

موضوعية الإرادة التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة)

أ. محمد صديق محمد عبد الله
مدرس القانون المدني المساعد
كلية القانون / جامعة الموصل

د. أكرم محمود حسين
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية القانون / جامعة الموصل

مقدمة:

في البدء نحمد لله سبحانه وتعالى ونشكره أن أتم فضله ونعمته علينا ووفقنا في إنجاز هذا العمل، داعين إياه أن يجعله في ميزان حسناتنا وبعد ...

إن أساس التعاقد هو حرية إرادة المتعاقدين، والعقد شريعة المتعاقدين، إذ لهما حق المناقشة والجدل فيما يتفقان عليه. ومتى تم الاتفاق أصبح العقد حجة على الطرفين، وعلى ذلك فحرية التعاقد هي التي تملي على الطرفين قانون العقد. ولكن قد يقف في سبيل حرية التعاقد حوائل وموانع قد ترجع الى المنفعة العامة والنظام العام، بما يقره المشرع فيهما من الأحكام الآمرة.

وإذا كانت حرية التعاقد هي قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن هنالك اعتبارات من شأنها أن تقيّد هذه الحرية، وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها تمام التمتع.

ومع اقرارنا بمسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم العقد، فإن هذا التدخل ما هو الاتماشيا مع الفكرة التعاقدية التي تقوم على اساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، ولا يعني ذلك تدهور او انتكاس الارادة التعاقدية، بل موضوعية هذه الارادة، والتي لا يقتصر ضرورة وجودها في ابرام العقد، بل تمتد الى ما بعد الانعقاد وصولا الى انتهاء العقد، وكل ذلك سيعمل على تحقيق العدالة القانونية، وتحقيق

التوازن بين الاطلاق لمبدأ سلطان الارادة ، والعقد شريعة المتعاقدين ، وبين التوجه نحو التقييدات التي يفرضها المشرع ، مما يدل على أن الارادة التعاقدية لم تعد مطلقة وانما يجب القول بموضوعية الارادة . وفقا لمقتضيات الحاجة الاجتماعية في اعطاء المشرع الدور الكبير والبارز في الاشراف على التعاقد ، تكون الغاية الرئيسية منه ، هو تحقيق العدل والموازنة بين المصالح المختلفة للأفراد .

وأمام هذه الحقائق ارتأينا توضيح ومناقشة وتحليل الحدود التي يسمح بها القانون للأفراد في استخدام الإرادة الحرة والتعاقد. وفقا للخطة التالية:

المبحث الأول: التعريف بموضوعية الإرادة التعاقدية

المبحث الثاني: القيود المفروضة على الإرادة التعاقدية في إبرام العقد.

المبحث الثالث: القيود المفروضة على الإرادة التعاقدية في تحديد مضمون العقد.

المبحث الأول

التعريف بموضوعية الإرادة التعاقدية

تشتمل حرية التعاقد على جملة حريات، وهي حرية الفرد في التعاقد أو في امتناعه عن التعاقد، وفي اختيار المتعاقد معه، وفي تحديد مضمون العقد، فاستناداً الى مبدأ سلطان الإرادة، للفرد حرية التعاقد أو عدم التعاقد مع حرية تحديد مضمون العقد. وقد أدت الإرادة دوراً بارزاً، ولمدة طويلة في تكوين العقد وتحديد مضمونه، فكان للمتعاقدين أن ينظما علاقاتهما التعاقدية وتحديد حقوقهما والتزاماتهما في حدود النظام العام والآداب. ولكن هذه الحرية في التعاقد تغيرت كثيراً بحيث أصبحت محدودة ومقيدة بنصوص قانونية آمرة.

ومن أجل توضيح هذه التقييدات والوصول إلى تعريف المقصود من موضوعية الإرادة التعاقدية، يجب علينا أولاً إعطاء نظرة عامة في سلطان الإرادة التعاقدية، وذلك من أجل محاولة الوصول إلى تعريف موضوعية الإرادة التعاقدية. وبهذا سيقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: ((نظرة عامة في سلطان الإرادة التعاقدية))

المطلب الثاني: ((تعريف موضوعية الإرادة التعاقدية))

المطلب الأول

نظرة عامة في سلطان الإرادة التعاقدية

إذا كان العقد يبني أساساً على الإرادة وما تتمتع به من سلطان، فإن ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة. هذا المبدأ الذي يعني أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها^(١).

فللإرادة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود غير متقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني (ويطلق عليها العقود المسماة). كما يكون للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، فلا تتقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد من العقود فقط، وإنما يكون لها بما لها من سلطان، الحرية في تضييق هذه الآثار أو توسيعها أو

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢م، ص ١٤١ - د. عماد الدين الشربيني، الشخص القانوني (علاقته - حقوقه - التزاماته)، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٣م، ص ٢٢٢.

حذفها. كما يكون للإرادة أخيراً الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه^(١).

فيقوم مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية إذاً على أساسين هما، الحرية والمساواة. فالحرية أساس النشاط، وإذا كان مظهره الإرادة، فالحرية أساسها، وإن الإرادة الحرة لقادرة على أن تزن المصلحة القائمة، وهي مقدرة لهذه المصلحة فعلاً ما دمنا نطلق لها الحرية. وإذا تم التوفيق بين إرادتين كل منهما تقرر المصلحة القائمة، ففي هذا التوفيق تحقيق للمصلحة العامة، إذ ليست المصلحة العامة إلا مجموع المصالح الفردية.

أما الأساس الآخر وهو المساواة، فلا يقصد بها المساواة الفعلية، إذ هذه لا يمكن تحقيقها، بل يقصد بها المساواة أمام القانون، فالمساواة القانونية لا المساواة الاقتصادية هي التي تكفل في النهاية تحقيق المصلحة العامة لأن المصلحة الخاصة - وهي أساس المصلحة العامة - لن تتحقق إلا إذا اعتبر الناس متساوين أمام القانون في مظاهر نشاطهم^(٢).

فإذاً يترتب على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية على إطلاقه النتائج

الآتية:

١. حرية الفرد في أن يبرم ما شاء له من عقود، وحرية في ألا يبرم عقداً من العقود، فلا يجوز تقييد حرية من هذه الناحية.

(١) د. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٨٤م، ص ٢٥.

(٢) القاضي حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣م، ص ٦٦.

٢. حرية الفرد في تحديد الالتزامات العقدية ومكانها ومداها. ففي عقد الإيجار مثلاً لإرادة الأطراف الحرية في تحديد مدة العقد وكذلك في تحديد الأجرة التي يُلزم بها المستأجر وهكذا الشأن في سائر العقود.

٣. لإرادة الفرد الحق في إنهاء العقد بالاتفاق أو في تعديله كذلك.

ونشير في هذا المجال إلى استبعادنا لتناول التطورات التاريخية في هذا البحث^(١) وذلك لقلة الاستفادة من هذا الطرح في بحث قانوني يوجب على الباحث أن يواكب فيه الظروف والحاجات التي يعيشها في عصر متيقن فيه الجميع بأن لا سلطاناً كاملاً للإرادة إلا بالحدود التي يرسمها القانون، ووفق متطلبات الحفاظ على النظام العام.

إلا أن موضوع البحث يقتضي البت في أمر مهم ألا وهو تمييز مبدأ سلطان الإرادة عن مبدأ الرضائية.

فقد قلنا إن مقتضى مبدأ سلطان الإرادة في إطار القانون المدني هو أن إرادة الإنسان تشرع بذاتها لذاتها، تنشئ بذاتها لذاتها التزامها، فإذا ما أُلزم شخص بتصرف قانوني (وبخاصة العقد)، فإنما يلتزم لأنه أراد، وبالقدر الذي أراد.

فإذا كان هذا هو مقتضى مبدأ سلطان الإرادة، فهل سينطبق مضمون هذا المبدأ مع مبدأ الرضائية، أم أن لكل من المبدئين استقلالهما عن بعضهما؟ للإجابة عن هذا السؤال لا بد من إيضاح السبب الفعال الذي جعل الباحث يتساءل، فمن خلال الرجوع إلى العديد من مصادر الفقه القانوني يلاحظ الإشارة إلى المسائل الآتية:

(١) للاطلاع على التطورات التاريخية لمبدأ سلطان الإرادة. ينظر - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص ١٤٢-١٤٩.

١. تناول موضوع مبدأ سلطان الإرادة عبر المراحل التاريخية وخاصة في القانون الروماني عن طريق إيضاح التقيد بالمراسيم الشكلية في إبرام العقد، وكذلك الحال في الفقه الإسلامي الذي يتم فيه التركيز على عدم التقيد بالإجراءات الشكلية في إبرام العقد^(١).

٢. تناول موضوع مبدأ سلطان الإرادة عن طريق تقسيمه إلى قسمين: الأول ويطلقون عليه مبدأ سلطان الإرادة من حيث الشكل، والثاني ويطلقون عليه مبدأ سلطان الإرادة من حيث الموضوع. ويركزون في شرح مضمون القسم الأول على كفاية الإرادة في إنشاء التصرف وتوليد الالتزامات وذلك دون حاجة لأن تصاغ في قالب معين. فكل ما يطلب هو أن يصدر التعبير عن الإرادة، ولا عبء بعد ذلك بالصورة التي يصدر فيها (باللفظ أو الكتابة أو الإشارة وغيرها)^(٢).

بمعنى أن مبدأ الرضائية سيكون جزءاً متداخلاً مع مبدأ سلطان الإرادة.

(١) د.منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، ط١، ١٩٩١م، ص٤٠ - د.سهام عبد الرزاق مجلي السعيد، دور الإرادة في تحول العقد، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، السنة الثالثة، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١م، ص٨٧ - د.أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٣م، ص٤١ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٢٢١-٢٢٢.

(٢) د.عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني (نظرية العقد في قوانين البلاد العربي)، ج١، التراضي، القاهرة، ١٩٥٨م، ص٩ - د.عماد الدين الشربيني، الشخص القانوني، المصدر السابق، ص٢٢١-٢٢٢.

وبعد بيان هاتين النقطتين سنقوم بإيراد معنى مبدأ الرضائية. إذ يتلخص في أن العقد ينعقد بتوافق إرادتين على إنشاء التزامات، ولا يكتمل معنى المبدأ إلا إذا فسر بأن توافق الإرادتين يلزم ويكفي للانعقاد^(١).

إن كفاية هذا التوافق هو الذي جعل أساس المبدأ لا يتطلب أوضاعاً خاصة لانعقاد العقد، وجعل العقد بإرادة الطرفين، فأصبحت العبرة بهذه الإرادة بقطع النظر عن طريقة التعبير عنها.

إلا أنه يجب القول إن مبدأ الرضائية لم يبقَ مطلقاً أو بمعنى آخر أن توافق الإرادات قد لا يكفي بمفرده أحياناً لتكوين العقد، وذلك بسبب تقييد المشرع لبعض أنواع التعاقدات من حيث التكوين^(٢).

ونتفق مع جانب من الفقه^(٣) في وجوب التمييز ما بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية. حيث يتعلق مبدأ سلطان الإرادة بقدرة الإرادة على اختيار التعاقد أو عدم التعاقد، لا بمجرد كفاية الإرادة كما في مبدأ الرضائية^(٤) "فالرضائية هي كفاية الإرادة لإنشاء التصرف"^(٥).

أو بتعبير آخر، يؤدي المبدأ الأول إلى إطلاق سراح الإرادة وفك قيودها، أما المبدأ الثاني فهو يؤدي إلى إظهار جوانب النشاط التي تتسع لتلك الإرادة الطليقة.

(١) القاضي حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص ٦١.

(٢) كما في العقود الشكلية والعقود العينية.

(٣) القاضي حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص ٦٥.

(٤) المصدر نفسه، ص ٦٥.

(٥) د. عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص ١٥.

فتقدير مسألة حرية الشخص بالدخول في تعاقدات مع أشخاص آخرين أو تقييده بعدم السماح له بالدخول في هذه التعاقدات يتحدد بما للإرادة من سلطان في المجال العقدي.

