مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية ،المجلد ٢٦، العدد٣ :٢٠١٨

متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية دراسة مقارنة

منصور حاتم محسن
كلية القانون/ جامعة بابل
mansoorhatem@yahoo.com

الخلاصة

العدالة التعاقدية بين المتعاقدين لا تتحقق إلا بمتطلبات أساسية ومكملة لتحقيق المنفعة المقصودة من العقد بما يحقق العدالة التعاقدية، إذ نفتقد لتحقيق العدالة العقدية دون تعديل العقد أو إكماله واستبعاد الشروط التعسفية ، وكذلك لا تتحقق العدالة التعاقدية دون ان يكون العقد عند إبرامه وتنفيذه منسجماً مع مبدأ حسن النية، ومتفقاً مع النظام العام . لذا يصبح مبدأ حسن النية والنظام العام متطلبات مكمّلة لتحقيق العدالة . بينما تصحيح العقد باستبعاد الشرط التعسفي وإكمال مضمون العقد وتعديله تعد متطلبات أساسية لتحقيق العدالة التعاقدية.

الكلمات المفتاحية: تنفيذ ، المنفعة ، تعديل ، العدالة ، العقد

Abstract

Contractual justice between the parties has only basic requirements and is complementary to the intended benefit of the contract , without the modification or completion of the contract or the exclusion of the arbitrary condition . as well , the contractual justice is not available without the contract when it is concluded and implemented in line with the principle of good faith and public order as complementary requirements to contractual justice. While correcting the contract by excluding the arbitrary clause and completing the contract content are essential requirements for the achievement of contractual justice.

Keywords: Execution , Benefit ,Modification , Justice, contract

المقدمة

تطرقنا في بحثنا السابق الذي يحمل عنوان ((العدالة العقدية – دراسة مقارنة))[1] الى مفهوم العدالة التعاقدية من حيث ماهيتها وعناصرها ومن حيث مدى ملاءمتها مع القوة الملزمة للعقد بمفهومَيْه التقليدي والحديث ، والعلاقة بين العدالة التعاقدية وبين مبدأ الأمان التعاقدي ومبدأ ثبات العقد ، ولكي تكتمل دراسة العدالة التعاقدية لابد من بيان وسائل ومتطلبات تحقق العدالة التعاقدية بين العاقدين ، فالعدالة التعاقدية قد تم تحديد مفهومها بأنها تحقيق المنفعة المقصودة من العقد لكل من المتعاقدين بما يحقق التناسب بين ما يحصل عليه كل طرف من الطرفين وكذلك التناسب بين هذه المنفعة وبين الأهداف التي يرمي المشرع تحقيها من وراء العقد ، سواء كانت هذه الأهداف اقتصادية أو اجتماعية، فضلا عن تحقيق التناسب بين الأداءات لكل من المتعاقدين .

ومن اجل تحقيق ما تقدم ، حدد المشرع متطلبات رئيسة يتم تحقيق العدالة التعاقدية بعناصرها أي المنفعة المقصودة والتناسب بين الأداءات والتوفيق بين المنفعة والتناسب بما يحقق أهداف المشرع التي يقصدها من وراء التدخل في الرابطة العقدية في جميع مراحلها . ومن هذه المتطلبات المكملة هي وجوب مراعاة حسن النية في جميع مراحل العقد ، من المفاوضات الى إبرام العقد وحتى تنفيذه ، وكذلك وجوب مراعاة مبادئ النظام العام، إلا ان هناك متطلب رئيس لابد من وجوده حتى تتحقق العدالة التعاقدية وهو التغيير في جزء من أجزاء العقد سواء بتصحيحه أو بإكماله أو بتعديله حتى تتحقق العدالة التعاقدية .

---

[1] منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية / المجلد (٢٥) / العدد (٦) / ٢٠١٧ .

وما تقدم هو موضوع دراستنا في هذا البحث، إذ سيتم دراسة متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية بمبحثين الأول المتطلبات الرئيسة لتحقيق العدالة العقدية والمبحث الثاني ندرس المتطلبات المكملة ، وهذا كله على وفق القوانين المدنية في العراق ومصر وفرنسا[١] ، والقوانين الخاصة بقدر تعلقها بموضوع بحثنا.

وعلى هذا الأساس ، ستكون خطة البحث كالآتي :

المبحث الأول : المتطلبات الرئيسة لتحقيق العدالة التعاقدية

هناك متطلبات رئيسة تدور كلها حول هدف واحد هو تحقيق العدالة التعاقدية بين العاقدين ، وتتمحور كلها حول التغيير في جزء من أجزاء العقد ، وهذه تتحقق بتصحيح العقد وتعديله وإكماله . وهي متطلبات لابد من دراستها في ثلاثة مطالب ، يخصص الأول لاستبعاد الشرط التعسفي لتحقيق العدالة التعاقدية ، والمطلب الثاني لتعديل بنود العقد لتحقيق العدالة التعاقدية ، أما المطلب الأخير, فسيخصص لدراسة إكمال العقد من أجل تحقيق العدالة التعاقدية .

المطلب الأول : استبعاد الشرط التعسفي لتحقيق العدالة التعاقدية

ويقصد باستبعاد الشرط التعسفي هنا في حالة الحكم ببطلانه ، وعند استبعاده يصبح العقد غير معرضاً للزوال [٢] . وعندها يبقى العقد مرتباً لآثاره وفي الوقت ذاته يتحقق التناسب بين الأداءات المتقابلة بما يحقق المنفعة المقصودة من العقد ، فإذا أقترن العقد بشرط تعسفي يهدد العدالة التعاقدية عندئذ يحكم باستبعاد هذا الشرط[٣].

وعلى هذا ، لابد قبل بيان أحكام الاستبعاد هذه يجب دراسة مفهوم الشرط التعسفي ، لذا سيكون هذا المطلب في فرعين ، الأول لمفهوم الشرط التعسفي والثاني لأحكام استبعاد الشرط التعسفي .

الفرع الأول : مفهوم الشرط التعسفي

لا نقصد هنا بالشرط التعسفي، المفهوم الضيق له ، الذي يرتبط بعقد الإذعان بمفهومه التقليدي ، الذي يتعلق بخدمات وسلع ضرورية يحتكر الموجب تقديمها ويضع الأخير شروطاً لا تقبل المناقشة [٤]، فهنا نكون أمام شروط تعاقدية توصف بالتعسفية كون الموجب هو الذي تحكم في وضعها ، فتحقق مصلحته على حساب الطرف المذعن الذي عليه أن يقبلها كلها أو يرفضها كلها ، أي الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف ذي النفوذ الاقتصادي القوي والذي يخوله ميزة فاحشة على حساب الطرف الآخر ، فلا يقتصر الشرط التعسفي على هذا المفهوم الضيق ، وإنما يقصد به كل شرط تعاقدي يحقق منفعة أو ميزة لمصلحة المشترط على حساب المتعاقد الآخر[٥]، فهو الشرط الذي يترتب عليه اختلال التوازن بين حقوق والتزامات كل من المتعاقدين . ونحن نرى بأنه لا يقتصر وصف التعسف على العقود التي تتفاوت فيها القدرة الاقتصادية لطرفيها فحسب وإنما في العقود في جميع أنواع التفاوت سواء المهني او المعرفي او الحرفي او النفوذ

---

[١] القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، والقانون المدني الفرنسي وتعديله في المرسوم ١٣١/ ٢٠١٦ الصادر في ٢٠١٦/٢/١٠ والنافذ في ٢٠١٦/١٠/١.

[٢] انظر في ذلك مؤلفنا ((فكرة تصحيح العقد – دراسة مقارنة)) ، دار الكتب القانونية / دار شتات للنشر والتوزيع والبرمجيات / مصر / ٢٠١٠ / ص٣١٦-٣١٧.

[٣] وكذلك يعدل الشرط التعسفي دون أن يستبعد، وعندها لا نكون أمام تصحيح العقد وإنما تعديله . وهذا ما سيتم التطرق إليه في المطلب القادم .

[٤] انظر الفقرة الأولى من المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي .

[٥] د. سليمان براك الجميلي/ الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة / أطروحة دكتوراه / كلية الحقوق / جامعة النهرين / ٢٠٠٢/ ص١ ، وقد عرفه د. عبد الفتاح عبد الباقي بأنه ((كل شرط ينافي ما يستوجب التعامل بحسن نية ولما يجب أن يسود في هذا التعامل منه نزاهة وشرف)) . انظر كتابه / موسوعة القانون المدني المصري / نظرية العقد والإرادة المنفردة / ١٩٨٤ / ص١٨٧.

الاقتصادي ، بمعنى يكون الشرط تعسفياً عندما لا تتحقق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين ، بمعنى هناك تلازم بين وصف التعسف وعدم تحقق العدالة التعاقدية ، فإذا فقد العقد التناسب بين المنافع المتحققة لكل من المتعاقدين عن طريق شرط تعاقدي كان هذا الشرط تعسفياً.

ومن الجدير بالذكر ، فان الاختلال في التوازن العقدي ، ومن ثم عدم تحقق العدالة التعاقدية ، يتحقق بالنظر الى العملية التعاقدية بمجموعها، أي شروط العقد جميعاً للتحقق من وجود الاختلال في التناسب بين الأداءات وإضفاء الصفة التعسفية على الشرط[١].

وعلى أساس ما تقدم ، يتحقق الشرط التعسفي بتوافر عنصرين ، أولهما إذا كانت المزايا التي يحصل عليها المتعاقد نتيجة عدم التكافؤ بين المتعاقدين ، تؤدي الى اختلال بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد ، أما العنصر الثاني فهو تعسف في استغلال عدم التكافؤ المعرفي او المهني او الاقتصادي ، فالمزايا المفرطة التي يحصل المحترف والتي تؤدي الى اختلال التوازن العقدي ، لا تكفي لوجود الشرط التعسفي ، وإنما يجب أن يكون هذا الاختلال ناشئاً عن تعسف في استغلال عدم التكافؤ بين المتعاقدين لجميع صوره المعرفي او المهني او الاقتصادي ، وذلك بأن يُسيء المتعاقد استعمال مركزه المتفوق ليفرض على المتعاقد الآخر شروط تخل بتحقق العدالة التعاقدية بين العاقدين ، بمعنى انه لولا وجود هذا الشرط التعسفي لما اختلت العدالة التعاقدية[٢].

جملة القول ، فأن هناك مفهومين للشرط التعسفي الأول هو المفهوم التقليدي له والذي ارتبط بعقد الاذعان على وفق المفهوم التقليدي ، ويقصد بالشرط التعسفي وفقاً له هو الشرط الذي يعطي المتعاقد الأقوى اقتصادياً الذي يحتكر سلعة أو خدمة ميزة مفرطة ، أما المفهوم الحديث للشرط التعسفي ، فهو الشرط الذي يؤدي الى عدم تحقيق العدالة التعاقدية بين طرفي العقد ، لذا فأن العقد الذي يخلو من الشروط التعسفية وفقاً للمفهوم التقليدي لها، من الممكن أنْ لا يحقق العدالة التعاقدية، بعكس الشرط التعسفي على وفق المفهوم الحديث له ، إذ يتلازم تحقيق العدالة التعاقدية مع عدم اقتران العقد بالشرط التعسفي .

وعليه، نرى استناداً الى العدالة التعاقدية بين المتعاقدين ، يجب اعتماد المفهوم الجديد للشرط التعسفي الذي يتحقق التعسف بموجبه بمجرد وجود عدم توازن واضح بين الأداءات ، أي بين حقوق والتزامات اطراف العقد، فأي شرط يتضمن ذلك يوصف بالتعسف[٣]، وطبقاً للاتجاه الحديث في مفهوم الشرط التعسفي وجدنا ان المشرع الجزائري قد وضع تعريفاً للشرط التعسفي في المادة (١) من قانون(٠٤ -٠٢) الصادر في ٦/٢٣/ ٢٠٠٤ ، إذ عرفته بأنه ((كل بند أو شرط بمفرده او مشتركاً مع واحد او عدة بنود او شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد))[٤]. وهو ذات الاتجاه تبناه المشرع اللبناني في قانون حماية المستهلك رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥ ، اذ عرفت المادة (٢٦) منه الشرط التعسفي بأنه ((تعتبر بنوداً تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي الى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة الأخير)).

---

[١] د. سعيد سعد عبد السلام / التوازن الاقتصادي في نطاق عقد الإذعان – دراسة فقهية مقارنة / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٨/ ص٥٧.

[٢] قريب من هذا المعنى ، انظر د. موفق حماد عبد / الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية – دراسة مقارنة / مكتبة السنهوري / منشورات زين الحقوقية / الطبعة الأولى / ٢٠١١/ ص٢٥٠-٢٥١.

[٣] جاك غستان / المطول في القانون المدني / تكوين العقد /ترجمة منصور القاضي / الطبعة الأولى / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع /٢٠٠٠ / ص١٠٠ ، وانظر في الفرق بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي في بحثنا الموسوم ((العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي – دراسة مقارنة)) / منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية / العدد / السنة ٢٠١٥.

[٤] وهو موقف القانون الفرنسي في المادة (١/١٣٢) من قانون حماية المستهلك رقم ٩٣/ ٩٤٩ لسنة ١٩٩٣ المعدلة بالقانون رقم ٩٦/٩٥ لسنة ١٩٩٦.

وأخيراً لابد من القول بأن استبعاد الشرط التعسفي الباطل تم تلقائياً بحكم القانون دون أن تعطى سلطة للقاضي في ذلك على وفق أحكام قوانين حماية المستهلك سواء في فرنسا او في لبنان، بينما قد يتحقق ذلك وفق أحكام قوانين حماية المستهلك في العراق ومصر . اما على وفق أحكام القانون المدني العراقي (المادة ١٦٧/ ٢) والقانون المصري (١٤٩) فان تعطى سلطة تقديرية للقاضي استبعاد الشرط التعسفي او تعديله [١].

المفهوم الحديث للتعسف في الشرط هو ما نتبناه كونه يمثل الاتجاه التشريعي الحديث وكونه ينسجم مع مفهوم العدالة التعاقدية التي تختل عند وجود مثل هذا الشرط ، وعليه يجب تعديل هذا الشرط أو استبعاده حتى تتحقق العدالة التعاقدية ، أما التعديل فسيكون موضوع المطلب القادم ، لذا نكتفي بأحكام استبعاد الشرط التعسفي لتحقيق العدالة التعاقدية لأنها تتعلق باستبعاد شرط باطل وإنقاذه من البطلان الجزئي وهو ما سيكون محور الفرع التالي .

الفرع الثاني: أحكام استبعاد الشرط التعسفي

ندرس في هذا الفرع ، أحكام استبعاد الشرط التعسفي لتحقيق العدالة التعاقدية لان وجود الشرط أدى الى عدم تحقق العدالة بين المتعاقدين ، فإذا تضمن العقد شرطاً تعسفياً ، لابد من أعمال الجزاء القانوني في مواجهة هذا الشرط ، فوجوده يسبب عدم التناسب في المنافع المتوخاة من العقد لكل من الطرفين .

وفقاً للقواعد العامة فأن المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي[٢]، تقضي باستبعاد أثر هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن منها ، لتحقيق العدالة العقدية وفي هذا الشأن يقول احد الفقهاء ((إن المشرع العراقي عندما منح القضاء هذه السلطة في إلغاء الشروط التعسفية وتعديلها جعل معيار إعمال السلطة هو العدالة))[٣]، إذ إن غاية القاضي من وراء التدخل في استبعاد الشرط التعسفي ، هي إعادة العدالة الى العلاقة العقدية ، وليس المقصود بالعدالة هنا معناها الواسع الإنصاف ، وإنما العدالة العقدية للعقد بإعادة التناسب بين الأداءات وسلطة القاضي هنا مراقبة من قبل محكمة التمييز التي لا تميز بين ما يعد من وسائل الواقع وما يعد من وسائل القانون، فسلطة محكمة التمييز تنبسط على جميع المسائل وتراقب تطبيق القانون ، فإذا أخطأت محكمة الموضوع في تطبيق القانون فأن حكمها يكون قابلاً للنقض سواء تعلق بمسألة واقع أو مسألة قانون [٤].

