موضوع العقد وأثره في تطور مفهوم العقد
(دراسة مقارنة)

.

ا. د منصور حاتم محسن ا.م. نورا كاظم عواد ا.م.د. حسين عبيد شعواط

كلية القانون – جامعة بابل كلية القانون – جامعة القادسية كلية القانون – جامعة القادسية

mansoorhatem@yahoo.com Noora.kadim81@gmail.com Hussein.ali@qu.edu.iq

تاريخ الاستلام :٢٠/ ٩/ ٢٠٢٢

تاريخ قبول النشر: ٤/ ١/ ٢٠٢٣

المستخلص

أن موضوع التعاقد في القانونين المدنيين العراقي والمصري يتضمن الشروط التعاقدية وما ينتج عنها من آثار عقدية، اذ تعد جوهر العقد والذي ينصب التراضي عليها، بينما في القانون المدني الفرنسي في قانون العقود الجديد أُعتبِر، رُكناً للعقد يضاف الى التراضي، بالإضافة الى موضوع العقد المشروع والمُمْكن شروطاً لصحة العقد بموجب هذا التعديل .

وهذا التحديد الموضوعي لموضوع العقد له تأثير في تحديد مفهوم العقد، فاذا كان ما يتفق عليه المتعاقدين غير قابل للتغيير والتعديل وتُنفذ عناصره كما هي، فإننا سنكون مع المفهوم التقليدي للعقد، الذي يعتمد على التحديد الارادي لموضوع العقد . أما اذا كان تحديد موضوع العقد لا يقتصر على الارادة لوحدها، عندها نكون أمام المفهوم المتطور للعقد الذي يكون اساسه التحديد القانوني لا الارادي لموضوع العقد، بمعنى ان ما يتفق عليه المتعاقدان سيخضع لاعتبارات عديدة هدفها تحقيق العدل التعاقدي بين المتعاقدين .

الكلمات المفتاحية : العقد، موضوع العقد ، العدالة التعاقدية، الارادة التعاقدية، عناصر العقد.

Abstract

The subject of the contract in the Iraqi and Egyptian civil laws includes the contractual conditions and the resulting contractual effects ،as it is the essence of the contract ،which focuses on consent ،while in the French civil law in the new contract law ،it was considered a pillar of the contract added to the consent ،in addition to the subject of the legitimate and possible contract Conditions for the validity of the contract under this amendment.

This objective determination of the subject of the contract has an impact on defining the concept of the contract. If what the contracting parties agree upon is not subject to change and modification and its elements are implemented as they are ،then we will be with the traditional concept of the contract ،which depends on the voluntary determination of the subject of the contract. But if the determination of the subject matter of the contract is not limited to the will alone ،then we are faced with the evolving concept of the contract whose basis is the legal ،not

involuntary ،determination of the subject of the contract ،meaning that what the contracting parties agree upon will be subject to many considerations aimed at achieving contractual justice between the contracting parties.

key words : The contract - subject matter of the contract - contractual justice - contractual will - contract elements.

المقدمة

يعد موضوع العقد [1] من الموضوعات المهمة في القانون، فقد تميز بالتداخل مع موضوعات القانون الجوهرية . لذا كان من المهم تحديد هذا المفهوم، وبالنظر لذلك العقد فقد كان له ارتباط مع مصطلحات قانونية أخرى، ومن أهم تلك المصطلحات محل الالتزام ومحل العقد ومحل الاداء، لذا يجب تمييزه عن هذه المصطلحات بتحديد المعيار الفاصل بينه وبين هذه المصطلحات، بالإضافة الى بيان عناصر موضوع العقد والعوامل المؤثرة في تحديد هذه العناصر .

من جهة اخرى هناك علاقة بين تحديد مفهوم العقد وبين موضوعه، وهي علاقة ازلية ودائمة فكلّاً منهما يؤثر ويتأثر بالآخر، وكان للتحديد المتطور والمتجدد لموضوع العقد أثراً واضحًا في ايجاد مفهوم متطور للعقد يتناسب مع التوازن العقدي والعدالة العقدية، حيث يؤثر تحديد موضوع العقد في نشوء مفاهيم العقد حسب مضمون الموضوع العقدي.

لكل ما تقدم أعلاه، وبالنظر لاختلاف وجهات النظر بشأن معنى هذا المصطلح الذي جاء به قانون العقود الفرنسي الجديد لعام ٢٠١٦، ولدراسة ما يقابل هذا المصطلح في معناه ومضمونه في القانونين المدنيين العراقي والمصري، فقد تم اختيار دراسة موضوع العقد في نطاق القانون، وقد تم الاعتماد على القواعد القانونية في القانون المدني الفرنسي، وبالأخص ما ورد بقانون العقود الفرنسي الجديد وتعديله الجديد في عام ٢٠١٨، وكذلك احكام القانون المدني العراقي والمصري، بالإضافة الى القواعد القانونية في بعض القوانين الخاصة ذات العلاقة بمفهوم موضوع العقد ونطاقه وآثاره، بالإضافة الى دور الفقه القانوني العربي والاجنبي في هذا الجانب، وأحكام المحاكم ذات الصلة بموضوعنا .

وقد تم تقسيم الدراسة أعلاه على مبحثين نخصص الاول منها للتعريف بموضوع العقد، بثلاثة مطالب، الأول منها لبيان معنى موضوع العقد أما المطلب الثاني فسيكون لبيان عناصر موضوع العقد. بينما المطلب الثالث، فسيكون لتحديد موضوع العقد. أما المبحث الثاني فسيخصص لأثر تحديد موضوع العقد في مفهوم العقد.

وسيكون ذلك بمطلبين، ندرس في المطلب الاول أثر تحديد موضوع العقد في المفهوم التقليدي للعقد، اما المطلب الثاني فنخصصه لأثر تحديد موضوع العقد في المفهوم المتطور للعقد. ونختم البحث بخاتمة تتضمن أبرز النتائج والتوصيات المتعلقة بموضوع العقد.

المبحث الأول

التعريف بموضوع العقد

لم نجد في القانونين المدنيين العراقي والمصري تعريفاً أو اشارة لمصطلح موضوع العقد، وانما كانت هناك نصوص قانونية تضمنت تحديد عناصره، وحتى القانون المدني الفرنسي الذي تضمن الاشارة صراحةً لموضوع العقد، فانه لم يتضمن تعريفاً له وانما تطرق الى بيان احكامه. لذا علينا تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، الاول لتعريف موضوع العقد، أما المطلب الثاني، فسيكون مخصصاً لعناصر موضوع العقد، أما المطلب الاخير فيخصص لتحديد موضوع العقد.

المطلب الأول

تعريف موضوع العقد

نحتاج لتعريف موضوع العقد تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع، ونبتدأ بالقانون المدني الفرنسي كونه قد تضمن اشارة صريحة لهذا المصطلح. وعليه، يُخصص الفرع الاول لبيان تعريف موضوع العقد في القانون المدني الفرنسي بينما الفرع الثاني كان بعنوان تعريف موضوع العقد في القانونين المدنيين العراقي والمصري. اما الفرع الاخير فسيكون للتمييز بين موضوع العقد وبين غيره.

الفرع الاول

تعريف موضوع العقد على وفق القانون المدني الفرنسي

جاء المشرع الفرنسي في قانون العقود الفرنسي الجديد لعام ٢٠١٦، بمصطلح موضوع العقد أو مضمون العقد[٢] كبديل عن ركني المحل والسبب معاً، فقد جاء بمصلح (le contenu du contrat) وما يقابل هذه العبارة باللغة العربية، هو فحوى العقد او محتوى العقد او مضمون العقد او موضوع العقد [٣]، فكلّاً منها يقابل المصطلح الفرنسي أعلاه، ولكن اخترنا "موضوع العقد" لأننا نرى بأنه يتناسب مع أراده المشرع الفرنسي حيث اراد به محل العقد وسببه او الهدف منه معاً. فموضوع العقد على وفق النص المدني الفرنسي في المواد من ١١٦٢ الى المادة ١١٧١ منه، يعني ما يهدف اليه المتعادين من وراء ابرام العقد وهذا هو الهدف من العقد بالإضافة الى ما اشترطاه في العقد وهي المحل المتفق عليه، لذا نعتقد بعدم امكانية أن يُفَسَر بأنه يقتصر على ما اشترطه المتعاقدين في العقد

من بنود تعاقدية لان هذا يعني شموله لمحل العقد دون الغرض منه، على وفق القانون المدني الفرنسي[٤] . وعلى ذلك فان هناك ثلاث اتجاهات في الفقه الفرنسي بشأن مدى استيعاب موضوع العقد لمحل العقد وسببه، ومدى امكانية الاستغناء عن فكرة السبب استناداً الى هذا المصطلح، الاول يرى بأن مصطلح موضوع العقد قد وُجِد بدلاً من محل العقد وسببه معاً، فقد تم حذف مصطلحي محل العقد وسببه بظهور مصطلح موضوع العقد أو مضمونه، اما الاتجاه الثاني فيرى بأن وجود موضوع العقد لم يؤدِ الى حذف المحل أو السبب، وانما ابقى على الاخير أي السبب ولكن من خلال استخدام مصطلحات مرادفة له وتُعطي ذات المعنى كالهدف من العقد الوارد في المادة ١١٦٢ من القانون المدني الفرنسي[٥]، وكذلك مصطلح المقابل[٦]الوارد في المادة ١١٦٩ منه، اما الاتجاه الثالث فيذهب الى ان المحل والسبب قد اصبحا ضمن مفهوم موضوع واصبح كلّاً منهما من عناصر موضوع العقد .[٧]

ولكننا نرجح ما ذهب اليه الاتجاه الثاني ونرى بأن هذا المصطلح يضم الركنين معاً، محل العقد أو محل الالتزام وكذلك يضم السبب، وهوما ذهب اليه الفقه الفرنسي بشأن تعليقه على المادة ١١٦٢ من القانون المدني الجديد، من ان هذا التعديل لم يتضمن حذف السبب وهذا يتبين من الاشارة الواضحة الى هدف السبب أو غرضه في المادة ١١٦٢ منه، فوظائف واهداف السبب مشار اليها صراحةً كقواعد عامة في المواد الخاصة بموضوع العقد، وتطبق في جميع موضوعات القانون المدني. [٨] ويُشير هذا الفقه بشأن تدعيم حججه الى ان قرارات محكمة النقض الفرنسية قد تضمنت الاشارة ايضاً الى وظائف السبب في تحديد عدم مشروعية العقد، كعبارات "بدون غرض أو بدون هدف أو او غرض غير حقيقي او غرض غير مشروع "، فهذه العبارات التي جاء بها القضاء قد اصبحت اساساً لصدور هذا التعديل الصادر في عام ٢٠١٦، اذ قُنِنت هذه الاحكام القضائية واصبحت قواعد قانونية بموجب هذا التعديل.[٩]

وعلى اساس ما تقدم، نذهب مع اتجاه الفقه العربي بأن ما جاء في التعديل التشريعي لعام ٢٠١٦ لا يُعد استغناءً عن المحل والسبب وانما مجرد اختفاء شكلي لمصطلح السبب من الاحكام المنظمة للعقد، فهو تعديل شكلي وليس حقيقي لان وظائف السبب كركن بالعقد لا يمكن التخلي عنها وهي ترتبط بالمحل المتفق عليه، فقد بقي السبب لكن ليس بالاسم وانما بالوظائف

أفكانت بعنوان اخر اما هدف العقد أو غرضه أو المقابل له .[١٠]

وعلى وفق المعنى المتقدم لموضوع العقد في القانون الفرنسي، نستطيع القول بأنه يضم كل ما تتضمنه البنود العقدية من اتفاقات بين المتعاقدين والاثار التي تترتب على وجود هذه البنود بشرط ان يكون مضمونها غير مخالف للنظام العام.[١١] ومن جانب آخر، فان تحديد موضوع العقد لا يقتصر على الارادة التعاقدية وانما يكون للمشرع دور في ذلك ومن خلال سلطة القاضي التي يستمدها من القانون في تكميل نطاق العقد وتعديله، بما ينسجم مع تحقيق العدالة في العلاقة العقدية والتي اصبحت غاية القانون وهذا واضح من خلال المادة ١١٧١ من القانون المدني الفرنسي التي أوجبت خلق التوازن العقدي بين حقوق والتزامات اطراف العقد.