أما بعد أن يقوم الشخص بالتعبير عن رغبته بالتعاقد، ففي هذه الحالة فإن مبدأ الرضائية سيحدد مدى كفاية هذا التعبير في إبرام العقد استناداً إلى أحكام القانون في مدى اعتبار العقود عقوداً رضائية أم شكلية أم عينية.

وخلاصة لما سبق ذكره في مجال التمييز بين مبدأ سلطان الإرادة وبين مبدأ الرضائية، فإن المبدأ الأول سيعتبر الأساس أو القاعدة العامة في التعاقدات، أما المبدأ الثاني وهو مبدأ الرضائية وتحديد مدى كفاية الاتفاقات أو التوافق بين الإرادتين فسيعتبر الإطار القانوني المحدد لكيفية أو كفاية انعقاد العقد فلو افترضنا أن القانون اشترط الشكلية في إبرام عقد معين فسيعتبر هذا الاشتراط إحدى الحالات الاستثنائية^(١) التي تدرج ضمن القيود المفروضة على الإرادة التعاقدية في أثناء تكوين العقد.

فمدى اشتراط الشكلية في العقود الشكلية أو وجوب التسليم (تسليم محل العقد) في العقود العينية هي عبارة عن إلزام قانوني يحدده المشرع شعوراً منه بأن ذلك هو من متطلبات التعاقد^(٢).

(١) أما الحالات الأخرى التي ستعتبر قيوداً على المتعاقدين سواء في أثناء إبرام العقد أو التي ستؤثر وتحدد من مضمون العقد، فستتوضح لنا في ثنايا البحث.

(٢) ونشير في هذا المجال إلى عدم توسعنا في تناول العقود الشكلية والعينية، وذلك لأن هذه العقود قد سبق تناولها من قبل العديد من الفقهاء والشراح بحيث أصبحت من الأمور المستقر عليها.

واستزادة للتوضيح سنستعير التعبير المجازي في وصف مبدأي سلطان الإرادة والرضائية.

حيث يمكن تشبيهه المبدأين وكأنهما مصفاتان للتنقية المتطلبة قانوناً. فعندما يرغب أحد الأشخاص بالتعاقد في عقد ما. يجب عليه مراعاة القيود التي يفرضها مبدأ سلطان الإرادة. فإذا كان العقد لا يخالف النظام العام والآداب فسيعبر قد اجتاز مصفاة التنقية الأولى. وبعد ذلك عليه مراعاة القيود التي قد يفرضها القانون على المتعاقد من شكلية ما أو تسليم محل العقد، فإذا لم يشترط القانون قيوداً معيناً وإنما اكتفى باعتبار أن العقد رضائي فسيكون المتعاقد وكأنه قد اجتاز مصفاة التنقية الثانية. ومن ثم يكون قرار الدخول في العملية التعاقدية مسألة شخصية يقدرها المتعاقد في إطار الحرية الكاملة له. ومن العقود الأخرى التي يلزم فيها المشرع طرفي العقد أو أحدهما بتحديد متطلبات التعاقد هو "العقد المأذون"^(١).

ففي العقد المأذون يترك المشرع للسلطات المختصة مهمة إجازة العقد أو منعه، ولا يكون للعقد أية قيمة قانونية إلا بعد الحصول على إذن هذه الجهات التي يعينها المشرع مسبقاً. حينئذ لا ينشأ العقد من إرادة أطرافه فحسب، بل من انضمام إراداتهم إلى رخصة المشرع.

أي أن ما يكون العقد على حد تعبير سافاتييه، هو إرادة الأطراف ممزوجة برخصة المشرع، وبعبارة أخرى، أن المشرع يوشك أن يدخل في العقد كمتعاقد ثالث^(١).

ينظر - د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦م، ص٣٦.

(١) عبد الرحمن عبد الرزاق داوود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، ١٩٨١م، ص٦١.

فتستطيع السلطة المختصة، عن طريق تحويلها منح الأذن، أن تمنع إنشاء العقد، أو على الأقل تؤجل إبرامه إلى وقت آخر.

وهناك بعض الأمثلة التشريعية في العراق التي تشترط استحصال الأذن المسبق. من ذلك ما نصت عله المادة الثانية من قانون تأمين السكن للمواطنين رقم (١٢٥) لسنة ١٩٦٣ الملغي الصادر في ١٥/٩/١٩٦٣ إذ جاء فيها "لا يجوز بيع أو رهن أو هبة أو فرز أو إجراء أي تصرفات أخرى على القطعة - التي وزعت وفق أحكام هذا القانون - ترتب عليها حقوق عينية أو تؤدي إلى خروج التصرف فيها ممن ملكت له خلال عشر سنوات من تاريخ صدور سند الطابو، إلا إذا كانت هناك أسباب اضطرارية تدفع المنتفع إلى هذا التصرف فيجوز له ذلك (بموافقة وزير المالية)". وقرار رقم (١١٧) لسنة ٢٠٠٠ الخاص بالقيود التشريعي على حرية التصرف بالعقارات المملوكة من قبل الدولة . وقد اعتبر القضاء العراقي البيع الذي يتم دون موافقة وزير المالية باطلاً، حيث يعتبر المحل غير قابل للتعامل فيه، ما لم يقترن بموافقة الجهة التي حددها القانون المذكور^(١).

وهذا يعني أن الأفراد لا يستطيعون بإرادتهم المنفردة ودون رخصة إبرام عقد من هذا النوع.

(١) سافاتييه، التطورات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدني، ف٣٧. ==
== نقلاً عن: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٣م، ص ١٨.
(٢) "القرار رقم ٤٢/ت.ب/١٩٧٨ الصادر من محكمة استئناف نينوى/التمييزية بتاريخ ٢٥/١١/١٩٧٨م".

المطلب الثاني تعريف موضوعية الإرادة التعاقدية

يعد مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي^(١) الذي يقدر الحرية الفردية، ويعتبر الفرد محور المجتمع. فالهدف من تنظيم المجتمع، في نظر هذا المذهب هو حماية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة. فطالما كان الإنسان حراً فإن إرادته يجب أن تكون كذلك. وهذه الإرادة الحرة هي التي تملك إنشاء العقد وهي التي تملك أيضاً تحديد آثاره بمنأى عن أي قيد يرد في القانون^(٢).

ومن القوانين المدنية التي تأثرت إلى حد كبير بالمبدأ المذكور، القانون الفرنسي (تقنين نابليون الصادر عام ١٨٠٤) فالمادة (١١٣٤) منه قد جاءت عنواناً لمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، حيث نصت على "أن الاتفاق إذا تم شرعاً فإنه يقوم مقام القانون لمن تعاقد".

كما ذهب إلى هذا الاتجاه القانون المدني المصري لعام ١٩٤٨م، إذ نصت المادة (١٤٧) فقرة (١) منه على ما يلي "١-العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

ولم يشذ القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ عن القوانين المذكورة آنفاً في التأثير بمبدأ سلطان الإرادة وما لها من دور في تكوين أو إنهاء أو تعديل التصرفات القانونية، فاعتبر العقد شريعة المتعاقدين وقد نصت المادة (١٤٦) فقرة (١) على ذلك

(١) "يقوم هذا المذهب على أساس أن الإرادة هي وحدها التي تنشئ العقد".

ينظر - د.منذر الفضل، المصدر السابق، ص ٤٠.

(٢) د.رمضان محمد أبو السعود، المصدر السابق، ص ٢٦.

بأنه "١- إذ نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي".

والواقع أن ما قررته التشريعات المدنية (مصري، عراقي) من إبراز لقوة الرابطة العقدية وإلزامها بفعل الإرادة يعود الى نص المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي، لأن تلك القوانين قد تأثرت بصورة مباشرة بما وضعه المشرع الفرنسي في تلك المادة.

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن القوانين المدنية المقارنة في موادها المشار إليها آنفاً، لم تكن الغاية منها الأخذ بمفهوم المذهب الفردي على إطلاقه، بل حاولت تلك القوانين مساندة الاتجاهات المعاصرة لمبدأ سلطان الإرادة.

فقد أصبحت الاتجاهات المعاصرة تسير نحو تقييد دور الإرادة في نطاق العقد^(١)، ذلك أن حرية الإرادة ترتبط بالفلسفة الفردية، ولما كانت الأفكار السائدة في المجتمعات الحديثة هي الأفكار الاجتماعية، فقد أدى ذلك إلى ازدياد القيود على سلطان الإرادة، "فالأفكار الاجتماعية تنادي بضرورة تدخل الدولة عن طريق أحكام القانون لتنظيم علاقات الأفراد في معاملاتهم الخاصة، تنظيمًا إجبارياً لا يترك لإرادتهم كثيراً من الحرية في تنظيم تلك المعاملات"^(٢).

(١) د.سهام عبد الرزاق مجلي السعيد، المصدر السابق، ص ٨٧.

(٢) المصدر نفسه، ص ٨٨.

فقد تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ في رحابها مبدأ سلطان الإرادة، وسارت تشريعات الدول نحو الاشتراكية التي ترى الاعتداد بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد، فظهر أنصار المذهب الاجتماعي^(١). فالاعتداد بمصلحة الجماعة يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، بل ينبغي تقييد إرادة الأول لمصلحة الأخير. فالعامل وصاحب العمل كلاهما يملك الإرادة الحرة في التعاقد (وكذلك المؤجر والمستأجر) إلا أنهما ليسا على قدم المساواة، فإحدهما طرف قوي يملك إملاء شروطه على الطرف الآخر الضعيف، ولذلك يجب تقييد إرادة صاحب العمل (والمؤجر) لمصلحة العامل (والمستأجر). وكذلك الحال بالنسبة للعقود التي تبرم بين جمهور المستهلكين وبين الشركات الاحتكارية، فأين المساواة في الإرادة الحرة بين شركة كبيرة ومستهلك ضعيف؟ إن هذه هي مساواة نظرية فحسب، فهل نجد مشتركاً (مستهلكاً) يستطيع مناقشة الشروط التي يضعها مرفق المياه أو الكهرباء؟ الواقع أن تحقيق العدل الاجتماعي يقتضي تقييد إرادة هذا المحتكر لمصلحة المستهلك.

(١) "تتمثل فكرة أنصار المذهب الاجتماعي من الإرادة في إنكار دورها المهم الذي غالاً فيه أنصار المذهب الفردي، فهم يعتقدون أن للإرادة دور متواضع في إنشاء التصرفات القانونية، وأن الإرادة ليست هي المصدر الوحيد للالتزام لوجود موانع متعددة، كما أن الإرادة ليست إلا وسيلة لتحقيق غاية تخضع لقيود ترتبط بمصلحة المجتمع".

د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ٤٢.

وينفس المعنى ينظر - د. أحمد حشمت أبو ستيت، المصدر السابق، ص ٤٤-٤٥.

ومن الناحية الاجتماعية لم يعد يسمح للأفراد بالاتفاق أو بالتعاقد على أشياء قد تخالف النظام العام والآداب أو مقتضيات الخطة الاقتصادية أو الاتجاه العام للمجتمع، فالمصلحة العامة تعلو المصلحة الفردية^(١).

فحرية التعاقد لم تعد مبدأً مطلقاً، فقد يأتي القانون ويجبر الفرد على إبرام تعاقد معين أو يحرمه من تعاقد يريده^(٢).

وكذلك لم تعد الإرادة حرة في تحديد مضمون الالتزامات العقدية، فقد أصبح الآن تدخل المشرع في تحديد هذا المضمون أمراً عادياً.