ونرى بخصوص الحكم الذي ورد في المادة (٢/١٦٧) من القانون المدني العراقي والذي يقضي بإعفاء المذعن من أثر الشرط معناها تطبيق تصحيح العقد باستبعاد هذا الشرط ، بمعنى إن المشرع جعل حكم الشرط البطلان وان لم ينص على ذلك صراحة ، مادام قد طبق اثر البطلان وهو انعدام آثار التصرف ، فمعنى استبعاد الاتفاق الذي يتضمن التعسف هو عدم ترتيب آثاره وهي ذات آثار بطلان التصرف [٥].

---

[١] د. ايمن سعد سليم / الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة / دار النهضة العربية / القاهرة / ٢٠١١/ ص١٠٧.

[٢] الفقرة الثانية منها إذ جاء فيها : ((٢- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن ..... أو تفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)) وتقابلها في القانون المدني المصري المادة (١٤٩) منه .

[٣] د. موفق حماد عبد / مصدر سابق / ص٢٦٦.

[٤] المادة (١/٢٠٣) بدلالة المادة (٣/٢١٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ . اما في مصر فأن تقدير كون الشرط تعسفياً يعد من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع ولا معقب لمحكمة النقض على تقديرها . انظر تفصيل ذلك ، د. موفق حماد / مصدر سابق / ص٢٧٠.

[٥] د. جميل الشرقاوي / نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري / مطبعة جامعة القاهرة / ١٩٥٦/ ص٥٥-٥٦.

إلا إن أحكام بطلان الشرط التعسفي المقترن بالعقد ، واضحة في نص المادة (٩٨٥) من القانون المدني العراقي في عقد التأمين، إذ نصت صراحة على بطلان كل شرط تعسفي حددت لبعض صوره في هذه المادة، وقضت باستبعاد الجزء الباطل من العقد وهو الشرط التعسفي والإبقاء على عقد التأمين صحيحاً[١].

ومع ذلك فأن استبعاد الشرط التعسفي لبطلانه والإبقاء على العقد صحيحاً مرتباً لآثاره ، قد حددته بوضوح قوانين حماية المستهلك في القوانين المقارنة،كما هو الحال في القانون الفرنسي الذي جاء في المادة (١/١٣٢) من قانون الأستهلاك الذي جاء فيها ((تعد البنود التعسفية غير مكتوبة)) فقد عدت هذا الشرط باطلاً ويكون بمثابة شرط غير مكتوب. وكذلك الحكم في قانون حماية المستهلك في لبنان رقم (٦٥٩) لسنة ٢٠٠٥ ، فقد جاء في المادة (٢٦) منه ((البنود التعسفية باطلة مطلقاً على أن تنتج أحكام العقد الأخرى كافة مفاعيلها)).

وعلى أساس ما تقدم ،لا يحقق العقد المقترن بشرط تعسفي العدالة التعاقدية بين المتعاقدين ، لذا فإن تصحيحه باستبعاد هذا الشرط يعيد العدالة التعاقدية ، ولا يتوقف الاستبعاد على إرادة المتعاقدين على وفق قوانين حماية المستهلك في فرنسا ولبنان ، أما في العراق فانه يمكن استنتاج ذات الحكم على وفق قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠، فإذا اعتبرنا بأن حماية المستهلك من النظام العام يكون الشرط المخالف لذلك مخالفاً للنظام العام ، ووجب استبعاده بحكم القانون والإبقاء على عقد الاستهلاك قائماً ، ومن ثم يكون العقد بعد تصحيحه, موافقاً للنظام العام . ويمكن الاستنتاج بأن حقوق المستهلك هي من النظام العام ما جاء بالمادة (٨) من قانون حماية المستهلك العراقي((.... يكون المجهز مسؤولاً مسؤولية كاملة عن حقوق المستهلكين لبضاعته او سلعته او خدماته وتبقى مسؤوليته قائمة طيلة مدة الضمان المتفق عليها في الفقرة (د) من البند أولا من المادة (٦) من هذا القانون)) وهذا يعني إن الضمانات والحقوق التي جاء بها المشرع لحماية المستهلك غرضها حماية المستهلك كطرف ضعيف لذا فأن أي شرط لا يحقق هدف المشرع يعد تعسفياً ووجب استبعاده بحكم القانون دون الاعتداد بإرادة المتعاقد الآخر مقدم الخدمة او السلعة[٢]. فالأفضل هنا للمستهلك المحافظة على العقد من الانهيار مادام إبقاؤه لا يتعارض مع ما يبغي المشرع تحقيقه، بل يتفق مع تلك الأهداف ، لذا يكون الحكم باستبعاد الجزء الباطل وجوبياً لأنه يؤدي الى تحقيق ما يهدف إليه المشرع،أما الاعتداد بإرادة المتعاقدين قد تؤدي الى انعدام العقد كلياً عندما تتجه إرادة المتعاقدين الى البطلان الكلي للعقد بدلاً من استبعاد الجزء الباطل لوحده[٣].

وجملة القول، فأن يمكن القول بأنه يستنتج من أحكام القانون العراقي في المادة (٢/١٦٧) من القانون المدني وقانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ بأن هدف المشرع هو تحقيق العدالة التعاقدية في العقد المقترن بشرط تعسفي،والحكم باستبعاد الشرط التعسفي يكون بحكم القانون، حتى لا يكون تحقيق العدالة التعاقدية معتمداً على إرادة مقدم السلعة او الخدمة ، وإنما بإرادة المشرع يستبعد الشرط الذي يوصف بالتعسف لتحقيق التناسب بين الأداءات، وهذا ما جاءت به الأسباب الموجبة لقانون حماية المستهلك في العراق اذ جاء فيها

---

[١] إذ جاء فيها ((يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية : ١- .... ٢-.... ٣-.... ٤-..... ٥- كل شرط تعسفي آخر يتبين انه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه)).وتقابلها في القانون المدني المصري المادة (٧٥٠) منه .

[٢] انظر أحكام استبعاد الجزء الباطل بحكم القانون / مؤلفنا السابق فكرة تصحيح العقد / ص٢٢٧ وما بعدها وقد اتجه الى ذلك صراحة قرار لمحكمة التمييز رقم ٢٦٧٥ / مدنية رابعة / ١٩٧٦ في ١٩٧٦/٩/٢٧ والمنشور في مجموعة الأحكام العدلية / العدد الثالث والرابع / سنة ١٩٧٧ / ص٥١ ، إذ يتضمن بطلان الشرط المخالف للنظام العام دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين .

[٣] على وفق المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي والمادة (١٤٣) من القانون المدني المصري.

((بغية حماية المستهلك وإقرار مبدأ العدل والمساواة بين المجهزين ومستهلكي السلع ومتلقي الخدمات والحفاظ على صحتهم وسلامتهم وللحد من ممارسات الغش الصناعي ..... شرع هذا القانون)).

ومع ذلك ، فأن تحقيق العدالة التعاقدية قد لا تستوجب استبعاد شرط وإنما تكتفي بتعديل بعض بنود أو شروط العقد ، وهذا ما سيكون محور دراسة المطلب القادم .

المطلب الثاني : تعديل العقد لتحقيق العدالة التعاقدية

أساس تدخل القاضي في تعديل العقد هو تحقيق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين ، فلا يمكن للقاضي أن يتدخل في تعديل العقد إلا إذا سمح القانون للقاضي التدخل ، وهذا واضح من نص المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي الفقرة الأولى منها ((إذا نفذ العقد كان لازماً ، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي))[١].

وعليه فأن سلطة القاضي في تعديل العقد ، تتمحور حول عاملين ، الأول هو حرية التعاقد، والآخر العدالة التعاقدية الذي حدد القانون أسسه وعناصره واصبحت العدالة التعاقدية تتفوق على الإرادة في آثار العقد ، لذا ستكون دراسة تدخل القاضي في تعديل بنود العقد لتحقيق العدالة التعاقدية في فرعين، الأول تعديل العقد في مرحلة إبرامه والثاني تعديل العقد أثناء تنفيذه .

الفرع الأول : تعديل العقد في مرحلة إبرامه

هناك مبدأ أساسي يحكم تحقيق العدالة التعاقدية في مرحلة إبرام العقد ، وهو أن المتعاقدين يجب أن تتعادل التزاماتهما بحيث تتناسب فائدتهما من العقد ، فإذا أختل هذا التناسب باستغلال أحدهما الآخر أختلت العدالة التعاقدية ووصف العقد بأنه غير عادل ، وعندها يجب تدخل القاضي في إصلاح الاختلال والعمل على تحقيق العدالة التعاقدية برفع الغبن عن المتعاقد المستَغَل أو تعديل شرط تعسفي في عقد من العقود بإعادة التناسب بين الحقوق والالتزامات .

ويقصد بتعديل العقد ، الصلاحية التي منحها المشرع للقضاء والتي تتمثل بعمل ايجابي يجريه القاضي في بنود العقد بهدف تحقيق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين [٢].

وتتمثل سلطة القاضي في تحقيق العدالة التعاقدية في مرحلة انعقاده في أحدى التطبيقات في المادة (١٢٥) من قانوننا المدني التي جاء فيها ((إذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه او هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش ، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول ، فإذا كان التصرف الذي صدر عنه تبرعاً جاز له أن ينقضه)). وقد جاء في المادة (١/١٢٩) من القانون المدني المصري ((إذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين إن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد أستغل فيه طيشاً بيّناً أو هوى جامحاً جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد او ينقص التزامات هذا المتعاقد)).

يتضح من النصوص أعلاه ، بأن الأثر الذي يترتب على عيب الاستغلال ليس واحداً ، فهو يختلف باختلاف التشريعات، وباختلاف العقود، فالمشرع العراقي قد منح المتعاقد الذي أُستُغِل ضَعْفَه لإبرام عقد

---

[١] وهو مطابق لنص المادة (١/١٤٧) من القانون المدني المصري ، والمادة (١١٩٣) من القانون المدني الفرنسي على وفق التعديل الجديد الصادر في ١٠/ ٢/ ٢٠١٦ ، والنافذ في ٢٠١٦/١٠/١.

[٢] قريب من هذا التعريف د. راقية عبد الجبار علي / سلطة القاضي في تعديل العقد – دراسة مقارنة / أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد / ٢٠٠٠ / ص٦.

ولحقه غبن فاحش، أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول في مدة سنة من تاريخ إبرام العقد ، إذا كان العقد معاوضة ، فليس للمتعاقد المغبون الحق في إبطال العقد ، خلال هذه المدة ، وعلى هذا ، يجوز للمتعاقد الذي وقع عليه الاستغلال أن يرفع دعوى الاستغلال طالباً رفع الغبن عنه ، والقاضي إذا ما تثبت من الشروط، يرفع الغبن عن المتعاقد المغبون ولا يلزم القاضي في هذا الصدد أن يجعل التزامات الطرفين متعادلة تماماً ، وإنما يكفي في ذلك ان يزيل الغبن الفاحش[١] . إذ يتمثل تعديل العقد لتحقيق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين بوسيلتين ، إحداهما إنقاص التزامات المتعاقد المغبون ، والثانية زيادة التزامات المتعاقد الغابن[٢].

بينما،على وفق أحكام القانون المدني المصري ، فأن المشرع قد خير المتعاقد المستغَل في مدة سنة من وقت العقد ، بين إبطال العقد أو طلب إنقاص التزاماته ، فإذا اختار دعوى إنقاص التزاماته عندها يكون قد تنازل عن حق التمسك بالأبطال ، وكنا أمام تغيير في عناصر العقد بإنقاص التزامات الطرف المغبون بناءً على طلبه . وهنا يتم بناء على إنقاص الالتزامات إنقاذ العقد من البطلان الذي يتهدده وعندها نكون أمام تصحيح للعقد بزوال التهديد بالبطلان[٣].

وعلى هذا ، يشترط في الاستغلال الذي يخل بالعدالة التعاقدية ، أن يكون هناك اختلال فادح بين الأداءات في العقد ، وذلك بوجود تفاوت جسيم بين التزامات احد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر. وعدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة لم يتول المشرع تحديده برقم او نسبة معينة بل ترك أمر تقديره لقاضي الموضوع من خلال النظر الى ظروف العقد وقيمة المحل المتعاقد عليه وشروط العقد . فالمشرع العراقي لم يحدد الغبن الفاحش بحد معين ، والمعيار الراجح هو الذي يحدد الغبن الفاحش بما لا يتغابن الناس به عادة وترك أمر تقدير ذلك الى العرف والعادات ، أي يحدد الغبن الفاحش بما لا يدخل في تقويم المقومين [٤].

من جهة أخرى ، فأن تعديل العقد لتحقيق العدالة التعاقدية في مرحلة إبرام العقد ، قد يتحقق في حالة الشروط التعسفية المقترنة بعقد الإذعان والتي تطرقنا إليها في المطلب السابق ، ولكن دراستنا هناك كانت لاستبعاد الشرط التعسفي الباطل ، بينما هنا تقتصر الدراسة على تعديل الشرط التعسفي لتحقيق العدالة التعاقدية، ونقصد بالتعديل الزيادة او النقصان في الالتزامات والحقوق المتولدة عن الشرط التعسفي لحماية الجانب الضعيف في عقد يوصف بالإذعان ، بحيث يزيل عنها كل تعسف تلحقه بالمتعاقد المذعن ، فمبررات التدخل لتحقيق العدالة التعاقدية هو التعسف الذي ينتج عن هذا التفاوت والمسألة مرجعها لسلطة القاضي التقديرية[٥] بينما في استبعاد الشرط الجزائي يتم تلقائيا بحكم القانون ، كما بينا ذلك سابقاً ، ولكن في الحالتين يكون الهدف هو تحقيق العدالة التعاقدية بإيجاد تناسب بين الأداءات . عن طريق أعادة التوازن العقدي الذي أختل نتيجة اختلال التكافؤ المعرفي بين المتعاقدين [٦].

---

[١] زهير الزبيدي / الغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية – دراسة مقارنة / مطبعة دار السلام / بغداد / ١٩٧٣/ ص١٢١.

[٢] د. راقية عبد الجبار / مصدر سابق / ص١٠٥.

[٣] وعندها يكون المتعاقد قد اختار الإبقاء على العقد وتصحيحه وعندها تكون أمام تصحيح للعقد بالتغيير في عنصر من عناصره . انظر مؤلفنا في, فكرة تصحيح العقد / مصدر سابق / ص٢٩٢-٢٩٤.

[٤] د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / جـ١ / مصادر الالتزام / مطبعة ندبم / الطبعة الخامسة / بغداد / ١٩٧٧ / ص١٧٠.

[٥] د. راقية عبد الجبار / مصدر سابق / ص١١٤.

[٦] د. حسن عبد الباسط جميعي / اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٠- ١٩٩١ / ص٣١٠-٣١١.

الفرع الثاني: تعديل العقد أثناء تنفيذه

السلطة التي أعطيت للقاضي للتدخل في العقد أثناء تنفيذه هدفها هو تحقيق العدالة التعاقدية لكل من المتعاقدين ، ومن هذه الحالات هي منح المدين المقامة عليه دعوى الفسخ، مهلة قضائية ، متى ما كان المدين حسن النية في عدم تنفيذه لالتزامه ، فقد جاء في المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي (.... على انه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين الى أجل كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة الى الالتزام في جملته) . فإذا كان المدين قد أوفى بالجزء الأكبر من الالتزامات العقدية ولم يبق إلا الجزء القليل منها فللقضاء وبحسب سلطته التقديرية أن يرفض طلب الفسخ ، وهذا كله يرجع الى أن العدالة التعاقدية هدفها المحافظة على العقد وعدم انحلاله ، ولاسيما بالنسبة للمدين ، فترتيب العقد لآثاره أَوْلى من فسخه. وهذا يعني إن إعطاء مهلة قضائية للمدين من أجل تنفيذ التزامه يحقق العدالة التعاقدية ، بهذا قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق ((إذا شيد المستأجر أبنية أو قام بصيانتها طبقاً لعقد الإجارة الطويلة، ولكنه تأخر في دفع بدلات الإيجار فليس للمؤجر طلب فسخ العقد للسبب المذكور لأن ما لم يوف الالتزام قليل بالنسبة لما أوفى منه))[١].

