بالاتفاق أو في تعديله كذلك.

ونشير في هذا المجال إلى استبعادنا لتناول التطورات التاريخية في هذا البحث (20) وذلك لقلة الاستفادة من هذا الطرح في بحث قانوني يوجب على الباحث أن يواكب فيه الظروف والحاجات التي يعيشها في عصر متيقن فيه الجميع بأن لا سلطاناً كامل للإرادة إلا بالحدود التي يرسمها القانون، ووفق متطلبات الحفاظ على النظام العام. إلا أن موضوع البحث يقتضي البت في أمر هام ألا وهو تمييز مبدأ سلطان الإرادة عن مبدأ الرضائية. فقد قلنا أن مقتضى مبدأ سلطان الإرادة في إطار القانون المدني هو أن إرادة الإنسان تشرع بذاتها لذاتها، تنشئ بذاتها لذاتها التزامها، فإذا ما لزم شخص بتصرف قانوني (وبخاصة العقد)، فإنما يلتزم لأنه أراد، وبالقدر الذي أراد. فإذا كان هذا هو مقتضى مبدأ سلطان الإرادة، فهل سينطبق مضمون هذا المبدأ مع مبدأ الرضائية، أم أن لكل من المبدأين استقلالهما عن بعضهما؟ للإجابة عن هذا السؤال لا بد من إيضاح السبب الفعال الذي جعل الباحث يتساءل، فمن خلال الرجوع إلى العديد من مصادر الفقه القانوني يلحظ الإشارة إلى المسائل الآتية:

1. تناول موضوع مبدأ سلطان الإرادة عبر المراحل التاريخية وخاصة في القانون الروماني عن طريق إيضاح التقيد بالمراسيم الشكلية في إبرام العقد، وكذلك الحال في الفقه الإسلامي الذي يتم فيه التركيز على عدم التقيد بالإجراءات الشكلية في إبرام العقد. (21)
2. تناول موضوع مبدأ سلطان الإرادة عن طريق تقسيمه إلى قسمين: الأول ويطلقون عليه مبدأ سلطان الإرادة من حيث الشكل، والثاني ويطلقون عليه مبدأ سلطان الإرادة من حيث الموضوع. ويركزون في شرح مضمون القسم الأول على كفاية الإرادة في إنشاء التصرف وتوليد الالتزامات وذلك دون حاجة لأن

تصاغ في قالب معين. فكل ما يطلب هو أن يصدر التعبير عن الإرادة، ولا عبرة بعد ذلك بالصورة التي يصدر فيها (باللفظ أو الكتابة أو الإشارة وغيرها). (22) ، بمعنى أن مبدأ الرضائية سيكون جزءاً متداخلاً مع مبدأ سلطان الإرادة. وبعد بيان هاتين النقطتين سنقوم بإيراد معنى مبدأ الرضائية. والذي يتلخص في أن العقد ينعقد بتوافق إرادتين على إنشاء التزامات، ولا يكتمل معنى المبدأ إلا إذا فسر بأن توافق الإرادتين يلزم ويكفي للانعقاد (23) . إن كفاية هذا التوافق هو الذي جعل أساس المبدأ لا يتطلب أوضاعاً خاصة لانعقاد العقد، وجعل العقد بإرادة الطرفين، فأصبحت العبرة بهذه الإرادة بقطع النظر عن طريقة التعبير عنها. إلا أنه يجب القول بأن مبدأ الرضائية لم يبقى مطلقاً أو بمعنى أخر أن توافق الإرادات قد لا يكفي بمفرده أحياناً لتكوين العقد، وذلك بسبب تقييد المشرع لبعض أنواع التعاقدات من حيث التكوين(24).

ونتفق مع جانب من الفقه (25) في وجوب التمييز ما بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية. حيث يتعلق مبدأ سلطان الإرادة بقدرة الإرادة على اختيار التعاقد أو عدم التعاقد، لا بمجرد كفاية الإرادة كما في مبدأ الرضائية (26) "فالرضائية هي كفاية الإرادة لإنشاء التصرف" (27). أو بتعبير أخر، يؤدي المبدأ الأول إلى إطلاق سراح الإرادة وفك قيودها، أما المبدأ الثاني فهو يؤدي إلى إظهار جوانب النشاط التي تتسع لتلك الإرادة الطليقة. فتقدير مسألة حرية الشخص بالدخول في تعاقدات مع أشخاص آخرين أو تقييده بعدم السماح له بالدخول في هذه التعاقدات يتحدد بما للإرادة من سلطان في المجال العقدي. أما بعد أن يقوم الشخص بالتعبير عن رغبته بالتعاقد، ففي هذه الحالة فإن مبدأ الرضائية سيحدد مدى كفاية هذا التعبير في إبرام العقد استناداً إلى أحكام القانون في مدى اعتبار العقود هي عقوداً رضائية أم شكلية أم عينية.

