

مبدأ القوة الملزمة للعقد وأسسها القانونية- دراسة مقارنة-1

أ.م.د. شيرزاد عزيز سليمان

قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة صلاح الدين- أربيل- العراق

Sherzadsulaiman@su.edu.krd

م.م يونس عثمان علي

قسم القانون، كلية القانون، جامعة صلاح الدين- أربيل- العراق

Younis.ali@su.edu.krd

المخلص

ان مبدأ القوة الملزمة للعقد يعد من أهم المبادئ التي يقوم عليها العقد حيث بموجبه يفرض على المتعاقد التزاماً بالتزاماً تماماً من حيث مضمون العقد والتي ينطوي على بنود وشروط العقد، وقد أكدت أغلب التشريعات المدنية المقارنة على وجود هذا المبدأ وأعتبروا أن العقد شريعة المتعاقدين أي بمثابة قانوناً خاصاً للمتعاقدين، بناءً على ذلك لا يجوز لأحد الأطراف أن يمتنع عن تنفيذ الإلتزامات الواردة في العقد وألا يعد ذلك إخلالاً بالعقد، ومن ثم يترتب عليه المسؤولية المدنية، من هنا فقد أردنا من خلال هذا البحث أن نسلط الضوء على هذا المبدأ ذات أهمية كبيرة من كل جوانبه، فخصصنا جانباً لتحدث عن مضمون هذا المبدأ وكرسنا جانباً آخر لبيان موقف التشريعات إزاء هذا المبدأ ثم تناولنا الإستثناءات الواردة عليها، حيث قد يمنح القانون سلطة لأحد الأطراف ليقوم بإنهاء العقد دون موافقة طرف آخر وقد يكون للقاضي في بعض الأحيان سلطة تعديل العقد . كما أشرنا في بحثنا إلى زاوية أخرى مهمة لهذا المبدأ والتي دار حوله نقاشات كثيرة ألا وهي الأساس القانوني لمبدأ القوة الملزمة للعقد حيث أعتبر البعض أن الإرادة هو مصدر هذا المبدأ وهناك من يتجه إلى أن القانون هو الأساس الذي يعطي للعقد القوة الملزمة .

والجدير بالذكر لقد تركنا أن نبحث عن أسس جديدة وأفكار حديثة لهذا المبدأ حيث يرى البعض أن أساس القوة الملزمة تنبع عن وجود المنفعة والعدالة العقدية وهناك من يذهب إلى أن الثقة والتوقعات المشروعة للاندان هي التي منح العقد عنصر الإلزامية.

وتوصلنا من خلال هذه الدراسة إلى جملة من نتائج من بينها أن مبدأ القوة الملزمة للعقد من المبادئ المستقرة في القانون المدني العراقي والمصري وقد أكدت التعديلات الأخيرة للقانون المدني الفرنسي عليها أيضاً، وهو ما استقر العمل بشأنه في القضاء العراقي وكذلك في البلدان محل المقارنة.

معلومات البحث

تاريخ البحث:

الاستلام: 2019/12/3

القبول: 2020/1/22

النشر: صيف 2020

الكلمات المفتاحية:

principle

binding

force

contract

conditions

Law

parties

exceptions

Doi:

10.25212/lfu.qzj.5.3.16

1 بحث مستل من أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (النظرية العامة للإخلال بالعقد -دراسة مقارنة) المقدمة من قبل طالب الدكتوراه في القانون الخاص (يونس عثمان علي) بإشراف الأستاذ المساعد الدكتور (شيرزاد عزيز سليمان) إلى مجلس كلية القانون بجامعة صلاح الدين-أربيل.

لذلك مهما كان دور المشرع في تحديد آثار التصرفات القانونية، فإن ذلك لايعنى القضاء على دور الإرادة في التصرف القانوني، لأن في ذلك القضاء على نظرية التصرف القانوني ذاتها.

المقدمة:

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم المبادئ التي يقوم عليها العقد، والذي بموجبه يكون المتعاقد ملزماً بتنفيذ العقد، ويفرض عليه أن لا يخل بالعقد إخلالاً يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر، ثم وفقاً لهذا المبدأ يتم تحديد مضمون الإلتزام العقدي، وهناك آراء مختلفة فيما يتعلق بأساس هذ المبدأ نود في هذا البحث أن نسلط الضوء على تلك الأسس و نتناولها بالتحليل وقد إختارنا أن نبحت ذلك تحت عنوان "مبدأ القوة الملزمة للعقد وأسسها القانونية-دراسة مقارنة"

أولاً/أهمية البحث:

تتمك أهمية البحث في أنه يتناول مبدأ القوة الملزمة للعقد بالتحليل مبينا أسسها، فكل العقود المبرمة والتي ستبرم في المستقبل خاضعة لذلك المبدأ، وقد كانت أسسها محل جدل في الفقه، وهو من الأمور المهمة حيث يتم تحديد مسؤولية المتعاقد على أساسه، فالذي يخل بالعقد يجعل المتعاقد الآخر متضرراً، ثم إن عرض آراء جديدة حول الأسس التي تقوم عليها العقود عموماً والعقود المستحدثة خصوصاً يساعد في تعزيز الجانب النظري للقوانين التي تسعى نحو التعديل وإيجاد الأسس الجديدة لإلزامية العقد لغرض مواكبة التطورات التكنولوجية والصناعية الحديثة.

ثانياً/إشكالية البحث:

تبرز إشكالية البحث في وجود الأسس المتعددة والمختلفة للجانب الإلزامي في العقود بحيث أنه يؤثر على الجوانب المتعلقة بإخلال المتعاقد بالعقد فهي تستند إلى الأساس المتبنى في هذا الصدد وهو ما يؤثر على تحديد نطاق مسؤولية المتعاقد في حالة الإخلال.

ثالثاً/نطاق البحث:

إن الإخلال بالعقد له جوانب كثيرة، ولكن سنركز في هذا البحث على بيان التأسيس الفقهي والتشريعي والقضائي لعنصر الإلزامية في نطاق مضمون الإلتزام العقدي، وسيكون نطاق دراستنا من حيث القوانين تكون مرتبطة بالقانون العراقي والمصري والفرنسي، خصوصاً أن التعديل الجديد لسنة 2016 قد أحدث تغييراً نوعياً من حيث المفاهيم القانونية وبما أن القانون الفرنسي يعتبر منبعاً للنظام القانوني اللاتيني فلا شك أن هذه التغييرات ستؤثر على تلك القوانين المتأثرة به كالقانون المدني العراقي وقوانين بقية من الدول العربية.

رابعاً/أهداف البحث:

نبغي من وراء هذا البحث تحقيق الأهداف الآتية:

- 1- التعرف على مبدأ القوة الملزمة للعقد.
- 2- تحديد الأساس القانوني لإلزامية العقد بالنسبة للمتعاقدين.
- 3- بيان وتحديد التوجهات التشريعية في صدد القوة الملزمة للعقد.
- 3- تحديد الإستثناءات التي ترد على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

خامساً/ منهجية البحث:

اعتمد هذا البحث على منهج البحث القانوني التأصيلي و التحليلي المقارن للنصوص القانونية والاتجاهات الفقهية، وسيكون تركيزنا على القانون العراقي بشكل خاص، مع مقارنتها بالقوانين الأخرى محل المقارنة كالقانون المدني المصري والفرنسي لكونهما من أهم القوانين التي ترتبط بالقانون العراقي من حيث المنهج.

سابعاً خطة البحث:

في ضوء ما تقدم فإننا سوف نقسم هذا البحث إلى مبحثين، نستعرض في المبحث الأول مبدأ القوة الملزمة للعقد والإستثناءات الواردة عليها، ونتطرق في المبحث الثاني إلى الأسس القانونية والأخلاقية للقوة الملزمة للعقد.

المبحث الأول

مبدأ القوة الملزمة للعقد والإستثناءات الواردة عليها

يتضمن هذا المبحث التعريف بمبدأ القوة الملزمة للعقد والإستثناءات الواردة عليها وهذا ما سنتناوله بالبحث في مطلبين، نبين في المطلب الأول مفهوم القوة الملزمة للعقد ونخصص المطلب الثاني لبيان الإستثناءات الواردة عليها.

المطلب الأول

مفهوم القوة الملزمة للعقد

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نسلط الضوء في الفرع الأول على مضمون القوة الملزمة للعقد، ثم نحدد في الفرع الثاني التأصيل القانوني لهذا المبدأ:

الفرع الأول

مضمون القوة الملزمة للعقد

يكاد الفقه يجمع (فرج، مصادر وأحكام الالتزام، 2008) (عبدالرحمن، 2010) (سلطان، 2005) على وجوب تنفيذ العقد وإلزاميته بالنسبة للمتعاقدين حيث يفترض عدم الإخلال بها، وهذا ما يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وهو من المبادئ المستقرة في التشريعات دون أن يحتاج الى النص عليها (نجيدة، 2004/2005). فهو من الآثار المهمة لمبدأ سلطان الإرادة بجانب الحرية التعاقدية، مع مراعاة مبدأ الأثر النسبي للعقد (غستان، 2000). فالإلزامية تشكل صلب العملية التعاقدية و التي يبنى عليها احترام العقود، وهو العامل الأساسي الذي يهدف المتعاقدون من خلاله الى تحقيق الغرض المنشود من العقد (دغمان، 2010).

وبما أن جوهر الإلزام العقدي يتضمن جملة من القيود الإلزامية أو روابط وجوبية مصدرها العقد تجعل قيام كل من المتعاقدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً كاملاً أمراً وجوبياً (سميسم، 2012). فالقوة الملزمة هي بمثابة العمود الفقري الذي يبنى عليه الوفاء بالعهد واحترام بنود العقد، والإلتزام بمضمونه، فالعقد يختص بعدة مواصفات أهمها أنه أداة معبرة عن حرية الإرادة واستقلالها في تقرير التزامها (دغمان، 2010). فالعقد منذ تمامه، تصبح أحكامه القواعد المنظمة لعلاقة طرفيه بالنسبة لموضوعه، ويتعين على العقادين التنفيذ التام لتلك الألتزامات الناجمة عنه (منصور، 2000).

فلا يمكن التحلل من هذه الرابطة العقدية إلا بإلتقاء إرادات حرة مماثلة بين طرفيها، فالإلتزامات العقدية نابعة أساساً من تلك الإرادة العقدية (الدين، 2018). وحيث أن العقد يتميز بسموه بإرادة أطرافه فإن احترام العقد هو المرتكز الأساسي لهذه الإرادة. بحيث يبذل كل من المتعاقدين قصارى جهدهما في سبيل الوفاء بما رتبنا على نفسيهما من التزامات (رمان، 2015).

وإذا انعقد العقد صحيحاً نافذاً فإنه يكون ملزماً لعاقديه، إذ يتعين عليهما الانصياع له والوفاء بالالتزامات الناجمة عنه، كما لو كان القانون نفسه هو الذي فرض عليهما هذه الالتزامات. فالعقد بالنسبة للمتعاقدين وفي حدود العلاقات التي ينظمهما، يعتبر قانوناً للمتعاقدين (السنهوري، 1998) أو بتعبير آخر هو "شريعة المتعاقدين" (ناجي، 1986)، حيث تسبغ على الإرادة قدسية لا يجوز المساس بها لذلك يطلق عليه أيضاً بمبدأ (قدسية العقد) (خليل، 2008) (pacta sunt servanda). فلا يستطيع أي من المتعاقدين ان يفرد بنقضه أو تعديله ما لم يصرح له القانون بذلك. بل أنه يمكن للعقد ان ينسخ القانون في كل أمر لا يتصل بالنظام العام والآداب، فالقواعد القانونية التي لا تتصل بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد تفسيرية أو تكميلية لا أمرة ومن ثم يستطيع المتعاقدان الخروج على أحكامها، وذلك بتنظيم العلاقة التعاقدية على نحو يغير ما تقضي به هذه القواعد. إذن، إنطلاقاً من ذلك، يتوجب على المتعاقدين تنفيذ مضمون العقد طبقاً لما اشتمل عليه من بنود وتنفيذه بحسن نية (الدين، 2018). فالحرية التعاقدية توجد لحظة الدخول في العلاقة العقدية وقبول الارتباط بها، وليس عند الرغبة في التخلص منها، فإذا كان المرء لا يلزم بإرادة غيره، فإنه يلزم بإرادته، متى تم التعبير عنها (قاسم، 2016). فالإرادتان اللتان حددتا عناصر الالتزام هما اللتان تملكان تعديل أي عنصر من عناصره، ولا تستطيع إرادة واحدة منهما، ولا إرادة خارجة عنها إجراء هذا التعديل كمبدأ عام (ناصر، 2016). كذلك لا يجوز نقضه ولا تعديله من جهة القاضي عادة بدعوى أن النقص أو التعديل تقتضيه العدالة (السنهوري، 2002). فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولا تنسخها (مكي، 2011). وإن الحجة الأولى التي تفرض تقييد القاضي بالعقد وفقاً لما اتفق عليه المتعاقدون بإعتبار طبيعة دور القاضي، إذ يتوجب عليه أن يحث الأطراف (المتعاقدين) على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية كما حددها في العقد الذي أبرموه، وعلى القاضي أن يحرص على تنفيذ بنود العقد حسب ما تم الإتفاق عليه بين المتعاقدين مبدئياً، والحجة الثانية أن تدخل القاضي يشكل إخلالاً بمبدأ الأمان التعاقدية. إذ من المفترض أن يطمئن الأطراف على أن العقد المتوافق عليه سوف ينفذ، فتدخل القاضي سيشكل خطراً على الأمان التعاقدية (مكي، 2011). كما أن القاضي لا يتولى إنشاء العقود عن عاقدتها، وإنما يقتصر عمله على تفسير إرادتهما وتحديد مضمون العقد بالرجوع إلى نية هؤلاء المتعاقدين (عبد الوهاب، 2013). وكذلك لم يكن هناك كقاعدة عامة من سبيل لإعادة تقييم عدالة العقد، ما دام المتعاقد قد تمعن وتدبر وأقدم على التعاقد بإرادته (كريم، 2013).

الفرع الثاني

موقف القوانين من مبدأ القوة الملزمة للعقد

لقد نصت أغلب القوانين المدنية على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ففي العراق نصت المادة (146) في الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 النافذ على هذا المبدأ حيث جاء فيها: ((إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)) قررت هذه المادة النتيجة الحتمية لقوة الأثر الملزم في العقود النافذة، أي الصحيحة غير الموقوفة، وهي أنها تصبح لازمة على المتعاقد واجب تنفيذها، وليس للملتزم فيها حق الرجوع عما التزم به، ولا تعديله إلا في حالات معينة (القاضي، 1951-1952).

كما ألزمت المادة (150) من القانون المدني العراقي المتعاقدين بتنفيذ العقد عندما نصت في الفقرة الأولى والثانية على أنه: ((1 – يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2 – ولا يقتصر

العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)).

وقد نص المشرع المصري أيضاً على هذا المبدأ في المادة (147) الفقرة الأولى من القانون المدني رقم 131 لسنة 1948 النافذ حيث يقول: ((العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون)).

كما تنص المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي ((Dalloz))، لسنة 1804 المعدل) على أنه (تقوم الإتفاقيات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة إلى من أبرمها، ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاها المتبادل أو للأسباب التي يجيزها القانون، ويجب أن يتم تنفيذها بحسن نية).