كما لم تعد إرادة الأفراد حرة في إنهاء العقد بالاتفاق أو في تعديله، لذلك قد يتدخل القانون ويضع تنظيماً معيناً لعقد من العقود، بحيث لا يجوز لإرادة الأفراد الخروج عن هذا التنظيم بالتعديل، "فالصالح العام يخول الدولة أن تتدخل لإقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين، لمنع تحكم فريق بالاستناد إلى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب المواثية وتطبيقاً لهذا المذهب صدرت في مختلف الدول قوانين تجبر الملاك على التأجير بأجر معين، وتقرر تجديد عقود الإيجار بعد فوات مدتها جبراً على المؤجرين، وتحدد شروط عقد العمل، وتخضع كثيراً من السلع للتسعير الجبري. مما يؤكد منطق المذهب الاجتماعي في تغليب صالح الجماعة"^(٣).

(١) د.همام محمد محمود؛ د.محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م، ص ٢٣١.

(٢) د.رمضان محمد أبو السعود، المصدر السابق، ص ٢٧.

(٣) د.عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢م، ص ٣٦٤.

وهذه التطورات تؤكد أن إبرام العقد لم يعد مجرد عمل خاص، فقد يخضع للقانون أو يكون من إملائه أو من ضغط الظروف والعوامل الاقتصادية، وقد تجبر المحاكم على إتباع تفسير خاص، أو مستمد من قواعد تفسير القوانين^(١). فقد انتهى تطور المجتمع إلى أن جعل وضع العقد في ذاته يتغير إلى حد أن قيل إن العقد الحر في طريقه إلى أن يصبح عقداً موجهاً^(٢).

وإزاء تدخل المشرع في العقود بنصوص أمرة، وظهور ما يسمى بالعقد الموجه، فذهب جانب من الفقه^(٣) بالقول إلى اختفاء الصفة الإرادية للعقد، وتحوله إلى مجرد (نظام شرطي)، خاضعاً تماماً في إبرام وترتيب آثاره للشروط التي يتحكم فيها القانون. لذلك يرى بعض الفقهاء^(٤) أن نظام العقد الحر لم يعد هو السائد اليوم، فقد وجد نظام العقد المقيّد، ثم نظام العقد المنظم، فنظام عقد الإذعان.

ومع إقرارنا بمسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم التعاقدات، فإننا نتفق مع جانب من الفقه^(٥). بأن هذا التدخل ما هو إلا تماشياً مع نفس أساس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين

(١) ششر / فيغو / فيرمستون، أحكام العقد في القانون الانجليزي، ط٩، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٦م، ص٧٥.

(٢) د.أحمد حشمت أبو ستيت، المصدر السابق، ص٤٧.

(٣) Zaksas, les Transformation du contact et leur loi, theses, Toulouse, 1934, P.81.

نقلًا عن: حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، النظام العام العقدي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهدين، ٢٠٠٢م، ص٤٩

(٤) د.عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص١٤.

(٥) د.عبد الرحمن عياد، المصدر السابق، ص٣٥٩.

المتعاقدين، بعيداً عن غبن أو استغلال أحد الأطراف للآخر. ولا يعني ذلك تدهور العقد وضمحلل أهميته، بل سيبقى أسلوباً ضرورياً للتبادل بين ذمتين^(١).

ويمكننا أن نعزو ما ينتج عن هذه القيود من تزايد سلطان القانون وضعف سلطان الإرادة إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني والتشريع باعتباره قانوناً موضوعياً يعلو العقد بحسابه مصدراً للحقوق الشخصية، ولهذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج.

فوصف العقد حقيقة لن يكون إلا بالخضوع لمقتضيات النظام العام، وخضوع الإرادة وقدرتها على خلق الالتزام لهذه المقتضيات، لأن الواقع العملي والمنطقي يقضي أن تكون الغلبة في تكوين العقد للنظام العام، لأجل ترتيب آثار الالتزام، نظراً لمساسها لحقوق الغير وتأثيرها في نظام المبادلات وتبادل الثروات المادية^(٢).

لذلك فقد ابتدأ ظهور العقد الموضوعي، الذي هو ليس خلقاً جديداً من قبل الأفراد، بل هو العقد منذ القدم، ولكنه أخذ يخضع لمقتضيات النظام العام، وأن "دور الإرادة الذي أصبح مشكوكاً فيه في كثير من العقود، قد جعل جانب من الفقه يقول بتسمية مبدأ موضوعية الإرادة بدلاً من سلطان الإرادة، ويحافظ بذلك على الأساس الإرادي في إنشاء الالتزام مع إعطاء هذا الأساس الإرادي مفهوماً نسبياً يخضعه للتنظيم الموضوعي للقانون"^(٣).

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد وتطبيقها في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد الثالث عشر، السنة التاسعة، بغداد، ١٩٨١م، ص ٣١٨٦.

(٢) حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، النظام العام العقدي، المصدر السابق، ص ٤٩-٥٠.

(٣) Ghestin, P.114.

نقلاً عن: حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، المصدر السابق، ص ٤٨

والخلاصة، هي أن الفقه المعاصر والقوانين المدنية المعاصرة تقر بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، ولكن في حدودها المعقولة، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والمصلحة العامة. وهذا ما يقصد به بموضوعية الإرادة التعاقدية. لذلك يمكن تعريف "موضوعية الإرادة التعاقدية" بأنها (إمكانية الإرادة في الدخول أو عدم الدخول في العملية التعاقدية وفي تحديد مضمون العقد، وفقاً للحدود التي يرسمها القانون، بالاستناد إلى المصلحة العامة والنظام العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة، وباستخدام معيار العدالة).

المبحث الثاني

القيود المفروضة على الإرادة التعاقدية في إبرام العقد

إذا كان الأصل هو حرية التعاقد، إلا أنه في المجال الواقعي قد اتسعت دائرة النصوص الآمرة، مما أدى إلى أن تنحصر تلك الحرية في حدود ضيقة^(١). إذ إن هذه النصوص الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تحمي النظام العام والآداب في المجتمع، ومن ثم فهي تخرج عن الدائرة التي تنطلق فيها حرية الإرادة. فليس للإرادة أن تنشئ تصرفاً يخالف سببه أو محله النظام العام والآداب^(٢)، فإذا تجاوز المتعاقدان هذه الحدود التي رسمها النظام العام والآداب يكونا قد عرضا عقدهما للبطان، حسب أحكام المادة (١٣٠) فقرة (١) من القانون المدني

(١) د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، طرفا الالتزام، مصر، بدون سنة طبع، ص ١٢٧.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص ١٥.

العراقي، التي نصت على أنه "يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام والآداب، وإلا كان العقد باطلاً"^(١).

فإذاً هنالك عوامل مختلفة تؤدي إلى قيام الدولة (المشرع) بفرض قيود على الإرادة التعاقدية، وإن هذه القيود، إما ستمنع الأفراد من الدخول بالعملية التعاقدية كمثال ذلك، عندما تمنع الدول استيراد سلع معينة، فتحرم بذلك أي تصرف قانوني عليها. أو أن تتدخل الدولة في تحديد مضمون العقد قبل إبرام العقد، كمثال ذلك عندما تحدد الحكومة أسعاراً رسمية لبعض السلع، بحيث تحد من حرية الثمن في عقود البيع، وهو يحدث أيضاً في حالة الاستيلاء، حينما تستولي الدولة على كمية من القمح أو الأرز مقابل سعر محدد سلفاً.

بمعنى أن سياسة الدولة في توجيه الاقتصاد الوطني ستنعكس آثاره على العقود^(٢)، وفضلاً عن ذلك، سيتدخل المشرع في حالة الضرورة إلى مراعاة العدالة وتحقيق المساواة القانونية.

وأمام كل هذه الأمور قد لا تقتصر هذه القيود على منع التعاقد أو تحديد مضمونه، بل قد تصل إلى حد تدخل القانون لإنشاء علاقات قانونية لم تكن لتنشأ إلا

(١) وقد نص المشرعان المصري والفرنسي على نفس الحكم.

ينظر - نص المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري والمادة (١١٣٣) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، يدون سنة طبع، ص ٣٢.

بتوافق إرادتي طرفيها^(١)، فحرية الإنسان في ألا يتعاقد ليست بدورها مطلقة بل ترد عليها قيود^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن العقود التي تبرم بناءً على الالتزام القانوني "يسمىها بعض الشراح بالعقود الإلزامية أو العقود الاضطرارية"^(٣).

وتسمية "العقود الإلزامية" هي التسمية التي نعتقد بأنها تتلاءم مع طبيعة تكوينها عند إبرام. ففي هذه العقود لا يؤدي الرضا دوراً كبيراً في مناقشة شروط العقد عند إبرام العقد، وإنما يطبق طرفا العقد نظاماً رسمياً مفروضاً عليهما بمقتضى القانون^(٤).

حيث يلاحظ أن المشرع يجبر أحد الطرفين باتخاذ خطوات معينة، والقيام بإجراءات محددة بغية إبرام عقد يريده المشرع - وهذا ما سيتوضح لنا لدى تناولنا التطبيقات التشريعية في هذا المبحث - أي أن المشرع يجبر أحد الطرفين بالقيام بأعمال إيجابية لدفع إجراءات التعاقد إلى الأمام لظهور عقد جديد إلى الوجود. هذا العقد هو ما يستهدفه المشرع في الظاهر، ولكن الأهداف الاجتماعية والاقتصادية والإنسانية هي التي تقف وراء ما استهدفه المشرع من إبرام العقود المذكورة.

(١) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦م، ص ٣١.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، المكتبة القانونية، عمان، ٢٠٠١م، ص ١٦.

(٣) شمس الدين الوكيل، المصدر السابق، ص ٣٣.

(٤) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، القاهرة، ١٩٧٩م، ص ٦١.

ويرى بعض الفقهاء^(١) أن هذا الإلزام القانوني بالتعاقد يعد قيداً خطيراً على حرية التعاقد وعلى حرية التجارة، وهو يبرز خاصية الوظيفة الاجتماعية التي يقوم بها قطاع التوزيع في الاقتصاد الموجه، وعلى الرغم من اتفاقنا على بروز الوظيفة الاجتماعية للإلزام القانوني، إلا أننا نعتقد أن هذا القيد هو من القيود المهمة التي يجب أن يمارسها المشرع، وذلك منعاً لحالات الاستغلال والغبن التي قد تترتب على بعض الأشخاص في حالة عدم وجود العقود الإلزامية. ومن ثم يترتب على هذا الإلزام القانوني بالتعاقد أن يكون الملزم بالبيع في حالة إيجاب جبري، فإذا امتنع عن إبرام العقد عدّ التعبير الصادر عن يريء الشراء قبولاً للإيجاب، وتكتفي المحكمة عندئذٍ بتقرير أن العقد قد انعقد^(٢)، فمصدر الرابطة العقدية هنا ليس الإرادة الفردية، بل القانون ذاته.

إن لفكرة الإلزام القانوني، تطبيقات تشريعية عديدة متناثرة في نصوص عدد من القوانين العراقية، ولكن تجمعها فكرة واحدة، هي فكرة الإلزام القانوني في تكوين العقد "حيث يتلشى دور الإرادة إلى حد كبير في التنظيم العقدي وتحل محلها إرادة المشرع الذي يتولى فرض العقد على الطرفين والنص على قواعد ملزمة لهما، بحيث ليس بوسعهما مناقشة هذه القواعد والنصوص الآمرة بل يحتم عليهما الانصياع لأمر المشرع"^(٣).

(١) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص ٢٠.

(٢) عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ٥٤.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص ١٧٧.

ومن تطبيقات الإلزام القانوني ما ورد من صور للعقد الجبري في قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة (١٩٧٩م) المعدل^(١). وخاصة ما ورد في المادة الحادية عشرة فقرة (٢) التي نصت على أنه "إذا كان الإيجار من الباطن أو التنازل عنه قد تم قبل العمل بهذا القانون، سواء أكان بموافقة المالك التحريية أو بدونها، حل المالك محل المستأجر الأصلي في العقد الذي أبرمه هذا مع المستأجر من الباطن أو المتنازل إليه". ففي هذه الحالة لا توجد في الأصل علاقة مباشرة بين المالك والمستأجر من الباطن أو المتنازل له، بل إن وجود الأخير في المأجور، قد يكون دون رضا المؤجر، في الأحوال التي لا يستند فيها التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار إلى إذن تحريي من المؤجر، ومع ذلك، وبالرغم من عدم مشروعية إشغال المستأجر من الباطن والمتنازل له عن الإيجار، نجد أن المشرع بهذا النص قد أضفى على هذا الأشغال صفة المشروعية، وأصبح المؤجر ملزماً بالدخول في علاقة عقدية مع المستأجر من الباطن أو المتنازل له، ومصدر هذه العلاقة كما هو واضح هو نص القانون.

