

مضمون العقد كركن جديد من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الإنكليزي والعراقي^(*)

د. يونس صلاح الدين علي

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية القانون والعلاقات الدولية والدبلوماسية/ جامعة جيهان الخاصة

المستخلص

يعد مضمون العقد ركناً جديداً من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي بعد التعديل الجذري الذي أجراه المشرع الفرنسي على القانون المدني لعام ١٨٠٤. وتناول على وجه التحديد قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات، وذلك بمقتضى المرسوم ذو الرقم (m^o 2016-131) الصادر في العاشر من شباط/ فبراير عام ٢٠١٦، والذي صار نافذ المفعول في الأول من أكتوبر/ تشرين الأول من نفس العام. ولعل من أبرز التعديلات هي إضافة المادة (١١٢٨) الجديدة إلى القانون المدني الفرنسي والتي حددت أركان العقد بالتراضي والأهلية ومضمون العقد المشروع والمؤكد، وإلغاء المادة (١١٠٨) القديمة من هذا القانون. وعلى الرغم من أن القانون الإنكليزي لا يعرف فكرة السبب كركن مستقل من أركان العقد، إلا أنه عوض عنها عن طريق ركن مقابل الالتزام بالوعد، فضلاً عن بعض المبادئ القانونية، كمبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدية، ومبدأ عدم مشروعية العقد. أما القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ فإنه لا يزال متمسكاً بركن السبب كركن مستقل من أركان العقد، فضلاً عن ركني التراضي والمحل. إلا أنه يمتلك البدائل اللازمة للتخلص من ركن السبب.

Abstract

The **content of the contract** is considered as a new basic element of the contract in the French civil code, after the which the French legislator introduced as a reform to the civil code of 1804, and particularly to the contract law and of the obligations' general and evidence rules. According to

(*) أستلم البحث في ٢٠١٨/٨/١٦ *** قبل للنشر في ٢٠١٨/١٠/٤.

the ordinance n° 2016-131 dated February 10, 2016. And came into effect on 10 february 2016. And the most important of which may be the addition of the article (1182) to the civil code, which determined such three basic elements to the validity of the contract as the consent, the capacity to contract, and the licit and certain content of the contract. And cancelled the old article (1108) .. And although the English common law has not included the cause as an independent basic element of the contract, but it made up for it by the element of the consideration, and such other doctrines as illegality, frustration. Whereas the Iraqi Civil law No. (40) of 1951 is still abide by the element of cause as an independent basic element of the contract, as well as the elements of the consent and object. But the alternatives are available to get rid of the element of cause.

ألقدمية

أولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث: يتكون العقد في القوانين اللاتينية وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي على وجه الخصوص، فضلاً عن القوانين التي تأثرت بها كالقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ من ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب، خلافاً لقانون الأحكام العام الإنكليزي العرفي والمبني على السوابق القضائية، والذي يقوم العقد الرضائي البسيط في ظله على ثلاثة أركان أيضاً وهي التراضي والنية التعاقدية لإنشاء الالتزام والعوض أو مقابل الالتزام بالوعد. وهي أركان يختلف بعضها عن الأركان الراسخة في ظل نظرية العقد في القوانين اللاتينية. إلا أن المشرع الفرنسي أصدر مرسوماً برقم (n°2016-131) في العاشر من شباط/ فبراير عام ٢٠١٦ (10 février 2016) أجرى فيه العديد من التعديلات الجذرية، وعلى نطاق واسع على قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات، والذي صار نافذاً في الأول من أكتوبر/ تشرين الأول من نفس العام. إلا أن تعديل الأبرز من بين تلك التعديلات الجوهرية التي شملت القانون المدني الفرنسي، والتي طالت النظرية العامة للالتزامات، فقد تمثل بإلغاء ركن السبب بمفهومه القديم. والتخلص من النظرية التقليدية للسبب نهائياً، والمحافظة على مفهوم السبب وفقاً للنظرية الحديثة ضمناً بعد أن أدمج بالمحل ضمن ركن جديد لم يكن معروفاً سابقاً هو

ركن مضمون العقد المشروع والمؤكد، واختفاء مصطلحي المحاسن والسبب من أركان العقد. ويبدو بأن المشرع الفرنسي أحيا الجدل الفقهي السابق الذي أثاره الفقيه الفرنسي الكبير مارسيل بلانيول بشأن عدم جدوى ركن السبب، وحسم الجدل هذه المرة لمصلحة رأي هذا الفقيه. ويكون قد اقترب بذلك أيضاً من ركن مقابل الالتزام بالوعد السائد في القوانين الأنكلوسكسونية عموماً، والقانون الانكليزي على وجه الخصوص.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث: إن السبب الرئيس في اختيار موضوع البحث هو محاولة دراسة التغييرات الجذرية التي أجراها المشرع الفرنسي على قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات، والاستفادة منها ومن الاتجاهات التي تبناها القضاء الانكليزي، والمتمثلة بالسوابق القضائية للمحاكم الانكليزية في تحديد مضمون العقد في القانون المدني العراقي عن طريق بعض المفاهيم المقاربة له.

ثالثاً: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في التعديل الكبير والتغيير الجذري الذي طرأ على القانون المدني الفرنسي مؤخراً، والذي تناول وعلى وجه الخصوص الكثير من الثوابت الراسخة في هذا القانون، وهو التعديل الأهم والأخطر منذ صدوره لأول مرة عام ١٨٠٤. مع إمكانية الاستفادة من من التعديلات الجذرية الواسعة النطاق التي جرت على القانون المدني الفرنسي لعام (١٨٠٤)، وتمت بمقتضى المرسوم بقانون ذو الرقم (n° 2016-131) والذي اصدره المشرع الفرنسي في العاشر من شباط/ فبراير عام ٢٠١٦ (10 février 2016) لتعديل قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات لصياغة اقتراحات لتعديل أركان العقد في القانون المدني العراقي، أسوة بالقانون المدني الفرنسي، ومواكبة للتغيرات الجذرية التي طرأت عليه. على الرغم من أن القانون المدني العراقي تأثر بالفقه الإسلامي، إلا أنه لا ينكر تأثره بالقانون المدني الفرنسي. لأن القانون المدني المصري هو مصدر رئيس من مصادر القانون المدني العراقي.

رابعاً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في التغيير الجذري الذي أجراه المشرع الفرنسي على أركان العقد الراسخة الجذور في القانون المدني ومنذ أمد بعيد وذلك بدمج ركنين بارزين من أركانه وهما المحل والسبب وفقاً للنظرية الحديثة، ودمجها في ركن جديد هو مضمون العقد. مع إلغاء ركن السبب نهائياً وفقاً للنظرية التقليدية. والسؤال المطروح هو هل يمكننا الاستفادة من هذا الركن الجديد والجزء المترتب على تخلفه في القانون المدني العراقي، وذلك لغرض اقتراح نظام قانوني جديد يحكم أركان العقد في القانون المدني العراقي؟. وهل

أن الأساس القانوني متوافر في القانون المدني العراقي للتخلص نهائياً من ركن السبب أسوة بالقانون المدني الفرنسي، وبناء العقد على ركن آخر يكون أكثر شمولاً من ركن المحل، ويستوعب في نفس الوقت ركن السبب ويقوم مقامه؟. وذلك لأن الإبقاء على السبب بمفهومه القديم وفقاً للنظرية التقليدية لا فائدة له، ولكونه مصدر للخلط والاضطراب^(١). ففي العقود الملزمة للجانبين يمكن إبطال العقد بفكرة المحل والارتباط بين الالتزامات. وفي العقود العينية فإن انعدام السبب ما هو إلا انعدام العقد ذاته. أما عقود التبرع فيكفي أن ينص القانون على بطلانها إذا كان الباعث غير مشروع أو مخالفاً للنظام العام والآداب. أما السبب وفقاً للنظرية الحديثة، فعلى الرغم من أهميته وتسليم الفقه والقضاء به، فإن دمجه بالمحل تحت مسمى جديد هو مضمون العقد أو مقتضاه يجعل عملية انعقاد العقد أيسر نتيجة تجانس المفاهيم القانونية وتوحيدها، مقارنة بوجود مفاهيم مختلفة كمفهوم المحل والسبب^(٢).

خامساً: نطاق البحث: يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل البحث في مضمون العقد المشروع والمؤكد كركن جديد من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي، من حيث تعريفه وخصائصه وطبيعته القانونية والجزاء المترتب على تخلف شروطه، مقارنةً بموقف القانونين الإنكليزي والعراقي.

سادساً: منهجية البحث: انتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، بإجراء تحليل قانوني لمضمون العقد في القانون المدني الفرنسي ومقارنته بموقف القانونين الإنكليزي والعراقي.

سابعاً: خطة البحث: في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على ثلاثة مباحث وكما يأتي:

- المبحث الأول: مفهوم مضمون العقد في القانونين الفرنسي والمقارن
المبحث الثاني: عناصر مضمون العقد في القانونين الفرنسي والمقارن

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٢٠١.

(2) Stephanie Porchy-Simon. Droit Civil. 2e anée. Les Obligations. Hypercours & Travaux dirigés. Dalloz. 2018. p.115.

المبحث الثالث: الجزاء المترتب على تخلف شروط مضمون العقد في القانونين الفرنسي والمقارن

المبحث الأول

مفهوم مضمون العقد في القانونين الفرنسي والمقارن

لقد صار مضمون العقد ركناً جديداً ومستقلاً من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي بعد التعديل الجوهري الذي أجري عليه بمقتضى مرسوم عام ٢٠١٦ المتعلق بتعديل قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات^(١). وقد ألقى المشرع الفرنسي ركن السبب بمفهومه القديم الذي دار حوله الجدل لفترة زمنية طويلة، وأنشأ بدلاً عنه ركناً جديداً هو مضمون العقد^(٢)، والذي حافظ فيه على السبب وفقاً للنظرية الحديثة ضمناً بعد أن أدمجه بالمحل ضمن إطار هذا الركن الجديد. وبذلك فقد صار المشرع الفرنسي أقرب في موقفه إلى موقف قانون الأحكام العام (The common law) الانكليزي العرفي والمبني على السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية^(٣)، والذي لم يأخذ بفكرة السبب كركن من أركان العقد في القانون الانكليزي، وتبنى بدلاً عنها مجموعة من المفاهيم التي يمكن أن تقوم مقام السبب، وترتبط بمحل العقد ارتباطاً وثيقاً. ومن أبرزها مفهوم مقابل الالتزام بالوعد (Consideration) والبند الجوهري للعقد، ومبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدية (The doctrine of frustration) ومبدأ عدم مشروعية العقد. أما

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

(2) Gómez-Acebo & Pombo Abogados .Highlights of the reform of the French law of contracts and obligations by Ordinance no. 2016-131 of 10 February 2016. Reform of the French Civil Code and the New French Contract Law: What Are the Main Impacts on French M&A and Private Equity Practices?

دراسة منشورة على الموقع الالكتروني:

<http://www.stehlin-legal.com/en/publication/reform-of-the-french-civil-code-and-the-new-french-contract-law-what-are-the-main-impacts-on-french-ma-and-private-equity-practices/>

(٣) د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان،

٢٠١٢، ص ٧.

القانون المدني العراقي، وعلى الرغم من احتفاظه بركن السبب كركن مستقل من أركان العقد فضلاً عن الركنين الآخرين وهما التراضي والمحل، فإن بإمكانه أن يحذو حذو المشروع الفرنسي ويقوم بإجراء مثل هذا التغيير الجذري. ولا سيما أن الأساس القانوني الذي يمكن أن يستند عليه مثل هذا التغيير متوافر فيه، ويتمثل بفكرة مقتضى العقد التي استمدتها من أصالة الفقه الإسلامي الجليل. مع الإبقاء على ركن محل العقد ودمجه بمقتضاه. لذا فسوف نكرس هذا المبحث لدراسة مفهوم مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي بعد التعديل الأخير الذي أجراه، بتعريفه وشروط صحته وطبيعته القانونية. ومقارنته بموقف القانونين الإنكليزي والعراقي وكما يأتي:

المطلب الأول

تعريف مضمون العقد في القانونين الفرنسي والمقارن

يعرف جانب من فقه القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ مضمون العقد (Contenu du contrat) بأنه محل الالتزام، والذي يصلح أن يكون جواباً عن السؤال الذي طرحه الفقيه (Oudot) والمكون من شقين، والذي يقول بماذا التزم المدين تجاه الدائن؟ وما هو مضمون الالتزام؟. ثم يجيب على السؤال بقوله بأن المدين ملتزم بالإعطاء، أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن العمل. وعرفه جانب آخر من الفقه⁽²⁾ بأنه محل الالتزام المترتب على العقد فضلاً عن الشروط التعاقدية، والذي ينبغي أن يكون مشروعاً ومؤكداً. ويتبين من هذين التعريفين بأن مضمون العقد لا يعدو أن يكون في حقيقته محلاً للالتزام أو محلاً للعقد. ويتمثل الالتزام بالإعطاء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن العمل. ويتحلل عنصر الإعطاء إلى نقل حق عيني كالملكية، أو الاستعمال أو الحيازة. وجميعها يمكن أن يكون محلها شيء من الأشياء. أما العمل فيتحلل إلى العمل الإيجابي أو ما يعرف أيضاً بالأداء (Prestation) أو يتحلل بدوره إلى عدم القيام بعمل وهو الامتناع. كما يتضمن مضمون العقد الشروط التي يمكن إدراجها في العقد. وقد ألقى المشروع الفرنسي ركن السبب بمفهومه القديم. وتخلص من النظرية التقليدية للسبب نهائياً، وحافظ على مفهومه وفقاً للنظرية

(1) Boris starck, Henri Roland et Laurent Boyer. Obligations 2. Contrat. Quatrième édition. Litec, Libraire de la cour de cassation. Paris.1993. P.211.

(2) Stephanie Porchy-Simon. op Cit. p.115.

الحديثة ضمناً بعد أن أدمجه بالمحل ضمن ركن مضمون العقد. أما في قانون الأحكام العام الانكليزي فإن مضمون العقد يتمثل بفكرتين الأولى هي مقابل الالتزام بالوعد (Consideration) والذي عرفه جانب من الفقه^(١) بأنه حق أو مصلحة أو منفعة أو فائدة تؤول إلى أحد الطرفين المتعاقدين وهو الواعد في مقابل امتناع عن عمل أو خسارة أو مسؤولية أو أذى يتحملة الطرف الآخر وهو الموعود له. والثانية هي بنود العقد، والتي عرفها جانب من الفقه الانكليزي^(٢) بأنها (مجموعة بيانات أو وعود أو اشتراطات قد تكون صريحة أو ضمنية يجري إدراجها في العقد وبدورها تحدد نطاق حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين فضلاً عن المعالجات (أي التعويضات) المتاحة في حال الإخلال بتلك البنود والتي تتحدد (أي المعالجات) وفقاً لأهمية كل بند من بنود العقد). وعرفها فقيه آخر^(٣) بأنها: (البيانات التي يتم إدراجها قبل أو وقت انعقاد العقد والتي قد تكون شفوية أو تحريرية وبالتالي فإن التعويض المترتب لمصلحة الطرف المتضرر من الإخلال بأحد تلك البيانات سوف يعتمد على كيفية تفسير القانون لذلك البيان). أما البند الجوهرى (Fundamental Term) فهو جوهر العقد الذي يسعى الطرفان المتعاقدان إلى الوصول إليه، والذي لا يمكن استبعاد المسؤولية الناجمة عن الإخلال به إطلاقاً عن طريق شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية^(٤). وللتعويض عن عدم وجود نظرية مستقلة للسبب في القانون الانكليزي، فقد ارتبط مفهوم بنود العقد بمفاهيم أخرى مكملة له كمقابل الالتزام بالوعد، ومبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدى واللذين يقومان مقام السبب وفقاً للنظرية التقليدية في القانون المدني الفرنسي. فضلاً عن عدم المشروعية والنظام العام واللذين يقومان، وإلى حد، ما مقام السبب وفقاً للنظرية الحديثة في القانون المدني الفرنسي^(٥). أما

-
- (1) Pamela R. Tepper. The Law of Contracts and the Uniform Commercial Code. Second Edition. DELMAR CENGAGE learning. New York. 2012, P.80.
 - (2) Robert Duxbury, Nutshells contract Law, Fifth Edition, Sweet and Maxwell, 2001, p.32.
 - (3) Ewan Mckendrick, contract law, Sixth Edition, Palgrave Macmillan, 2005, p.180.
 - (4) Guest. Anson's Law of Contract, 26th Edition, Oxford University Press, 1984, P.152.
 - (5) Solène Rowan. The new French law of contract. 2017. p.11. International & Comparative Law Quarterly. ISSN 0020-589=

القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ فإنه لا يزال متمسكاً بركن السبب كركن مستقل من أركان العقد فضلاً عن الركنين الآخرين وهما التراضي والمحل، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإنه يتضمن الأساس القانوني الذي يمكن أن يستند عليه إرساء ركن مضمون العقد، أسوة بالقانون المدني الفرنسي، والذي يتمثل في القانون المدني العراقي بفكرة مقتضى العقد التي استمدها المشرع العراقي من الفقه الإسلامي، مع الإبقاء على ركن محل العقد ودمجه بمقتضاه. وقد اهتم الفقه الإسلامي بهذه الفكرة وأضفى عليها العديد من المعاني: الأول قد تعني هذه الفكرة مضمون العقد بالمعنى المصدرى، فالمقتضى هو مفيض الأثر أي مرتبه. فالأثر يفاض منه ويترتب عليه مع اجتماع الشرائط وعدم الموانع^(١). فمضمون العقد بمعناه المصدرى في عقد البيع مثلاً يعني تملك العين مقابل عوض مالي. فمضمون البيع ينطوي، فضلاً عن تملك العين، على دفع الثمن وتسليم المبيع^(٢). فإذا كان الشرط المقترن بالعقد منافياً لمقتضى العقد، كاشتراط عدم التملك في عقد البيع، وقع الشرط باطلاً فضلاً عن بطلان البيع. والثاني أنها قد تعني المقصود من العقد أو ما يرمي إليه العقد ويسعى إلى تحقيقه من غايات^(٣)، والعقود تابعة للمقصود. فالمقصود من المضاربة الربح كما أن المقصود من البيع التملك^(٤). والمعنى الثالث لمقتضى العقد هو الآثار المترتبة على العقد، أو الأحكام التي قررها الشرع لكل عقد من

=بحث منشور في مجلة

(١) محمد حسن البجنوردي. القواعد الفقهية. الجزء الثالث. الطبعة الأولى. مطبعة الهادي.