وقد جاءت بالأحكام المتقدمة ، المادة ١٥٧/ الفقرة الثانية من القانون المدني المصري ((ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، ويجوز له أيضاً أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام بجملته)) والمادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها ((.... يجوز للدائن أن يطلب فسخ العقد مع التعويض عن الضرر ويجب أن يطلب الفسخ من القضاء ، ويجوز أن يُمنَح المدعى عليه مهلة تبعاً للظروف)) يتضح من هذه النصوص ، بأن المشرع قد خول القضاء سلطة تعديل العقد بوصف التعديل أحد المتطلبات الرئيسة لتحقيق العدالة التعاقدية حتى تتحقق المنفعة المقصودة من العقد مع التناسب بين الأداءات . وعليه ، فأن أساس ذلك التدخل يرجع الى تحقيق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين ولاسيما أن المشرع اشترط أن يكون الجزء غير المنفذ من الالتزامات قليل مقارنة مع الالتزامات التعاقدية التي تعدها المدين حتى لا يتضرر الدائن نتيجة منح المدين مهلة قضائية [٢].

ويمكن للقاضي منح المدين نظرة الميسرة ، أي منح المدين أجلاً عند حلول اجل الدين ، على وفق المادة (٢/٣٩٤) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ((..... ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنحها نص في القانون أن تنظر المدين الى اجل مناسب إذا إستدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم))[٣].

وهناك تطبيق مهم ، يمكن للقاضي به التدخل في العلاقة العقدية والتغيير في الحقوق والالتزامات من أجل تعديلها لتحقيق العدالة التعاقدية ، ومن ذلك ما جاء صراحةً في المادة (١٤٦)الفقرة الثانية منها من

---

[١] قرار رقم ٣٢/ هيئة عامة ثانية / ٩٧٤ / في ٢٨/ ٩/ ١٩٧٤ / القرار منشور في النشرة القضائية / العدد الثالث / السنة الخامسة / ص٦٠ . نقلاً عن د. راقية عبد الجبار / مصدر سابق / ص١٣٢.

[٢] وعلى هذا ، فأن للقاضي منح المدين المهلة القضائية لتنفيذ التزامه لتجنب عدم فسخ العقد متى توافرت الشروط التالية :

١- أن يكون المدين حسن النية .

٢- عدم تنفيذ المدين لالتزامه إنما يعود لظروف خارجة عن إرادته .

٣- أن ما لم ينفذه المدين من الالتزام يعد جزءاً قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته .

٤- أن الدائن لم يصبه ضرر كبير نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية .

انظر تفصيل ذلك د. راقية عبد الجبار / مصدر سابق / ص١٣٦-١٣٨.

[٣] تقابلها المادة (٣٤٦/ ٢) من القانون المدني المصري.

القانون المدني العراقي [١]. ومن قراءة النص أعلاه ، يتضح بأن هناك شروط يجب توافرها لكي تتحقق أحكام نظرية الظروف الطارئة وهي :

١- أن يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ أو من العقود الفورية التنفيذ ولكن تنفيذه مؤجل، ففي هذين النوعين من العقود يمكن أن تطرأ ظروف أو حوادث لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد .

٢- أنْ تجد بعد انعقاد العقد ظروف او حوادث استثنائية عامة ، ويقصد بالظروف او الحوادث العامة أن لا تكون خاصة بالمدين فقط كإفلاسه أو موته ، ومثالها إعلان حالة الحرب او قيام ثورة او تمرد او عصيان او حدوث فيضانات او غيرها من الحوادث العامة .

٣- أن لا يكون في الوسع توقع هذه الظروف والحوادث الاستثنائية العامة عند إبرام العقد ، فإذا كان بالإمكان توقعها فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، فلا يمكن المطالبة بإنقاص التزام المدين . ويترتب على ذلك إن الحادث لكي يعد ظرفاً طارئاً يجب أن يكون مما لا يستطاع دفعه ، فإذا كان مما يستطاع دفعه فيستوي أن يكون متوقعاً او غير متوقع .

٤- أن تجعل هذه الظروف والحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً ، وفي هذا يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة ، فهما يشتركان في إن كلاً منهما لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه ، ولكنهما يختلفان في إن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينقضي بذلك التزام المدين ، أما الحادث الطارئ فيجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً فيبقى قائماً التزام المدين [٢]. لذلك فأن حكم توافر الشروط أعلاه هو إن للمحكمة أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، وإنقاص الالتزام يراد به تعديله الى الحد الذي يزيل او يرفع الإرهاق، وهذا أما ان يكون بزيادة التزامات الدائن أو بإنقاص التزامات المدين[٣]. وقد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير[٤].

أما القانون المدني الفرنسي فأنه قد جاء بأحكام جديدة ، في المادة (١١٩٥) في تعديل القانون المدني الصادر في ١٠/ ٢/ ٢٠١٦ ، تتعلق هذه الأحكام الجديدة بالأثر الذي يترتب على توافر شروط هذه النظرية ، أما شروطها فهي لا تختلف عما جاء به القانونين العراقي والمصري ، من حيث أنها ظروف استثنائية عامة لم يكن توقعها وقت إبرام العقد وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بشكل كبير ، ولكن ما جاء به المشرع الفرنسي من حكم توفر هذه الشروط تختلف عن القانونين العراقي والمصري ، إذ رتب على تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة عدة آثار ، وهي يجوز للمدين أن يطلب من المحكمة إعادة التفاوض مع الدائن مجدداً بشأن بنود وشروط العقد المحددة للحقوق والالتزامات مع بقاء العقد مستمراً بترتيب آثاره أثناء التفاوض . وفي حالة إذا رفض الدائن إعادة التفاوض أو في حال فشل المفاوضات معه . يمكن للطرفين الاتفاق على حل العقد وإنهائه في التاريخ والشروط التي يحددونها أو يجوز أن يطلبا من القاضي تكييفه على وفق التغيير الحاصل في الظروف . أما في حالة عدم اتفاق الطرفين خلال مدة معقولة على حل العقد أو

---

[١] التي نصت على انه ((إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يكن مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)) وتقابلها في القانون المدني المصري المادة ١٤٧ / الفقرة الثانية مع اختلاف واحد فقط إن القانون المدني المصري قد أعطى صلاحية للمحكمة بأن (ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول)، بينما القانون المدني العراقي جاء بعبارة (أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول)).

[٢] د. عبد المجيد الحكيم / مصدر سابق /ص٣٣٤-٣٩٥.

[٣] انظر تفصيل هذه الأحكام في المصدر السابق / ص٣٩٦- ٣٩٧.

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجزء الأول / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / ٢٠٠٠ / ص٧٢٥.

الطلب من القاضي تكييفه ، يجوز للقاضي بناء على طلب احد المتعاقدين مراجعة العقد واعادة النظر فيه او إنهائه في التاريخ وعلى وفق الشروط التي يحددها القاضي .

وهناك تطبيقات تشريعية عديدة أخرى يمكن للقاضي تعديل العقد من اجل العدالة التعاقدية ومنها سلطة القاضي في تعديل أجر الوكيل وسلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي والقانوني ، ولكن نكتفي بهذا القدر لكون ما ذكرناه أعلاه من تطبيقات تشريعية بينت لنا الأحكام المتعلقة بتعديل العقد لتحقيق العدالة التعاقدية .

المطلب الثالث : إكمال العقد من اجل تحقيق العدالة التعاقدية

إكمال العقد أو إكمال نطاق العقد تعد من متطلبات تحقيق العدالة العقدية بين العاقدين ، فهي تتمثل بتغيير في آثار العقد، فعند إكمال مضمون العقد لم يبق العقد كما أتفق عليه بين الطرفين ، وذلك يرجع الى تحقيق العدالة العقدية ،لأن الإبقاء على مضمون العقد دون تغيير معناه مجافاة العقد للعدالة العقدية، وهذا الإكمال قد يتضمن إضافة التزامات غرضها تحقيق العدالة العقدية ، لذا سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الاول لحالات تدخل القاضي في إكمال مضمون العقد ، أما الفرع الثاني فسيخصص لدراسة تحمل المتعاقد بالتزامات غرضها تحقيق العدالة العقدية .

الفرع الأول :حالات تدخل القاضي في اكمال مضمون العقد

بعد أن يكمل القاضي تفسير العقد فيما لو احتوى عبارات غامضة ينتقل الى تحديد مضمونه ، وتحديد مضمون العقد لا يقتصر على ما ورد في العقد وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين بل يتناول كذلك ما يعد من مستلزمات العقد . ولكن قد يكون إكمال مضمون العقد في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه[١] ، والتي سيكون دراسة علاقتها بالعدالة التعاقدية في الفرع التالي ، أما في هذا الفرع فسيقتصر البحث على دور القاضي في إكمال العقد في مرحلة انعقاده وعلاقة ذلك التدخل بالعدالة العقدية ، فقد جاء في المادة (٨٦/ ٢) من القانون المدني العراقي ((وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا إن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم ، وإذا قام الخلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فأن المحكمة تقضي طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة)).

يتضح من هذا النص ، وما يقابله في القوانين المقابلة [٢]، إن إكمال العقد أحد متطلبات العدالة العقدية ، بمعنى العدالة العقدية بين الطرفين المتعاقدين وليس العدالة بمعناها الواسع الذي يقصد به ((شعور كامن في نفس الإنسان يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستتر ويهدي الى إعطاء كل حق حقه دون الجور على حقوق الآخرين))[٣]، والتي يمكن أن تكون على وفق المعنى الأخير مصدراً من مصادر التشريع[٤].

فالقاضي يتدخل لإكمال مضمون العقد ، على أساس العدالة التعاقدية على وفق مفهومها الذي بيناه سابقاً في بحثنا الموسوم بالعدالة العقدية ، أي تحقيق المنفعة المقصودة من العقد بحسب التناسب بين الأداءات المترتبة على العقد ، فالعدالة تتحقق نتيجة هذا الإكمال الذي يقوم به القاضي ،وهنا يستكمل القاضي العقد سواء ترك

---

[١] انظر في هذا الشأن د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي / إكمال العقد – دراسة مقارنة / المؤسسة الحديثة للكتاب / لبنان / الطبعة الأولى / ٢٠١٢/ ص٢١ وما بعدها .

[٢] يقابل هذا النص في القانون المدني المصري المادة (٩٥) والمادة (١٠٠/ ٢) من القانون المدني الأردني ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .

[٣] د. محمود السقا / أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩١/ ص١٥٨ ، نقلا عن د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي / مصدر سابق / ص٩٥. د. أنور سلطان / مصادر الالتزام في القانون المدني/ دار النهضة العربية للنشر والتوزيع / بيروت/ ١٩٨٣ / ص٧٠-٧١.

[٤] وفق المادة الأولى من القانون المدني العراقي .

المتعاقدان الاتفاق على هذه المسائل عمداً او سهواً لأنهما لم يتوقعا أو لأنها لم ترد بذهنيهما لاسيما مع السرعة في إبرام العقود التي يشهدها العصر الحالي ، إلا إن المادة (٨٦/ ٢) يبدو إنها تشير الى مرحلة إبرام العقد بينما المادة (١٥٠/ ٢) تمتد الى مرحلة تنفيذ العقد بالإضافة الى مرحلة إبرامه. وعلى هذا ، فالاتفاق على العناصر الأساسية الجوهرية هو الذي يستلزمه المشرع لانعقاد العقد ، فهذا الاتفاق هو الذي يحدد ماهية العقد الذي يقصد إليه الطرفان ، كما يحدد الالتزامات التي تترتب في ذمة كل من الطرفين ، وكل ذلك لازم لتصور الارتباط بعقد من العقود ، وعليه ، فأن كل اتفاق بين الطرفين لا يشمل هذه العناصر الأساسية برمتها لا يؤدي الى انعقاد العقد ، وإنما يدخل في إطار الاتفاقات السابقة على التعاقد ، مهما بلغ عدد العناصر التي شملها ومهما بلغت أهميتها [١].

أما بخصوص القانون المدني المصري فأن المادة (٩٥) [٢] ، فقد جاء في الأعمال العامة للقانون المدني المصري بخصوصها (إن تحديد المسائل الأساسية أو الجوهرية التي يتعين الاتفاق عليها لانعقاد العقد هو أمر بالغ الصعوبة والدقة في كثير من الأحيان وهذا ما دعى البعض عند وضع القانون المدني المصري الى اقتراح وضع ضوابط يستهدي بها القاضي في تحديده لهذه المسائل تفادياً لتحكمه في تحديدها . ولكن هذا الاقتراح لم يلق قبولاً ، على نحو صار معه إضفاء صفة (الأساسية او الجوهرية) على مسألة من المسائل متروكاً لتقدير القاضي في كل حالة على حدة مستهدياً في ذلك بجهود الفقه وتحليلاته))[٣].

وفي سبيل أعطاء مفهوم العناصر الأساسية بياناً أكثر ، آثرنا أن نثبت هنا ، رأي الدكتور مصطفى محمد الجمال إذ يقول ((ويذهب الفقه الى إن المسائل الجوهرية تشمل طائفتين من المسائل : – المسائل المحددة لذاتية العقد الخاصة من فضائل او مميزاتها وضوابطها والتي تؤخذ بمعيار موضوعي لا تختلف نتائجه من حالة الى أخرى من حالات العقد الواحد . والمسائل الأخرى التي يراها الطرفان أو أحدهما . وإذا كانت العناصر الجوهرية للعقد هي المحال التي ترد عليها الالتزامات التي تجسد هدفه الاقتصادي ، فأن كل ما يتعلق بتنفيذ هذه الالتزامات من أوضاع وشروط لا يعتبر من عناصره الجوهرية . وهذا هو الشأن مثلاً في مكان تسليم المبيع وزمانه وفي مكان وميعاد دفع الثمن وكيفيته، منجزاً كان أو مقسطاً أو مؤجلاً ، وفي شأن نفقات التسجيل ونفقات النقل والتأمين ، وفي غير ذلك من أمور تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، تحديد جهة الفصل في المنازعات الناشئة عنه ، قضاءً كانت أم تحكيماً))[٤].

ونحن نرجح الرأي الذي يذهب الى القول بأن المعيار الموضوعي يميز بشكل واضح المسائل الجوهرية من المسائل الثانوية إلا انه لابد من تكملته بالمعيار الشخصي ذلك لان الأخير يقدم تفسيراً واضحاً لحالة عدم انعقاد العقد عند عدم الاتفاق على المسائل الثانوية بحسب المعيار الموضوعي ، إذ إنها تتحول الى مسائل

---

[١] د. مصطفى محمد الجمال / السعي الى التعاقد في القانون المقارن / منشورات الحلبي الحقوقية / الطبعة الأولى / ٢٠٠٢/ ص١٢٦– ١٢٧.

[٢] إذ جاء فيها ((إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فأن المحكمة تقضي بها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)) . وهي تقابل المادة (٢/٨٦) من قانوننا المدني.

[٣] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / الجزء الثاني / ص٤٧.

[٤] د. مصطفى الجمال / مصدر سابق / ص١٢٩ ، ص١٣٤– ١٣٥ ، وفي هذا المكان يشير الى قرار قضائي من محكمة النقض المصرية بأنه ((إذا اتفق الطرفان على أن يقوم بتوزيع الأفلام موضوع العقد ، داخل مصر وخارجها ، على أن يتم الاتفاق عليها بين الطرفين ، فأن ذلك يدل على انعقاد العقد وتمامه فعلاً بين الطرفين على إسناد عملية التوزيع للطاعن ، وذلك دون توقف على حصول اتفاق آخر بينهما بشأن الطريقة التي يتم بها التوزيع ، إذ إن الأمر لا يعدو بالنظر لظروف العقد وملابساته أن يكون من قبيل المسائل التفصيلية التي تتصل بتنفيذ العقد ، والتي أحتفظ الطرفان بحثها حينه حتى إذا ما اتفقا بشأنها جرى التنفيذ عليها وإلا رفعا ما اختلفا فيه الى المحكمة المختصة)) نقض مصري مدني / ٢٩/٣/ ١٩٨٣ / مجموعة أحكام النقض / ص٨٥١/ رقم ١٧٥.