كما أجاز المشرع في حالة البيوع الجبرية التي تجريها الدوائر المختصة للمالك أو الشريك، البقاء في العقار بصفة مستأجر، وبموجب ذلك يدخل مشتري العقار في علاقة تعاقدية جبرية، ويصبح مؤجراً، ولو دون إرادته، فقد نصت المادة الخامسة عشرة من القانون المشار إليه سابقاً على أنه "لا يجبر المالك أو الشريك الذي يشغل العقار، إذا بيع قضاءً أو بواسطة أي جهة مختصة أخرى على تخليته إذا رغب في الاستمرار على شغله بصفة مستأجر".

(١) نشر هذا القانون في الوقائع العراقية، العدد (٢٧١٩) في ٣٠/٦/١٩٧٩م.

كما جاءت المادة السادسة عشرة من القانون المشار إليه آنفاً، بصورة أو حالة أخرى للعقد الجبري إذ نصت على أنه " يجوز لمن نقل من العاملين في الدولة أو لدى الأشخاص المعنوية العامة أو نسب للعمل في مدينة أخرى أن يشغل المسكن الذي كان يشغله سلفه بشروط عقد الإيجار السابق نفسها، طبقاً لأحكام هذا القانون، على أن يتحمل الأجرة من تاريخ إخلاء المأجور فعلاً".

ففي هذه الصورة نجد أن إرادة المؤجر تصبح معدومة، فلا يستطيع أن يرفض قبول المستأجر الجديد. ويلزم بالبقاء في الرابطة العقدية السابقة، ولكن بعد أن تغير أحد أطراف هذه العلاقة وهو المستأجر.

كما جاء في مضمون المادة العشرين من القانون المذكور آنفاً، صورة أخرى للعقد الجبري، إذ نصت على ما يأتي " يلزم مالك العقار المعد للإيجار لغرض السكنى بإخبار دائرة العقار بخلوه خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ الخلو، ولا يجوز أن يبقى خالياً بدون عذر مشروع مدة تزيد على تسعين يوماً من تاريخ إكمال بنائه أو خلوه، وإذا امتنع مالكة عن إيجاره خلال المدة المذكورة، تتولى السلطة المالية إيجاره وفقاً لأحكام هذا القانون".

فمالك العقار المعد للسكنى مجبر أولاً على الدخول في علاقة تعاقدية خلال (٩٠) يوماً، فإن امتنع فإن دائرة ضريبة العقار هي التي تقوم بتأجيرها. وفي هذه الصورة يكون الإلزام القانوني بالتعاقد أكثر وضوحاً من الصور السابقة، ذلك أن المؤجر في هذه الحالة ليس هو المالك، بل السلطة المالية "ومع هذا فإن المالك يستفيد من حقوق العقد، كاستيفاء الأجرة، وطلب التخلية عند تحقق أحد الأسباب المنصوص عليها في القانون، وغير ذلك من الحقوق التي يضمنها له عقد الإيجار، كما أن له طلب فسخ العقد إن

كانت الدائرة المختصة قد تعسفت في تأجيرها للعقار، كأن يكون ترك العقار خالياً لعذر مشروع^(١).

وبلاحظ على نص المادة (٢٠) من قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة (١٩٧٩م) المعدل ما يأتي:

١. أن النص المذكور يسري على العقارات المعدة للسكن فقط، دون العقارات الأخرى كالفنادق مثلاً.

٢. أن النص المذكور لا يسري على دور السكن التي يحتجزها المالك لا نتفاهه أو استعماله الشخصي، حتى لو تركها لمدة تزيد على تسعين يوماً من تاريخ إكمال بنائه أو خلوه. فمثلاً يجوز للمالك أن يحتجز داراً للسكن في أحد المصايف أو لا يؤجرها للغير بحيث تبقى خالية طيلة أيام السنة ما عدا أيام التصيف التي يقضيها هناك. لذلك يجوز أن تبقى تلك الدار خالية وغير مؤجرة لمدة تزيد على تسعين يوماً.

٣. وكذلك لا يسري النص المذكور على الدور السكنية التي يبقيها المالك شاغرة دون تأجير، إذا كانت هناك أسباب قوية تستدعي إبقائها خالية، كأن يعقد ابن المالك الزواج ويحدد تاريخ الزفاف بعد أربعة أشهر أو أكثر، فيبقي المالك (الأب) تلك الدار خالية دون تأجير ليشغلها الابن عند تاريخ الزفاف.

ونتفق مع جانب من الفقه^(٢) فيما ذهبوا إليه، بأن المشرع عندما نص على تلك الأحكام المتضمنة إلزام المالكين بتأجير عقاراتهم المعدة للإيجار، وعدم جواز إبقائها لمدة تزيد على تسعين يوماً بدون عذر مشروع، قد استهدف عدة أهداف منها، توفير

(١) عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ٢٩٣.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص ١٨٣.

عقارات معدة للسكنى مساهمة في حل أزمة السكن، والقضاء على جشع المالك، الذي يريد تصيد المستأجر لكي يفرض عليه أجره أعلى من الأجرة القانونية.

ومن التطبيقات الأخرى التي توضح التقييدات أو القيود التي يفرضها المشرع على المتعاقدين أثناء إبرام العقد، والتي لا يكون فيها المتعاقد حراً في اختيار العاقد الآخر، بل إنه يُلزم بالتعاقد مع شخص آخر أو جهة معينة من السلطة العامة، هي حكم الشفعة، إذ تخص تملك الشفيع العقار بالشفعة، حيث يجبر مالك العقار المشفوع على إبرام عقد البيع مع الشفيع بقوة القانون. وهكذا يقوم مقام المتعاقد الذي اختاره المالك متعاقد آخر مفروض من السلطة العامة.

وفي العراق، نجد أن المشرع قد قرر في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١م) حق الشفعة، حيث أجازت المادة (١١٢٩) للشريك في العقار الشائع وللخليط في حق ارتفاق للعقار المبيع وللجار الملاصق أن يملكوا العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة.

غير أن المشرع العراقي عاد وضيق من نطاق حق الشفعة كما كان مقرراً في القانون المدني، وذلك بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٢١١) الصادر بتاريخ (١٩٧٨/٢/١٤) الذي نص على أن "تلغى المادة ١١٢٩ من القانون المدني ويحل محلها ما يأتي (ينحصر حق الشفعة في الشريك بالعقار الشائع غير الزراعي المملوك ملكاً صرفاً)"^(١).

(١) المادة الأولى من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٢١١) الصادر بتاريخ (١٩٧٨/٢/٢٠) والمنشور في الوقائع العراقية عدد (٢٦٣٩) في (١٩٧٨/٢/٢٠).

ثم ضيق المشرع العراقي من نطاق حق الشفعة مرة ثانية، وذلك بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٩٧٨) الصادر بتاريخ (٢٤/٧/١٩٧٨م)^(١) الذي قضى بإلغاء المادة الأولى من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المذكور آنفاً، وأحل محلها ما يأتي "أ- ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط أن لا يملك داراً للسكن على وجه الاستقلال. ب- تعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لأغراض هذا القرار". واستناداً الى النص المذكور، يلزم الشريك الذي باع حصته لأجنبي، على التعاقد مع شريكه إذا أبدى الأخير رغبته في شراء الحصة الشائعة. ولا عبرة بعقد البيع السابق الذي أبرمه البائع مع المشتري الأجنبي، ولا عبرة أيضاً بعدم رغبة البائع في التعامل مع شريكه الذي قد يكون في خلاف معه إلى بيع حصته إلى الأجنبي. وفي بعض الأحيان يرى القضاء الفرنسي أن هناك التزاماً بالتعاقد على عاتق الفرد، إذا كانت السلع التي ينتجها أو يبيعهها تعد من البضائع التي تعتبر من السلع الضرورية للفرد - كالخبز مثلاً - فقد صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية - الغرفة الجنائية - بصدور رفض خباز بيع منتجاته، وأعلنت المحكمة أنه "ليس للخباز الذي يبيع مواد غذائية ضرورية التمسك بحرية التجارة، فهو على العكس من الباعة الآخرين الذين يستطيعون باسم حرية التجارة أو الصناعة أن يرفضوا بيع السلع التي يتاجرون بها، لا يستطيع أن يرفض التعاقد"^(٢).

(١) قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٩٧٨) الصادر بتاريخ (٢٤٧٢/٧/١٩٧٨م) والمنشور في الوقائع العراقية عدد (٢٦٦٧) في (٧/٨/١٩٧٨م).

(٢) Crim. 12 Mai. 1854. D.1854. 1. 208

نقلاً عن: عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ٦٠.

كما قد يحصل إلزام قانوني بالتعاقد في القسمة، وهي تعيين الحصة الشائعة وإفرازها. إذ قد تكون برضاء المتقاسمين أو بحكم القضاء. فإذا كانت القسمة بحكم القضاء، فهنا سيتم اعتبار إفراز الحصص بحكم القانون، وإن لم يكن أحد المتقاسمين أو جميعهم متراضين على ذلك.

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن قسمة القضاء في العقار يشترط فيها طلب بعض الشركاء القسمة، فلا تصح القسمة جبراً من الحاكم بدون طلب من أحد أصحاب الحصص، لأن قسمة القضاء حكم، والحكم محتاج إلى سيق الدعوى^(١).

وأيضاً من تطبيقات الإلزام القانوني الأخرى، البيع بناءً على حجز الدائن، فقد نصت المواد (٧١-٧٤) و (٩١-١٠٦) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة (١٩٨٠م) على إجراءات بيع الأموال المنقولة وغير المنقولة، إذ تنتقل ملكية هذه الأموال إلى من ترسو عليه المزايدة العلنية بعد دفع الثمن. وبالنسبة للأموال غير المنقولة، على مديرية التنفيذ بعد الإحالة واستلام الثمن أن تطلب من دائرة التسجيل العقاري المختصة تسجيل العقار المباع باسم من أحيل عليه نهائياً (م.١٠٣ تنفيذ)، فالمدین المحجوز عليه يتمتع بصفة البائع لكونه يملك الأموال المحجوزة، كما أن البيع هو نقل جبري للملكية يحل فيه تدخل القضاء محل رضاء المدین^(٢).

كما توجد حالات يبدو فيها التعاقد بوجه غير مألوف، حيث تنعدم إرادة بعض المتعاقدين، كما هو الحال بالنسبة للشركات المساهمة، إذ يتعذر الحصول على

(١) محمد سعيد المحاسني، موجز في القانون المدني، ج١، مطبعة بابل، ١٩٣٧م، ص ١٣٠.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص ١٧٢.

توافق كل إرادات المساهمين، وهو ما يدعو إلى خضوع الأقلية لرأي الأغلبية، فتقرر الأغلبية ما تراه ضمن حدود القانون ونظام الشركة ما دامت الشركة قائمة^(١).

ففي هذه الحالة قد تقرر الأغلبية الدخول في تعاقدات معينة تراها من مصلحة الشركة، ومن ثم فإن الأقلية سيعتبرون أطرافاً في عقد لم يكونوا راغبين فيه، فيتحقق الإلزام القانوني بحقهم ويجبرون على الوفاء بالتزاماتهم المتولدة في هذا العقد.

