

موازنة بين التوجيه التشريعي والقوة الملزمة للعقد "دراسة تحليلية قانونية مقارنة"

د. مروة نضال خليل العزاوي⁽¹⁾،

⁽¹⁾ مدرس القانون المدني، الجامعة التقنية الوسطى، المعهد
التقني، الصقلاوية، العراق.

البريد الإلكتروني: marwaalazawy90@gmail.com

أ.د. صدام فيصل كوكز المحمدي⁽²⁾،

⁽²⁾ كلية القانون، جامعة الفلوجة، العراق.

البريد الإلكتروني: saddam_kokez@yahoo.com

الملخص:

لما كان مبدأ القوة الملزمة من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني للعقد، لكونه يفرض على المتعاقد الالتزام تماماً بما ورد في العقد من بنود، بحيث يلزم أطرافه بموجب البنود التي تم التراضي عليها بين كلٍّ منهم فيه، إلا أن الإشكالية المهمة التي تعالجها هذه الدراسة تتمحور حول فكرة مفادها، إمكانية أن نعترف بالقوة الملزمة للعقد، في الوقت الذي نقبل فيه تقييد المشرع لإرادة المتعاقدين، ونقر له توجيه العقد الذي ينشئونه باتجاهات لا يبتغونها وقد لا يقبلون بها في الوضع العادي. ففي الوقت الذي يبرز فيه التنظيم القانوني لكثير من الروابط والعلاقات القانونية، أسلوباً يستطيع المشرع بموجبه أن يوجه العقود التي تبرم في المجتمع، بالاتجاه الذي يبتغيه، لتحقيق غايات معينة، ترتبط بالصالح العام، لأن القانون يعني قوة الإلزام، حيث يبرز تأثير تدخل المشرع والتنظيم القانوني في الحفاظ على مصالح المجتمع وحماية كيانه واستقراره. لذلك جاءت هذه الدراسة للوقوف على حل للإشكالية القائمة بين ما هو تقليدي، يتمثل بالاعتراف بسلطة الإرادة وصلاحياتها في إنشاء التصرفات القانونية وترتيب آثارها، وبين توجهات المشرع المعاصرة التي تتضمن تقييداً للإرادة، وتحجيماً لسلطتها تحقيقاً لأهداف اجتماعية أو اقتصادية أو غير ذلك من الأهداف.

الكلمات المفتاحية:

التوجيه العقدي، القوة الملزمة للعقد، سلطان الإرادة، حرية التعاقد.

تاريخ إرسال المقال: 2024/03/18، تاريخ قبول المقال: 2024/11/12، تاريخ نشر المقال: 2024/12/21

لتهميش المقال: مروة نضال خليل العزاوي، صدام فيصل كوكز المحمدي، "موازنة بين التوجيه التشريعي والقوة الملزمة للعقد" دراسة تحليلية قانونية مقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 02، السنة 2024، ص ص 180-203.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: صدام فيصل كوكز المحمدي، saddam_kokez@yahoo.com

Balancing between the Legislative Guidance & the Enforcement of a Contract "A Comparative Legal Analytical Study"

Summary:

Since the principle of binding force is one of the most important principles on which the legal system of the contract is based, as it requires the contracting party to fully adhere to the terms stated in the contract, as it obligates its parties according to the terms that were agreed upon between each of them in it, however, the important problem that this study addresses The study revolves around the idea that it is possible to recognize the binding force of the contract, while accepting the legislator's adherence to the will of the contracting parties, and approving him to direct the contract they create in directions they do not want and may not accept in the normal situation.

At a time when the legal regulation of many legal ties and relationships highlights a method according to which the legislator can direct the contracts concluded in society, in the direction he desires, to achieve certain goals related to the public interest, because the law means the force of obligation, where the effect of the legislator's intervention and legal regulation is highlighted. In preserving the interests of society and protecting its entity and stability, this study came to find a solution to the problem existing between what is traditional, represented by the recognition of the authority of the will and its authority to establish legal actions and arrange their effects, and the contemporary trends of the legislator, which include restricting the will and limiting its authority to achieve social goals, or economic or other goals.

Keywords:

Contractual guidance, binding force of the contract, authority of will, freedom of contract.

Équilibre entre l'orientation législative et la force obligatoire du contrat "Étude analytique comparative"

Résumé :

Le principe de la force obligatoire constitue l'un des fondements essentiels du système juridique contractuel, car il impose aux parties contractantes de respecter pleinement les clauses stipulées dans le contrat. Ainsi, les parties sont tenues par les termes convenus mutuellement. Cependant, cette étude traite d'une problématique centrale : est-il possible de reconnaître la force obligatoire d'un contrat tout en acceptant que le législateur restreigne la volonté des parties contractantes et oriente le

contrat dans des directions qu'elles n'avaient pas envisagées ou qu'elles pourraient ne pas accepter dans des circonstances ordinaires ?

Alors que l'organisation juridique de nombreuses relations et liens juridiques permet au législateur de diriger les contrats conclus dans la société vers des objectifs qu'il juge appropriés pour servir l'intérêt général, l'étude met en lumière le rôle de la loi, qui implique une force contraignante. L'intervention du législateur et l'organisation juridique visent ainsi à préserver les intérêts de la société, à protéger son tissu et à assurer sa stabilité.

Cette recherche cherche donc à résoudre la problématique entre, d'une part, une approche traditionnelle qui reconnaît l'autorité de la volonté et sa capacité à établir des actes juridiques et à en organiser les effets, et, d'autre part, les orientations modernes du législateur, qui restreignent cette volonté et en limitent l'autorité afin d'atteindre des objectifs sociaux, économiques ou autres.

Mots-clés :

Orientation contractuelle, force obligatoire du contrat, autonomie de la volonté, liberté contractuelle.

مُقَدِّمَة

عندما ينشأ العقد صحيحاً مشتملاً على جميع أركانه، ومستوفياً لجميع الشروط الواجب توافرها ليعدّ صحيحاً، يكون أساساً لنشوء آثار تتحدد بموجبها حقوق والتزامات كل من طرفيه، ولذلك فإنه يتوجب على كلا طرفيه الالتزام بمضمونه، حيث نكون في هذه الحالة أمام مصطلح القوة الملزمة للعقد، كواحد من المبادئ التأسيسية لقانون العقود، التي تحظر تعديل العقد أو نقضه أو إنهاء وجوده القانوني، إلا بإرادة الطرفين أو وفق الحالات التي نص عليها القانون.

وبالنظر لكون القوة الملزمة من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني للعقد، فهو يفرض على المتعاقدين الالتزام بما ورد فيه من بنود، دون أن يكون لهما الحق في تعديلها أو إلغائها إلا بالاتفاق فيما بينهما، أو في الحالات الاستثنائية التي تنقرر بإرادة المشرع لضمان احترام حرية أو حق أساسي، وضمان مزيد من المرونة في العقوبات المفروضة على سوء السلوك أو ضمان حد أدنى من العدالة والإنصاف في العلاقات التعاقدية.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية فإنها تتضمن أحكام صريحة تؤكد القوة الملزمة للعقد، بحيث ينشأ عن صدور الإيجاب من أحد أطراف العقد واقتترانه بقبول الطرف الآخر نشوء العقد على نحو تصبح معه بنوده التي تم التراضي عليها ملزمة لكلا الطرفين، وتقوم مقام القانون في العلاقة التعاقدية الناشئة بينهما. وهذا يعني دخول المتعاقدين في إطار القوة الملزمة للعقد والتي تستمد وجودها من النص القانوني، كما في نص المادة (1/146)

من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، النافذ المعدّل التي جاء فيها النص على أنّه: "إذا نفذ العقد كان لازماً...". وهذا الموقف جاء تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة بين عاقيه، حيث حملت المادة (1/147) من القانون المدني المصري النافذ رقم (131) لسنة 1948 هذا المعنى بصورة مباشرة، عندما نصّت على أنّ: "العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز إلغاؤه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين"، وكذلك نص المادة (106) من القانون المدني الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم 58 عام 1975، التي جاء فيها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

وعليه فإنّ الإشكالية التي يقوم عليها هذا البحث تتركز على تساؤل مهمّ مفاده، كيف يمكن أن نعترف بالقوّة المُلزِمة للعقد، ونؤسسها على نص القانون، في الوقت الذي نقبل فيه تقييد المشرع لإرادة المتعاقدين، ونقر له توجيه العقد الذي ينشئونه باتجاهات لا يبتغونها، وقد لا يقبلون بها في الوضع العادي؟!

وفي ظل هذه الإشكالية، تبرز أمامنا عدّة تساؤلات مهمّة نبتغي الإجابة عليها في هذه الدراسة، منها: كيف يمكن الموازنة والمواءمة بين مبدأ القوّة الملزمة للعقد، والتوجيه التشريعي للعقد؟ وما هو المقصود بالقوّة الملزمة للعقد، وما هو التوجيه التشريعي للعقد، وما هي أهم صوره وتطبيقاته، وما هي الآثار المترتبة التي تمس إلزامية العقد بسبب التوجيه التشريعي له؟

كل هذه التساؤلات يمكن الإجابة عليها، وفق منهج علمي تحليلي، يعتمد على تحليل النصوص القانونية من جهة، والآراء والطروحات الفقهية وتوجهات القضاء من جهة أخرى، بالاعتماد على خطة بحث تتضمن استعراض مبدأ القوّة الملزمة للعقد (المبحث الأول) قبل الانتقال إلى تأثير التوجيه التشريعي على القوّة الملزمة للعقد (المبحث الثاني).