ولدى تمعن النظر في نصوص المواد أعلاه قد يبدو لأول وهلة أن المشرع الفرنسي في المادة (1134) قد جاء بحكم مختلف عن كل من المشرع العراقي والمصري كونه أنزل العقد منزلة القانون بالنسبة للمتعاقدين. لكن الحقيقة أن المشرع الفرنسي قام بتشبيه القوة العقدية بالقوة القانونية، لغرض التأكيد على أهمية العقد باعتباره شريعة المتعاقدين. لو نظرنا أكثر تعمقاً في النص الذي جاء به المشرع الفرنسي يتبين أن العقد النهائي إنما يكتسب هذه القوة بحكم النص عليه، وبالتالي فالقانون هو الذي يُكسبه قوته الملزمة، ويكون العقد في مرتبة أدنى من مرتبة القانون (عبدالله، 2019).

والجدير بالذكر، أنه تم تعديل هذه المادة وفقاً للتعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 حيث قام المشرع بتقسيم المادة أعلاه إلى ثلاث مواد متفرقة حيث نصت في المادة (1103) تحت عنوان العقد – أحكام تمهيدية على أنه: ((تنزل العقود المبرمة على الوجه القانوني منزلة القانون بالنسبة للذين أنشؤوها)) كما تنص في المادة (1193) تحت عنوان آثار العقد – آثار العقد بين الأطراف – القوة الملزمة على أنه: ((لا يجوز تعديل العقود أو نقضها إلا بالرضاء المتبادل لأطرافها، أو للأسباب التي يقررها القانون)). هذا فضلاً عن أن المادة (1104) الخاصة بمبدأ حسن النية في العقود عدلت بشكل يشمل حكمه مرحلة التفاوض والإبرام بجانب التنفيذ أيضاً حيث نصت على أنه: ((يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية ويعتبر هذا الحكم من النظام العام)).

وهناك من يذهب (جابر، 2017) إلى أن المشرع وفقاً للتعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي قد قام بتعزيز مبدأ القوة الملزمة للعقد حيث يرى بأن ذلك يظهر من خلال تناول المشرع لبعض المسائل أهمها تنظيم البطلان الإتفاقي، إذ حول المشرع المتعاقدين الإتفاق على إبطال العقد دون حاجة إلى إستصدار حكم من القضاء عندما نصت في المادة (1178) على: ((إن العقد الذي لا يستوفي الشروط المطلوبة لصحته يكون باطلاً. يجب أن يقضي القاضي بالبطلان، مالم يثبتته الأطراف بالإتفاق بينهم)). كذلك يستندون في رأيهم على الفسخ بالإرادة المنفردة إذ حول المشرع للدائن بشرط إعدار المدين وإمهاله أجلاً معقولاً للتنفيذ، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة وذلك وفقاً للمادة (1226) عندما جاء فيها: ((يجوز للدائن، وعلى مسؤوليته، فسخ العقد عن طريق الإخطار، وفي غير حالة الإستعجال، يجب عليه أولاً إعدار المدين المُقصر بتنفيذ تعهده خلال مدة معقولة. يتضمن الإخطار صراحة أنه في حال تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه يكون للدائن الحق في فسخ العقد، إذا أستمر عدم التنفيذ، يخطر الدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره، ويحق للمدين، في أي وقت، اللجوء إلى القضاء للأعراض على الفسخ. ويكون على الدائن حينئذ إثبات جسامه عدم التنفيذ)).

ولو أن المشرع الفرنسي في التعديل الأخير قد قام بتعزيز مبدأ القوة الملزمة للعقد عن طريق إقرار البطلان الإتفاقي وفسخ العقد بالإرادة المنفردة إلا أنه بالنسبة للمادة الأخرى أي المادة (1226) التي يستند إليها هذا الإتجاه باعتباره دعماً وتعزيزاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وخاصة حالة الفسخ بالإرادة المنفردة بسبب تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه فإنه يعد خرقاً للقوة الملزمة للعقد من قبل أحد المتعاقدين، وذلك من خلال ممارسة الحق في

عدم تنفيذه للعقد ومن ثم يعتبر الفسخ في هذه الحالة جزءاً للإخلال بالعقد، أي جزءاً يترتب عن خرق القوة الملزمة للعقد وليس تعزيراً لها. رغم أن المادة الأتفة قد حالفت جزءاً من الصواب فيما يتعلق بالبطلان الإنفاقي حيث أبرزت دور الإرادة في البطلان عندما يكون هناك إتفاق بين الطرفين ملزم لأطرافه واجب إحترامه وفقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

وفيما يتعلق بالقضاء هناك عدة قرارات قضائية عراقية ومصرية وفرنسية تؤكد على وجوب الإلتزام بهذا المبدأ ففي القضاء العراقي نجد قرارات عدة قديماً وحديثاً تشدد على المتعاقدين بضرورة تنفيذ العقد وعدم الإخلال به من هذه القرارات: ((أن عقد البيع لازم بين طرفين ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي....)) (1)

وكذلك ذهبت محكمة التمييز الإتحادية في قرار آخر: ((تبين للمحكمة من خلال المعطيات التي توفرت لديها في الدعوى أن المدعى عليه لم يقم بتنفيذ العقد موضوع الدعوى طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وفقاً لما تقضي به أحكام المادة (150) من القانون المدني. وبما أن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزاماته وفق ما تقضي به أحكام المادة (145) من القانون المدني. ولما كان العقد ملزماً للطرفين ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي وفق ما تقضي به أحكام المادة (146) من القانون المدني سالف الذكر، يكون الحكم المميز لكل ما تقدم وللأسباب والحجيات الواردة فيه صحيحاً قرر تصديقه ورد لائحة الطعن التمييزي....)) (التمييزي، 2009).

وفي هذا السياق، يعتبر هذا القرار تأكيداً لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) وذلك بإقراره بعدم جواز الرجوع عن العقد أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي.

وفي قرار آخر تشير محكمة التمييز الإتحادية إلى أنه: ((إذا نفذ أحد طرفي العقد التزاماته العقدية كاملة فيستحق المبلغ الوارد في العقد لأن العقد شريعة المتعاقدين ولا تنفذ بحقه القرارات الصادرة من الجهات المعنية لدائرة الطرف الآخر، ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة 150 من القانون المدني عليه قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي....)) (الإتحادية، 2010).

أما في مصر فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: ((من الأصول المقررة وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 147 من القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ومن ثم فلا يعتد بتعديل نصوص عقد يستقل أحد المتعاقدين باستحداثه بإرادته المنفردة....)) (44، 1983).

وفي قرار آخر لمحكمة النقض المصرية ورد بأنه: ((النص في المادة 147 من القانون المدني على أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، يدل على أن العقد هو قانون المتعاقدين والخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون ويمتنع على أي من المتعاقدين نقض العقد أو تعديله، كما يمتنع ذلك على القاضي، وعليه أن يلتزم بعبارة العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادقا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين)) (المصرية، -في 2004/3/28).

وفي النطاق ذاته، جاء في قرار آخر بأنه: ((الأصل في العقود هو تغليب مبدأ سلطان الإرادة لذلك يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون عملاً بنص المادة 147 من القانون المدني، وينبئ على ذلك أنه إذا توافرت في العقد أركانه من تراضي ومحل وسبب فإنه صحيحاً وتترتب عليه آثاره القانونية التي إتجهت إليها إرادة المتعاقدين ما لم يكن القانون قد نص على البطلان جزءاً لإعتبارات عامة تتعلق بها مصلحة الجماعة استثناء من مبدأ سلطان الإرادة)) (المصرية، رقم قرار الطعن 323 لسنة 68ق، 2010).

وحفلت محكمة النقض الفرنسية أيضاً بقرارات تؤكد على هذا المبدأ حيث جاء في إحداهما أن هذه القاعدة (أي العقد شريعة المتعاقدين) هي قاعدة عامة ومطلقة وذلك منذ قضية كرابون (فايد، 2005) Craponne Canal de وقررت أنه: ((لا يجوز للمحاكم أن تعدل شروط الإتفاق المبرم بحرية بين أطرافه مهما تغيرت الظروف ومر الزمن)).

المطلب الثاني

الإستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد

إن المتعاقدين يرتبطون بالعقد كارتباطهم بالقانون، أي لا يكون لهم إمكانية التراجع عن تنفيذ إلتزاماتهم العقدية (دغمان، 2010)، ولكن لهذا المبدأ إستثناءات يفرض التعامل وجودها حيث يكون ذلك، إما عن طريق تعديل العقد بفعل المتعاقدين أو يكون تعديل العقد من قبل القاضي وهذا ماسنبحثه تباعاً:

الفرع الأول

تعديل العقد من قبل المتعاقدين

يجوز لطرفي العقد الإتفاق على إنهاء وتعديل العقد، كما وقد يعطي المشرع لأحد المتعاقدين سلطة تعديل العقد دون رضا الطرف الآخر وهذا ما نوضحه فيما يأتي:

1- الإنهاء وتعديل العقد باتفاق طرفي العقد: الأصل أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من الإتفاق على نقض العقد أو تعديله، فكما يملكان إنشاء علاقتهما العقدية وتحديد نطاقها يملكان أيضاً تعديلها والخروج عنها، فمن يملك الإنشاء يملك الإلغاء والتعديل، ويقوم تعديل العقد باتفاق طرفيه على أساس أنه مادام التعاقد قد تم بالتراضي فإنه يمكن تعديله بالتراضي (عبدالقادر، 2007-2008).

لذلك، يجوز للطرفين أن ينهيا العقد بإرادتهم، ويسمى إقالة العقد وفق حكم المادة (181) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه: ((للعاقدين ان يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده)، كما قد يتفق الطرفان ابتداء على جواز اعتبار العقد منتهياً أو مفسوخاً دون الحاجة إلى حكم قضائي أو دون الحاجة إلى إنذار على أن يكون هذا الأمر له سند في العقد محل الفسخ أو الإنهاء، بمعنى أن يشترط في صلب العقد على أن يكون العقد منتهياً دون اللجوء إلى القضاء وعلى وفق شروط يتم ذكرها في العقد (الموسوي) حيث تنص المادة (178) من القانون المدني العراقي على أنه: ((يجوز الإتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الإتفاق لا يعفى من الإعدار إلا إذا إتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته)).

2- تعديل العقد أو إنهائه دون رضا الطرف الآخر (العقود غير الملزمة): هناك عقود يستطيع أحد المتعاقدين أو كلاهما بأن ينفرد بإنهائه بدون موافقة المتعاقد الآخر وهذا ما يسمى بالعقد غير اللازم وهذا النوع ينقسم إلى عدة أقسام وهذا ما نبينه فيما يأتي تباعاً:

أ-العقود غير الملزمة بطبيعتها:

بما أن الأصل في العقود هي أن تكون ملزمة، أي وجوب تنفيذها من قبل المتعاقدين، لكن هناك عقود طبيعتها ومقتضاها يتطلب أن يكون لأحد أطرافها سلطة تعديله وإنهائه ومن الأمثلة على هذا النوع من العقود ما يأتي:

1- عقد الوكالة: للموكل ان يعزل الوكيل او ان يقيد من وكالته وللوكيل ان يعزل نفسه، ولا عبرة بأي إتفاق يخالف ذلك، لكن إذا تعلق حق الغير بالوكالة، فلا يجوز العزل او التقيد دون رضا هذا الغير. ولا يتحقق انتهاء الوكالة بالعزل الا بعد حصول العلم للطرف الثاني. وإذا كانت الوكالة بأجرة، فإن من صدر منه العزل يكون

ملزماً بتعويض الطرف الثاني عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول (2).

2- عقد العارية: تنص المادة 861 من القانون المدني العراقي وفي الفقرة الثانية على أنه: ((وفي كل حال، يجوز للمستعير ان يرد الشيء المعار قبل انتهاء الاعارة غير انه اذا كان هذا الرد يضر المعير، فلا يرغم على قبوله)). كذلك تنص المادة 862 على أنه: ((يجوز للمعير ان يطلب انتهاء الاعارة في الاحوال الآتية: أ- اذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة. ب – إذا أساء المستعير استعمال الشيء او قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه. ج – إذا عسر المستعير بعد انعقاد الاعارة، او كان معسراً قبل ذلك ولكن المعير لم يعلم باعساره الا بعد ان انعقدت الاعارة)) (3).

3- عقد الوديعة: للمودع في كل وقت ان يطلب رد الوديعة مع زوائدها، كما ان للوديعة ان يطلب ردها متى شاء. وإذا كان الايداع بأجرة فليس للوديعة ان يرددها قبل الاجر المعين الا إذا كان له عذر مشروع، ولكن للمودع ان يطلب ردها متى شاء على ان يدفع الاجرة المتفق عليها. ويلزم ان يكون طلب الرد في وقت مناسب وان تمنح المهلة الكافية للوديعة (4).

4- عقد القرض: حيث تنص المادة 689 من القانون المدني العراقي على أنه: ((1- يجب على المستقرض رد مثل الاعيان المقترضة قدرأ ووصفاً في الزمان والمكان المتفق عليهما. 2 – فإذا لم يتفق على الزمان كان للمقرض ان يسترده في أي وقت)) (5).

5- عقد المقاولة: لرب العمل ان يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على ان يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل (6).

6- عقد العمل: وقد نص المشرع في القانون المدني العراقي في المادة (921): ((على امكانية نقل العامل الى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذي كان يشغله عند اقتضاء مصلحة العمل ذلك)). كما يجوز لصاحب العمل انتهاء عقد العمل اذا اقتضت ظروف العمل في المشاريع تقليص حجمه شرط اخبار وزير العمل والشؤون الاجتماعية بذلك (7) كما لرب العمل إنهاء عقد العمل مع العامل أثناء فترة التجربة دون الضرورة لموافقة العامل وإنما فقط إخطاره (8) وكذلك للعامل ان ينهي عقد العمل بإرادته عندما يستقيل من العمل (9).

7- عقد الهبة: اللواهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب، فإن لم يرض كان اللواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع (10).

ب- العقود غير الملزمة لإرتباطها بأحد الخيارات:

والمقصود بالخيارات في العقود هو أن يكون لأحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد أو إجازته سواء ثبت هذا الحق بإرادة أحد المتعاقدين أو لكليهما، والخيارات كثيرة ومتنوعة (الدين، 2018). وهذا ما نتناوله بالبحث كما يأتي:

1- خيار الشرط: فقد عرف خيار الشرط على أنه إشتراط أحد المتعاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره بأن يكون له الحق في فسخ العقد أو امضائه خلال المدة المحددة له (الجلبايوي، 2006). وهذا الخيار اما ان يشترط للمتعاقدين كالبائع والمشتري في عقد البيع أو لاحدهما كالمشتري وحده، وقد يشترط لشخص أجنبي عن العقد (11). إذا شرط الخبار للبائع والمشتري معاً فأيهما فسخ في اثناء المدة انفسخ البيع، وايهما اجاز سقط خيار المجيز وبقي الخيار للأخر الى انتهاء المدة. واذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع (12).