أما في ميدان قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة (١٩٧٠م) الملغي، فقد أوجب التعاقد على بعض الأشخاص، وذلك في المادة (٢٤٧) منه، حيث نصت على أنه "إذا كان الناقل محتكراً نوعاً من النقل أو استثمار خطوط معينة، التزم بقبول كل ما يقدم له من طلبات، إلا إذا كان الطلب مخالفاً للشروط المقررة للنقل، أو تعذر على الناقل تنفيذه لأسباب لا شأن له في إحداثها".

كما يتحقق الإلزام القانوني عند الاتفاق الجماعي المبرم بين جماعة الدائنين من جهة، والمدين المعسر من جهة أخرى، وهذا ما يسمى (بالصلح الواقي من الإفلاس) ففي هذا الاتفاق يلتزم المدين بدفع جزء من الديون التي بذمته، وجدولة المبالغ الباقية، ليتسنى له دفعها في المستقبل، مقابل السماح له بالعودة إلى إدارة أمواله من جديد^(٢).

ويتم هذا الاتفاق، في الغالب على إثر اجتماع عام للدائنين يدعو له حاكم التفليسة، ويحضره أيضاً أمين التفليسة، والمدين المفلس.

(١) د. عبد السلام ذهني بك، الالتزامات، النظرية العامة، مكتبة كلية التجارة، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٨٦.

(٢) عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ١٢٠.

وفسي هذا الاجتماع يعرض على الدائنين مشروع للصلح، فإن تمت الموافقة عليه من أكثرية الدائنين بتصويت عام^(١)، فإن الصلح يصبح نافذاً حتى بالنسبة للأقلية المعارضة^(٢).

وقد نصت المادة (٦٨١) من قانون التجارة العراقي الملغي، على أن الصلح لا يقع " إلا بموافقة أغلبية الدائنين الذين قبلت ديونهم. بشرط أن يكونوا حائزين لثلاثي هذه الديون، ولا يحسب في هاتين الأغلبيتين الدائنون الذين لم يشتركوا في التصويت، كما لا تحسب ديونهم". ونصت المادة (٦٨٩) على أنه "يسري الصلح في حق الدائنين الذين تتألف منهم جماعة الدائنين، ولو لم يشتركوا في إجراءاته أو لم يوافقوا عليه". كما نصت المادة (٦٨٨) فقرة (٤) على أنه "يصبح الصلح نافذاً بمجرد صدور قرار التصديق عليه" من حاكم التفليسة.

ومن التطبيقات الأخرى لحالات الإلزام التي تعتبر قيوداً موضوعية على إرادة المتعاقد، الحالات التي يعتبر فيها أن العقد منعقد قانوناً على الرغم من غياب إرادة أحد المتعاقدين، ومن ثم فإن أساس هذا الانعقاد سيكون هو التعويض العيني.

(١) حيث يكفي أن يقبل الصلح نصف عدد الدائنين زائداً واحداً، بشرط أن يكونوا حائزين لثلاثة أرباع الديون لكي تصادق المحكمة على هذا العقد.

ينظر - د. محمد صالح، أصول التعهدات، ط٤، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٣٣م، ص٢٠٨.

(٢) وبفس مضمون ذلك نصت المادة (٧٢) من القانون الفرنسي الصادر في (١٣/٧/١٩٦٧م).

ينظر - الفريد ريج، الاتفاقيات الجماعية، ف١٧ - لوي بوابيه، العقود والاتفاقيات، ف٧٥.

نقلاً عن: عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص١٢٠.

ولأهمية هذا الموضوع، وللاختلافات الفقهية التي تنصب عليه، سنتناول عن طريق تقسيم حالات (التعويض العيني بإبرام العقد على الرغم من غياب إرادة أحد المتعاقدين) إلى قسمين. نوضح أولاً حالة الإيجاب القائم الملزم، ومن ثم نوضح ثانياً السكوت في معرض الحاجة بيان.

أولاً: الإيجاب القائم الملزم

إذا صدر الإيجاب باتاً وحدد الموجب مدة للطرف الآخر ليقبل خلالها أو يرفض، فإنه يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه حتى نهاية المدة التي حددها. فإذا عدل عن إيجابه ثم صدر القبول خلال المدة المحددة. فلا عبرة بعدوله ويتم العقد، ويكون كل من المتعاقدين ملزماً بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد على عاتقه، وأساس التزام الموجب بالبقاء على إيجابه هو الإرادة المنفردة بنص القانون، وفقاً للمادة (٨٤) من القانون المدني العراقي.

وقد يثار السؤال الآتي: ما هو الحل إذا رجع الموجب عن إيجابه في فترة الإلزام وأصدر الموجه إليه الإيجاب قبوله خلال تلك الفترة. أيقح للقاضي - في حالة قيام نزاع - أن يعتبر العقد قد تم أم أن للمسألة وجهاً آخر؟

ذهب البعض من الشراح^(١) إلى أن للموجب الرجوع عن إيجابه في حالة تحديد مدة للقبول، إلا أن رجوعه سيعتبر خطأ يؤدي إلى سقوط الإيجاب، ومن ثم لا

(١) سليمان براك دايع الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية

النهرين للحقوق، ١٩٩٨م، ص ٢٦

يمكن بأية حال من الأحوال الحكم بقيام العقد على سبيل التعويض وإنما يقتصر التعويض في مثل هذه الحالة على التعويض بمقابل.

بينما يرى اتجاه آخر^(١) أن رجوع الموجب عن الإيجاب الملزم يفسر، للقاضي حرية اختيار طريقة التعويض (عينياً أو نقدياً) تبعاً لأهمية الضرر، لذلك فإن القاضي لا يعد العقد قائماً إلا إذا كان الضرر مهماً وكفي تبرير هذا الحكم.

بينما يذهب اتجاه ثالث^(٢) بحق إلى القول : "يعد رجوع الموجب في الإيجاب القائم الملزم خطأ لكونه سابقاً لأوانه، وقد يكون خير تعويض عن الضرر الذي يصيب الموجب له، هو اعتبار العقد قائماً على سبيل التعويض العيني".

فالتعويض العيني أكثر مطابقة لروح القانون، وذلك لحماية الآخرين. إذ لا أثر للرجوع عن الإيجاب الملزم، ومن ثم فإنه يبقى صالحاً لنشوء الرابطة العقدية إن صادفه قبول موافق له^(٣).

ولهذا تؤكد أن الحاجة الاجتماعية ملحة لإيجاد مناخ اقتصادي متوازن تسوده الثقة بالوضع الظاهر المستقر، فالشخص الموجه إليه إيجاب قائم ملزم يكون

(١) Aubert, Notions et roles de, offer et de, acceptation dans la formation du contract, Paris, 1970, P.215.

(٢) ينظر - الأستاذ الدكتور عباس زيون العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامع بغداد، ١٩٩٤م، ص ٩٦ - د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ط ٢، ج ١، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٦٣م، ص ٦٧ - د. عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٣) محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة الموصل، ٢٠٠٥م، ص ٩٧.

مطمئناً لهذا الإيجاب، ومن ثم سيكون اعتماده في تسيير أموره على هذا الأساس. فهنا تظهر ضرورة اتباع المشرع للإلزام القانوني بالتعاقد.

ثانياً: السكوت في معرض الحاجة بيان.

إذا سكت من وجه إليه الإيجاب، ولكن ظروف الحال كانت توجب عليه أن يفصح عن إرادته بالقبول أو الرفض، فالشارع يعد سكوته دليلاً على موافقته وقبوله. وقد عبر المشرع العراقي في القانون المدني عن ذلك بالمادة (٨١) إذ جاء فيها ".... ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعد قبولاً". وقد نص المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة نفسها على حالات ثلاث، يعد السكوت فيها قبولاً، وهذه الحالات هي:

١. إذا كان هناك تعامل سابق واتصل الإيجاب بهذا التعامل.
٢. إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.
٣. إذا تسلم المشتري البضاعة التي اشتراها وسكت، فإن سكوته يعد قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شرط.

وليس فيما تقدم إلا أمثلة، لا على سبيل الحصر، فكل سكوت تلازمه ملابسات تدل على الرضا فهو سكوت ملابس، ويعد قبولاً^(١).

وبهذا الصدد إذا كان الموجب لم يتلق رفضاً من الموجب له، بمعنى أن هذا الأخير ظل صامتاً. وقد قام الموجب استناداً إلى القاعدة المقررة في النص سالف الذكر بتصنيع البضاعة وإرسالها إلى الموجب له، ولكن الموجب يفاجأ برفض البضاعة، أي

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٢٤.

رفض العقد. فهنا يتضرر الموجب من فعل الموجب له هذا، وعندئذٍ كيف يعوض الموجب عن خسارة حالة وكسب فائت؟

إن خير تعويض في هذه الحالة، الحكم بإبرام العقد على أنه تعويض عيني يجبر الضرر الذي لحق بالموجب، استناداً إلى نص المادة (٨١) من القانون المدني العراقي.

إن الأصل في التعاقد أنه لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن إن صمت الموجب له استثناءً يعد قبولاً بالإيجاب، فإن رفض هذا الإيجاب لا بد أن يكون باتخاذ وضع إيجابي، وإلا فإنه يرتكب خطأ، ويكون التعويض لهذا الخطأ منسوباً إلى إرادة الموجب له. "ويعود السبب في ذلك إلى فكرة الالتزام القانوني للجواب"^(١).

ولأجل إبرام العقد بهذا الصدد، فإننا نفترض وجود الإرادة بمعنى قبول الموجب له الضمني، كما أننا نهدف من ذلك إلى إبطال (إحباط) حساب الموجب له الذي يريد أن يبقي الإيجاب قائماً ليعطي لنفسه القدرة على قبول العقد أو رفضه تبعاً لتقلبات الأسعار في السوق.

وبذلك يكون الالتزام القانوني للموجب له هو التزام الجواب (بمعنى التصريح برفض الإيجاب)، وليس التزام الموافقة (لأن الموافقة في هذه الحالة تصدر عن مجرد وضع سلبي يتخذه الموجب له، وذلك هو السكوت).

كما يلاحظ أن اتباع فكرة التعويض العيني بإبرام العقد في هذا الصدد، يوسع فكرة التعويض العيني. إذ تحتوي هذه الفكرة على معنى مزدوج (الأول) على أساس

(١) Essai sur le role du silence createur d'obligations, theses Dijon, 1972, P.90.

نقلاً عن: نصير صبار لفته، التعويض العيني، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهدين ، ٢٠٠١م، ص ١٩٢.

التزام حفظ الجهد الذي قام به الموجب، و (الثاني) جزاء لعدم تنفيذ الموجب له لالتزامه، إذ إن مجرد سكوته عن الإيجاب يعده متعاقداً، ويلتزم بتنفيذ العقد. إذ "إن انقضاء الميعاد المعقول أو المناسب هو الذي يحدد وقت تحقق السكوت النهائي الذي يعدل القبول ويكون له حكمه، وفي هذا الوقت يتم العقد"^(١).

وبعد أن تناولنا فيما سبق التطبيقات التشريعية للإلزام القانوني، يثار هنا تساؤل حول الأثر الذي يتركه الإلزام القانوني على رضا المتعاقد، فهل لا يزال الرضاء الصادر من المتعاقد في هذه الحالة كافياً لاعتبار التصرف عقداً؟ أم أننا أمام مجرد التزام قانوني مجرد عن وصف العقد؟

أثار هذا التساؤل جدلاً فقهيّاً شديداً، وانقسم فيه الفقه القانوني إلى عدة اتجاهات. حيث ذهب جانب من الفقه^(٢) إلى رفض الاعتراف بالصفة العقدية لهذه الأعمال، وبرروا ذلك على أساس "أن العنصر الإرادي مفقود، وهذا يعني أنه لا وجود للعقد. ولهذا فإن هذه الأعمال مجرد حالات قانونية تتخذ شكلاً عقدياً".