وقد اختتمنا البحث بخاتمة تضمّنت أبرز النتائج والمقترحات التي نرى في تبنيها والأخذ بها فائدة علميّة وعملية.

المبحث الأول: مضمون مبدأ القوّة المُلزِمة للعقد

ترتبط القوّة الملزمة للعقد بنفاذ العقد النابع من الإلزام القانوني الذي يستوجب تنفيذ التزاماته بين أطرافه بحسن نية، وتتنوع مظاهر هذه القوّة بحسب مضمون العقد وما يتفق عليه الطرفان لأن العقد شريعة المتعاقدين، وهو نافذ بين أطرافه بمجرد إبرامه في غير الحالات التي تتطلب إفراغه في قالب شكلي، ومن ثمّ فإنّ القوّة المُلزِمة للعقد تمنع انفراد أحد أطراف العقد من الانسحاب منه أو تعديل مضمونه¹.

¹ الصادق عبد القادر، "القوّة المُلزِمة في نطاق المسؤولية المدنية"، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد (1)، العدد (1)، جامعة أدرار، الجزائر، ص 33. منشور على الرابط الالكتروني الآتي:

لذا فإنه لبيان مضمون القُوَّة المُلزِمة للعقد، فإننا يجب أن نتطرق إلى مضمون هذا المبدأ بحسب الزاوية التي تبرر الأخذ به وتبنيته، لكون مبدأ القوة الملزمة، لا يجد أساسه في النص القانوني فقط، وإنما له مضمون إرادي وآخر أخلاقي أيضاً، حيث يختلف مفهوم القُوَّة المُلزِمة بحسب الزاوية التي ينظر إليه منها، فقد ينظر إليه وفق مفهوم إرادي، تكون فيه إرادة الأطراف سليمة وحرّة في إبرام أي نوع من أنواع التصرفات دون عيب أو شطط، وكذلك يُمكن أن يكون المفهوم أخلاقياً نابعا من التزام المتعاقد أخلاقياً يتمثل في مجموعة من القيم والمبادئ التي يجب أن يلتزم بها كل طرف في العقد، أو يمكن النظر إليه من زاوية قانونية بأنه التزام، يهدف إلى ضمان النزاهة والشفافية في جميع جوانب العقد، كما يُمكن من ناحية أخرى، ودائماً من الجانب القانوني، اعتباره المبدأ الذي يحكم جميع العلاقات القانونية والمتمثل بما يصدر عنه من نصوص قانونية تفرض على أطراف العلاقة العقدية الالتزام به.

وبناء على هذه المضامين الثلاثة المحددة للقوة الملزمة للعقد يتم تخصيص هذا المبحث للقوة الملزمة للعقد بالمنظور الإرادي (المطلب الأول)، والقوة الملزمة للعقد بالمنظور القانوني (المطلب الثالث)، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: القوة الملزمة للعقد بالمنظور الإرادي

تنقسم الإرادة التي تنشئ العقد وتساهم في تكوينه إلى ظاهرة وباطنة، بحيث تشمل الأولى الصيغة أو التعبير الذي يصدر عن الإرادة الباطنة سواء بالكلام أم الفعل الصادر من المتعاقد، بينما تتمثل الإرادة الباطنة في نية المتعاقد، وهي القصد المنصرف إلى إنشاء العقد وترتيب الآثار القانونية على العقد، وهي الإرادة الحقيقية التي تظهر من المتعاقد فإذا تطابقت الإرادة الظاهرة مع الباطنة انعقد العقد، وإذا تعارضت سيؤخذ بالظاهرة التي اطمئن المتعاقد الآخر لها.²

وتعني القُوَّة المُلزِمة انعقاد العقد صحيحاً، دون أن يعترضه أي عارض من عوارض الأهلية أو أن يعترضه أي عيب من عيوب الإرادة، يجعل منه صحيحاً سليماً نافذاً بحق عاقيه، ولا يستطيع أحدهما أن يستأثر بتعديله أو إلغائه، إلا وفق الأوضاع التي ينص عليها القانون، كالفسخ أو التقايل أو القوة القاهرة، فالقُوَّة المُلزِمة وفق هذا المنظور هي وجوب تنفيذ العقد والالتزام والاعتراف بما ورد فيه بالشكل الذي يفترض عدم الإخلال به.³

124759/ <https://www.asjp.cerist.dz/en/article> تاريخ الزيارة 2023/4/4

² يُنظر: عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مجموعة دلة البركة لإدارة وتطوير البحوث، جده، 1993، ص 50.

³ يُنظر: شيرزاد عزيز سليمان، "مبدأ القُوَّة المُلزِمة للعقد وآثارها القانونية"، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة قه لاي زانست العلمية، العدد 2، ص 38. متاح على الرابط الالكتروني ادناه:

وعلى ذلك فإنَّ القوَّة المُلزِمة للعقد تظهر في بداية نشوء العقد، حيث تقع مرتبة تحقق القوَّة المُلزِمة في المرحلة التي تأتي بعد الاتفاق على العقد بين أطرافه، وهي نتاج مبدأ سلطان الإرادة فيصيغ الأفراد بموجب القوَّة المُلزِمة إلزامية التنفيذ وينعكس الأمر على علاقة الأطراف التعاقدية ويعطيها الثبات والاستقرار. تنشأ القوَّة المُلزِمة للعقد متى ما تطابقت إرادة طرفي التعاقد، ونشأ العقد صحيحاً ووجب عليهما الالتزام بما ورد ببندوه، والخضوع له مثلما يخضعان لنصوص القانون⁴.

وهنا يمكن القول، بأنَّه عند النظر إلى القوَّة المُلزِمة من زاوية الإرادة، نراها للوهلة الأولى تعتمد على تحديد ما أراد المتعاقدان من شروط، وما أرادا الوصول إليه، وما حدده له من مدى والالتزام على هذا الأساس⁵، ولكن ما تحدده الإرادة يجب أن يكون في إطار النصوص القانونية، فلا يستطيع المتعاقدان الخروج عن القواعد القانونية المحددة لهما، لأنَّ ليس كل ما يريد المتعاقدان، أن يصلا إليه في ظل تلاشي شعبيَّة المذهب الفردي، وشيوع أفكار تدخل المُشرِّع وتوجيه العقد، بما يتماشى مع مصالح المجتمع.

فالقوة الملزمة وفق هذا التوجه، تتجسد بالالتزام طرفي العقد على ما اتفق عليه، وأنَّ الشروط التي توردها إرادة الطرفين وتخدم مصالحهم تكون واجبة التنفيذ عليهما وتكتسب قوتها من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فهذه الشروط تنزل منزلة القانون من حيث قوة التنفيذ، لأنَّ المتعاقدين رسماً قانونهما وألزاماً أنفسهما بالاتفاق واشترط كل منهما هذه الشروط لتنفيذها، فلا يجيز لهم القانون الرجوع عنها⁶.

فالعقد يتمتع بقوة إلزامية تشبه إلى حدٍ ما قوة القانون، فنصوص القانون الصادرة من المُشرِّع لا يجوز إلغاؤها ولا تعديلها إلاَّ بواسطة السلطة التي أنشأتها، كذلك الحال بالنسبة للأطراف العقد فلا يجوز أن يتحلل كل منهما ممَّا أوجبه عليهم هذا العقد من التزامات لأنهم ملتزمون بموجب ما أقرته إرادتهم⁷.

2023/3/1 تاريخ الزيارة 38/21/20 /<https://journal.lfu.edu.krd/ojs/index.php/qzj/article/download>

⁴ عبد الرحمن بوفلجة، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق الجزائر، 2008 ص 35.

⁵ يُنظر: حسين عامر، القوَّة المُلزِمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٩، ص ١٠.

⁶ ينظر نص المادة (146) من القانون المدني العراقي، السابقة الذكر، وتقابلها المادة (147) من القانون المدني المصري، السابقة الذكر.

⁷ يُنظر: ليندا منصور، القوَّة المُلزِمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوقرة بو مرداس، الجزائر، 2015، ص 8.

فحكم اتفاق المتعاقدين بهذا الصدد يجري مجرى القانون ويلزمهما بتنفيذ بنوده، مع ملاحظة أنَّ القواعد الاتفاقية المكملّة التي يدرجها المتعاقدان وتتعلق بالنظام العام، فإنَّ إرادة المتعاقدين في هذه الحالة تهمل، وذلك بإعلاء شأن مصلحة الجماعة والمتمثلة بالمجتمع على الإرادة الفردية⁸.

المطلب الثاني: القوّة المُلزِمة للعقد من منظور أخلاقي

يرتبط التزام المتعاقد في تنفيذ ما أوجب عليه نتيجة كون الاتفاق أخلاقياً⁹، كونه ناتج عن شعوره بالمسؤولية ووجوب إحساسه بضرورة الوفاء بما التزم به، وأنَّ المُشرّع لم ينص على وجوب الالتزام أخلاقياً تجاه المتعاقد، وإنَّما هنالك ارتباط وثيق بين القاعدة القانونية والأخلاقية التي تتلاءم بطبيعتها مع ما تصبو إليه القاعدة القانونية¹⁰.