ومن تطبيقات خيار الشرط في القانون العراقي البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يتم الإتفاق فيه على أن يكون للمشتري حق تجربة المبيع اما للتعرف على مدى صلاحيته للغرض الذي إشتراه لأجله أو ليتأكد من ان المبيع هو الشيء الذي يطلبه (الجلبايوي، 2006). وفي البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإذا

لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فإذا انقضت هذه المدة، وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً للبيع(13).

2- خيار التعيين: هو إشرط أحد المتعاقدين أن يكون له حق تعيين المحل خلال مدة محددة من بين عدة أداءات متفق عليها والحكمة من خيار التعيين هي التفكير والتروي، فهذا الخيار يمكن أن ينتفع به الكثير من الناس، فالمرأة مثلاً ربما لا تستطيع الذهاب بنفسها إلى بائع الحلوى أو الثياب، فترسل من يشتري لها ما تريد منها، على أن تكون بالخيار بين قطعتين أو أكثر، ولا شك أن هذا أمر يحقق مصلحة البائع لكي تصبح البضاعة المقبوضة مضمونة وليست مجرد أمانة ويحقق مصلحة المشتري ليتأكد من رغبته وميوله (بنداري، 2009). وتنص المادة 298 من القانون المدني العراقي على أنه: ((1 – يصح ان يكون محل الالتزام أحد اشياء قيمة او مثلية من اجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين او للدائن. 2- وإذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين، الا إذا قضى القانون او اتفق المتعاقدان على ان الخيار يكون للدائن.

3- خيار العيب: يمكن تعريف خيار العيب بأنه الحق الذي يكون للمتعاقد (صاحب الخيار) بموجبه إضفاء العقد أو فسخه إذا وجد عيباً في المعقود عليه المعين بالتعيين لم يطع عليه عند التعاقد (علاوي، 2011). وإذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى. والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه، ويكون قديماً اذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم(14).

4- خيار الرؤية: عبارة عن حق أو رخصة للمشتري سببه عدم رؤية محل العقد يخول صاحبه سلطة فسخ العقد او امضائه بإرادة منفردة (العلفي، 1988) وتنص الفقرة الأولى من المادة 517 من القانون المدني العراقي على أنه: ((من أشتري شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه، فإن شاء قبله وان شاء فسخ البيع، ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره)).

وفي هذا السياق، نرى بأن في كل الحالات التي يمنح القانون حقاً للمتعاقد بإنهاء أو تعديل العقد يجب أن لا يتعسف في استعماله وذلك إقراراً بما جاء في المادة 7 من القانون المدني العراقي حيث لا يجوز للمتعاقد أن ينهي العقد إذا كان لم يقصد بذلك إلا إضراراً بالطرف الآخر، فمثلاً للموكل أن يعزل الوكيل وينهي الوكالة، ولكن اذا كانت الوكالة بأجرة، والعزل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل(15).

الفرع الثاني

تعديل العقد من قبل القاضي

يمنح المشرع في بعض الحالات سلطة للقاضي لتعديل العقد سواء في مرحلة ابرام العقد أو تنفيذه وهذا مانبحثه فيما يأتي:

1- سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه:

يسطيع القاضي إعادة التوازن العقدي في مرحلة ابرامه وذلك عن طريق تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الإستغلال أو تعديل العقد لوجود شروط تعسفية في عقد الإذعان، وهذا ما نوضحه فيما يأتي:

أ- تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الإستغلال: يجوز للقاضي إذا استغل أحد المتعاقدين ضعفاً معيناً في المتعاقد الآخر إستغلالاً يؤدي الى الحاق الغبن الفاحش به أن ينقض العقد في تصرف إذا كان من تبرعات وأن يعدل من الغبن إلى الحد المعقول إذا كان التصرف معاوضة وهذا ما نصت عليه المشرع العراقي في المادة 125 من القانون المدني عندما ورد فيها على أنه: ((اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم

خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة ان ينقضه)).

ب- تعديل العقد لوجود شروط تعسفية في عقد الإذعان: حيث يمكن تعريف الشروط التعسفية على أنه الشرط الذي يورده المحترف في تعاقدته مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقاً لما تقتضي به العدالة (بودالي، 2007) أو عبارة عن الشرط الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه، وقد أملى إرادته على الفريق الآخر تحقياً لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة، منتقياً من حقوق الطرف الآخر الذي أذعن له لتسلط من فرضه على العقد (العوجي، 2001).

والجدير بالإشارة لقد نص المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة 167 من القانون المدني على إمكانية تعديل العقد بواسطة القاضي إذا وجدت شروط تعسفية حيث جاء في هذه المادة على أنه ((إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك(16)).

2- سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه:

يجوز للقاضي تعديل العقد في مرحلة تنفيذه وذلك إذا كانت هناك ظروف طارئة أو بمنح المهلة القضائية للمدين أو تعديل الشرط الجزائي سبب كل ذلك فيما يأتي:

أ- تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة: مفاد نظرية الظروف الطارئة هو أنه إذا كان العقد من العقود المستمرة التنفيذ، أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلاً، وطرأت ظروف اقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان عند إبرام العقد أدت الى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجوداً وقت التعاقد اختلالاً خطيراً و جعلت تنفيذه يهدد المدين بخسارة فادحة، ففي هذه الحالة لا بد ان تراعي هذه التغييرات التي حدثت و يعاد النظر فيما اتفق عليه المتعاقدان ليتم التوازن بين مصلحة الطرفين، بحيث لا يجبر المدين على تنفيذ التزامه كما هو وارد في العقد.

والجدير بالذكر أن المشرع العراقي نص على هذا المبدأ عندما جاء في الفقرة الثانية في المادة 146 من القانون المدني العراقي: ((على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلأ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك(17)).

ب- سلطة القاضي في منح المهلة القضائية (الأجل القضائي): إن سلطة القاضي في منح الأجل القضائي ينقسم إلى قسمين: وهو إما بإعطاء المهلة القضائية في الفسخ القضائي أو في تمديد زمن الوفاء وتقسيط الدين كما نأتي ببحثهما تباعاً:

1- سلطة القاضي لإعطاء الأجل القضائي في الفسخ القضائي: عند إخلال أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد وعدم تنفيذه للعقد يجوز للمتعاقد الآخر المطالبة بفسخ العقد، ولكن يجوز للقاضي عند ذلك أن لا يحكم بالفسخ مباشرة، بل له إعطاء مهلة للمدين، لكي ينفذ إلتزاماته. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 177 من القانون المدني العراقي(18). حيث جاء فيها أنه: ((في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)).

2-سلطة القاضي في منح المهلة القضائية في زمان الوفاء: يمنح القاضي المدين المعسر أجلاً للوفاء بدينه إذا إستدعت حالته الرأفة ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم، ولا يوجد نص في القانون يمنع من ذلك. وأساس حكمة المشرع تقوم على فسح المجال للمدين للوفاء بالالتزامات. فالأصل هو الوفاء بالالتزام فوراً وتنص المادة 297 من القانون المدني العراقي(19) على أنه: ((إذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة او الميسرة عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الاجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مقترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه)). وكذلك تنص الفقرة الثانية من المادة 394 (20). على أنه (إذا لم يكن الدين مؤجلاً، او حل اجله، وجب دفعه فوراً، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص في القانون ان تنتظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم.

ج-سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي: الشرط الجزائي هو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه. حيث تنص المادة 170 من القانون المدني العراقي(21) على أنه: ((1) – يجوز للمتعاقد ان يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام المواد 168 و256 و257 و258. 2- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحاً أو ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة. 3 – اما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا إذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً)).

يتضح من خلال هذه المادة أن أهم حكم من أحكام الشرط الجزائي هو السلطة الممنوحة للقاضي من أجل تعديل قيمة الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر الذي سببه الإخلال بالالتزام للدائن، لكون الشرط الجزائي هو تقدير جزافي مسبق للتعويض عن الإخلال بالالتزام الأصلي وهذه الصلاحية الممنوحة للقاضي تعد من النظام العام. ولا يمكن الإتفاق بين الدائن والمدين على سلبها من القاضي أو تعديلها فالسلطة الممنوحة للقاضي تمثل ضرورة لمواجهة كل التعسفات التي قد يتسبب فيها التعويض الإتفاقي فلا يمكن أن يتحول أداة للإستغلال. وعليه فإنه يجوز للمحكمة أن تخفض من قيمة الشرط الجزائي إذا كان التقدير مبالغاً فيه بدرجة كبيرة أو نفذ المدين التزامه تنفيذاً جزئياً، وللمحكمة أن تزيد من قيمة الشرط الجزائي إذا كانت قيمته من التفاهة بحيث لا يعد تعويضاً جدياً عن الضرر، أو إذا كان الإخلال بتنفيذ الإلتزام الأصلي يرجع إلى غش أو خطأ جسيم ارتكبه المدين (محسن، السنة 2015).

المبحث الثاني

الأسس القانونية والأخلاقية لمبدأ القوة الملزمة للعقد

يستند عنصر الإلزامية للمضمون العقدي وبنوده إلى أسس عدة، والتي بموجبها يلزم المتعاقد بتنفيذ العقد بأكمل وجه ويفرض عليه بعدم إخلال ما جاء في العقد من حيث مضمونه وشروطه وبنوده. وعلى أساس ذلك يتم تحديد مسؤولية المتعاقد عن عدم الوفاء بالالتزامات العقدية، لذلك يكون محور دراستنا في هذا المبحث جواباً لعدة أسئلة منها، لماذا يعد العقد شريعة المتعاقدين؟ أو مم يستمد العقد قوته الملزمة؟ وماهو العنصر الأهم الذي يضيف على العقد قوته الملزمة؟ هل هو عنصر داخلي كامن في ذات العقد أم عنصر خارجي؟ هل هو عنصر فردي منبعث من أطراف العقد، أم أنه عنصر اجتماعي تتصل أسبابه بالنظام القانوني للجماعة؟ وهذا ما سنبحثه كما يأتي:

المطلب الأول

الأساس الديني والأخلاقي للقوة الملزمة للعقد:

الأصل أن العقد يبني على الإستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع، فالوفاء بالعقود كالوفاء بالعهود، إذ أن واجب الوفاء بالعهد له دلالة أخلاقية، بمعنى أن الإرادة التي أنشأت الإلتزامات التعاقدية ملزمة بتنفيذها وفاءً لمبادئ دينية وخلقية (عبدالقادر، 2007-2008)، ذلك أن الديانات السماوية جميعها توجب على من قطع على نفسه عهداً والتزم بالتزام ما، أن يفي بعهده ويؤدي ما التزم به، والأخلاق الحميدة تستلزم أن يكون الإنسان عند كلمته، فالأساس الذي تقوم عليه هذه القاعدة هو مبدأ الوفاء بالوعد، كما جاء في العديد من الآيات القرآنية كما يقول سبحانه وتعالى: [وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا] (22). و[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ] (23) فأمر الله بالوفاء بالعقود ليس دليلاً على جوازها فحسب بل على وجوبها أيضاً، لذلك فيتعين على كل متعاقد أن يقوم بوفاء كل ما عليه من التزامات ناشئة عن العقد، وأن يراعي في أداء ما عليه من الشروط التي حددت طريقة الوفاء وموعده ومكانه وما إلى ذلك طالما كان المتعاقد في حدوده المشروعة بتوافر الأركان والشروط المطلوبة شرعاً، مع خلو العقد من كل وصف نهى عنه الشرع (المغربي، 2005). وهو ما أكدته السنة النبوية الكريمة كما يقول رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حراماً) (24)

ولكن إلى جانب الجذور الدينية تقوم الإلتزامات الأخلاقية المرتبطة بالصدق والأمانة وحسن التعامل مع الناس وأخلاقيات المهنة التي تفرض إحترام الذات من خلال إحترام الغير، كما أن أخلاقيات المهنة تفرض قواعد خاصة بها، وصاحب المهنة يلتزم بما تفرضه مهنته عليه من أخلاقيات والتزام بمبادئ التعامل مع الغير بصورة تُبقي صورة المهنة مشعة توحى الثقة بأصحابها، فمبادئ الإلتزام بقواعد سلوكية وأخلاقية وضعها أصحاب المهنة، أو حتى فرضتها ممارسة هذه المهنة، حفاظاً على مستواه الأخلاقي والإجتماعي وشرف التعامل. وبالتالي من التزم بهذه المبادئ التزم أيضاً بإنفاذ العقود التي يجريها مع الغير بصدد ممارسته لمهنته هذه وإستفادة الغير منها لقاء البذل المحدد في العقد، فالإلزامية إذاً وحسن تنفيذه وفقاً لمعايير مهنية متميزة محكومان بالمبادئ السلوكية التي تفرضها المهنة على من يمارسها من المنتسبين إليها(25).

الفرع الأول

أساس القوة الملزمة للعقد في القانون الروماني

لقد أخذ العقد معنى قوته الإلزامية عن القانون الروماني الذي كان يعبر عن الإرتباط القانوني بما كان يسميه (vin culum juris) أي بمعنى (Legal Bond) وبه يرتبط المدين بدائنه-مجازاً-ولا يفك من قيده إلا بقيامه بما التزم به (عامر، 1949).

مما لا يمكن إغفاله في هذا الصدد أنه في مجال العلاقات القانونية في القانون الروماني، لم يكن مجرد توافق إرادتي المتعاقدين كافياً لنشأة الرابطة العقدية الملزمة، وترتيب آثار قانونية في ذمة كل من طرفيها، بل كان لا بد من إفراغ رضاء المتعاقدين في قالب شكلي معين. وهذا ما عبرت عنه القاعدة الرومانية القديمة بقولها (مجرد الاتفاق لا يولد الزاماً) (عياد، 1973). فكان لا بد للأطراف من إتباع شكلية معينة عند إبرام العقد تتلخص في حركات، إشارات، التلظ بألفاظ معينة، أو كتابة صيغة معينة. فالعقد لا يكون ملزماً إلا إذا تحقق الشكل المطلوب، وأما مجرد تبادل الإرادات دون إتباع الشكل المطلوب لا ينشأ بموجب العقد، ولا يترتب عليه أثره القانوني، فالقاعدة هي (لا دعوى لإتفاق تجرد من الشكلية) (صبح، 2002).

وفي هذا السياق، فوجود التصرف وقوته الإلزامية لا يستندان فيها إلى الإرادة، ولا إلى الإرادة معبراً عنها في الشكل، وإنما إلى الشكل مباشرة. وأن معظم هذه الأشكال المرسومة كانت تتضمن عنصر العلانية، أي إشتراك عدد معين من المواطنين في مراسيم العقد (العافية، 1948). وظل العقد يستمد قوته الملزمة من الطقوس

والشكليات التي تقتن بالتراضي. فكانت هذه الشكليات شرط لازم لإنعقاد العقد ومصدر إلزامه. فشكل العقد هو الذي ينشئ الالتزام. مثال هذه الشكليات، واقعة تسليم الشيء موضوع التعاقد في العقود العينية، والتعبير بألفاظ معينة في العقود اللفظية، وتدوين العقد في صياغة معينة في العقود الكتابية، كانت هذه الشكليات مصدر القوة الملزمة للعقود (عباس، 1959). ومما يلاحظ أن الشكلية في القانون الروماني ليس لها دور في إنشاء الالتزام فقط بل كان في إنقضائه أيضاً، حيث كانت الرابطة القانونية التي ينشئها العقد لا تنفصم بمجرد تنفيذ الالتزامات كما هو الحال في القانون الحديث، بل كان يجب لإنهاء العلاقة حل العقد إتباع نفس الإجراءات الشكلية المطلوبة لإبرامه. وهذا هو ما يسميه فقهاء القانون الروماني بقاعدة (التوافق الشكلي) (العافية، 1948).