وخلاصة لما سبق ذكره في مجال التمييز بين مبدأ سلطان الإرادة وبين مبدأ الرضائية، هو أن المبدأ الأول سيعتبر الأساس أو القاعدة العامة في التعاقدات، أما المبدأ الثاني وهو مبدأ الرضائية وتحديد مدى كفاية الاتفاقات أو التوافق بين الإرادتين فسيعتبر الإطار القانوني المحدد لكيفية أو كفاية انعقاد العقد فلو افترضنا بأن القانون اشترط الشكلية في إبرام عقد معين فسيعتبر هذا الاشتراط إحدى الحالات الاستثنائية (28) التي تدرج ضمن القيود المفروضة على الإرادة التعاقدية في أثناء تكوين العقد ، فمدى اشتراط الشكلية في العقود الشكلية أو وجوب التسليم (تسليم محل العقد) في العقود العينية هي عبارة عن إلزام قانوني يحدده المشرع شعوراً منه بأن ذلك هو من متطلبات التعاقد. (29) ، واستزادة في التوضيح سنستعير التعبير المجازي في وصف مبدأي سلطان الإرادة والرضائية ، حيث يمكن تشبيه المبدئيين وكأنهما مصفاتان للتنقية المتطلبة قانوناً. فعندما يرغب أحد الأشخاص بالتعاقد في عقد ما. يتوجب عليه مراعاة القيود التي يفرضها مبدأ سلطان الإرادة. فإذا كان العقد لا يخالف النظام العام والآداب فسيعبر قد اجتاز مصفاة التنقية الأولى. وبعد ذلك عليه مراعاة القيود التي قد يفرضها القانون على المتعاقد من شكلية ما أو تسليم محل العقد، فإذا لم يشترط القانون قيداً معين وإنما اكتفى باعتبار أن العقد رضائي فسيكون المتعاقد وكأنه قد اجتاز مصفاة التنقية الثانية. ومن ثم يكون قرار الدخول في العملية التعاقدية مسألة شخصية يقدرها المتعاقد في إطار الحرية الكاملة له ، ومن العقود الأخرى التي يلزم فيها المشرع طرفي العقد أو أحداهما بتحديد متطلبات التعاقد هو "العقد المأذون". (30)، ففي العقد المأذون يترك المشرع للسلطات المختصة مهمة إجازة العقد أو منعه، ولا يكون للعقد أي قيمة قانونية إلا بعد الحصول على أذن هذه الجهات التي يعينها المشرع مسبقاً. حينئذٍ لا ينشأ العقد من إرادة أطرافه فحسب، بل من انضمام إراداتهم إلى رخصة المشرع. أي أن ما يكّون العقد على حد تعبير سافاتيه، هو إرادة الأطراف ممزوجة برخصة المشرع، وبعبارة أخرى، أن المشرع يوشك أن يدخل في العقد كمتعاقد ثالث. (31) فتستطيع السلطة المختصة، عن طريق تخويلها منح الأذن، أن تمنع إنشاء العقد، أو على الأقل تؤجل إبرامه إلى وقت أخر. وهناك بعض الأمثلة التشريعية في العراق والتي تشترط استحصال الأذن المسبق. من ذلك ما نصت عله المادة الثانية من قانون تأمين السكن للمواطنين رقم (125) لسنة 1963 الملغي الصادر في 1963/9/15 التي جاء فيها "لا يجوز بيع أو رهن أو هبة أو فرز أو إجراء أي تصرفات أخرى على القطعة – التي وزعت وفق أحكام هذا القانون – ترتب عليها حقوق عينية أو تؤدي إلى خروج التصرف فيها ممن ملكت له خلال عشر سنوات من تاريخ صدور سند الطابو، إلا إذا كانت هناك أسباب اضطرارية تدفع المنتفع إلى هذا التصرف فيجوز له ذلك (بموافقة وزير المالية)".وقرار رقم (117) لسنة 2000 الخاص بالقيد التشريعي على حرية

التصرف بالعقارات المملكة من قبل الدولة ، وقد اعتبر القضاء العراقي البيع الذي يتم دون موافقة وزير المالية باطلاً، حيث يعتبر المحل غير قابل للتعامل فيه، ما لم يقترن بموافقة الجهة التي حددها القانون المذكور (32) ، وهذا يعني أن الأفراد لا يستطيعون بإرادتهم المنفردة ودون رخصة إبرام عقد من هذا النوع. ومن هنا نستنتج ان الغبن في مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية في ان كفاية التوافق بين الغبن ومبدأ السلطان هو الذي جعل أساس المبدأ لا يتطلب أوضاعاً خاصة لانعقاد العقد، وجعل العقد بإرادة الطرفين، فأصبحت العبرة بهذه الإرادة بقطع النظر عن طريقة التعبير عنها ، إلا أنه يجب القول بأن مبدأ الرضائية لم يبقى مطلقاً أو بمعنى أخر أن توافق الإرادات قد لا يكفي بمفرده أحياناً لتكوين العقد، وذلك بسبب تقييد المشرع لبعض أنواع التعاقدات من حيث التكوين .

المطلب الثاني/ الاسس الموضوعية للغبن في الإرادة التعاقدية.