جوهرية عند إخضاع ابرام العقد لاتفاق حول بعض المسائل التفصيلية ، عندها لا ينعقد العقد قبل وجود اتفاق حولها [١].

ونستند في تأييدنا ذلك الرأي الذي يجمع المعيارين الشخصي والموضوعي الى نص المادتين (٨٦/ ٢) مدني عراقي ، (٩٥) مدني مصري ، إذ وردت فيهما عبارة ((ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها)) حيث انه لو اشترطا بأن العقد لا يتم إلا بوجود الاتفاق على المسائل التفصيلية فأن ذلك الاشتراط يحولها الى مسائل جوهرية على وفق المعيار الشخصي.

الفرع الثاني :تحمل المتعاقد بالتزامات غرضها تحقيق العدالة التعاقدية

نقصد بالالتزامات هنا ، هي الالتزامات التي لم تكن من آثار العقد عند إبرامه ، أي لم تنصرف إرادة المتعاقدين إليها ، ولكن المشرع رأى بأن تحمل المتعاقد بها يحقق العدالة التعاقدية ، فالأخيرة تفتقد عند إعفاء المتعاقد من هذه الالتزامات، وهذا ما يستفاد من نص المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها((ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة))[٢]، وعليه فأنه يمكن أن نقول بأن سلطة القاضي في إكمال نطاق العقد في أطار تحقيق العدالة التعاقدية ، يقصد بها إضافة التزامات على المتعاقد بما يكفل تحقيق المنفعة المقصودة من العقد بما يحقق التناسب بين الاداءات ، وإضافة هذه الالتزامات تقتضيها طبيعة العقد ، على الرغم من عدم اتجاه إرادة الأطراف . ويرجع الدكتور عبد الرحمن عياد ذلك الى ثلاثة أسباب هي ((أولها إن الأفراد ليسوا جميعاً على درجة من التجربة والتبصر تؤهلهم لوزن الأمور وزناً صحيحاً حتى يكون في مقدورهم أبرام العقود التي تحقق مصلحتهم وبالشروط التي تتفق مع هذه المصلحة ، وثانيهما ان الفرد أصبح عاجزاً عن ذي قبل عن التنبؤ بما يخبئه المستقبل من ظروف وتطورات من شأنها أن تقلب ميزان التعاقد وتجعل العقد الذي كان يرجو خيراً منه ، أداة لإلحاق أفدح الضرر به ، والسبب الثالث : ان تطور أساليب الإنتاج في العصر الحديث أدى الى اختلال المساواة الفعلية بين المتعاقدين اختلالاً نتج عنه تفوق طرف من أطراف العقد تفوقاً كبيراً مكنه من استغلال الطرف الآخر))[٣].

وعلى هذا،فأن المشرع العراقي في المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني حدد مجموعة من الضوابط الموضوعية في تحديد نطاق العقد ، تحقق التوازن بين المعيارين الشخصي والموضوعي وذلك حينما نصت على عدم اقتصار العقد على ما ورد بل إنصرافه أيضاً الى ما هو من مستلزماته على وفق القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ، لذا فإن نص المادة (١٥٠) مدني عراقي قد أوجد توازناً معتدلاً بين النزعتين الشخصية والموضوعية في الالتزام ، إذ جعل مناط تنفيذ العقد مرتبط معيار ذاتي يستوجب حسن النية في الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) ، ثم أقام تحديد نطاق العقد على معايير موضوعية تحد من النزعة الشخصية وتمنع من تحكم القاضي[٤].اما الخوف من تحكم القاضي فمستبعد لأن المشرع قد وضع المعايير التي بموجبها يتم إضافة الالتزامات الى مضمون العقد والتي تستند الى فكرة طبيعة الالتزام ، ومن ثم فأن

---

[١] وهذا الرأي يمثله : جاك غستان / مصدر سابق/ ص٣٢٣ ، د. صالح ناصر العتيبي / فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية / دراسة مقارنة / الطبعة الأولى / ٢٠٠١/ ص٧٣-٧٤.

[٢] تقابلها في القانون المدني المصري المادة (١٤٨/ ٢) ، والمادة (٢٠٠/ ٢) من القانون المدني الأردني والمادة (١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي على وفق التعديل الجديد في ١٠/ ٢/ ٢٠١٦.

[٣] د. عبد الرحمن عياد / أساس الالتزام العقدي / النظرية والتطبيقات / المكتب المصري للطباعة والنشر / الإسكندرية / ١٩٧٢/ ص١٣٧.

[٤] د. نزيه محمد الصادق المهدي / النظرية العام للالتزام / ج١/ مصادر الالتزام / دون مكان نشر / ٢٠٠٤/ ص٢٣٢ وما بعدها .

جميع الالتزامات التي يكمل بها نطاق العقد ستكون متوائمة مع طبيعة العقد ، وتحقق العدالة التعاقدية التي يبغي المشرع تحقيقها بين المتعاقدين بما يجعل الأداءات المتقابلة متناسبة . إضافة الى ذلك ، فأن القاضي حينما يكمل نطاق العقد سيكون خاضعاً لرقابة محكمة التمييز التي لها نقض حكمه إذا أضاف الى العقد ما لا يعد من مستلزماته وفقاً لما حدده القانون[١].

وكان للقضاء الفرنسي السبق في تحقيق العدالة العقدية بين المتعاقدين بإضافة التزامات لم ينص عليها العقد، لعل أبرزها الالتزام بضمان السلامة التي فرض على الناقل في عقد نقل الأشخاص ، حيث أوجب القضاء الفرنسي على الناقل ايصال الراكب سليماً الى المكان الذي يقصده حتى في حالة انعدام النص الصريح في عقد النقل على مثل هذا الالتزام ، وهذا يعني أن إضافة هذا الالتزام تحقيق العدالة التعاقدية في عقد النقل وعدم وجوده معناه عدم تحقق المنفعة المقصودة من عقد النقل بالنسبة للراكب وفقدان عنصر من عناصر العدالة التعاقدية أدى الى انعدام العدالة العقدية[٢].

وقد وسع القضاء الفرنسي من دائرة الالتزام بالسلامة لتشمل عقوداً أخرى تتسم بالخطورة وسيطرة المهني عليها، ومن أبرزها ضمان السلامة في عقد البيع ، بمعنى التزام البائع لضمان سلامة المشتري من الأذى الحاصل له بسبب الشيء المبيع ، فإذا تعرض المشتري لضرر من العين المبيعة سببه جهل المشتري وعدم معرفته بخصائص العين [٣]، فأن البائع يسأل عن التعويض الضرر الذي لحق بالمشتري لأنه ملزم بإطلاع المشتري على هذه الخصائص، ولاسيما بما يتعلق باستعمالها أو بخطورتها ، عندها تكون مسؤولية البائع عقدية لإخلاله بالتزام لم يتضمنه العقد ولكن العدالة التعاقدية تقتضي تحمل البائع بمثل هذا الالتزام ، ويضيف أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون بأن ((التزام البائع ناشئ عن عقد البيع نفسه إذ من المقرر فقهاً وقضاءً وتشريعاً إن آثار العقد لا تقتصر على ما ورد فيه وإنما تتناول فوق ذلك ما يعتبر من مستلزماته ، فالعدالة وطبيعة الالتزام تقضي بإلزام البائع بإطلاع المشتري على هذه المزايا والخصائص الخطرة)) [٤].

ولتحقيق العدالة التعاقدية كذلك يلتزم صاحب الفندق بضمان سلامة النزلاء بموجب عقد الفندقة ، وكذلك ضمان السلامة في عقد التعليم إذ تلتزم بذلك المدرسة او المعهد فعقد التعليم ينطوي بحد ذاته على الالتزام بضمان السلامة[٥] .

واخيراً , لابد من القول بأن قيام القاضي سواء بتكملة نطاق العقد على وفق المادة (٨٦/ ٢) من القانون المدني العراقي او المادة (١٥٠/ ٢) منه فأن هدفه تحقيق العدالة العقدية ، فالقاضي في المادتين يستكمل نطاق العقد عن طريق تغيير في جزء من أجزاء العقد هدفه تحقيق التناسب بين المنفعة المقصودة من العقد لكل من المتعاقدين .

---

[١] د. سلام عبد الزهرة / مصدر سابق / ص٦٥.

[٢] انظر بحث الصياغة العقدية :

Didier Ferrier , Technique contractulle , Le Senaine , Juridique Enterprise et affaires , n^0 6 , 8L 2L 2004 , p.269.

ومن القرارات القضائية المشار اليها في البحث :

Civ, 11nov, 1973, D. p.970.

[٣] أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون / المبسوط في المسؤولية المدنية / الضرر / شركة التايمس للطبع والنشر / بغداد / ١٩٩١/ ص١١٩ -١٢٠.

[٤] أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون / مصدر سابق/ ص١١٩ -١٢٠.

[٥] المصدر السابق / ص١١٤- ١١٥.

المبحث الثاني : المتطلبات المكملة لتحقيق العدالة التعاقدية

عرفنا في المبحث الأول بأن العدالة التعاقدية تتحقق من خلال تعديل أو إكمال العقد أو استبعاد الشرط التعسفي، وهي متطلبات لا تنهض العدالة التعاقدية إلا بتحقق أحداها ، ولكن هناك متطلبات آخرى تكمل ذلك الدور، اذ يتطلب مبدأ حسن النية في كل مراحل العقد ، من الابرام لغاية التنفيذ وحتى في مرحلة المفاوضات فمبدأ حسن النية في العقود هو التكملة الضرورية للعدالة التعاقدية[١]، وكذلك النظام العام ولاسيما الحمائي منه يهدف الى حماية المتعاقدين من عدم التكافؤ المعرفي والاقتصادي والمهني[٢].

لذا أصبح كل من مبدأ حسن النية والنظام العام من المتطلبات المكملة لتحقيق العدالة التعاقدية ، لذا سيتم دراستها في مطلبين , الأول لدور حسن النية في تحقيق العدالة التعاقدية والثاني للنظام العام ودوره في تحقيق العدالة التعاقدية .

المطلب الأول : دور حسن النية في تحقيق العدالة التعاقدية

عرف بعضهم حسن النية بأنه ((الإخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ومراعاة مصالح الطرف الآخر عند التعاقد))[٣]، أي ضمان نزاهة المعاملات بشكل يحقق العدالة التعاقدية بتحقيق المنفعة المقصودة من العقد ، أما المعايير التي على أساسها يتحقق حسن النية والعدالة بين المتعاقدين فهي معياران ، الأول معيار ذاتي وهو أنْ لا تكون إرادة المتعاقد قد اتجهت نحو الإضرار بالطرف الآخر ، وذلك بأن يتجنب الخطأ العمد وكذلك الغش والتعسف في استعمال الحق ويتجنب كذلك الإهمال الفاحش الذي يعده القانون معادلاً للخطأ العمد من حيث الأثر. أما بالنسبة للمعيار الآخر فهو المعيار الموضوعي ويراد به وجوب تحلي المتعاقد بقدر كاف من التبصر يكفل تحقق الغرض المتعاقد من اجله ، فلهذا لا يجوز للمدين أن يتعذر بجهله ما كان عليه أن يتوقعه من ظروف تؤثر على سير تنفيذ الالتزام بغية اتخاذ الاحتياجات والتدابير اللازمة لمنع حدوث تلك الظروف أو على الأقل لتجنب الآثار المعرقلة للتنفيذ[٤] .

وبعد بيان المقصود بحسن النية بشيء من الإيجاز ، لابد من معرفة دور حسن النية في تحقيق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين ، وهذا الدور يختلف من مرحلة المفاوضات الى مرحلة تنفيذ العقد ، لذا سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، الأول لدور حسن النية في مرحلة المفاوضات والثاني لدور حسن النية في مرحلة إبرام العقد ، والفرع الثالث سيكون عنوانه دور حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد .

الفرع الأول : مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية

مما لاشك فيه أن تناسب الاداءات بين أطراف العقد وتحقيق المنفعة المقصودة من العقد يحقق العدالة العقدية مابين أطرافه ، إلا إن مرحلة إبرام العقد وتنفيذه تسبقه مرحلة مهمة قد تكون الأساس الذي تبنى عليه العدالة العقدية ، وهي المرحلة السابقة على التعاقد من خلال المفاوضات بين أطراف العقد ، هذه المفاوضات يجب أن تتسم بمبدأ حسن النية وتأخذ به أغلبية النظم القانونية .

ولقد تبنى التقنين المدني الفرنسي في تعديله المادة ١١٠٤ والنافذ في١/ ١٠/ ٢٠١٦ ، على ضرورة توافر حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية وجعلته من النظام العام لاستقرار المعاملات تحقيقاً للعدالة العقدية .

---

[١] جاك غستان / تكوين العقد / مصدر سابق / ص٢٦١.

[٢] المصدر السابق / ص٢٧١.

[٣] د. محمود فياض / مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد / منشور في مجلة جامعة الإمارات العربية المتحدة / السنة ٢٧ / عدد ٥٤ / ٢٠١٣ / ص٢٣٠.

[٤] عبد الجبار ناجي الملا صالح / مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود / الطبعة الأولى / مطبعة اليرموك / ١٩٧٤ / ص٣٢٤-٣٣٠ وما بعدها .

وقد عرفته محمد باريس في حكمها الصادر في ٢٣/ ٥/ ١٩٩٢ المفاوضات العقدية بأنها " اتفاق بمقتضاه يلتزم أطرافه ببدء او بمتابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل"[١].

والمراد بحسن النية في التفاوض العقدي الذي يفرض على المفاوض في العقد التزاماً ايجابياً بالصدق والأمانة وذلك بالمحاورات والمناقشات واللقاءات تجاه المفاوض الآخر الذي يرغب بالتعاقد معه ، فحسن النية يقتضي أن تكون المفاوضات ساحة للتعامل بأمانة وصدق وثقة وصولاً الى المنفعة المراد تحقيقها من إبرام العقد[٢].

وقد اختلف الفقه حول إن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هل هو التزام ببذل عناية أم غاية ؟ يذهب جانب من الفقه إن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام ببذل عناية حتى لو لم يتم التوصل الى إبرام العقد ، حيث إن من الصعب أن نضع التزاماً على عاتق الأطراف المفاوضة كل منهم بحسن نية أثناء التفاوض. في حين يرى جانب آخر وهو الرأي الراجح إن التزام أطراف التفاوض بحسن نية هو تحقيق نتيجة ، وهو التزامهم بمناقشة شروط العقد بجدية تامة ، والالتزام بمراعاة الثقة التي يبعثها في نفس الطرف الآخر ، لأن أي تفاوت في الالتزامات وعدم تحقيق المنفعة المقصودة من العقد يؤدي الى خلل في تحقيق العدالة العقدية ومن ثم فقدان قوته الملزمة[٣].

لكن السؤال الذي يعرض هنا هل المتفاوضين ملزمين بإكمال التفاوض وإبرام العقد ، أم لهم الحرية في العدول عن التفاوض ؟

إذا وجد اتفاق بين الطرفين على التفاوض فأن الاتفاق يحكم العلاقة التفاوضية على العقد وإذا اخل احد أطراف التفاوض بمبدأ حسن النية وانسحب عن التفاوض مما يسبب الضرر بالطرف الآخر فأن المسؤولية المترتبة هي المسؤولية العقدية ، لكن الخلاف في حالة إذا لم يوجد عقد او اتفاق على التفاوض وأخل احد الأطراف بمبدأ حسن النية ، ذهب جانب من الفقه إن المسؤولية المترتبة هي مسؤولية تعاقدية تقوم على أساس فكرة العقد الضمني أو الإخلال بالتعهد الضمني ، أي انه مجرد دخول الأطراف في المفاوضات ينشأ بينهما اتفاق وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً او ضمنياً يستخلص من ظروف التعاقد ، ومضمون هذا الاتفاق هو ان يضمن كل مفاوض تعويض الأضرار التي تنجم عن المفاوضات بسبب خطأ صدر منه، فإذا اخل احدهما بالمفاوضات فأنه يسأل عن تعويض هذه الأضرار على وفق أحكام المسؤولية العقدية[٤].