ولكن الأوضاع لم تستمر على هذا النحو، حيث مع تطور الحضارة الرومانية وزيادة المبادلات، وظهور الحاجة إلى السرعة في إبرام العقود، تخلصت العقود الأكثر شيوعاً في العمل من الشكلية، وهي عقود البيع والإيجار والشركة والوكالة، وقد سُميت بالعقود الرضائية حيث اعترف فيها بدور الإرادة في إنشاء الالتزام، وترتيب الأثر القانوني عليه. ولكن تبقى القاعدة العامة في القانون الروماني هي الشكلية وسلطان الإرادة هو الاستثناء (عبدالله، 2000).

الفرع الثاني

أساس القوة الملزمة للعقد في القانون الكنسي

ظل القانون الروماني لعدة قرون بعد الميلاد هو المصدر الأصيل للثقافة القانونية في العالم الغربي. ورغم ما بذله شراح هذا القانون في القرون الوسطى من مجهودات ضخمة لتفسير أحكامه على ضوء قواعد العدالة الطبيعية، والمبادئ الخلقية، فإن انهيار النظام الشكلي كان أمراً بعيد المنال طالما أن النصوص الرومانية كانت محور دراسة هؤلاء الشراح. فكان لا بد إذن من تدخل مبادئ جديدة لتحقيق هذا الغرض. وقد تمثلت هذه المبادئ في تعاليم الديانة المسيحية التي نادى بها فقهاء الكنيسة (عياد، 1973).

لذلك ففي القرون الوسطى، وفي أوروبا تحديداً، بدأت الإرادة تلعب دوراً هاماً في العقود، فقد ساعد الفقه الكنسي ورجال الدين في ذلك الزمان على الحد من القيود الشكلية معتبرين بأن التعاقد الذي يقسم اليمين على القيام بتعهده (أي شريطة إقترانه بقسم) يتلوه المتعاقد على إحترام تعهده ولو لم يفرغه في قالب شكلي يصبح ملزماً به (دغمان، 2010)، لأن الإخلال بتنفيذ الوعد وعدم تنفيذ الشخص لتعهده يعد حثاً باليمين الذي أقسمه مما يعد خطيئة دينية تستوجب العقاب.

ولكن وفي مرحلة لاحقة أكتفى رجال الكنيسة بالتعهد دون القسم على الوفاء به بإعتبار أن التعهد يتضمنه. ثم أصبح الإخلال بذلك التعهد خطيئة دينية، ويترتب عليها دعوى ترفع على ذلك الشخص أمام المحاكم الكنيسة لإجباره على تنفيذ تعهده (صبح، 2002). وبذلك ظهرت القوة الملزمة للإتفاق المجرد لكن على أساس ديني لا على أساس قانوني، فالأفراد ينفذون الإلتزامات الناشئة عن العقود التي أبرمها خشية الوقوع في الخطيئة الدينية لا على أساس الإلزام القانوني (حمادة، 2016).

وعلى ذلك فالملاحظ أن أساس القوة الملزمة للعقد—أي التعهد—كان في إطار القانون الكنسي أساساً دينياً وليس سلطان الإرادة، وإن كان قد أقتضى في مرحلة متطورة دعوى لإجبار المتعهد على تنفيذ تعهده، فإن ذلك لا يعني تخلص القوة الملزمة للعقد تماماً من ذلك الأساس الديني، إذ لا يزال يعتبر الإخلال بالتعهد خطيئة دينية فرجال الكنيسة كانوا يصرون دائماً على إعتبار أن هناك واجباً دينياً يقع على المتعهد بالوفاء بما تعهد به، إذ أن التفرقة بين مفهوم الإثم أو الخطيئة الدينية من ناحية وبين مفهوم الجريمة والإخلال بالعقد من ناحية أخرى لم تكن معروفة في العصور الوسطى على النحو المعروف في الوقت الحالي، وبالتالي لم يكن هناك دائماً تمييز بين الإلتزامات الدينية والإلتزامات القانونية (عياد، 1973) (صبح، 2002).

وعليه فإن الفقه الكنسي لعب دوراً مهماً في محاولة التخلص من الشكلية والإكتفاء بالرضائية كبديل لإلزامية الإتفاقات العقدية في مرحلة من مراحل تطور العلاقات القانونية التعاقدية (عبدالقادر، 2007-2008)، ومن خلال ما سبق ذكره يمكن القول إنه في عهد الكنيسة تم تأسيس القوة الملزمة للعقد على فكرة دينية مؤداها أن قطع العهد على النفس يستوجب تنفيذه تجنباً للخطيئة والإثم، وفقاً للمبدأ الشائع آنذاك (لا يرعى عهد من لا عهد له). وهذا كان تطوراً ملحوظاً نحو التطوير والإهتمام بعنصر الإلزامية في العلاقات التعاقدية بالإستناد إلى المبادئ الدينية مقارنة بما كانت عليها في القانون الروماني حيث كانت مقيدة بالإجراءات الشكلية المعقدة.

المطلب الثاني

الأساس القانوني والإرادي للقوة الملزمة للعقد

يتم البحث في هذا المطلب عن الأساس القانوني والإرادي للقوة الملزمة للعقد في فرعين وفق الآتي:

الفرع الأول

الأساس الإرادي للقوة الملزمة للعقد

ساد المذهب الفردي (مبدأ سلطان الإرادة) في القرنين الثامن والتاسع عشر مؤيداً بنظريات فلسفية واقتصادية وسياسية مشبعة بالروح الفردية المطلقة (زهران، 2004). يتجه أنصار هذا المبدأ الى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي تترتب عليه. بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية. منطلقين من فكرة مؤداها أن الفرد هو محور أي نظام إجتماعي وغايته (لطفي، 2008).

فذهب هذا الإتجاه إلى أن طبيعة الإنسان تحتم أن يصاحبه منذ مولده حقه الطبيعي في الحرية، ومقتضى هذه الحرية الا يتحمل إلزاماً إلا إذا كان ميناه رضاه الحر، ومن ثم لا يجوز إنتهاك هذا الحق اللصيق بالفرد بإجباره على أداء إلزام لم يكن حُرّاً في التعهد به ولم تتجه إرادته إليه (عياد، 1973). وبما إن الإنسان حر بطبيعته، ولا يمكن أن تقيد حريته إلا بإرادته، فأساس الإلتزام هو إرادة الإنسان وليس القانون (حمادة، 2016)، ويقتصر دور القانون فقط على الإعتراف بالآثر الملزم للعقد، وضمان تنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه، بفرض الجزاء المناسب عند الإخلال به (علي، 2016). إذ يعتبر أن إرادة المتعاقدين في العقد هي التي تنشئ الإلتزامات، تحدد موضوعه، أشكاله، ونطاقه (مكي، 2011).

لذلك يفهم مبدأ سلطان الإرادة، من خلال النظرية الفردية التي ترعاه وتحرص عليه، يعني أن الإرادة هي السلطة اللازمة والكافية لتعيين مضمون العقد، والتزامات طرفيه والآثار الناشئة عنه، فتجعل كل طرف ملزماً بإنفاذ ما أرتضاه من الترتيبات على عاتقه (دغمان، 2010). ومادام العقد يستمد قوته الملزمة من إرادة طرفيه فإن هذه الإرادة وحدها تكون كافية لإنشاء العقد، كما أن للإشخاص أن ينشئوا عقوداً أخرى إلى جانب العقود المسماة التي ينظمها القانون، وحتى بالنسبة لهذه العقود المسماة فإنه يحق لإرادة ذوي الشأن أن تعدل في آثارها (علي، 2016). ويرتكز العقد في قوته الملزمة وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة على عنصرين أساسيين وهما سيادة الإرادة من جهة، والقوة الملزمة للإرادة من جهة أخرى (دغمان، 2010).

عليه فإن هذا المبدأ يعتبر الإرادة الأساس في تكوين العلاقة العقدية وهو مصدر الأثر الملزم المترتب عنها بل هو مبدأ جوهرى في نظرية العقد ويشكل الأساس في التعامل دون أي حاجة لتعديله أو تهيئته، فهو سبب نشأة العقود وهو حاميتها، لأن الفرد هو محور العلاقة القانونية الرابطة بينه وبين غيره بواسطة علاقة عقدية، فطالما كانت إرادة الفرد حرة فإنها وحدها الكفيلة بإنشاء الروابط العقدية وما ينشأ عنها من آثار، لذلك إن الإرادة هي السلطة اللازمة والكافية لتعيين مضمون العقد. وهي المصدر الوحيد للإلتزام التعاقدى فطالما التزم المتعاقد بمحض إرادته فهو ملزم بالوفاء بما تعهد به فليس للقوة الملزمة للعقد أساس سوى الإرادة (الدين، 2018).

وفي هذا السياق، يرجع أصحاب هذه النظرية أساس الإلتزام التعاقدى إلى قانون الإرادة على أن الإنسان هو خير من يعرف بمصلحته ويدافع عنها ولا يتصور بالتالي جنوح الإنسان للإضرار بنفسه. وإذا ما خيف إلحاق الضرر بالآخرين فإن قاعدة تعارض المصالح تحول دون ذلك فكل طرف يشترط ما يكفل ويحقق مصالحه، وبذلك يكون هناك نوع من توازن المصالح في العقد بما يضمن عدم إضرار أي طرف من أطرافه (عبد الحميد، 2012). ويعد ذلك الضمانة الكافية لتحقيق عدالة العقد على أساس إرادة الشخص لا يمكن أن تنتج إلا لما فيه من مصلحته، ومن ثم فالإلتزامات التي تنشأ عن تلك الإرادة أياً كانت ومهما كان أثرها لا يمكن إلا أن تكون عادلة، فكل ما هو تعاقدى يعتبر عادلاً. ولذلك فلا يستطيع القاضي والمشرع أن يعيدا النظر في شروط التعاقد بحجة عدم عدالتها، فهذه العدالة تتحقق ذاتياً وبمعيار شخصي هو معيار المتعاقد نفسه الذي أقدم على إبرام العقد، ولا يمكن أن تقاس هذه العدالة من خارج العقد أو بمعيار موضوعي وليس هناك سبيل لإعادة تقييم عدالة العقد. فما دام المتعاقد قد تمعن وتدبر وأقدم على التعاقد، فإنه حقق مصلحته على نحو ما يريد (كريم، 2013). وعلى ذلك فإن إلتزام الشخص بغير إرادته هو إلتزام ظالم لأنه يعتبر إعتداء على حريته، فإذا اقتضت حاجات المجتمع فرض التزمات على الأشخاص دون أن تنتج إليها إرادتهم فإنه يجب حصرها في أضيق نطاق (صبح، 2002)

من هذا المنطلق يمكن إعتبار العقد من صنع الإرادة وإن تلك الأخيرة هي التي تمده بالقوة الملزمة، وجعل العقد وكأنه شيء مادي مملوك للأطراف منعزل عن محيط تكوينه وتنفيذه بحيث يقتصر الدار الذي يدور في فلكه على إرادة أطرافه المجتمعة. بناءً على ما تقدم على الدولة أن تترك الأفراد يتعاقدون وبذلك يزداد الإنتاج ويتم التوازن بين الإنتاج والإستهلاك، وعلى الدولة أيضاً أن تفرض احترام العقود، فالوفاء بالعهد شرط لتدعيم الثقة التي هي بدورها روح التجارة. فلا يجوز أن تتدخل الدولة في العقود إلا بالقدر اللازم لتوقيع الجزاء على المدين متى أخل بالتزامه (صبح، 2002).

ومجمل هذه النظرية أن الإرادة الحرة شرط لازم وبكفي بذاته لكي يرتب القانون جزاء على الإخلال بالعقد (عباس، 1959) ويتم تنظيم نشاط الأفراد وعلاقاتهم ببعضهم في ظل هذه النظرية على أساس ثلاثة مبادئ رئيسية وهي مبدأ الرضائية، ومبدأ المساواة، ومبدأ الحرية التعاقدية.

ومع ذلك هناك الأسباب التي دعت الفقه إلى إنتقاد الإتجاه الفردي كأساس للقوة الملزمة للعقد. وذلك أن هذه النظرية تجد مصدرها في أفكار الكتاب الأخلاقيين وبعض الفلاسفة، وليس في مفاهيم رجال القانون، وسندهم في ذلك عدم وجود جذور لها في القانون الروماني، أو في العرف، أو العادة (علي، 2016). إضافة إلى ذلك أن نظرية سلطان الإرادة لا تفسر السبب في أن الإرادة السابقة تقيد الإرادة الحاضرة فإذا كان المدين يلتزم بالعقد لأنه أراد ذلك، فكيف يمكن إستمرار التزمه إذا ما تغيرت إرادته ألا يجب أن تتقدم الإرادة الحالية الحية على الإرادة السابقة الميتة، إذاً هذه النظرية لا تقدم تفسيراً لعدم قدرة الإرادة -مادامت هي أساس القوة الملزمة للعقد -على التحلل مما أنشأته (قاسم م.). كما أن الفكرة التي تقوم على أساس أن للإنسان حرية طبيعية سابقة لوجوده في المجتمع، تقوم على إفتراض يخالف الواقع ويجافي الحقيقة لأن الإنسان إجتماعي بطبعه لا يمكنه العيش إلا في المجتمع ووجوده في المجتمع يحتم فرض بعض القيود عليه حماية له وللمجتمع على السواء (حمادة، 2016). وأن تنظيم العقود ومحتوياتها تنظيماً قانونياً مباشراً بات أمراً واقعياً على نحو لا يترك للأطراف المتعاقدة خياراً كبيراً في تحديد شروطها وآثارها كما هو الحال في عقود الإيجار (الدين، 2018).

وهذا مذهب يبالغ في تقدير سلطان إرادة الإنسان حيث يقرر أن (لا إلتزام بلا إرادة) ولكن في الحقيقة نحن نخضع للقوانين الوضعية وهي ملزمة لنا حيث قد يلتزم الشخص بحكم القانون من غير أن تتدخل إرادته، مثال على ذلك الإلتزام بالنفقة بين الأقارب ينشأ نتيجة علاقة القرابة التي يرتب عليها القانون ميلاد الإلتزام ولا شأن لإرادة من يلزم بالنفقة في إنشاء هذا الإلتزام (عباس، 1959). ثم بدأ القضاء يتدخل باستعمال وسائل فنية للحد من الإرادة الفعلية للأفراد، فتارة يوسع من مضمون العقد ليضيف إليه إلتزاماً لم يفكر فيه الطرفان، كإلتزام بضمان سلامة

المسافر في عقد النقل وتارة ينتقص مما أتفق عليه العاقدان كما في الشرط الجزائي (بكر، 2011). والقول بأن الفرد هو أفضل من يدافع عن مصالحه الخاصة وأنه أدري من غيره في تحديد الشروط التعاقدية الملائمة له هو قول خاطيء (دغمان، 2010)، بسبب التفاوت في مقومات الخبرة والمعرفة بين طرفي العقد، وهذا ما قد نجده في إطار العقود النموذجية التي ينفرد فيها المحترف بوضع شروط العقد (كريم، 2013). وفي هذا السياق أيضاً يمكن القول: "إن كل ما يلتزم به الإنسان إلزام عادل"، يتعارض مع حقيقة الواقع في كثير من الأحيان، قد نسلم بهذا المبدأ لو أن كلا من طرفي التعاقد يتقدم للتعاقد مع الطرف الآخر وهما على قدم المساواة، مساواة في الذكاء وفي قوة الإرادة وبوجه خاص مساواة بين القوى الإقتصادية والإجتماعية للمتعاقدين. ولكن في الغالب أن مهارة أحد المتعاقدين وسيطرته الإقتصادية تجعله يتفوق في الإتفاق فيفرض إرادته ويملي شروطه على المتعاقد الآخر الذي تضطره الضرورة إلى الإذعان، وحتى لو أفترضنا أن العقد تم بين متعاقدين وهما على قدم المساواة وفي منتهى الحرية وأنه بذلك نشأ متوازناً عادلاً وقت الإتفاق، فما الذي يضمن بقاء هذا التوازن وإستمرار عدالة الإلتزامات أثناء التنفيذ (عباس، 1959).