يعد مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي (33) الذي يقدس الحرية الفردية، والذي يعتبر الفرد هو محور المجتمع. فالهدف من تنظيم المجتمع، في نظر هذا المذهب هو حماية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة. فطالما كان الإنسان حراً فأن إرادته يجب أن تكون كذلك. وهذه الإرادة الحرة هي التي تملك إنشاء العقد وهي التي تملك أيضاً تحديد آثاره بمنأى عن أي قيد يرد في القانون". (34) ،أن ما قررته التشريعات المدنية (مصري، عراقي) من إبراز لقوة الرابطة العقدية وإلزامها بفعل الإرادة يعود لنص المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي، لأن تلك القوانين قد تأثرت بصورة مباشرة بما وضعه المشرع الفرنسي في تلك المادة. وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن القوانين المدنية المقارنة في موادها المشار إليها سالفاً، لم تكن الغاية منها الأخذ بمفهوم المذهب الفردي على إطلاقه، بل حاولت تلك القوانين مسايرة الاتجاهات المعاصرة لمبدأ سلطان الإرادة. فقد أصبحت الاتجاهات المعاصرة تسير نحو تقييد دور الإرادة في نطاق العقد (35)، ذلك أن حرية الإرادة ترتبط بالفلسفة الفردية، ولما كانت الأفكار السائدة في المجتمعات الحديثة هي الأفكار الاجتماعية، فقد أدى ذلك إلى ازدياد القيود على سلطان الإرادة، "فالأفكار الاجتماعية تنادي بضرورة تدخل الدولة عن طريق أحكام القانون لتنظيم علاقات الأفراد في معاملاتهم الخاصة، تنظيماً إجبارياً لا يترك لإرادتهم كثيراً من الحرية في تنظيم تلك المعاملات". (36) ، فقد تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ في رحابها مبدأ سلطان الإرادة، وسارت تشريعات الدول نحو الاشتراكية التي ترى الاعتداد بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد، فظهر أنصار المذهب الاجتماعي. (37)

فالاعتداد بمصلحة الجماعة يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، بل ينبغي تقييد إرادة الأول لمصلحة الأخير. فالعامل وصاحب العمل كلاهما يملك الإرادة الحرة في التعاقد (وكذلك المؤجر والمستأجر) إلا أنهما ليسا على قدم المساواة، فإحداهما طرف قوي يملك إملاء شروطه على الطرف الأخر الضعيف، ولذلك يجب تقييد إرادة صاحب العمل (والمؤجر) لمصلحة العامل (والمستأجر). وكذلك الحال بالنسبة للعقود التي تبرم بين جمهور المستهلكين وبين الشركات الاحتكارية، فأين المساواة في الإرادة الحرة بين شركة كبيرة ومستهلك ضعيف؟ إن هذه هي مساواة نظرية فحسب، فهل نجد مشتركاً (مستهلكاً) يستطيع مناقشة الشروط التي يضعها مرفق المياه أو الكهرباء؟ الواقع أن تحقيق العدل الاجتماعي يقتضي تقييد إرادة هذا المحتكر لمصلحة المستهلك. ومن الناحية الاجتماعية لم يعد يسمح للأفراد بالاتفاق أو بالتعاقد على أشياء قد تخالف النظام العام والآداب أو مقتضيات الخطة الاقتصادية أو الاتجاه العام للمجتمع، فالصالح العام يعلو المصلحة الفردية. (38) ، فحرية التعاقد قد لم تعد مبدأً مطلقاً، فقد يأتي القانون ويجبر الفرد على إبرام تعاقد معين أو يحرمه من تعاقد يريده. (39)، وكذلك لم تعد الإرادة حرة في تحديد مضمون الالتزامات العقدية، فقد أصبح الآن تدخل المشرع في تحديد هذا المضمون أمراً عادياً. كما لم تعد إرادة الأفراد حرة في إنهاء العقد بالاتفاق أو في تعديله، لذلك فقد يتدخل القانون ويضع تنظيماً معيناً لعقد من العقود، بحيث لا يجوز لإرادة الأفراد الخروج على هذا التنظيم بالتعديل، "فالصالح العام يخول الدولة أن تتدخل لإقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين، لمنع تحكم فريق بالاستناد إلى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب المواتية ..... وتطبيقاً لهذا المذهب صدرت في مختلف الدول قوانين تجبر الملاك على التأجير بأجر معين، وتقرر تجديد عقود الإيجار بعد فوات

مدتها جبراً على المؤجرين، وتحدد شروط عقد العمل، وتخضع كثيراً من السلع للتسعير الجبري. مما يؤكد منطق المذهب الاجتماعي في تغليب صالح الجماعة". (40) وهذه التطورات تؤكد أن إبرام العقد لم يعد مجرد عمل خاص، فقد يخضع للقانون أو يكون من إملائه أو من ضغط الظروف والعوامل الاقتصادية، وقد تجبر المحاكم على إتباع تفسير خاص، أو مستمد من قواعد تفسير القوانين. (41) فقد انتهى تطور المجتمع إلى أن جعل وضع العقد في ذاته يتغير إلى حد أن قيل أن العقد الحر في طريقه إلى أن يصبح عقداً موجهاً. وإزاء تدخل المشرع في العقود بنصوص آمرة، وظهور ما يسمى بالعقد الموجه، فذهب جانب من الفقه بالقول إلى اختفاء الصفة الإرادية للعقد، وتحوله إلى مجرد (نظام شرطي)، خاضعاً تماماً في إبرام وترتيب آثاره للشروط التي يتحكم فيها القانون. لذلك يرى بعض الفقهاء أن نظام العقد الحر لم يعد هو السائد اليوم، فقد وجد نظام العقد المقيد، ثم نظام العقد المنظم، فنظام عقد الإذعان.