الفرع الثاني

تعريف موضوع العقد في القانونين المدنيين العراقي والمصري

إن مصطلح "موضوع العقد " لم يرد في القواعد القانونية في القانونين المدنيين العراقي والمصري، بعكس القانون المدني الفرنسي الذي جاء فيه هذا المصطلح، بل وجدنا نصوص قانونية متفرقة تُستَنتَج منه لما يتضمنه هذا المصطلح أو يُعدُّ مِن أحد مصاديقه. كما في النصوص الواردة في عقد البيع والايجار والمقاولة والخاصة بما يترتب من آثار على انعقاد هذه العقود، فهذه الآثار تعد موضوعاً للعقد .[١٢] و كذلك الآثار التي تترتب على انعقاد أي عقد آخر.[١٣] ولكن هذا لا يعني بأن ما يحدد موضوع العقد يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد، بل يشمل أيضاً مرحلة انعقاد العقد [١٤]. وعلى ذلك، يحدد الفقه القانوني بأن الارادة هي الاساس الرئيس في تحديد موضوع العقد من مرحلة الابرام وحتى تنفيذه بشكل كامل . [١٥]

فموضوع العقد، على وفق الفقه القانوني العربي[١٦] يحدده ما يتفق عليه المتعاقدان وقت ابرام العقد بإرادتهما على وفق الشروط التعاقدية المتفق عليها والآثار المترتبة على ذلك من وجوب تنفيذ الالتزامات الناشئة عن ذلك . ولا يقتصر موضوع العقد على ذلك، وانما في مرحلة تنفيذ العقد، يجب على المشرع ومن خلال السلطة التي تُمنَح للقاضي حماية ما يهدف المتعاقدان الى تحقيقه على وفق المنفعة المقصودة من ابرام العقد[١٧]. ومن جانب آخر، يجب تنفيذ الالتزامات المتفق عليها التي حددها العقد وبحسن نية، وعلى وفق الشروط المتفق عليها، وكذلك تنفيذ ما يُعد من مستلزمات العقد على وفق القانون والاعراف والعدالة

العقدية وطبيعة المعاملات العقدية والالتزامات العقدية.[١٨] بل في بعض الحالات يتدخل المشرع في تحديد موضوع العقد وتكون ارادته هي الحاكمة في تحديد موضوع العقد، كما في اكمال العقد وتعديله . [١٩]

وعليه، فأن موضوع العقد يتحدد من خلال محتوى ومضمون العقد، ولكن المضمون العقدي لموضوع العقد يكون على وفق المعنى المتطور للمضمون العقدي الذي يهدف الى تحقيق المنفعة المقصودة من وراء التعاقد، وخاصة عندما نكون بشأن حماية الطرف الاضعف في العلاقة العقدية نتيجة عدم التكافؤ العقدي في كل صوره .[٢٠]

الفرع الثالث

تمييز موضوع العقد عن غيره

نميز هنا بين موضوع العقد من جهة وبين محل الالتزام ومحل العقد ومحل الاداء من جهة أخرى، فموضوع العقد مثلما تبين لنا سابقًا، بانه يتعلق بالشروط التعاقدية [٢١] التي تنسجم في غايتها وهدفها مع القانون والنظام العام. وعلى وفق الفقه القانوني الراجح [٢٢]، فان محل العقد هو العملية القانونية التي يهدف المتعاقدان الى تحقيقها من وراء العقد، كعقد البيع يكون محل العقد فيه هو البيع أي نقل الملكية، وهكذا في بقية العقود، بينما محل الالتزام ، فهو الأداء الواجب الذي يلتزم به المدين تجاه الدائن ، كما هو في عقد البيع نقل حق عيني كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري[٢٣]، وإما أن يكون القيام بعمل معين كالتزام المدين بتشييد بناء كما في التزام المقاول تجاه رب العمل ، وقد يكون محل الالتزام بالامتناع عن عمل كالالتزام بعدم المنافسة غير المشروعة ، أو التزام العامل بعدم منافسة رب العمل . فمحل الالتزام سواء تحدد بخدمة أو سلطة أو عملاً معينًا ماديًا أو معنويًا ، بشرط أن يُعطي القيمة النقدية أو المالية للعقد لاعتباره قانونًا.

بمعنى آخر، ان العملية المقصودة من قبل المتعاقدين وهي محل العقد لا يمكن انجازها الا من خلال الالتزامات التي يُنشِئها العقد، لذا فمحل العقد هو مجموع محال الالتزامات الناشئة منه، وعليه فان الشروط الواجب توافرها في محل العقد هي ذاتها الشروط الواجب توافرها في محل الالتزامات الناشئة عنه وهي الوجود أو امكانية الوجود والتعيين أو قابلية التعيين وأخيراً مشروعية المحل. [٢٤] بينما يذهب رأي آخر الى ان محل العقد هو ما ورد عليه العقد، ففي عقد البيع مثلاً، هو محل العقد هو المبيع والثمن [٢٥]. أما محل الاداء، فانه يتعلق بالأداء الذي يمثل محل الالتزام أي محل الحق الشخصي وقد يكون هذا الاداء ايجابيًا وقد يكون سلبيًا [٢٦].

والحقيقة لا فائدة عملية تظهر من التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام أو الاداء، وحتى ان المشرع يستعمل محل العقد للدلالة على محل الالتزام، والعكس بالعكس .[٢٧] وبهذا يتضح لدينا بأن موضوع العقد يكون اوسع نطاقاً من محل العقد او محل الالتزام، واصبح تحديد موضوع العقد لا يقتصر على المتعاقدين وانما يتدخل المشرع وبواسطة القضاء بتحديد عناصر موضوع العقد لتحقيق التوازن العقدي، وذلك مسائل وطرق تحديده مختلفة منها تكميل العقد وتعديله في مرحلة تنفيذ العقد، بينما محل العقد يُحَدَد عند ابرام العقد بوصفه العملية القانونية المتفق عليها. لذا نعتقد بأن ما ورد موضوع العقد الوارد في المواد ١١٦٢ وما بعدها الى المادة ١١٧١ من القانون المدني الفرنسي، يختلف من حيث الهدف من وجوده، عن ذات المصطلح الوارد في المادة ١١٢٨ منه التي جاء فيها " يكون ضرورياً لصحة العقد . . . . . ٣ـ مضمون مشروع ومؤكد " فهو ذات المقصود به من حيث معناه، ولكن في المادة الاخيرة أُريد به كشرط لصحة العقد عند تكوينه، بينما في المواد ١١٦٢ وما يأتي بعدها، يُراد به تحديد ما يدخل في موضوع العقد عند تنفيذه من شروط تعاقدية متفق عليها ومشروعة أو ما يفرضه القضاء لخلق التوازن العقدي.

المطلب الثاني

عناصر موضوع العقد

بعد أن علمنا،المقصود بموضوع العقد، يتبين لنا ان موضوع العقد يتعلق بأن كل متعاقد يلتزم بما ورد في العقد من شروط تعاقدية ولا يلتزم، بأكثر مما ورد فيه من شروط متفق عليها ولا بغير ما ورد فيه، وهذه الشروط قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية، وفي الحالتين ترتب آثاراً منها الالتزامات وقد اعتبر القانون المدني الفرنسي صراحة محل الالتزام وهو الاداء الذي يلتزم المدين تجاه الدائن من عناصر موضوع التعاقد [٢٨] . بالإضافة الى ذلك، أوجب المشرع تنفيذ ما يُعتبر من مستلزمات العقد. من جهة اخرى، القانون المدني الفرنسي في التعديل لعام ٢٠١٦ اعتبر الهدف من العقد او غرضه من عناصر موضوع العقد. وعليه سيتم تقسيم المطلب على ثلاثة فروع، في الفرع الاول، نبين الشروط التعاقدية الصريحة، وفي الفرع الثاني ندرس الشروط التعاقدية الضمنية، اما الفرع الاخير نخصصه لدراسة هدف العقد بحسب قانون العقود الفرنسي الجديد لعام ٢٠١٦.اما بخصوص مستلزمات العقد بوصفها من عناصر العقد ندرسها عند تحديد عناصر

موضوع العقد في المطلب التالي، لذا لا يتم ذكرها هنا تجنباً للتكرار.

الفرع الأول
الشروط التعاقدية الصريحة

الاصل ان تكون الارادة الصريحة التي تدل بشكل واضح عما اراده المتعاقدان، هي الحاكمة في تحديد الشروط التعاقدية، فالعقد شريعة المتعاقدين، فما يتفق عليه المتعاقدان من شروط تعاقدية عند ابرام العقد يعد ملزماً لهما ولا يجوز تعديله او نقضه إلا بتراضيهما على ذلك، او للأسباب التي يقررها القانون.(٢٩)

وقد انفرد المشرع العراقي في القانون المدني في المادة ١٣١ منه بتنظيم أحكام هذه الشروط العقدية المقترنة بالعقد، اذ جاء فيها " ١ـ يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والمادة . ٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب، وإلا لغى الشرط وصح العقد، مالم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيُبطل العقد أيضاً". وهذه الشروط التقييدية (٣٠) قد تكون مُعتبرة عندها يجب الوفاء بها مع العقد المقترنة به، وقد تكون شروط لغو تُلغى ويبقى العقد المقترنة بها صحيحاً، وقد تكون الشروط التقييدية باطلة ومُبطِلة للعقد المقترن بها .