كما أنَّ كلا من القانون والدين يسعيان إلى توطيد أواصر الثقة والأمانة، وهي جوهر الأخلاق الحميدة التي يجب أن يتصف بها سلوك الفرد في علاقته مع باقي أفراد المجتمع، وخصوصاً في العلاقات التعاقدية، فالأمانة تقتضي من طرفي هذه العلاقة تخلي الشخص عن ذاتيته بشكلٍ نسبي، تحقيقاً لمصلحة الطرفين انطلاقاً من مبادئ الدين الحنيف، الذي يقوم على نظام أساسه تحقيق العدل والتكافل والتضامن وتجنب الظلم والعدوان، والانحياز للفرد ضد مصلحة المجتمع وحقوقه¹¹.

هذا وأنَّ إلزامية العقد تكتسب قوتها وتستقي مشروعيتها ووجودها من مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود كل العلاقات التعاقدية، بمعنى أنَّ يتم تنفيذ كل اتفاق اتجهت فيه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني بحسن نية مع مراعاة الأخذ بنظر الاعتبار، مبادئ الإنصاف والعرف.

فضلاً عن الموجبات الأخلاقية المرتبطة بالصدق والأمانة، وحسن النية في التعامل مع الناس، والمنافسة الأخلاقية والمهنية التي تفرض احترام الذات من خلال احترام الغير، والتي تلزم من التزم بها بتنفيذ العقود التي

⁸ يُنظر: هدى عبد الله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص4.

⁹ الأخلاق: مجموعة من القيم المبادئ والفضائل التي يتحلّى بها الفرد التي تفرق بين الخير والشر، من الناحية القانونية فإن قيام المدين بأداء ما في ذمته من التزام خير، وإضراره بالدائن يكون شر، يُنظر: أحمد أمين، كتاب الأخلاق، مطبعة هنداوي، المملكة المتحدة، 2011، ص7.

¹⁰ يُنظر: محمد عدنان باقر، "قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد"، مجلة جامعة بابل، المجلد 22، العدد، 4، 2014، ص 783.

¹¹ عبد الرحمن بن حسن حَبَّكَة الميداني الدمشقي (ت ١٤٢٥هـ)، كواشف زیوف، دار القلم، دمشق، ط 2، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م، ص 526.

يبرمها مع المستفيد بصدد ممارسته لمهنته واستفادة الغير منها لقاء البذل المحدد في العقد، وذلك حفاظاً على مستوى المهنة الأخلاقي والاجتماعي والعلمي والإنساني والاقتصادي وشرف التعامل.

فالحقيقة هنا هي أن العقد لا ينشأ، إلا إذا ارتبطت إرادة بإرادة أخرى تشاركها في اتجاهها، والتي ترتب أثراً من الآثار القانونية، ولهذا يمكن القول بأنّ للعقد اتجاه إرادي مشترك، فالذي أنشأ العقد هو التراضي الذي تحقق بتلاقي إرادتين أو أكثر لترتيب نفس الآثار القانونية، وأنّ تتجه تلك الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين وأنّ يوجد تطابق بين إرادتي المتعاقدين¹².

وخلاصة ما تقدم، أنّ مبدأ حسن النية يعد المبدأ المهيمن على نفاذ العقد، أو القوة الملزمة للعقد، وذلك لأنّ العقد في الواقع هو التزام بين طرفيه، فإنّ هذا الالتزام يتحقق أثره، إما بتنفيذه طوعاً فتكون قوته التنفيذية نابعة من إرادة طرفيه، مهما كان الباعث على هذه القوة، أو ما ينفذ جبراً بواسطة القضاء، ومن ثمّ فيكون التنفيذ الصادر من المتعاقد مدفوعاً بالخوف من إجراءات السلطة العامة¹³.

وبناءً عليه، فإنّ المتعاقدين يسيران في عقدهما وفق القواعد السائدة في المجتمع، يعتمدون على القواعد الأخلاقية التي تقضي بضرورة حفظ العهد¹⁴.

لهذا فإنّ أي إخلال بالثوابت الأخلاقية المجتمعية يعد مرفوضاً، لأنّ الإخلال بأي بند في العلاقة التعاقدية غير متفق عليه من شأنه أن يلحق الضرر بالطرف الآخر مستهدفاً بذلك تحقيق مصلحته الخاصة، حتى وإن كان الإخلال بسيطاً، لا يتناسب مع حجم الضرر.

وتبعاً لذلك تبرز أهميّة الجانب الأخلاقي في سلوك كل من المتعاقدين، باعتباره الأساس الذي تقوم عليه العلاقة العقدية القائمة على الثقة المتبادلة بين طرفيهما، إذ بتوفرها يستطيع أطرافها الاستمرار في هذه العلاقة حتى يصل إلى تنفيذها دون وجود أي خلل أو ضرر بمصالح كل منهما، وعلى كل متعاقد في العلاقة العقدية الدخول فيها برغبة وباعث يسعى للوصول من خلاله لتحقيق أكبر نجاح ممكن للعقد الذي يعمل فيه، تاركا مصلحته الخاصة وصولاً لمصلحة أسمى هي مصلحة المجتمع ككل¹⁵.

¹² ريم عبد الباقي حمزة، القوة الملزمة للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة النيلين، 2017، ص 34.

¹³ سعيد مبارك، أحكام قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980، المكتبة القانونية، بغداد 2011، ص 76.

¹⁴ يُنظر: علي حسين منهل، نظرية الإخلال الفعال في العقد، دراسة مقارنة في ضوء التحليل الاقتصادي للقانون، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ص 285.

¹⁵ يُنظر: فراس عبد الرزاق حمزة الربيعي، "الالتزام بالأمانة في عقد العمل الفردي، دراسة مقارنة"، مجلة كلية الحقوق، جامعة

النهرين، 2008 منشور على الرابط الإلكتروني الآتي: <https://www.nahrainuniv.edu.iq/ar/node/3929>

تاريخ الزيارة 2023/6/12

المطلب الثالث: القوة الملزمة للعقد بالمنظور القانوني

لم يقتصر تحديد المقصود من القوة الملزمة على المجهود الفقهي، وإنما نجد المشرع العراقي ومشرعي بعض الدول المقارنة، حاولا الإحاطة بمفهومها من خلال ما ورد في بعض الأحكام القانونية، بصورة غير مباشرة¹⁶.

فقد بيّن المشرعون معنى القوة الملزمة في نصوصهم من خلال بيان آثارها، وذلك بالتأكيد على أنها انعكاس لنفاذية العقد التي تستوجب تنفيذه وفق ما هو متفق عليه بين الأطراف، ووفق ما تقتضيه موجبات حسن النية في التعامل، ومن هذا المعنى السابق بيانه، نستنتج أن القوة الملزمة يمكن تعريفها بأنها: ترجمة واقعية لإرادة الأطراف، وتبرز حين نفاذ العقد بعد انعقاده، وفق ما أراده كلا طرفيه، للوصول إلى تحقيق العدالة التعاقدية، ومقتضى هذه القوة هو حصول كل طرف في العقد على المنفعة المرجوة، بشكل متوازن مع ما يحصل عليه الطرف الآخر، ووفق هذا المفهوم، يكون لكل طرف في العقد، الحق في الحصول على المنفعة التي يقصد الوصول إليها من وراء العقد دون نقص¹⁷.

وتبنّى المشرع العراقي أحكاماً محددة للقوة الملزمة للعقد في نصوصه¹⁸، وبيّن فيها إلزامية العقد إذا كانت إرادة طرفي العقد سليمة، فالقانون المدني العراقي يفترض أن العقد قد تم بين المتعاقدين ولا يمكن لهم الرجوع عنه إلا بوجود نص، وأن هذا النص موجود في المادة (181) من القانون المدني العراقي، والتي بينت للعاقدين أن يتقايلا العقد بينهما بعد انعقاده.

فإذا ما استجمع العقد أركانه وكانت هذه الأركان مستوفية للشروط القانونية، أصبح هذا العقد متمتعاً بالقوة الملزمة، والتي تحدد الالتزام وتفرض على المتعاقدين تنفيذ مضمون العقد أي بمعنى تنفيذ الالتزامات التي ولدها العقد، والتي سطرها كلا المتعاقدين.

واعتماداً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإنه تمنع الأطراف من الانفراد به بنقض العقد أو تعديله أو إزالته، ولكن وفق هذا المعنى سيكون المتعاقدان رهينة للعقد بمعنى لا يجوز لأحدهم الرجوع حتى لو تسبب هذا

¹⁶ قارن مع المادة (147) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 والمواد 1103 و1193 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 106 من القانون المدني الجزائري النافذ.

¹⁷ يُنظر: خالد خورشيد حسين، تجزئة العقد وتأثيرها في العدالة العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، 1442هـ، 2020 م، ص54.

¹⁸ تجد القوة الملزمة للعقد أساسها في القانون المدني العراقي، السابق الذكر، في المادة (146) منه، السابقة الذكر.

العقد لهما بضرر، ولكن أجاز المُشرّع أن يستقل أحد الطرفين بإنهاء العقد كما في حالة إنهاء عقد الوكالة والعارية والوديعة، كما يجوز للمتعاقدين نقض العقد بالاتفاق كما في حالة التقايل¹⁹.