المبحث الثالث/ انتقادات الغبن في الارادة.

لم يعرف القانون المدني العراقي التغرير والغبن باعتبارهما عيبين مستقلين من عيوب الإرادة ولا الانتقادات التي تأتي في الغبن في الارادة لكنه اعتبر اجتماعهما عيبا من عيوب الإرادة . ولما كان التغرير اغلب ما يكون في البيع فقد عالجه الفقهاء المسلمون في باب البيع لذا نجد أن مجلة الأحكام العدلية تعرفه في المادة (١٦٤) بأنه " توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية" . لكن الملاحظ على هذا التعريف انه ينطبق على التغرير القولي دون الفعلي والتغرير الصادر من البائع دون الصادر من المشتري ، وتضمن المبحث الثالث كل من : المطلب الاول : قيود حرية الارادة ، والمطلب الثاني: تدخل المشرع المباشر في تحديد مضمون العقد .

المطلب الاول/ قيود حرية الارادة .

ان التشريع يضع قيودا على حرية الارادة في حالة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة للظروف الطارئة فيسمح للقاضي بتعديل التزامات (1/ الطرفين المتعاقدين بحيث يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول المادة (146 مدني كما ان القانون يراعي في بعض الحالات الجانب الضعيف في العقد كما هو الشأن في تشريع العمال وعقد الاذعان وفي نظرية الاستغلال فالقانون في الوقت الحاضر يعترف بمبدأ سلطان الارادة ولكن يحصره في دائرة معتدلة تتوازن فيها الارادة مع العدالة والصالح العام. إذا كـــــان الأصل هو حرية التعاقد، إلا انه في المجال الواقعي قد اتسعت دائرة النصوص الآمرة، مما أدى إلى أن تنحصر تلك الحرية في حدود ضيقة. (42) إذ أن هذه النصوص الآمرة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تحمي النظام العام والآداب في المجتمع، ومن ثم فهي تخرج عن الدائرة التي تنطلق فيها حرية الإرادة. بمعنى أن سياسة الدولة في توجيه الاقتصاد الوطني ستنعكس آثاره على العقود (43) ، فضلاً عن ذلك، سيتدخل المشرع في حالة الضرورة إلى مراعاة العدالة وتحقيق المساواة القانونية. وأمام كل هذه الأمور قد لا تقتصر هذه القيود على منع التعاقد أو تحديد مضمونه، بل قد تصل إلى حد تدخل القانون لإنشاء علاقات قانونية لم تكن لتنشأ إلا بتوافق إرادتي طرفيها ، فحرية الإنسان في ألا يتعاقد ليست بدورها مطلقة بل ترد عليها قيود. (44)، وتجدر الإشارة إلى أن العقود التي تبرم بناء على الالتزام القانوني "يسميها بعض الشراح بالعقود الإلزامية أو العقود الاضطرارية". وتسمية "العقود الإلزامية" هي التسمية التي نعتقد بأنها تتلاءم مع طبيعة تكوينها عند الإبرام. ففي هذه العقود لا يلعب الرضا دوراً كبيراً في مناقشة شروط العقد عند إبرام العقد، وإنما يطبق طرفي العقد نظاماً رسمي مفروضاً عليهما بمقتضى القانون. نلحظ بأن المشرع يجبر أحد الطرفين باتخاذ خطوات معينة، والقيام بإجراءات محددة بغية إبرام عقد يريده المشرع – وهذا ما سيتوضح لنا لدى تناولنا التطبيقات التشريعية في هذا المبحث – أي أن المشرع يجبر أحد الطرفين بالقيام بأعمال إيجابية لدفع إجراءات التعاقد إلى الأمام لظهور عقد جديد إلى الوجود. هذا العقد هو ما يستهدفه المشرع في الظاهر، ولكن الأهداف الاجتماعية والاقتصادية والإنسانية هي التي تقف وراء ما استهدفه المشرع من إبرام العقود المذكورة. (45)، ويرى بعض الفقهاء أن هذا الإلزام القانوني بالتعاقد يعد قيداً خطيراً على حرية التعاقد وعلى حرية التجارة، وهو يبرز خاصية الوظيفة الاجتماعية التي يقوم بها قطاع التوزيع في الاقتصاد الموجه، وعلى الرغم من اتفاقنا على بروز الوظيفة الاجتماعية للإلزام القانوني، إلا أنه نعتقد بأن هذا القيد هو من القيود المهمة التي يجب أن يمارسها