١٣٧٧ هـ. ص ٢٦٧.

(٢) شمس الدين السرخسي. المبسوط. الجزء الثالث عشر. دار المعرفة بيروت. ١٩٨٩.

ص ١٤.

(٣) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.

الجزء الثامن. الطبعة الثانية. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. ٢٠٠٣. ص ٥٤.

(٤) محمد الخرخشي أبو عبد الله - علي العدوي. شرح الخرخشي على مختصر سيدي خليل

وبهامشه حاشية العدوي. الجزء الخامس. الطبعة الثانية. المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق

مصر. ١٣١٧ هـ. ص ٨٠.

العقود^(١). والرابع هو الأثر الظاهر للعقد، والذي يسعى المتعاقدان من وراء إبرام ذلك العقد إلى ترتيبه، ولا يستقيم العقد دون ذلك الأثر^(٢). ويتمثل بالالتزام أو مجموعة الالتزامات الجوهرية أو الأساسية المترتبة على العقد، والتي تمثل الغاية الأساسية من العقد^(٣). وتقترب فكرة مقتضى العقد في معناها الأخير من مفهوم حكم العقد، والذي هو أثره الأصلي أو الغاية منه^(٤). وأخيراً قد يراد بمقتضى العقد بعض الآثار العرفية غير الظاهرة للعقد، إذ قد توجد ملازمة عرفية بين نفيها ونفي مضمون العقد، كتصرف المشتري في المبيع ببعض التصرفات التي هي من آثار ملكه. من ذلك هبته للعين المباعة إلى أحد أصدقائه^(٥). وقد أشار القانون المدني العراقي إلى مقتضى العقد، عندما أجاز في الفقرة الأولى من المادة (١٣١) منه^(٦) أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة. وقد عرفه جانب من فقه القانون المدني العراقي^(٧) تعريفاً مقتبساً من الفقه الإسلامي بأنه الأحكام التي نص عليها الشرع مباشرة أو استنبطها الاجتهاد الفقهي حفظاً للتوازن بين العاقدین في العقود.

(١) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤، ص ٥٤٩.

(٢) محمد حسن البجنوردي. القواعد الفقهية. ج٣. مصدر سابق. ص ٢٦٨.

(٣) علي هادي علوان، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص ١٣٩.

(٤) د. أكرم محمود حسين البدو. حكم العقد دراسة مقارنة. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق. المجلد-١٥- العدد ٥٥. السنة ٢٠١٢. ص ٧.

(٥) محمد حسن البجنوردي. القواعد الفقهية. ج٣. مصدر سابق. ص ٢٦٩.

(٦) نصت الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على أنه (١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة).

(٧) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ٤١٤.

المطلب الثاني

شروط صحة مضمون العقد في القانونين الفرنسي والمقارن

يشترط لصحة مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي أن يتوافر فيه شرطان، الأول أن يكون مشروعاً (Licite) والثاني أن يكون مؤكداً (Certain)، وبالمقابل يشترط القانون المقارن المتمثل في دراستنا هذه بالقانونين الإنكليزي والعراقي بعض الشروط. وسنبحث في الشرطين اللذين اشترطهما القانون المدني الفرنسي، ومقارنتهما بموقف القانونين الإنكليزي والعراقي وكما يأتي:

الفرع الأول

شروط مشروعية ركن مضمون العقد

إن البحث في شرط مشروعية ركن مضمون العقد تستلزم منا دراسته في القانون المدني الفرنسي ثم مقارنة موقفه بموقف القانونين الإنكليزي والعراقي وكما يأتي:

أولاً: موقف القانون المدني الفرنسي: لقد صار مضمون العقد بعد التعديل الجديد الذي أجراه المشرع على القانون المدني الفرنسي ركناً جديداً من أركان العقد، فضلاً عن ركني التراضي والأهلية. ويكون بذلك قد حل بمقتضى التعديل الجديد محل ركن السبب الذي ألغاه المشرع الفرنسي. وهو يكون مشروعاً إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام⁽¹⁾، وذلك بمقتضى المادة (١١٦٢) الجديدة وفقاً للتعديل الأخير السالف الذكر، والتي نصت على أنه (لا يجوز للعقد أن يكون مخالفاً للنظام العام بشروطه وبمقاصده، سواء أدركتها الأطراف المتعاقدة أم لم تدركها)⁽²⁾. ويتحقق شرط المشروعية وفقاً لهذا النص بالالتزام باحترام النظام العام. إلا أن جانباً من فقه القانون المدني الفرنسي⁽³⁾ يرى بأنه، وعلى الرغم من إغفال المشرع الفرنسي لذكر الآداب العامة، إلا أن التقيد بها يعد مسألة ضرورية لتحقيق مشروعية مضمون العقد، جنباً إلى جنب مع النظام العام. فالآداب العامة هي الأخلاق الحسنة التي تقوم على أساس التصرفات التي تتفق مع قواعد الأخلاق، والتي تحظى

(1) Stephanie Porchy-Simon. op Cit. p.117.

(2) Article 1162 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 : (Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties) .

(3) Stephanie Porchy-Simon. op Cit. p.118.

بالقبول من لدن المجتمع والثقافات السائدة فيه في فترة زمنية معينة. أما النظام العام فهو صمام الأمان الذي يضطلع بمهمة حماية المصلحة العامة وسلامة الأفراد في المجتمع^(١). وبذلك فقد استوعب ركن مضمون العقد الجديد في القانون المدني الفرنسي ركنين آخرين من أركان العقد الراسخة في هذا القانون، وهما ركن المحل والسبب بمفهومه الحديث. بعد إلغاء السبب نهائياً بمفهومه القديم.

ثانياً: موقف القانون الإنكليزي: لقد تبنى قانون الأحكام العام الإنكليزي مبدأ عدم مشروعية العقد (Doctrine of illegality of contract) والذي صنف بمقتضاه العقود إلى عقود غير مشروعة وعقود باطلة. وذلك من حيث القصد أو الغاية التي يرمي إليها المتعاقدان من التعاقد، وما إذا كانت مشروعة أم غير مشروعة. فقد عد العقود التي يكون نشؤها وانعقادها محظوراً منذ البدء عقوداً غير مشروعة، لأنها ترمي إلى غاية غير مشروعة. فيكون العقد يعد باطلاً منذ نشوئه (Void ab Initio). أما إذا لم ترم إلى غاية غير مشروعة، ولكنها افتقرت إلى ركن من أركان انعقادها أو كانت مخالفة للنظام العام فإنها تكون باطلة، دون أن تكون غير مشروعة^(٢). لذا فإن نشؤها لا يكون محظوراً، لأن القصد منها قد يرمي إلى الوصول إلى غاية مشروعة. إلا أن المحكمة تقوم بإبطالها على الرغم من مشروعيتها الغاية التي ترمي إليها. فكل عقد غير مشروع هو عقد باطل، ولكن ليس كل عقد باطل هو عقد غير مشروع بالضرورة^(٣).

ثالثاً: موقف القانون المدني العراقي: ويشترط القانون المدني العراقي من جانبه شرط المشروعية في ركني المحل والسبب، فيكون محل العقد مشروعاً إذا كان قابلاً للتعامل فيه. بأن لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون. فهناك أشياء تأتي طبيعتها التعامل فيها، أو يتنافى الغرض الذي خصصت له مع التعامل فيها، أو يعد التعامل فيها مخالفاً

(1) Jean Carbonnier, Droit civil : les obligations, quinzième édition. Thémis, Droit Privé. Presses universitaires de France. 1991. p.147.

(2) Jill poole. Textbook on Contract Law. Thirteenth Edition. Oxford University Press. 2016.P.612.

(٣) لمزيد من التفصيل ينظر الموقع الإلكتروني:

www.quora.com/what-is-the-difference-between-Void-Agreement-and-Illegal-Agreement

للنظام العام أو الآداب، فيحظر لعدم مشروعيتها^(١). وذلك بمقتضى المادة (٦١) منه والتي نصت (١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية. ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيارتها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية). كما يكون محل الالتزام مشروعاً إذا كان غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، وإلا كان العقد باطلاً. ويستوي في ذلك أن يكون محل الالتزام عملاً أم امتناعاً عن عمل، أم إعطاء شيء معين. وذلك وفقاً للفقرة الأولى من المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنه (يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلاً). أما مشروعية السبب فيقصد بها مشروعية الباعث^(٢). فالسبب المشروع هو الذي لا يتعارض مع القانون، ولا يخالف النظام العام والآداب. وذلك وفقاً للفقرة الأولى من المادة (١٣٢) منه. والسبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد هو السبب وفقاً لمفهوم النظرية الحديثة، والذي يشترط لصحة العقد أن يكون مشروعاً، لأنه ينسب إلى العقد لا إلى الالتزام. لذا يشترط لإبطال العقد أن يكون الطرف الآخر الذي لم يقم لديه الباعث غير المشروع على اتصال بهذا الباعث، أي أنه كان يعلم به أو من السهل عليه معرفته^(٣). ويتداخل السبب وفقاً للنظرية الحديثة مع نظام قانوني آخر هو الغلط في الباعث الذي هو غلط في الدافع إلى التعاقد أيضاً، والذي يشترط لإمكانية طلب الطرف الواقع فيه إبطال العقد، أن يثبت أن الطرف الآخر كان واقعاً أيضاً في نفس الغلط، أي كان الغلط مشتركاً. أو أنه كان يعلم به، أو كان يسهل عليه

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه العربي، الجزء الثالث، محل العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٨٠.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص ١٠٥.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. الوجيز في نظرية الالتزام. ج ١. مصدر سابق. ص ١٠٥.

العلم به على الأقل، بحيث يصير التمييز بينهما أمراً عسيراً^(١). كما قد يحصل للتداخل بين مفهوم الغلط في الباعث وبين مفهوم السبب الموهوم، والذي يمكن توضيحه بالمثال الآتي: فلو أن موظفاً استأجر داراً للسكنى في بغداد وقام بدفع الأجرة، معتقداً أنه قد نقل إليها ثم يتبين عدم نقله. ففي هذه الحالة يكون الموظف قد وقع في غلط في الباعث الذي دفعه إلى التعاقد. ومثل هذا الغلط لا أثر له على صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية للغلط، إلا أنه يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد وفقاً للنظرية الحديثة في الغلط، لكونه يمثل غلطاً جوهرياً في أمور تبیح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد. أما لو تم نقل الموظف فعلاً واستأجر داراً للسكنى، ثم تبين أن نقله لم يكن وارداً وأعيد إلى محل عمله في محافظته، ففي هذه الحالة يكون سبب الالتزام موهوماً، لأنه يمثل غلطاً في حصول الواقعة، فيكون عدم وجود السبب معناه عدم حصول الواقعة المنشئة للالتزام وذلك وفقاً للنظرية التقليدية للسبب^(٢). أما السبب وفقاً للنظرية الحديثة في مثالنا أعلاه فلا بد أن يكون موجوداً، لأنه الباعث الدافع إلى التعاقد. إلا أنه يشترط لصحة العقد أن يكون مشروعاً.

الفرع الثاني

شرط تأكيد ركن مضمون العقد أو تعيينه

وكذلك الحال بالنسبة إلى شرط تأكيد مضمون العقد أو تعيينه فسوف نقوم بدراسته في القانون المدني الفرنسي بعد التعديل الجديد، ثم مقارنته بموقف القانونين الإنكليزي والعراقي وكما يأتي:

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد. ج ١. مصدر سابق، ص ٢٦٣.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد. ج ١. المصدر نفسه، ص ٤٢٦.

أولاً: موقف القانون المدني الفرنسي: يقصد بهذا الشرط أن يكون مضمون العقد معيناً أو قابلاً للتعيين على الأقل^(١). وذلك وفقاً للمادة (١١٦٣) من القانون المدني الفرنسي، والتي نصت على أن (ينصب محل الالتزام على أداء حاضر أو مستقبلي. وينبغي أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. ويكون الأداء معيناً عندما يذكر في العقد، أو بالرجوع إلى الأعراف أو العلاقات السابقة للأطراف، دون أن يكون من الضروري التوصل إلى اتفاق جديد بينهم)^(٢). وينبغي توافر هذا الشرط، وكما سنرى لاحقاً، في كل من محل الالتزام ومحل العقد، واللذين ينضويان تحت عنوان مضمون العقد بمفهومه الجديد، والذي تضمن فضلاً عن ذلك الشروط التعاقدية. ويرى جانب من فقه القانون المدني الفرنسي^(٣) بأن الفائدة العملية التي تترتب على الأخذ بفكرة مضمون العقد كركن جديد من أركان العقد ودمج ركني والسبب وفقاً للنظرية الحديثة في هذه الفكرة هي تجانس المفاهيم القانونية وتوحيدها، فالمادة (١١٢٨) الجديدة وحدت بين مفهومي المحل والسبب بعد أن تخلصت نهائياً من فكرة السبب وفقاً للنظرية التقليدية. وقد اكتسب هذا المفهوم الجديد الموحد أهمية كبيرة من الناحية العملية التطبيقية، لأنه يعد أكثر انسجاماً مع مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية. بحيث يكون من اليسير اتفاق إرادات الأطراف على مسألة موحدة، كما يجعل عملية انعقاد العقد يسيرة نتيجة تجانس المفاهيم القانونية وتوحيدها.

ثانياً: موقف القانون الإنكليزي: يشترط قانون الأحكام العام الإنكليزي في مقابل الالتزام بالوعد كركن من أركان العقد الرضائي لكي يكون مؤكداً أن يكون حقيقياً أو كافياً^(٤)

(1) [L'objet, la cause et l'absence de la référence aux bonnes mœurs suite à la réforme du droit du contrat](#)

دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني

<http://magalie-guerrero.over-blog.com/2016/08/l-ordonnance-du-10-fevrier-2016-portant-reforme-du-droits-des-obligations-modifie-la-regle-des-conditions-de-validite-du-contrat-l-a>

(2) Art.1163 :(L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire) .

(3) Stephanie Porchy-Simon. op Cit. p.115.

(4) Robert Duxbury, op Cit , p.19.