ويعطي مفهوم القوّة المُلزِمة للعقد معنى اكتساب العقد القوة اللازمة لتنفيذه، وتتنوع هذه القوة بين مضمون العقد وما يتفق عليه المتعاقدان، لأنّ العقد يعدّ شريعة المتعاقدين ومن حيث أشخاصه فالقوّة المُلزِمة تمنع انفراد أحد الأطراف بتعديل مضمون العقد²⁰.

وإذا رجعنا إلى موقف القانون المدني المصري، نجد أنّه يطابق موقف المُشرّع العراقي في إلزاميته للعقد من قوة العقد الملزمة تكمن في صيرورة إرادة الأطراف وترجمتها إلى العالم الخارجي، إذ متى ما صدرت هذه الإرادة بصورة إيجاب واقتربت بقبول فإنّ العقد صار ملزماً، فقد نصّت المادة (147) من القانون المدني المصري على أنّ: "العقد شريعة المتعاقدين.."، وأنّ معنى العقد شريعة المتعاقدين، كل طرف يلتزم بالعقد بدون زيادة ولا نقصان فيه، فلو اتفق المتعاقدان على شراء سلعة معينة فيكون البيع في المكان والزمان والتمن المتفق عليه²¹.

أمّا المُشرّع الفرنسي، فقد تبنّى مفهوماً مقارباً للقوة الملزمة، في المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي، التي نصّت على أنّ: "العقد هو اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء الالتزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهاؤها"²².

ومن النص أعلاه أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهذه القاعدة تشير إلى مبدأ الالتزام باحترام الالتزامات التي أوجدتها العقود، والتي أشار إليها القانون المدني الفرنسي في المادة (1103) منه، بالنص على أنّ: "تحل العقود المبرمة بشكل قانوني محل القانون بالنسبة لأولئك الذين أبرموها"، فتلزم المتعاقدين بمبدأ القوّة المُلزِمة للعقد وينتفع عن هذا المبدأ، نتيجة طبيعية للقوة الملزمة للعقد، بموجب المادة (1193): "لا يجوز تعديل العقود أو إلغاؤها إلا بموافقة متبادلة بين الطرفين، أو لأسباب يسمح بها القانون". لذلك يوضح القانون القوّة المُلزِمة للعقد في شكل غير قابل للإلغاء وغير ملموس، وتعني اللارجعة التعاقدية أنه لا يمكن التراجع عن

¹⁹ يُنظر: نجيم اهتوت، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مطبعة القيس العروي، 2019، ص 115 وبعدها.

²⁰ الصادق عبد القادر، المرجع السابق، ص 33.

²¹ ينظر نص المادة (147) من القانون المدني المصري، السابقة الذكر.

²² Art 1101, C.civ. Français, Modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016. « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». & Article 1193 : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

العقد من جانب واحد من قبل طرف واحد²³ وبمعنى أكثر وضوحاً، أن العقد لا يمكن المساس به ولا بإرادة عاقيه إلا وفق شروط يُمكن أن يضعها أي من المتعاقدين حتى يخففوا من قوته الملزمة، لأنه إذا تم انعقاد العقد صار لازماً، كاشتراط المشتري تجربة المبيع قبل شرائه²⁴.

ومن الجدير بالذكر هنا، أن العقد يكسب قوته الملزمة من تمام انعقاده بالشكل الصحيح، بقيام المتعاقدين بإيراد كل البنود التي يرغبون بإدراجها في العقد ومراعاتها عند التنفيذ، وبعد تدخل المشرع في العقد أدى ذلك إلى توجيه الإرادة نحو تحقيق العدالة التعاقدية فصار العقد يستمد قوته الملزمة، من إرادة أطرافه ومن القاعدة القانونية الموجهة لإرادة الأطراف والتي تسعى إلى تحقيق العدالة²⁵.

وبعد استعراض المقصود من القوة الملزمة، نجد أن التعريفات متفقة على أن القوة الملزمة للعقد هي اتفاق الأطراف على إبرام العقد، ورغبتهم في الالتزام بآثار هذا العقد، حيث يُمكن أن نقول بأن: القوة الملزمة للعقد مبدأ قانوني له معنى مرّن يُمكن أن نلاحظ مظاهره المختلفة، بحسب الأوضاع والظروف والأحوال التي يجري فيها نشوء العقد، فالقوة الملزمة تنشأ بمجرد ما ينعقد العقد بين طرفيه ويستوفي أركانه وشروطه، على نحو يوجب على أطرافه تنفيذه برمته كأنه قانون لهما، ووفق هذا المبدأ، فإنه لا يمكن لأي من أحدهما أن يتخلف عن تنفيذ هذا الاتفاق أو ينسحب منه دون مسؤولية.

وعلى ذلك، فإن القوة الملزمة للعقد هي التي تمنع أحد الأطراف المتعاقدة من الانفراد بتعديل العقد أو إنهائه إلا باتفاقهما أو بإذن من القاضي أو بنص في القانون.

فالعقد ملزم للأطراف، وكل ما تم الاتفاق عليه يأخذ مرتبة القانون من حيث إلزاميته لهما، لذلك تتسم العلاقة التعاقدية الناتجة عن الإرادة الحرة بالثبات والاستقرار، وأن الإرادة الحرة هي التي تكون العقد وتحدد

²³ LECLERC Marie, La correction du contrat de travail, Thèses de doctorat en droit, Université Paris II- Panthéon-Assas école doctorale de droit privé, juillet 2021, p. 8.

²⁴ يلتزم البائع في البيع بشرط التجربة بموجب عقد البيع بشرط التجربة بأن يمكن المشتري من تجربة المبيع، ويلتزم المشتري كذلك بتجربته وإعلام البائع برفضه له خلال المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة التي يعينها البائع، فإذا مضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع فإن سكوته هذا يعد قبولاً منه له، والسبب في هذا هو أن حياة المبيع موجودة لدى المشتري بسبب التزام البائع بتمكينه من تجربته، فإذا أكمل المشتري تجربة المبيع وسكت فإن سكوته هذا لا يفسر إلا بقبوله للمبيع وإلا لو كان رافضاً له لأعاده إلى مالكه. وذلك بحسب نص المادة (524) من القانون المدني العراقي، سابق الذكر.

²⁵ يُنظر: سانا كمال عبد الله، دور الصياغة النموذجية في إبرام العقد النهائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، ١٤٤١هـ_٢٠١٩ م، ص ١١٧ وما بعدها.

مكوناته بحيث تكسبه قوّته الملزمة، ذلك أنّ الغاية الأساسية من الدخول في العقد، هي إرادة الآثار القانونية التي تستمد من إرادة الأطراف التي تكون العقد²⁶.

ولا تعني القوّة الملزمة حرية التعاقد وتنفيذ العقد بحسن نية فحسب، بل أنّ القوّة الملزمة المستمدة من إرادة الأطراف تمنع أي تدخل من شأنه المساس باستمرارية العقد ونشوء الأمن التعاقدي، ويقصد بالأمن القانوني مواكبة النصوص القانونية لاحتياجات الأفراد أي ملاءمة النصوص لحاجات المجتمع²⁷.

وعليه فإن القوّة الملزمة بناءً على ما تقدم إلزام لطرفي العقد وفق ما اتفقا عليه، وأنّ يضعوا الشروط التي يريدانها المتعاقدين وتخدم مصالحهم تكون واجبة التنفيذ من قبلهما، وتنزل منزلة القانون من حيث قوة التنفيذ، لأنهما يسيران على قاعدة مفادها العقد شريعة المتعاقدين فقاما برسم قانونهما وألزاما أنفسهما بتنفيذها وعدم الرجوع عنها.

وجدير بالذكر هنا، أنّ تأثير المُشرّع بسياسة الدولة لا يُعد فرضاً عليه، لأنّ الدولة تسعى إلى خلق التكامل بين الأفراد وبسط مفهوم التعاون والتوازن، أي أنّ وجود التنظيم القانوني للمُشرّع وقوته الملزمة ضروري للحفاظ على قوة الاقتصاد من خلال استقرار التعاقد لأنّ العقد هو المحرك الرئيس له، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإنّ الحفاظ على ترابط العلاقات العقدية وتقليل النزاعات، ممّا يعكس الصفو والتفاهم على العلاقة العقدية، فالقانون وفقاً للمعنى السابق بيانه لم يعد غاية بل أنّه وسيلة للتنظيم الاجتماعي والاقتصادي، فيؤجّه من قبل المُشرّع لتحقيق المصالح العامة²⁸.

فالمصلحة العامة ترتبط بالمنافع العامة، المتعلقة بكل منفعة مادية حياتية ترتبط بالفرد وتحقق صالحه، فالإنجازات والابتكارات، فهي: إمّا أن تكون مادية أو تكون معنوية، وقد كفل المُشرّع حمايتها في النصوص القانونية والتي تنوعت بين المدنية والجزائية والإدارية والعقابية، فحماية المصالح الاجتماعية والاقتصادية توجب قيام الوحدات الإدارية بمعاينة الباعة المخالفين لقواعد المحافظة على المأكولات، أو يسيئون استخدام الرخص الممنوحة لهم، فوجود هذه النصوص والأخذ بها حماية للصالح العام، ولارتباط هذه النصوص مع حياة الأفراد

²⁶ دنون يونس صالح المحمدي، رند عمر أسعد الكليدار، "القوّة الملزمة لعقد التوظيف الخاص، دراسة مقارنة"، مجلة جامعة تكريت، المجلد ٦، العدد الثاني، الجزء ٢، السنة السادسة، 2021، ص ٢٢.