ولا مثيل للمادة ١٣١ في القانون المدني المصري، اما القانون الفرنسي، فبموجب قانون العقود الفرنسي فان المادة ١١٦٢ قد جاءت بإيراد مصطلح "شروط العقد" بوصفها شروط تقييدية مقترنة بالعقد، وهذا يدل على ان الشروط العقدية الواردة في العقد الجزء الاهم من موضوع العقد، الذي يجب أن يقترن بمشروعية الهدف الذي يبغي العقد الى تحقيقه، على وفق القانون الفرنسي.(٣١) و قد اشار المشرع الفرنسي الى الشرط التعاقدي الصريح، وذلك في المادة ١١٦٣ في الفقرة الاولى منها.(٣٢)

الفرع الثاني
الشروط التعاقدية الضمنية

اذا كانت القاعدة العامة ان المتعاقدين هم الذين يحددون مضمون الشروط التعاقدية عند ابرام العقد، وان القاضي لا يستطيع ان يُنشِئ شرطاً يتضمن حقوقاً والتزامات، إلا انه في بعض الاحيان، لا يمكن تحديد ما أراده المتعاقدين بسهولة، فلم يُضَمِنا العقد شروطاً صريحة، لذا يتم اللجوء الى تحديد موضوع العقد من خلال استنباط النية الحقيقية للمتعاقدين، وما يتم استنباطه يُعد شرطاً تعاقدياً ضمنياً .(٣٣)

واستنباط النية التعاقدية، عند عدم التعبير الصريح عن مضمون الشرط التعاقدي، قد يكون باللجوء الى العرف، وعندها يُعَد العرف ممثلاً لإرادة المتعاقدين، وهذا ما اشارت اليه المادة ١١٦٣ من القانون المدني الفرنسي.[٣٤] وفي القانون المدني العراقي المادة ١٦٣ / ١، حيث جاء فيها " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص "[٣٥]

وكذلك أُشير الى استنتاج النية التعاقدية بشكل واضح في المادة ١١٦٦ من القانون المدني الفرنسي " إذا لم تكن جودة الاداء محددة او قابلة للتحديد بموجب العقد، يلتزم المدين بأداء من جودة تتفق مع التوقعات المشروعة للمتعاقدين، مع مراعاة طبيعة الاداء والاعراف ومقدار المقابل "

وأخيراً، قد تُفرض شروط من قبل المشرع، وتعد مفروضة بإرادة المشرع، وتسمى عندها بالشروط العقدية المُفترضة قانوناً، وهذه تُفرض بوسائل قانونية متعددة من اهمها القواعد القانونية الآمرة والقواعد المكملة عند عدم وجود اتفاق على ما يخالفها، وكذلك وسيلة تعديل العقد لخلق التوازن العقدي، وكذلك وسيلتا تكميل العقد وتصحيحه، وغيرها من الوسائل القانونية التي تهدف الى تحديد موضوع العقد، وهنا يعبر القانون عن الارادة العقدية العامة .[٣٦]

الفرع الثالث

هدف العقد بحسب قانون العقود الفرنسي الجديد لعام ٢٠١٦

ان اهم ما جاء به التعديل الصادر بمرسوم ١٠ شباط ٢٠١٦ هو استبدال مصطلح "السبب" كركن من اركان العقد الذي كان سابقاً منظماً في المواد ١١٣١ الى ١١٣٣ وذلك لأسباب عديدة منها، ان الاعتماد على السبب كركن يتداخل من حيث الوظائف مع ركن محل العقد خصوصاً عن البحث في مسألة سبب العقد وسبب الالتزام، وخاصة انه قبل التخلي عن السبب كركن، أخذ بمفهوم مزدوج للسبب، اي السبب القصدي او السبب الموضوعي "سبب الالتزام "، والسبب الشخصي الذاتي " سبب العقد " [٣٧]

ولكن الغاء السبب كان يُقصد به كركن من اركان العقد، فوظائف السبب واهدافه بقي المشرع الفرنسي محتفظاً بها. وتبدأ بالمادة ١١٦٢ من القانون المدني الفرنسي، عندما اشارت الى عدم جواز مخالفة العقد للنظام العام [٣٨]، من حيث بنوده، او من حيث هدفه، وسواء كان هذا الهدف معلوماً لدى الطرفين، أو لم يكن معلوماً لكلاهما. وهذا يعني

الاحتفاظ بشرط مشروعية السبب " هدف العقد" في معناه الشخصي،أي السبب غير المباشر وهو سبب العقد، وعند عدم توفر هذا الشرط يُبطل العقد. والحكم الذي جاء به المشرع الفرنسي في هذه المادة، هو ما توصل اليه القضاء الفرنسي[٣٩] من اعتبار العقد باطلاً اذا كان أحد أطراف العقد يهدف من وراء ابرام العقد الى التوصل الى هدف غير مشروع ولا يَتفق مع القانون، حتى لو كان المتعاقد الاخر حسن النية لا يعلم بالهدف غير المشروع .[٤٠]

و قد أُشير لوظائف السبب، أيضاً في المادتين ١١٦٩ و ١١٧١ من القانون المدني الفرنسي حيث جاء في المادة الأولى ببطلان عقد المعاوضة اذا كان المقابل المتفق عليه لصالح الطرف الملتزم وهمياً أو تافهاً. وهذا يعني ببطلان العقد لعدم وجود السبب أو اعتباره غير موجود لتفاهته. وهذا تكريس لقرار شهير من محكمة النقض يُعرف بقرار video club أيدت فيه المحكمة بطلان العقد لغياب السبب.[٤١] وكذلك ما جاء بالمادة ١١٧١ المعدلة بالقانون رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٨ [٤٢]، بموجبها تم الاحتفاظ بوظيفة السبب في تحقيق العدالة العقدية، حيث تضمنت هذه المادة الاستبعاد بحكم القانون، لكل شرط يرد في عقد اذعان، ويكون غير قابل للتفاوض يتم تحديده مسبقاً من قبل أحد المتعاقدين، ويرتب اختلال واضح في التوازن العقدي[٤٣].

المطلب الثالث

تحديد موضوع العقد

ان من مقتضى العقد هو تنفيذ محتواه أو موضوعه، وهذا يقضي بوجوب تحديد موضوع العقد حتى يمكن تنفيذ ما اتفق عليه من قبل كل متعاقد، وهذا التحديد قد يتطلب تفسير للعقد اذا وُجدت حالة من حالات التفسير القضائي، ومن ثم نكون امام تحديد لعناصر موضوع العقد، وبعدها التزام كل متعاقد بتنفيذ موضوع العقد. وعليه سيُقسم المطلب على ثلاثة فروع، الاول، يكون بعنوان التفسير القضائي للعقد، والثاني تحديد عناصر موضوع العقد، والثالث، تنفيذ موضوع العقد على وفق ما تم تحديده.

الفرع الأول

التفسير القضائي للعقد

لأهمية التفسير في تحديد موضوع التعاقد فقد بينت القوانين الاحكام والقواعد الخاصة بتفسير العقد [٤٤]. ولكون الاساس الرئيس للعقد هو الارادة، لذا فان القاضي عند تفسيره للعقد يبحث عن نية المتعاقدين لتحديد موضوع التعاقد، لذا فلا يُلجأ الى تفسير العقد من قبل القاضي اذا كانت عبارات العقد واضحة تعبر عن الارادة الظاهرة

للمتعاقدين في العبارات الواردة في بنود العقد[٤٥]، اما اذا الغموض والابهام واللبس في الشروط التعاقدية التي تمثل عناصر موضوع العقد عندها يستوجب تفسير العقد والبحث عما قصده المتعاقدان اي اللجوء الى الارادة الباطنة والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين .[٤٦]ولكن يجب أن لا يُفهَم ان العبارات الواضحة لا تُفسر من قبل القاضي، لأن الاخير قد يجد نفسه بحاجة الى تفسير العبارات الواضحة، فوضوح العبارة ليس هو وضوح الارادة، فقد تكون العبارة واضحة ولكن الظروف تدل على ان المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدا معنىً وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر، فعلى القاضي أن يعْدِل الى المعنى الذي قصد اليه المتعاقدين، وعندها يُفسر اللفظ الواضح .[٤٧]

والعوامل التي يَرجع اليها القاضي للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، قد تكون داخلية، اذ يرجع الى طبيعة التعامل ونوع العقد، وكذلك تفسير عبارات العقد بعضها البعض والامانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين، بالإضافة الى ظروف التعاقد.[٤٨]وعوامل خارجية منها القواعد العرفية والطريقة التي تنفذ بها شروط موضوع العقد.[٤٩]

الفرع الثاني

تحديد عناصر موضوع العقد

اذ تقضي المادة ١٥٠ الفقرة الاولى منها، من القانون المدني العراقي بوجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه موضوعه وبحسن نية [٥٠]، لذلك فان تنفيذ العقد يعتمد على تحديد عناصر موضوع العقد حتى تتحقق غاية وجود العقد بالزام المتعاقد بتنفيذ موضوع العقد. وقد يحتاج القاضي الى تفسير العقد لتحديد ما يتوجب على المتعاقدين تنفيذه، اي تحديد العناصر التي يتضمنها موضوع العقد.[٥١]

ولتحقيق المنفعة المقصودة من العقد، فان عناصر موضوع العقد لا تقتصر على ما ورد في العقد، وانما وسَّع المشرع [٥٢] من موضوع العقد واضاف اليه ما يُعد من مستلزمات العقد، فأعتُبِرَت من عناصر موضوع العقد المهمة، وبها يكتمل موضوع العقد وتتحقق المنفعة العقدية للمتعاقدين، وتسمى هذه الوسيلة بتكميل العقد التي من خلالها يقوم القاضي بإكمال نطاق العقد بإضافة ما يعد من مستلزماته الى موضوع العقد .

ويسترشد القاضي من اجل ذلك، بعدد من العوامل الموضوعية تدور حول طبيعة العقد والالتزامات التي يتضمنها موضوع

العقد، وهذه العوامل التي حددها المشرع في سبيل تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد، هي القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام، فمنهج اكمال العقد موضوعي يستند الى طبيعة الالتزام على وفق محددات تشريعية معينة، اذ يُضيف القاضي مجموعة من الالتزامات وتُعَد من عناصر موضوع العقد الواجب تنفيذها حتى وإن لم ينظمها المتعاقدان وقت ابرام العقد [٥٣].

الفرع الثالث

تنفيذ موضوع العقد على وفق ما تم تحديده

بعد أن يُفسر العقد وتُحدد عناصر موضوعه، لا يبقى سوى تنفيذ عناصر موضوع العقد على وفق ما تم تحديده، سواء كانت الارادة مصدر هذه العناصر على وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أو عندما تدخل المشرع بواسطة القضاء بإضافة ما يُعد من مستلزمات العقد، أو بتدخل القاضي بتعديل العقد في كل حالات تعديل العقد كما في تعديل الشرط التعسفي والجزائي وكذلك في حالة نظرية الظروف الطارئة او تصحيحه كما في تصحيح العقد المهدد بالبطلان [٥٤]، ففي كل الاحوال العناصر التي حُددت كموضوع للتعاقد يجب تنفيذها .أي لا يجوز الـغاء العقد او تعديله الا باتفاق الطرفين او للأسباب التي يُقررها القانون، على انه هناك عقود ينص القانون على جواز الغائها من قبل احد المتعاقدين كالوكالة والوديعة مثلاً. [٥٥]

وتنفيذ العقد يجب أن يتم بحسن نية[٥٦]، فحسن النية هو المبدأ العام الذي يسود جميع العلاقات القانونية، وما يتصل بهذا المبدأ من فكرة التعاون في مجال تنفيذ عناصر موضوع العقد، كامتناع المتعاقد عن التعسف في استعمال حقه عند تنفيذ الموضوع العقدي.[٥٧]

المبحث الثاني

أثر تحديد موضوع العقد في مفهوم العقد

تطرقنا في المبحث الاول الى بيان مفهوم موضوع العقد وكيفية تحديده، بعد ذلك نبين الأثر الذي يترتب على تحديد موضوع العقد في مفهوم العقد [٥٨]، حيث كان لتحديد موضوع العقد أثراً واضحًا في تحديد مفهوم للعقد، فاذا كان موضوع العقد تُنشِئه الارادة الحرة لأطراف العقد كنا أمام المفهوم التقليدي للعقد. بينما إذا تم التوسع في تحديد مضمون موضوع العقد، بإجازة المشرع للقاضي في فرض حقوق والتزامات لم يكن المتعاقدين قد حدداها وقت ابرام العقد أو استبعاد لشرط عقدي من شروط العقد بحكم القانون، كنا أمام مفهوم حديث متطور للعقد. لذا سيُقَسم هذا المبحث على مطلبين، في الاول، ندرس أثر تحديد موضوع العقد في

المفهوم التقليدي للعقد، ونخصص المطلب الثاني لدراسة إثر تحديد موضوع العقد في المفهوم المتطور للعقد.