وقد انتقد أساس المسؤولية للإخلال بمبدأ حسن النية اعتماداً على فكرة الضمان ، لعدم وجود نص قانوني يسانده ، ويفسر إرادة الطرفين تفسيراً لا سند له ، ولهذا ذهب رأي الى إن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية هي مسؤولية تقصيرية ، وذلك لأن الاخلال بالجدية في التفاوض يعد خطأ يقوم على أساس التقصير في تنفيذ الالتزام ما قبل التعاقدي ، وهذه المسؤولية تستوجب التعويض لعدم وجود رابطة عقدية بين الأطراف أثناء التفاوض[٥].

---

[١] أشار إليه : د. محمد محمد أبو زيد / المفاوضات في الإطار العقدي / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٥/ ص١٢.

[٢] ينظر : د. عبد الحليم عبد اللطيف / مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٧/ ص١٨٧.

[٣] ينظر الاتجاهات الفقهية حول ذلك في د. عبد الحليم عبد اللطيف / مصدر سابق / ص٢٢٠.

[٤] ينظر : د. محمد حسن قاسم / مراحل التفاوض في عقد المكتبة المعلوماتية / دار الجامعة الجديدة / الإسكندرية / بدون سنة نشر/ ص٢١٠.

[٥] ينظر : د. محمود جمال الدين زكي / مشكلات المسؤولية المدنية / ج١/ مطبعة جامعة القاهرة / ١٩٧٨، ص٩٨.

ونحن لا نتفق مع الآراء المتقدمة ، ونرى مع الأستاذ الدكتور مصطفى محمد الجمال[1] وجوب أنْ يثبت الطرف الذي يطالب بالتعويض عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه بنكوله عن التفاوض من الأصل او تقصيره او تأخره في القيام به ، واثبات ذلك يتطلب التمييز بين حالتين :

الحالة الأولى : هي حالة عدم وجود تعامل بين الطرفين يتصل به التفاوض المزمع مباشرته بينهما . في هذه الحالة يصعب القول بأن مجرد توافق الطرفين او اتفاقهما على التفاوض دون تحديد مضمون خاص محدد للاتفاق يمثل اتفاقاً ملزماً لهما بالتفاوض ، ويتعين للقول بوجود هذا الاتفاق تجاوز هذا التوافق او الاتفاق المجرد الى الاتفاق على إعمال محددة يقوم بها الطرفان اللذان يزمعان التفاوض او يقوم بها لحدهما ، كما هو الحال مثلا في الاتفاق على بنية موضوعية للتفاوض ، كتقديم دراسة جدوى أو تقديم إيجاب محدد ، أو دراسة إيجاب مقدم ، وكما هو الحال في الاتفاق على تنظيم إجرائي للتفاوض وتحديد الزمان والمكان وتأليف اللجان المشتركة التي تتولى التفاوض ، إذ في هذه الأحوال وحدها يمكن أن يكون للاتفاق مضمون خاص به يخرجه من دائرة الحرية المطلقة في التفاوض الى دائرة الالتزام الإرادي المحدد به .

بعبارة أخرى , في هذه الحالة ، حالة عدم وجود تعامل سابق بين الطرفين يتصل به التفاوض ، يكون الاتفاق على مجرد التفاوض ، المطلق من أي قيد ، ، خاضعاً لمبدأ حرية التعاقد ، الذي يحكم مرحلة التفاوض، وعندها يلتزم كل طرف بالواجب العام الذي يفرضه القانون على كل متفاوض بمراعاة مبدأ حسن النية وما يقتضيه من عدم الإخلال بالثقة المشروعة في التعامل وتكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية عن تعويض الطرف الأخر . ومجرد الاتفاق على التفاوض دون أي قيد ، لا يشكل بذاته قيداً حقيقياً على حرية التعاقد بقدر ما هو تجسيد لهذه الحرية ذاتها .

ولعل عدم التمييز يبين مجرد الاتفاق على التفاوض ، العاري من أي مضمون محدد ، وبين الاتفاق على التفاوض بدءاً من عمل معين يلتزم به احد الطرفين او الآخر أو بدءاً من اجراءات معينة يلتزم بها الطرفان ، هو ما يكمن وراء حذر جانب من الفقه من التسليم بالصفة العقدية للاتفاق على التفاوض وإنكار الالتزام بالتفاوض الناشئ عن هذا الاتفاق . فالصورة الماثلة في الأذهان هي فيما يبدو صورة الاتفاق على التفاوض ، المجرد أو المطلق من أي قيد ، وليست الصورة التي يلتزم فيها احد الطرفين او كلاهما بعمل من الأعمال المحددة اللازمة للتفاوض.

أما الحالة الثانية : فهي حالة وجود عقد سابق بين الطرفين واتصال الاتفاق على التفاوض بهذا العقد . مثال ذلك ما إذا اتفق طرفا عقد من العقود ، كعقد إيجار او عقد توريد أو عقد إدارة مثلا ، على التفاوض على تجديده لمدة أخرى قبل انتهاء مدته بمدة معينة . ومثال ذلك أيضا اتفاق الطرفين على التفاوض على تعديل عناصر العقد او شروطه إذا ما طرأت ظروف معينة ، كارتفاع الأسعار مثلا او انخفاضها او تغير التعريفة الجمركية في عقود التوريد ، مثلا اكتشاف طبقات صخرية يحتاج اختراقها الى نفقات باهضة في عقود حفر الانفاق والقنوات ، وكحالة توصيل الملتزم بنقل التكنولوجيا بعد التعاقد الى تحسينات جديدة ورغبة الطرف الآخر في الإفادة منها ، وكحالة توسع نشاط المورد إليه واحتياجه الى كميات إضافية من المواد الاولية ، وحالة رغبة المتعاقد على تركيب شبكة حاسبات آلية الى توسعة الشبكة او تعديلها .

في هذه الحالة يكون هناك اتفاق حقيقي على التفاوض ملزم قانوناً دون حاجة الى الاتفاق على منوال معين للتفاوض ، وكافٍ لإقامة التزام خاص على احد الطرفين بالانخراط في التفاوض بناء على طلب الطرف

---

[1] في كتابة : السعي الى التعاقد في القانون المقارن /مصدر سابق/ الصفحات الثلاث ٢٤٢-٢٤٤.

الآخر ، ومن الواضح انه في هذه الحالة يكون هناك أساس محدد ومتفق عليه للتفاوض ، وهو العقد الذي يجري التفاوض لتجديده او لتعديله ، وهذا يعني بأن مسؤولية المتفاوض عند الإخلال بمبدأ حُسن النية وقطع المفاوضات مسؤولية عقدية عن تعويض الطرف الآخر .وهذا كله ما يجعل هذه الحالة بكافة فروضها متميزة تماماً عن صورة الاتفاق المجرد على التفاوض ، او الاتفاق على مطلق التفاوض .

الفرع الثاني: دور حسن النية في ابرام العقد

إن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القوانين المدنية ، إذ انه بلغ حداً من الرسوخ انه في حال عدم النص عليه يمكن الاستدلال عليه من خلال مظاهرة كالالتزام بحدود القانون وعدم الالتجاء في إبرام وتنفيذ العقود الى ما يخالف القانون كالغش والتواطؤ كونها من مظاهر سوء النية. ورغم أهمية هذا المبدأ إلا انه لا مدلول محدد له ولكن يمكن عده بأنه(التعامل بصدق وشرف وأمانة مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي انشأ من اجلها والتزم بها طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة الى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق الى حقه بأمانة)[١] .

وفي العقود يشكل مبدأ حسن النية الإطار والروح التي يجب أن تسود إنشاء وتفسير وتنفيذ العقد وتحديد محتواه فهو عندما يتسلل الى العلاقات القانونية يضيف لها أثراً فضلاً عن دوره في تحقق العدالة العقدية بين طرفي العقد ، فهو يقدم حماية للمتعاقد حسن النية وهذه الحماية تتمثل أما بابقاء العقد لما يمثله من أهمية اقتصادية او اجتماعية او للمطالبة بالتعويض بحسب توازن المصالح بين العلاقة القانونية ودور ذلك في تحقيق العدالة العقدية.

وتتجه الدول بشأن حسن في النية في إبرام العقد الى اتجاهين : الاتجاه الأول : ينص بشكل صريح او ضمني الى دور حسن النية في انشاء العقد وهذا اتجاه القانون المدني الفرنسي بعد تعديله إذ نصت المادة (١١٠٤) منه على مبدأ حسن النية من مرحلة التفاوض على العقود الى تنفيذها ، وقد اخذ بهذا الاتجاه قانون الموجبات والعقود اللبناني إذ نصت المادة (٢٢١) منه على انه (العقود .... يجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقا لحسن النية).

والاتجاه الثاني : لا يشير بأي شكل من الإشكال الى حسن النية في مرحلة إبرام العقد وإنما يشير الى حسن النية في تنفيذ العقود فقط وهذا اتجاه القانون المدني العراقي والفرنسي قبل تعديله واتجاه القانون المصري ، إذ نصت المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي على (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ....).

ولكن وبالرغم من غياب النص بشكل صريح الى مبدأ حسن النية في إبرام العقد ، إلا إن حصر حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد لا يعني أن لا يأخذ به في مرحلة انشائه ، إذ يعد شرطاً ضمنياً[٢]، فالعقد يشكل جسماً واحداً ويتطلب التعامل فيه بحسن نية من الخطوات الأولى لإنشائه . ويؤكد الأخذ بمبدأ حسن النية في إبرام العقد هو وجود نصوص تقرر حماية للمتعاقد الحسن النية وقت إبرام العقد وهذا ما سنلاحظه فيما بعد . وفي

---

[١] ويعرف مبدأ حسن النية ايضا بأنه (فعل او امتناع عن فعل من شأنه أن يؤدي الى عدم تكوين العقد او تنفيذه) ويعرف أيضا بأنه (النية السليمة والصادقة والخالية من الخداع والغدر والقصد السيء او الصراحة) د. وائل حمدي احمد / حسن النية في البيوع الدولية / دار المطبوعات الجامعية / الإسكندرية / ٢٠١٢ / ص٣١٦ .

[٢] جاء في قضية "William Pickersgill " ما نصه " ان القاعدة التي تفرض التزاما بالكشف على طالب التأمين لا تقوم على مبدأ عام في القانون العمومي ، ولكنها تنشأ من شرط ضمني في العقد موجود في العقد نفسه وسابق على مسؤولية شركة التأمين بدفع التعويض " مشار إليه في بحث شاكر ناصر حيدر / واجب تقليل الضرر في القانون الانكليزي / بحث منشور في مجلة القانون المقارن / العدد ١٣/ السنة ٩/ ١٩٨١/ ص٦.

هذا الصدد يقول جاك غستان بان (إن الاجتهاد أعطى مبدأ حسن النية مكانا هاما في الرضا ويرى بان تطلب حسن النية في إبرام العقود حتى وان لم مضافا في أي نص ....)[١]، وعليه يلعب حسن النية في مرحلة إبرام العقد دوراً مهما لاسيما فيما يتعلق بعيوب الارادة فهو يلعب دوراً مكملاً يساعد في تحقيق العدالة العقدية إذ له دور في التعبير عن الارادة ، ويظهر كذلك في الطابع غير المشروع لعيوب الإرادة (الغلط والإكراه والتغرير) فضلا عن دوره في النيابة في التعاقد [٢].

وسنفصل هذا الدور تباعاً في الفقرات التالية :

أولا : دور حسن النية في الغلط :الغلط يعرف بأنه وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون الدافع الى التعاقد ، فهو تصور كاذب للواقع يؤدي بالشخص الى إبرام تصرف ما كان ليبرمه لو تبين حقيقة هذا الواقع ، ويلعب حسن النية دورا في الغلط في حالتين :

الحالة الأولى : عدم جواز التمسك بالغلط الفردي : من المجمع عليه إن الغلط الفردي لا يكفي لإبطال العقد ، ويقصد بالغلط الفردي الغلط الذي يقع فيه احد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر[٣]، إذ يستلزم لإبطال العقد أن يكون الغلط مشتركا بين الطرفين أو كان المتعاقد الآخر يعلم بالغلط أو من السهل عليه أن يعلم وهذا ما أكدته المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي ، ومن ثم تفترض هذه المادة الاشتراك بالغلط وهذا يبرر للمتعاقد أن يبطل العقد لأنهم مشتركان في الغلط او يكون المتعاقد الآخر يعلم بالغلط (سيء النية) او من السهل عليه أن يعلم به (مقصرا) وهذا يبرر إبطال العقد نتيجة سوء نيته او تقصيره ، ولكن إذا لم يكن الغلط مشتركا أو لم يكن المتعاقد الآخر يعلم به او من السهل عليه العلم به فما الحكم ؟

هنا يأتي دور مبدأ حسن النية ويمنع إبطال العقد حتى لا يفاجأ المتعاقد الآخر بدعوى الغلط فالغلط الذي وقع لأحد المتعاقدين لا ذنب للمتعاقد الآخر به ويقتضي والحالة هذه ان نحميه لحسن نيته وذلك بإبقاء العقد صحيحا بينهما .

الحالة الثانية : عدم جواز التمسك بالغلط بالشكل المتعارض مع حسن النية : ومن تطبيقات مبدأ النية في الغلط انه لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية ، وهذا المبدأ نصت عليه المادة (١٢٤) من القانون المدني المصري (١- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية . ٢- ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه . إذا اظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد) . ولا يوجد ما يقابل هذا النص في القانون المدني الفرنسي والعراقي.

ويتبين من النص المصري لا يجوز للمتعاقد أنْ يتمسك بالإبطال إذا كان يتعارض مع مبدأ حسن النية ، وكذلك أشارت المادة الى مسالة أخرى من تطبيقات حسن النية يقضي بان من يقع في الغلط يبقى ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا اظهر المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد ، فإذا اشترى شخصاً شيئا وهو يعتقد انه اثري ، فانه يظل مرتبطا بالعقد إذا عرض عليه البائع إعطائه الشيء الأثري الذي قصد شرائه.

---

[١] جاك غستان / المطول في القانون المدني / تكوين العقد / مصدر سابق / ص٢٦٧.ولكن هذا كان قبل صدور تعديل ٢٠١٦ لأنه على وفق التعديل يجب توافر حسن النية وقت ابرام العقد وذلك في المادة ١١٠٤ من القانون المدني الفرنسي.

[٢] بهذا الصدد يمكن القول بان أسباب اشتراط حسن النية في مرحلة إبرام العقد وان لم ينص عليه القانون صراحة تتمثل في الحالات الآتية :

١- إن احد الطرفين الراغب بالتعاقد يمتلك وسائل المعرفة والقدرة والخبرة بصورة أقوى من الطرف الآخر .

٢-إن الطرفين تجمعهما علاقة من الثقة ومن ثم يجب احترام هذه الثقة في مرحلة تكوين العقد ولحين تنفيذه .

٣- عدم الحاجة باشتراط حسن النية في مرحلة تكوين العقد يقضي بجعل فائدته غير متحققة في مرحلة التنفيذ.

[٣] د. محمد جابر الدوري / عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية / مطبعة الشعب / بغداد / ١٩٨٨ / ص٤٦.

ثانيا : دور حسن النية في التغرير والغبن :

اشترطت المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي [1]، أن يصدر التغرير الموجب لإبطال العقد من المتعاقد الآخر ، فالمتعاقد الذي ضحية تغرير المتعاقد الآخر ويلحقه جراء ذلك غبنا فاحشا يبرر له إبطال العقد .