²⁷ يُنظر: تواتي باسمه، عثمان بلال، "القوّة الملزمة للعقد ضمان الأمن القانوني للعقد"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الثاني، 2022، ص 918، ويُنظر: ماء العينين سعداني، "الأمن القانوني والمعلوماتي"، بحث منشور على موقع دار المنظومة الإلكتروني، 2014، ص 260.

²⁸ CHAZAL Jean-Pascal, Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique 1, au séminaire du CERCRIID en date du 9 juin 2000, ayant pour thème Les rapports entre dogmatique juridique, doctrine et théorie du droit, a été publiée aux Archives de philosophie du droit , T.45, 2001, p.303. Elle est ici reproduite avec l'aimable autorisation des éditions Dalloz, p. 214.

مباشرة، ولأن المفهوم الحديث للدولة لا يعني المحافظة على النظام العام فحسب، وإنما تساهم في جميع أشكال النشاط الاقتصادي والاجتماعي لتحقيق أكبر قدر من المصالح.

وهنا فرق القانون بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في التملك، إذ نص في المادة (71) من القانون المدني العراقي، والتي بين فيها تعتبر أموال عامة العقارات والمقاولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة، والتي تكون منفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون، ولم تجز المادة التصرف بهذه الأموال أو حجزها أو تملكها بالتقادم.

وعند التمييز والتدقيق في نص هذه المادة، نجد أن المشرع العراقي بيّن ما للفرد وما عليه بالملكية، حتى لا يتعدى الحدود المرسومة له، ومن أمثلة هذه الأموال الطرق والجسور والمصارف والأثوار وشواطئ البحار، أما غير هذه الأموال فهي مملوكة للفرد بالطرق التي يكفلها القانون كالتعاقد للحصول على عقار أو أي منفعة أخرى بشرط عدم الإضرار بالغير، وقد سمح المشرع المدني للأفراد بالتملك في الحدود المرسومة قانوناً، والتصرف والحصول على المنافع، ولم يقيد الإرادة، إلا بما يتماشى مع تحقيق المصلحة العامة.²⁹

المبحث الثاني: تأثير التوجيه التشريعي على القوة الملزمة للعقد

إن التنظيم القانوني لعلاقات الأفراد مهم وضروري، لأن القانون يعني قوة الإلزام، وتستخدم هذه القوة ليعرف كل ذي حق حقه، ويبقى ضمن الحدود المرسومة لها ولا يخرج عنها، ويبرز تأثير تدخل المشرع والتنظيم القانوني في الحفاظ على مصالح المجتمع ومنعها من التعارض، ولتجنب الإضرار بالفرد أوجد المشرع القانون، الذي يمثل العدالة المنظمة فينظم المشرع التصرفات القانونية برمتها، سواء كانت عملاً قانونياً منتجاً لآثاره أو عملاً تجارياً أو صناعياً أو حتى خيرياً.³⁰

ويمكن أن نتلمس تأثير فكرة التوجيه التشريعي على مبدأ القوة الملزمة للعقد، من خلال جوانب ثلاث، أولها مساس التوجيه التشريعي بحرية المتعاقدين في التعاقد، وثانيها تأثير التوجيه التشريعي في مرحلة نفاذ العقد، وثالثها، التنظيم القانوني المباشر لبعض الأوضاع القانونية، وسنخصص لتفصيل ذلك ثلاثة مطالب مستقلة، كالآتي:

²⁹ يُنظر: أمانج عارف كريم، الحماية القانونية للمصلحة العامة في التشريع العراقي، بحث منشور في العدد الخاص بالمؤتمر الدولي الثالث لكلية الشريعة والقانون بطنطا، الجزء الأول، المنعقد في 21 و 22 أكتوبر 2019، ص 111 وما بعدها. متاح على الرابط الإلكتروني الآتي:

https://mksq.journals.ekb.eg/article_240341_859bf9c2d1f007c4f950bfb2fbdac5e5.pdf تاريخ الزيارة في 2023/2/2.

³⁰ فريدريك باستيا، القانون، منبر الحرية لك، المملكة الأردنية الهاشمية، ٢٠١٢، ص 28.

المطلب الأول: التوجهات التشريعية الماسّة بحريّة المتعاقدين في التعاقد

قيّد المُشرّع الإرادة قبل اقترانها بإرادة أخرى، أي مجرّد تفكير التعاقد بالدخول بالعقد واتخاذ خطوة التعاقد، فإنّه يكون مقيدا من قبل المُشرّع بالنصوص القانونية التي تحكم تصرفه، كما في حالة الحصول على الإذن بالتصرّف، بمعنى آخر قد لا يصدر المُشرّع نصا قانونيا يتضمن منح الإذن بشكل مباشر، وأنّما يخول الأمر للجهات الإدارية لمنح هذا الإذن.

فإذا أراد المتعاقد الحصول على الإذن لإتمام العقد فإنّ المُشرّع يخول للسلطات المختصة إجازة العقد من عدمه، مع الأخذ بنظر الاعتبار أنّ هذا العقد لا ينشأ ولا يرتب أي أثر، ما لم تجزه هذه الجهات التي أعطيت الصلاحية من المُشرّع سلفاً، حينئذ لا ينشأ العقد من إرادة أطرافه فحسب، بل من انضمام إراداتهم إلى رخصة المُشرّع، أي أنّ ما ينشأ العقد على حد تعبير سافاتييه، هو إرادة الأطراف ممزوجة برخصة المُشرّع، وبعبارة أدق أن المُشرّع يوشك أن يدخل في العقد كمتعاقد ثالث في سبيل تحقيق غاية معينة فتتمكن السلطة المختصة، بحصولها على إمكانية منح الإذن، أن تمنع إنشاء العقد، أو على الأقل تؤجل إبرامه إلى وقت آخر³¹.

1- قيّد المُشرّع التعاقد في العقود الالكترونية بجملة من التوجيهات ففي ظل التطورات المتلاحقة في العقود ظهرت العقود الالكترونية³²، والعقود الخاصة بنقل التكنولوجيا والمعلوماتية³³. وأنّ هذه العقود أحدثت نقلة غير مسبوقة في كيفية إبرامها والتقاء الإرادة بشأنها، فكان الأولى بالمُشرّع توجيهها للحفاظ على مراكز المتعاقدين المختلفة، فالتعاقد يتم بوسيلة الكترونية ولكن ألزم قانون اليونسترال النموذجي³⁴ أن تكون الوثائق

³¹ يُنظر: بسام مجيد سليمان، أكرم محمود، "موضوعية الإرادة، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء المخاطر والتشريعات القانونية"، مجلة جامعة الموصل، منشور بتاريخ 2010، ص 68، متاح على الموقع الإلكتروني الآتي:

<https://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2010/03>

³² العقد الإلكتروني: هو التقاء الإيجاب بالقبول عبر شبكة الإنترنت شبكة الاتصالات الدولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات ينتج عنه إنشاء التزامات تعاقدية. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط 2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

³³ عقود نقل التكنولوجيا والمعلوماتية عقود تبرم عن طريق الحاسوب تنظم المعاملات والمراسلات بين التاجر وآخر أو شخص وآخر، يبرم هذا العقد عن طريق نظام المعلومات وتبادل المعلومات مع غيره من التاجر عن طريق شبكة الإنترنت يُنظر: نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دراسة موازنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2001، ص 1.

³⁴ القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية الاستقلال 2001 المادة (1) "يطبق هذا القانون حيث ما تستخدم التوقيعات الإلكترونية في سياق أنشطة تجارية وهو لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلكين".

الإلكترونية³⁵، مذيلة بالتوقيعات الإلكترونية³⁶، وهذا يمثل توجيهها تشريعياً بضرورة حماية المتعاقد من النصب والاحتيال والمواقع الوهمية.

كما أنَّ قبول الأخذ بحجية المستندات الإلكترونية، كان مشروطاً بملاءمتها للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونسترال) والتي ساوت بين التوقيع في التعاقد الإلكتروني والتقليدي، فمن يرغب بالإقدام على التعاقد عبر الوسائل الحديثة، عليه أن يراعي أولاً قواعد إبرام العقد الإلكتروني وإتقانها، لتجنب الآثار المترتبة على مخالفة هذه القواعد.

وقد أسهمت التكنولوجيا في تحقيق خطط التنمية الاقتصادية التي تنتهجها الدولة، ومن ثم، فإنها جديرة بأن تحظى ليس باهتمام الدولة فحسب، وإنما باهتمام المجتمع الدولي بأكمله، وبرز هذا التطور في العقود الأخيرة إذ ساهم في تزايد حجمها ومعدلات اللجوء إليها، إذ لم يكن استخدامها قاصراً على الدولة ومن ينتمي إليها بل صار في متناول الجميع.