المطلب الأول

أثر تحديد موضوع العقد في المفهوم التقليدي للعقد

ان تحديد موضوع العقد على وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، على اساس ان الارادة هي الاساس الوحيد للإلزام العقدي، وما اتفق عليه المتعاقدان بشأن موضوع التعاقد لا يمكن تغييره او المساس به، حتى وإن لم يحقق التوازن العقدي او العدالة العقدية، فلا يمكن للقاضي التدخل في التغيير بعنصر من عناصر موضوع العقد، عند ذلك نكون امام المفهوم التقليدي للعقد الذي يقوم على الارادة الحرة هي الاساس الوحيد الملزم للعقد، لذلك فان موضوع التعاقد القائم على وحدة الاساس الارادي الملزم للعقد سوف يتناقض مع غاية العقد وهو تحقيق المنفعة العقدية على وفق العدالة العقدية . وعلى ذلك سوف يُقسم المطلب على ثلاثة فروع، يخصص الفرع الاول، التحديد الارادي لموضوع العقد في المفهوم التقليدي للعقد أما الفرع الثاني فسيُخصص لدراسة النتائج المترتبة على التحديد الارادي لموضوع العقد، اما الفرع الاخير فسيكون عنوانه، تناقض التحديد الارادي لموضوع العقد مع متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية.

الفرع الأول

التحديد الارادي لموضوع العقد في المفهوم التقليدي للعقد

يعد العقد [٥٩] من اهم مصادر الآثار التي تكوّن موضوع العقد من حقوق والتزامات، والتي هي تُعد الغاية من ابرام العقد. لذا كانت ارادة المتعاقد تعد مصدر وحيد ومستقل تُنشئ وتحدد موضوع العقد، ولا تُقيد الا بالنظام العام .[٦٠] وهذا التحديد الارادي لموضوع التعاقد الذي يشكل مفهوماً تقليدياً للعقد دون أي تجديد وتطوير حول الاساس الملزم للعقد، فالإرادة لوحدها هي اساس القوة الملزمة للعقد، وهذه النظرة الى موضوع التعاقد يجد مصدره في المذهب الفردي الذي يُمجِد الحرية الفردية، وهذه الفلسفة الفردية تجعل من الفرد غاية في حد ذاته، وان الحرية الفردية هي الخير الأسمى وانها حق فطري لكل انسان وليست بحق مكتسب، وان الدولة تقوم بمهمتها خير قيام اذا هي ضمنت لجميع الأفراد هذه الحرية .

عندما تكون الارادة الحرة اساس وحيد ملزم لكل عقد، فهي التي تحدد محتوى العقد، وهذا كله يؤسس لمبدأ سلطان الارادة، أي حرية الفرد في تحديد موضوع التعاقد، والذي

يُعَد انعكاس للفلسفة الفردية التي سادت في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر [٦١]، غير ان مبدأ سلطان الارادة قد أُستخدم عموماً نهاية القران التاسع عشر وبداية القرن العشرين.[٦٢]

وعليه، فان العقد، يصبح في ظل مبدأ سلطان الارادة، هو تلاقي ارادات لا تخضع لأي قيود، لان العقد يستمد القوة الملزمة من الارادات التعاقدية، فالإرادة تصنع قانونها الخاص، وعندها يكون العقد بمثابة قانون ملزم للجميع، فلا يمكن الخروج عنه او التغيير والتعديل فيه من قبل القاضي .[٦٣] فالمجتمع يجب أن لا ينظم الا العلاقات الاجتماعية الناشئة بين افراده بشكل طوعي وارادي، ومن تلك العلاقات الاجتماعية المتعلقة بالتعاقد وتحديد موضوعه .[٦٤]

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على التحديد الارادي لموضوع العقد

عندما يتحدد موضوع العقد ارادياً، وانه لا يمكن لغير الارادة فرض مضمون لموضوع العقد، نتائج منها ان الالتزامات الارادية هي الأصل، كون الفرد لا يُلزَم إلا بإرادته، واذا توجَب

فرض التزامات على الفرد تجاه آخر فيكون ذلك بأضيق الحدود وعلى سبيل الاستثناء لان الفرد أعلم بما يحقق منفعته، فالإرادة هي قوام التصرف القانوني . فالأصل أن يكون مصدر الالتزام هو موضوع العقد الذي حدده المتعاقدان بإرادتهما، و لا يُفرض الالتزام من قبل القانون، وكذلك ليس هناك شكل مفروض لصحة التعاقد، فالإرادة هنا تؤسس للرضائية التي يجب ان لا تخضع لشكلية ما في تكوين موضوع التعاقد ولصحة العقد[٦٥].

ويُبنى كذلك، على التحديد الارادي لموضوع العقد في المفهوم التقليدي للعقد ، بان العقد لا يمكن أن يُعدل أو يُلغى بالإرادة المنفردة من قبل احد اطرافه دون موافقة الآخر، فالمدين لا يمكنه أن يتخلص من الالتزام المترتب في ذمته بحجة عدم تحقق العدالة او التوازن بين طرفيه، فالعقد يمثل ارادة طرفيه وهو قانون المتعاقدين يُلزم المتعاقدين به، وهذه نتيجة حتمية للتحديد الارادي لموضوع التعاقد الذي يكون اساسا لمفهوم تقليدي للعقد قائم على تقديس مطلق للإرادة، وما تنتجه غير قابل للتغيير لا من احد طرفيه ولا من القاضي .

وهذا يعني بأننا في المفهوم التقليدي الارادي للعقد القائم على التحديد الاختياري لموضوع العقد يكون للحرية التعاقدية دوراً هاماً في مجالين، الاول هو مجال ابرام العقد والمجال الثاني يظهر أثره في مرحلة تنفيذ الاثار المترتبة على العقد المتفق على موضوعه

ارادياً، فبالنسبة للدور المتحقق ضمن المجال الاول يمكن للمتعاقد أن يبرم عقداً مع آخر أو لا يرغب بذلك، فله الحرية الكاملة في التعاقد أو عدمه، وكذلك له الحرية في اختيار شخص المتعاقد الآخر، وأخيراً يترتب على التحديد الارادي لموضوع العقد ضمن مجال ابرام العقد، الاختيار المطلق لشروط العقد ولا يتقيد سوى بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة والقواعد القانونية الآمرة التي يكون مجالها هو حماية ارادة المتعاقدين كالقواعد التي تحدد الاهلية، اما قواعد القانون البديلة[٦٦]أو المفسرة للإرادة أو المكملة لها، فإنها لا تُطَبق ولا تُفرَض على المتعاقدين الا بغياب شرط تعاقدي يخالفها فعنها تطبق بوصفها تمثل الارادة الضمنية للمتعاقدين.[٦٧]

. أما المجال الثاني للحرية التعاقدية في اختيار موضوع العقد، فيظهر في مرحلة تنفيذ الموضوع العقدي، فلا تنصرف آثار العقد الا للمتعاقدين، كأصل، فالحقوق والالتزامات التي تكون ضمن موضوع العقد لا تُلزم ولا يستفيد منها سوى المتعاقدين، وفي ذات الوقت لا يلتزم المتعاقدين بغير ما يتضمنه موضوع العقد . فاذا كانت ارادة اطراف العقد واضحة وصريحة فلا يمكن للقضاء أن يرفض تطبيقها، ولا يستطيع كذلك استبعاد الشروط الصحيحة من موضوع العقد بحجة عدم تحقيق التوازن، اي لا يستطيع ان يغير من آثار العقد عندما نكون امام التحديد الارادي لموضوع العقد فالإرادة تحدد موضوع العقد في ابرامه وفي تنفيذه بموجب مبدأ سلطان الارادة الذي يكون اساساً للتحديد الارادي لموضوع العقد على وفق المفهوم التقليدي للعقد الذي لا يعترف بغير الارادة مصدراً للعقد. [٦٨]

الفرع الثالث

تناقض التحديد الارادي لموضوع العقد مع متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية

أن مبدأ سلطان الارادة يقف حائلاً امام تحقيق العدالة التعاقدية غالباً. إلا أنه يوجد تبريران يقفان وراء ادعاءات انصار المفهوم التقليدي للعقد، الأول يتعلق بطبيعة عمل القاضي، والثاني يتعلق بخطر عدم تحقق الأمان التعاقدي لأطراف العقد. فبالنسبة للحجة الاولى ان دور القاضي يقتصر على حث اطراف العقد على تنفيذ التزاماتهم كما اتفقوا عليها، فلا يتدخل هو بتعديل العقد أو التغيير في احد عناصره، أما الحجة الثانية والتي تثير خطر عدم تحقق الأمان التعاقدي، ويقصد بالأمان التعاقدي اطمئنان المتعاقدين بأن العقد سوف يُنفذْ كما هو، ومن ثم فان تدخل القاضي بهدف تعديله أو اعادة التوازن له سيشكل خطراً على الأمان التعاقدي، وعليه

فلا يمكن بحسب المفهوم التقليدي للعقد اجبار أحد الاطراف على التزام لم يختره بإرادته، لأن ذلك سوف يؤدي الى زعزعة العلاقات التعاقدية واضطرابها، في الوقت الذي يقتضي أن يتوافر لها قدراً من الاستقرار والثبات[٦٩].

فطبقاً للتحديد الاختياري لموضوع العقد القائم على مبدأ سلطان الارادة، فان المتعاقدين يصنعان العقد برضاهما وبغض النظر سواء تحققت عدالة التعاقد بكافة صورها، فالقانون هنا لا يتدخل لتحقيق العدالة للعقد ما دامت قد تحققت المساواة القانونية، ويقصد بالمساواة القانونية على وفق مبدأ سلطان الارادة هو تمتع كل طرف من اطراف العقد بالأهلية القانونية السليمة، وعندها لا يحق للمتعاقد أن يحتج بحجة عدم تحقيق التوازن العقدي لعدم توافر تحقيق متطلبات العدالة التعاقدية .[٧٠]

لذلك أُنتقد التحديد الارادي من قبل الفقه القانوني، فليس كل ما هو عقدي يكون عادلاً، فهذا القول يقوم على المساواة المطلقة بين المتعاقدين، في حين ان الطرفين قد يكونا غير متكافئين معرفياً او اقتصادياً او اجتماعياً او غير ذلك وهذا ما يكون في عقود الاذعان حيث يفرض من يتمتع بمركز اقوى شروطه على الطرف الاخر .[٧١] وهو ما اخذت به التشريعات القانونية من امكانية تعديل العقد لإعادة العدالة الى العقد بالسماح للقاضي بالتغيير في العناصر التي تُنشِئ انعدام العدل التعاقدي في عقود الاذعان، واستبعاد الشروط التعاقدية التي تؤدي الى اختلال واضح في الاثار التي يرتبها التحديد الارادي لموضوع العقد.[٧٢]

وعلى ذلك، فان موقف التشريعات من مبدأ سلطان الارادة، فأنها لم تأخذ به بشكل مطلق كما في التحديد الارادي لموضوع العقد ، بمعنى انها لم تأخذ بالمفهوم التقليدي الذي يعتمد على التحديد الارادي لمحتوى موضوع التعاقد، وإنما كبّلته بقيود أخفت ملامحه التقليدية، وألبسته رداءً نُسج من خليط متكون من مبادئ العدالة وضرورة مراعاة توازن العلاقة العقدية وضرورة استقرار المعاملات، ومن ثم اخذت التشريعات بالتحديد القانوني لموضوع العقد ولم تترك موضوع العقد للإرادة الحرة المطلقة . ولكن هذا لا يعني بان الارادة ليس لها دور في تحديد موضوع العقد، وانما بقي لها دور في ذلك ولكن هذا الدور الارادي يتحكم به القانون بشكل كبير ومهم، لخلق التوازن والاقتصاد في العقد والمحافظة على المنفعة العقدية لكل اطراف العلاقة العقدية، القانون واصبح القانون مع ذلك لا تزال الارادة تلعب دوراً مهماً في نطاق

المعاملات المالية ضمن الحدود التي حددها لها القانون، ومن ثم فان التشريعات لم تأخذ بمبدأ سلطان الارادة المطلق، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي بقولها (لكل شخص الحرية في ان يتعاقد او ان لا يتعاقد وفي ان يختار من يتعاقد معه وان يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يقررها القانون، ولا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام) وكذلك المادة (١١٠٣) التي نصت على انه (تحل العقود المبرمة بشكل قانوني محل القانون بالنسبة لأطرافها)، فهنا نكون امام التقييد القانوني للعقد وان القانون يتدخل في نطاق العقد وفي تحديد موضوع العقد[٧٣] . وهذا ما سنراه في المطلب القادم .