(Real or sufficient consideration)، أي أن يتمتع بقيمة معينة تعرف بالقيمة الاقتصادية. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي^(١) بأن المقصود بالقيمة الاقتصادية للمقابل هي تلك القيمة التي يعترف بها القانون أو تبدو في نظره على هذا النحو، وأن القانون لا يعنى بتفاوت قيمة الأداءات في الصفقة، وحتى وإن كانت القيمة النسبية للمقابل غير متناسبة^(٢). وعلى الرغم من أن قانون الأحكام العام العرفي والمبني على السوابق القضائية لم يشترط شرط التعيين أو على الأقل قابلية التعيين في مقابل الالتزام بالوعد، فإن هذا الشرط يمكن استخلاصه ضمناً لسببين: الأول هو أن بنود العقد (Contractual terms) تلعب دوراً كبيراً في تحديد المقابل. والثاني هو أنه وعلى الرغم من عدم عد محل العقد (The subject-matter of the contract) كركن مستقل من أركان العقد الرضائي في القانون الإنكليزي، إلا أنه يكاد يتداخل مع ركن مقابل الالتزام بالوعد.

ثالثاً: موقف القانون المدني العراقي: أما بالنسبة إلى شرط التعيين أو القابلية للتعيين في القانون المدني العراقي فينطبق على المحل عموماً سواء أكان محلاً للعقد أم محلاً للالتزام. فمحل الالتزام عملاً كان أم امتناعاً عن عمل ينبغي أن يكون معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة، أي خلوه من الغرر^(٣). أو قابلاً للتعيين على الأقل. ويصح الشيء نفسه إذا كان محل الالتزام يتمثل بالإعطاء^(٤). كما ينبغي أن يكون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعيين، بتحديد الأسس التي يتم في ضوءها تعيينه^(٥). سواء أكان عيناً معينة بالذات أم شيئاً معيناً بنوعه.

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel, Treitel on The law of contract, Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010, p.89.

(2) Richard stone, the modern law of contract, Routledge, 2013, p.96.

(٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي. الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية. الجزء الأول. شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحدودة. بغداد. دون سنة طبع. ص ١٥١.

(٤) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٠٧.

(٥) د. حسام الدين كامل الأهواني. النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، المجلد الأول المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠، ص ٢٥٦.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لمضمون العقد في القانونين الفرنسي والمقارن

عدت المادة (١١٢٨) الجديدة من القانون المدني الفرنسي مضمون العقد ركناً جديداً من أركان العقد، فضلاً عن ركنين آخرين هما التراضي والأهلية يشترطان لانعقاد العقد وصحته. وقد نصت هذه المادة الجديدة على أنه (يشترط لصحة العقد توافر الأركان الآتية: ١- تراضي الأطراف المتعاقدة ٢- تمتعهم بأهلية التعاقد ٣- المضمون المشروع والمؤكد)^(١). وحلت هذه المادة بمقتضى المرسوم السالف الذكر محل المادة (١١٠٨) القديمة والملغاة من القانون المدني الفرنسي، والتي كانت تنص على أنه (يشترط توافر أربعة شروط جوهرية لصحة الاتفاق هي: ١- تراضي الأطراف الملزمة ٢- تمتعهم بأهلية التعاقد ٣- محل مؤكد أو محدد يشكل موضوع التعهد ٤- سبب مشروع للالتزام)^(٢). ويتبين من نص (١١٢٨) السالفة الذكر من القانون المدني الفرنسي بأن المشرع الفرنسي قد عد مضمون ركناً جديداً ومستقلاً من أركان العقد. وقد حل هذا الركن محل ركني المحل والسبب المذكورين في المادة (١١٠٨) الملغاة من القانون المدني الفرنسي^(٣)، والتي كان العقد يقوم بمقتضاها على أربعة أركان ينبغي توافرها وإلا عد العقد باطلاً^(٤). فبالنسبة إلى ركن المحل، سواء أكان محل العقد أم محل الالتزام، فقد أدمجه المشرع الفرنسي بالركن الجديد وهو مضمون العقد، بعد أن تلاشى كركن مستقل من أركان العقد. إلا أنه بقي محتفظاً بمكونيه التقليديين وهما محل العقد ومحل الالتزام، واللذين سوف نتطرق إليهما لاحقاً عند دراسة عناصر مضمون العقد، والتي ضمت فضلاً عن هذين العنصرين،

(1) Art.1128: (Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1-Le consentement des parties ; 2- Leur capacité de contracter ; 3- Un contenu licite et certain.) .

(2) Art.1108.-(Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'un convention: 1- Le consentement de la partie qui s'oblige ; 2- La capacité de contracter ; 3- Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; 4-une cause licite dans l'obligation).

(3) Jean-Louis Halperin. The French Civil Code. University College of London Press. 2006. p.43.

(4) [Jean Mazeaud, Henri Mazeaud, François Chabas](#) . Leçons de droit civil. 2. 1, Obligations: théorie générale. Montchrestien, 1991, p.151.

وبمقتضى التعديل الجديد شروط العقد كذلك. أما بالنسبة إلى ركن السبب في مفهومه التقليدي فقد أُلغاه المشرع الفرنسي نهائياً. على الرغم من أن المادة (١١٣١) القديمة من القانون المدني الفرنسي كانت قد تناولت السبب وفقاً للنظريتين التقليدية والحديثة، إذ نصت على أن (الالتزام لا يكون له أثر إذا لم يكن قائماً على سبب، أو كان قائماً على سبب غير صحيح أو موهوم أو على سبب غير مشروع)^(١). ويبدو بأن المشرع الفرنسي في تعديله الجديد قد انحاز إلى رأي خصوم السبب من الفقهاء القدامى (anticausalistes) والذين تزعمهم الفقيه (Planiol) الذي نادى بوجوب إلغاء السبب وفقاً للنظرية التقليدية، لأنها نظرية خاطئة وغير مفيدة^(٢). فهي خاطئة لأن الالتزامين في العقد الملزم للجانبين يولدان في وقت واحد، ولا يكون أحدهما سبباً للآخر. وهو ما يعد استحالة منطقية لأن السبب ينبغي أن يسبق النتيجة^(٣). كما أنها غير مفيدة في نفس الوقت ويمكن الاستغناء عنها بالأخذ بفكرة المحل والارتباط بين الالتزامين المتقابلين، بحيث يتوقف مصير أحدهما على الآخر، ودون الحاجة إلى القول بأن نشوء أحدهما هو سبب لنشوء الآخر. وعلى هذا الأساس، وبحسب رأي الفقيه (Planiol)، فإن السبب ليس بذي فائدة ولا يستحق أي ذكر على وجه الخصوص^(٤). ويبدو بأن المشرع الفرنسي قد أحيا بتعديله الأخير من جديد مطالبات أولئك الفقهاء من خصوم نظرية السبب بإلغائها نهائياً من النظرية العامة للالتزامات، والاكْتفاء بارتباط التراضي بالمحل لانعقاد العقد، وهو ما أخذ به فعلاً عندما اشترط لصحة العقد ضرورة توافر التراضي ومضمون العقد فضلاً عن الأهلية اللازمة للتعاقد. وأخيراً فبالنسبة إلى السبب في مفهومه الحديث والمتمثل بسبب العقد، فيبدو بأن المشرع الفرنسي قد احتفظ به ضمناً ضمن إطار ركن مضمون العقد بعد إلغاء ركن السبب نهائياً بمفهومه التقليدي القديم من القانون المدني الفرنسي. وذلك عندما اشترط لصحة مضمون العقد أن يكون مشروعاً ومؤكداً. ويقصد بمشروعية مضمون العقد

(1) Art.1131.- (l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite , ne peut avoir aucun effet).

(2) Boris starck, Henri Roland et Laurent Boyer. op Cit. P.308.

(٣) جاك غستان. المطول في القانون المدني. تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي. الطبعة الثانية. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع مجد. ٢٠٠٨. ص ٩٣١.

(4) Marcel planiol et Georges Ripert. Traité pratique de droit civil français .Tome, x. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952 , p.26.

ألا يكون مخالفاً للنظام العام^(١)، وهو ما يتفق مع النظرية الحديثة في السبب التي تقوم على أساس الباعث الدافع على التعاقد، والذي ينبغي أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب. ويبدو بأن المشرع الفرنسي أخذ بفكرة الارتباط بين الالتزامين المتقابلين ضمن إطار مضمون العقد كأساس لانعقاد العقد بعد إلغاء ركن السبب بمفهومه التقليدي. وتخلص من النظرية التقليدية للسبب نهائياً، وحافظ مفهومه وفقاً للنظرية الحديثة ضمناً بعد أن أدمجه بالمحل ضمن ركن مضمون العقد. وهكذا فقد زال ركن السبب نهائياً كركن مستقل من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي. وبذلك فإن موقف المشرع الفرنسي يقترب وبعد التعديل الأخير من موقف قانون الأحكام العام الإنكليزي والذي يشترط لانعقاد العقد الرضائي البسيط توافر مقابل الالتزام بالوعد، فضلاً عن التراضي والنية التعاقدية. فمقابل الالتزام بالوعد في القانون الإنكليزي هو ركن مستقل بحد ذاته، وفكرة تقوم مقام السبب^(٢). وهو عبارة عن حق أو مصلحة أو منفعة أو فائدة تؤول إلى أحد الطرفين المتعاقدين في مقابل امتناع عن عمل أو خسارة أو مسؤولية أو أذى يتحملة الطرف الآخر^(٣). وبمقتضاه فإن القوة الملزمة لا تخلص إلا للوعد المدعمة بالمقابل^(٤)، على أساس مفهوم الصفقة^(٥). وقد تبنى المشرع الفرنسي في التعديل الأخير فكرة مقابل الالتزام (La contrepartie) في المادة (1107) الجديدة التي أضيفت إلى القانون

(1) L'objet, la cause et l'absence de la référence aux bonnes mœurs suite à la réforme du droit du contrat

دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني

<http://magalie-guerrero.over-blog.com/2016/08/1-ordonnance-du-10-fevrier-2016-portant-reforme-du-droits-des-obligations-modifie-la-regle-des-conditions-de-validite-du-contrat-l-a>

(٢) د. مصطفى سلمان حبيب، المصطلحات القانونية في العقود الإنكليزية، دار الثقافة

للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٣٩. ينظر أيضاً د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في

العقد في القانون الإنكليز وأمريكي، بغداد، ١٩٩١، ص ١٦١. د. طلبة وهبة خطاب، مقابل

الالتزام بالوعد في القانون الانجلو أمريكي، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص ١٠.

(3) Robert Duxbury, op Cit, p.17.

(4) Mindy- chen - wishart. Contract Law, Sixth Edition, Oxford University Press, 2018, p.110.

(5) Richard Stone. The modern law of contract. Ninth Edition. Routledge, Taylor & Francis group. London. 2011. P.86.

المدني الفرنسي التي نظمت عقد المعاوضة، والتي نصت على أن (العقد يكون معاوضة عندما يحصل كل طرف من الطرفين على فائدة كمقابل لما يعطيه)^(١). وبالنسبة إلى القانون الإنكليزي فيعد مقابل الالتزام بالوعد ركناً لإبرام العقد الرضائي البسيط، إذ يعتمد نفاذ هذا النوع من العقود وقوته الملزمة في القانون الإنكليزي على هذا الركن. وقد استقر القانون الإنكليزي على هذا الوضع منذ القرن السادس عشر^(٢)، ولم تنفذ المحاكم الإنكليزية سوى الوعود المدعمة بالمقابل وتعترف بقوتها الملزمة، وبالنتيجة فإنها لم تعترف بالقوة الملزمة للوعد المجرد أو التبرعي. وعلى هذا الأساس فإن عقود التبرع في القانون الإنكليزي لا تنفذ وتصير ذات قوة ملزمة ما لم تخضع للشكلية المطلوبة. إذ لا يمكن أن تكون إلا عقوداً شكلية. لذا فإن العقد الذي يستوفي الشكلية المطلوبة ويتم تصديقه (agreement made under seal) يصير نافذاً ويكتسب القوة الملزمة كعقد شكلي مصدق (specialty contract) على الرغم من غياب المقابل عن العقد. إلا أن المقابل يبقى ركناً جوهرياً لإبرام العقد الرضائي البسيط دون الشكلي، وهذا يعني بأن مقابل الالتزام لا يلعب أي دور في عقود التبرع والتي هي عقود شكلية في القانون الإنكليزي. أما القانون المدني العراقي فإنه لا يزال متمسكاً بفكرة السبب كركن جوهري من أركان العقد، لذا فإن فكرة مقتضى العقد التي تعني الالتزامات الجوهرية التي يرتبها العقد على الطرفين، كتسليم المبيع أو دفع الثمن في عقد البيع^(٣)، والتي استمدها القانون المدني العراقي من الفقه الإسلامي، وتقابل إلى حد ما فكرة مضمون العقد المشروع والمؤكد في القانون المدني الفرنسي. لا يمكن أن تكون ركناً مستقلاً من أركان العقد في القانون المدني العراقي في وضعه الحالي، مالم يقيم المشرع العراقي بتعديل جوهري على أركان العقد أسوة بما قام به المشرع الفرنسي في تعديله الأخير. إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإنه يمكن القول بأن فكرة

(1) Article 1107 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 (Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure).

(2) Paul Richards, op Cit, p.46.

(٣) د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩،

مقتضى العقد تمتلك كل المقومات الضرورية التي تؤهلها لأن تكون ركناً مستقلاً من أركان العقد في القانون العراقي، كما هو الحال بالنسبة إلى فكرة مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي. وهو ما سنتعرف عليه لاحقاً عند دراسة عناصر مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي ومقارنتها بالعناصر المكونة لمقتضى العقد في القانون المدني العراقي، وبنود العقد في القانون الإنكليزي. وجدير بالذكر فإن هناك رأياً فقهيًا^(١) يميل إلى التخلص من السبب كركن مستقل من أركان العقد، ويرى بأن السبب لا يعد ركناً في العقد، وأن التراضي هو الركن الوحيد للعقد. وما المحل والسبب سوى عنصرين من عناصر الإرادة^(٢)، ومتصلين بها اتصالاً وثيقاً. فالسبب، ولا سيما وفقاً لمفهوم النظرية الحديثة، يتصل اتصالاً وثيقاً بالإرادة التعاقدية ويمتزج بها، ويعد جزءاً من محتواها وماهيتها. فالباعث الدافع إلى التعاقد يدور مع الإرادة التعاقدية الواعية وجوداً وعدمًا، والتي ينبغي أن تكون على إحاطة كاملة بالمحل والسبب، عندما تتجه إلى إحداث أثرها القانوني. فالإرادة تمر بثلاثة مراحل هي مرحلة الشعور بالغرض، ومرحلة التروي أو التدبر، ومرحلة العزم أو المشيئة. وهي تمتزج ومنذ المرحلة الأولى، وقبل الإعلان أو الكشف عنها بالغرض الذي تسعى إليه، وهو الباعث أو الدافع على العمل^(٣). وهكذا يبدو وباختصار بأن مضمون العقد كركن جديد من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي يتمثل، وبالدرجة الأساس بركن المحل بعد أن فقد هويته كركن مستقل من أركان العقد وانصهر في بوتقة مضمون العقد، والذي اتسع نطاقه أكثر ليشمل شروط العقد والالتزامات المترتبة عليه ومن أبرزها الالتزام باحترام النظام العام. ومع اختفاء مفهومي المحل والسبب كركنين مستقلين، واندماجهما في ركن واحد، فإن العقد ينعقد صحيحاً وفقاً للمادة (١١٢٨) الجديدة من القانون المدني الفرنسي بالتراضي على مضمون العقد المشروع والمؤكد، مع ضرورة توافر أهلية التعاقد لدى الطرفين المتعاقدين. وعلى هذا الأساس فإننا نوصي المشرع العراقي الاستفادة من التعديلات التي أجراها

(١) د. جمال الدين محمد محمود. سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة،

دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٢٤٤.

(٢) د. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار

الكتب القانونية، ٢٠١٢، ص ١٣٣.

(٣) زينة غانم يونس العبيدي. إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه

مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الموصل. ٢٠٠٥. ص ١٨.

المشروع الفرنسي، وإعادة النظر في أركان العقد في القانون المدني العراقي، وإلغاء ركن السبب بمفهومه التقليدي القديم نهائياً، والاحتفاظ بمفهومه الحديث ضمناً بعد دمجها بالمحل ضمن إطار ركن جديد، نقترح أن يصطلح عليه بمصطلح ركن "مقتضى العقد". كما ونوصي المشروع العراقي بإعادة صياغة تعريف العقد الصحيح الوارد في المادة (١٣٣) من القانون المدني العراقي، لينسجم مع التقسيم الثنائي الجديد المقترح لأركان العقد.