الفرع الثاني

القانون الوضعي كأساس لإلزامية العقد

في مواجهة نظرية سلطان الإرادة، وهي النظرية الفردية ظهرت إتجاهات تعارض مبدأ سلطان الإرادة أو في إطلاقه، فإنبثقت من هذه المعارضة بالنسبة إلى العقد ودوره ومكانه في النظام القانوني وجهات نظر تختلف عن الأفكار التي كرستها أو دعت إليها النظرية الفردية فكانت النظرية الإجتماعية (دغمان، 2010). وقد كان للعوامل الإقتصادية والإجتماعية والسياسية دور كبير في وضوح هذه النزعة مع بداية القرن العشرين حيث شاع إستعمال تعبير (النزعة الإجتماعية في القانون) في كتابات الفقهاء ولكن بمعانٍ مختلفة وإن كانت متقاربة، ويرجع العميد (ليون دكي) إلى فكرة الوظيفة الإجتماعية لتلك القوانين الصادرة في فرنسا خلال الحرب العالمية الأولى والتي أجازت بموجبه التدخل في العلاقات التعاقدية بين الأفراد، وفي كيفية إستغلال الملكية الفكرية (دوكي، 1943).

تقوم هذه النظرية على الفكرة القائلة بأن الإرادة المنفردة ليست على هذا الجانب من الأهمية التي يدعيها المنادون بالنظرية الفردية. فالإرادة وإن كانت تعتبر عنصراً هاماً في العقد إلا أنها محكومة بمبادئ العدالة وحسن النية، وكلها من ضروريات المجتمع ومتطلباته، وعلى الإنسان أن يحافظ على هذه الضروريات والمتطلبات، وأن يحترمها حتى ولو لم يرض بها، وإلا وقع تحت طائلة القانون الذي يعلوه على إرادة الفرد ويلزمها (شعيب، 1988). حيث بجانب المصادر الشخصية النابعة من إرادة الطرفين، يذهب هذا الإتجاه إلى أن إلزامية العقد تنبع من المبادئ العامة التي كرستها القانون الوضعي، وبالتالي فإن القانون الوضعي هو المصدر للقوة الإلزامية للعقد، إذ يضع قاعدة الإلزامية وجزاءاتها، ولا يمكن للقضاء أن يأمر بإنفاذ عقد إذا لم يكن متوافقاً مع الأحكام القانونية (دغمان، 2010). ثم أن الإرادة لا تشكل وسيلة منشئة للقانون إلا في الحدود التي تتوافق فيها مع المصلحة العامة ومع القوانين الوضعية، وإن الإنفاذية التي تمس المصلحة العامة لا تستحق أن تتمتع بقوة ملزمة، فإحترام العقد لا يتوقف فقط على تبادل رضى المتعاقدين. فالإرادة وحدها لا تكفي لإلزام المتعاقد معه، فهي لا تملك في هذا الصدد –إلا تفويضا يحدد القانون مداه (E.Gounot، 1912).

ويلاحظ بأن هذا الإتجاه لا ينكر دور الإرادة في العقد وإنما يعارض فقط إعتبارها صاحبة الدور الحصري (حسن، 2010). بمعنى إن القوة الملزمة للعقد تنصرف إلى المضمون الداخلي لإرادة المتعاقدين بعد أن يضيف عليها القانون صفة الإلتزام (ناصر، 2016).

بناءً على ذلك، أن العقد يبقى من عمل المتعاقدين، ولكن في حدود احترام القانون الوضعي، وغايته والمصالح العليا التي تكمن وراءه (قاسم د، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، 2018)، لذلك أن الآثار المترتبة على تصرف ليست ناتجة عن الإرادة وحدها، وإنما تنشأ من ترتيب القانون الوضعي لنتائج معينة على هذا التصرف، أي أن الإرادة ليست هي المنشئ للأثر، وإنما المنشئ هو القانون، بحيث إن العقد لا يكون ملزماً إلا إذا قرر القانون ذلك (علي، 2016). لأن الإنسان يعتبر نتاجاً اجتماعياً ولد مديناً للمجتمع الإنساني لذلك يستوجب تدخل القانون في العقد، وذلك بهدف تعطيل الأثر الضار للأناية الموجودة في الحرية، لذلك فعلى القانون أن يقر أو يحظر أو حتى يفرض الإلتزامات من أجل الحد أو التخفيف من حرية الإرادة وأثرها الضار (صبح، 2002).

ويخلص الى القول بأن العقد ليس سوى قاعدة كسائر القواعد التي يخضع لها الناس، فيكون إلزامياً طالما أن النظام القانوني يجعل منه مصدراً للحقوق. ومن ثم فالعقد إذا كان يلزم أطرافه، فإن أساس هذا الإلزام هو سلطان القانون وليس سلطان الإرادة. والقانون يجعل العقد ملزماً لأن في ذلك مصلحة المجتمع (دغمان، 2010). ولا يحق لأي شخص أن يريد أي شيء، بل يحق له فقط أن يريد أو يسعى الى تلبية المصالح المشروعة (طوبيا)، وإن المتعاقد يلتزم ليس لأنه أراد ذلك، وإنما لإلزامه يرتكز على أساس يخرج ويعلو عن الإرادة، فالإرادة لا تستطيع أن تكون مستقلة لأنها ترتبط بالعالم الوضعي الخارجي، مما يعني أن إستقلالية الإرادة لم تعد اليوم تقبل بعصر يتأتي فيه الخلل في التوازن من طبيعة العلاقة العقدية (مكي، 2011).

وقد ينتقد البعض هذه النظرية ويذهب إلى أن الذين ينظرون إلى الإرادة بمفهومها الاجتماعي، هم في حقيقة الأمر يخلطون ما بين المصدر والأساس، لذلك فإن التصرف القانوني وقوامه الإرادة، يعد المصدر الخلاق للآثار القانونية. ولكن هذه الآثار لا بد أن تتفق مع النظام القانوني الذي تتبعه، على إعتبار أن هذا النظام هو أساس وجودها ومصدرها غير المباشر. وبالتالي فإن النظام القانوني المرتكز عليها يعتبر أساس وجودها وما يترتب عليها من آثار، وليس مصدرها المباشر، فالمصدر المباشر للآثار القانونية هو الإرادة ذاتها والتي يعبر صاحبها عليها بالتصرف القانوني، فالأخير هو الذي تنبثق منه الآثار، وهو لا يتكون فقط من المصدر –الإرادة- وإنما يدخل في تكوينه عنصر جوهرى آخر وهو الإلزام، وبذلك يكون الخطأ الذي وقع فيه أنصار الإرادة بمفهومها الاجتماعي، هو إغفالهم للمصدر المباشر، المتمثل في الإرادة، ووقوفهم عند المصدر البعيد، المتمثل في القانون (علي، 2016).

ثم إن تدخل الدولة لتنظيم الروابط التعاقدية بنصوص قانونية لا يعني تجريد هذه العلاقات من قوتها النابعة عن الإرادة فلو لا الإرادة لما كان هناك عقد ولولا وجود العقد لما كان هناك قانون ينظم هذه الروابط بمعنى اخر أن الإرادة تبقى صاحبة السبق في إنشاء العقد وترتيب الإلتزامات، وإن تفاوتت قوة هذه الإرادة في إحداث هذا المفعول تبعاً للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة وإن تدخل الدولة في تحديد الروابط التعاقدية لا يلزم الإرادات ويدفعها إلى التعاقد رغماً عنها إذ تبقى الإرادة حرة في التعاقد أو عدم التعاقد إذا لم ترص بالقواعد الموضوعية التي تنظم التعاقد (عبد الحميد، 2012). كما وأنه مهما كان دور المشرع في تحديد آثار التصرفات القانونية، ومهما كان تأثير التيارات الاجتماعية على الإرادة للتقليل والنضيق من قدرتها، فإن ذلك لايعنى القضاء على دور الإرادة في التصرف القانوني، لأن في ذلك القضاء على نظرية التصرف القانوني ذاتها، وخير دليل على ذلك أن للإرادة دوراً أساسياً في إبرام العقود التي أصطلح على تسميتها بالعقود الجبرية حيث يمكن للشخص أن يتحمل الجزاء الذي يفرضه القانون عند الإخلال بالتزامه (علي، 2016).

المطلب الثالث

النظريات الحديثة في أساس القوة الملزمة للعقد

يقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع وفق الآتي:

الفرع الأول

العدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية كأساس للقوة الملزمة للعقد

يرى البعض وعلى رأسهم جاك غستان (Ghestin) أن قوة العقد الإلزامية تنبع من منفعته الاجتماعية ومطابقتها للعدالة التعاقدية (غستان، 2000)، ويبرر نظريته على أنه عجز مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من قوة ملزمة للعقد عن تفسير الحالات والأوضاع التي تمثل خروجاً على هذا المبدأ، فذهب إلى أن العقد لا يستمد قوته الملزمة من إرادة المتعاقدين وما يتمتعان به من سلطان بحيث يحظر أنهاءه أو تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين، وإنما يستمد قوته الملزمة من كونه نافعاً وعادلاً، ما يعني بطريقة غير مباشرة أن العقد يُجرد عن قوته الإلزامية إذا لم يكن نافعاً اجتماعياً أو لم يحترم العدالة التعاقدية، لذلك ومن خلال هاتين الفكرتين (المنفعة والعدالة) تم فك الارتباط بين القوة الملزمة للعقد وإستقلالية الإرادة وربطها بعناصر موضوعية من خارج الجانب الإرادي في العقد (حسين، 2011).

فيما أن العقد وسيلة لتبادل منافع مادية أو خدمات يقرها كل من طرفيه، فإن التقاء مشيئة طرفي العقد يكون حول موضوع أو عمل مادي معين يرى كل منهما في تحقيقه فائدة له، وكل إتفاق آخر لا تشكل المنفعة المادية موضوعاً له لا يعتبر عقداً بالمعنى القانوني بل يكون الالتزام به إديبياً أو معنوياً أو اجتماعياً ولا يجد له في القانون الوضعي سنداً لإلزاميته التي تنبثق عنها قوته التنفيذية وهكذا بإعتبار ان العقد وسيلة لتبادل المنافع. لذلك فإن ما يبرره هو الفائدة المادية التي يجنيها كل من طرفيه، فمالك قطعة الأرض يرضى ببيعها لأنه يرغب في قبض ثمنها، بينما المشتري يرغب في شرائها لأنه يرغب في تملكها ويوافق على خروج قيمتها النقدية من ذمته المالية لتدخل ذمة البائع المالية (العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، 2016). وبما أن العقد وسيلة لتبادل الأموال والخدمات فلا بد وأن يتجه لتحقيق فائدة معينة بانعدامها يزول كل أثر ملزم للعقد، ففي المثال السابق لم يرتض البائع التنازل عن مبيعته إلا للحصول على فائدة معينة وهي قبض ثمنها نقداً، والمشتري لم يرتض تسليم الثمن إلا لأنه يرغب في الحصول على المبيع والإنتفاع به (عزوز، 3014).

والمنفعة تكون عنصراً في المصلحة، وليست هي المصلحة ذاتها، فقابلية الشيء على اشباع الحاجة لا تتحقق بالضرورة من استيفاء المنفعة إذ لا بد من غاية يراد تحقيقها من الإنتفاع لذلك، فإن المصلحة هي محرك الإنتفاع الذي يخرج المنفعة من سبباتها، أي ان المنفعة هي قدرة الشيء على اشباع حاجة مشروعة بواسطة غيرها، كما الماء الذي له القدرة على اطفاء الظم، ذلك لا يتحقق إلا بواسطة الإنتفاع (الشرب) التي هي غير المنفعة، فالمنفعة غير مقصودة لذاتها وإنما للمصلحة المتحصلة من الإنتفاع (المعموري). من هذا المنطلق، ان المتعاقد يسعى من خلال العقد الى تحقيق منفعة باشباع احتياجاته، وبذلك تكون المنفعة هي الدافع وراء أي تصرف، فتعود المنفعة على الفرد شخصياً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق تحقيق مصلحة المجتمع (الرضا، 2015).

والجدير بالإشارة هناك نوعين من المنفعة في العقود، منفعة شخصية لشخص بعينه ومنفعة عامة تحقق مصلحة للمجتمع بصورة عامة، والقانون لا يعطي للعقد قوة ملزمة لأنه يحقق منافع خاصة فقط بل لأنه ينتج عمليات نافعة اجتماعياً ويترتب على ذلك تبعية هذا العقد كأداة لتبادل القيم للنظام العام، فالإرادة لم تعد حرة في التعاقد بل مفيدة بعدم مخالفة النظام العام لإرتباطه بالمصلحة العامة (حسين، 2011).

بناءً على ما تقدم، فإذا إنتفت الفائدة أو المنفعة من العقد لم يعد له مبرر ولا يتدخل القضاء في هذه الحالة لإعطاء العقد القوة التنفيذية إلا لتكريس حقوق مادية نابعة من العقد، كما إن القانون الوضعي لا يعطي القوة التنفيذية للعقد إلا إذا كان مفيداً على الأقل لأحد طرفيه. عليه فإن نظرية سوء إستعمال الحق أو التعسف في إستعمال الحق وضعت في الواقع لضبط إنفاذ العقد ضمن حدود الفائدة منه. فإذا بدى للقاضي بان لا منفعة للمدعي من طلب إنفاذ العقد يرفض دعواه، كما لو أن العقد نص على قيام أحد طرفيه بإعطاء دروس في الموسيقى للطرف الآخر

فأصيب هذا الأخير بعاهة تحول دون أدائه أو سماعه للموسيقى، فلا يصح منه طلب تنفيذ العقد لمجرد التنفيذ، بينما الفائدة منتفية من تنفيذه (العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، 2001).

ويستنتج جاك غستان من المنفعة الاجتماعية مبدأين أولهما هو مبدأ الاستقرار القانوني ويقصد به الأمن القانوني وهو تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف اشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقة القانونية. (سيد، 2011) وثانيهما مبدأ الحرية والمسؤولية حيث يسمح العقد للأفراد بممارسة سلطة واسعة لتنظيم علاقاتهم، والقوة الملزمة للعقد نتاج طبيعي لهذا العقد وهي تركز على القانون فلا تكون إرادة المتعاقد إرادة تحكمية فكما تكون حرة تكون مسؤولة (الرضا، 2015) (حسين، 2011).