المشرع، وذلك منعاً لحالات الاستغلال والغبن التي قد تترتب على بعض الأشخاص في حالة عدم وجود العقود الإلزامية. ومن ثم يترتب على هذا الإلزام القانوني بالتعاقد أن يكون الملزم بالبيع في حالة إيجاب جبري، فإذا امتنع عن إبرام العقد عّد التعبير الصادر ممن يريد الشراء قبولاً للإيجاب، وتكتفي المحكمة عندئذٍ بتقرير أن العقد قد انعقد (46) ، فمصدر الرابطة العقدية هنا ليس الإرادة الفردية، بل القانون ذاته.

إن لفكرة الإلزام القانوني، تطبيقات تشريعية عديدة متناثرة في نصوص عدد من القوانين العراقية، ولكنها تجمعها فكرة واحدة، هي فكرة الإجبار القانوني في تكوين العقد "حيث يتلاشى دور الإرادة إلى حد كبير في التنظيم العقدي وتحل محلها إرادة المشرع الذي يتولى فرض العقد على الطرفين والنص على قواعد ملزمة لهما، بحيث ليس بوسعهما مناقشة هذه القواعد والنصوص الآمرة بل يحتم عليهما الانصياع لأمر المشرع"(47). ومن تطبيقات الإلزام القانوني ما ورد من صور للعقد الجبري في قانون إيجار العقار رقم (87) لسنة (1979م) المعدل. وخاصة ما ورد في المادة الحادية عشر فقرة (2) التي نصت على أنه "إذا كان الإيجار من الباطن أو التنازل عنه قد تم قبل العمل بهذا القانون، سواء أكان بموافقة المالك التحريرية أو بدونها، حل المالك محل المستأجر الأصلي في العقد الذي أبرمه هذا مع المستأجر من الباطن أو المتنازل إليه". من كل ما تقدم نخلص الى أن المشرع يجبر أحد الطرفين باتخاذ خطوات معينة، والقيام بإجراءات محددة بغية إبرام عقد يريده المشرع ونرى ان بعض الفقهاء قد ايدوا هذا الإلزام القانوني بالتعاقد يعد قيداً خطيراً على حرية التعاقد وعلى حرية التجارة، وهو يبرز خاصية الوظيفة الاجتماعية التي يقوم بها قطاع التوزيع في الاقتصاد الموجه، وعلى الرغم من اتفاقنا على بروز الوظيفة الاجتماعية للإلزام القانوني.

المطلب الثاني / تدخل المشرع المباشر في تحديد مضمون العقد

نشير في هذا المجال بأن هذه التقييدات قد ترد إما على التنظيم الكامل من حيث المضمون للعقد برمته، أو قد ترد على جزئية من جزئياته كتحديد مدة العقد.

الفرع الاول / الحالة الأولى.

في هذه الحالة : يعد المتعاقد وكأنه مقيداً تقييداً كاملاً في تفاصيل العقد، ومثال ذلك تنظيم المشرع لعقد العمل بكامله، نتيجة لما كانت تعانيه الطبقة العاملة من ظلم اجتماعي واقتصادي. حيث أن معظم المسائل الجوهرية في عقد العمل هي محل تنظيم تشريعي (48) ، كالأجور وساعات العمل وشروط السلامة والشروط الصحية والعطل والإجازات والضمان الاجتماعي، فأصبح عقد العمل مجرد إقرار للنصوص القانونية أو الاتفاقيات الجماعية وحتى فسخ العقد أصبح محل تنظيم تشريعي ففي هذه الأحوال نجد أن التنظيم القانوني أخذ يضيق الخناق على حرية التعاقد، ولم يبق للفرد من حرية إلا في قدر ضيق ينحصر في قبول إبرام العقد أو الامتناع عن إبرامه.

الفرع الثاني / الحالة الثانية.

أما في هذه الحالة فسيقيد القانون كلا المتعاقدين أو أحدهما في جزئية معينة من جزئيات التعاقد. مثال ذلك، هو القيد الذي يرد على حرية المتعاقد في إنهاء عقده. فالعقد الذي انعقد بالتراضي يمكن كذلك أن ينتهي بالتراضي، على أنه ليس للمتعاقدين أن يحددا مدة تزيد عما يجيزه القانون، فإن فعلا، تعين إنقاص المدة إلى الحد الجائز. وهذا ما يفهم من نص المادة (139) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها بأنه "إذا كان العقد في شق منه باطل فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً". (49) وقد جاءت المادة (724) من القانون المدني العراقي بتطبيق لهذه القاعدة إذ "ليس لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إجارة تزيد مدتها على ثلاث سنوات. فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول من ذلك، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات. ما لم يوجد نص يقضي بغيره". أما التطبيق الأخر للقاعدة التي أوردها المشرع العراقي في نص المادة (139) هو ما ورد في نص المادة (172) فقرة (1) من القانون المدني العراقي إذ "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر أخر للفوائد على أن لا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة. فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار". **أما التطبيق الأخر فهو إبطال شرط عدم المسؤولية في النقل البري.** ومن القيود الأخرى التي يفرضها المشرع