فضلاً عن أنَّ تراجع الطرح الاشتراكي ساعد كثيراً على إعلاء وسمو مبدأ الإرادة، والذي كان له الأثر البالغ على العقود الدولية، خاصة تلك التي تتعلق منها بمجالات حيوية ك مجال عقود نقل التكنولوجيا، ولاشك أن هذا السمو أدّى إلى إحداث نوع من عدم التوازن بين أطراف هذه العقود، خاصة ما يتمتع منها بالأهمية كالعقود التي تبرم في الوسط الإلكتروني، فهذا المجال بطبيعته يساعد على إحداث نوع من عدم التوافق بين أطراف التعاقد، خاصة في مراحله الأولى عند التفاوض ووضع حجر الأساس واختيار القواعد التي ستحكم التعاقد ولهذا جاء تدخل المشرع بالتنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا، محاولة منه لإحداث نوع من التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف، فإذا كان المستورد يلجأ إلى إبرام هذه العقود لإحداث نوع من التقدم والتطور في صنعتته أو مهنته، فإنّه من الطبيعي أن يرضخ الطرف الثاني لنوع من الضغط والتسليم لرغبات وأمانى الطرف الأقوى في العلاقة وهو المورد فعدم التعادل في المراكز القانونية في هذه العقود يطرح مسألة غاية في الأهمية وهي عدم مرور تلك العقود بمرحلة ما قبل الإبرام، أي مرحلة التفاوض والمناقشة على كل بند من بنود العقد لكي لا يتمكن من خلاله الطرف القوي (المورد) أن يفرض شروطه على الطرف الضعيف (المستورد).

³⁵ قانون اليونسترال 2001 مادة (2) فقرة (ج) الوثائق أو رسالة البيانات وتعني معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها واستلامها وتخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل متشابهة بما في ذلك على سبيل المثال التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق التلكس والنسخ البرقي.

³⁶ قانون اليونسترال 2001 المادة (2) فقرة (أ) التوقيع الإلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضاف إليها أو مرتبطة بها منطقياً يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

لكن برغم محاولات المُشرِّع في التدخل، إلّا أنّ هذا التسليم يعد أهم الآليات القانونية التي تلجأ إليها الشركات الكبرى التي تحوز التكنولوجيا المتطورة، فعقد نقل التكنولوجيا يعد واحداً من أهم العقود التي تظهر فيها بوضوح تلك التبعية الدولية، نظراً لأنّ المستورد يظهر بمظهر الطرف الضعيف الذي يرضخ ويسلم برغبات وأمنيات الطرف الأقوى.

بحيث أن قوة هذه الشركات وسيطرتها على السوق مكنتها وأعطت لها القوة بفرض هيمنتها واضطرت المستخدم إلى التعامل معها بداعي الحاجة³⁷، إذ أنّ التطور التكنولوجي وبشكل خاص شبكات الانترنت قدما الكثير من المزايا والفوائد للناس في حياتهم اليومية، ولكن في نفس الوقت يُمكن أن يسبب بعض التحديات والمشاكل، تتمثل بعدم قدرة المتعاقد على مواجهة هذه التطورات، فاستخدام الإنترنت والتكنولوجيا، يُمكن أن يجعل من الصعب على المتعاقد الحصول على المعلومات اللازمة والتواصل مع الأطراف الأخرى بشكل فعال بسبب حداثة هذا النوع من التعاقد ومع ذلك، يمكن إعطاء فرصة للمتعاقد لجمع المعلومات اللازمة عن هذا النوع من التعاقد لتعزيز موقفه في العقد.

2- عند تتبع النصوص القانونية التي تخص إبرام العقد، وجدنا أن المُشرِّع العراقي اعترف للأفراد بإنشاء كافة أنواع العقود بشرط عدم المساس بالنظام العام والآداب³⁸.

كما نص المُشرِّع المدني المصري في المادة (89) منه³⁹، والتي أجازت انعقاد العقد بشرط مراعاة الأوضاع التي يقررها القانون، المُشرِّع المدني الفرنسي فقد نص في المادة (1102)⁴⁰، فالقوانين المدنية المقارنة الثلاثة متفقة على أن إرادة الأفراد عند إبرام العقد، لا يجب أن تخالف النظام العام لكن موقف المُشرِّع المصري أكثر تقدماً من القوانين الأخرى، لكونه أطلق التقييد في الإرادة ولم يحدده بالنظام العام فحسب، وإنّما بيّن بأنّه يجب مراعاة الأوضاع التي يقررها القانون، فقد تكون هذه الأوضاع متعلقة بنظام المجتمع الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي.

³⁷ يُنظر: محمد إبراهيم موسى، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٦١ وما بعدها.

³⁸ نصت المادة (75) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنّ "يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب".

³⁹ نصت المادة (89) من القانون المدني الفرنسي، السابق الذكر، على أنّ: "1- يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

⁴⁰ نصت المادة (1102) من القانون الفرنسي الجديد على أنّ: "لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد، وفي أن يختار من يتعاقد معه وأن يحدد مضمونه وشكله ضمن الحدود التي يقررها القانون لا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام".

المطلب الثاني: تأثير التوجيه التشريعي في مرحلة نفاذ العقد

يؤثر التوجيه التشريعي على العقد بعد إبرامه وترتيب آثاره، إذ عندما ينتقل المتعاقدان من مرحلة التقاء الإرادتين إلى التنفيذ فيجد تقييد المشرع حتى عند ترتب الأثر المحدد قانوناً، وفي ظل وجود القوة الملزمة والتقاء الإيجاب بالقبول وقيام العقد، فإنه بتنفيذه صار من الضروريات ولا يمكن الرجوع عنه.

ويحصل المتعاقد متى تم إبرام العقد على سلعة أو خدمة فيكون عليه الالتزام بالعقد تحت أي ظرف أو أي مسمى حتى لو كانت السلعة والخدمة، لا تقي بالعرض الذي يقصد به المتعاقد أو كان ثمنها مرتفعاً بالمقارنة مع الفائدة التي تقدمها هذه السلعة فالمستهلك كفرد لا يستطيع المناقشة، ولا يملك الوقت الكافي للتفكير في جميع ما يبرمه من عقود، فنجده تدخل المشرع لحمايتهم من التعسف والخداع في الإعلان المضلل أو حتى تسعير السلعة جبرياً حماية له⁴¹.

ولأن الإرادة محرك الأثر القانوني فمن دون الإرادة لا يمكن أن ينتج الأثر القانوني وقد يقيد القانون هذه الإرادة بقيد، كما في الشكل الذي يمثل القيد التحكيمي بالإرادة، فهو الذي يوجهها صوب الوجهة التي يختارها القانون لذا فإن الإرادة تخضع للشكل بغض النظر عن قبولها بهذا الشكل من عدمه، فقد يصل قيد الشكل وإثبات التصرف إلى حد إلغاء الإرادة⁴².

كما أن انتقال الملكية في عقد البيع (٩٠)⁴³ لم تأخذ بالإرادة فحسب، وإنما تتطلب الشكلية، وفي حال عدم مراعاتها يبطل العقد يعني هنا الإرادة سواء أرادت إتمام العقد فلا يتم هذا العقد إذا كان التصرف يحتاج إلى شكلية فيجب مراعاتها، ومن ثم هي توجيه من المشرع للعقد باتجاه ترتيب الحقوق واستقرار الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والقانونية للمتعاقد بنقل الملكية له وتمتعه بكافة مزاياها.

وهنا لا يمكن أن يعتد بالإرادة ما لم تفرغ في قالب الذي حدده القانون، فالشكلية وفق ما أراده المشرع وقصده من خلال إيجاد النصوص القانونية التي تتناول الشكلية، تضمنت حماية للمتعاقد من عدة جوانب نذكر منها:

⁴¹ خالد عبد الناصر بدوي، الحماية المدنية للمستهلك من الدعاية المضللة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2018، ص 11.

⁴² وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط 2، الشركة الوطنية للتوزيع، الجزائر، ١٩٧٩، ص ٤٧١.

⁴³ نصت المادة 90 من القانون المدني العراقي رقم لسنة على أنه: "1- إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك.

2 - يجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل".

- 1- إنَّ الشكالية وجدت لمصلحة المتعاقد بغيته من العقود العرفية أو غير الرسمية التي تبرم خارج دائرة التسجيل.
- 2- إيجاد الشكالية كطريق للحد من الفوضى واعتماد الشفافية في التعامل، ممَّا ينعكس على اطمئنان المجتمع وإقبال الأفراد على التعاقد دون تعقيد.
- 3- - إن الدافع من خلال النص على الشكالية يتخذ الجانب الاقتصادي البحث، لأنَّ المُشرِّع يهدف إلى الحفاظ على قيمة العقد والذي أصبح له دوراً اقتصادياً هاماً⁴⁴.
- ونظم المُشرِّع المصري الشكالية في قانون الشهر العقاري، أنَّ مؤدى نص المادة (٩) من القانون رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري، أنَّ ملكية العقار المبيع لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، أو بتسجيل الحكم النهائي المثبت للتعاقد.
- أما المُشرِّع الفرنسي فقد ألزم البائع في المادة (1172) من القانون المدني الفرنسي⁴⁵، بنقل الملكية، وأنه قام بتنفيذ الالتزام فور انعقاد العقد فإذا تطلب العقد وجود مكمل لانتقال الملكية كوجود مراعاة لشرط الشكالية كما في عقود انتقال الملكية⁴⁶.
- فالشكالية قيد أقره المُشرِّع في نصوص القانون المدني العراقي، وألحقه بالتصرفات القانونية، إذ يجب أن يفرغ هذا التصرف في قالب حدده القانون وبيّن معالمه.
- فقد شدد المُشرِّع العراقي في النص على الشكالية في اشهر تصرفات في إدارة التسجيل العقاري ضرورة إذا أفضل المُشرِّع كل تصرف يشترط فيها الخضوع الشكالية ولم يستوف هذا الشرط⁴⁷.