المطلب الثاني

أثر تحديد موضوع العقد في المفهوم المتطور للعقد

تحديد موضوع العقد له الاثر الواضح في ايجاد مفهوم للعقد، فاذا كان الموضوع يُحدد اراديًا دون أن يكون قابلاً للتدخل به من قبل غير المتعاقدين، كنّا امام مفهوم كلاسيكي تقليدي للعقد يعتمد على الارادة لوحدها اساساً للقوة الملزمة للعقد. [٧٤]بينما اذا كان موضوع التعاقد يُحدد من قبل الطرفين بالإضافة الى ان المشرع بواسطة القضاء يستطيع التدخل في التغيير في عنصر من عناصر موضوع العقد لصالح العدالة التعاقدية وتوفير أمانًا تعاقديًا يصب في مصلحة المحافظة على العقد، عندها نكون مع مفهوم متطور للعقد يعتمد على الارادة واسس اخرى يُجيزها المشرع لتحديد موضوع العقد فيكون القانون له دوراً مهماً في تحديد موضوع التعاقد . لذا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فرع، نخصص الفرع الاول لدراسة التحديد القانوني لموضوع العقد في المفهوم المتطور للعقد، اما الفرع الثاني فسيكون بعنوان مبررات تبني التحديد القانوني لموضوع العقد، بينما الفرع الاخير سيكون بعنوان التحديد القانوني لموضوع العقد يحقق عدالة التعاقد .

الفرع الاول

التحديد القانوني لموضوع العقد في المفهوم المتطور للعقد

بعد ان كان التحديد الارادي لموضوع العقد في المفهوم التقليدي للعقد يقوم على مبدأ سلطان الإرادة والتي تكون الارادة الحرّة القوة الملزمة للعقد ، أي للإرادة دور كبير في تكوين العقد ، من حيث الحرية التعاقدية ، وفرض الشروط التي يرتضيها الاطراف العقد دون تدخل من قبل القاضي ، ودون فرض قيود تشريعية على تلك الإرادة، فما اتفق عليها اطراف العقد ينعقد دون تدخل القانون والقضاء في حياة العقد ، إلا ان هذا المفهوم

التقليدي للعقد تلاشى عندما سمح المشرع بالتدخل في موضوع العقد، واصبحت الشروط التعاقدية ومحتوى العقد ليس بمنأى عن التغيير بإجازة المشرع سواء بالإضافة او التعديل او الاستبعاد بحكم القانون، وعندما يكون موضوع العقد خاضع لتطويع القانون لتحقيق العدالة التعاقدية، عندها نكون أمام مفهوم للعقد متطور ومتجدد، يعتمد على موضوع للتعاقد يتغير بتغير الظروف و وقواعد حماية المتعاقد الضعيف، وكذلك تحقيق التوازن العقدي بكل صوره، عندها لا تكون الارادة هي الاساس الوحيد للقوة الملزمة للالتزام التعاقدي، واستناداً للموضوع العقد الذي يتحكم في تحديده القانون، نكون امام مفهوم متطور للعقد لا يعتمد في محتواه وآثاره على الارادة لوحدها، بل مسائل واحكام اخرى لها الأثر في تحديد موضوع التعاقد للحفاظ على المنفعة العقدية [٧٥].

وفي هذا الصدد، يذكر الفقيه الفرنسي، جاك غستان، ان التحديد القانوني لموضوع التعاقد يكون بالتوفيق الذي يحققه القانون الموضوعي بين النافع والعادل، اذ يجب ان يكون دور ارادة المتعاقدين مرتبطاً بالعلاقات بين القانون الموضوعي والحقوق الذاتية، فمبدأ استقلالية الارادة هنا يأخذ بنظر الاعتبار تفوق الارادة ولكن بالقيود التي يفرضها القانون على الارادة، فالأخيرة مقيدة بما يفرضه القانون عليها ولا تستطيع الارادة مخالفة هذه القيود بما تحدده من محتوى موضوع العقد، فليس للمتعاقدين حقوق بموجب موضوع العقد سوى الحقوق التي تعطيها أو تسمح بها القواعد القانونية الموضوعية، فالقوة الالزامية للعقد وما يتضمنه من موضوع العقد ليست ارادة المتعاقدين سنداً لها، وانما القانون .[٧٦]

ومما تقدم، نستنتج بأن القانون له دور واضح في تحديد موضوع التعاقد . وان ما يختاره المتعاقدان يكون موافقة وسماح قانوني، وكذلك يمكن أن يفرض القانون حقوق والتزامات في موضوع العقد لم يكن قد اتفق عليها المتعاقدان وقت ابرام العقد، ومع ذلك، لا يخفى ما للإرادة من دور في تكوين موضوع العقد، وانها تعد اساساً للقوة الملزمة للعقد، ولكن ليست هي الاساس الوحيد للإلزام العقدي كما كان عليه الحال في التحديد الارادي لموضوع العقد، بل أصبحت من ضمن الاسس الملزمة للعقد على وفق التحديد القانوني لموضوع العقد، بعد أن اصبح القانون له اليد الاولى والكلمة الاولى في تحديد موضوع العقد، فاصبح دور الارادة محكوماً ومقيداً بما يفرضه القانون بشأن تحديد موضوع العقد، ومن ثم ادى الى أن

نكون أمام مفهوم للعقد لا يكون موضوع العقد معتمداً على ارادة المتعاقدين لوحدها، وانما يأخذ بنظر الاعتبار تحقيق المنفعة العقدية وعدالة العقد مما يضمه موضوع العقد.

بمعنى ان القانون اصبح يتدخل في تحديد موضوع العقد في سبيل تحقيق التوازن العقدي، واصبحت الارادة العقدية العامة هي الراجحة في موضوع العقد، وبذلك أختلف مفهوم العقد واصبح يُلبي غايات أخرى يريد المشرع تحقيقها من وراء تنفيذ العقد، ومن ثم المفهوم الجديد للعقد لا يعتمد على مبدأ سلطان الارادة، فهنا تم تقليص دور الارادة، فالعقد لا يكون ملزماً لأنه ارادي، وانما يكون ملزمًا لأنه نافعًا وعادلاً. (٧٧)

الفرع الثاني

مبررات تبني التحديد القانوني لموضوع العقد

ان مبررات الاخذ بالتحديد القانوني لموضوع العقد في نطاق المفهوم المتطور للعقد، تتمحور حول نقطة رئيسة هي قصور التحديد الارادي المحض لموضوع العلاقة العقدية في تحقيق التوازن العقدي ومتطلبات العدالة العقدية، ومن ثم عدم تحقيق المنفعة المقصودة من العقد المبرم بين الطرفين، وهذا يعني عجز المساواة القانونية التي تترتب على التحديد الارادي لموضوع العقد عن تحقيق ما يسعى المتعاقدان الى الحصول عليه من وراء العقد من منفعة عقدية، كما هو الحال في عقود الاذعان التي أفرد لها المشرع الفرنسي نصًا في المادة ١١٧١ المعدلة بالقانون رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٨ التي تضمنت الاستبعاد القانوني للشرط الذي يؤدي الى اختلال واضح في توازن العقد، أي اختلال في حقوق والتزامات اطراف العقد، حيث جاء فيها " يعد كأن لم يكن كل شرط غير قابل للتفاوض يتم تحديده مسبقًا من قبل احد الطرفين في عقد اذعان يرتب اختلالاً واضحًا في التوازن بين حقوق والتزامات اطراف العقد، ولا يَرد تقدير الاختلال الواضح في التوازن العقدي على المحل الرئيسي للعقد، ولا على ملائمة الثمن للأداء" وكذلك القانون المدني العراقي في المادة ١٦٧/ ٢، منه التي جاء فيها " اذا تم العقد بطري الاذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " (٧٨)

وعلى ذلك، أصبح القانون محدد من محددات موضوع التعاقد، لكون عدم التكافؤ في كافة صوره اصبح شائعًا في الوقت الحاضر، في التعاملات الحديثة بالنظر للتقدم الحاصل في كافة المجالات، وخاصة

التكنلوجي والصناعي الذي جعل عدم التكافؤ الفني والمعرفي بين المتعاقدين، مما يستوجب التدخل التشريعي في حياة العقد لإعادة التوازن المفقود نتيجة ذلك .

ومن ابرز حالات تحقق الاذعان والحد من حرية التعاقد هو ما يتعلق بالعقود النموذجية، حيث يتعاقد الطرف الاخر دون الاطلاع والتفاوض بشأن الشروط المثبتة في هذه العقود، حيث يترسخ هنا عدم التكافؤ بين الطرفين وتداد امكانية فرض الشروط التعاقدية التعسفية التي تجعل عدم التوازن بين الطرفين من حيث الحقوق والالتزامات .[٧٩]وحتى يُحكَم ببطلان الشرط التعسفي أو اعتباره كأن لم يكن يجب على القاضي أن يتحقق من وجود منفعة مبالغ فيها يوفرها الشرط للطرف المستفيد من وجود الشرط أذ يُعطيه وضعاً لا يتحقق له بالمقارنة مع وضعه عند عدم ادراج الشرط التعسفي .[٨٠]

نستنتج مما تقدم من مبررات دعت الى تبني تحديد قانوني لموضوع التعاقد، بأن العقد لما يتضمن اهمية اقتصادية كبيرة أصبح يمثل قيمة اجتماعية في ذات الوقت فلا يُنظر له مجرد علاقة بين شخصين قانونيين، لذلك كان بحاجة الى حماية قانونية فعّالة تحقق ما يتمتع به من اهمية، ولكن هذا لا يعني اهدار دور ارادة المتعاقدين في العقد، فلها دور كبير في كافّة مراحل العلاقة العقدية ولكن لم تبقَ مطلقة دون قيود ودون أن يكون للقانون تأثير فيما تختاره الارادة في مضمون موضوع التعاقد، فالقانون له السلطة في التعديل أو الالغاء او التغيير بكافة صوره لمحتوى موضوع التعاقد لتحقيق عدالة التعاقد .

الفرع الثالث

التحديد القانوني لموضوع العقد يحقق عدالة التعاقد

التحديد القانوني لموضوع التعاقد الذي يتدخل المشرع في حياة العقد، يحقق اهداف كثيرة تتعلق بعدالة التعاقد في كافة مراحله، ويتجلى ذلك خلق التوازن العقدي في العلاقة التعاقدية على وفق مفاهيم العدالة التعاقدية والتضامن الاجتماعي والامان التعاقدي وغيرها من المفاهيم التي هدفها ايجاد العدل في العلاقة العقدية وفق مفهوم التناسب وليس التساوي بين الأداءات العقدية محال الالتزامات .

