

(قانونة) العقد دراسة تحليلية

أ.د. محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون المدني
كلية القانون والسياسة-جامعة السليمانية

مقدمة

العقد، محرك تحركه إرادة عاقلين لترتيب الحقوق المالية لهما أو لأحدهما، وأحياناً للغير، وهذا المحرك لا يمكن أن نردّ فكرة مشروعيته إلى القانون، بل إلى الإرادة الحرة الراشدة القادرة على إلزام صاحبها مع من تعاقده معه، وهذه القوة التي تعطى للإرادة، منبعها قوة الحق الذاتية التي تدفع الشخص نحو إشباع حاجاته بوسائل، ينبغي على القانون حمايتها والإقرار بها، وليس للقانون على الأشخاص منّة في هذا الإقرار وتلك الحماية، إذ لا خيار للقانون، بوصفه وسيلة لحماية الحقوق، إلا نحو حمايتها وإقرارها، وإن هو فعل غير ذلك، يكون قد خالف الغرض الذي من أجله وجد، وهذا، وإن كان تدعيماً لإتجاه فكري معين في القانون على حساب فكر آخر، لكن هو الذي نجد فيه الصواب دوماً، فالحقوق أسمى من القانون منزلة، حتى وإن قام القانون بتقييد بعضها، إنما من أجل حماية بعضها الآخر، وهذا لمنهج الترجيح بين الحقوق التي قد تتصادم أو تتزاحم فيما بينها، فالقانون، وهو يمثل الإرادة العامة للجماعة، يرجح كفة بعضها على حساب بعض، فليس هو من أنشأ، وليس هو من عدّل، وليس هو من ألغى، بل الآلية المنطقية لتنظيم الحقوق، بما رأته الإرادة العامة مناسباً، هي التي قامت بذلك، وبناءً على ذلك، فالعقد، بوصفه تعبيراً عن إرادتين، هو الأصل في توزيع الحقوق على المتعاقدين، وما القانون إلا منظماً لهذا التوزيع .

لكن، في أحيان ليست بقليلة، نرى القانون يتدخل في كبح ذلك المحرك الشرعي للحقوق العقدية وأعني العقد، لدرجة أنه يبطل العقد لا لأجل العقد بوصفه تعبيراً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل لكون العقد قد خالفه أو خالف النظام العام في الدولة، أو خالف ما يعرف بالآداب العامة، لكن النظرة الثاقبة لهذا التدخل، تخرجه من كونه تدخلاً سافراً، إلى كونه تدخلاً منطقياً، إذا ما أخذنا بفكرة الإرادة العقدية العامة، وهي الفكرة التي تقف وراء فكرة البحث، أي ((قانونة) العقد)، وهي فكرة ليست بتقليدية، بل هي مستجدة وتختلف عن ما بات يطلق عليه ب القانونة، المأخو من وزن فوعلة، وهو مصطلح عُرف حديثاً، أما مصطلح ال((قانونة)) فهو مصطلح اخترعناه للتعبير عن فكرة البند العقدي المفترض، والذي تضعه في العادة، الإرادة العقدية العامة، والتي لا يمكن أن تتدخل في العلاقات العقدية إلا من خلال القانون، فما هي ((قانونة)) العقد، وما هي أبعادها ؟. هذا ما سنتطرق إليه في بحثنا هذا والله ولي التوفيق .

المبحث الأول

حقيقة ((قنونة)) العقد

((الـقنونة)) مصطلح ابتكرناه في بحثنا هذا لطرح فكرة البند العقدي المفترض، والإفتراض مسألة أقرها القانون في كثير من الأحيان، فوضع القرائن القانونية^(١) والقضائية^(٢)، البسيطة منها والقاطعة^(٣)، على أساس الإفتراض، كما عمل على إفتراض الخطأ، في أحيان^(٤)، وإفتراض الضرر في أحيان أخرى^(٥)، رعاية لمصلحة المتضرر، ولجأ إلى إفتراض العلم لدى أحد أطراف الرابطة المدنية^(٦)، وإفتراض حسن النية^(٧)، وما شاكل ذلك في مواضيع متفرقة، والبند العقدي المفترض فكرة تسوغها حقيقة وجود إرادة عقدية عامة سلكت طريقاً داخل كل علاقة ينظمها العقد، وأرست لنفسها (قناة) مدعومة بالبند العقدي المفترض، لتكون جزءاً لا يتجزء من الإرادة المشتركة للعاقدين .

وال((قنونة))، تختلف عن القنونة، فكلاهما ينصب على أرضية خاصة بها، ولكل منهما معنى يختلف عن معنى الآخر، وعليه لكي تكون الصورة أكثر وضوحاً، واستكمالاً لفهم حقيقة (الـقنونة))، ومدى تداخلها مع حقيقة الدور الذي يلعبه القانون في العقد، لا بد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في الاول (الـقنونة)) ودور القانون في العقد، ثم نعالج في المطلب الثاني: البند العقدي المفترض .