بالإضافة إلى ما تقدم، بموجب هذه النظرية يجب أن لا يقتصر العقد كونه مفيداً فحسب، بل يجب أيضاً لكي يكون ملزماً، أن يكون العقد عادلاً (عزوز، 3014). ويقصد بالعدالة العقدية هنا عدالة تبادلية تصحيحية وتهدف إلى حفظ التوازن بين الذمم المالية وتعطي كل متعاقد جزءاً يعادل مقدار ما يعطي (حسين، 2011). وعليه فإن العدالة التبادلية تكون في نطاق العقد الملزم للجانبين، إذ إنها تكون ضمن علاقة طرفي العقد بما يولده من حقوق والتزامات، بحيث يكون هدف العدالة التبادلية تحقيق التوازن بين المنافع لكل من طرفي العقد أو بين الأداءات المتبادلة، ووصفت بالتبادلية لأنها تكون بمبادلة الأشياء والخدمات بين الأفراد، أي المبادلة بين الأداءات المتبادلة ويجب أن يتحقق التعادل والتناسب بين ما أعطى وما أخذ كل طرف من طرفيه، وبناءً على ذلك فإن العدالة التبادلية في نطاق العقد تتحقق إذا كانت هناك حقوق كلا من طرفي العقد بما يقابلها من التزامات. (حاتم)

إذا فالعدالة التبادلية تقتضي توافر معيارين متلازمين في وجودهما، المعيار الأول هو معيار التعادل والمعيار الثاني المكمل له هو معيار التناسب، إذ يجب توافرهما مجتمعين معاً حتى تتحقق العدالة التبادلية، فيقصد بمعيار التعادل وجود مساواة في القيم المتبادلة بين الأداءات المتبادلة أي عندما يحصل كل طرف من أطراف العقد على منافع متكافئة ومتماثلة مع ما يحصل عليه الطرف الآخر من ذات العقد. أما التناسب فيقتضي بأن يكون كل أداء من الأداءات المتبادلة ضرورياً لكل طرف من أطراف العقد، وكذلك يجب أن لا يكون مبالغاً فيه نسبة إلى الأداء المقابل ونسبة إلى وظيفته وعلى ذلك تتحقق العدالة التبادلية في عقد معين وفقاً لهذا المعيار إذا كان الالتزام ضرورياً وغير مبالغ في تحديده لأن ذلك يسمح بتحقيق المنفعة المتبادلة لطرفي العقد. (محسن)، مما تقدم يتبين، أن القوة الملزمة للعقد مع بقائها هي الأصل – إذا كان من الجائز تأسيسها على فكرة المنفعة والعدالة العقدية، فقد ذهب البعض إلى أنه يجوز في حالات معينة إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، متى كان ذلك ما يقتضيه العدل أو يفوت مصلحته في العقد وذلك حماية للدائن في مواجهة مدين لم ينفذ التزامات على النحو المتفق عليه أو في حالة إخلال المتعاقد معه بالتزاماته إخلالاً جسيماً.

والجدير بالذكر يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إن مصطلح (القانون) الوارد بنص المادة 1134 من الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016) على أن له معنى أكثر عمومية وشمولية من المعنى الإصطلاحي لهذا اللفظ وذهب هذا الرأي بوجود البحث في المعنى الأصلي للالفاظ الواردة في المادة (1134 الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي والتي بمقتضاها تعتبر (الإفاقات المبرمة على الوجه القانوني تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها) ويرون بأن الفقيه (دوما- Domat) والذي أخذت عنه العبارة المذكورة بهذه المادة، إتمد مفهوماً لمصطلح القانون يختلف عن معناه الحديث الذي يعطى له، وذلك بإستخدامه هذا المصطلح للإشارة إلى فكرة العدل والعدالة أو الإنصاف (قاسم د، القانون المدني، الإلتزامات، المجلد الثاني، العقد دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد(2016)، 2018). وإن إتباع هذا التفسير لمعنى القانون الوارد بنص الفقرة الأولى من المادة (1134) مؤداه القول بأن

العقد لا يكون ملزماً إلا في حدود كونه عادلاً، لذلك الإتفاقات تكون ملزمة هذا الفقه ليس لأنها تعبيراً عن إرادة أطرافها، وإنما لأنها عادلة أو يفترض إنها كذلك.
هذا المعنى لمصطلح (القانون) يمكن بحسب البعض الآخر من الفقه إعتماده بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بأن العقد لا يجوز نقضه إلا للأسباب التي يقرها القانون، فهذه المادة تعود في أصلها إلى كتابات الفقيه (دوما) والذي عرف عنه التناغم وتناسق الأفكار ومن هنا يذهب هذا الرأي بأن عبارة الأسباب التي قررها القانون لا تعني فقط الحالات التي نص عليها القانون، ولكن أيضاً تلك التي يفرضها العدل والعدالة والأخلاق (قاسم د.)، القانون المدني، الإلتزامات، المجلد الثاني، العقد دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد (2016)، (2018).
ويلاحظ ان البعض من الفقه المصري يذهب إلى ان القانون المدني المصري كرس جزئياً نظرية النافع والعادل، حيث يرون بأن المشرع المصري قد وقف موقفاً معتدلاً من مبدأ سلطان الإرادة، إذ ان الإرادة مازالت تستبد في إنشاء العلاقة القانونية وتحديد اثارها الا أن ذلك يجب ان يكون وفق المصلحة العامة ومقتضيات العدالة. أما في الفقه العراقي يرى البعض أن المشرع العراقي غلب اعتبارات الاستقرار القانوني على متطلبات العدالة (الرضا، 2015).

الفرع الثاني

فكرة التوقعات المعقولة والثقة المشروعة للدائن كأساس للقوة الملزمة للعقد

تقوم هذه النظرية على فكرة موضوعية جديدة وهي التوقع المعقول والثقة المشروعة للدائن في الإلتزام ، حيث يعتبر البعض (حسن، 2010) بأن مصدر القوة الملزمة للعقد هي الثقة التي منحها الدائن لمدينه، بحيث أصبح يترتب على هذا المدين أن لا يخيب الظن به ويخل بالثقة المشروعة الممنوحة له من دائنه (ناصر، 2016).
وبما أن العقد أداة ضرورية لتحقيق ثقة الدائن وتحقيق الإلتزام، أي الثقة المشروعة إزاء ما يتضمنه العقد باعتبار أنها المظهر الإيجابي لإحترام الوعد على الصعيد الأخلاقي (الصادقي). يتجه هذا الفقه بأن الملتمزم لا يعتمد على حقيقة ان العقد يخلق التزاماً، بل يعتمد على قصد المدين أو نيته على تنفيذ ما تعهد به، فإذا أيقن المتعاقد بأن هناك احتمال المتعاقد الآخر وضع ثقته في العقد وأنه سيتضرر إذا تم الإخلال به، أي ان عدم التنفيذ قد يتسبب في ضرر المتعاقد الآخر بأن يجعله في وضع اسوأ مما كان عليه، عندها يلتزم المتعاقد أولاً ولا يخل بهذا الإلتزام ثانياً. يتضح من ذلك ان الثقة هي أحد العوامل التي تجعل العقد ملزماً، فالعقد وفقاً لهذا التحليل ملزماً، إعتقاداً على أن عدم تنفيذه يؤدي إلى ضرر أحد المتعاقدين. وهذا الضرر هو الشعور بالأذى الذي ينتج عن الإخلال بالتعهد لدى الملتمزم له، فهذا التعهد يخلق توقعاً لديه، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا كيف يتم تفسير السبب الذي يجعل الشخص يثق بالعقد أو باللتزام الطرف الآخر مالم يكن متأكداً من أن العقد ذو قوة ملزمة؟ بمعنى آخر إذا كانت الصيغة الإلزامية للعقد هي ما دفعت المتعاقد ليثق بالعقد، فكيف يمكن أن يكون سبب القوة الملزمة للعقد هي الثقة (الرضا، 2015) ؟

وفي هذا السياق أخذ على هذا التحليل، أن إعتبار الثقة كأساس للقوة الملزمة للعقد من شأنه إضعاف العقد، حيث يجعله عرضة للتخلص منه، كلما طرأ ما يؤثر في الثقة بين المتعاقدين، كما أخذ عليه أيضاً أن الثقة مفهوم غير منضبط، كما أن ترجمته من هذه الناحية تبدو أمراً يصعب إدراكه .

لذلك ظهر تحليل آخر يذهب في هذا الصدد إلى أن أساس القوة الملزمة للعقد هو توقع الدائن (قاسم م.). ويقوم هذا المفهوم على المزوجة أي جمع وتركيب بين العناصر الشخصية من العقد مثل الإرادة والعناصر الموضوعية مثل السبب والتوازن العقدي ليتولد عن توليف العناصر العقدية مفهوم للقوة الملزمة للعقد، وبما أن الأطراف المتعاقدة عندما تتجه إرادتهما إلى إبرام العقد، فإن كل منهما يتوقع من الطرف الآخر الحصول على مزايا وفوائد

من هذا العقد، وهذا الهدف يظل دائماً وأبداً مسيطراً على ذهن طرفي التعاقد. إذ أن للفرد أن يطالب بضمان تنفيذ المنافع والفوائد التي يُوعَد بها، كما أن له أن يطالب بتحقيق توقعاته المشروعة الناشئة عن الوعود والإتفاقات. حيث أصبح العقد في ظل هذه النظرية يطلق عليها (التنبوء) فهو يعد تنبؤاً بالقدرة على إنجاز أمر ما في المستقبل وبالاستعداد لإنجازه (الصدقي). لذلك يكمن أساس القوة الملزمة للعقد في التوقعات المعقولة والمشروعة للدائن من تنفيذ المدين للإلتزامه، ويلتزم ذلك أن المدين لا يكون ملزماً، إلا في حدود هذا التوقع المعقول من قبل الدائن. ولكن كيف يتم تقدير ما يتوقعه الدائن؟

حيث أن البعض من الفقه الفرنسي (قاسم د، فسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، 2016) المؤيد لهذه النظرية يتحفظ بشأن كيفية تقدير ما يتوقعه الدائن، ويرى أن هذا التوقع لا يجب أن يتم تقديره بطريقة مجردة، وفق التوقع المعقول أو المنطقي، كما لا يجب ترك تقدير ذلك التوقع للقاضي كما تقتضي نظرية التوقعات المعقولة، وإنما يجب إستخلاصه من إرادة المتعاقدين. فالمصلحة المتوقعة من قبل الدائن يجب أن يتم تقديرها في ضوء تلك القائمة وقت تبادل الرضاء بين الطرفين فهي المصلحة الداخلة في نطاق العقد، بحسب طبيعته، وفقاً للقانون والعرف.

وإذا كانت القوة الملزمة للعقد تكمن –بحسب هذا التحليل الأخير- في المصلحة المتوقعة حصول الدائن عليها، فإن مؤدى ذلك، بالنتيجة أن العقد لا يجب أن تبقى له مثل هذه القوة من الإلزام، إلا بقدر إحتفاظه بهذه الفائدة (قاسم د، فسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، 2016).

بناءً على ما تقدم، عندما يصيب العقد أي خلل في التوازن خلال مرحلة تنفيذه، على المتعاقدين أن يبحثوا عن الحل في الحاضر لا أن يرجعوا إلى ما أنفقوا عليه عند إبرام العقد، كل منهم أن يعرض إستمرارية الإتفاق وجعله أكثر توافقاً. هذا الأمر يتعلق بإظهار الثقة من كل المتعاقدين تجاه الآخر في بحثه عن حل يرضى منفعتهم المشتركة، وتتجسد الثقة أيضاً بشكل أوضح عندما تظهر رغبة المتعاقدين في الإستمرار بتنفيذ العقد وقبولهم التصحيح. لذلك فإذا كانت القوة الملزمة للعقد ترمي إلى تحقيق العدالة والمنفعة العامة للمتعاقدين فإن هذين المعيارين يقضيان أن تكون هذه الثقة الظاهرة والمشروعة التي يولدها العقد أساساً لقيام الإلتزام. فالثقة المشروعة هي تلك الثقة العادية والمعقولة، والثقة المعقولة هي تلك التي يتمتع بها الفرد ذو المعرفة المتوسطة، أما بالنسبة للثقة العادية، فهي التي يمكن للفرد حسن النية أن يثبتها لكي لا يُترك للفريق الثاني مجالاً للتعسف أو للخداع (مكي، 2011).

والجدير بالإشارة تجد هذه الفكرة جذورها في القانون السويسري فهو لا يأخذ في إبرام العقد بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة وإنما يأخذ بثقة الدائن المخاطب بالتعبير وما يفهمه بحسن نية من هذا التعبير، وعلى هذا يبني الإلتزام العقدي على أساس الثقة المشروعة المتولدة لدى الدائن من التعبير المخاطب به (عياد، 1973).

الفرع الثالث

الأساس الإقتصادي للقوة الإلزامية في العقد (مبدأ استقرار المعاملات)

إن مبادئ الإستقرار في العلاقات المالية تفرض إلتزام أطراف العقد للإلتزامات التي أقرها والزموا أنفسهم بها، فالعقد وسيلة تبادل لمنافع مادية، وبالتالي، إن من يتخلى عن شيء، له الحق بأن يتلقى مقابلاً له بصورة لا تُنتقص معها ذمته المالية بخسارة الشيء الذي تخلى عنه دون مقابل (العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، 2001). لذلك وفقاً لهذا الإتجاه، أن قوة العقد تستند إلى مبدء إقتصادي جوهري وهو وجوب إستقرار المعاملات، فإذا لم يكن من شأن العقد تقييد المتعاقد بما يشتمل عليه انصراف الناس عن إبرام العقود، وانعدمت الثقة بين الأفراد واضطربت لذلك المراكز القانونية.

إذن، بما أن العقد يُشكل عملاً توقعياً للمستقبل، يقتضي أن يطمئن المتعاقدين إلى أن ما أتفقوا عليه سينفذ حتى لا يؤدي إلى زعزعة مبدأ الأمان والإستقرار في المعاملات (مكي، 2011). وإن القول بوجود أساس إقتصادي وإجتماعي لإلزامية العقد معناه ضرورة توفير إستقرار المعاملات بين الأفراد الأمر الذي يحقق الأمان القانوني للعلاقات التعاقدية وعدم تهديد المراكز القانونية بمخاطر تهدد مصالح المتعاقدين، بحيث تعم الثقة بين المتعاملين الإقتصادييين من جهة وبين عامة الناس من جهة أخرى بحيث أنه لا يكون لأي من المتعاقدين أن ينفرد بقراره بنقض العقد أو تعديله، ويكون من شأن ذلك أن يحقق الفائدة الإقتصادية والإجتماعية المرجوة منه (الدين، 2018).