مباشرةً على الإرادة التعاقدية، هو القيد الذي يحدد مقدار الأجرة في بعض العقود. وأن أبرز تدخل للمشرع العراقي في مجال تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار هو ما أصدره في ميدان إيجار العقار. فقد أصدر القانون المرقم (145) في (1991/5/21م) والذي يخص تطويع الالتزام بدفع أجرة العقار. ويتلخص حكم هذا القانون فيما يتعلق بالتطويع، أنه استلزم إعادة تقدير قيمة العقار كل (5) سنوات) ثم تحدد الأجرة حسب هذه القيمة بنسبة (5) بالمائة منها لإيجار البيوت و (7) بالمائة منها للشقق و (8) بالمائة منها للشؤون الأخرى. ويلاحظ على هذا الحكم أنه يهمل بصورة مطلقة مبلغ الإيجار الذي يتفق عليه المتعاقدان، مع أنه يصلح لتحديد النسبة التي يطوع بموجبها بدلاً من النسبة الثابتة في هذا القانون.

كما أصدر المشرع في كثير من الدول، قوانين خاصة تعطي الحق للمستأجر بالبقاء في المأجور بعد انتهاء المدة المحددة لعقد الإيجار رغم إرادة المؤجر، ولم تجيز للأخير طلب التخلية إلا لأسباب محددة في القانون على سبيل الحصر، وهو ما يسمى بالامتداد القانوني لعقد الإيجار (50).وهذا ما نص عليه قانون إيجار العقار المرقم (87) لسنة (1979م) المعدل في المادة الثالثة منه، التي قضت بأنه "1- يمتد عقد الإيجار بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلاً للعقار، ومستمراً بدفع الأجرة طبقاً لأحكام القانون مع مراعاة أحكام الفقرة (14) من المادة السابعة عشر منه".ومع ذلك، وعلى الرغم من نص المشرع العراقي على الامتداد القانوني، فإنه قد أورد قيداً في ثنايا الفقرة (14) من المادة السابعة عشر، والتي عدلت بموجب القانون المرقم (56) لسنة (2000م)، ومن ثم أصبح نص المادة السابعة عشر مع فقرتها (14) على الشكل الآتي "لا يجوز للمؤجر أن يطلب تخلية العقار الخاضع لأحكام القانون إلا لأحد الأسباب الآتية ..... 14- إذا مضت على عقد الإيجار مدة (12) اثني عشر سنة". فيلاحظ أن المشرع العراقي قد أورد مدة محددة للتمديد القانوني، إذ أنه لا يستمر إلى ما لا نهاية. وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أن هنالك اتجاهاً نحو التخفيف من أثر الامتداد القانوني ليكون ضمن مدة محددة وليس مطلقاً. (51)

الخاتمة .

إذا كانت حرية التعاقد هي على كل حال قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن هنالك اعتبارات من شأنها أن تمس بهذه الحرية، وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها تمام التمتع.

فعلى الرغم من أن الإرادة قد لعبت دوراً بارزاً ولمدة طويلة في تكوين العقد وتحديد مضمونه، ولكن هذه الحرية في التعاقد قد تغيرت كثيراً بحيث أصبحت محددة ومقيدة بنصوص قانونية آمرة. وقد تم طرح الموضوع محل البحث بطريقة حاول الباحث أن تكون واضحة محاولاً التوصل إلى مجموعة من النتائج وكما يأتي :

1. ان المشرع يجبر أحد الطرفين باتخاذ خطوات معينة، والقيام بإجراءات محددة بغية إبرام عقد يريده المشرع ونرى ان بعض الفقهاء قد ايدوا هذا الإلزام القانوني بالتعاقد يعد قيداً خطيراً على حرية التعاقد وعلى حرية التجارة، وهو يبرز خاصية الوظيفة الاجتماعية التي يقوم بها قطاع التوزيع في الاقتصاد الموجه، وعلى الرغم من اتفاقنا على بروز الوظيفة الاجتماعية للإلزام القانوني.

2. لم يعرف القانون المدني العراقي التغرير والغبن باعتبارهما عيبين مستقلين من عيوب الإرادة ولا الانتقادات التي تأتي في الغبن في الارادة لكنه اعتبر اجتماعهما عيبا من عيوب الإرادة . ولما كان التغرير اغلب ما يكون في البيع فقد عالجه الفقهاء المسلمون في باب البيع لذا نجد أن مجلة الأحكام العدلية تعرفه في المادة (١٦٤) بأنه " توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية" . لكن الملاحظ على هذا التعريف انه ينطبق على التغرير القولي دون الفعلي والتغرير الصادر من البائع دون الصادر من المشتري ، وتضمن المبحث الثالث كل من : المطلب الاول : قيود حرية الارادة ، والمطلب الثاني: تدخل المشرع المباشر في تحديد مضمون العقد .