⁴⁴ يُنظر: خالد الفكاني: أثر تغير الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة الدكتوراه، جامعة محمد الخامس للعلوم القانونية والاقتصادية، الرباط، 2014، ص ٤٢ وما بعدها

⁴⁵ تكون العقود رضائية من حيث المبدأ استثناء من ذلك تخضع صحة العقود الشكالية لمراعاة الشكليات التي يحددها القانون والتي يؤدي عدم مراعاتها إلى بطلان العقد، ما لم يكن تصحيحه ممكناً إضافة إلى ذلك فإن القانون يعلق إنشاء بعض العقود على تسليم شيء معين. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 68.

⁴⁶ يُنظر: عبد الحكم فودة، الموسوعة الوافية في العقود إنهاء الفؤة الملزمة للعقد دراسة تحليلية على ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١١، ص 460.

⁴⁷ يُنظر: محمد سليمان الاحمد خواطر مدنية أفكار وآراء في القانون المدني، مكتب الفكر والوعي الاتحاد الوطني الكردستاني، السليمانية، 2009، ص 51 وما بعدها.

المطلب الثالث: التنظيم القانوني المباشر للأوضاع القانونية

من خلال تتبع النصوص القانونية، التي توضح القيود التي يفرضها المشرع على المتعاقدين أثناء إبرام العقد، والتي لا يكون فيها المتعاقد حراً في اختيار العاقد الآخر، بل أنه يلزم بالتعاقد مع شخص آخر أو جهة معينة من السلطة العامة، ومن قبيل ذلك بعض الأوضاع القانونية المهمة، منها:

1- أحكام الشفعة: عرفت مجلة الأحكام العدلية الشفعة في المادة (950) منها بأنها تملك الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري⁴⁸، فالشفعة بهذا المعنى تختص بتملك الشفيع العقار بالشفعة⁴⁹، حيث يجبر مالك العقار المشفوع على إبرام عقد البيع مع الشفيع بقوة القانون. وهكذا يقوم مقام المتعاقد الذي اختاره المالك متعاقد آخر مفروض من قبل المشرع بنصوص قانونية.

هذا وقد سار القضاء العراقي على ذات النهج، إذ بين أن الشفيع يملك حق الشفعة جبراً على المشتري، ففي قرار قضائي صدر عن إحدى المحاكم العراقية، نص المبدأ فيه على أنه: "بما أن الشفعة هي حق تملك العقار المبيع، ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة عملاً بأحكام المادة (1128) من القانون المدني، وحيث أن المدعية لا تملك دار سكن على وجه الاستقلال، ولم تتنازل عن حق الشفعة وسلكت الطريق القانوني السليم بالتملك لحصة شريكها، مما يكون للدعوى والحالة هذه سند من القانون"⁵⁰.

ونجد أن هذا الحكم موافق لنص القانون، إذ أن الشفيع لا يملك داراً على وجه الاستقلال ويستطيع طلب الشفعة جبراً على المشتري، فالقيد هنا على إرادة طرفي العقد بعدم إتمام العقد بعد الاتفاق، لوجود نص قانوني يوجب الأخذ بالشفعة مع توافر شروطها.

وأن الشفعة توجبه مباشر وملزم من المشرع في مراعاة وتقديم مصلحة الشفيع على المشتري، لتحقيق مصلحة الشفيع الذي لا يملك داراً على وجه الاستقلال، فأعطاه المشرع الحق في أن يطلب العقار بالشفعة، فإذا تم بيع العقار لغير الشفيع وتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري فيحق للشفيع رفع دعوى أمام محكمة البداية، لإبطال سند المشتري وإصدار سند جديد باسم الشفيع⁵¹.

⁴⁸ محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، المجلد الثاني، مطبعة الترقى، دمشق، 1927م، ص 365.

⁴⁹ تعرف المادة (1128) من القانون المدني العراقي حق الشفعة على أنه: "حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة". وتقابلها المادة (935) من القانون المدني المصري، والتي نصت على أنه: "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار، الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

⁵⁰ حكم صادر عن محكمة التمييز الاتحادية، العراقية العدد 9941/الهيئة المدنية، 2022، غير منشور.

⁵¹ طارق عجيل، المطول في شرح القانون المدني معمقة ومقارنة مع الفقه الغربي والإسلامي، آثار العقد، الجزء الثاني، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2013، ص 63.

لأنه حق الأخير منصوص عليه في القانون، ومن ثم فهو حق مؤكد أراد المشرع من خلاله ترجيح مصلحة معينة، فإذا أردنا البحث في البواعث الاجتماعية للمشرع، والتي دفعت إلى الأخذ بالشفعة نجد أنها حماية للمشتري من مجاورة شريك أو جار في العقار لا يرتاح لوجوده⁵².

ومن الناحية الاقتصادية فهي تقلل لعدد الشركاء في العقار المشاع، ومن جانبنا ومن خلال متابعة الواقع العملي نجد أن العقار المثقل بحقوق الشركاء لا يكون كالعقار المملوك لشخص واحد، فإن كثرة الشركاء، تؤدي إلى كثرة المراجعات في الدوائر، فضلاً عن كثرة الإجراءات القانونية على هذا العقار، أي تضعف من الناحية الاقتصادية الإقبال على هذا العقار لكنها ميزة للمشتري الشفيع، خاصة وأن كان العقار المشفوع به ملاصقا لعقاره، فإنه بالتأكيد سيزيد من قيمة العقارين، وتأسيساً على ما تقدم فإن هذه الدوافع كافية لإقرار المشرع لحق الشفعة للشفيع بهذه المميزات.

2- أحكام العيوب الخفية: يبقى الالتزام بضمان العيب الخفي قائماً منذ نشوء العقد إلى حين انتهائه وبعد فترة نفاذه قائماً، وهو من الالتزامات التي يتمتع بها العقد ترافقه منذ نشوئه وحتى تنفيذه، ويقودنا التساؤل هنا إذا كفل المشرع إبرام العقد وتنفيذه، فهل ينتهي دور القانون إلى هذا الحد؟!

فمثلاً إذا ظهر أن التنفيذ كان معيباً على الرغم من استقرار وضع المتعاقدين، فإذا كان العقد بيعاً مثلاً فسلم البائع المبيع وسلم المشتري الثمن وظهر المبيع معيباً فيلتزم البائع بضمان العيب في المادة (558) من القانون العراقي⁵³.

فضلاً عن أن التنفيذ السليم في العقد يكون مفروضاً على المتعاقد، لأن العقد أبرم بإرادتين متوافقتين فلا يجوز لأحدهما أن تشط عن الاتفاق وأن تم ذلك فيعود على الطرف المقصر⁵⁴.

إن يجب على كل طرف في العقد الالتزام بالتنفيذ، وإلا وقع تحت طائلة المسؤولية، ومما يؤكد اتجاه المشرع في إلزامية العقد صدور العديد من القرارات القضائية عن المحاكم العراقية، تؤكد تنفيذ المتعاقد بما التزم

⁵² يُنظر: محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، دون دار طبع، دون سنة نشر، ص 176 وما بعدها.

⁵³ نصت المادة (558) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أن: "إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمنه المسمى. 2- والغيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم".

⁵⁴ نصت المادة (177) من القانون المدني العراقي على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته".

به، حيث "يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوحيه حسن النية، ولما كان العقد ملزماً للطرفين ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي"⁵⁵.

3- إنفاذ العقد وعدم قابليته للتعديل بإرادة أحد عاقيه: نصت المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي على أن: "الاتفاقات التي تبرم على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها"، أي أن العقد شريعة المتعاقدين.

فالمشرع المدني عموماً، سواء كان الفرنسي أو المصري أو العراقي من خلال النصوص السابق بيانها، يؤكد أن العقد مصدر من مصادر الالتزام يتكون من إرادة عاقيه، وعلى كل واحد منهم تنفيذ ما يترتب بذمته من التزام من جراء قبول هذه الإرادة، الدخول في العقد أي كان نوعه، إذ أكدت المحكمة في فحوى القرار على إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبما يتلاءم مع ما يوجبه حسن النية، ولأن العقد ملزم للطرفين لا يجوز للعاقدين أو لأحدهما الرجوع عنه أو تعديله إلا بموجب نص القانون أو بناءً على اتفاق منهما، إذ استندت المحكمة إلى نص المادتين (145) و(150)⁵⁶، من القانون المدني العراقي، وكان اتجاه المحكمة موقفاً في التأكيد على وجوب الالتزام في العقد وإضفاء القوة الملزمة عليه قانوناً وقضاً.