المبحث الثاني

عناصر مضمون العقد في القانونين الفرنسي والمقارن

ألغى المشروع الفرنسي في تعديله الأخير جميع المواد المتعلقة بمحل الالتزام، وهي المواد (١١٢٦-١١٣٠) من القانون المدني الفرنسي واستبدالها، وبمقتضى المادة الثانية من المرسوم السالف الذكر، بالمواد (١١٦٢-١١٧١) الجديدة، والتي أضافها إلى القانون المدني الفرنسي^(١). وذلك في الفرع الثالث الموسوم بعنوان جديد هو مضمون العقد (Contenu du contrat)، في المبحث الثاني المعنون بصحة العقد: (La validite du contrat) من الفصل الثاني الموسوم بتكوين العقد. وسوف يتبين لنا من قراءة المواد (١١٦٢-١١٧١) الجديدة التي أضيفت إلى القانون المدني الفرنسي وتحليلها، بأن مضمون العقد يتكون، وبعد هذا التعديل الشامل والجزري، من عنصرين رئيسيين هما محل الالتزام والشروط التعاقدية. أما القانون المدني العراقي فقد قضى في الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) منه بوجود التزام المتعاقدين بما ورد في العقد، والذي يمثل مضمونه^(٢)، وما اشتمل عليه^(٣)، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية،

(١) لمزيد من التفصيل ينظر الموقع الإلكتروني:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2016B1C40612AA626D64D997E9EFC051.tplgfr38s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032008690&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180322.

(٢) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص ٣٨٠.

(٣) نصت الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

بوصفه مبدأ موضوعياً يفرضه القانون كلما تعلق الأمر بتفسير العقد أو بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه^(١). وإذا كان نطاق العقد يتحدد أساساً بما ورد فيه، كتحديد الالتزامات العقدية التي يرتبها على عاتق الطرفين. ويشتمل أيضاً على الشروط المدرجة فيه كالشروط الجزائي^(٢). إلا أنه لا يقتصر على ذلك فحسب، ولكن يتجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزماته، وفقاً للفقرة الثانية من نفس المادة^(٣). وعلى هذا الأساس فسوف نبحث في عنصري مضمون العقد الرئيسيين وهما محل الالتزام والشروط التعاقدية، وذلك في القانون المدني الفرنسي والقانون المقارن المتمثل بالقانونين الإنكليزي والعراقي وكما يأتي:

المطلب الأول

محل الالتزام في القانونين الفرنسي والمقارن

تتجلى أهمية دراسة محل الالتزام في القانون المدني الفرنسي بعد التعديل الأخير في كونه يمثل جزءاً من مضمون العقد بمفهومه الجديد، على الرغم من انتمائه إلى القواعد العامة التي لا جديد فيها. لذا فسوف نبحث في موقف القانون المدني الفرنسي الجديد من محل الالتزام ومقارنته بموقف القانونين الإنكليزي والعراقي في الفقرات الثلاثة الآتية:

أولاً: موقف القانون المدني الفرنسي: كنا قد أشرنا سابقاً إلى أن جانباً من الفقه الفرنسي^(٤) يرى بأن مضمون العقد يتمثل في حقيقته بمحل الالتزام. وهناك اختلاف واضح بين مصطلحي محل الالتزام ومحل العقد في القانون المدني الفرنسي، كما هو الحال بالنسبة إلى القانون المدني العراقي. وعلى الرغم من تشابه مفهوم محل الالتزام في القانونين

(١) د. أكرم محمود حسين البدو. ود. محمد صديق محمد عبد الله. أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق. المجلد-١٣- العدد٤٩. السنة ٢٠١١. ص٤٠٩.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام. العقد-العمل غير المشروع-الاثراء بلا سبب- القانون. منشأة المعارف بالإسكندرية. ٢٠٠٤. ص ٥٠٧

(٣) نصت الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي على أنه (ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

(4) Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer. op Cit. P.211.

المدنيين الفرنسي والعراقي، إلا أن الاختلاف يبدو واضحاً بينهما من حيث مفهوم محل العقد. فالعقد في القانون المدني الفرنسي، وكما هو الحال أيضاً بالنسبة إلى القانون المدني العراقي، مصدر من مصادر الالتزام ترتب عليه آثار تتمثل بالعديد من الالتزامات. والمقصود بمحل الالتزام الناشئ عن العقد، وفقاً لرأي هذا الجانب من الفقه الفرنسي، هو الأداء (Prestation) الذي ينبغي على الطرفين المتعاقدين القيام به، كالاتزام بالقيام بعمل، ومن ذلك تسليم أو إعطاء الشيء، أو الالتزام بالامتناع عن المنافسة، والذي يتسم بأنه نشاط ذو صفة بشرية^(١). أما بالنسبة إلى محل العقد فيرى جانب آخر من الفقه الفرنسي^(٢) بأن محل العقد هو العملية القانونية التي يسعى الطرفان المتعاقدان إلى تحقيقها، وتحقيقها، وتتمثل بالأداء المميز للعقد كنقل ملكية المال في عقد البيع^(٣). وتتركز حول الالتزام الرئيس أو الجوهرى الناشئ عن العقد^(٤). ويرتبط محل العقد في القانون المدني الفرنسي ارتباطاً وثيقاً بمحل الالتزام التعاقدى، فمحل العقد المتمثل بالعملية القانونية التي يسعى الطرفان إلى تحقيقها، أو بعبارة أخرى الأداء المميز للعقد هو الذي يحدد محل الالتزام المتمثل بالأداءات التعاقدية التي تنقرر باتفاق الإرادات. وقد نصت المادة (١١٦٣) الجديدة من القانون المدني الفرنسي على أنه (ينصب محل الالتزام على أداء حاضر أو مستقبلي. وينبغي أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين. ويكون الأداء معيناً عندما يذكر في العقد، أو بالرجوع إلى الأعراف أو العلاقات السابقة للأطراف، دون أن يكون من الضروري التوصل إلى اتفاق جديد بينهم)^(٥). فمحل الالتزام، وكما أشرنا سابقاً، هو الأداء الذي

(1) Stephanie Porchy-Simon. op Cit. p.123.

(2) Francois Collart Dutilleul et Philippe Delebecque. Contrats Civils et Commerciaux . 6e edition. Dalloz. 2002. P.29.

(٣) جاك غستان. المطول في القانون المدني. مصدر سابق. ص٧٤٠.

(4) l'objet du contrat peut être d'abord compris comme l'opération juridique envisagées par les parties. Cette operation s'ordonne autour de l'obligation principale du contrat, de son obligation fondamentale ou essentielle, l'objet du contrat désigne ici la prestation à propos de laquelle se noue L'accord de volontés . Francois Collart Dutilleul et Philippe Delebecque. op Cit. P.29.

(5) Article 1163 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 (L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du=

يتوجب على الأطراف القيام به، إلا أنه يتبين من نص هذه المادة الجديدة بأنها أشارت إلى الشيء محل العقد، واشترطت وجود المحل، وذلك بأن يكون الأداء حاضراً، والذي يتمثل بالوجود الحقيقي، أي أن ينصب الأداء على شيء موجود فعلاً وقت التعاقد^(١)، ولا ينعقد العقد إذا لم يكن ذلك الشيء موجوداً وقت اتفاق الإرادات^(٢). كما اشترطت المادة (١١٦٣) أن يكون الأداء ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعين. فالأداء ينبغي أن يكون ممكناً، إذ لا التزام بمستحيل^(٣). ويتعلق شرط الإمكان بمحل الالتزام نفسه دون محل العقد، فالعقد لا ينعقد أصلاً إذا لم يكن الشيء موجوداً أو قابلاً للوجود على الأقل في المستقبل^(٤). كما ينبغي أن يكون الشيء محل العقد معيناً أيضاً أو قابلاً للتعين على الأقل لكي يكون العقد صحيحاً^(٥). ويعد شرط تعيين المحل أو قابليته للتعين من أهم الشروط التي ينبغي أن يتسم بها المحل وفقاً للتعديل الجديد، لأنه شرط مستمد من طبيعة مضمون العقد نفسه، والذي ينبغي أن يكون مؤكداً وفقاً للمادة (١١٢٨) الجديدة من القانون المدني الفرنسي. ولا يكون المضمون مؤكداً، إلا إذا كان معيناً أو قابلاً للتعين على الأقل^(٦). إلا أنه إذا لم يتم تعيين نوعية الأداء الذي ينبغي على الملتزم القيام به في العقد، ولم تكن قابلة للتعين أيضاً، فإن مصير العقد لا يكون البطلان على الرغم من ذلك. فقد سمح التعديل الجديد للمدين أن يقدم أداءً ينسجم مع التوقعات المشروعة للمتعاقدين، وتستعين المحكمة بثلاثة عوامل في تعيين الأداء التعاقدى، وهي طبيعة الأداء نفسه والعرف وقيمة المقابل. وذلك

=contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire).

(1) Stephanie Porchy-Simon. op Cit. p.120.

(2) Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer. op Cit. P.212.

(3) Stephanie Porchy-Simon. op Cit. p.121.

(4) Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer. op Cit. P.225.

(5) **Jacques Ghestin**. Traité de droit civil: La formation du contrat . Troisième Edition. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993. P.665.

(6) **L'objet, la cause et l'absence de la référence aux bonnes mœurs suite à la réforme du droit du contrat**

دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني:

<http://magalie-guerrero.over-blog.com/2016/08/l-ordonnance-du-10-fevrier-2016-portant-reforme-du-droits-des-obligations-modifie-la-regle-des-conditions-de-validite-du-contrat-l-a>

بمقتضى المادة (١١٦٦) الجديدة التي أضيفت إلى القانون المدني الفرنسي، والتي نصت على أنه (عندما لا تكون نوعية الأداء معينة أو قابلة للتعيين بمقتضى العقد، فإنه ينبغي على المدين أن يقدم أداءً يتفق مع التوقعات المشروعة للأطراف بالنظر إلى طبيعته والأعراف السائدة وقيمة المقابل)^(١). إلا أنه واستثناءً من شرط وجوب تعيين الأداءات التعاقدية باتفاق إرادات الأطراف فقد أجازت المادة (١١٦٤) الجديدة من القانون المدني الفرنسي تعيين تلك الأداءات بإرادة أحد الأطراف المتعاقدة بمفرده خروجاً عن القواعد العامة المتعلقة بمضمون العقد، وذلك عندما سمحت بالاتفاق على تحديد الثمن في عقود الأطر (Les contrats cadre) بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف المتعاقدة دون الآخر^(٢). إذ نصت على أنه (يجوز الاتفاق في عقود الأطر على أن يتم تحديد الثمن بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين المتعاقدين، ويقع على عاتقه عبء إثبات المقدار عندما يراد التحقق من ذلك، وفي حالة التعسف في تحديد الثمن فإنه يمكن رفع دعوى إلى القاضي لطلب

(1) Art.1166 : (Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie).

(٢) عرف جانب من الفقه الفرنسي عقد الإطار بأنه اتفاق أولي أو ابتدائي يترتب عليه التزام رئيس بالقيام بعمل يشتمل على إبرام عقود لاحقة تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ، والتي يسعى الأطراف عن طريقها إلى تنفيذ تعهداتهم عن طريق عقود بيع نهائية. ويهدف هذا الاتفاق إلى تحديد بعض الشروط الجوهرية لتلك العقود في حين تترك مسألة تقدير الثمن لكي تتم من خلال العقود اللاحقة والتي يشكل هذا العقد اطاراً لها. لمزيد من التفصيل ينظر:

Philippe Malaurie et Laurent Aynès. Droit Civil. Les contrats spécieux. DEFRENOIS, Edition juridique associées. 2003, p.523.

وعرفه فقيهان آخران بأنه اتفاق يسمح للأطراف تحديد العناصر الجوهرية لاتفاقهم، والتي يلتزمون باتباعها فيما يبرمونه من عقود لاحقة دون تحديد الثمن، ويتمثل الالتزام الجوهري المترتب على عقد الإطار بالالتزام بإبرام عقود التطبيق أو عقود التنفيذ اللاحقة. لمزيد من التفصيل ينظر:

Francois Collart Dutilleul et Philippe Delebecque. op Cit. P.870.

الحصول على التعويضات، ويصار إلى فسخ العقد عند الاقتضاء^(١). وكانت الهيئة الموسعة لمحكمة النقض الفرنسية قد أجازت في أربعة قرارات صدرت عنها في الأول من كانون الأول/ديسمبر عام ١٩٩٥ تحديد الثمن بالإرادة المنفردة (La détermination unilatérale) كما أجازت في الوقت نفسه عدم تحديده مبدئياً في عقود الأطر. فيجوز غياب تحديد الثمن مبدئياً عن عقود التوريد، أو تحديده بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين، ومع ذلك يبقى العقد الإطاري صحيحاً^(٢). وعلى الرغم من غياب النص التشريعي، فقد استمر العمل بمقتضى هذه القرارات الأربعة لفترة زمنية طويلة، إلى أن أجرى المشرع الفرنسي تعديله الأخير، والذي سمح بمقتضاه بتحديد الثمن في عقود الأطر بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين المتعاقدين. أما القانون الإنكليزي فقد عد مقابل الالتزام بالوعد ركناً مستقلاً من أركان العقد الرضائي، وتلعب بنود العقد دوراً كبيراً في تحديد المقابل، والذي هو حق أو مصلحة أو منفعة أو فائدة تؤول إلى أحد الطرفين المتعاقدين في مقابل امتناع عن عمل أو خسارة أو مسؤولية أو أذى يتحملة الطرف الآخر^(٣).

ثانياً: موقف القانون الإنكليزي: على الرغم من عدم عد محل العقد كركن مستقل من أركان العقد الرضائي في القانون الإنكليزي، إلا أنه يكاد يتداخل مع ركن مقابل الالتزام بالوعد. ولأن مقابل الالتزام يجسد فكرة تقابل الأداءات التعاقدية، فإنه ينطوي ضمناً على محل العقد، وبالتالي محل الالتزام أيضاً. لأنه أثر من آثار العقد. ويتضمن القانون الإنكليزي نظاماً قانونياً آخر يتحدد بمقتضاه وجود أو عدم وجود محل العقد، وهو استحالة تنفيذ الالتزام الناشئ عن محل العقد، والذي تناوله قانون الأحكام العام الإنكليزي العرفي غير المكتوب والمبني على السوابق القضائية في نظام قانوني آخر غير أركان العقد. ويقصد به

(1) Article 1164 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2: (Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat).

(2) Francois Collart Dutilleul et Philippe Delebecque. op Cit. P.146.

(3) Pamela R. Tepper. op Cit, P.81.

استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدى اللاحق على إبرام العقد^(١)، وذلك بسبب هلاك محل العقد^(٢)، فتقضي المحكمة بفسخ العقد وإعفاء الأطراف المتعاقدة من التزاماتها التعاقدية لهلاك محل العقد^(٣). وهو ما أخذت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية في قضية (Taylor v. Caldwell 1863) والتي تتلخص وقائعها^(٤) باستئجار المدعي السيد (Taylor) لقاعة الحفلات الموسيقية والحدائق الملحقة بها والمعروفة بـ ([Surrey Gardens & Music Hall](#)) من المدعى عليه السيد (Caldwell) مالك تلك القاعة لإحياء أربعة حفلات موسيقية من الخامس عشر من حزيران وحتى التاسع عشر من آب عام ١٨٦٣. إلا أنه وقبل البدء بإحياء تلك الحفلات شب حريق هائل التهم القاعة، وأدى إلى تدميرها تدميراً كاملاً^(٥). وقد ثبت بأن نشوب الحريق لم يكن بتقصير من الطرفين. فأقام المدعي الدعوى على أساس الإخلال بالالتزامات العقدية. اعترض على صرامة تلك القاعدة وذكر المحكمة بقسوتها وإجحافها، فقضت المحكمة في حكمها الذي أصدره القاضي (Blackburn) بفسخ العقد وإعفاء المدعى عليه من التزاماته التعاقدية، لهلاك محل العقد على أساس مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدى، والذي بمقتضاه يعفى المدين المدعى عليه من التزاماته التعاقدية، إذا استحال عليه تنفيذها بسبب أجنبي لا يمكن دفعه أو توقعه^(٦). أما مجرد الإرهاق

-
- (1) Janet O'Sullivan & Jonathan Hilliard. The Law Of Contract. Seventh Edition. Oxford University Press.2016. P.335.
 - (2) Paul Richards, law of contract, fourth Edition, financial times, pitman publishing, 1999. p.288.
 - (3) Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth edition, Clarendon Press, Oxford, 2005, P.1٨٤.