والجدير بالذكر أن الغاية من إجراء المعاملات المالية هي تحقيق المصلحة، وبما أن كل شخص يحاول الحصول على مصلحته، فهو يقوم بترجيح مصلحته على مصلحة الآخرين ومن هنا يبرز التصادم والتعارض بين المصالح المختلفة، وعليه فإن النظام القانوني لا بد أن يقوم بحل التعارض بين المصالح المتعارضة لكي تستقر المعاملات بين الناس (حاجي، 3017)، ولأن غاية العقود هي تنظيم العلاقات القانونية وإقرار الحقوق وفرض الإلتزامات والواجبات، فمن باب أولى أن تستقر هذه المبادلات الإقتصادية والإجتماعية وتؤدي غرضها ويسود النظام في المجتمع، ويتم التحكم في العلاقات القانونية بواسطة العقود كأفضل وسيلة لتنظيم نشاطات الإنسان الإجتماعية والإقتصادية (عبدالقادر، 2007-2008). أي بعبارة أخرى أن توفير وتأمين الثقة المشروعة للمتعامل لكي يثق بالمراكز القانونية وبالنظام القانوني الذي ينظم معاملاته، ويحكم منازعته وذلك بإلحاق اليقين والثبات في المراكز القانونية وبالتالي خلق جو من الأمان والإستقرار لكي يشعر المتعامل (الفرد) بالطمأنينة والراحة، وتوفير وتأمين الأمان الفردي هذا من جانب. ومن جانب آخر فإن المجتمع بحاجة إلى توفير وتأمين الأمان الجماعي المتمثل بحماية أمن التعامل وتأمين الثقة المشروعة في المجتمع بغية تنشيط الحركة الإقتصادية وتشجيع التبادل. إذ أن الغاية المباشرة للقانون هي غاية نفعية تهدف إلى تحقيق الإستقرار وخلق النظام، لذلك يعد الأمان بمثابة القيمة الإجتماعية الأساسية التي يسعى النظام القانوني إلى تحقيقها بغية اليقين والثبات في المراكز القانونية أي ما يسمى بالأمان الفردي، وكذلك حماية أمن التعامل أي ما يسمى بالإستقرار الحركي، وحيث أن أمن وإستقرار المعاملات أصبحت من غايات القانون فإنه يمثل الإتجاه في السلوك وبالتالي تتحكم وتتولد منهما مجموعة من القواعد ذات البعد الفني، وبهذا يصبح مبدأ إستقرار المعاملات مبدأ عاماً في القانون (حاجي، 3017). وتعد قواعد القانون المنظمة للوفاء بالإلتزامات وعدم الإخلال بها من الآليات التي تؤدي إلى تحقيق الإستقرار في المعاملات، لأن إخلال احد الاطراف بتنفيذ التزامه، اياً كان التزامه، يؤدي الى عدم استقرار المراكز القانونية ومن ثم المعاملات المالية. ولكي يتحقق الإستقرار للمعاملات المالية، لابد من عوامل، تساعد على تحقيق هذا الإستقرار، وهذه العوامل نجدها في نصوص القانون المدني العراقي، وبعض التشريعات المدنية العربية (الشكري، 2014).

جدير بالذكر ان موقف المشرع العراقي من هذه النظريات، ليس هناك للإرادة دور مطلق وإنما يتغير، حيث في نطاق القانون العام لا يبرز فيه دور لسلطان الإرادة إذ ان الروابط التي يحكمها هذا القانون يحددها المشرع مستندا على المصلحة العامة، أما في نطاق القانون الخاص وفي إطار الحقوق الشخصية (الإلتزامات) للإرادة تلعب دورا بارزا فيها ولكن ليس بصورة مطلقة بل هناك بعض القيود تحد من سلطته، ويتمثل هذه القيود طرق متعددة، منها ما يتطلب استحصال الأذن المسبق لوزير المختص لإبرام العقد أو ترتيب آثار عليها أو تنظيم عقد معين بكل ما هو ضروري بنصوص أمر بحيث لا يبقى لإرادة فيها دور فعال كما هو موجود في عقد العمل

1 - القانون المدني العراقي اعتبر الحقوق الشخصية مرادفا للإلتزامات وهو محل انتقاد شراح القانون المدني.

كتحديد ساعات العمل والأجور والإجازات وغيرها. كذلك قد منح المشرع السلطة للقاضي بإضافة التزامات باعتبار من مستلزمات العقد ولو كان غير مشروطا في العقد فيوسع بذلك مضمون العقد كما هو في الالتزام بضمان السلامة في العقود، وقد يكون عن طريق تحديد نسبة أعلى كما هو في الفائدة والأجرة في عقد الايجار. عليه ان للإرادة دور مهم في نطاق الحقوق الشخصية في القانون العراقي مع وجود قيود فرضها المشرع بهدف حماية الطرف الضعيف وتحقيق العدالة العقدية وتوازن العقدي، ومنعا لتسلط الطرف القوي في التعاقد، ومراعاة المصلحة العامة، أما في النطاق الحقوق العينية وبما ان هذه الحقوق قد جاء على سبيل الحصر بحيث لا يجوز للإرادة إضافة حق عيني جديد، الا في بعض الاحكام الجزئية وذلك بإرادة المشرع ففي المسائل التي لا تتعلق بالنظام العام وبالإضافة ان كثيرا من هذه الحقوق قد تولى المشرع بتنظيم آثارها لذلك ان للإرادة دور قليل وفي نطاق ضيق .

الخاتمة

توصلنا من خلال دراستنا لموضوع مبدأ القوة الملزمة للعقد وأسسها القانونية- دراسة مقارنة إلى عدة نتائج يمكن إجمالها كالآتي:

1- مبدأ القوة الملزمة للعقد من المبادئ المستقرة في القانون المدني العراقي والمصري وقد أكدت التعديلات الأخيرة للقانون المدني الفرنسي عليها أيضا، وهو ما استقر العمل بشأنه في القضاء العراقي وكذلك في البلدان محل المقارنة.

2- أن مبدأ القوة الملزمة للعقد ليس مبدأ مطلقا، فقد يجوز لأحد طرفي العقد التحلل من التزاماته العقدية، وذلك قبل تنفيذها إما عن طريق إتفاق مع المتعاقد الآخر لإنهاء العلاقة العقدية (الإقالة)، أو تعديل وإنهاء العقد بإرادته المنفردة إذا كان عقداً غير لازم كما في عقد الوكالة، أو يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بطلب فسخ العقد إذا أخل المتعاقد الآخر بالتزاماته المحددة في مضمون العقد من حيث شروطه وبنوده.

3- يبدو لنا أن في كل الحالات التي يمنح القانون حقاً للمتعاقد بإنهاء أو تعديل العقد يجب أن لا يتعسف في إستعماله وذلك إقراراً بما جاء في المادة(7) من القانون المدني العراقي حيث لايجوز للمتعاقد أن ينهي العقد إذا كان لم يقصد بذلك إلا إضراراً بالطرف الآخر، فمثلا للموكل أن يعزل الوكيل وينهي الوكالة، ولكن اذا كانت الوكالة بأجرة، والعزل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل.

4- للقاضي في حالات محددة سلطة تقديرية في تعديل العقد إستثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك بناء على إعتبارات قانونية وواقعية في مرحلة تكوين العقد حيناً وفي مرحلة التنفيذ أحيانا أخرى.

5- لا يمكن أن نقول إن أساس القوة الملزمة للعقد في الأنظمة القانونية القديمة قد ركز على مفهوم القانوني وإنما كان إلتزام الوفاء بالعقد بالأساس كان يستند إلى مبادئ دينية وأخلاقية ولم يكن للإرادة دور بارز في مجال العلاقات القانونية حيث كانت الغلبة للطقوس والإجراءات الشكلية بدلاً من الأسس الإرادية للمتعاقدین بدليل أن جذور هذه الأسس الدينية والأخلاقية لازالت موجودة في بعض الأنظمة الحديثة أيضا.

6- في عهد الكنيسة تم تأسيس القوة الملزمة للعقد على فكرة دينية مؤداها أن قطع العهد على النفس يستوجب تنفيذه تجنباً للخطيئة والإثم، وفقاً للمبدأ الشائع آنذاك (لا يرضى عهداً من لا عهد له). وهذا كان تطوراً ملحوظاً نحو التطوير والإهتمام بعنصر الإلزامية في العلاقات التعاقدية بالإستناد إلى المبادئ الدينية مقارنة بما كانت عليها في القانون الروماني حيث كانت مقيدة بالإجراءات الشكلية المعقدة.

- 7- هناك العديد من النظريات القانونية التي قبلت بصدد الأساس القانوني لمبدأ القوة الملزمة للعقد، منها: نظرية قانون الإرادة، وونظرية سلطان القانون التي ظهرت في مواجهة نظرية قانون الإرادة، ونظرية المنفعة الإجتماعية للعقد وعدالته، واستند آخرون الى فكرة التوقعات المعقولة والثقة المشروعة للدائن كأساس للقوة الملزمة للعقد. ومنهم من استند الى مبدأ استقرار المعاملات.
- 8- النظريات التي قبلت جميعها لم تسلم من النقد ولكن قد تجد التشريعات تأخذ بها بدرجات متفاوتة مثلا القانون السويسري يأخذ الى حد ما بنظرية التوقعات المعقولة والثقة المشروعة للدائن كأساس للقوة الملزمة للعقد بينما القانون المدني المصري كرس جزئياً نظرية النافع والعاقل، حيث يرى البعض بأن المشرع المصري قد وقف موقفاً معتدلاً من مبدأ سلطان الارادة، إذ ان الإرادة مازالت تستبد في إنشاء العلاقة القانونية وتحديد اثارها الا أن ذلك يجب ان يكون وفق المصلحة العامة ومقتضيات العدالة. أما المشرع العراقي فقد غلب اعتبارات الاستقرار القانوني على متطلبات العدالة.
- 9- مهما كان دور المشرع في تحديد آثار التصرفات القانونية، فإن ذلك لايعنى القضاء على دور الإرادة في التصرف القانوني، لأن في ذلك القضاء على نظرية التصرف القانوني ذاتها، وخير حجة على ذلك أن للإرادة دوراً بارزاً في ابرام العقود التي أصطلح على تسميتها بالعقود الجبرية حيث يستطيع الشخص أن يتحمل الجزاء الذي يفرضه القانون عند الإخلال بالتزامه.

الهوامش

- (1) قرار محكمة التمييز، رقم الحكم 57/2718/حقوقية في 1957/12/21 سلمان بيات، ص156.
- (2) انظر المادة 947 من القانون المدني العراقي والمادة 715 و716 من القانون المدني المصري والمادة 2004 من القانون المدني الفرنسي
- (3) تقابل ذلك المادة 643 من القانون المدني المصري والمادة 1889 من القانون المدني الفرنسي..
- (4) انظر المادة 969 من القانون المدني العراقي والمادة 722 من القانون المدني المصري والمادة 1944 من القانون المدني الفرنسي..
- (5) تقابل ذلك المادة 544 من القانون المدني المصري والمادة 311-29 من قانون الإستهلاك الفرنسي..
- (6) المادة 885 من القانون المدني العراقي ويقابل ذلك المادة 663 من القانون المدني المصري والمادة 1794 من القانون المدني الفرنسي..
- (7) المادة 36 من قانون العمل العراقي رقم 71 في سنة 1987 المعدل. والمادة 43 م من قانون العمل رقم 37 لسنة 2015 النافذ.
- (8) الفقرة ثالثاً من المادة (37) من قانون العمل رقم 37 لسنة 2015 النافذ.
- (9) حكم البند (ح) من الفقرة (اولاً) من المادة (43) من قانون العمل رقم 37 لسنة 2015 النافذ ويقابل ذلك المادة 2/678 من القانون المدني المصري والمادة 104-2 -من القانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003 والمادة 1243-2 من القانون العمل الفرنسي..
- (10) انظر المادة 620 و621 من القانون المدني العراقي والمادة 500 من القانون المدني المصري.
- (11) المادة 509 من القانون المدني العراقي
- (12) المواد 510 و511 من القانون المدني العراقي.
- (13) المادة 524 من القانون المدني العراقي.
- (14) انظر المادة 558 من القانون المدني العراقي.
- (15) أنظر الفقرة الثالثة من المادة 947 من القانون المدني العراقي والمادة 725 من القانون المدني المصري.

(16) وتقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري. أما المشرع الفرنسي فقد استحدث في تعديل 2016 نصاً بشأن إهدار كل شرط ينطوي على إخلال جسيم بالتوازن العقدي بين المتعاقدين، وإعتباره كأن لم يكن، قفزة مهمة نحو حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان حيث جاء في المادة 1171 من تعديل جديد في القانون المدني على أنه ((في عقد الإذعان يعد كأن لم يكن كل شرط ينطوي على إخلال جسيم بين حقوق والتزامات أطراف العقد. ولا عبء في تقدير هذا الإخلال الجسيم بموضوع العقد الرئيسي ولا بمدى ملاءمة الأداء المقابل)) للتفاصيل أنظر ا.د. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية-لمحات في بعض المستحدثات/مصدر سابق، ص322-323

وبعد المادة 940 من القانون المدني العراقي الخاصة بأجرة الوكيل تطبيقاً للشروط التعسفية عندما نصت المشرع في الفقرة الثانية من المادة 940 من القانون المدني على أنه (إذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير المحكمة، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة، هذا مع مراعاة احكام القوانين الخاصة). بموجب هذه المادة يجوز للقضاء أن ينقص أجر الوكيل كل مرة ثبت له إذعان الموكل نتيجة ضعفه أمام إرادة الوكيل القوية.

كما نص المشرع على نماذج من الشروط التعسفية في عقد التأمين حيث نصت في المادة 985 على أنه (يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الأتية):

1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين والانظمة، إلا اذا انطوت هذه المخالفة على جناية او جنحة عمدية.

2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخر في اعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات، او في تقديم المستندات، اذا تبين من الظروف ان التأخر كان لعذر مقبول.

3- كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الاحوال التي تؤدي الى البطلان او السقوط.

4- شرط التحكيم اذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

(17) وقد استخدم المشرع المصري في المادة 147 من القانون المدني عبارة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول خلافاً للمشرع العراقي والتي استخدم ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول لذلك يرى البعض بأن صياغة القانون المصري أفضل لأنه إستخدام كلمة (رد) وهذا يشمل إنقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول وزيادة الإلتزام المقابل. د. عصمت عبدالمجيد إختلال التوازن الإقتصادي في العقد ودور القاضي في معالجته دراسة مقارنة، اطروحة الدكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسياسة جامعة بغداد، 1978، ص259 و سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لإستحالة التنفيذ بسبب ظروف الطارئة، مجلة مركز دراسات كوفة، العدد السابع، السنة الخامسة، السنة 2008، ص153.

والجدير بالإشارة فيما يتعلق باتجاه المشرع الفرنسي بحيث لم يكن القانون المدني الفرنسي يعرف نظرية الظروف الطارئة حتى صدور التعديل الأخير في 2016 كما كان القضاء الفرنسي مناوئاً لها فحظر على القاضي أن يتدخل في إعادة التوازن بين طرفي العقد عند حصول ظروف غير متوقعة إيماناً منه بأن ضمان الأمن العقدي أولى من تحقيق العدالة ولكن في التعديل الأخير لسنة 2016 قد تم إقرار نظرية الظروف الطارئة بشكل صريح عندما تنص المادة 1195 على أنه ((إذا طرأت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد من شأنها أن تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً بدرجة كبيرة للمتعاقد الذي لم يقبل تحمل المخاطر، جاز له أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض ، وفي حال رفض أو فشل إعادة التفاوض فإنه يجوز للطرفين الإتفاق على فسخ العقد في الوقت وبالشروط التي يحددها ، أو أن يطلب من القاضي تحديد مصير العقد. فإذا لم يتفق الطرفان خلال مدة معقولة، جاز للقاضي بناء على طلب أحدهما مراجعة شروط العقد أو إنهائه في الوقت وبالشروط التي يحددها)) للتفاصيل أنظر ا.د. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية-لمحات في بعض المستحدثات/مصدر سابق، ص322-323

(18) يقابلها المادة 157 الفقرة الثانية من القانون المدني المصري

(19) يقابل ذلك المادة 272 من القانون المدني المصري.