المطلب الأول

(الـقنونة) ودور القانون في العقد

ليس لأحد، ممن يؤمن بالفكر القانوني الخاص، أن يقرر للقانون دوراً إنسانياً في الحقوق، فدوره لا يتعدى دور المنظم والموزع والمقر والمحمي والمكفّل، ليس إلا، وهو إن تدخل في أمر، لم يكن لتدخله سابقة من قبل، عدّ تدخله قنونة، أما إن أعاد ترتيب تنظيمه أو توزيعه أو إقراره أو حمايته أو تكفله للحقوق، فقد اختار لنفسه (قناة) في إعادة النظر إلى تلك الحقوق في زاوية محددة جديدة

^١ نصت المادة (٩٨) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أن : ((القرينة القانونية هي استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت، وتعفي هذه القرينة من تقرر لمصلحته عن أي دليل آخر من أدلة الإثبات))

^٢ نصت المادة (١٠٢) من قانون الإثبات العراقي على تعريف القرينة القضائية بأنها : ((إستنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة)).

^٣ ونوعي القرينة البسيطة والقاطعة خاصتين بالقرينة القانونية، فالأولى تقبل إثبات العكس أما الثانية فلا تقبل اثبات العكس (المواد ٩٩-١٠١) إثبات عراقي .

^٤ كما في إفتراض الخطأ الوارد في المادتين (٢١٨ و٢١٩) من القانون المدني العراقي .

^٥ كما في إفتراض الضرر الوارد في الفقرة الاولى من المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي .

^٦ كما في المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي.

^٧ كما في المادة (١١٤٨) من القانون المدني العراقي .

بالإتباع، فهو بذلك (يقنون) العلاقة، تعبيراً عن إرادة عامة، بعد أن كان قد (قوننها) في السابق، لكن قبل هذا يجب الا نترك ثغرة للحديث عن طبيعة الدور الذي يلعبه القانون في العقد، وهذا ما سنبحثه في الفرع الأول، على أن تبين الفرق بين (القنونة) و (القوننة) في الفرع الثاني .

الفرع الأول

حقيقة العقد ودور القانون فيه عبر الـ((قنونة))

ليس من الجديد القول أن العقد نظام مقونن في القانون، أي أن القانون قد نظم أحكامه العامة، بل والخاصة أيضاً بكثير من العقود، وقد عرّف القانون العقد في المادة (٧٣) من القانون المدني بالنص على أن : ((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه))، وقد أحسن المشرع العراقي في استخدامه لعبارة (الارتباط) بدلا عما يشير إليه الفقه الحديث من أن العقد يقوم على (توافق إرادتين)^(١)، لان العقد مصطلح يعني التوثيق والجمع بين شيئين، ولذلك لا يكفي مجرد التوافق، بل ولا بد من تفاعل وربط إرادتي (الإيجاب والقبول) المعبر عنهما. ومع ذلك فان هذا التعريف تعرّض إلى انتقادات من جانب البعض^(٢)، منها انه قد خلط بين حكم العقد، كنقل ملكية المبيع في عقد البيع، وبين حقوق العقد، وهي ما يترتب عليه من التزامات كالالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم، أما ملاحظتنا عليه، فينحصر أبرزها في الآتي :

١- الحقيقة أن الارتباط لا يكون بصورة ارتباط إيجاب بقبول، بل بالعكس ارتباط القبول بالإيجاب، لان الإيجاب يصدر قبل القبول، فكيف يرتبط الأول بالثاني، إذ أن الكلام الأخير هو الذي يرتبط بما قبله.

٢- إن الإيجاب حقيقة يصدر من احد العاقدين وهو تحصيل حاصل، لاداعي لذكره في التعريف.

٣- كما أن القبول يصدر من العاقد الآخر.

٤- إن اثر العقد لا يقتصر إلا على المعقود عليه والعاقدان، ولا يخرج عنهما، فلماذا ذكر المشرع المعقود عليه وأهمل ذكر العاقدان؟ فالمهم هو أن يكون هذا الأثر ذا طابع قانوني.