(٤) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/taylor-v-caldwell.php>

- (5) Sir William Anson, principles of English law of contract, London Macmillan at the clarendon press, 1879. P.316.
- (6) Ewan Mckendrick. Contract Law, Text, Cases, and Materials. Fifth Edition. Oxford University Press. 2012. P.704.

(Hardship) الذي قد يتعرض له أحد الطرفين المتعاقدين فلا يكفي بحد ذاته لفسخ العقد وإعفاء ذلك الطرف من التزاماته التعاقدية^(١).

ثالثاً: موقف القانون المدني العراقي: إن محل الالتزام هو تنفيذ ما اتفقت عليه إرادات الأطراف المتعاقدة، ويكون عملاً أو امتناعاً عن عمل أو نقل حق عيني^(٢). وقد نصت المادة (١٢٦) من القانون المدني العراقي على أنه (لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه، ويصح ان يكون المحال مائلاً، عيناً كان او ديناً او منفعة، او أي حق مالي آخر كما يصح ان يكون عملاً او امتناعاً عن عمل). ويشترط في المحل، سواء أكان محلاً للعقد أم للالتزام توافر ثلاثة شروط لكي يكون العقد صحيحاً: الأول أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً. والثاني أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين. والثالث أن يكون قابلاً للتعامل فيه أو مشروعاً. وبالنسبة إلى شرط التعيين أو القابلية للتعين فينطبق على المحل عموماً سواء أكان محلاً للعقد أم محلاً للالتزام^(٣). فمحل الالتزام عملاً كان أم امتناعاً عن عمل ينبغي أن يكون معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة، أي خلوه من الغرر^(٤). أو قابلاً للتعين على الأقل. ويصح الشيء نفسه إذا كان محل الالتزام يتمثل بالإعطاء^(٥). كما ينبغي أن يكون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعين، بتحديد الأسس التي يتم في ضوءها

(1) Michael Furmston. Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract, Fifteenth Edition, Oxford University Press, 2007, P.723.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام. العقد-العمل غير المشروع-الاثراء بلا سبب-القانون. منشأة المعارف بالإسكندرية. ٢٠٠٤. ص ٣١٧.

(٣) د. منذر الفضل. الوسيط في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء. منشورات آراس. أربيل. ٢٠٠٦. ص ١٥٧.

(٤) د. مصطفى إبراهيم الزلمي. الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية. الجزء الأول. شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحدودة. بغداد. سنة طبع. ص ١٥١.

(٥) د. حسن علي الننون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٠٧.

تعيينه^(١). سواء أكان عيناً معينة بالذات أم شيئاً معيناً بنوعه^(٢). وقد قضت بذلك الفقرة الأولى من المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنه (يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفى بذكر الجنس عن القدر والوصف). فإذا لم يتعين المحل تعييناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة^(٣)، أو لم يكن قابلاً للتعيين على الأقل كان العقد باطلاً^(٤). ويشترط أخيراً أن يكون محل العقد مشروعاً، بأن يكون قابلاً للتعامل فيه. وأن لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون^(٥). ونقترح ونقترح على المشرع العراقي أن يورد نصاً في القانون المدني العراقي يحدد فيه محتوى أو مضمون مقتضى العقد الذي اختلفت آراء الفقه الاسلامي في تحديد محتواه. وأن يراعي في تحديده مفهومه الأصلي المقتبس من الفقه الإسلامي الذي يشتمل على أحكامه أو الالتزامات الجوهرية الناشئة عنه، مع إمكانية شموله للمفهوم الجديد الواسع لمضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، والذي اشتمل أيضاً على الشروط التعاقدية.

-
- (١) د. حسام الدين كامل الأهواني. النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، المجلد الأول المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠، ص ٢٥٦.
- (٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الذاكرة للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص ٢٧٠.
- (٣) د. درع حماد. النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ١٥٧.
- (٤) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد. ج ١. مصدر سابق، ص ٣٧٣.
- (٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. ج ٣. مصدر سابق. سابق. ص ٨٠.

المطلب الثاني

الشروط التعاقدية في القانونين الفرنسي والمقارن

تعد الشروط التعاقدية جزءاً من مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي في نسخته الحديثة، لذا فسوف نبحت في هذا الجزء المهم من مضمون العقد مع مقارنته بموقف القانونين الإنكليزي والعراقي وكما يأتي:

أولاً: موقف القانون المدني الفرنسي: على الرغم من أن المشرع الفرنسي وسع من نطاق مضمون العقد ليشمل الشروط التعاقدية شريطة عدم مخالفتها لأحكام المادتين (1170) و(1171) الجديتين اللتين أضيفتا إلى القانون المدني الفرنسي بمقتضى المرسوم السالف الذكر^(١). إلا أن هناك رأي قديم في الفقه الفرنسي كان يرى وقبل صدور هذا المرسوم بفترة طويلة أن الشروط التعاقدية تعد جزءاً لا يتجزأ من مضمون العقد^(٢). ومن أبرز الشروط التي تدخل ضمن نطاق مضمون العقد هي شروط الإعفاء أو التشديد من المسؤولية العقدية كشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية. وكذلك شرط القوة القاهرة، والذي هو عبارة عن بند تعاقد يدرج في العقد، ويستعمل كوسيلة لتحقيق غرض رئيس هو حماية العقد والمحافظة عليه (Sauvegarde du contrat) من الزوال، ولا سيما في العقود الزمنية الداخلية والدولية، والتي يلعب فيها هذا الشرط دوراً بارزاً بعده وسيلة فاعلة لحماية العقد. ويحقق هذا الشرط وظيفته الحمائية بطريقتين^(٣): الأولى هي وقف العقد:

(la suspension du contrat) عند وجود مانع مؤقت يحول دون تنفيذ الأداءات التعاقدية. وبمقتضى هذه الوظيفة التي يضطلع بها هذا الشرط فإن القوة القاهرة لم تعد سبباً لإفساخ العقد تلقائياً وبقوة القانون، وانقضاء الالتزامات المترتبة عليه، إلا في حالات

(1) French contract law Reform: what's new?

دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني:

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8240d0ff-684d-47b7-a6ea-a2f0b954f983>

(2) Francois Collart Dutilleul et Philippe Delebecque. op Cit. P.97.

(3) Rochfelaire Ibara. L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée. Thèse pour le Doctorat en droit. Université de Poitiers, 2012. P.74.et 179. Disponible sur Internet <<http://theses.univ-poitiers.fr>>

معينة كهلاك الشيء محل العقد إذا كان قيمياً، واستحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه نهائياً. ويمكن لهذا الشرط أن يرتب أثره المتمثل بوقف تنفيذ العقد أو تعليقه، وتعطيل سريان الالتزامات التعاقدية الناشئة عنه إلى حين زوال أثر القوة القاهرة، ولا سيما في حالات القوة القاهرة الجزئية والمؤقتة. والثانية هي تعديل العقد (l'adaptation du contrat)، إذ تنطوي وظيفة التعديل التعاقدية لهذا الشرط على العديد من الوسائل الفنية التعاقدية لتعديل العقد والالتزامات الناشئة عنه، ومن أبرزها إعادة التفاوض على العقد عند تغير الظروف الملازمة له^(١). وجدير بالذكر فقد تبني القانون المدني الفرنسي المفهوم الواسع للقوة القاهرة^(٢)، خلافاً لقانون الأحكام العام الانكليزي والذي قصره على الحادثة الطبيعية (Act of God) التي تحدث بأمر الله تعالى المسخر لقوى الطبيعة^(٣)، ويعدّها قوة طبيعية لا يمكن دفعها أو توقعها^(٤). كما ينطوي مضمون العقد أيضاً على شرط عدم المنافسة، والذي يكون محظوراً كأصل عام، ما لم يتم تحديده ضمن مدة ومكان معينين^(٥). وهناك أيضاً شرط تغير الأسعار (La clause d'échelle mobile) والذي غالباً ما يجري إدراجه في العقود لإعادة تقدير القيمة الأسمية للأجور والأداءات على أساس التغييرات الحاصلة في قيم اقتصادية معينة^(٦)، أو مؤشرات أخرى لإعادة التقدير كسعر الذهب، أو عملة أجنبية معينة، أو أسعار بعض المحاصيل الزراعية الرئيسية كالقمح^(٧). وقد يدرج مثل هذا الشرط في العقود الزمنية أو عقود المدة ويعرف بشرط إعادة تقدير الثمن:

-
- (1) Rochfelaire Ibara. ibid. P.180.
 - (2) Francois terré. Philippe Simler, Yves Lequette. Droit Civil, Les Obligations. 8e Edition. DALLOZ-SIREY. 2002. P.756.
 - (3) Ewan Mckendrick. Force Majeure and Frustration of contract, Second Edition, Informa law from Routledge, 2013. P.8.
 - (4) Catherine Elliott & Frances Quinn, Tort Law, Eighth Edition, PEARSON, Longman, 2011, P. ٢99.
 - (5) Vidal, les La clause de non-concurrence: les principales clauses des contrats conclus entre professionnels , presses Universitaires d'Aix-en-province. 1991 , p.83. et Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer. op Cit. P.230.
 - (6) Philippe Malaurie et Laurent Aynès. op Cit, p.169.
 - (7) Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer. op Cit. P.256.

(La clause d'indexation) على أساس مؤشرات مرجعية، والذي يمكن بمقتضاه تعديل الثمن وفقاً لمؤشر اقتصادي^(١). وجدير بالذكر فقد سمحت المادة (١١٦٧) الجديدة التي أضيفت إلى القانون المدني الفرنسي بالرجوع إلى مثل هذين المعيارين لتحديد الثمن، أو أي معيار آخر أقرب إليهما أو وثيق الصلة بهما، في حالة عدم وجودهما. إذ نصت على أنه (إذا كان ينبغي تحديد الثمن أو أي ركن آخر من أركان العقد بالرجوع إلى مؤشر غير قائم، أو لم يعد موجوداً، أو غير متاح. فإنه يمكن استبداله بالمعيار الأقرب إلى ذلك المعيار)^(٢). وأخيراً فقد ينطوي مضمون العقد على ما يعرف بشرط الإرهاق:

(La clause de hardship) أو شرط الظرف الطارئ، والذي يمكن بمقتضاه تعديل الالتزامات التعاقدية. نتيجة ظروف طارئة أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي بين الطرفين، وصار بسببها تنفيذ أحد الطرفين للالتزامات التعاقدية أكثر إرهاقاً مما كان عليه وقت إبرام العقد^(٣).

ثانياً: موقف القانون الإنكليزي: يتمثل مضمون العقد في القانون الإنكليزي، وكما أشرنا سابقاً، بفكرتين هما مقابل الالتزام بالوعد والبنود التعاقدية. وما يهمننا هنا هو البنود التعاقدية التي تعد شروطاً تعاقدية، وتصنف إلى ثلاثة أنواع وهي الشروط (Conditions) والبنود الضامنة (Warranties) والبنود غير المسماة (Innominate Terms). ويكاد الشرط يكون البند الأكثر أهمية من بينها، لأنه يتصل بجوهر العقد، ويعد قلبه النابض، وهو أمر حيوي أو أساسي لتحقيق الغرض الرئيس من العقد. وإذا أخل به أحد الطرفين المتعاقدين، فإنه يحق للطرف الآخر المتضرر، التوقف عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، والمطالبة بفسخه فضلاً عن التعويضات^(٤).

(1) Dennis Tallon. La détermination du prix dans les contrats. Etude de droit comparé. Editions A. PEDONE. Paris. 1989. P.82.

(2) Article 1167 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 (Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus).

(3) Philippe Malaurie et Laurent Aynès. op Cit, p.237.

(4) Robert Duxbury, op. cit, P.37.

وما يهمننا في هذا المجال هو الشرط الوعدي الذي يعد شرطاً تقيدياً^(١)، وهو بند تعاقدى يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بالقيام بعمل معين، وفي حالة عدم تنفيذه لهذا العمل، فإن ذلك يعد إخلالاً بالتزامه الناشئ عن العقد^(٢).

ثالثاً: موقف القانون المدني العراقي: أقام المشرع العراقي العقد عموماً على ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب، ولا يزال متمسكاً بركن السبب. إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فقد تبنى بعض المفاهيم القانونية التي تقترب من مفهوم مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، كمقتضى العقد وركن المحل نفسه. فضلاً عن الشرط المقترن بالعقد، أو ما يعرف أيضاً بالشرط التقييدي، والذي هو اتفاق يتناول آثار العقد بالتأكيد أو التعديل. ويتم تعديل آثار العقد إما بإضافة التزام جديد ليس من مقتضى العقد أو استبعاد التزام من مقتضى العقد^(٣). إذ وضع له المشرع العراقي قاعدة عامة بمقتضى المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي^(٤). والتي أجازت فقرتها الأولى أن يقرن العقد بشرط يؤكد مقتضاه

(١) يصنف الشرط في القانون الانكليزي، وكما هو الحال بالنسبة إلى القانون المدني العراقي، إلى نوعين: الأول هو الشرط التعليقي (Contingent Condition) الذي يعلق عليه إما نشوء الالتزام أو زواله. فإذا علق عليه نشوء الالتزام، فيكون شرطاً سابقاً (Condition Precedent)، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يتوقف عليه وجود العقد ونشوء الالتزام. ويقابله الشرط الواقف في القانون المدني العراقي. أما إذا علق عليه انقضاء الالتزام أو زواله، فيكون شرطاً لاحقاً (Condition Subsequent) وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يتوقف عليه زوال العقد وانقضاء الالتزام. ويقابل الشرط الفاسخ في القانون المدني العراقي. والثاني هو الشرط الوعدي (Condition Promissory) الذي يعد شرطاً تقيدياً أو مقترناً بالعقد. لمزيد من التفصيل عن الشرط في القانون الانكليزي ينظر:

Ewan McKenderick, Contract law, op. cit, P.211.

(2) Michael Furmston, op. cit , P.194.

(٣) علي هادي علوان. شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد. ١٩٩٠. ص ٢٠.

(٤) نصت المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على أنه (١- يجوز أن يقرن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة ٢- كما يجوز أن يقرن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام =

أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة. كما أجازت الفقرة الثانية من هذه المادة للعاقدين أن يشترطاً اقتران عقدهما بشرط، على أساس أن هذا الشرط فيه نفع لأحدهما أو للغير. طالما أنه ليس ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب، وإلا وقع الشرط باطلاً. وفي هذه الحالة يبطل الشرط وحده ويبقى العقد قائماً. إلا إذا كان الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد كله^(١). كما ينبغي أن لا يكون الشرط مناقضاً لمقتضى العقد، والمتمثل بمضمون العقد، أو الالتزامات الأساسية أو الجوهرية الناشئة عن العقد^(٢). وأخيراً فإننا نوصي المشرع العراقي أن يضيف فقرة ثالثة إلى المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي تبطل كل شرط تقييدي أو مقترن بالعقد مجرد مقتضى العقد أو مضمونه أو الالتزامات الجوهرية الناشئة عنه من محتواها أو الغاية منها، وذلك أسوة بالمادة (١١٧٠) الجديدة من القانون المدني الفرنسي. حتى وإن لم يكن مخالفاً للنظام العام أو للأداب، ما دام يسلب مقتضى العقد أو الالتزامات الجوهرية الناشئة عنه من غايتها التي وضعت من أجلها. وذلك لعدم كفاية الفقرة الثانية من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي، والتي قصرت إبطال الشرط المقترن بالعقد على كونه مخالفاً للنظام العام أو للأداب، سواء أكان هو الدافع إلى التعاقد أم لا.

المبحث الثالث

الجزاء المترتب على تخلف شروط مضمون العقد

في القانونين الفرنسي والفرنسي

كنا قد أشرنا سابقاً إلى أن المادة (١١٢٨) الجديدة من القانون المدني الفرنسي عدت مضمون العقد ركناً جديداً من أركان العقد، واشترطت لصحته توافر شرطين. الأول أن

= أو للأداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً).

- (١) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٥٢١. ينظر أيضاً: د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص ٤٢٧.
- (٢) د. ياسين محمد الجبوري، مصدر سابق، ص ٤٢٩.