3. ان الغبن في مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية في ان كفاية التوافق بين الغبن ومبدأ السلطان هو الذي جعل أساس المبدأ لا يتطلب أوضاعاً خاصة لانعقاد العقد، وجعل العقد بإرادة الطرفين، فأصبحت العبرة بهذه الإرادة بقطع النظر عن طريقة التعبير عنها ، إلا أنه يجب القول بأن مبدأ الرضائية لم يبقى مطلقاً أو

بمعنى أخر أن توافق الإرادات قد لا يكفي بمفرده أحياناً لتكوين العقد، وذلك بسبب تقييد المشرع لبعض أنواع التعاقدات من حيث التكوين .

التوصيات .

1. ضرورة التمييز ما بين سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية. حيث سيعتبر المبدأ الأول هو الأساس أو القاعدة العامة في التعاقدات، أما المبدأ الثاني وهو مبدأ الرضائية وتحديد مدى كفاية الاتفاقات أو التوافق بين الإرادتين فسيعتبر الإطار القانوني المحدد لكيفية الكفاية انعقاد العقد.
2. إن مسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم التعاقدات، ما هو إلا تمشياً مع نفس أساس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، بعيداً عن غبن أو استغلال أحد الأطراف للأخر. ولا يعني ذلك تدهور العقد واضمحلال أهميته، بل يعود السبب في ذلك إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني. فالتشريع باعتباره قانوناً موضوعياً يعلو العقد بحسبانه مصدراً للحقوق الشخصية، ولهذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج.
3. يجب تقييد مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بالقيود التي تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام. وهذا ما يقصد به بموضوعية الإرادة التعاقدية. لذلك قد تم تعريف ((موضوعية الإرادة التعاقدية)) بأنها (إمكانية الإرادة في الدخول أو عدم الدخول في العملية التعاقدية وفي تحديد مضمون العقد، وبالحدود التي يرسمها القانون، بالاستناد إلى مصلحة الجماعة والنظام العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة وباستخدام معيار العدالة).

أما إذا نظرنا إلى الأمر وفق التصورات الحديثة للعقد ووفق المفهوم المعاصر لمبدأ سلطان الإرادة، حيث أصبحت الإرادة مقيدة بحدود وقيود يفرضها المشرع مراعياً تحقيق العدل والمصلحة العامة. فعند ذاك يختلف الأمر. ففي ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية ينبغي التخفيف من صرامة مبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم يتوجب التسليم بوجود عقد، إذ أن العلاقة بين الأطراف تبقى محتفظة بطبيعتها التعاقدية. فالقول بتدهور العقد شيء والقول بتقييد الحرية التعاقدية شيء أخر.

التوصيات :

1- يوصي البحث بان يكون البحث وموضوعه (من فورية خيار الغبن في القانون العراقي والفقه الاسلامي) موضع اهتمام ودراسة لدى الباحثين في مجال القانون والاستثمار .

2- يوصي البحث الحالي بان يكون المتعاقد والمتعاقد معه على دراية بكل اساسيات وفقرات العقد وان يكون لهما الادارة عليه حسب ما يتوافقا عليه .

الهوامش .

1. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة
2. [1] - الجوهري ، الصحاح ، دار صادر ، بيروت، 1995، ج5، ص322.
3. العين ، الفراهيدي ، دار التراث العربي ، بيروت ، 1993، ص921.
4. ينظر: ابن منظور ، لسان العرب مادة غرر (12/5).
5. ينظر: الفيروز ابادي ، القاموس المحيط (ص-577).
6. ينظر: الغرر وأثره في العقود للصديق الضرير (ص-35).
7. ينظر: تفسير الخوئي ، دار افاق ، لبنان ، 1999، ص89. لغزالي ، التاج والإكليل، دار افاق ، لبنان ، 1994، (349/6) .
8. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام ، دار الرافد ، لبنان ، 1993، (379/1).
9. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، البيع والمقايضة 1960 ، مطابع دار النشر للجامعات ، ص714 وما بعدها
10. ينظر د. غازي عبد الرحمن ناجي ، مصادر الالتزام ، مجلة العدالة ، العدد 2 ، السنة الخامسة ، 1979 ، ص414
11. د. جابر محجوب علي ، شرح القانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص37
12. فريد الحسني، الوجيز في شرح القانون المدني ، دار افاق ، بيروت ، 1997، ص21
13. المصدر نفسه، ص22
14. د.سليمان مرقس: أحكام الالتزام، مطابع دار النشر للجامعات العربية، 1987، ص365.