بينما ذهب جانب آخر من الفقه^(٣) بالقول : إن المتعاقد وإن كان مكرهاً على التعاقد، إلا أنه يبقى له قدر من الحرية يمكنه من رفض التعاقد وتحمل الجزاء الذي يفرضه القانون في هذه الحالة، وهذا يكفي قانوناً لاعتبار أن العقد قد تم برضاه إذا أقدم عليه.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية (القانون المدني المصري)، مطابع دار الكتاب العربي، ج ٢، مصر، بدون سنة طبع، ص ٥٧-٥٨.

(٢) عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ٥٠.

(٣) في مقالة منشورة في المجلة الفصلية المدنية الفرنسية عام ١٩٤٤.

نقلًا عن: د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص ١٧٦.

وقد اتجه جانب آخر من الفقه^(١) اتجهاً خليطاً أو وسطاً بين الاتجاهين المذكورين آنفاً، حيث ذهبوا الى القول إنه في العقود المفروضة لا نكون أمام تصرف قانوني إرادي، ولكن أمام عملية قانونية محققة بأثر القانون فقط، ولكن ما زال المبدأ أن الالتزامات التي تولدها هذه العملية بين الطرفين هي التزامات ناتجة عن عقد تم فيه التراخي بحرية، مع التحفظ بأن من لا ينفذ التزاماته القانونية بإبرام العقد يكون معرضاً لجزاءات إدارية أو جنائية مستقلة عن المسؤولية العقدية.

وفي رأينا نتفق مع جانب آخر من الفقه^(٢) ، بأننا لو نظرنا للأمر من منظار مبدأ سلطان الإرادة بصورة مجردة لأصبح من العسير جداً اعتبار التصرفات الصادرة عن المتعاقد عقوداً رضائية على النحو المعروف، نظراً لانتفاء الرضاء. فالمتعاقد يعتبر مكرهاً على الإقدام بإبرام العقد.

أما إذا نظرنا إلى الأمر وفق التصورات الحديثة للعقد ووفق المفهوم المعاصر لمبدأ سلطان الإرادة، حيث أصبحت الإرادة مقيدة بحدود وقيود يفرضها المشرع مراعيًا تحقيق العدل والمصلحة العامة، فعند ذاك يختلف الأمر.

ففي ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية ينبغي التخفيف من صرامة مبدأ سلطان الإرادة.

وإن القول بتدهور العقد (سقوط هيبة العقد) ينطوي على شيء من المبالغة ولا يتفق مع حقيقة الواقع، بل إن دائرة العقد، بدلاً من أن تضيق وتحد، قد اتسعت حتى أصبحنا من يوم لأخر نجد صوراً جديدة لعقود لم تكن معروفة قبل ذلك، "ففي حدود

(١) د.فتحي عبد الرحيم عبد الله، المصدر السابق، ص ٦٥.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص ١٧٦-١٧٧.

القيود الواردة على الحرية التعاقدية يمكن القول بأن النظرية التعاقدية قد تغيرت، ولكن القول بتدهور العقد شيء والقول بتقييد الحرية التعاقدية شيء آخر^(١).
وخلاصة لما سبق ذكره في هذا المبحث، فإن كان الأصل في تكوين أو إبرام العقد هو تراضي المتعاقدين، إلا أن مقتضيات الحاجة الاجتماعية في إعطاء المشرع الدور الكبير والبارز في الإشراف على نوعية التعاقد أمر مهم لا يمكن تجاهله. ومن ثم يكون المشرع هو صاحب اليد العليا في منع التعاقدات التي تتعارض مع النظام العام والآداب، ودوره في تقييد المتعاقدين في شروط العقد عند التعاقد بما يتلاءم مع الحاجة الاجتماعية، ودوره في إلزام المتعاقدين أو أحد أطراف العقد في الدخول بعملية تعاقدية تكون الغاية الرئيسية منها، تحقيق العدل والموازنة بين المصالح المختلفة للأفراد.

المبحث الثالث

القيود المفروضة على الإرادة التعاقدية في تحديد مضمون العقد
لم ينل أي مبدأ قانوني شهرة وشيوعاً أكثر مما ناله مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) فقد كانت له قدسية خاصة عند أنصار مبدأ سلطان الإرادة، ولا زال هذا المبدأ يحتل مكاناً مرموقاً في المؤلفات القانونية المدنية.

إلا أنه قد فقد هذا المبدأ بمفهومه التقليدي كثيراً من أهميته، وذلك بسبب تدخل المشرع في الكثير من المجالات في تحديد مضمون العقد، مراعاةً منه للتوازن الذي كثيراً ما تؤدي الظروف الاقتصادية إلى اختلاله، وبذلك نتفق مع جانب من الفقه^(٢) بأن

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص ١٧٦-١٧٧.

(٢) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية لمرحلة السابقة، على التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، الكويت، ١٩٩٨م، ص ٧٢٧.

“العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد، فمن الظلم القول بأنه شريعتهم”.

وإزاء تحقيق الهدف المتوخى وهو العدل والتكافؤ بين المتعاقدين، أخذت النصوص الآمرة تحل مكان النصوص المفسرة والمكملة. حتى بدأ المشرع وكأنه يشترك مع الطرفين في تنظيم العقد بما يفرضه من التزامات على المتعاقدين.

ومع ذلك وحتى في الأحوال التي لا تكون الإرادة منشئة للآثار القانونية للعقد كافة، فإن الحرية العقدية لا تختفي، لأنها ما زالت موجودة في اتجاه الإرادة إلى خلق حالة قانونية جديدة، وهي إبراز العقد إلى الوجود ومن ثم تدخل المشرع في تنظيم هذا العقد.

وتدخل المشرع قد يكون مباشراً، عندما يصدر نصواً آمرة يحتم على المتعاقدين مراعاتها. وقد يكون تدخله غير مباشر، عندما يخول المشرع القاضي صلاحية التدخل في العقد بالتعديل، أو بإلغاء بعض الشروط والالتزامات أو إعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين. لذلك سيقسم هذا المبحث إلى المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: تدخل المشرع المباشر في تحديد مضمون العقد.

المطلب الثاني: تدخل المشرع غير المباشر في تحديد مضمون العقد.

المطلب الأول

تدخل المشرع المباشر في تحديد مضمون العقد

سنتناول في هذا المطلب، القيود التي يفرضها المشرع مباشرة، أي بمعنى القيود التي يوردها المشرع بنص قانوني أمر ومن ثم يجب على المتعاقدين التقيد بها في تحديد مضمون العقد.

ونشير في هذا المجال الى هذه التقييدات قد ترد إما على التنظيم الكامل من حيث المضمون للعقد برمته، أو قد ترد على جزئية من جزئياته كتحديد مدة العقد. ففي (الحالة الأولى) يعد التعاقد كأنه مقيداً تقييداً كاملاً في تفاصيل العقد، ومثال ذلك تنظيم المشرع لعقد العمل بكامله، نتيجة لما كانت تعانیه الطبقة العاملة من ظلم اجتماعي واقتصادي. حيث إن معظم المسائل الجوهرية في عقد العمل هي محل تنظيم تشريعي^(١)، كالأجور وساعات العمل وشروط السلامة والشروط الصحية والعطل والإجازات والضمان الاجتماعي، فأصبح عقد العمل مجرد إقرار للنصوص القانونية أو الاتفاقيات الجماعية^(٢) وحتى فسخ العقد أصبح محل تنظيم تشريعي. ففي هذه الأحوال نجد أن التنظيم القانوني أخذ يضيق الخناق على حرية التعاقد، ولم يبق للفرد من حرية إلا في قدر ضيق ينحصر في قبول إبرام العقد أو الامتناع عن إبرامه^(٣).

أما في (الحالة الثانية) فسيقيد القانون كلا المتعاقدين أو أحدهما في جزئية معينة من جزئيات التعاقد. مثال ذلك، هو القيد الذي يرد على حرية التعاقد في إنهاء عقده. فالعقد الذي انعقد بالتراضي يمكن كذلك أن ينتهي بالتراضي، على أنه ليس

(١) مثال على التقييدات القانونية الواردة على عقد العمل ما ورد في نص المادة (٨٠٦) فقرة (٢) من القانون المدني الأردني، إذ جاء فيها "ولا يجوز أن تتجاوز مدة عقد العمل خمس سنوات، فإذا عقدت لمدة أطول ردت إلى خمس".
(٢) د.فتهي عبد الرحيم، المصدر السابق، ص ٦٠.
(٣) عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ٦٧.

للمتعاقدين أن يحددا مدة تزيد عما يجيزه القانون، فإن فعلا، تعين إنقاص المدة إلى الحد الجائز^(١).

وهذا ما يفهم من نص المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها بأنه "إذا كان العقد في شق منه باطل فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً"^(٢).

وقد جاءت المادة (٧٢٤) من القانون المدني العراقي بتطبيق لهذه القاعدة إذ "ليس لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إجازة تزيد مدتها على ثلاث سنوات. فإذا عقدت الإجازة لمدة أطول من ذلك، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات. ما لم يوجد نص يقضي بغيره".

أما التطبيق الآخر للقاعدة التي أوردتها المشرع العراقي في نص المادة (١٣٩) هو ما ورد في نص المادة (١٧٢) فقرة (١) من القانون المدني العراقي إذ "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على أن لا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة. فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار".

أما التطبيق الآخر فهو إبطال شرط عدم المسؤولية في النقل البري^(٣).

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المصدر السابق، ص ١٨.

(٢) والمضمون ذاته أوردته المشرع الأردني في نص المادة (١٦٩) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها "إذا كان العقد في شق منه باطلاً، بطل العقد كله، إلا إذا كانت حصة كل متعاقد معينة، فإنه يبطل في الشق الباطل، ويبقى العقد صحيحاً في الباقي"

(٣) د. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق، ص ٦٠.

ومن القيود الأخرى التي يفرضها المشرع مباشرةً على الإرادة التعاقدية، هو القيد الذي يحدد مقدار الأجرة في بعض العقود. وإن إبرز تدخل للمشرع العراقي في مجال تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار هو ما أصدره في ميدان إيجار العقار. فقد أصدر القانون المرقم (١٤٥) في (١٩٩١/٥/٢١م) الذي يخص تطويع الالتزام بدفع أجرة العقار. ويتلخص حكم هذا القانون فيما يتعلق بالتطويع، من أنه استلزم إعادة تقدير قيمة العقار كل (٥) سنوات) ثم تحدد الأجرة حسب هذه القيمة بنسبة (٥) بالمائة منها لإيجار البيوت و (٧) بالمائة منها للشقق و (٨) بالمائة منها للشؤون الأخرى.

ويلاحظ على هذا الحكم أنه يهمل بصورة مطلقة مبلغ الإيجار الذي يتفق عليه المتعاقدان، مع أنه يصلح لتحديد النسبة التي يطوع بموجبها بدلاً من النسبة الثابتة في هذا القانون^(١).

كما أصدر المشرع في كثير من الدول، قوانين خاصة تعطي الحق للمستأجر بالبقاء في المأجور بعد انتهاء المدة المحددة لعقد الإيجار رغم إرادة المؤجر، ولم تجز للأخير طلب التخلية إلا لأسباب محددة في القانون على سبيل الحصر، وهو ما يسمى بالامتداد القانوني لعقد الإيجار^(٢).

(١) إلا أن مما تجدر الإشارة إليه، أن هذا القانون لم يطبق لحد الآن، إذ أرجأ تطبيقه إلى أجل غير مسمى بالقرار رقم (١٧٤) في (١٩٩٢/٦/٢٧م).

نقلاً عن: د.صبري حمد خاطر، تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين، المجلد (٣،٢)، تشرين الثاني، ١٩٩٨م، ص ٨٨.

(٢) يقصد بالامتداد القانوني للإيجار: سريان عقد الإيجار الأصلي الذي انتهت مدته بشروطه نفسها لمدة أخرى، ومن ثم لا نكون بصدد إيجار جديد يلزم لانعقاده مثلاً توافر الأهلية عند إبرامه، بل يظل العقد السابق سارياً ولو فقد أحد المتعاقدين أهليته عند امتداد الإيجار.