يكون المضمون مشروعاً، والثاني أن يكون مؤكداً . وقد رتب القانون المدني الفرنسي بعد التعديل الجديد جزاءً على تخلف أحد هذين الشرطين أو كليهما. ولأن مضمون العقد ينطوي أيضاً على الشروط التعاقدية، فسوف نبحث أيضاً الجزاء المترتب على تعسف تلك الشروط أو عدم تحقيقها للغرض الذي وضعت من أجله وكما يأتي:

المطلب الأول

الجزاء المترتب على تخلف شرط المشروعية

إن البحث في الجزاء المترتب على تخلف شرط المشروعية يستلزم منا دراسة موقف القانون المدني الفرنسي من هذا الموضوع بعد التعديل الجديد ثم مقارنته بموقف القانونين الإنكليزي والعراقي وكما يأتي:

أولاً: موقف القانون المدني الفرنسي: كنا قد أشرنا سابقاً إلى أن المادة (١١٢٨) الجديدة من القانون المدني الفرنسي، والتي حددت الأركان الجديدة للعقد في هذا القانون اشترطت أن يكون مضمون العقد مشروعاً ومؤكداً. ويقوم شرط المشروعية في القانون المدني الفرنسي مقام ركن السبب وفقاً للنظرية الحديثة، بعد الغاء السبب نهائياً بمفهومه القديم وفقاً للنظرية التقليدية، والمتمثل بسبب الالتزام أو لماذا التزم المدين؟^(١)، والذي صار عديم الفائدة. فحل هذا الشرط محل ركن السبب وفقاً لمفهوم النظرية الحديثة والمتمثل بالباعث الدافع على التعاقد، أو ما يعرف بالمفهوم القضائي للسبب، والذي ينبغي أن يكون مشروعاً دائماً. فالسبب وفقاً لمفهومه الحديث لم يتم إلغاؤه نهائياً. وكل ما حدث هو إدماجه بالمحل تحت مفهوم شرط مشروعية ركن مضمون العقد. وقد تم ذلك بإلغاء المادة (١١٣١) القديمة من القانون المدني الفرنسي التي جمعت بين مفهوم السبب في النظريتين، والتي كانت تنص على أن (الالتزام دون سبب أو لسبب، أو لسبب موهوم، أو غير مشروع لا تترتب عليه أية آثار)^(٢). وكذلك المادة (١١٣٣) القديمة التي اشترطت لعدم مشروعية السبب أن يكون محظوراً قانوناً أو مخالفاً للأداب العامة أو للنظام العام^(٣)، والتي كانت تنص على أنه (يكون السبب غير مشروع عندما يكون محظوراً قانوناً أو مخالفاً للأداب

(1) Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer. op Cit. P.308.

(2) Article (1131): (L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet) .

(3) Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer. op Cit. P.307.

العامة أو للنظام العام^(١). وفي مقابل إلغاء هذين النصين فقد اشترط المشرع الفرنسي لتحقيق شرط المشروعية بمقتضى المادة (١١٦٢) الجديدة السالفة الذكر عدم مخالفة العقد للنظام العام بشروطه وبمقاصده، سواء أدركتها الأطراف المتعاقدة أم لم تدركها. وقد حددت المادة (١١٧٨) الجديدة التي أضيفت إلى القانون المدني الفرنسي الجزاء المترتب على تخلف شرط مشروعية المضمون ببطلان العقد، لأنه يكون قد افتقر في مثل هذه الحالة إلى ركن من أركانه^(٢). إذ نصت على أنه (يعد باطلاً العقد الذي لا يستوفي الأركان المطلوبة لصحته، وعلى القاضي أن يقضي ببطلانه من تلقاء نفسه، مالم يثبت ذلك بالاتفاق المشترك بين الأطراف. وإذا أبطل العقد فإنه يعد غير موجود على الإطلاق)^(٣).

ثانياً: موقف القانون الإنكليزي: أخذ القانون الإنكليزي بمبدأ عدم المشروعية، والذي بمقتضاه تبطل العقود إما لكونها غير مشروعة أو لكونها باطلة^(٤)، وذلك لمخالفتها لنص تشريعي أو لقواعد النظام العام. ويصنف العقد غير المشروع بدوره إلى نوعين: الأول هو العقد غير المشروع بمقتضى نص التشريع، وهو ذلك الاتفاق الذي يحظر إبرامه بنص تشريعي^(٥). أما الثاني فهو العقد غير المشروع في ظل قانون الأحكام العام على أساس مخالفته للنظام العام، لكونه يلحق ضرراً بالمجتمع^(٦). ويعد مثل هذا النوع من العقود

(1) Article (1131): (La cause est illicite quand elle est prohibée, par la loi, quand elle contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public).

(2) [L'objet, la cause et l'absence de la référence aux bonnes moeurs suite à la réforme du droit du contrat](#)

دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني

<http://magalie-guerrero.over-blog.com/2016/08/l-ordonnance-du-10-fevrier-2016-portant-reforme-du-droits-des-obligations-modifie-la-regle-des-conditions-de-validite-du-contrat-l-a>

(3) Article (1178) Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2: (Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé).

(٤) د. مجيد حميد العنبيكي. مبادئ العقد في القانون الإنكليزي. جامعة النهريين. ٢٠٠١.

ص ١٠٢.

(5) Robert Duxbury, *ibid*, P.78.

(6) Michael Furmston, *op. cit*, P.467.

باطلاً، ولا تترتب عليه أية حقوق، ولا يكون بمقدور الطرفين إقامة الدعوى على أساسه^(١). استناداً على المبدأ القاضي (بعدم إمكانية إقامة الدعوى على أساس موضوع شائن أو سبب دنيء) (Ex turpi Causa non Oritur Actio)^(٢). أما العقد الباطل فيصنف أيضاً إلى نوعين أيضاً: الأول هو العقد الباطل لمخالفته للتشريع. ويقصد به ذلك الاتفاق الذي ينص التشريع على إبطاله بنص صريح^(٣)، مثال ذلك عقد المقامرة (Wagering Contract) والذي أبطله تشريع المقامرة لعام ١٨٤٥ (Gaming Act 1845). والثاني هو العقد الباطل في ظل قانون الأحكام العام على أساس مخالفته للنظام العام. ويعد مثل هذا النوع من العقود باطلاً أيضاً، إلا أنه قد لا تترتب على إبطاله إبطال الصفقات الثانوية أو التبعية ما لم تكن مرتبطة ارتباطاً وثيقاً وحصرياً بالجزء الباطل من العقد الأصلي أو الصفقة الأصلية. ففي قضية (Wallis V. Day 1837) تضمن عقد العمل (Contract of Employment) نصاً أبطلته المحكمة، لأنه عد تقييداً لحرية العمل أو المهنة (Restraint of Trade) إلا أن ذلك لم يمنع المدعي من الحصول على مبالغ الديون المتأخرة والمستحقة من أجوره.

ثالثاً: موقف القانون المدني العراقي: يقوم العقد الرضائي في هذا القانون على ثلاثة أركان يترتب على تخلف إحداها، أو عدم توافر الشروط اللازمة في إحداها وهو الرضاء بطلان العقد^(٤). وقد قضت الفقرة الأولى من المادة (١٣٠) من هذا القانون ببطلان العقد إذا كان محله محظوراً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب العامة، عندما نصت على أنه (يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام والآداب وإلا كان العقد باطلاً). كما قضت الفقرة الأولى من المادة (١٣٢) منه ببطلان العقد، إذا لم يكن السبب موجوداً، أو لم يكن مشروعاً بأن كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب^(٥). إذ نصت على أنه (يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام

(١) د. مجيد حميد العنبيكي. مصدر سابق. ص ١٠٢.

(2) Michael Furmston. op. cit , P.489.

(3) Ewan McKendrick, op. cit, P.331.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد. ج ١. مصدر سابق، ص ٤٦٩.

(٥) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٠٠.

العام أو للأدب). ويرى جانب من فقه القانون المدني العراقي^(١) بأن هذا النص يستوعب النظريتين التقليدية والحديثة في السبب، وهما نظريتا سبب الالتزام وسبب العقد أي الباعث الدافع إلى التعاقد. كما تردد القضاء العراقي في أحكامه أيضاً بين هاتين النظريتين، وقد تبني القضاء العراقي النظرية الحديثة في السبب في بعض أحكامه، فقد أخذت محكمة تمييز العراق^(٢) بالباعث الدافع على التعاقد في بعض أحكامها وهو ما يمثل سبب العقد، كما أخذت في أحكام أخرى لها بالسبب القسدي، أي سبب الالتزام وفقاً للنظرية التقليدية للسبب^(٣). إلا أنها اتجهت في أحكام حديثة لها إلى تبني فكرة السبب وفقاً للنظرية الحديثة، والتي يترتب عليها بطلان العقد، إذا كان السبب غير مشروع، أي ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأدب، وترجيحها على النظرية التقليدية. إذ جاء في أحد أحكامها^(٤) بأن (تعهد المميز عليه / المدعى عليه بأداء مبلغ قدره (٢٠) مليون دينار إلى زوجته المميّزة / المدعية إذا قرر يوماً طلاقها وإخراجها من بيته يعد سبباً ممنوعاً قانوناً ومخالفاً للنظام العام. وعليه يكون التعهد باطلاً عملاً بأحكام المادة (١٣٢) من القانون المدني ومن حق المدعى عليه عدم الوفاء به، وهذا ما قضت به محكمة الموضوع لذا قرر تصديق الحكم

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. الوجيز في نظرية الالتزام.

ج ١. مصدر سابق. ص ١٠٥.

(٢) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٦٥٤/حقوقية/٩٦٧ في ٤/١٢/١٩٦٧ منشور في

مجلة القضاء التي تصدرها نقابة المحامين، العدد الأول، كانون الثاني - آذار، ١٩٦٨،

مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٨، ص ٦٦.

(٣) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٥٠٠/حقوقية/٥٩ في ٢٨/٣/١٩٥٩ نقلاً عن سلمان

بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٢،

ص ١٢٩.

(٤) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٢١٣٣/الهيئة المدنية منقول/ ٢٠١٣ في

٩/١٢/٢٠١٣، نقلاً عن موفق حميد البياتي. شرح المتن، الموجز المبسط في شرح

القانون المدني، القسم الأول مصادر الالتزام، المواد (٧٣-٢٤٥) منشورات زين الحقوقية،

بيروت. ٢٠١٧. ص ١٤١.

والطعون التمييزية). وجاء في حكم آخر لها^(١) بأن (المميز/ المدعى عليه أقر في جلسة المرافعة ليوم ٢٨/١١/٢٠١٣ بأن سبب تحرير الصك من المميز عليه/ المعارض/ المدعى عليه كان لغرض عدم إجراء الضم على مبلغ مزايدة العقار الذي أحيل على المدعى عليه وسجل باسمه. لذا يكون التزام صاحب الصك المدعى عليه ممنوعاً قانوناً ولا يفيد الحكم أصلاً عملاً بأحكام المادتين (١/١٣٢) و(١٣٨) من القانون المدني، وحيث أن محكمة الموضوع قد راعت ذلك في حكمها المميز عليه قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية). ونحن نرى بأنه يجدر بالمشروع العراقي أن يحذو حذو المشروع الفرنسي ويتخلص نهائياً من ركن السبب بمفهومه القديم المتمثل بسبب الالتزام وفقاً للنظرية التقليدية، والذي يمكن الاستغناء عنه بفكرة المحل. كما يمكن الإبقاء على فكرة السبب وفقاً للنظرية الحديثة، أي الباعث الدافع إلى التعاقد. ولكن ليس بوصفها ركناً مستقلاً من أركان العقد. ولكن بدمجها في مضمون العقد أو مقتضاه، وذلك بالاشتراط بأن يكون مشروعاً. ونرى أيضاً بأن المشروع العراقي يمكنه أن يصل إلى هذه الغاية بالرجوع إلى أصالة الفقه الإسلامي الجليل، والذي لم يعالج فقهاؤه السبب كركن من أركان العقد^(٢)، ولكنهم أخذوا بفكرة المقصود في العقود. ولعل فكرة مضمون العقد المشروع بعد التعديل الجديد على القانون المدني الفرنسي عام ٢٠١٦ هي أقرب ما تكون إلى فكرة القصد غير المشروع عند الفقهاء المالكية والحنابلة. فقد جاء في هذين الفقهاء بأن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرًا محرماً^(٣). أو بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين أو إثارة الفتنة بينهم^(٤). فالقصد والباعث

(١) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٢٢٨ / الهيئة المدنية منقول/ ٢٠١٤ في

٢٠١٤/٢/١٦، نقلاً عن موفق حميد البياتي. شرح المتن، الموجز المبسط. ج١. مصدر

سابق. ص١٤٢.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد. ج١. مصدر سابق، ص٤٤٩.

(٣) موفق الدين ابو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي. المغني. الجزء

السادس. الطبعة الثالثة. دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. الرياض. ١٩٩٧.

ص٣١٧.

(٤) محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الحطاب أبو عبد الله. مواهب الجليل

في شرح مختصر الشيخ خليل. الجزء الخامس. الطبعة الأولى. دار الرضوان.

نواكشوط، موريتانيا. ٢٠١٠. ص٤٢.

يؤخذ بهما في الفقه الحنبلي، ويكتفى بما يدل عليهما من ظروف وقرائن^(١). فمن يقول أن القصد غير معتبر في العقد فإن قوله يتنافى مع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٢). خلافاً للمذهبين الشافعي والحنفي اللذين لا يأخذان بهما، إلا إذا دل عليهما دليل مادي ظاهر من العبارة التي تدرج في صيغة العقد^(٣). فالقاعدة في الفقهاء المالكي والحنبلي أن القصد غير المشروع يؤخذ بنظر الاعتبار ويبطل العقد تبعاً لذلك، سواء أكان ظاهراً في العقد، بأن كان منصوصاً عليه فيه وصار جزءاً من صيغته^(٤)، أو كان مستفاداً من طبيعة المحل. أم لم يكن ظاهراً في العقد، ولكن علم به المتعاقد الآخر^(٥). أو كان باستطاعته أن يعلم به بالظروف والقرائن التي تدل على القصد السيء^(٦). وهي فكرة قريبة أيضاً من فكرة فكرة مضمون العقد المشروع الذي انطوى ضمناً على السبب بمفهومه الحديث وهو الباعث الدافع على التعاقد، على الرغم من زوال ركن السبب كركن مستقل من أركان العقد. ونوصي المشرع العراقي أخيراً أن يقرر قاعدة عامة جديدة لبطلان العقد في ضوء التقسيم الثنائي المقترح لأركان العقد، وتختلف احد شرطي مضمون العقد المتمثل بمقتضاه.

-
- (١) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي. الشاطبي. الموافقات. المجلد الثالث. الطبعة الأولى. دار عثمان بن عفان للنشر والتوزيع. المملكة العربية السعودية. ١٩٩٧. ص ٢٣.
- (٢) أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بإبن القيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين. المجلد الخامس. الطبعة الأولى. دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع. الرياض. ١٤٢٣ هـ. ص ٦٤.
- (٣) محمد بن علي بن محمد الشوكاني. نيل الأوطار شرح منقلى الأخبار. بيت الأفكار الدولية. لبنان. ٢٠٠٤. ص ٩٨٢.
- (٤) د. عصمت عبد المجيد بكر. نظرية العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة. دار الكتب العلمية. بيروت. ٢٠٠٩. ص ٢٨٢.
- (٥) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد. ج ١. مصدر سابق، ص ٤٥١.
- (٦) د. وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. الجزء الرابع. الطبعة الثانية. دار الفكر للطباعة للطباعة والتوزيع والنشر بدمشق. ١٩٨٥. ص ١٨٧.