أما إذا صدر الخداع عن شخص ثالث فالمبدأ أن لا يؤدي الى إبطال العقد إلا إذا كان الطرف الآخر المستفيد عالما به عند إنشاء العقد ، وما هذا إلا تطبيق لمبدأ حسن النية في التعامل الذي يمنع الإضرار بالمتعاقد البريء الذي لم يصدر عنه أي خطأ لكي يعاقب عليه، فالتغرير جرم يعاقب عليه من يرتكبه فقط .

وهنا لعب حسن النية دوراً في حماية استقرار التعامل وتحقيق العدالة العقدية بين طرفي العقد ، فحمى من كان حسن النية لم يعلم بالتغرير الصادر من الغير.

ثالثا : دور حسن النية في الإكراه

ولا يخرج الإكراه عما ذكرناه بشأن التغرير والغبن ، فالإكراه الصادر من الغير دون علم المتعاقد الآخر يعطي حماية لهذا المتعاقد الآخر لأنه حسن النية ، ولكن تختلف القوانين بشأن المعالجة الخاصة بالإكراه الصادر من الغير وبالتالي تختلف آلية حماية الطرف حسن النية ، وتختلف القوانين الى ثلاثة اتجاهات.

١- يمنع المتعاقد المكره من إبطال العقد حماية للمتعاقد الآخر حسن النية (أي الذي لا يعلم بالإكراه الصادر من الغير أو ليس من السهل أن يعلم به) . وهذا اتجاه القانون المدني المصري في المادة (١٢٨) وبالتالي فانه حمى المتعاقد حسن النية وذلك بإبقاء العقد رغم وجود الاكراه.

٢- يقرر بان الإكراه الصادر من الغير يبطل العقد ولو كان المتعاقد الآخر حسن النية . ولكن تعطي القوانين للمتعاقد حسن النية الحق بالمطالبة بالتعويض تقديراً لحسن نيته وهذا اتجاه قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (٢١٠) منه .

٣- وهو اتجاه القانون المدني العراقي الذي سكت عن بيان حكم الإكراه الصادر من الغير ، إذ لم يُبين آلية الحماية التي يكفلها القانون للمتعاقد الآخر حسن النية إذا ما صدر الاكراه من الغير ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به او السهل عليه أن يعلم، وبالرغم من سكوت المشرع عن بيان حكم الإكراه الصادر من الغير إلا إن ذلك لا يعني إن الحماية غير متوفرة للمتعاقد الآخر حسن النية ، إذ يمكن تطبيق حكم القانون المصري لأنه اقرب لمقتضيات العدالة العقدية .

رابعاً: دور حسن النية في النيابة في التعاقد: يلعب حسن النية دوراً في التصرفات الصادرة من الوكيل في إطار ابرامه عقودا باسم موكله تنفيذا للوكالة ويظهر اثر مبدأ حسن النية في الحالات التالية :

١- إذا لم يعلن الوكيل عن صفته في العقد فلا تنصرف آثار العقد للموكل ولا تعود الحقوق إليه , وإنما تعود آثارها للوكيل حماية للمتعاقد الآخر الذي لا يعلم بالنيابة (حسن النية) ، أما إذا تبين من خلال الظروف بان المتعاقد الآخر كان يعلم بالنيابة فان الأخير يمكن أن يرجع على أي من الوكيل والأصيل . وهذا ما جاء في المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي[2].

٢- إذا تعاقد الوكيل بإسم الموكل مع الغير وكان متجاوزاً في حدود وكالته او عمل دون توكيل أصلا ، فان نفاذ العقد يبقى موقوفا على إجازة الموكل ، وإذا رفض من وقع التعاقد باسمه ان يجيز العقد جاز للمتعاقد الآخر أن يرجع على الوكيل المتجاوز بالتعويض متى ما كان حسن النية وقت ابرام العقد ، أما إذا كان يعلم

---

[1] يقابل هذه المادة (١١١٦) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١٢٦) من القانون المدني المصري.

[2] المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٦) من القانون المدني المصري.

او ينبغي عليه أن يعلم ، إن من اتخذ صفة الوكيل كان متجاوزا لحدود وكالته او إن الوكالة غير موجودة وقت إبرام التصرف فلا يحق له الرجوع بالتعويض [١].

٣- لا تسري آثار انتهاء النيابة على الغير متى ما كان الغير حسن النية لا يعلم بانتهاء النيابة وتظل آثارها مستمرة حماية لمبدأ حسن النية .

الفرع الثالث : دور حسن النية في تنفيذ العقود

إذا كان الاتجاه الحديث في القوانين المدنية هوإعـــــمام دور مبدأ حسن النية في كافة مراحل العقد ابتداءً بالمفاوضات ومروراً بالابرام وانتهاءً بتنفيذ العقود ، وهو ما لمسناه بشكل واضح في موقف المشرع الفرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون المدني[٢] الذي جاء فيه (يجب أن يتم التفاوض في العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية ، ويعد هذا الحكم من النظام العام). نجد إن أغلب القوانين المدنية العربية ومنها القانون المدني العراقي قد نصت صراحةً على دور مبدأ حسن النية على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقود إذ نصت المادة (١/١٥٠) على إن (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)[٣]، ويذهب اتجاه في الفقه الى إن مبدأ حسن النية وان أشار إليه المشرع العراقي في باب تنفيذ الالتزامات العقدية إلا انه لا يقتصر على ذلك وإنما يشمل تنفيذ الالتزامات أياً كان مصدرها ، فالالتزام بالاتفاق مصدره القانون إلا انه يجب تنفيذه بحسن نية فلا يحاول أن يمتهن كرامة من ينفق عليه أو يعمد الى تحقيره أو إذلاله [٤].

ويذهب جانب من الفقه الى إن مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ القيد يقصد به بوجه عام " النية الخالية من العذر والخداع أو القصد السيء فهي النية الصادقة الصريحة الحسنة المضادة لسوء النية والغش أو الرغبة في الإضرار بالغير وهو مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير"[٥]، ويرى بعضهم إن مبدأ حسن النية في إطار تنفيذ الالتزام"هو أن تحترم ما قام بينك وبين الطرف الآخر من أوضاع ، وأن تنفذها وفقاً لذلك وليس كما تريد[٦]ويعرفه بعض الفقه " أن يقوم كل متعاقد بتنفيذ ما تعهد به طوعاً واختياراً وان يجري التنفيذ على النحو المشروط في العقد أو على النحو الذي يقتضيه العرف أو الثقة المتبادلة بين الناس"[٧] .

يظهر من التعريفات المتقدمة أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يأخذ مظهرين :

المظهر الايجابي : وفيه يفرض مبدأ حسن النية على المتعاقد أن يتخذ موقفاً ايجابياً في تنفيذ التزامه ، إذ يستلزم حسن النية واجب التعاون فيما بين المتعاقدين ، ذلك لان العقود ليست مجرد نتيجة للتوفيق بين إرادتين متضادتين تعبران عن مصالح متعارضة ، وإنما يجب أن ينظر إليها على إنها الوسيلة القانونية للتعاون والتآزر بين الطرفين فواجب التعاون فرضه مبدأ حسن النية كالتزام أصيل[٨]، ومن اهم تطبيقاته في هذا الشأن التعاون فيما بين الشركاء لتحقيق غرض الشركة ، والالتزام بالتبصير او الإعلام بالظروف والوقائع او

---

[١] المادة (٩٤٥) من القانون المدني العراقي.

[٢] المادة ١١٠٤ من ق.م.ف في التعديل الصادر بموجب المرسوم الصادر في ٢٠١٦/٢/١٠ والنافذ في ٢٠١٦/١٠/١.

[٣] يطابقها نص المادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري.

[٤] ينظر في فقه هذا الاتجاه ، د. عبد المجيد الحكيم ، أ. عبد الباقي البكري ، أ.م. محمد طه البشير / القانون المدني وأحكام الالتزام / الجزء ٢ / مكتبة السنهوري / بغداد / ٢٠١٢/ ص١٢-١٣.

[٥] د. منذر الفضل / النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني / الجزء ١ / مصادر الالتزام / الطبعة الأولى / ١٤١١هـ -١٩٩١م ، ص٢٤٤-٢٤٥.

[٦] عبد المنعم موسى / حسن النية في العقود / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / لبنان / ٢٠٠٦ / ص٨٣.

[٧] د. حسن على الذنون / النظرية العامة في الالتزام / الجزء ١ / مصادر الالتزام / دون ذكر سنة نشر / ص٢١١.

[٨] ينظر في ذلك : د. حسام الدين كامل الاهواني / مصادر الالتزام – المصادر الإرادية / دار النهضة العربية / ١٩٩١-١٩٩٢ / ص٢١٠ ، عبد المنعم موسى / مصدر سابق / ص١٥١ وما بعدها، زمام جمعة / العدالة العقدية في القانون الجزائري / أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة الجزائر/٢٠١٤ / ص٣٢٤ وما بعدها .

الإفضاء بالصفة الخطرة للمبيع ، فمبدأ حسن النية يفرض على المؤمن له إبلاغ المؤمن بما تطرأ أثناء العقد من ظروف من شأنها أن تزيد من المخاطر ، او يلتزم بائع الآلات الكهربائية بان يبين للمشتري طرق الاستعمال ومخاطره ، او التزام المستأجر بإخطار المؤجر بأي اعتداء على العين المؤجرة ، أو أي التزام يؤدي الى تسهيل تنفيذ التزام الطرف الآخر كالتزام المصدر بتزويد المستورد بالمستندات والوثائق اللازمة لنقله عبر عدة دول ، أو تنفيذ الالتزام بطريقة تجعله اقل كلفة على المتعاقد الآخر كمد الأسلاك الكهربائية من أقرب طريق ممكن، أو ايصال الراكب من الطريق الأقصر ، ومن تطبيقات المظهر الايجابي لمبدأ حسن النية الالتزام بالضمان ، فالبائع أو المؤجر حينما يضمن العيوب الخفية او يضمن تعرضه الشخصي مادياً كان أو قانونياً ، إنما ينفذ التزام وأن فرضه القانون بنصوص صريحة إلا انه يعد مظهراً ايجابياً لمبدأ حسن النية[١].

المظهر السلبي : ويتحقق المظهر السلبي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد عندما يكف المتعاقد عن كل ما يتنافى مع القصد الحسن ، فهو يظهر بصورة امتناع المتعاقد عن القيام بأي عمل يتنافى مع الشرف والأمانة والثقة المتبادلة بين الناس وعليه ان يمتنع عن أي غش أو تدليس في تنفيذ العقد ، فيجب عليه أن يمتنع عن استعمال أية حيل من شأنها حرمان المتعاقد من مزايا العقد او تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا أو مرهقاً أو يحمله مبالغ ضخمة لا تتناسب مع المنفعة المرجوة من العقد أو تحميله نفقات غير ضرورية[٢].

ويشير الفقه الى بعض التطبيقات للمظهر السلبي لدور مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد فإذا باع شخص متجره الى آخر عليه أن يمتنع عن القيام بأعمال التجارة التي تؤدي الى منافسة المشتري ، وعلى البائع ألا يخفي عن غش العيوب الموجودة في المبيع ، وعلى السائق ألا يسلك في إيصال الراكب الطريق الأبعد حتى يزيد في عدد الكيلومترات في عداد السيارة لزيادة الأجرة[٣].

ويرتب القانون على مبدأ حسن النية في مظهرية الايجابي والسلبي عدة آثار لها دورها في إعادة العدالة العقدية الى نصابها إذا ما اختلت الظروف المحيطة في تنفيذ العقد أو عند اختلال العدالة العقدية بسبب سوء نية احد المتعاقدين ، فذلك يعطي القانون للقاضي السلطة التقديرية للتدخل لإعادة التوازن الى العلاقة العقدية تحقيقاً للعدالة العقدية حتى يتمكن المتعاقد من الحصول على المنفعة المقصودة بشكل عادل ، ومن هذه النتائج[٤] التي رتبها القانون على مبدأ حسن النية :

١- للقاضي أن يمنح المدين الأجل القضائي أو مهلة التنفيذ المسماة بـ (نظرة الميسرة)[٤] إذا كان المدين حسن النية وكان ما لم يتم تنفيذه قليلاً نسبة الى ما تم تنفيذه ولم يصاب الدائن بضرر جسيم من ذلك .

٢- عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه بسوء نية ، إذ يلزم في المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر غير المتوقع وقت التعاقد إذا كان ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً[٥]، لأن المسؤولية سوف تلحق في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية .

---

[١] ينظر في عرض هذه التطبيقات والأمثلة : د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير / الموجز المفيد في مصادر الالتزام وآثاره / جامعة الأزهر الشريف / كلية الشريعة والقانون في القاهرة / ١٢٢٩ هـ -٢٠٠٩ م / ص٧٣.

[٢] ينظر في ذلك : د. منذر الفضل / مصدر سابق / ص٢٤٥ ، د. حسام الدين كامل الاهواني / مصدر سابق / ص٢١١، زمام جمعة / مصدر سابق / ص٣١٣-٣١٤.

[٣] ينظر في عرض التطبيقات : د. عبد السميع أبو الخير / مصدر سابق / ص٧٢، زمام جمعة / مصدر سابق / ص٣١٧.

[٤] ينظر في ذلك : د. عبد الرزاق احمد السنهوري / جـ١ / مصدر سابق /ص٥١٢.

[٥] نصت المادة (٢/٣٩٤) من القانون المدني العراقي (فإذا لم يكن الدين مؤجلا أو حل اجله ، وجب دفعة فورا ، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك و لم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم)توافقها المادة (٣٤٦/ ٢) مدني مصري.

ان تنفيذ الالتزام التعاقدي بحسن نية يحقق العدالة التعاقدية ، لأن يحقق لكل متعاقد الحصول على ما كان يبتغيه من منعة جراء تعاقده بشكل عادل ومتناسب مع الأداء الذي فرضه عليه العقد ، ويجنبنا – في أغلب الأحوال – الالتجاء الى نظرية التعسف في استعمال الحق[١].

وهكذا نخلص لدور مبدأ حسن النية في تحقيق العدالة العقدية ، فهو على حد وصف الفقيه (جاك غستان) إن مبدأ حسن النية يتمثل بـ " الاستقامة في العقود هي التكملة الضرورية للعدالة العقدية" [٢]، لذا لابد من التوفيق بين مبادئ العدالة وحسن النية والحرية التعاقدية .

وعليه يجب الاعتماد على مبدأ حسن النية لدعم الترابط بين القانون والأخلاق ، فيعتمد القاضي على هذا المبدأ بغرض ديمومة العقد والإبقاء عليه ، إذ نجد التوجه اليوم في القوانين المقارنة وموقف القضاء هو الإبقاء على العقد عن طريق فرض جزاءات بالاستناد الى مبدأ حسن النية ، دون إلغاء العقد ، كفرض تعويض على التعسف في استعمال الحق أو منح نظرة الميسرة أو إلغاء البنود التعسفية[٣].

المطلب الثاني :النظام العام ودوره في تحقيق العدالة التعاقدية

نتطرق في هذا المطلب الى مفهوم النظام العام وذلك بتعريفه وأنواعه وأثره في تحقيق العدالة التعاقدية ، وذلك في فرعين ، يخصص الأول لدراسة مفهوم النظام العام ، أما الفرع الثاني لدراسة دور النظام العام في تحقيق العدالة التعاقدية .

الفرع الأول: مفهوم النظام العام

إن المحافظة على المجتمع والنهوض به من ابرز سمات النظام القانوني الذي تضعه الدولة ، ومن المعلوم إن العلاقات القانونية التي يتولاها القانون تختلف أهميتها بحسب موقعها من الأهداف الأساسية للنظام القانوني، ومن ضمن الأهداف التي تسعى الدولة لتحقيقها في القانون هو المحافظة على الجماعة وتيسير سبل النهوض بها وتطورها ، وهي في ذلك تحتاج الى نصوص قانونية لها قوة كافية لتحقيق هذه الغاية ، فلا يترك تنظيم هذه القواعد لإرادة الأفراد ، ذلك لان هؤلاء فضلا عن عدم قدرتهم وضع القواعد التي تصلح لتحقيق الأهداف الرئيسة للمجتمع، قد يقصدون أن ينظموا تلك القواعد على نحو يتعارض مع تلك الأهداف ، لذلك كان لازماً على القانون أن يضع القاعدة ذات الطابع المطلق المباشر وإلا يعطي للأفراد نصيباً في تنظيمها[٤]. وتسمى هذه القواعد التي تنظم المصالح العليا للمجتمع بقواعد النظام العام .