(20) يقابل ذلك المادة 346 الفقرة الثانية من القانون المدني المصري

(21) يقابل ذلك المواد 223،224،225 من القانون المدني المصري والمواد 1226 إلى 1231 والمادة 1152 من القانون المدني الفرنسي وقد أطلق المشرع الفرنسي على التعويض الإتفاقي مصطلح (البند الجزائي) عندما نصت في المادة 1226 على أنه (البند الجزائي هو البند الذي يلتزم شخص بموجبه، لأجل ضمان تنفيذ إتفاقية، بأداء شىء في حال عدم تنفيذ).

(22) سورة الإسراء الآية 34.

(23) سورة المائدة الآية 1.

(24) أخرجه الترمذي بالرقم (1352) واللفظ له، وابن ماجه (2353).

(25) على سبيل المثال، نذكر ما ورد في قرار لمحكمة إستئناف مدنية في 1958/8/11 النشرة القضائية سنة 1958 ص746 على (إن إقدام شركة نفط العراق على تخصيص كمية عشرين بالمئة للشركات الأجنبية، والتي تعود بموجب الإتفاق إلى الشركات الوطنية، بدون أن تستفيد من زيادة الأسعار المطلوبة منها، هو موقف لا يتفق مع مبادئ العدل والمساواة وشراف التعامل، إذ لا ضرر عليها من تخصيص هذه الكمية إلى مستحقيها الذين أشار إليهم الإتفاق، لأن القانون يوجب أن تفسر العقود وتنفذ حسب مبادئ حسن النية والعدالة والعرف ولا يخفى أنه إلى جانب الجزاء المدني أو الجزائي الذي يحل بمن يخل بتعهداته المهنية يقوم أيضاً الجزاء إلى درجة المنع من مزاوله المهنة لفترة محددة أو دائمة تبعاً لخطورة الإخلال الحاصل بمنافيتها. إن امكانية إنزال مثل هذا الجزاء يشكل أداة ضبط للإلتزام بإنفاذ العقد وفقاً للمبادئ السامية التي ترعاه ضمن المهنة. د.مصطفى العوجي، القانون المدني، مصدر سابق، 121..

المصادر والمراجع

اولا-الكتب:

- 1- أنور العمروسي، احمد العمروسي، أشرف عبدالوهاب، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، الناشر شركة ناس للطباعة، دار العدالة، ط5، المجلد الأول، 2013.
- 2- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون سنة ومكان النشر.
- 3- د.أحمد بن علي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، ط2، مركز الدراسات العربية، مصر، 2016.
- 4- د.أحمد شوقي عبدالرحمن، النظرية العامة للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005.
- 5- د.أوات عمر قادر حاجي، مبدأ إستقرار المعاملات، دراسة تحليلية في القانون المدني، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2017.
- 6- د.توفيق حسن فرج، د.مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2008.
- 7- د.حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط1، مطبعة مصر، مصر، 1949.
- 8- د.ريما فرج مكي، تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1، لبنان، 365.
- 9- د.طلبية وهبة خطاب، مٌقابل الإلتزام بالوعد في القانون الأنجلوأمريكي، دار الفكر العربي، مصر، 1979.
- 10- د.عبدالرحمن عياد، أساس التزام العقدي، النظرية والتطبيق، المكتبة المصرية الحديث للطباعة والنشر، 1973.
- 11- د.عبدالرزاق احمد السنهوري، النظرية العامة للإلتزامات، النظرية العقد، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 12- د.عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج6، أثر العقد بالنسبة إلى الموضوع، زوال العقد، المؤسسة التاريخ العربي ودار أحياء العربي، بيروت، لبنان، 1953-1954.
- 13- د.عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، ط1، ج1، منشورات جامعة جيهان الخاصة-اربيل، 2011.
- 14- د.علاء حسين علي، الإنفرادية في سياق الإلتزامات التعاقدية، دراسة في دور الإرادة المنفردة في النطاق العقدي، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011.
- 15- د.علي فيصل على الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2019.

- 16- د.غازي عبدالرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1986.
- 17- د.غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1971.
- 18- د.محمد إبراهيم بنداري، مصادر الإلتزام في مصر وعُمان، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، 2009.
- 19- د.محمد حسن قاسم، فسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
- 20- د.محمد حسنى عباس، العقد والإرادة المنفردة، المكتبة النهضة المصرية، مصر، 1959.
- 21- د.محمد دغمان، الإلزامية العقد (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان .
- 22- د.مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط6، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2016.
- 23- د.وليد صالح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والإستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
- 24- د.بيار أميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص، الإطار العقدي والإطار التقصيري، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1، 2014، لبنان.
- 25- د.نزمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، ط1، بلا اسم الناشر ومكان النشر 2002.
- 26- د.نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، 2018.
ثانياً: الرسائل والأطاريح الجامعية.
- 1- أحمد صلاح الدين محمد خليل، تنفيذ الإلتزامات المدنية والتجارية دراسة مقارنة في مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا)، أطروحة الدكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين الشمس، مصر، 2008.
- 2- احمد طلال عبدالحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية، (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة الماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2012.
- 3- اسيل حسن الرضا، دور الإرادة المنفردة في تعديل العقد، (دراسة مقارنة)، رسالة الماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2015.
- 4- ختام كريم عبدالرحمن الجليباوي، خيار الشرط وأثاره في العقد في الشريعة والقانون، رسالة الماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة النهريين، 2006.
- 5- درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة الدكتوراه، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2014.
- 6- سانا كمال عبدالله، دور الصياغات النموذجية في إبرام العقد النهائي، رسالة الماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة السليمانية، 2019.
- 7- صلاح علي إبراهيم، السبب والمقابل وأثره في العقد، دراسة مقارنة، بحث تكميلي لنيل الماجستير، كلية القانون، جامعة الخرطوم، 2002.
- 8- علاق عبدالقادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، رسالة الاجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة أوبكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2007-2008.
- 9- على حميد كاظم الشكري، إستقرار المعاملات المالية، دراسة مقارنة، أطروحة الدكتوراه مقدمة إلى كلية القانون-جامعة كربلاء، 2014.
- 10- فراس جبار كريم، الحماية القانونية من شروط التعسفية، رسالة الماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013.
ثالثاً: البحوث العلمية.
- 1- أ.د.أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنعية قضائية وصياغة تشريعية- لمحات في بعض المستجدات، مجلة الكويتية العالمية، جامعة كويت، ملحق خاص العدد(2) الجزء الثاني، نوفمبر 2017.

- 2- أ.د. منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد4، المجلد7 السنة 2015.
 - 3- د. أكرم فاضل سعيد قصير، التطور التاريخي لفكرة المقابل في القانون الأنكلوسكسوني-دراسة تحليلية للقانون الإنكليزي مع الإشارة الموجزة إلى مبادي نظرية السبب اللاتينية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد1، المجلد17، السنة2015.
 - 4- د. جواد كاظم جواد سميسم، فكرة جوهر الالزام العقدي، مجلة كلية الآداب والعلوم، جامعة النجف، العدد 19، السنة: 2012.
 - 5- د. زبير مصطفى، استثناءات الواردة على العقد، المتاح على الرابط الآتي
https://www.researchgate.net/profile/Zuber_Mustafa
 - 6- د. عبدالمجيد الحكيم، د. عبدالمجيد الحكيم، نظرية الإعتبار في القوانين الأنكلوسكسونية، مجلة القضاء، الأعداد(1و2و3و4)، السنة1981.
 - 7- د. محمد حسن قاسم، نحو فسخ العقد بالارادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد1، السنة2010.
 - 8- د. منصور حاتم، التغيير في جزء من اجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية، دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، جامعة بابل، العدد23.
 - 9- د. يونس صلاح الدين علي، بنود العقد في القانون الإنكليزي، دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(16)، العدد(58)، السنة(18).
 - 10- سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لإستحالة التنفيذ بسبب ظروف الطارئة، مجلة مركز دراسات كوفة، العدد السابع، السنة الخامسة، السنة2008.
 - 11- عماد خضير علاوي، دور الإرادة المنفردة في إنهاء العقد مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد3، المجلد، السنة2011.
- رابعاً: القوانين والتعليمات
- 1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ
 - 2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 النافذ.
 - 3- القانون المدني الفرنسي بالعربية (Dalloz) لسنة 1804 المعدل، جامعة القديس يوسف، بيروت، لبنان.
 - 4- قانون العقود الفرنسي الجديد رقم 131 لسنة 2016 النافذ
- سادساً: المصادر الأجنبية:
- 1- Dena Valente , Enforcing Promises Consideration and Intention in the Law of Contract, University of Otago, 2010.
 - 2- Catharine Macmillan , Richard Stone, Elements the Law of Contract , University of London, 2012.
 - 3- Martin A. Frey , Terry H. Bitting , Phyllis Hurley Frey, An Introduction to the Law of Contracts, 3rd edition , West Legal Studies

پوخته

بئه ماى ((هیزی پابه ندبوون یان هیزی ناچار که ری له جی به جیکردنی گریهست)) یه کیکه له گرنگترین نهو بئه مایانهی که گریهستی له سهر بنیاد نراوه، نه م بئه مایاش له سهر لایه نی گریه سکار ده چه سپینتی که وه پابه ندی ته وای به ناوه پروکی گریهسته که هی هه بیت که نه م پابه ندبوونهش هه موو برکه وه مهرجه کانی گریهسته که ده گریته وه، بویه ده بینین زوربه ی یاساکانی ولاتان بهم بئه مایه یان وه رگرتوه وه لیه یاسای خویان ناماژ هیان پیکردوه وه وه چه سپاندویانه که وه ((گریهست یاسای لایه نه کانه)) وانا گریهست وه کو یاسایه کی تاییه تی لایه نه کانی داده نریت، که نه مهش واده کات لایه نه کان نه توانن ریگری بکن له جی به جیکردنی نهو پابه ندیانهی که هاتوه له گریهسته که چونکه جی به جینه کردنی گریهست ناوانراوه به ((پیشینلکردنی

گرىبهست)) كه نهمهش بهر پرسىارىه تى ياساى مهدهنى لهسهه دروست دهبىت لىزهدا وىستمان تىشك بخهينه سهه نهو بنهمايه گرنكه لهرووى باسكردنى ناوهركى نهو بنهمايه و وه باس كردنى نهوهى تا چهند ياساى دهولتهان بهم بنهمايهيان وهرگرتووه، پاشان باسى ههموو نهو بواراندهكهين كه بهدهركراون لهو بنهمايه نهوئىش بهويپهه ههئىك جار ياسادانهه دهسهلاتى داوه به يهكئىك له لايهنهكانى گرىبهست كه كوئابى بهئىت بهو گرىبهستهى نهجمى داوه وههئىك جاريش دادوه بوى ههيه دهستكارى يان گورانكارى له گرىبهست بكات له چوارچىوهيهكى دىارىكارو.

ههروهه لهم توئىنهوه نامازهمان به لايهنهكى ترى نهو بنهمايه داوه كه گفتوگوئى زورى لهسهه كراوه نهوئىش برىتى به له بنچينهى ياسابى بو بنهمايه هئىزى ناچاركهرى له جن بهجىكردنى گرىبهست كه ههئىك له زاناي ياسابى واى بو دهچن كه وىستى گرىبهستكارهكان بنچينهى نهو بنهمايه بهلام ههئىكى تر واى بو دهچن كهوا ياساخوى بنچينهى سهههكى نهه بنهمايهيه.

نهوهى شابستهى نامازهپىكردنه لىزهدا نيمه لهم توئىنهوه وردبىنهتهوه بو گهران بهداوى بنچينهو بىروبوچچونى نوئى بو دىارىكردنى نهه بنهمايه، لهم روانگهيهوه ههئىك واى بو دهچن كهوا سوود و دادپهروهى به بنچينهى نهو بنهمايه دادهئىت وه له سهههئىكى تر ههههونى متمانوه پىشپىنى دروستى خاوهن قهرز دهكهنه بنچينهى نهه بنهمايه.

وهلهكوئابى نهه توئىنهوهيه گهئىستىن به كوئىك دهههئىك دهرنهجمى باش لهئىوان نهه دهرنهجمانه بنهمايه هئىزى پابهئىبون يان هئىزى ناچاركهرى له جن بهجىكردنى گرىبهست يهكئىكه له بنهما جىگرهكان له ياسابى عىراقى ومصرى وهههروهه ههموارى نوئى ى سالى 2016 ياسابى مهدهنى فاههئىسى دوپاتى لهسهه كردوتهوه. ههروههها نهه بنهمايه له دادگاكائى عىراق و ولاتانى تر كارى پىدهكرىت. وه هههههئىك ياسادانهه رولى ههئىت له دىارىكردنى شوئىنهوارهكانى گرىبهست بهلام لهگهل نهههئىك نههههئىك كه وىست هىچ رولى نهههوه له مامهلهى ياسابى .

The Principle Of Binding Force Of A Contract And Its Legal Basis - A Comparative Study

Sherzad aziz sulaiman

Shariha Department, College of Islamic sciences, Salahaddin University, Erbil, Kurdistan Region-Iraq

sherzadsulaiman@su.edu.krd

Younis Othman Ali

Law Department ,College of Law, Salahaddin University, Erbil, Kurdistan Region-Iraq

younis.ali@su.edu.krd

ABSTRACT

The principle of the binding force of a contract is one of the most important principles on which the contract is based, whereby the contractor is required to be fully bound by the contract in terms of the content of the contract, which deals with and contains the terms and conditions of the contract.

Most comparative civil legislation has confirmed the existence of this principle and considered that the contract is the Law of the parties, i.e. a special law for contractors. Consequently, no party may abstain from the execution of the obligations set forth in the contract and this is not a breach of the contract that entails civil liability,

so we have wanted to put this principle in the light of all aspects of this principle, talk about the content of this principle and the position of the legislation on it, and then address the exceptions contained therein, where the law may give one party the power to terminate the contract without the consent of another party and sometimes the judge Authority to amend contract .

It is worth mentioning that we have focused on looking for new bases and new ideas for this principle, as there is who believe that the basis of binding force stems from the existence of utility and contractual justice, and there are those who argue that it is trust and legitimate expectations of the creditor that the contract was granted a mandatory element.

Through this study, we have found results that the principle of binding force for a contract is a well-established principle of Iraqi and Egyptian civil law, and the recent amendments to the French Civil Code have also confirmed it, which has been established in the Iraqi judiciary as well as in the comparator countries.

Whatever the legislator's role in determining the effects of legal acts, and whatever the impact of social currents on the will to reduce and narrow their capacity, this does not mean eliminating the will to act legally, because in doing so the very doctrine of legal action is eliminated.