وعليه يمكن تعريف العقد بأنه : (ارتباط إرادتين متوافقتين لإحداث أثر قانوني). والارتباط يحصل هنا بين إرادتين بالتعبير عنهما بقبول متوافق يصدر من العاقد الذي توجه اليه العاقد الأول بالإيجاب، إذ انعقد العقد بإتصال القبول المتوافق بالإيجاب، من أجل إحداث آثار قانونية . فضلا عن ذلك ان تعريف المصطلحات القانونية لا يدخل ضمن عمل المشرع ، واذا اتينا الى تحليل التعريف الوارد في نص المادة (٧٣) نجد ان اغلبية الكلام فيه هو تحصيل حاصل ولا ضرورة لذكره.^١

والعقد لا يحتاج من القانون، الا لبعض من (الـ قنونة))، فالعقد، وإن كان شريعة المتعاقدين، لكنه ليس ملكاً لهما بمفرديهما، بل للإرادة العقدية العامة دور في تمييزه، فالعقد عندما يبرم، يحقق

(١) لاحظ: د.أنور سلطان، مصادر الألتزام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٠٠.

(٢) د.منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار تاراس، أبريل، ٢٠٠٦، ص ٣٦.

١ لاحظ : كتابنا، خواطر مدنية، مكتب الفكر والوعي، السليمانية، ٢٠٠٩، ص ٤٩ .

لعاقديه مصلحة عقدية، سواء لكل منهما على حدى، أو لهما مشتركين، لكنه يجب أن لا يمس المصلحة العقدية العامة للجماعة، أو بالأحرى عليه أن لا يتصادم مع أية مصلحة عقدية أخرى، ممكن أن يسبب العقد في تعطيلها لتحقيق مصالح آنية وذاتية للمتعاقدين أو لأحدهما، فمثلاً: لو تعاقد اثنان على تزوير مبلغ من النقود، فإن هذه النقود ممكن أن تكون محلاً في المستقبل لعقد ما بين اثنين آخرين، تعاقدًا، أو تعاقد أحدهما على الأقل، بحسن نية، فالعقد، وإن كان قد حقق مصلحة، لأحد العاقدين أو كليهما، لكنه أضر بالغير إضراراً بشكل يخل بما تقرره فكرة العدالة التوزيعية^(١) القائمة على التوازن بين الحقوق وجعل الجميع يتمتعون بالملزايا نفسها بشكل متساو وعادل، وكذا الحال بالنسبة لجميع القيود التي فيها مساس بحياة الأشخاص الآخرين، أو حرياتهم، أو تعاملاتهم، أو كرامتهم الشخصية، أو كرامة بلدهم، (سيادة الدولة)، أو استقرار أمنهم وسكينتهم وصحتهم وكل ما يدخل في صالحهم .

ولكل هذا تشقُّ الإرادة العقدية العامة لها قناة، بواسطة القانون، في كل علاقة عقدية، حماية منها لمصلحتها العقدية العامة، من خلال أساليب متعددة، منها حماية المصالح العليا للكافة عبر القواعد القانونية الآمرة، أو جعل هذه المصالح ضمن مفهومي النظام العام والآداب، والأسلوب الأوسع إنتشاراً، تنظيم العقود بشكل تفصيلي بمجموعة من القواعد المكتملة أو المفسرة أو المقررة لإرادة طرفي العقد، أو النظر الى بعض العلاقات العقدية على أنها، في الوقت نفسه، تشكل علاقات تنظيمية .

الفرع الثاني

ال (قنونة) وتمييزها من القنونة

يستطيع القاريء أو الدارس، أن يفقه معنى كلمة قنونة من خلال البحث الالكتروني على شبكة (الانترنت)، أو عبر محرك البحث العملاق (Google)، وسيرى أن القنونة تعني، من خلال قراءته لمواضيع متعددة حولها، أنها التدخل القانوني في بعض الأوضاع غير القانونية، وغير القانونية بمعنى أنها، إما كانت غير مشروعة، فشرعها القانون، كما في الزواج المثلي وتعاطي المخدرات، حيث يقال قنونة الزواج المثلي أو قنونة تعاطي المخدرات، في قوانين البلاد التي قونت مثل هذه الأوضاع، أو أنها أوضاع وإن كانت مشروعة، لكن القانون لم ينظمها بعد، مثلاً قنونة التظاهرات، وقنونة التوقيع للألكتروني، وغيرها . فالقنونة هي تحول الأوضاع من أوضاع غير قانونية الى قانونية، عبر قيام التشريعات بتنظيمها وإقرارها وحمايتها، لكن ما نقصده ب ال (قنونة)، يتباين مع ذلك، وإن كان قريباً منه في المعنى، فالعقد ليس بالوضع غير القانوني لكي يحتاج الى قنونة، بل هو لا يحتاج اليها أصلاً، إنما هو وضع لا يقدر القانون على نكرانه أبداً، لكن القانون جُعل وسيلة لوضع بند عقدي مفترض فيه يعبر عن الإرادة العقدية العامة، عن طريق فتح قناة في العقد، والقناة التي يفتحها القانون في العقد، لا شك أن أفضل مصطلح للتعبير عنها يتمثل في ال ((قنونة))، إذن فال (قنونة) هي قناة يضعها القانون في العلاقات العقدية عموماً، وفي بعضها على وجه الخصوص، لإعتبارات معينة، تعبيراً عن الإرادة العقدية العامة،

^١ في فكرة العدالة التوزيعية، لاحظ : د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١، القانون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٢١٣.