وبالعموم يلعب النظام العام دورا واسعا في القانون بفرعيه العام والخاص ، إلا إن بالرغم من ذلك فان الفقه متفق على صعوبة إيجاد مفهوم محدد له ، ولكن محاولات الفقه في تعريف مفهوم النظام العام تجتمع في نقطة واحدة بان النظام العام قواعد تمس المصلحة العليا للمجتمع وتعلو على مصالح الأفراد ولا يجوز لهم مخالفتها وان حققت مخالفتها مصلحة خاصة لهم ، فيضحي بالمصلحة الخاصة في سبيل المصلحة العامة .

أما التشريعات فأنها انقسمت بشأن بيان مفهوم النظام العام في اتجاهين :

---

[١] نصت المادة (١٦٩/ ٣) من القانون المدني العراقي (فإذا كان المدين لم يرتكب غشا او خطا جسيما فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت) توافقها المادة (٢/٢٢١) مدني مصري .

[٢] ينظر بهذا المعنى : د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني/جـ١/ مصدر سابق / ص٢٤٢ ،نظرية الالتزام بوجه عام / مصدر سابق / ص٢٤٢.

[٣] جاك غستان / المطول في القانون المدني / تكوين العقد / مصدر سابق / ص٢٦١.

[٤] زمام جمعة / مصدر سابق / ص٢٤٤.

[٥] د. عبد الحي حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية / مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٧٥/ ص٢٣٨.

الأول: وهو اتجاه غالبية الدول التي لم تورد مفهوما محدداً للنظام العام وإنما أوردت نصوص قانونية تمنع الاتفاقات أو تطبيق القوانين المخالفة للنظام العام ، ومن هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والعراقي فلم تبين هذه القوانين مفهوم النظام العام وإنما اكتفت بالإشارة إليه في عدد من النصوص منها على سبيل المثال في القانون المدني العراقي المادة (١٣٠/ ٢) التي تنص على (يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية).

الثاني : وهو اتجاه التشريعات التي أوردت مفهوما للنظام العام ومنها القانون المدني الألماني لعام ١٩٠٠ إذ جاء في المادة (٣٠) منه على إن النظام العام هو (القواعد التي تتصل بأصل النظام الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للبلد وبمفهومها في وقت معين ....).

يتبين مما تقدم بأن النظام العام يمثل مجموعة من المصالح العامة العليا للمجتمع والتي تعلو على مصلحة الأفراد لأنها تتعلق بالمبادئ الأساسية للمجتمع وتظهر هذه المصلحة في صور متعددة منها:

١- المصالح الاقتصادية : وهي تلك المقومات التي تشكل الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي السائد في مجتمع معين ، فتبين طبيعة النشاط الاقتصادي القائم في الدولة ، وهذه المصالح يبغي المشرع من ورائها الى تحقيق الصالح العام ولهذا فهو يعدها من النظام العام .

٢- المصالح الاجتماعية :وهي تلك المقومات التي تمثل الأسس التي يستند عليها المجتمع، كأن يكون من ضمن الأسس منع تعدد الزوجات او عدم جواز الطلاق وغيره .

٣- المصالح الثقافية : وهي تمثل مجموعة القيم الحضارية والروحية .

٤- المصالح الأخلاقية : وتشكل الأسس الادبية والقيم الأخلاقية التي يقرها المجتمع في زمن معين للحفاظ على القيم التي يؤمن بها ، وتتأثر بعوامل مختلفة أهمها الدين والتقاليد السائدة في المجتمع .

ونظراً لاختلاف المصالح التي يراعها النظام العام كما هو واضح في الأسطر السابقة ، ومن هنا يتميز النظام العام بخصائص معينة تتمثل[١] :

١- تأثره بالأنظمة السياسية والاقتصادية وبدرجة انفتاح المجتمع وانغلاقه على مفاهيم الحريات وتبعية المواطن للدولة ودور الدولة في التدخل بشؤون الافراد وتنظيم علاقاتهم بين بعضهم وبينهم وبين الدولة .

٢- مفهومه نسبي متحرك متغير مع الزمن والمكان والأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع معين في زمن معين ، فطالما أنه يلجأ إليه لحماية هذه الأنظمة ، فإن حمايته تتكيف مع تغير هذه الأنظمة . وبالتالي ما كان محظوراً في الماضي يمكن أن يصبح مباحاً والعكس صحيح ، وما يعد من النظام العام في العراق لا يعد كذلك في فرنسا ، ونتيجة لهذه الميزة فقد أقرت القوانين مفهوم النظام العام كونه وسيلة لاستبعاد القوانين الأجنبية المسند إليها الاختصاص وهذا ما جاءت به المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي التي تنص (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي ..... إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق).

تعد فكرة النظام العام الأداة الفعالة لكبح جماح سلطان الإرادة والحفاظ على المصالح العليا للمجتمع ، فهو يعبر عن سمو كيانه وتأكيد قوته وثباته إزاء نزاعات بعض الأفراد التي تتمثل في عقود يبرمونها تهدد أسس

---

[١] د. عبدالحي حجازي / مصدر سابق / ص٢٤٠.

المجتمع بالخطر ، فالنظام العام يدخل في إطار الحرية العقدية ويشكل قيداً على إرادة المتعاقدين وهذا واضح من خلال نصوص معينة واردة في القانون المدني العراقي على وجه الخصوص وعلى الشكل الآتي :

١-يبطل القانون الالتزام إذا كان محله مخالفا للنظام العام فتنص المادة (١٣٠) على (يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام او الآداب....)[١].

٢- كما انه يبطل الالتزام إذا كان سببه مخالف للنظام العام فنصت المادة (١٣٢) على (يعتبر العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام ....)[٢].

٣-ومنعت المادة (١٣١/ ٢) اقتران أي شرط بالعقد مخالف للنظام العام فنصت على (يجوز أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين او للغير إذا لم يكن ممنوع قانونا او مخالف للنظام العام او الآداب).

إلا إن في الوقت الحاضر على إثر التطور الهائل الذي عرفته أنماط التعاقدات المدنية ، فإن المعاملات لم تعد تقتصر على عقود تنبني على تكافؤ المراكز القانونية والاقتصادية للمتعاقدين ، بل ظهرت الى حيز الوجود أشكال أخرى من العقود يختل فيها عنصر التوازن بين أطراف العقد ، بفعل احتكار أو ممارسة نفوذ اقتصادي أو خبرة أو معرفة تمكن احد الأطراف من فرض شروطه على الطرف الآخر الذي لا يملك في النهاية سوى رفض التعاقد أو القبول بشروط الطرف القوي ، وهذه هي فكرة التعاقد بين شخصين غير متكافئين التي يكون فيها أحد الأطراف زبونا أو مستهلكاً عادياً يستحق نوعاً من الحماية وهذا يعجز النظام العام بمفهومه التقليدي عن توفير الحماية اللازمة للمستهلك لان محل العقد او سببه او شروطه لا تتضمن ما يعد مخالفا للنظام العام ، وهذا ما يظهر الحاجة الى مفهوم للنظام العام لا يعتمد على المعايير التقليدية سالفة الذكر ولا يتدخل بواسطتها المشرع ليحقق استقرار نظام المجتمع فحسب ، وإنما يأخذ النظام العام مفهوما أوسع يهدف أساسا الى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وإعادة التوازن العقدي[٣]، وهذا ما يسمى بالمفهوم الحديث للنظام العام أو النظام العام الاقتصادي الحمائي ، والذي سنبين الآن أنواع النظام العام الاقتصادي لأهميتها في نطاق العدالة التعاقدية، دون التحدث عن النوعين الآخرين للنظام العام وهما السياسي والاجتماعي [٤].

فالنظام العام الاقتصادي الحمائي يقتصر على حماية الطرف الضعيف الناتج من عدم التكافؤ بين المتعاقدين سواء في الجانب الاقتصادي او المعرفي او المهني ، لحماية المستهلك في عقد الاستهلاك وحماية العامل في عقد العمل ، فهدفه تحقيق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين ، لان عدم التكافؤ يؤدي الى اختلال العدالة نتيجة التعسف في استغلال احد الأطراف لما يتمتع به[٥].

أما النوع الآخر من النظام العام الاقتصادي فهو النظام العام الموجه ، وهو يهدف الى توجيه الاقتصاد الوطني في جهة معينة ، فهو يبطل كل العقود المخالفة لهذا التوجه ولكن هذا التوجه يختلف من دولة الى أخرى بحسب ظروفها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية ومن ابرز مثال يقدمه التشريع على النظام العام الموجه هو تحديد الأسعار[٦].

---

[١] تقابلها في القانون المدني المصري المادة (١٣٥) .

[٢] تقابلها في القانون المدني المصري المادة (١٣٦) .

[٣] جاك غستان / المطول في القانون المدني – تكوين العقد/ مصدر سابق / ص٢٧٢.

[٤] انظر في أنواع النظام العام ، د. حسين عبد الله الكلابي / النظام العام العقدي – دراسة مقارنة / الطبعة الأولى / دار السنهوري / بغداد / ٢٠١٦ / ص٩٣ وما بعدها .

[٥] قريب من هذا المعنى : د. حسين عبدالله الكلابي / مصدر سابق / ص١٠٣.

[٦] د. حسين عبدالله الكلابي / مصدر سابق / ص١١٣.

الفرع الثاني : دور النظام العام في تحقيق العدالة التعاقدية

يعد النظام العام الاقتصادي والاجتماعي المعيار والضابط المهيمن والمسيطر على التصرفات القانونية لأنه يتدخل لتنظيم العلاقات التعاقدية الخاصة بالنظام الاقتصادي والعلاقات العقدية لاسيما لإعادة التوازن العقدي، وهذا هو التصور الحديث للنظام العام على وفق ما يعكس واقعاً تشريعياً مدفوعاً بتعارض قوى اجتماعية ذات مصالح اقتصادية متباينة ولاسيما بسبب ما ينشأ عن استعمال الحرية التعاقدية تعسفياً على النحو الذي يتعارض وما تتطلبه ضرورات تحقيق ما هو تعاقدي بأنه (عادل ونافع)[١].

ذلك لان النظام العام – على الرغم من مفهومه المتغير – هو مجموعة القواعد التي تمس المصالح العليا للمجتمع ، اجتماعية كانت هذه المصالح أو اقتصادية أو سياسية ، والتي تعلو على مصلحة الأفراد ، فلا يجوز لهم مخالفتها في الاتفاقات التي يبرمونها فيما بينهم ، حتى وان حققت لهم هذه الاتفاقات المصالح الخاصة بهم، فيُضحَّى بالمصلحة الخاصة في سبيل حماية المصلحة العامة[٢]، وإذا كان العقد نظاماً يستخدم كوسيلة بيد الأفراد لتحقيق منافعهم ومصالحهم الخاصة ، فهو يعد كذلك وسيلة لتحقيق المنفعة الاجتماعية ، ويحظى باحترام القانون متى ما حقق ذلك ، وهو ما عبر عنه الفقيه جاك غستان بأن " هذه المبادلات هي بحد ذاتها نافعة اجتماعياً ، ويجب إضافة لذلك أن تكون متوافقة مع المنفعة العامة أي مع المصلحة العامة، وهذه الملاحظة يقبلها الجميع ، على انه يجب أن نستخرج منها نتيجة جوهرية : شرعية مبدأ تبعية العقد ، أي إرادة الفريقين للمصلحة العامة "[٣]. من هنا جاءت شرعية فكرة النظام العام في تدخلها ودورها المهيمن الواضح في القانون المدني عموماً و لاسيمافي العقود.

إلا إن فكرة النظام العام قد تظهر في نصوص القانون بشكل واضح ، إذ قد يحدد القانون بنصوص صريحة ما يعد نظاماً عاماً حتى تتحقق العدالة العقدية وهو ما يتحقق دائماً بموجب قواعده الآمرة[٤]، ومن ثم لا يجوز للأفراد مخالفتها في العقود التي يبرمونها ، ومن جانب آخر فقد ينص القانون على أن لا تكون العلاقة التعاقدية مخالفة للنظام العام ، دون أن يحدد ما المقصود بالنظام العام في حدود هذه العلاقة[٥]، وهذا يعني أن تحديد هذه المسألة فيما إذا كانت مخالفة للنظام العام أم لا ستكون من اختصاص القاضي استناداً لسلطته التقديرية وتبعاً لأسس المجتمع ومصالحه الاجتماعية والاقتصادية وهذا يظهر المتغير للنظام العام بشكل واضح ، والسبب في ذلك أن للإرادة الفردية في نطاق القانون الخاص عموماً وفي إطار العقود على الأخص، نصيباً ودوراً كبيراً ، " لذلك كان من اللازم أن يوجد قيد عام يرد على كل ما لم تحرمه قاعدة قانونية صريحة ، هذا القيد هو النظام العام ، ومقتضى هذا القيد أن كل ما يكون مخالفا للنظام العام لا يحل له أن يوجد "[٦].

---

[١] زمام جمعة / مصدر سابق / ص٢٧٢.

[٢] د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / الجزء ١ / مصدر سابق / ص١٩٤.

[٣] جاك غستان /تكوين العقد / مصدر سابق / ص٢٣٩ .

[٤] من ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة (١٣٠/ ٢) من القانون المدني العراقي والتي حددت ما يكون من النظام العام بقولها (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية) ، والرأي الراجح أن ما عددته هذه الفقرة من أحوال النظام العام ورد على سبيل المثال لا الحصر ، ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري . كما ينظر على سبيل المثال نصوص المواد (١٤٦ / ٢ ، ١٦٧ / ٢) مدني عراقي ، تقابلها المواد (١٤٨/ ٢، ١٤٩) مدني مصري .

[٥] من ذلك مثلا ما نصت عليه المادة (١٣٢ / ١) اذ نصت على ان (يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقدون دون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام أو الآداب) .

[٦] د. عبد الحي حجازي / مصدر سابق / ص٢٤٠ .

ويختلف دور لنظام العام من حيث أثره في العقد ، فتارة يؤدي النظام العام الى إنهاء وجود العقد ، وتارة يكون للنظام العام الدور المصحح للعلاقة التعاقدية :

أولاً : الأثر المبطل للنظام العام : إذ يؤدي إعمال فكرة النظام العام الى عدم الاعتراف بوجود العقد ، وهو كما يطلق عليه بعضهم بـ (النظام العام التوجيهي)[١]: ويقصد به " قيام الدولة لتحقيق أهداف الاقتصاد الوطني بتنظيم عقود لا يجب أن تتعارض مع تلك الأهداف وبهذا سيقترب من المفهوم (الكلاسيكي) للنظام العام ، لأنه يقوم على المصلحة العامة "[٢]. مما يسمح للمشرع التدخل في سياسته التشريعية فأصبح توجيه الحرية التعاقدية بتقييدها أو تهذيبها أو تحديدها من خصائص تدخل الدولة الحديث[٣]، فيؤدي تطبيق النظام العام بصورته هذه الى إنهاء وجود العقد ، وعد العقد باطلاً إذا كان مَحلُه غير مشروع بأنْ كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة[٤] ، أو كان سبب العقد مخالفاً للنظام العام [٥] ، أو كان العقد صادراً من غير ذي أهل، كما لو كان دون سن التمييز أو كان مميزاً ولكن تصرفه ضاراً ضرراً محضاً[٦]، أو كان العقد مقترناً بشرط مخالف للنظام العام والآداب العامة وكان هو الباعث الدافع للتعاقد[٧].