فالعدالة العقدية[٨١]، بشكل عام، يعني تحقيق المنفعة المقصودة من وراء ابرام العقد ولكن على وفق التوازن العقدي بتحقيق التناسب بين الأداءات محال الالتزامات الناشئة من تنفيذ العقد.[٨٢] فمن الضروري توظيف القواعد القانونية لتحقيق التوازن في الالتزامات مما يحقق العدالة العقدية، وهنا ينظر للعقد نظرة اجتماعية أي تؤخذ بنظر

الاعتبار المنفعة الاجتماعية للعقد .[٨٣] وفي التشريعات يتم تحقيق عدالة التعاقد في مرحلة ابرام العقد من خلال قواعد قانونية عديدة منها، الاحكام المتعلقة بعيوب الارادة الغلط والاكراه والتغرير مع الغبن والاستغلال وحماية المتعاقد من اثرها، والشروط المتعلقة باركان العقد، وكذلك حماية المتعاقد وتحقيق عدالة التعاقد في مرحلة تنفيذ العقد وسريان اثاره بحق المتعاقدين، منها القواعد المتعلقة بتنفيذ العقد والتزاماته بحسن نية واكمال نطاق العقد وتعديله وفق حالات عديدة، وخاصة ما يتعلق بأحكام الشروط التعسفية .

وعليه، فان العدالة في مجال العلاقة العقدية هي تحقيق المنفعة العقدية المقصودة من وراء ابرام العقد، بحيث يتناسب ما يحصل عليه مع الاداء المطلوب القيام به .[٨٤] فلا تتحقق العدالة العقدية الا بتوافر المنفعة العقدية والتوفيق بين المنفعة والتناسب، اذ ربط الفقيه جاك غستان القوة الملزمة للعقد بالنافع والعادل، فالنافع والعادل لا يحققان العدل التعاقدي كل واحد بمعزل عن الآخر، فهما سند القوة الملزمة للعقد، فهما مبدآن متكاملان في نطاق العدالة العقدية[٨٥]. وهذا يستوجب التحول في تحديد موضوع العقد من الارادة الحرة الى الارادة المقيدة وجوبياً من قبل القانون، وذلك واضح من خلال تحديد مستلزمات موضوع العقد من خلال الرجوع الى معايير حددها المشرع في طبيعة الالتزام والعرف والقانون [٨٦].

من جانب آخر، فأن التحديد القانوني لموضوع التعاقد يؤدي الى القول، بأن العقد يجب ان لا ينظر اليه بأنه تعبير عن المصالح المتعارضة بين طرفي العقد، اذ انه " اتحاد بين المصالح المتوازنة، واداة للتعاون الصادق، ونتاج للثقة المتبادلة بين المتعاقدين "[٨٧] . وهذا ما جعل القانون المدني الفرنسي يجعل من تطبيق حسن النية في مجال العقد في كافة مراحل حياة العقد من مرحلة ما قبل التعاقد الى كافة مراحل تنفيذ العقد .[٨٨]

وعلى ذلك، اشترط المشرع ان يكون التوافق الذاتي في العقود التي تفسح المجال امام الاطراف المتعاقدة لإعادة التفاوض مرة اخرى حول مضمون اتفاقهم، وهذا يخلق الامان التعاقدي والثقة بالعقد وبآثاره وفق مبدأ التوازن العقدي وهذا واضح بحسب ما جاءت به المادة ١١٩٥ من القانون المدني الفرنسي بموجب قانون العقود الجديد " اذا حدث تغيُّر في الظروف، غير ممكن التوقع، عند ابرام العقد ترتب عليه ان صار التنفيذ باهض الكلفة بالنسبة لاحد الاطراف الذي لم يقبل تحمل تبعة هذا التغير، يمكن لهذا الاخير ان يطلب من المتعاقد معه اعادة التفاوض على

العقد، على ان يستمر في تنفيذ التزاماته اثناء اعادة التفاوض. وفي حالة رفض او فشل اعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتبارا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددونها، او الطلب من القاضي، باتفاقهم المشترك، ان يقوم بتطويع العقد في حاله عدم الاتفاق خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي، بناء على طلب احد الاطراف، تعديل العقد او انهائه، اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها ." (٨٩)

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع العقد وما يتضمن هذا المصطلح، واثره في تحديد مفهوم العقد، تبين لنا اهمية هذا الموضوع كونه يمثل جوهر التعاقد وما يهدف المتعاقدان الى تحقيقه، فموضوع العقد يعد جوهر العقد ويتمحور التراضي بشأنه وتتحقق المسؤولية التعاقدية عند الاخلال بتنفيذ مضمون الموضوع التعاقدي . بالإضافة الى انه أُعتبِر في تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب قانون العقود الجديد، رُكناً للعقد يضاف الى التراضي، وأُعتُبر بموجب هذا التعديل، التراضي الصحيح، بالإضافة الى موضوع العقد المشروع والمُمْكن شروطاً لصحة العقد . .

لذا فان هذا التعديل حذف مصطلح " السبب " وأُدمِجت وظائفه في موضوع التعاقد عندما اشترط مشروعية الموضوع التعاقدي . وعليه يشترط لصحة الموضوع العقدي، أن يكون مشروعاً ومؤكداً .

ونرى، بأن موضوع التعاقد في القانونين المدنيين العراقي والمصري يتضمن الشروط التعاقدية وما ينتج عنها من آثار عقدية، تعد جوهر العقد والذي ينصب التراضي عليها، لذا فان ما جاء به المشرع الفرنسي في قانون العقود الجديد تضمنه القانونين العراقي والمصري ولكن ليس بصورة صريحة، وانما يتبين ذلك عند قراءة النصوص القانونية المتعلقة بتكوين العقد وآثاره، وان لم يحذف كلا من القانونين، مصطلح "السبب" صراحة .

بمعنى ان القانونين العراقي والمصري أَبقيا على مصطلح "السبب " مع الاحتفاظ بجميع وظائفه، ويمكن الابقاء على وظائف السبب والاستغناء عن المصطلح، كما جاء به المشرع الفرنسي في قانون العقود الجديد . ومع ذلك نرى بأن موضوع العقد لا يختلف في كل القوانين ، من حيث مضمونه، فهو ما يتفق عليه المتعاقدان من شروط تعاقدية والاثار المترتبة عليها .

وهذا التحديد الموضوعي لموضوع العقد له تأثير في تحديد مفهوم العقد ، فاذا كان

ما يتفق عليه المتعاقدين من العناصر العقدية التي تؤلف موضوع التعاقد، غير قابلة للتغيير والتعديل وتطبق كما هي، فإننا سنكون مع المفهوم التقليدي للعقد الذي تكون الارادة الحرة هي اساس تحديد موضوع العقد، فما يكون عقداً يكون عادلاً بين الطرفين المتعاقدين، فلا يكون للمحكمة عندها التدخل في حياة العقد من ابرامه وحتى تنفيذه، فهذا المفهوم العقدي لا يعترف سوى بالتحديد الارادي لموضوع العقد .

أما اذا كان تحديد موضوع العقد لا يقتصر على الارادة لوحدها، بمعنى ان ما يتفق عليه المتعاقدان سيخضع لاعتبارات عديدة هدفها تحقيق العدل التعاقدي بين المتعاقدين، فموضوع العقد لا يتحدد على وفق الارادة التعاقدية لوحدها، وانما يتدخل القانون في تحديد عناصر العقد سواء باستبعاد شرط عقدي لا يُحقق العدالة التعاقدية أو اضافة التزام قانوني هدفه خلق التوازن وتحقيق الامان التعاقدي الذي من خلاله تتحقق المنفعة العقدية المقصودة، أو تعديل الشروط التعاقدية بما يَخلق أُسس عدالة التعاقد في كافة صورها، وعندها نكون أمام المفهوم المتطور للعقد الذي يكون اساسه التحديد القانوني لا الارادي لموضوع العقد .

والمفهوم المتطور للعقد الذي يتأسس على التحديد القانوني لموضوع التعاقد، هو ما نرجحه على وفق التطورات التي حصلت في المجتمع، والتي اصبح معها من الواجب التدخل التشريعي لحماية المتعاقد من لاعدالة العقد، لذا فإننا نرى بأن القانون المدني العراقي في المادة (١٤٦ / ١) افضل من حيث الصياغة التشريعية من القانون المدني المصري في المادة (١٤٧/ ١) والقانون المدني الفرنسي في المادة (١١٩٣)، من حيث تقديم وجوب الالتزام بما جاء به القانون بشأن تعديل للعلاقة العقدية، وترجيحه على ما يُتَفَق عليه بين المتعاقدين بعد انشاء العقد واثناء تنفيذه.

الهوامش

(١) أُشير الى هذا المصطلح في : د. نافع بحر سلطان / قانون العقود الفرنسي الجديد ـ ترجمة عربية للنص الرسمي ـ/ الطبعة الاولى / بغداد / ٢٠١٧ / ص ٣٦. كترجمة لعنوان الفرع الثالث من القسم الثاني للفصل الثاني من الباب الفرعي الاول لقانون العقود الفرنسي الجديد الصادر عام ٢٠١٦. وكذلك احد المصطلحات التي تُرجم اليها المصطلح الفرنسي الجديد (le contenu) هو " موضوع " ، وذلك استناداً الى ما جاء بقاموس المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية لمؤلفه يوسف شلاله / منشأة المعارف / بدون سنة نشر / الاسكندرية / ص ٢٢٥. وكذلك اشار اليه العلّامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري

واصفاً اياه بـ(موضوع التعاقد) : الوسيط في شرح القانون المدني / الجزء ١ / المجلد ١ / منشورات الحلبي الحقوقية / لبنان / ٢٠٠٠ / ص ٦٥٨. ولا يُقصد بهذا المصطلح محل العقد ، اذ سوف نميز من خلال البحث بين موضوع العقد وبين محل العقد.

(٢) اذ نظم القانون المدني الفرنسي أحكام موضوع العقد في المواد من ١١٦٢ الى ١١٧١ منه ، بموجب قانون العقود الفرنسي الجديد الصادر بالأمر التشريعي رقم ٢٠١٦/ ١٣١ الصادر في ١٠/ ٢/ ٢٠١٦، والنافذ في ١ / ١٠/ ٢٠١٦.

(٣) وذلك حسب ما جاء بقاموس المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية لمؤلفه يوسف شلاله / مصدر سابق / الاسكندرية / ص ٢٢٥.

(٤) أنظر في ذلك : د. حسين عبد الله عبد الرضا / مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في ١٥ شباط ٢٠١٦/ المجلة الاكاديمية للبحث القانوني / المجلد ١٧ / العدد الاول / ٢٠١٨/ الصفحات ٦٦٦ وما بعدها .

(٥)فقد جاء بالمادة ١١٦٢ منه : (لا يجوز ان يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه ، سواء كان هذا الاخير معلوماً من قبل جميع الاطراف أم لا)

(٦) وعلى هذا يتفق المشرع الفرنسي مع القانون الانكليزي في الاخذ بالمقابل بالعقد الذي تميز به النظام القانوني الانكليزي . انظر تفصيل احكام المقابل في القانون الانكليزي في : د. عبد المجيد الحكيم / الاعتبار كركن في القانون الانكلو امريكي / الطبعة الاولى / بغداد / ١٩٩١/ الصفحات ١٦٣ وما بعدها .

(٧) انظر اراء هؤلاء الفقهاء وادلتهم التي استندوا اليها في تبرير ارائهم في : د. منى نعيم جعاز الشياعي / مضمون العقد ، دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والانجليزي / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد / ٢٠١٩/ ص ١٥ـ١٩ .

(8)Daniel Mainguy :Le nouveau droit français des contrats ; du régime général et de la preuve des obligations (après l' ordonnance du 10 février 2016) :Université Montpellier : 2016: p: 113.

(9) Cass.civ.3ème.3fév . 1999. JCP . 1999 . 11. 10083. Note. Billau et Loiseau . Cass. Ass . Plén. 29 oct .2004. Bull. Ass . Plén: Citè Par: Daniel Mainguy :op. cit. p:114.