المطلب الثاني

الجزاء المترتب على تخلف شرط التأكيد أو اليقين

كنا قد ذكرنا بأن مضمون العقد يكون مؤكداً، إذا معيناً أو قابلاً للتعيين. وقد اشترطت المادة (١١٦٣) الجديدة من القانون المدني الفرنسي، والتي أشرنا إليها سابقاً، لكي يكون مضمون العقد مؤكداً أن يكون ممكناً وكذلك معيناً أو قابلاً للتعيين على الأقل. وحددت المادة (١١٧٨) الجديدة من القانون المدني الفرنسي المشار إليها سابقاً الجزاء المترتب على تخلف شرط تأكيد المضمون أو يقينيته ببطلان العقد، لأنه يكون قد افتقر إلى ركن جوهرية من أركانه. وعلى الرغم من أن الجزاء المتمثل ببطلان العقد ليس فيه ثمة جديد، إلا أن المادة (١١٦٦) الجديدة التي أضيفت إلى القانون المدني الفرنسي أوردت أمراً جديداً مثل استثناءً على هذه القاعدة، عندما اشترطت لصحة العقد تقديم المدين لأداء يتفق مع التوقعات المشروعة للأطراف بالنظر إلى طبيعته والأعراف السائدة وقيمة المقابل. إذا كانت نوعية الأداء غير معينة أو غير قابلة للتعيين على الأقل بمقتضى العقد. كما منحت المادة (١١٠٢) الجديدة المتعاقدين الحرية في تعيين أو تحديد مضمون العقد. إلا أن هذه الحرية التعاقدية ينبغي أن تكون مقيدة بالقانون، وأن لا يسمح لها بمخالفة قواعد النظام العام. فقد نصت هذه المادة على أن (يتمتع كل طرف بالحرية في التعاقد أو بعدم التعاقد واختيار المتعاقد الآخر، وتعيين مضمون وشكل العقد في الحدود التي رسمها القانون. ولا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة قواعد النظام العام)^(١). أما في القانون الإنكليزي فقد ذكرنا بأنه يشترط في مقابل الالتزام بالوعد كركن من أركان العقد الرضائي لكي يكون مؤكداً أن يكون حقيقياً أو كافياً^(٢) ويتخلف شرط التأكيد أو اليقين في القانون الإنكليزي إذا لم يتمتع المقابل بقيمة اقتصادية حقيقية أو كافية، أو لم يكن معيناً تعييناً كافياً، لأنه يمثل المنفعة التي تؤول إلى الواعد في مقابل الخسارة التي يتعرض لها الموعد له. أما بالنسبة إلى القانون المدني العراقي فقد قضت الفقرة الثالثة من المادة (١٢٨) منه

(1) Article (1102) Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016-art. 2: (Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public).

(2) Robert Duxbury, op Cit , p.19.

ببطلان العقد، إذا لم يتعين المحل تعييناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة، أو لم يكن قابلاً للتعيين على الأقل^(١). لأن الجهالة الفاحشة تعني عدم الإحاطة بتحديد ماهية المحل وأوصافه، مما يسوغ بطلان العقد لافتقاره إلى ركن من أركانه^(٢).

المطلب الثالث

الجزاء المترتب على تعسف الشروط التعاقدية أو عدم تحقيقها للغرض

الذي وضعت من أجله

تترتب على تعسف الشروط التعاقدية أو عدم تحقيقها للغرض الذي وضعت من أجله بعض الجزاءات في القانون المدني الفرنسي، كما فرض القانونان الإنكليزي والعراقي جزاءً معيناً على تعسف تلك الشروط وكما يأتي:

أولاً: موقف القانون المدني الفرنسي: فرق المشرع الفرنسي في تعديله الأخير بين نوعين من الجزاءات المفروضة على الشروط التعاقدية، الأول هو الجزاء المفروض على الشروط التعسفية. والثاني الجزاء المفروض على الشروط التعاقدية لعدم تحقيقها للغرض الذي وضعت من أجله. فبالنسبة إلى النوع الأول فقد نصت المادة (١١٧١) الجديدة من القانون المدني الفرنسي على أنه (يعد غير مكتوب كل شرط يحدث اختلالاً خطيراً في التوازن في عقد الإذعان بين حقوق والتزامات الأطراف. ولا يتعلق تقدير اختلال التوازن الخطير بالغرض الرئيس من العقد ولا بملاءمة الثمن للأداء)^(٣). ويقصد بعبارة "أن الشرط يعد غير مكتوب" (est réputée non écrite) وجوب استبعاد مثل هذا النوع من الشروط

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد. ج ١. مصدر سابق، ص ٣٧٣.

(٢) د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو. الوجيز في النظرية العامة للالتزام. الجزء الأول، مصادر الالتزام. دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن. الطبعة الأولى. دار وائل

للنشر. عمان. ٢٠٠٢. ص ١٢٩.

(3) Article (1171) Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2: (Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation).

تماماً من العقد، وعدم السماح له بترتيب آثاره^(١). وقد نظم المشرع الفرنسي هذه المادة الجديدة وأدرجها في القانون المدني الفرنسي لحماية العاقد الضعيف على وجه العموم، والمستهلك على وجه الخصوص من الشروط التعسفية^(٢). على الرغم من أن عقود الإذعان لا تقتصر على عقود المستهلك^(٣)، بل تتجاوز ذلك لتشمل عقود التأمين، وعقود التوزيع، وعقود الامتياز. فعقد الإذعان يفتقر إلى القدرة على التفاوض الذي يستند على مبدأ الحرية التعاقدية، وذلك لمناقشة الشروط الجوهرية التي من المقرر أن يتضمنها العقد النهائي. ولا سيما فيما يتعلق بمسألتين مهمتين هما الثمن وشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية. فالغاية من هذه المادة هي حماية العاقد الضعيف في عقد الإذعان. وقد سرى مفعول هذه المادة على العقود المبرمة منذ الأول من أكتوبر/ تشرين الأول عام ٢٠١٦. وعلى هذا الأساس فإن الشروط التعسفية هي التي لا تكون موضوعاً لمفاوضات مستقلة بين الأطراف. ويرى جانب من الفقه الفرنسي^(٤) بأن الشروط التعسفية يمكن أن تظهر في العديد من العقود، إلا أن المجال الأرحب لظهورها عادة ما يكون في عقود المستهلك، وتتخذ العديد من الصيغ التي يمكن أن يلجأ إليها المنتج أو المهني كالشروط التي تخفف من مسؤوليته أو تعفيه منها تجاه المستهلك^(٥). أو الشروط التي تخل بمبدأ المساواة في الحقوق والالتزامات بين الأطراف. فتمنح أحد الطرفين حقوقاً أكثر من الآخر، أو تفرض عليه قدراً أكبر من الالتزامات دون الآخر. وكذلك الشروط التي تمنح المنتج أو المهني الحق في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، أو التي تسمح له بتغيير مواصفات المنتجات المتفق على توريدها قبل التسليم. أما بالنسبة إلى النوع الثاني فقد نصت المادة (١١٧٠) الجديدة من القانون المدني الفرنسي على أنه (يعد غير مكتوب كل شرط يجرّد التزاماً جوهرياً من التزامات المدين من

(1) Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer. op Cit. P.70.

(2) Stephanie Porchy-Simon. op Cit. p.130.

(3) Naciri-Bennani Zineb. Réforme du droit des contrats - Le contrat d'adhésion

دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني:

<https://www.legavox.fr/blog/maitre-naciri-bennani-zineb/reforme-droit-contrats-contrat-adhesion-20857.htm>

(4) Francois Collart Dutilleul et Philippe Delebecque. op Cit. P.98.

(5) Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer. op Cit. P.70.

جوهره أو محتواه^(١). ويكاد مثل هذا النوع من الشروط التي تجرد التزاماً جوهرياً من التزامات المدين من جوهره أو محتواه يتمثل بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن إخلال بالتزام من التزاماته الجوهرية الناشئة عن العقد^(٢).

ثانياً: موقف القانون الإنكليزي: تبني القانون الإنكليزي موقفاً مشابهاً لموقف القانون المدني الفرنسي من حيث مسألة إبطال الشروط التعسفية المدرجة في العقد، وذلك عندما وضع المشرع الإنكليزي تشريعاً هو تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧/ (Unfair Contract Terms Act 1977)، والذي نص على بعض الحالات التي يتم فيها إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية التعاقدية إذا كان تعسفياً^(٣). ويبطل هذا التشريع شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، إذا كانت تعسفية بطريقتين: الأولى هي الإبطال المباشر ودون الحاجة إلى البحث عن توافر متطلبات معيار المعقولة (requirements of test of reasonableness) في ذلك الشرط. والثانية هي إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية التعسفي على أساس عدم استيفائه لمتطلبات معيار المعقولة. ففي الحالة الأولى فقد قضت الفقرة الأولى من المادة الثانية من التشريع السالف الذكر بإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية (الجسدية) إبطالاً مباشراً وسلبه فاعليته تماماً، إذ نصت على أنه (لا يمكن لأي شخص استبعاد أو تخفيف مسؤوليته الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية عن طريق أي بند تعاقدي أو إخطار يمنح للكافة أو لأشخاص

(1) Article (1170) Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2: (Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite).

(2) Anna VERRI. La modification apparente des conditions du contrat.

دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني

<http://www.delsolavocats.fr/dsfa/index.php/2016/07/11/la-modification-apparente-des-conditions-du-contrat/>

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, Seventh Edition, Pearson, Longman, 2009 , P.159. See also: John Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Second Edition, Hart Publishing Ltd, 2013, P.216.

معينين^(١). ويتبين من هذا النص بأن يبطل أي بند تعاقدي أو إخطار تعسفي يستبعد أو يخفف من المسؤولية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الموت أو الإصابة الشخصية^(٢)، سواء أكان العقد مبرماً بين شخصين مهنيين، وفي مجرى المهنة التي يمارسونها^(٣)، أم بين طرف مهني وبين المستهلك. أما في الحالة الثانية فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧ على أنه (فيما يتعلق بالبند التعاقدية، فإن متطلب المعقولية الواجب توافره، لتحقيق الأغراض المتوخاة من هذا الجزء من التشريع، هو لزوم أن يكون البند منصفاً ومعقولاً لكي يكون بالإمكان إدراجه، مع الأخذ بنظر الاعتبار الظروف المعلومة لدى الطرفين المتعاقدين وقت إبرام العقد، أو التي ينبغي العلم بها، وعلى نحو معقول، أو التي تكون داخلة في توقعاتهم)^(٤). ويتبين من هذا النص ضرورة توافر ثلاثة شروط لكي يستوفي شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لمتطلبات معيار أو اختبار المعقولية: الأول أن يكون معقولاً أو منصفاً^(٥). والثاني أن يتم تقدير معقولية الشرط وقت إبرام العقد، ففي هذا الوقت بالذات ينبغي الأخذ بنظر الاعتبار الظروف المعلومة لدى الطرفين المتعاقدين أو التي ينبغي عليهم العلم بها. أو التي تدخل ضمن توقعاتهم المشروعة، لكي يكون الشرط منصفاً ومعقولاً^(٦). والثالث هو أن يكون

(1) Section 2.(1): (A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence).

(2) Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith, op. cit, P.314.

(3) Edwin Peel and .G. H. Treitel, Treitel on The law of contract, Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010, P.270.

(4) 11/1 (In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made).

(5) John Wilman, Brown: GCSE Law, Ninth edition, Thomson Sweet & Maxwell, 2005, P.189.

(6) Laurence Koffman & Elizabeth Macdonald, The Law of Contract, Seventh edition, Oxford University Press, 2010, P.223.

الشرط على درجة كبيرة من الوضوح^(١)، فكلما زادت درجة وضوح الشرط، فإنه يكون أكثر إنصافاً ومعقولية^(٢)، وهو ما تأخذه المحكمة بنظر الاعتبار عند تقدير معقولية الشرط. ثالثاً: موقف القانون المدني العراقي: حددت الفقرة الثانية من المادة (١٣١) منه حكم الشروط التعاقدية غير المشروعة المخالفة للقانون أو للنظام العام أو الآداب والمقتنة بالعقد. وفرقت في حكمها بين نوعين من هذه الشروط^(٣): الأول هو الشرط المقتن بالعقد والدافع إلى التعاقد، والثاني هو الشرط المقتن بالعقد غير الدافع إلى التعاقد، وحكم الأول أنه يبطل هو والعقد الذي تضمنه^(٤)، ويعرف بالشرط المبطل للعقد. أما حكم الثاني وهو الشرط اللغو، فيلغو ويصح العقد الذي تضمنه^(٥).

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية وكما يأتي:
أولاً: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

١- يعد مضمون العقد ركناً جديداً ومستقلاً من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي بعد التعديل الجوهري الذي أجراه المشرع الفرنسي. ويتمثل بمحل الالتزام المترتب على العقد فضلاً عن الشروط التعاقدية، وأن يكون مشروعاً ومؤكداً.

(1) Jill Poole, James Devenney & Adam Shaw-Mellors. Concentrate Contract Law. Third Edition. Oxford University Press.2017., P.138.

(2) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, Anson's law of Contract, Thirtieth Edition, Oxford university press, 2016, P.221.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، مصدر سابق، ص٤١٨.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص١٩٠.
ص١٩٠.

(٥) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. الوجيز في نظرية الالتزام
الالتزام في القانون المدني العراقي. الجزء الأول. مصادر الالتزام. وزارة التعليم العالي
والبحث العلمي. جامعة بغداد. ١٩٨٠، ص١١٢.

٢- ألغى المشرع الفرنسي ركن السبب بمفهومه القديم الذي دار حوله الجدل لفترة زمنية طويلة، وتخلص من النظرية التقليدية للسبب نهائياً. وأنشأ ركناً جديداً هو مضمون العقد، والذي تضمن عنصرين رئيسيين هما عنصر محل الالتزام، وعنصر الشروط التعاقدية المقترنة بالعقد. كما احتفظ المشرع الفرنسي ضمناً بفكرة السبب بمفهومها الحديث، وهو الباعث المشروع على التعاقد، بعد أن أدمجها بالمحل ضمن إطار ركن مضمون العقد، وليس كركن مستقل من أركان العقد. عندما اشترط أن يكون هذا المضمون مشروعاً.

٣- عدل المشرع الفرنسي أركان العقد في القانون المدني الفرنسي تعديلاً جذرياً، فقد ألغى (١١٠٨) القديمة من هذا القانون، والتي كانت تؤسس العقد على أربعة أركان هي: التراضي وأهلية التعاقد والمحل المعين الذي يشكل موضوع التعهد والسبب المشروع للالتزام، واستبدالها بالمادة (١١٢٨) الجديدة التي أضافها إلى هذا القانون، والتي بنت العقد على ثلاثة أركان هي: التراضي وأهلية التعاقد والمضمون المشروع والمؤكد.

٤- يشترط لصحة مضمون العقد كركن جديد للعقد في القانون المدني الفرنسي أن يتوافر فيه شرطان، الأول هو أن يكون مشروعاً، والثاني أن يكون مؤكداً.

٥- اشترطت المادة (١١٦٢) الجديدة من القانون المدني الفرنسي وفقاً لتعديل عام ٢٠١٦، لمشروعية مضمون العقد أن لا يكون مخالفاً للنظام العام بشروطه وبمقاصده، سواء أدركتها الأطراف المتعاقدة أم لم تدركها، ولكنها أغفلت ذكر الآداب العامة أو الأخلاق الحسنة. وركزت على فكرة النظام العام وحدها، لأن النظام العام صمام الأمان الذي يحمي المصلحة العامة وسلامة الأفراد في المجتمع.

٦- يستوعب ركن مضمون العقد الجديد في القانون المدني الفرنسي ركنين آخرين من أركان العقد الراسخة في هذا القانون، وهما ركن المحل الذي اندمج في هذا الركن الجديد، وركن السبب الذي ألغى نهائياً، وأنيطت وظيفته بركن مضمون العقد.

٧- لم يتضمن القانون الانكليزي قاعدة عامة تنظم فكرة مضمون العقد وتحدد عناصره وشروط صحته، والجزاء المترتب على تخلفها، كما هو الحال بالنسبة إلى القانونين الفرنسي والعراقي. ولكن هذه الفكرة تبعثرت في ظل قانون الأحكام العام الانكليزي (Common Law) غير المكتوب والمبني على السوابق القضائية، على العديد من

المبادئ القانونية، كمبدأ البند الجوهري للعقد. ومبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدية، ومبدأ عدم مشروعية العقد، فضلاً عن ركن مقابل الالتزام بالوعد.

٨- رتب المشرع الفرنسي جزاءً على مخالفة ركن مضمون العقد يقوم على أساس تخلف شروط مضمون العقد، فضلاً عن الجزاء المترتب على تعسف الشروط التعاقدية وعدم تحقيقها للغرض الذي وضعت من أجله. ويتمثل الجزاء المترتب على تخلف شرط مشروعية المضمون ببطلان العقد، ويترتب نفس الجزاء على تخلف شرط التأكيد أو اليقين. أما الجزاء المترتب على تعسف الشروط التعاقدية وعدم تحقيقها للغرض الذي وضعت من أجله، فهو عدها غير مكتوبة وينبغي استبعادها تماماً من العقد، وعدم السماح لها بترتيب آثارها.

٩- وضع القانون الإنكليزي معياراً واضحاً لتحديد مدى تعسف الشروط التعاقدية وانحرافها عن للغرض الذي وضعت من أجله هو معيار المعقولة الذي فرضه تشريع بنود العقد غير المنصفة لعام ١٩٧٧.