15. د.عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر، الطبعة الرابعة، 1997، ص365.
16. عبد الباقي البكري وآخرون، القانون المدني، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1989، ص190.
17. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952م، ص141 – د.عماد الدين الشر بيني، الشخص القانوني (علاقته – حقوقه – التزاماته)، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1973م، ص222.
18. د.رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1984م، ص25.
19. القاضي حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943م، ص66.
20. للاطلاع على التطورات التاريخية لمبدأ سلطان الإرادة. ينظر – د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص142-149.
21. د.منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط1، 1991م، ص40.
22. د.عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني (نظرية العقد في قوانين البلاد العربي)، ج1، التراضي، القاهرة، 1958م، ص9 – د.عماد الدين الشر بيني، الشخص القانوني، المصدر السابق، ص221-222.
23. القاضي حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص61.
24. القاضي حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص65.
25. د.عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص15.
26. أما الحالات الأخرى التي ستعتبر قيوداً على المتعاقدين سواء في أثناء إبرام العقد أو التي ستؤثر وتحدد من مضمون العقد، فستوضح لنا في ثنايا البحث.
27. ونشير في هذا المجال إلى عدم توسعنا في تناول العقود الشكلية والعينية، وذلك لأن هذه العقود قد سبق تناولها من قبل العديد من الفقهاء والشرح بحيث أصبحت من الأمور المستقر عليها.
28. ينظر – د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976م، ص36.
29. عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، 1981م، ص61.
30. سافاتيه، التطورات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدني، ف37
31. نقلاً عن: د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1953م، ص18.
32. "القرار رقم 42/ت.ب/1978 الصادر من محكمة استئناف نينوى/التمييزية بتاريخ 1978/11/25م".
33. "يقوم هذا المذهب على أساس أن الإرادة هي وحدها التي تنشئ العقد".
34. ينظر – د.منذر الفضل، المصدر السابق، ص40.
35. د.رمضان محمد أبو السعود، المصدر السابق، ص26.
36. د.سهام عبد الرزاق مجلي ألسعيدي، المصدر السابق، ص87.
37. د.منذر الفضل، المصدر السابق، ص42.
38. وبنفس المعنى ينظر – د.أحمد حشمت أبو ستيت، المصدر السابق، ص44-45.
39. د.همام محمد محمود ؛ د.محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986م، ص231.
40. د.رمضان محمد أبو السعود، المصدر السابق، ص27.
41. د.عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1972م، ص364.
42. ششر / فيغو / فيرم ستون، أحكام العقد في القانون الانجليزي، ط9، دار الجيل، بيروت، 1976م، ص75.
43. د.شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات، ج1، طرفا الالتزام، مصر، بدون سنة طبع، ص127.
44. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، يدون سنة طبع، ص32.
45. د.محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976م، ص31.
46. د.محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، المكتبة القانونية، عمان، 2001م، ص16.
47. د.عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص177.
48. كمثال على التقييدات القانونية الواردة على عقد العمل ما ورد في نص المادة (806) فقرة (2) من القانون المدني الأردني، إذ جاء فيها "ولا يجوز أن تتجاوز مدة عقد العمل خمس سنوات، فإذا عقدت لمدة أطول ردت إلى خمس".

49. وذات المضمون أورده المشرع الأردني في نص المادة (169) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها "إذا كان العقد في شق منه باطلاً، بطل العقد كله، إلا إذا كانت حصة كل متعاقد معينة، فإنه يبطل في الشق الباطل، ويبقى العقد صحيحاً في الباقي"
50. ينظر – د.مصطفى مجدي هرجة، إيجار الأماكن المفروشة والمنشآت الطبية ومكاتب المحامين وانتهاء عقود الإيجار لغير المصريين في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للطباعة والنشر، 1984م، ص82.
51. محمد صديق محمد عبد الله / خليل إبراهيم محمد، أثر وفاة المستأجر في عقد الإيجار، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 8، العدد، 28، السنة 11، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، 2006، ص124.

المصادر.

** **الكتب.**
1. أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، مصر، 1963م.
2. حسن على الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976م.
3. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943م.
4. د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1953م
5. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، القاهرة، 1984م.
6. شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات، ج1، طرفا الالتزام، مصر، بدون سنة طبع.
7. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
8. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1972م.
9. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952م.
10. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني (نظريو العقد في قوانين البلاد العربية)، ج1، التراضي، القاهرة، 1958م.
11. عماد الدين الشر بيني، الشخص القانوني (علاقته – حقوقه – التزاماته)، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1973م.
12. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.
13. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976م.
14. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط1، 1991م.
15. همام محمد محمود / د.محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986م.

** **الرسائل والاطاريح .**

1. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، النظام العام العقدي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة النهرين، 2002م.
2. عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، 1981م.

** **المجلات والدوريات .**

1. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، دور الإرادة في تحول العقد، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، السنة الثالثة، بين الحكمة، بغداد، 2001م.
2. صبري حمد خاطر، تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين، المجلد (2،3)، تشرين الثاني، 1998م.
3. عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الإلزام القانوني بالتعاقد وتطبيقها في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد الثالث عشر، السنة التاسعة، بغداد، 1981م.
4. محمد صديق محمد عبد الله / خليل إبراهيم محمد، أثر وفاة المستأجر في عقد الإيجار، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 8، العدد، 28، السنة 11، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، 2006.
5. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، الكويت، 1998م.