⁵⁵ القرار 265 صادر من محكمة التمييز الاتحادية في 2008/3/20 منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية تاريخ الزيارة 2022/12/22، وجاء في نص الحكم: " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى النظر في الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون للأسباب والحيثيات التي أستند عليها حيث أجرت المحكمة تحقيقاتها القضائية واستمعت إلى أقوال ودفع الطرف وأبرز كل منهما ما لديه من مستندات وتبين 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 والحيثيات الواردة فيه صحيحاً قرر تصديقه ورد لائحة الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 13/ربيع الأول/1429 هـ الموافق 2008/3/20م.

⁵⁶ نصت المادة (145) من القانون المدني العراقي، السابق الذكر، على أنه: " أيّاً كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه". كما نصت المادة (150) من القانون المدني العراقي، السابق الذكر، 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".

وسار على ذات النهج القضاء المصري حيث بيّن في أحد الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، حينما ذهبت إلى: "أنّ العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لأي من الأطراف أن يستقل أحد الأطراف بتعديله ولا نقضه إلا باتفاق الطرفين لأنّ العقد وليد إرادتين مشتركيتين"⁵⁷.

كما يلحظ أن المشرّع العراقي وضع الإرادة جانباً عندما قرر بأن لكل عقد قواعد خاصة به في المواد (75 و 76) من القانون المدني العراقي، عندما بين في المادة (75) منه، بأنّه: "يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب". ووجه المشرّع إرادة المتعاقد (البائع) في عقد البيع بضرورة نقل الملكية إلى المشتري، والتقيّد بما هو ضروري لنقل الملكية، بما في ذلك إذا احتاجت نقل الملكية شكلية معينة يجب اتباعها، لذا نجد أنّ المشرّع ألزم البائع بكل ما يفيد نقل الملكية للمشتري دون وضع العراقيل أمامه⁵⁸.

4- الالتزامات القانونية المكتملة لإرادة الطرفين: نص المشرّع بأن تكاليف تسليم المبيع مثل أجرّة الكيل والوزن تكون على البائع وحده، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك عند التدقيق والتمحيص في هذا النص نجد أنّ المشرّع جعل تكاليف نقل الملكية على البائع وحده، لكنه عاد وتروّى في أن افترض أن يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تقاسم تكلفة انتقال الملكية، أو وجود عرف في منطقة ما يجعل هذه التكاليف على البائع أو المشتري أو كليهما⁵⁹.

فالمشرّع قيّد الإرادة بموجب هذا النص، ولضرورات تبين مدى انعكاسها على المجتمع فرأى ضرورة تقييد الإرادة، بما يتماشى مع طبيعة المجتمع وتوجهاته، فنص على إمكانية أن يكون موضوع العقد، بحسب إرادة المتعاقدين، شريطة ألاّ يخل بهذا الموضوع نظام المجتمع، كمن يستأجر محلاً لبيع الخمر بجوار مبنى للعبادة، لأنّ هذا العمل ممّا تنفر منه النفوس ولا تتقبله العقول، ومن ثم يرفضه المجتمع، ويوصف بأنّه مخالف للقانون والنظام العام والآداب السائدة في المجتمع.

وفي السنوات الأخيرة، شهدت نظرية استقلال الإرادة تراجعاً، مقابل الانتشار الكبير للأفكار التوجيهية أو التدخلية، لأنّها تستند إلى فكرة الاهتمام بالتعاقد، والعلاقات الاجتماعية العادلة، صحيح أنّ الجميع أحرار في

⁵⁷ الطعن رقم 1297 لسنة 56 ق- جلسة 1990/11/29، أمجد أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، دار العدالة للطباعة، القاهرة، مصر، 2013/2012، ص 468.

⁵⁸ نصت المادة (535) من القانون المدني العراقي، السابق الذكر، على أنّ: "يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع إلى المشتري وأن يكفل أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً".

⁵⁹ نصت المادة (542) من القانون المدني العراقي النافذ، على أنّ: "تكاليف تسليم المبيع كأجرّة الكيل والوزن تلزم البائع وحده، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

الالتزام أو عدم الالتزام بشخص ما، فإنَّ اتخاذ قرار الالتزام يمثل بالضرورة مصلحة وحرية الإرادة المعبر عنها يؤدي إلى العدالة الاجتماعية.

ومع ذلك، لكي يتحرر الجميع من أي شخص آخر، وأنَّ يقرروا بشكل كامل مصلحتهم الشخصية للانسحاب من الالتزام بموجب عقد، من الضروري أن يكونوا قادرين على مراعاة التوازن في العلاقات بين أفراد نفس المجتمع، ومع ذلك، من الواضح أن هناك عدم مساواة بين الرجال، ومن ثمَّ، فإنَّ الحرية التعاقدية التي تنتج عن استقلالية الإرادة لن تستند إلى علاقات متوازنة. على العكس من ذلك، سيسمح للأقوى بفرض قانونه على الأضعف.

ولذلك، اليوم، حتى لو احتفظت الإرادة بدور أساسي، فإنَّ قانون العقود الحديث يشهد حتما انخفاضاً في استقلالية الإرادة لإفساح المجال تدريجياً لنظام الإرادة الخاضعة للرقابة. ويستند هذا التطور أيضاً إلى العديد من الملاحظات: إحياء الشكلية على حساب التوافقية، أو العقود المفروضة (مثل عقد التأمين لسائقي السيارات) أو إلغاء حرية تحديد محتوى عقود معينة (مثل عقود المستهلك).

وسيكون شعار العقد هو: "الولاء والتضامن والأخوة"، عند تصميم التضامن التعاقدية، يجب ألا تأخذ أطراف العقد في الاعتبار مصالحها الفردية فحسب، يجب عليهم أيضاً أن يأخذوا في الاعتبار مصالح الطرف الآخر، وحتى لا يمنحوا امتيازات لهم على حساب مصالحهم الشخصية⁶⁰، على الرغم من أن هذه النظرية جذابة، إلا أنَّها حسبنا نرى لا تتوافق مع حقيقة الواقع، فهي إن كانت تصلح في واقع مثالي، إلا أنَّها مبني على افتراض محض خيال من الصعب قبوله وتقبله في ظل الأوضاع الراهنة، والتوجهات الشخصية والمصالح الفردية المتعارض مع بعضها، والمتعارض مع المصلحة العامة.

خاتمة

خلصنا في خاتمة هذا البحث إلى عدد من النتائج المهمة، يمكن أن نوردتها في الآتي:

- 1- القوة الملزمة للعقد، تتجسد بالالتزام طرفي العقد على ما اتفق عليه، وأنَّ الشروط التي توردها إرادة الطرفين وتخدم مصالحهم تكون واجبة التنفيذ عليهما وتكتسب قوتها من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.
- 2- تعكس فكرة التوجيه العقدي في ميدان العلاقات التعاقدية، اضمحلال سيادة المفهوم الفردي المجسّد لحرية التعاقد وضرورة احترام هذه الحرية، وهو ما جاء به مبدأ سلطان الإرادة التقليدي.
- 3- يتصل التوجيه التشريعي للعقد غالباً بالجانب الاجتماعي والاقتصادي للنص، إذ أنَّ النصوص يُمكن أن تحمل نصاً يكون فيه مضمون ذا توجيه اجتماعي أو اقتصادي، وأحياناً نجد كلا التوجيهين في نص واحد،

⁶⁰ Introduction La notion de contrat, Un article publié sur le site ci-dessous: https://www.editions-ellipses.fr/PDF/9782340016033_extrait.pdf, Date de visite:15/7/2023.

وهذا من الدواعي الأساسية للتنظيم القانوني، لأن القانون من العلوم الاجتماعية والمتصل بالعلوم الاقتصادية التي تبحث في فائدة الفرد وكيفية تحقيقها، فالنص القانوني له بُعد اجتماعي واضح، لأنه يراعي حاجة المتعاقد وظروفه الاجتماعية، وكذا الطابع الاقتصادي الذي يراعي الأوضاع الاقتصادية، بما يحقق النفع السليم لطرفي العقد.

4- يقود التوجيه العقدي إلى استقرار المعاملات والمساواة قدر الإمكان بين المتعاقدين، إذ يسعى المشرع إلى إزابة الفوارق بين المتعاقدين في العقود، وعدم إتاحة الفرصة لإيقاع المتعاقد الضعيف تحت شباك الاستغلال أو غيره، من خلال إيجاد النصوص التي تحمي المتعاقد، كإعطائه الفرصة الكافية للتأكد من المبيع في البيع بشرط التجربة أو إعطائه فرصة التملك، وعدم إجباره على وجود أجنبي بجوار عقاره، لا يمكن له الارتياح إلى وجوده، كما في أحكام الشفعة إذ أنها تمثل تمكّن تملك للعقار المبيع جبراً على المشتري، وهذا هو سلطان القانون.

5- لما كان كل إنسان يسعى إلى تحقيق مصالحه الخاصة، ولكون العقد يربط بين طرفين، يأمل كل منهم إلى تحقيق ما يصبو إليه، فليس من المستبعد أن يحصل تضارب في المصالح، ونكون أمام حالة من عدم التعادل والتناسب بين الطرفين، مما يؤثر على الأداء أو المقابل الذي سيحصل عليه كل منهما، الأمر الذي يستدعي ضرورة تدخّل القاضي، إذا تعدّر تدخّل المشرع لإنصاف كل طرف وضمان الأداء العادل لكلا الطرفين.