(١٠) د. محمد حسن قاسم / القانون المدني / الالتزامات / العقد / المجلد الاول / منشورات الحلبي الحقوقية / لبنان / ٢٠١٨ / ص ٣٥١. د نبيل ابراهيم سعد / النظرية العامة للالتزام / مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي / دار الجامعة الجديدة / مصر / ٢٠١٩ / ص ٢٢٩ . ويرى الدكتور جليل الساعدي بأن التراضي يتصل بالمحل والسبب ، اذ يجب ان يتم التعامل معهما معاملة واحدة ، اذ يذوب كل منهما في مضمون الارادة للمتعاقدين . انظر تفصيل ذلك في بحثه الموسوم ، العنصر النفسي في العقد / دراسة في القانونين العراقي والانكليزي/ مجلة العلوم القانونية / كلية القانون ، جامعة بغداد/ المجلد ٢٧ / العدد الثاني / ٢٠١٢/ الصفحات ٧٠ وما بعدها .

(11)Daniel Mainguy :op. cit. : p: 114.

(١٢) على سبيل المثال : التزامات البائع في عقد البيع ، في المواد (٥٣١ ــ ٥٣٥) والتزامات المشتري في المواد (٥٤٩ ــ ٥٧٠) وكذلك النصوص القانونية التي تحدد التزامات المؤجر والمستأجر والمقاول ورب العمل في عقدي الايجار والمقاولة . وعلى

سبيل المثال في القانون المدني المصري : التزامات البائع في عقد البيع ، في المواد (٤٢٨ــ ٤٥٥) والتزامات المشتري في المواد (٤٥٦ ــ ٤٦٤) وكذلك النصوص القانونية التي تحدد التزامات المؤجر والمستأجر والمقاول ورب العمل في عقدي الايجار والمقاولة .

(١٣) على سبيل المثال : في عقد الهبة والاعارة والوديعة وغيرها .

(١٤) انظر المادة ٨٦ الفقرة الاولى منها ، من القانون المدني العراقي والمادة ٩٥ التي تقابلها في القانون المدني المصري التي تضمنت تكميل ما نقص من العقد من مسائل لم يُتَفق عليها عند ابرام العقد ، فان سلطة القاضي تقضي بها على وفق طبيعة الموضوع واحكام القانون والعرف والعدالة .

(١٥)الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني/ ج١، مصادر الالتزام/ مطبعة نديم / بغداد/ ١٩٧٧/ ص ٣٨٩. والدكتور حسن علي الذنون / النظرية العامة للالتزامات / المكتبة القانونية / بغداد / ٢٠١٢/ ص ٢٧ .د. محمد حسن قاسم / الالتزامات / العقد / المجلد الاول / منشورات الحلبي الحقوقية / الطبعة الثانية / ٢٠١٨ / ص ٢٨٥ .

(١٦) د . عبد الرزاق السنهوري / مصدر سابق / ص ٦٥٨، ويسميه الدكتور السنهوري بـ(موضوع التعاقد) . د عبد المجيد الحكيم / مصدر سابق / ص ٣٧٢ ويسميه د. عبد المجيد الحكيم بـ(مضمون العقد) .

(١٧) د. منصور حاتم محسن ، التغيير في جزء من اجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية ، مجلة جامعة بابل الانسانية / مجلد ٢٣/ عدد ٤ / ٢٠١٥ / ص ١٦٨٩.

(١٨) المادة ١٥٠ بقترتيها الاولى والثانية، من القانون المدني العراقي ، والتي تقابلها في القانون المدني المصري، المادة ١٤٨ بفقرتيها الاولى والثانية .

(١٩) انظر: بحث الدكتور محمد سليمان الاحمد / قنونة العقد / مجلة دراسات قانونية وسياسية / كلية القانون والسياسية / جامعة السليمانية / العدد ٢ / السنة الاولى / ٢٠١٣/ الصفحات ٨ وما بعدها .حيث اشار الى أحكام وماهية الشرط العقدي المُفترض قانونـًا .

(٢٠) انظر قوانين حماية حق المستهلك في العراق ومصر وكذلك القانون الفرنسي لحماية المستهلك . فالسياسة التشريعية لهذه القوانين وسبب تشريعها هو حماية المستهلك شخصـًا قانونيـًا طبيعيـًا كان أم معنويـًا.

(٢١) ولا تقتصر هذه الشروط على الارادة كمصدر لها وقد تكون هذه الشروط يفرضها القاضي من اجل تحقيق العدالة العقدية وقد تكون شروط مفترضة بحكم القانون .أنظر بحث د. محمد سليمان الاحمد / مصدر سابق / ص١٢ وما بعدها ، وكذلك كتابه في فلسفة الحق / الطبعة الاولى / منشورات زين الحقوقية / لبنان / ٢٠١٧/ ص١٩٦ هامش رقم (١).

(٢٢) وهذا هو الراجح لدينا ، ومن هؤلاء : د. عبد الحي حجازي / النظرية العامة للالتزام / الجزء الاول / مصر / ١٩٦٢ / ص ٢٠٥ . د. محمد حسن قاسم / مصدر سابق / ص ٢٨٥ ، د. نبيل ابراهيم سعد / مصدر سابق / ص ٢٠٣. د. علي كـحلون / النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام / منشورات مجمع الاطرش للكتاب المتخصص / تونس / ٢٠١٢ / ص ٢٠٦. وفي الفقـــــه الفرنسي : A.Colin et H. Capitant . Traité de Droit Civil . rehondu par L.Julliot De I. A. Morandière .T. 2. Paris.Dalloz. 1959.N:920.

(٢٣) ومحل التزام المشتري بدفع الثمن للبائع في عقد البيع .

(٢٤) انظر المواد من ١٢٧ الى ١٣٠ من القانون المدني العراقي والمواد ١٣٢ الى ١٣٥ من القانون المدني المصري ، اما القانون المدني الفرنسي ، فقد جاء في المادة ١١٦٣ التي جاء بها تعديل عام ٢٠١٦ ، جاء فيها " يكون محل الالتزام اداءً حالاً أو مستقبلاً ، ويجب أن هذا الاداء ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين . . . . . " اما المادة ١١٦٢ فقد تضمنت اشتراط عدم مخالفة العقد للنظام العام ، أي شرط مشروعية المحل . وانظر : د. نبيل ابراهيم سعد / مصدر سابق / ص ٢٠٣.

(٢٥)الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني/ مصدر سابق/ ص ١٨١ .وكذلك في الفقه الفرنسي : جيروم هوييه / المطول في القانون المدني ، باشراف جاك غستان / العقود الرئيسية الخاصة / ترجمة منصور القاضي / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / لبنان / ٢٠٠٣ / الصفحات ١٤٦ وما بعدها .

(٢٦) انظر في ذلك : د. عبد الحي حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية / الجزء الثاني / الحق / مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٧٠/ ص ٦٥٩.

(٢٧) د. علي كحلون / مصدر سابق / ص ٢٠٦. وهذا الخلط نراه لدى مشرع القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي ، اذ نرى المواد الخاصة بمحل العقد ، تحدد وتبين احكام محل الالتزام . وان المشرع الفرنسي استخدم محل الالتزام ومحل العقد في المواد الخاصة بموضوع العقد ، فبالرغم من استخدام محل الالتزام في اغلب المواد لكنه رجع في المادة ١١٧١، واستخدم لفظ " محل العقد "

(٢٨) انظر تفصيل ذلك : د. يونس صلاح الدين علي / مضمون العقد كركن جديد من اركان العقد في القانون المدني الفرنسي ، دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الانكليزي والعراقي / مجلة الرافدين للحقوق/ المجلد ١٩/ العدد ٦٨ / السنة ٢١/ ٢٠١٩/ ص ١٦ وما بعدها.

(٢٩) المادة ١٤٦/ ١ من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة ١٤٧ / ١ من القانون المدني المصري ، اما القانون المدني الفرنسي ، فقد جاءت المادة ١١٩٣ بهذه الاحكام .

(٣٠) وهذه الشروط التقييدية او الاقترانية تختلف عن الشروط التعليقية ، انظر في التمييز بين الاثنين : د. ايمان طارق الشكري / اثر الشرط في حكم العقد ، دراسة مقارنة / الطبعة الاولى / منشورات زين الحقوقية / بيروت / ٢٠١٨/ الصفحات ٦٠ وما بعدها .

(٣١) اذ جاء في المادة ١١٦٢ من القانون المدني الفرنسي: (لا يجوز ان يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفــه . . . . .)

(٣٢) اذ جاء فيها (. . . . . يكون الاداء قابلاً للتعيين حينما يُمكن استخلاصه من العقد ... .)

(٣٣) انظر: د. حسين عبد الله عبد الرضا / مصدر سابق / ص ٦٩٢.

(٣٤) اذ جاء فيها (. . . . . يكون الاداء قابلاً للتعيين حينما يمكن استخلاصه من . . . أو الاعراف. . .) وقد جاء فيها ايضاً بأنه يمكن استخلاص القابلية للتعيين الى العلاقات السابقة للأطراف .

(٣٥) لا مقابل لها في القانون المدني المصري .

(٣٦) د. محمد سليمان الاحمد / قنونة العقد / مصدر سابق / ص ١٢ وما بعدها ، حيث بيَّن المقصود في هذا البحث بالارادة العقدية العامة وعناصرها وتطبيقاتها التشريعية .

(٣٧) د. محمد حسن قاسم / مصدر سابق / ص ٣٢٠. وبالإضافة الى ذلك ، يُعد من اهداف التخلي عن مصطلح السبب هو رغبة المشرع الفرنسي في التقريب بين القانون الفرنسي وقوانين الدول الاوربية التي لا تعرف مصطلح السبب كركن من اركان العقد . ، انظر تفصيل هذه الاهداف في ذات المصدر / ص ٣٤٦.

(٣٨) ويشير الفقه الفرنسي الى ان المشرع الفرنسي لم يُشر هنا الى مصطلح "الآداب العامة او الاخلاق الحميدة" ، حيث انها لم تبقَ سوى في المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي . انظر في ذلك :.Daniel Mainguy :op. cit. : p: 113/114

(٣٩) انظر ارقام وتواريخ القرارات المشار لها في :.Daniel Mainguy :op. cit. : p: 112

(٤٠)د. محمد حسن قاسم / مصدر سابق / ص ٣٤٧.

(٤١) cass.civ.3/7/1997. Dalloz.p.500 نقلاً عن : د. محمد حسن قاسم / مصدر سابق / ص ٣٢٨.

(٤٢) صدر هذا القانون في ٢٠ نيسان ٢٠١٨ واصبح نافذاً في ١ / ١٠ / ٢٠١٨ .

(٤٣) النص الجديد المعدل للمادة ١١٧١ . بالفرنسية هو Dans un contrat d'adhésion، toute clause non négociable، déterminée à l'avance par l'une des parties، 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.

(٤٤) المواد (١٥٥ـ ١٦٧) من القانون المدني العراقي ، (١٥٠ــ ١٥١) من القانون المدني المصري ، (١١٨٨ــ ١١٩٢) من القانون المدني الفرنسي .

(٤٥) المادة (١١٩٢) من القانون المدني الفرنسي ، (١٥٠ / ١) من القانون المدني المصري ، المادة (١٥٧) من القانون المدني العراقي .

(٤٦) د. عبد الرزاق السنهوري / مصدر سابق / ص ٦٦٢ ـ ٦٦٣. د عبد المجيد الحكيم / مصدر سابق / ص ٣٧٢. د. علي كحلون / مصدر سابق / ص ٣٦٥ .