١٠- ولعل النتيجة الأهم التي توصلنا إليها في هذه الدراسة هي أن كل المقومات متوافرة في القانون المدني العراقي للتخلص نهائياً من ركن السبب بمفهومه التقليدي القديم، كما فعل المشرع الفرنسي. ومن أهم تلك المقومات التي يمكن الاستناد عليها هي فكرة مقتضى العقد التي ورثها المشرع العراقي عن الفقه الإسلامي والشروط المقترنة بالعقد. إذ يمكن الاستفادة من هاتين الفكرتين لوضع نظام قانوني جديد أقرب إلى فكرة مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، ليكون ركناً جديداً من أركان العقد في القانون المدني العراقي. ينطوي على السبب مفهومه الحديث ضمناً بعد دمجها بالمحل.

ثانياً: التوصيات: بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة، فأنا نقترح التوصيات الآتية:

١- نقترح على المشرع العراقي الاستفادة من التعديلات الجذرية التي أجراها المشرع الفرنسي، ولا سيما على أركان العقد. والأخذ بما ورد في المادة (١١٢٨) الجديدة من القانون المدني الفرنسي، وإعادة النظر في أركان العقد في القانون المدني العراقي، وإلغاء ركن السبب بمفهومه القديم نهائياً، والاحتفاظ به ضمناً وفقاً للنظرية الحديثة بعد دمجها بالمحل ضمن إطار ركن مضمون العقد، والذي نوصي أن يصطلح عليه بمصطلح "مقتضى العقد"، وهو المصطلح الذي اقتبسه المشرع العراقي من الفقه الإسلامي

الأصيل، والذي نعتقد بأن المشرع الفرنسي تأثر به عند وضعه لمفهوم "مضمون العقد" كركن جديد مستقل من أركان العقد. وعليه فإننا نقترح على المشرع العراقي النص الآتي لإعادة صياغة أركان العقد من جديد وقصرها على ركني التراضي ومقتضى العقد، بدلاً عن التقسيم الثلاثي التقليدي لأركان العقد: (ينعقد العقد صحيحاً بتوافر ركنيه: ١- التراضي الناشئ عن اتفاق إرادات الأطراف ٢- ومقتضى العقد المشروع والمؤكد).

٢- وعلى هذا الأساس فإننا نوصي المشرع العراقي بإعادة صياغة تعريف العقد الصحيح الوارد في المادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي، لينسجم مع التقسيم الثنائي الجديد المقترح لأركان العقد. وعليه فإننا نقترح على المشرع العراقي النص الآتي كبديل للمادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي: (العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً، بأن يكون صادراً عن أهله، ومضافاً إلى مقتضى مشروع ومحدد قابل لحكمه، وأوصافه سالمة من الخل).

٣- ونوصي المشرع العراقي أيضاً أن يضيف فقرة ثالثة إلى المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي تبطل كل شرط تقييدي أو مقترن بالعقد مجرد مقتضى العقد أو مضمونه أو الالتزامات الجوهرية الناشئة عنه من محتواها أو الغاية منها، وذلك أسوة بالمادة (١١٧٠) الجديدة من القانون المدني الفرنسي. حتى وإن لم يكن مخالفاً للنظام العام أو للأداب، ما دام يسلب مقتضى العقد أو الالتزامات الجوهرية الناشئة عنه من غايتها التي وضعت من أجلها. وذلك لعدم كفاية الفقرة الثانية من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر، والتي قصرت إبطال الشرط المقترن بالعقد على كونه مخالفاً للنظام العام أو للأداب، سواء أكان هو الدافع إلى التعاقد أم لا. لذا فإننا نقترح النص الآتي: (يبطل كل شرط مجرد مقتضى العقد أو الالتزامات الجوهرية الناشئة عنه من غرضها أو محتواها، ويعد كأن لم يكن).

٤- كما نقترح على المشرع العراقي أن يورد نصاً في القانون المدني العراقي يحدد فيه محتوى أو مضمون مقتضى العقد الذي اختلفت آراء الفقه الإسلامي في تحديد محتواه. وأن يراعي في تحديده مفهومه الأصلي المقتبس من الفقه الإسلامي الذي يشتمل على أحكامه أو الالتزامات الجوهرية الناشئة عنه، مع إمكانية شموله للمفهوم الجديد الواسع لمضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، والذي يشتمل أيضاً على الشروط التعاقدية. وعليه فإننا نقترح على المشرع العراقي النص الآتي: (لا بد لكل عقد من

مقتضى يمثل مضمونه، وما اشتمل عليه من التزام له محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه، أو شرطاً يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة. ويصح أن يكون المحل عيناً كان أو ديناً أو منفعة، أو أي حق مالي آخر. كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل).

٥- ونوصي المشرع العراقي أخيراً أن يقرر قاعدة عامة جديدة لبطلان العقد في ضوء التقسيم الثنائي المقترح لأركان العقد، وتختلف احد شرطي مضمون العقد المتمثل بمقتضاه. وعليه فإننا نقترح عليه النص الآتي: (يكون العقد باطلاً إذا لم يكن مشروعاً ذاتاً ووصفاً. بأن لم يصدر عن أهله، أو إذا تخلف عن مقتضى العقد أحد شرطي، بأن يكون غير مشروع لمخالفته للقانون أو للنظام العام أو الآداب. أو غير مؤكد بأن يكون مستحيلاً أو غير معين تعييناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة).

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية.

أ- كتب الفقه الإسلامي

- ١- أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي. الموافقات. المجلد الثالث. الطبعة الأولى. دار عثمان بن عفان للنشر والتوزيع. المملكة العربية السعودية. ١٩٩٧.
- ٢- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن القيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين. المجلد الخامس. الطبعة الأولى. دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع. الرياض. ١٤٢٣ هـ.
- ٣- شمس الدين السرخسي. المبسوط. الجزء الثالث عشر. دار المعرفة بيروت. ١٩٨٩.
- ٤- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الجزء الثامن. الطبعة الثانية. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. ٢٠٠٣.
- ٥- محمد الخرشي أبو عبد الله- علي العدوي. شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي. الجزء الخامس. الطبعة الثانية. المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر. ١٣١٧ هـ.
- ٦- محمد بن علي بن محمد الشوكاني. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. بيت الأفكار الدولية. لبنان. ٢٠٠٤.

٧- محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الحطاب أبو عبد الله. مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل. الجزء الخامس. الطبعة الأولى. دار الرضوان. نواكشوط، موريتانيا. ٢٠١٠.

٨- محمد حسن البجنوردي. القواعد الفقهية. الجزء الثالث. الطبعة الأولى. مطبعة الهادي. ١٣٧٧ هـ.

٩- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي. المغني. الجزء السادس. الطبعة الثالثة. دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. الرياض. ١٩٩٧.

١٠- د. وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. الجزء الرابع. الطبعة الثانية. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر بدمشق. ١٩٨٥.

ب. الكتب القانونية.

١. جاك غستان. المطول في القانون المدني. تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي. الطبعة الثانية. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع مجد. ٢٠٠٨.

٢. د. جمال الدين محمد محمود. سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

٣. د. حسام الدين كامل الأهواني. النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، المجلد الأول المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠.

٤. د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.

٥. د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

٦. د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو. الوجيز في النظرية العامة للالتزام. الجزء الأول، مصادر الالتزام. دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن. الطبعة الأولى. دار وائل للنشر. عمان. ٢٠٠٢.

٧. د. درع حماد. النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.

٨. د. طلحة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلو أمريكي، دار الفكر العربي، ١٩٧٩،
٩. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام. العقد- العمل غير المشروع- الاثراء بلا سبب- القانون. منشأة المعارف بالإسكندرية. ٢٠٠٤.
١٠. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الثالث، محل العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨
١١. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.
١٢. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧،
١٣. د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الإنكلوأمريكي، بغداد، ١٩٩١.
١٤. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام . بغداد، ١٩٨٠.
١٥. د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
١٦. د. عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للالتزامات. الجزء الاول. مصادر الالتزام. الطبعة الاولى. الذاكرة للنشر والتوزيع. بغداد. ٢٠١١.
١٧. د. عصمت عبد المجيد بكر. نظرية العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة. دار الكتب العلمية. بيروت. ٢٠٠٩.
١٨. د. عصمت عبد المجيد بكر. نظرية العقد في القوانين المدنية العربية. دار الكتب العلمية. بيروت. ٢٠١٥.

١٩. د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، منشورات جامعة النهريين، ٢٠٠١.
٢٠. د. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠١٢.
٢١. د. مصطفى إبراهيم الزلمي. الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية. الجزء الأول. شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحدودة. بغداد. دون سنة طبع.
٢٢. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤.
٢٣. د. مصطفى سلمان حبيب، المصطلحات القانونية في العقود الإنكليزية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.
٢٤. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقهاء وأحكام القضاء، منشورات آراس، أربيل، ٢٠٠٦.
٢٥. موفق حميد البياتي. شرح المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الأول مصادر الالتزام، المواد (٧٣-٢٤٥) منشورات زين الحقوقية، بيروت. ٢٠١٧.
٢٦. د. ياسين محمد الجبوري. الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. ٢٠٠٣.

ج-البحوث.

- ١- د. أكرم محمود حسين البدو. حكم العقد دراسة مقارنة. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق. المجلد-١٥- العدد٥٥. السنة ٢٠١٢.
- ٢- د. أكرم محمود حسين البدو. ود. محمد صديق محمد عبد الله. أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق. المجلد-١٣- العدد٤٩. ٢٠١١.

د- الرسائل والأطاريح الجامعية.

- ١- زينة غانم يونس العبيدي. إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الموصل. ٢٠٠٥.
- ٢- علي هادي علوان. شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد. ١٩٩٠.
- هـ. مجموعات أحكام القضاء.

١. سلمان بيات. القضاء المدني العراقي. الجزء الأول. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. ١٩٦٢.
٢. مجلة القضاء التي تصدرها نقابة المحامين، العدد الأول، كانون الثاني - آذار، ١٩٦٨، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٨.

و- القوانين.

- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

ثانياً: المصادر باللغة الإنكليزية.

First: Books.

1. Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth Edition, Clarendon Press, Oxford, 2005.
2. Catherine Elliott & Frances Quinn, Tort Law, Eighth Edition, PEARSON, Longman, 2011
3. Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract law, Seventh Edition, Longman, PEARSON, 2009.
4. Edwin Peel and .G. H. Treitel, Treitel on The law of contract, Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010,
5. Ewan Mckendrick. Force Majeure and Frustration of contract, Second Edition, Informa law from Routledge, 2013.

6. Ewan Mckendrick. Contract Law, Text, Cases, and Materials. Fifth Edition Oxford University Press. 2012.
7. Ewan Mckendrick, Contract law, Sixth Edition, Palgrave Macmillan, 2005.
8. Guest. Anson's Law of Contract, 26th Edition, Oxford University Press, 1984.
9. Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright. Anson's law of Contract, Thirtieth Edition, Oxford university press, 2016.
10. Janet O'Sullivan & Jonathan Hilliard. The Law Of Contract. Seventh Edition. Oxford University Press. 2016.
11. Jean-Louis Halperin. The French Civil Code. University College of London Press. 2006.
12. Jill Poole. Textbook on Contract Law. Thirteenth Edition. Oxford University Press. 2016.
13. Jill Poole, James Devenney & Adam Shaw-Mellors. Concentrate Contract Law. Third Edition. Oxford University Press. 2017.
14. John Cartwright . Contract Law: An Introduction to the English Law Of Contract for the Civil Lawyer. Second Edition. Hart publishing Ltd .2013
15. John Wilman, Brown, GCSE Law, Ninth Edition, Thomson Sweet and Maxwell, 2005.
16. Laurence Koffman & Elizabeth Macdonald, The Law of Contract, Seventh Edition, Oxford University Press, 2010.
17. Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract, Fifteenth Edition. oxford university press, 2007.

18. Mindy-chen-wishart. Contract Law, Sixth Edition, Oxford University Press, 2018.
19. Pamela R. Tepper. The Law of Contracts and the Uniform Commercial Code. Second Edition. DELMAR CENGAGE learning. New York. 2012
20. Paul Richards, law of contract, fourth Edition, financial times, pitman publishing, 1999.
21. Richard stone. The modern law of contract. Ninth Edition. Routledge, Taylor&Francis group. 2011.
22. Robert Duxbury. Nutshell, Contract Law, Fifth Edition, sweet and Maxwell, London, 2001.
23. Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Markesinis and Deakin's Tort law. Seventh Edition Clarendon press. Oxford, 2013.
24. Sir William Anson, principles of English law of contract, London Macmillan at the clarendon press, 1879.

Second: Laws

- The Unfair Contract Terms Act 1977.

Third: Briefing papers.

- 1- Gómez-Acebo & Pombo Abogados .Highlights of the reform of the French law of contracts and obligations by Ordinance no. 2016-131 of 10 February 2016. Reform of the French Civil Code and the New French Contract Law: What Are the Main Impacts on French M&A and Private Equity Practices?
- 2- Solène Rowan. The new French law of contract. International & Comparative Law Quarterly.2017. ISSN 0020-5893.

Fourth : Internet websites

- 1- <http://www.stehlin-legal.com/en/publication/reform-of-the-french-civil-code-and-the-new-french-contract-law->

- [what-are-the-main-impacts-on-french-ma-and-private-equity-practices/](#)
- 2- <https://www.lawteacher.net/cases/taylor-v-caldwell.php>
- 3- <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8240d0ff-684d-47b7-a6ea-a2f0b954f983>
- 4- www.quora.com/what-is-the-difference-between-Void-Agreement-and-Illegal-Agreement

ثالثاً: المصادر باللغة الفرنسية:

Première: Les Livres de droit

- 1- Boris starck. Henri Roland et Laurent Boyer. Obligations 2. Contrat. Quatrième edition. Litec. Libraire de la cour de cassation. Paris.1993.
- 2- Dennis Tallon. La détermination du prix dans les contrats. Etude de droit comparé. Editions A. PEDONE. Paris. 1989.
- 3- Francois Collart Dutilleul et Philippe Delebecque. Contrats Civils et Commerciaux . 6^e edition. Dalloz. 2002.
- 4- Francois terré. Philippe Simler. Yves Lequette. Droit Civil. Les Obligations. 8^e Edition. DALLOZ-SIREY. 2002.
- 5- [Jacques Ghestin](#).Traité de droit civil:La formation du contrat. Troisième Edition.Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1993.
- 6- Jean Carbonnier. Droit civil : les obligations. quinzisième édition. Thémis. Droit Privé. Presses universitaires de France. 1991.
- 7- [Jean Mazeaud](#).[Henri Mazeaud](#). [François Chabas](#) . Leçons de droit civil. 2. 1. Obligations: théorie générale. Montchrestien. 1991.

- 8- Marcel planiol et Georges Ripert. Traité pratique de droit civil français .Tome، x. Librairie générale de droit et de jurisprudence، 1952.
- 9- Philippe Malaurie et Laurent Aynès. Droit Civil. Les contrats spécieux. DEFRENOIS، Edition juridique associées. 2003.
- 10- Stephanie Porchy-Simon. Droit Civil. 2^e anée . Les Obligations. Hypercours & Travaux dirigés. Dalloz. 2018.
- 11- Vidal، les La clause de non-concurrence: les principales clauses des contrats conclus entre professionnels، presses Universitaires d'Aix-en-province. 1991.

Deuxieme: Les Droits

- 1- Code civil français.
- 2- **Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats، du régime général et de la preuve des obligations.** □

Troisieme: La Thèse pour le Doctorat en droit

- Rochfelaire Ibara. L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée. Thèse pour le Doctorat en droit. Université de Poitiers. 2012. Disponible sur Internet <<http://theses.univ-poitiers.fr>>

Quatrième: Les Réseaux D'internet (Les Réseaux informatique).

- 1- <http://magalie-guerrero.over-blog.com/2016/08/1-ordonnance-du-10-fevrier-2016-portant-reforme-du-droits-des-obligations-modifie-la-regle-des-conditions-de-validite-du-contrat-l-a>
- 2- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2016B1C40612AA626D64D997E9EFC051.tplgfr38s>

[3?idSectionTA=LEGISCTA000032008690&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180322](https://www.legavox.fr/blog/maitre-naciri-bennani-zineb/reforme-droit-contrats-contrat-adhesion-20857.htm)

- 3- <https://www.legavox.fr/blog/maitre-naciri-bennani-zineb/reforme-droit-contrats-contrat-adhesion-20857.htm>
- 4- <http://www.delsolavocats.fr/dsfa/index.php/2016/07/11/1a-modification-apparente-des-conditions-du-contrat/>