وهذا ما نص عليه قانون إيجار العقار المرقم (٨٧) لسنة (١٩٧٩م) المعدل في المادة الثالثة منه، التي قضت بأنه "١- يمتد عقد الإيجار بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلاً للعقار، ومستمراً بدفع الأجرة طبقاً لأحكام القانون مع مراعاة أحكام الفقرة (١٤) من المادة السابعة عشر منه"^(١).

وعلى الرغم من نص المشرع العراقي على الامتداد القانوني، فإنه قد أورد قييداً في أثناء الفقرة (١٤) من المادة السابعة عشرة، التي عدلت بموجب القانون المرقم (٥٦) لسنة (٢٠٠٠م)، ثم أصبح نص المادة السابعة عشرة مع فقرتها (١٤) على الشكل الآتي "لا يجوز للمؤجر أن يطلب تخلية العقار الخاضع لأحكام القانون إلا لأحد الأسباب الآتية ١٤- إذا مضت على عقد الإيجار مدة (١٢) اثني عشر سنة".

ينظر - د. مصطفى مجدي هرجة، إيجار الأماكن المفروشة والمنشآت الطبية ومكاتب المحامين وانتهاء عقود الإيجار لغير المصريين في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٨٤م، ص ٨٢.

(١) عدلت هذه المادة بموجب القانون المرقم (٥٦) لسنة (٢٠٠٠م) المعدل لقانون إيجار العقار. وقد صدر هذا القانون بموجب القرار المرقم (١٦٥) في (٧/رجب/١٤٢١هـ) الموافق (٤/١٠/٢٠٠٠م). فقد أضاف المشرع فقرة ثانية إلى المادة الثالثة والتي تقضي بما يأتي "تسنتنى من حكم الفقرة (١) من هذه المادة العقارات المعدة للسكنى المبنية حديثاً أو اكتمل بناؤها في (١/١/١٩٩٨م) أو بعده وتكون مدة نفاذ عقد الإيجار فيها وفق اتفاق الطرفين".

فيلاحظ أن المشرع العراقي قد أورد مدة محددة للتمديد القانوني، إذ إنه لا يستمر إلى ما لا نهاية. وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أن هنالك اتجاهًا نحو التخفيف من أثر الامتداد القانوني ليكون ضمن مدة محددة وليس مطلقاً^(١).

فالامتداد القانوني للإيجار يجعل من المتعاقدين، بعد أن كانا في مركز اتفاقي، يصبحان في مركز قانوني، وذلك أن إرادة المشرع قد حلت محل إرادتهما، فقد لا يرغب المؤجر في الاستمرار بالعقد ولكنه في ظل الامتداد القانوني يصبح مجبراً ومكراً على ذلك^(٢). فالمستأجر في هذه الحالة يستمد حقه لا من عقد الإيجار الذي انتهى بل من القانون، حيث ينشئ الأخير علاقة قانونية جديدة بين الطرفين، فمصدر هذه العلاقة هو القانون لا عقد الإيجار^(٣). كما أن هذه العلاقة القانونية أو الامتداد القانوني سيسري بحق من يستحق الإقامة في المأجور بعد وفاة المستأجر وطبقاً للمدد التي حددها المشرع^(٤).

والواقع أن المشرع لا يلجأ إلى امتداد الإيجار بعد انتهاء مدته إلا عندما تكون هنالك أزمة مساكن بحيث يتعذر على المستأجر الذي يخرج من العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار أن يجد مسكناً مماثلاً بنفس الأجرة التي كان يدفعها.

(١) محمد صديق محمد عبد الله / خليل إبراهيم محمد، أثر وفاة المستأجر في عقد الإيجار، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ٨، العدد، ٢٨، السنة ١١، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٦، ص ١٢٤.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص ١٧٤.

(٣) عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ٩٥.

(٤) محمد صديق محمد عبد الله / خليل إبراهيم محمد، أثر وفاة المستأجر في عقد الإيجار، المصدر السابق، ص ١٢٣-١٢٤.

وبديهي أن المؤجر ليست له بوجه عام مصلحة في إخراج المستأجر إلا أنه سيؤجر للغير بإيجار أعلى. ومعنى ذلك أن المتوقع هنا أن المستأجر الحالي سيضطر إلى استئجار مسكن آخر بأجر مرتفع، والمستأجر الجديد سيستأجر تلك العين بأجر مرتفع، والمؤجرون في كلا الحالتين يستغلون قدرتهم الذاتية كملاك وفرض الإكراه الناشئ عن نقص العرض إلى زيادة القيمة الايجارية، وهي زيادة لا حق لهم فيها، لأن قيمة المسكن ومنفعته لم تتغير، وما كان في استطاعتهم زيادة الإيجار لولا ضعف المستأجرين إزاءهم، فلتفادي هذه النتيجة المتوقعة - وهي تقاضي المؤجرين أكثر من القيمة العادلة - يلجأ المشرع إلى الوسيلة الملائمة فيقضي بامتداد الإيجار رغم انتهاء مدته.

وبسند جانب من الفقه^(١) هذا الحل إلى نظرية التعسف في استعمال الحق بمقولة أن المؤجر يعتبر متعسفاً في استعمال حقه في إنهاء عقد الإيجار لأنه استعمال يخالف المصلحة العامة. لذلك يمكن القول إن الأخذ المطلق بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في مجال عقد الإيجار يؤدي إلى عدم توازن كفة المتعاقدين في إدراج شروطهم في تحديد المدة، إذ سيكون المؤجر في موقف اقتصادي قوي يختلف عن المستأجر، ومن ثم يستطيع تحديد المدة كيفما يشاء. كما أن الأخذ المطلق بالامتداد القانوني في عقد الإيجار سيجعل العقد لا نهاية له ومن ثم سيكون المتضرر الوحيد من ذلك الامتداد هو المؤجر^(٢)، خاصة في العراق الذي شهد اختلالاً اقتصادياً كبيراً في الآونة الأخيرة، ومن ثم فإن التوازن الاقتصادي مطلوب هنا، فكان المشرع العراقي موفقاً في تحديد مدة الامتداد القانوني وجعلها لمدة (١٢) سنة بموجب القانون المرقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٠م.

(١) د. عبد الرحمن عياد، المصدر السابق، ص ٣٦٠.

(٢) محمد صديق محمد عبد الله / خليل إبراهيم محمد، أثر وفاة المستأجر في عقد الإيجار، المصدر

السابق، ص ١٨٦.

وخلاصة لما سبق ذكره في هذا المطلب فإن كان للمتعاقدين الاتفاق على مضمون العقد وتحديد شروطه، إلا أن هذه الحرية قد تقتيد في توجيه الإرادات إلى تحقيق غاية اجتماعية نبيلة للمشرع، وهي تحقيق التوازن والعدل القانوني لكلا الطرفين. وإن كثرة تدخل المشرع بنصوص آمرة توضح لنا أن الإرادة التعاقدية ليست مطلقة في فضاء شاسع بل مطلقة في فضاء القانون. وهو ما يؤكد لنا بوجود القول بموضوعية الإرادة التعاقدية بدلاً من سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين.

المطلب الثاني

تدخل المشرع غير المباشر في تحديد مضمون العقد

ويكون هذا التدخل عندما يخول المشرع القاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد^(١). فالقاضي يستطيع أن يغير ويحد من أثر الإرادة الفعلية للأفراد، فتارة نراه يوسع من مضمون العقد، ليضيف إليه التزاماً لم يفكر فيه الطرفان، وتارة ينتقص مما اتفق عليه العاقدان، هذه هي بصورة عامة الصورة التي انتهى إليها مبدأ سلطان الإرادة^(٢).

ومثالاً على الحالة الأولى (وهي التوسع في مضمون العقد) ما وصل إليه القضاء من مرحلة أكثر إيجابية، وذلك بفرضه على أحد المتعاقدين التزاماً بضمان سلامة المتعاقد الآخر، خصوصاً في عقد النقل، فأصبح الناقل ملزماً حتى دون اتفاق مسبق بضمان

(١) عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ٧١.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٣٦.

سلامة المسافر، وهذا يعني أن القضاء يضيف إلى العقد التزاماً لم يكن محل اتفاق المتعاقدين أو حتى لم يفكر به^(١).

وقد اختلف الفقهاء في تعيين السند القانوني الذي يعتمد عليه القضاء عند فرض الالتزام بالسلامة على أحد أطراف العقد، فرأى جانب من الفقه^(٢) أن هذا الالتزام مصدره الإرادة الضمنية المشتركة للمتعاقدين بينما ذهب جانب آخر من الفقه^(٣) إلى القول إن في الرجوع بشكل دائم إلى إرادة العاقدين سواء إرادة حقيقية أو محتملة، لتحديد مضمون العقد شيئاً من التحكم وهذا غير صحيح، وإنما الأقرب إلى الواقع، هو الاستناد في الاعتراف بالالتزام بالسلامة إلى نص المادة (١٥٠) فقرة (٢) من القانون المدني العراقي — إذ تقابل نص المادة (١٤٨) فقرة (٢) من القانون المدني المصري والمادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي، وهذا الاتجاه هو ما يمكن الاتفاق معه.

ففي المادة (١٥٠) فقرة (٢) من القانون المدني العراقي متسع لاحتواء هذا الالتزام، فقد نصت المادة المذكورة على ما يأتي "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". فمن السهل القول إن الالتزام بالسلامة هو من مستلزمات عقد النقل. وبمقتضى هذا النص يستطيع القاضي أن يضيف إلى مضمون العقد ما يقتضي العرف أو العدالة بإضافته إليه.

(١) د. أحمد حشمت أبو ستيت، المصدر السابق، ص ٤٨.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، القاهرة، ١٩٧٨م، ف ٤٤.

نقلاً عن: عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ٧٦.

(٣) عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ٧٦.

أما من الأمثلة على الحالة الثانية (وهي الانتقاص مما اتفق عليه العقدان) هو فيما يخص الشرط الجزائي. ففي بعض الأحيان يخضع المشرع بعض شروط العقد لرقابة القضاء خشية من تعسف المتعاقدين. فبالرغم من أن المشرع العراقي قد أجاز للمتعاقدین مثلاً الاتفاق على الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي، إلا أنه لم يترك ذلك لمحض إرادة المتعاقدين، بل ربط بين استحقاق التعويض الاتفاقي ومقدار الضرر، فلا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه^(١).

كما تولى القضاء مهمة تقويم بعض السلبيات التي تنجم عن فقدان التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد في عقود الإذعان، وانفراد أحد أطراف العقد في وضع صيغته وإملاء شروطه، وأعلن أنه ما دام صاحب الاحتكار، وهو الأقوى اقتصادياً قد وضع العقد بعد دراسة دقيقة لكافة بنوده وشروطه آخذاً بنظر الاعتبار الظروف والملابسات كافة، فليس له بعد ذلك التمسك بتفسير الشروط الغامضة لمصلحته.

ففي عقد الإذعان تنعدم إرادة المتعاقد في التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه، ويقتصر مبدأ سلطان الإرادة على جانب واحد يتعلق بقبول التعاقد أو رفضه، حتى إن هناك شكاً في مدى توافر هذا الجانب أيضاً، إذ إن الاحتياج إلى السلعة أو الخدمة محل العقد يدفعه إلى قبول بنود العقد كما وضعها الشخص المحتكر دون مناقشة^(٢).

(١) ينظر - نص المادة (١٧٠) فقرة (٢) من القانون المدني العراقي.

ويراجع قرار الهيئة العامة لمحكمة تمييز العراق، رقم (١٦١) - هيئة عامة أولى - بتاريخ ١١/٢٢/١٩٧٤، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الخامسة، ص ٣٨.

(٢) د. محمد عبد الظاهر، المصدر السابق، ص ٧٥١.

ولهذا اتجه القضاء إلى تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعن. وقد حدد المشرع العراقي في المادة (١٦٧) فقرة (٣) الطريق للقضاء لتفسير العبارات الغامضة عندما قرر أنه "لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن، ولو كان دائناً"^(١).