(٤٧) المادة (١٥٥/ ١) من القانون المدني العراقي ، المادة (١٥٠/ ٢) من القانون المدني المصري ، المادة (١١٨٨) من القانون المدني الفرنسي .وانظر : د. عبد الرزاق السنهوري / مصدر سابق / ص ٦٧١.

(٤٨) (١٥٠/ ٢) من القانون المدني المصري . وفي القانون المدني الفرنسي المادة (١١٩١) منه ، اذ تضمنت الاشارة الى ترجيح المعنى الذي يرتب أثراً اذا كان اللفظ يحتمل اكثر من معنى .

(٤٩) انظر المادة (١٥٠/ ٢) من القانون المدني المصري ، المادة (١٦٣ بكافة فقراتها) من القانون المدني العراقي ، اما المـــــادة (١١٨٨) من القانون المدني الفرنسي، فقد قضت بتطبيق معيار الشخص الـمعتاد للكشف عن نية المتعاقدين المشتركة.

(٥٠) تقابلها المادة ١٤٨ / ١ من القانون المدني المصري ، اما القانون المدني الفرنسي ، فنجد هذه الاحكـام في المـادتين (١١٩٤ ، ١١٠٤)منه . وانظر حكم محكمة النقض المصرية / طعن رقم ٧٩٤ لسنة ٥٢ ق في ٣١ / ٣ / ١٩٨٥ ، منشور في مجموعة الاحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية / س ٣٦ / الصفحة ٥٣٦.

(٥١)الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني/ مصدر سابق/ ص٣٨٧.

(٥٢)المادة (١٥٠/ ٢) من القانون المدني العراقي ، المادة (١٤٨/ ٢) من القانون المدني المصري ، المادة (١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي ..

(٥٣)انظر في تكميل العقد واحكامه والفرق بينه وبين تعديل العقد : د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي / اكمال العقد، دراسة مقارنة . / الطبعة الاولى / المؤسسة الحديثة للكتاب / لبنان / ٢٠١٢/ الصفحات ٢١ وما بعدها.

(٥٤)المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي ، المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري ، المادة (١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي .وانظر كذلك : د. محمد رفعت الصبّاحي ابراهيم : الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد ، دراسة مقارنة ، / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة عين شمس / ١٩٨٣/ الصفحات ٢١٧ وما بعدها . وانظر في ذلك القرارات القاضية في القضاء العراقي : قرار رقم ٢٢٤٩ / هيئة مدنية / ٢٠١٦ ، في ٢٤ / ٥ / ٢٠١٦ ، منشور في المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية / القسم المدني / الجزء الاول / اعداد القاضي حيدر عودة كاظم / ٢٠١٦ / ص ١٠٣. وكذلك قرار ٧٧٢ / حقوقية / ٩٦٩ في ١٧ / ١١ / ١٩٦٩.منشور قضاء محكمة تمييز العراق / المجلد السادس / مطبعة الحكومة / بغداد/ نشر وزارة العــدل / ١٩٧٢/ ص ٣٢٢.

(٥٥)انظر : د. عبد الرزاق السنهوري / مصدر سابق / ص ٦٩٧.

(٥٦)المادة (١٥٠/ ٢) من القانون المدني العراقي ، المادة (١٤٨/ ٢) من القانون المدني المصري ، المادة (١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي ..وكذلك المادة (١١٠٤)من القانون الاخير حيث ، تضمنت بشكل صريح تطبيق حسن النية في مرحلة ابرام العقد وما قبل ابرامه وعند تنفيذه .

(٥٧)الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني/ مصدر سابق/ ص٣٩٠ـ٣٩١. د. علي كحلون / مصدر سابق / ص ٣٢٧. وانظر كذلك، المادة ٧ ، من القانون المدني العراقي والمادة ٥ ، من القانون المدني المصري .

(٥٨) حيث يقتصر بحثنا على هذا الاثر دون غيره ، لان لتحديد موضوع العقد اثاراً كثيرة في نظرية العقد وخاصة ما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد والاثار المترتبة على ذلك.

(٥٩) ولا بد من الاشارة هنا الى انه ، بصدور تعديل القانون المدني في عام ٢٠١٦، اي قانون العقود الفرنسي بالمرسوم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ ، انتهى الاشارة الى مصطلح "الاتفاق" اذ بقي فقط " العقد " بالنظر لعدم وجود فائدة من التفريق بين المصطلحين . انظر:.Daniel Mainguy :op. cit. : p: 138 . واصبح العقد يمثل اتفاق ارادات بين شخصين أو اكثر .. . ..(انظر المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي)

(٦٠) جاك غستان / المطول في القانون المدني / تكوين العقد / ترجمة منصور القاضي / ط ١/ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / لبنان / ٢٠٠٠/ ص ٤٦ ــ ٤٧.

(٦١)انظر في ذلك : د. حسن علي الذنون / فلسفة القانون / ط ١ / مطبعة العاني / بغداد/ ١٩٧٥ / ص ٩٦ ـ ٩٧. د. منصور مصطفى منصور / دور الارادة في تكوين التصرف القانوني / دار النهضة العربية / مصر / من دون سنة نشر / ص ١١ وما بعدها . د. محمد حسن قاسم / مصدر سابق / ص ٤٨ .

(٦٢)جاك غستان / مصدر سابق / ص ٥٠.

(٦٣) أحمد محمود سعد / مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري واليمني ، دراسة مقارنة / الكتاب الاول / العقد والارادة المنفردة / دار النهضة العربية / مصر / ١٩٩٠/ ص ٨٩.

(٦٤) جاك غستان / مصدر سابق / ص ٤٦.

(٦٥)جاك غستان / مصدر سابق / ص ٥٥.

(٦٦) انظر في مفهوم مصطلح القواعد القانونية البديلة : د. منذر الشاوي / فلسفة القانون / طبع المجمع العلمي العراقي / بغداد / ١٩٩٤ / الصفحات ١٧٠ وما بعدها.

(٦٧) جاك غستان / مصدر سابق / ص ٥٤.

(٦٨) د. ايمن ابراهيم / مصدر سابق / الصفحات من ٢٦ الى ٤٥.

(٦٩) د. ريما فرج مكي، تصحيح العقد، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، ص٣٦٧-٣٦٩.

(٧٠) د. عبد الفتاح حجازي محمد حجازي / أزمـــة العقد ، دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد / ١٩٩٨ / الصفحات من ١٩٣ الى ١٩٥.

(٧١) انظر : د. سعيد سعد عبد السلام / التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان ، دراسة فقهية مقارنة / دار النهضة العربية / مصر / ١٩٩٨/ الصفحات ٢٨ وما بعدها .

(٧٢) المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي ، المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري ، والمادة ١١٧١ من القانون المدني الفرنسي . وانظر كذلك في القضاء العراقي التي تؤكد اعطاء القاضي الصلاحية لتعديل العقد لاختلال العدل التعاقدي :قرار رقم ١٥٠٤ / م ١/ ١٩٧٩ في ٦ / ٧ / ١٩٧٩. منشور في المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز / القسم المدني / اعداد القاضي ابراهيم المشاهدي / مركز البحوث القانونية في وزارة العدل / بغداد / ١٩٨٨ / ص ٤٩١ ـ ٤٩٢.

(٧٣)وكذلك نرى نفس التقييد القانوني لموضوع التعاقد فلم يترك موضوع العقد للإرادة وانما يمكن أن يتدخل القضاء بمحتوى موضوع العقد للأسباب التي يقررها القانون ، في القانونين المدنيين المصري والعراقي ففي المادة (١٤٦/ ١) من القانون المدني المصري بقولها (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه او تعديله الا باتفاق المتعاقدين، أو للأسباب التي يقررها القانون)، والمادة (١٤٦/ ١) من القانون المدني العراقي بقولها (اذا نفذ العقد كان لازمًا ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي).

(٧٤) القاضي حسين عامر / القوة الملزمة للعقد / الطبعة الاولى / مطبعة مصر / القاهرة / ١٩٤٨/ الصفحات ٤٥ وما بعدها .

(٧٥) انظر في المفهوم الجديد للعقد وما الاسس التي يعتمد عليها هذا المفهوم : د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / الصفحات من ٣٧٠ وما بعدها .

(٧٦) جاك غستان / مصدر سابق / ص ٢٢٩.

(٧٧) د. محمد سليمان الاحمد / قنونة العقد / المصدر السابق / ص ١٣ وما بعدها ، حيث بيّن الشروط العقدية التي تُفرض قانوناً ، كعنصر من عناصر موضوع العقد . وانظر كذلك في الفقه الفرنسي في محاولة التوفيق بين المنفعة الاجتماعية للعقد وعدالة التعاقد : جاك غستان / مصدر سابق / ص ٢٨٣ــ ٢٨٧.

(٧٨) تقابل هذه الفقرة المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري . ويمكن للقاضي التدخل لتعديل العقد لإعادة التوازن العقدي في حال وجود الظروف الطارئة ، بل ان المشرع الفرنسي جاء بطرق ووسائل اخرى لإنقاذ العقد من عدم التوازن العقدي ، في المادة ١١٩٥ التي جاء بها في تعديل ٢٠١٦.

(٧٩) انظر المادة ١١٧١ من القانون المدني الفرنسي التي سبقت الاشارة اليها .

(٨٠) د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص ٤٩ وما بعدها.

(٨١) انظر في مفهومها ومتطلباتها : زمام جمعة / العدالة العقدية في القانون الجزائري / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الجزائر ١/ عام ٢٠١٤ / الصفحات ١٨ وما بعدها.

(٨٢) د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ٢٧٨، وما بعدها .

(٨٣) الفقيه الفرنسي جاك غستان مؤلفه السابق / الصفحات ٢٧٩ وما بعدها .

(٨٤) زمام جمعة / مصدر سابق / ص ٨٨وما بعدها .

(٨٥)الفقيه الفرنسي جاك غستان مؤلفه السابق / الصفحات ٢٧١ وما بعدها .

(٨٦) انظر في تفصيل تلك المعايير المحددة لعناصر موضوع العقد، التي تم دراستها . وانظر كذلك : د. سلام عبد الزهرة / مصدر سابق / ص ١٢٠ وما بعدها .

(87)MESTRE.J. L'évolution du contrat en droit privé français; in Lévolution contemporaine du droit des droit contrats ،Journées Savatier ,P.U. F ،1985 ،P: 51. نقلاً عن : د. ايمن ابراهيم العشماوي / مصدر سابق / ص ١٦٢ـ ١٦٣.

(٨٨) اذ جاء بالمادة ١١٠٤ من القانون المدني الفرنسي (يجب التفاوض على العقود وابرامها وتنفيذها بحسن نية ، ويُعَد هذا الحـــــكم من النظام العام) ، بينما في القانون المدني العراقي، المادة ١٥٠ الفقرة الاولى منها ، توجب حسن النية في مراحل تنفيذ العقد فقط وكذلك موقف القانون المدني المصري في المادة (١٤٨ / ١) ، الا ان القواعد العامة في مسألة التعاون والتضامن في العقود ، وانَّ العقد يجب ان يحقق العدالة لطرفيه ، تجعل وجوب توافر حسن النية في جميع مراحل حياة العقد ، حتى وان لم يوجد نص قانوني صريح بذلك ، في القانونين المدنيين العراقي والمصري .

(89:) النص بالغة الفرنسية (Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ،celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant.

Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation، les parties peuvent convenir de la résolution du contrat، à la date et aux conditions qu'elles déterminent، ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable، le juge peut، à la demande d'une partie، réviser le contrat ou y mettre fin، à la date et aux conditions qu'il fixe.