فيظهر إذن في كل ما تقدم من حالات البطلان كانت بسبب النظام العام ، ويمكن القول أن الأثر المبطل للنظام العام في هذه الحالات ليس له أي دور في تحقيق العدالة العقدية ، لانتفاء الموضوع ، فموضوع العدالة العقدية وجود عقد اختلت فيه هذه العدالة يراد ارجاعها له.

ثانياً : الأثر التصحيحي للنظام العام : وفيه لا يظهر أثر النظام العام كسبب لبطلان العقد بقدر ما هو مصحح له، ويطلق عليه الفقه [٨] تسمية (النظام العام الحمائي) ويضطلع بالدور الواضح في تحقيق العدالة العقدية، والنظام العام الحمائي يقوم على أساس حماية المستهلكين ، بسبب الوضع الاقتصادي والفني والمهني ، فهو يتأسس على مبدأ عدم التكافؤ في العلاقة العقدية ، مما يؤدي الى اختلال في المراكز الاقتصادية لإطراف العقد ومن ثم عدم تحقق العدالة العقدية، وهنا يأتي دور النظام العام الحمائي بما يقدمه من حلول عملية ، إذ بسبب اللاتوازن الاقتصادي للعقد لابد من وجود مستلزمات تؤدي الى احترام العدالة العقدية من خلال تقوية المركز الضعيف للمستهلكين ، وإلا كانت عقوداً لا تحقق العدالة لأنها فقدت التوازن الاقتصادي[٩]، ذلك لان تحقيق ماهو "عادل " يعني بالدرجة الأولى " التوافق مع القانون " ، ولما كانت المساواة التناسبية هي الشكل الأكثر تصوراً للعدالة ، ولكن الحرية التعاقدية تختفي معها المساواة التناسبية بين المتعاقدين مما يهدد توازن العقد فيدفع هذا بالمشرع الى منح فئة اجتماعية معينة نظاما من الحماية ، ولاسيما عندما يكون تدخل المشرع

---

[١] ينظر في إلحاق النظام العام التوجيهي بالأثر المبطل للنظام العام ، جاك غستان / مصدر سابق / ص٢٧٧ ، زمام جمعة / مصدر سابق / ص٩٧.

[٢] زمام جمعه / مصدر سابق / ص٢٧٢.

[٣] المصدر نفسه / ص٢٧٣.

[٤] نصت المادة (١٣٠/ ١) من القانون المدني العراقي على إنه (يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد باطلاً) ، تقابلها المادة (١٣٥) مدني مصري .

[٥] المادة (١٣٢/ ١) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (١٣٦) مدني مصري .

[٦] ينظر نص المادة (٩٧) مدني عراقي ، توافقها المواد (٤٥- ٤٦) مدني مصري .

[٧] نصت المادة (١٣١/ ٢) من القانون المدني العراقي على انه (كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفا للنظام العام أو للآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا) .

[٨] ينظر : زمام جمعة / مصدر سابق / ص٢٧٣ وما بعدها ، جاك غستان/تكوين العقد / مصدر سابق / ص٢٧١ ، الفقرة ٢٦٦ و ٢٦٨ .

[٩] ينظر: زمام جمعة / مصدر سابق / ص٩٨ و ٢٦٤.

يأتي مستكملاً لدور القاضي والذي عليه أن يستنير باسم المنفعة العامة والعدالة لتحويل شروطه كيفيا ووسيلته تطوير القوانين الخاصة ، أما هدفه فحماية الطرف الذي يحتاج الى حماية [١].

ومن ثم يكون للنظام العام الحمائي الدور الصحيح والمكمل للعدالة العقدية عن طريق حماية الطرف الضعيف، ومن تطبيقات النظام العام التصحيحي (الحمائي) ، حماية الطرف الضعيف في عقود الاذعان من كل شرط تعسفي ، ومنح القاضي السلطة التقديرية في إلغاء أو تعديل هذه الشروط دون إبطال العقد كلياً ، فقد نصت المادة (١٦٧/ ٢) على انه (اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)[٢]. وكما في حالة الشرط الجزائي المبالغ فيه (الفادح) الذي يؤدي الى اختلال التوازن العقدي ومن ثم عدم تحقيق العدالة العقدية ، فيكون للقاضي السلطة التقديرية لتخفيضه حسب نص المادة (١٧٠/ ٢) مدني عراقي [٣]، وكما في اختلال التوازن العقدي بسبب الظروف الطارئة غير المتوقعة عند تنفيذه ، إذ أعطى القانون المدني العراقي للمحكمة سلطة تقديرية بعد الوازنة بين مصلحة الطرفين في إنقاص الالتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة ، فكل اتفاق يحرم المحكمة من التدخل لتحقيق العدالة التعاقدية يعد مخالفا للنظام العام [٤]، وكذلك يظهر الدور الحمائي للنظام العام واضحاً في نص المادة (٦ / أولا) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ [٥] والتي نصت على حق المستهلك وحماية له الحصول على جميع المعلومات التي تحافظ على حقوقه ومصالحه المشروعة ومواصفات السلع والطرق السليمة لاستعمالها .

وكما قدمنا قد تأتي نصوص القانون عامة في وجوب عدم مخالفة العقد للنظام العام دون أن تصاغ بقواعد آمرة [٦]، حينئذ تظهر سلطة القاضي للتوفيق بين النظام العام والعقد حتى وان كان مخالفا ومع ذلك لا يبطله، فيعمد القاضي الى(تلطيف مفعول النظام العام)، وذلك بالتوفيق بين النظام العام والعقد للإبقاء عليه . فلا يجبر الشريك في البقاء على الشيوع ويستطيع إنهاء الشيوع في أي وقت ولكن يجوز له ان يتفق على البقاء في الشيوع لمدة خمس سنوات ، فإذا اتفقوا على مدة تزيد على خمس سنوات أو كانت المدة غير معينة فلا يبطل اتفاقهم وإنما يعد صحيحاً في حدود الخمس سنوات[٧].

وعليه يتضح لنا مما تقدم، ان للنظام العام الدور الفاعل في دائرة العقود ، فتارة يكون له الأثر المبطل إذا ما تعارض العقد مع المصلحة العامة أو إذا كانت المنفعة المقصودة منه لا تحقق المنفعة الاجتماعية فيأخذ الدور التوجيهي للعقد فيحدد له الوجهة التي يجب أن يتبعها وإلا كان العقد باطلاً ، ونجده تارة أخرى ذا أثر مصحح

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني / مصدر سابق / ص٣٣٦ ، زمام جمعه / مصدر سابق / ص٢٨٠.

[٢] المقصود بالعدالة هنا هي العدالة التعاقدية تقابلها المادة (١٤٩) مدني مصري ، أما في القانون الفرنسي فقد جاء في قانون حماية المستهلك ولتحقيق العدالة التعاقدية بأن الشروط التعسفية لا تعد كأن لم تكن.

[٣] اذ جاء فيها ((ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين إن الدائن لم يلحقه ضرر ويجوز تخفيضه .... ويقع باطلا كل اتفاق يخالف هذه الفقرة .))

[٤] ينظر المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي بموجب التعديل الجديد الصادر في ٢٠١٦/٢/١٠، ينظر نص المادة (١٤٦/ ٢) مدني عراقي ، توافقها المادة (١٤٧/ ٢) مدني مصري .

[٥] كذلك ينظر : نص المادة (٦) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦.

[٦] ينظر في ذلك : د. عبد الحي حجازي / المصدر السابق / ص٢٤١.

[٧] ينظر نص المادة (١٠٧٠) مدني عراقي.

للعقد أو معدل فيكون له الدور الحمائي للطرف الضعيف ، عندئذ يأخذ النظام العام الحمائي على عاتقه مهمة تحقيق العدالة التعاقدية .

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة بحثنا الموسوم بـ (متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية- دراسة مقارنة) في القوانين محل المقارنة العراقي والمصري والفرنسي ، بقوانين المدني والقوانين الخاصة ، فأن هذا البحث يعد إكمالاً لبحثنا السابق في العدالة العقدية ، فبعد أن بينا مفهوم العدالة العقدية وعناصرها وعلاقتها بالقوة الملزمة بالعقد، خصصنا بحثنا هذا لمتطلبات تحقيق العدالة التعاقدية .

فلا تتحقق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين إلا عن طريق متطلبات أساسية جوهرية يسعى منها المشرع والقاضي لتحقيق العدالة التعاقدية . إذ لا يمكن تحقيق ذلك، إلا عن طريق تعديل بنود العقد بما ينسجم مع تحقيق المنفعة المقصودة من العقد ، وقد لا يكفي تعديل بنود العقد وانما نحتاج الى استبعاد شرط يخل بالعدالة التعاقدية اخلالاً واضحاً ،إذ يقضي ذلك ، أن يستبعد الشرط التعسفي ويعد كأن لم يكن ، ويبقى العقد قائماً مرتباً لآثاره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير.

وقد رأينا من البحث ، بأن العدالة التعاقدية قد لا تتحقق إلا بإضافة عناصر جديدة للعقد سواء من قبل المشرع او من قبل القاضي بما خوله المشرع من سلطة في إكمال بنود العقد ، اذ قد يقتضي تحمل المتعاقد بالتزامات جديدة أقرها المشرع لتحقيق العدالة التعاقدية أو تدخل القاضي في إكمال مضمون العقد .

وإكمالاً لما تقدم ، من تعديل العقد أو تصحيحه باستبعاد الشرط التعسفي أو اكمال نطاق العقد ومضمونه ، فقد جاء مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد حتى قبل إبرامه في مرحلة المفاوضات ، ليُكْمِل المشرع بهذا المبدأ تحقيق العدالة التعاقدية بالإضافة الى النظام العام كقيد يرد على حرية المتعاقدين لصالح تحقيق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين .

المصادر

أولاً- الكتب

د. أنور سلطان / مصادر الالتزام / دار النهضة العربية للنشر والتوزيع / بيروت /١٩٨٣.

د. ايمن سعد سليم / الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة / القاهرة /٢٠١١.

د. جميل الشرقاوي/نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري/مطبعة جامعة القاهرة/١٩٥٦.

حسام الدين كامل الأهواني / مصادر الالتزام / المصادر الادارية / دار النهضة العربية / ١٩٩١-١٩٩٢.

د. حسن عبد الباسط جميعي / أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٠-١٩٩١.

د. حسن علي الذنون / النظرية العامة في الالتزام / جـ١ / مصادر الالتزام / دون ذكر مكان وسنة النشر .

د. حسن علي الذنون/المبسوط في المسؤولية المدنية/ الضرر / شركة التايمس للطبع والنشر / بغداد /١٩٩١.

د. حسين عبدالله الكلابي/النظام العام العقدي– دراسة مقارنة/الطبعة الاولى/ دار السنهوري / بغداد / ٢٠١٦ .

زهير الزبيدي / الغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية – دراسة مقارنة / مطبعة دار السلام / بغداد /١٩٧٣.

سعيد سعد عبد السلام / التوازن الاقتصادي في نطاق عقد الإذعان – دراسة فقهية مقارنة / دار النهضة العربية / القاهرة /١٩٩٨.

د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي / اكمال العقد – دراسة مقارنة / المؤسسة الحديثة للكتاب / لبنـــان / الطبعـــة الاولى /٢٠١٢.

د. صالح ناصر العتيبي / فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية – دراسة مقارنة / الطبعة الأولى / ٢٠٠١.

عبد الجبار ناجي الملا صالح / مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود / الطبعة الاولى / مطبعة اليرموك /١٩٧٤.

د. عبدالحي حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية / مطبوعات جامعة الكويت /١٩٧٥.

د. عبد الحليم عبد اللطيف / مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٧.

د. عبد الرحمن عياد / أساس الالتزام العقدي – النظرية والتطبيقات / المكتب المصري للطباعة والنشـــر / الإسكندرية / ١٩٧٢.

د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجـــزء الاول / منشـــورات الحلبـــي الحقوقية / بيروت /٢٠٠٠.

د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير / الموجز المفيد في مصادر الالتزام وآثاره / جامعة الأزهر الشريف / كلية الشريعة والقانون في القاهرة /٢٠٠٩.

د. عبد الفتاح عبد الباقي / موسوعة القانون المدني المصري / نظرية العقد والأرادة المنفردة / ١٩٨٤.

د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / جـــ١ / مصادر الالتزام / مطبعة نديم / الطبعـــة الخامسة /بغداد / ١٩٧٧.

د. عبد المجيد الحكيم ، أ. عبد الباقي البكري ، أ.م. محمد طه البشير / أحكام الالتزام / مكتبة السنهوري / بغداد /٢٠١٢.

د. عبد المنعم موسى / حسن النية في العقود / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت – لبنان / ٢٠٠٦.

د. محمد جابر الدوري / عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية / مطبعة الشعب / بغـــداد /١٩٨٨.

د. محمد حسن قاسم / مراحل التفاوض في عقد المكتبة المعلوماتية / دار الجامعة الجديدة / الإســـكندرية / بدون سنة نشر .

د. محمد محمد أبو زيد / المفاوضات في الاطار العقدي / دار النهضة العربية / القاهرة /١٩٩٥.

د. محمود جمال الدين زكي / مشكلات المسؤولية المدنية / ج١ / مطبعة جامعة القاهرة / ١٩٧٨.

د. مصطفى محمد الجمال / السعي الى التعاقد في القانون المقارن / منشورات الحلبي الحقوقية / الطبعـــة الأولى / ٢٠٠٢.

د. منذر الفضل / النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني / جـــ ١/ مصادر الالتزام / الطبعة الأولى / ١٩٩١.

منصور حاتم محسن / فكرة تصحيح العقد – دراسة مقارنة / دار الكتـــب القانونيـــة / دار شـــتات للنشـــر والتوزيع والبرمجيات / مصر /٢٠١٠.

د. موفق حماد عبد / الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية – دراســـة مقارنـــة / مكتبـــة السنهوري/ منشورات زين الحقوقية / الطبعة الأولى /٢٠١١.

د. نزيه محمد الصادق المهدي / النظرية العامة للالتزام / ج١/ مصادر الالتزام / دون مكان نشر /٢٠٠٤.

د. وائل حمدي احمد / حسن النية في البيوع الدولية / دار المطبوعات الجامعية / الإسكندرية / ٢٠١٢.

ثانياً – الكتب الأجنبية

Didier Ferrier , Technique contractulle , Le Senaine , Juridique Enterprise et Affaires.

ثالثاً– رسائل الماجستير والدكتوراه :

راقية عبد الجبار علي / سلطة القاضي في تعديل العقد – دراسة مقارنة / أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / بغداد /٢٠٠٠.

زمام جمعة / العدالة العقدي في القانون الجزائري / أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة الجزائر / ٢٠١٤.

سليمان براك الجميلي / الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه / كلية الحقــوق / جامعة النهرين / ٢٠٠٢.

رابعاً– الكتب الفرنسية المترجمة للعربية :

جاك غستان / المطول في القانون المدني / تكوين العقد /ترجمة منصور القاضي / الطبعة الاولى / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع /٢٠٠٠.

خامساً – البحوث المنشورة :

شاكر ناصر حيدر/واجب تقليل الضرر في القانون الانكليزي/منشور في مجلة القانون المقارن / عــدد ١٣ / سنة ٩/ ١٩٨١.

د. محمود فياض / مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض علــى العقــد/ مجلة جامعة الامارات العربية المتحدة / سنة ٢٧ / عدد ٥٤/ ٢٠١٣.

د. منصور حاتم محسن / العدالة العقدية – دراسة مقارنة / مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية / مجلــد ٢٥ / عدد ٥/ ٢٠١٧.

سادساً– المجموعات القضائية :

مجموعة الأحكام العدلية / العدد الثالث والرابع / سنة ١٩٧٧.

مجموعة أحكام النقض المصرية /لسنة ١٩٨٣.

سابعاً – القوانين :

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

القانون المدني الفرنسي ، وتعديله في المرسوم ١٣١ / ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٢/١٠.

قانون حماية المستهلك رقم ٩٤٩/٩٣ لسنة ١٩٩٣ المعدل بقانون رقم ٩٦/٩٥ لسنة ١٩٩٦.

قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.