كما خول المشرع، القاضي صلاحية تعديل الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان، بل حتى إعفاء الطرف المدعن منها. وهذا ما عبرت عنه المادة (١٦٧) فقرة (٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".
بمعنى على القضاء أن يوازن ما بين مبدأ سلطان الإرادة وما بين أن تكون هذه الإرادة حرة وغير خاضعة لعوامل النفوذ الاقتصادي والاستغلال الأحادي من قبل أحد الأطراف. أي إجبار أطراف العقد على الالتزام بموضوعية الإرادة التعاقدية.

فموضوعية الإرادة التعاقدية لا يقتصر ضرورة وجودها في إبرام العقد فقط، بل تمتد إلى ما بعد الانعقاد وإلى انتهاء العقد. وهذا ما أكده القضاء، حيث جاء في حيثيات قرار إحدى الأحكام التي أصدرها القضاء البلجيكي "بأن كثرة الاتفاقات التي تحتوي على بنود موضوعية سلفاً من جانب أحد المتعاقدين دفعت بالقضاة، إلى البحث عن الوسائل التي بها يوقفون بين أوضاع المتعاقدين. ولم تقف محكمة النقض البلجيكية إطلاقاً أمام هذه الرغبة لدى القضاة بل طورتها في حدود اختصاصها. وهي اليوم الحارس اليقظ المراقب لدى احترام القضاة لمبدأ سلطان الإرادة من ناحية، والقوة الملزمة

(١) وذات الحكم قرره المشرع المصري في المادة (١٥١) من القانون المدني المصري.

للاتفاقات المبرمة بحرية بين الأفراد من ناحية أخرى، ورفضت من جانبها الأحكام التي أهملت احترام هذين المبدأين أم تلك التي شجعت عدم التعادل بين طرفي العقد^(١). ومن التطبيقات الأخرى التي يتوضح فيها تدخل القاضي في تعديل آثار العقد، نظرية الظروف الطارئة، فقد كانت هذه النظرية خروجاً عن مذهب الإرادة "واستثناءً عن قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، لأن هذه النظرية تهدف إلى تعديل مضمون العقد على غير الإرادة المشتركة للمتعاقدين، برد الالتزام الذي جعله الحادث الطارئ مرهقاً إلى الحد المعقول"^(٢).

وقد رفض المشرع الفرنسي في قانون نابليون الاعتراف للقاضي بهذه الصلاحية نظراً لما كان يبديه من احترام كبير لمبدأ سلطان الإرادة، والذي يؤكد على وجوب تنفيذ العقد تنفيذاً دقيقاً، ولا عبرة بما يلحق المدين من خسارة تصيبه لا من خطئه، بل من تغيير الظروف، فهذه أمور تخصه وحده، ولا شأن للدائن بها، وعلى الرغم من ذلك، فإن القضاء الإداري الفرنسي متمثلاً في مجلس الدولة، على عكس القضاء المدني كان يأخذ مسألة تغيير الظروف بعين الاعتبار، ويندفع لتعديل العقد بما يتلاءم والظروف الجديدة التي لم تكن متوقعة من المتعاقدين^(٣).

أما في العراق فقد خول المشرع العراقي، القاضي صلاحية تعديل العقد وفق ما تقتضيه العدالة في المادة (١٤٦) فقرة (٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه

(١) Cass – Belg – 19-9-1983 Pas 1984,1,55, Cass – 17-5-1990, Rec – cr – jur – belge, 1990, P.595.

نقلًا عن: د. محمد عبد الظاهر، المصدر السابق، ص ٧٥٢-٧٥٣.

(٢) د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المصدر السابق، ص ٣٦٦.

(٣) مازو، دروس في القانون المدني، ف (١٢٥).

نقلًا عن: عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ٧٤.

”إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التزام المتعاقدين، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة. جاز (للمحكمة) بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.”

بمعنى أن القاضي سيعمل على إعادة التوازن الاقتصادي في حالة اختلاله، وكل ذلك يصب في سبيل تحقيق العدالة القانونية وتحقيق التوازن بين الإطلاق لمبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين وبين التوجه نحو التقييدات التي يفرضها المشرع بتدخله بصورة غير مباشرة للضرورات الاجتماعية. مما يدل على أن الإرادة التعاقدية لم تعد مطلقة، وإنما يجب القول بموضوعية الإرادة التعاقدية.

الخاتمة :

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

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

١. ضرورة التمييز ما بين سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية. حيث سيعتبر المبدأ الأول هو الأساس أو القاعدة العامة في التعاقدات، أما المبدأ الثاني وهو مبدأ الرضائية وتحديد

مدى كفاية الاتفاقات أو التوافق بين الإرادتين فسيعتبر الإطار القانوني المحدد لكيفية الكفاية انعقاد العقد.

٢. إن مسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم التعاقدات، ما هو إلا تمشياً مع نفس أساس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، بعيداً عن غبن أو استغلال أحد الأطراف للآخر. ولا يعني ذلك تدهور العقد واضمحلال أهميته، بل يعود السبب في ذلك إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني. فالتشريع باعتباره قانوناً موضوعياً يعلو العقد بحسبانه مصدراً للحقوق الشخصية، ولهذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج.

٣. يجب تقييد مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بالقيود التي تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والمصلحة العامة. وهذا ما يقصد به بموضوعية الإرادة التعاقدية. لذلك قد تم تعريف ((موضوعية الإرادة التعاقدية)) بأنها (إمكانية الإرادة في الدخول أو عدم الدخول في العملية التعاقدية وفي تحديد مضمون العقد، وبالحدود التي يرسمها القانون، بالاستناد إلى مصلحة الجماعة والنظام العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة وباستخدام معيار العدالة).

٤. هنالك بعض العقود التي تبرم بناءً على الإلزام القانوني، ويمكن تسميتها بـ((العقود الإلزامية)) إذ لا يؤدي فيها الرضا دوراً كبيراً في مناقشة شروط العقد عند إبرام العقد، وإنما يطبق طرفا العقد نظاماً رسمياً مفروضاً عليهم بمقتضى القانون.

٥. أما فيما يخص الأثر الذي يتركه الإلزام القانوني (في العقود الإلزامية) على رضا المتعاقدين، وبالتحديد فيما يتعلق بمدى اعتبار التصرف القانوني عقداً فهنا نقول أنه لو نظرنا إلى الأمر من منظار مبدأ سلطان الإرادة بصورة مجردة لأصبح من العسير

جداً اعتبار التصرفات الصادرة عن المتعاقد عقوداً رضائية على النحو المعروف، نظراً لانتفاء الرضاء، فالمتعاقد قد يعتبر مكرهاً على الإقدام بإبرام العقد.

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

٦. مع إقرارنا بأهمية مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) نستطيع القول إن ازدياد تدخل المشرع المتزايد في تحديد مضمون العقد بعد بروز الحاجة الاجتماعية إلى ذلك التدخل في بعض العقود لإعادة التوازن الاقتصادي للمتعاقدين، ومن ثم تقييد كلا المتعاقدين بموضوعية الإرادة التعاقدية. أصبح من الضروري القول إن "العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد، فمن الظلم القول بأنه شريعتهم".

٧. إن القيود التي تفرض على الإرادة التعاقدية في تحديد مضمون العقد، إما أن تفرض مباشرةً من قبل المشرع ويكون ذلك عندما يصدر نصوصاً أمرة يحتم على المتعاقدين مراعاتها (مثل تنظيم عقد العمل أو الامتداد القانوني لعقد الإيجار) وإما أن تفرض بصورة غير مباشرة، ويكون ذلك عندما يخول المشرع، القاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد (مثل الالتزام بضمان السلامة وعقود الإذعان).

٨. نقتراح على المشرع العراقي جمع شتات التطبيقات المختلفة التي أوردها في متون مختلفة من القوانين، جمعها وتنظيمها في أحد أبواب متن القانون المدني، تحت عنوان موضوعية الإرادة التعاقدية، وضمن التقسيمات التي وردت في البحث. لتكون موضوعية الإرادة التعاقدية نظرية عامة لا تقل شأنًا عن باقي النظريات الأخرى، فهي بهذا المفهوم لا تقل أهمية عن نظرية الحوادث الطارئة التي تعتبر جزءاً منها.

المصادر :

أولاً: الكتب القانونية:

١. د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٦٣م.
٢. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦م.
٣. د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣م.
٤. د. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، القاهرة، ١٩٨٤م.
٥. د. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، طرفا الالتزام، مصر، بدون سنة طبع.
٦. د. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.

٧. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢م.
٨. د. عماد الدين الشربيني، الشخص القانوني (علاقته - حقوقه - التزاماته)، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٣م.
٩. د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، ط ١، ١٩٩١م.
١٠. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.
١١. د. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني (نظريو العقد في قوانين البلاد العربية)، ج ١، التراضي، القاهرة، ١٩٥٨م.
١٢. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٣م.
١٣. د. همام محمد محمود / د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م.
١٤. د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢م.
١٥. د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦م.
١٦. د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، المكتبة القانونية، عمان، ٢٠٠١م.

١٧. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، القاهرة، ١٩٧٩م.
١٨. د. محمد سعيد المحاسني، موجز في القانون المدني، ج ١، مطبعة بابيل، ١٩٣٧م.
١٩. د. عبد السلام ذهني بك، الالتزامات، النظرية العامة، مكتبة كلية التجارة، القاهرة، بدون سنة طبع.
٢٠. د. محمد صالح، أصول التعهدات، ط ٤، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٣٣م.
٢١. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ط ٢، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٦٣م.
٢٢. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مطبعة دار الكتاب العربي، ج ٢، مصر، بدون سنة طبع.
٢٣. د. محمد كامل مرسي، الالتزامات، ج ١، مطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٤م.
٢٤. د. مصطفى مجدي هرجة، إيجار الأماكن المفروشة والمنشآت الطبية ومكاتب المحامين وانتهاء عقود الإيجار لغير المصريين، ط ١، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٨٤م.
- ثانياً: البحوث القانونية:
٢٥. د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، دور الإرادة في تحول العقد، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، السنة الثالثة، بين الحكمة، بغداد، ٢٠٠١م.

٢٦. د. عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الإلزام القانوني بالتعاقد وتطبيقها في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد الثالث عشر، السنة التاسعة، بغداد، ١٩٨١م.

٢٧. د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، الكويت، ١٩٩٨م.

٢٨. د. صبري حمد خاطر، تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين، المجلد (٢، ٣)، تشرين الثاني، ١٩٩٨م.

٢٩. محمد صديق محمد عبد الله / خليل إبراهيم محمد، أثر وفاة المستأجر في عقد الإيجار، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ٨، العدد، ٢٨، السنة ١١، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٦.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح الجامعية:

٣٠. عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، ١٩٨١م.

٣١. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، النظام العام العقدي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهريين، ٢٠٠٢م.

٣٢. سليمان براك دايج الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهريين، ١٩٩٨م.

٣٣. محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة الموصل، ٢٠٠٥م.

٣٤. نصير صبار لفتة، التعويض العيني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهرين، ٢٠٠١م.
٣٥. الأستاذ الدكتور عباس زبون العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٩٤م.

رابعاً: القوانين:

٣٦. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م المعدل.
٣٧. قانون إيجار العقار العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩م المعدل.
٣٨. قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠م.
٣٩. قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠م الملغى.
٤٠. قانون تأمين السكن للمواطن العراقي رقم (١٢٥) لسنة ١٩٦٣م.
٤١. القانون العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٠م المعدل لقانون إيجار العقار.
٤٢. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م المعدل.
٤٣. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م المعدل.
٤٤. القانون الفرنسي لسنة ١٨٠٤م طبعة ٢٠٠٣م.

خامساً: المصادر الأجنبية:

٤٥. ششير / فيفوت / فيرمستون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، ط٩، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٦م.
46. Aubert, notions et roles de, offer et de, acceptation dans la formation du contuact, Paris, 1970.