لتحقيق مصلحة عقدية جماعية تمثل في الأساس في منع كل عقد من أن يحقق لطرفيه مصالح على حساب الإضرار بالجماعة ضرراً لا يقره العاقدان لأنفسهما وهما يبرمان عقدهما المشترك .
وإن كان مصطلح الـ(قنونة) غير دارج في لغتنا العربية، لكنه بالإمكان إدراجه في لغتنا القانونية الخاصة، شأنه شأن إستخدامات كثيرة درج الفقه والقضاء ورجال القانون على إستخدامها في القوانين والأحكام والمؤلفات الحقوقية، دون أن يكون لها أساس في اللغة الفصحى، كما في إستخدام مصطلح (الغير) و (البعض) وما شاكل ذلك، والمهم أن يكون لهذا الاستخدام ضرورة ومعنى خاص على وفق اللغة المهنية الدارجة .

المطلب الثاني

البند العقدي المفترض

البند العقدي المفترض، تضعه الإرادة العقدية العامة، في العقود عموماً، وفي بعضها على وجه الخصوص، لإعتبارات معينة، عبر القانون، من خلال وسائل قانونية متعددة، من أهمها القواعد القانونية الآمرة (أو المكملّة عند عدم وجود ماخالفها)، في مجال العقد، وإعطاء القاضي سلطة في إعادة التوازن الإقتصادي للمتعاقدين.

والبند العقدي المفترض، قد يكون بنداً واحداً، أو بنوداً متعددة، وفي العادة لا يظهر الى الوجود الا عند النزاع، أو عند التمسك به عبر الوسائل التي تعبر عنها الإرادة العقدية العامة، كما في بعض الاجهزة الإدارية أو القضائية أو الإعلامية .

فمثلاً في عقد القرض، يوجد بند عقدي مفترض مفاده أنه لا يجوز الاتفاق على سعر فائدة أكثر من ٧%^(١) .

وفي عقد البيع، يوجد بند عقدي مفترض مفاده أن التعامل على تركة إنسان على قيد الحياة يقع باطلاً^(٢) .

وفي عقد الايجار، قد يوجد بند عقدي مفترض مفاده عدم جواز تأجير دار سكنى لممارسة الدعارة أو للعب القمار .

وقد ينسف البند العقدي المفترض، العقد بأكمله، كما في عقد الرهان والمقامرة^(٣) في غير ما أباحه القانون .

والحقيقة أن الذي يضع هذا البند هي الارادة العقدية العامة عبر وسائل قانونية، نتناولها في الفرعين الآتيين :

^١ لاحظ : المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي .

^٢ لاحظ : الفقرة (٢) من المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي

^٣ لاحظ : المادة (٩٧٥) من القانون المدني العراقي

الفرع الأول

الإرادة العقدية العامة

لا نقصد بالإرادة العقدية العامة، ما يمكن أن يدركه العقل لمفهوم هذا المصطلح لأول وهلة، فلست أقصد منها إرادة الجماعة أو الإرادة العامة لها، إنما المقصود منها الإرادة المشتركة لجميع من قد يتعاقد ويأخذ مكانة أحد المتعاقدين، ذلك أن الإرادة العقدية لأحد المتعاقدين في النوع الواحد من العقود، لا يمكن أن تخرج من قالب ما قد تسعى له كل إرادة من تحقيق لمصلحتها العقدية المبتغى تحقيقها من خلال إبرام العقد وهو ما قد يتوافق مع مضمون نظرية السبب حسب مفهومها التقليدي المكس فهمه لدى الفقهاء فيما بات يعرف بسبب الإلتزام⁽¹⁾، حيث أنه يعد واحداً في النوع الواحد من العقود، فسبب إلتزام البائع هو الحصول على الثمن في كل عقود البيع وبالنسبة لجميع من نزل منزلة البائع، وسبب التزام المقاول هو الحصول على الأجر في كل عقود المقاولة وبالنسبة لجميع من نزل منزلة المقاول، وهكذا، وهو يوازي القول أن المصلحة العقدية المجردة إنما هي ثابتة في النوع الواحد من العقود، وهي مصلحة الجميع ممن دخلوا هذا المجال، وهي المصلحة ذاتها التي تسعى إلى تحقيقها إرادة الجميع ممن نزلوا منزلة المتعاقد في هذا المجال، وبالتالي فهي إرادة عقدية عامة .

ثم أن الإرادة العقدية العامة لا تقف عند حد المفهوم المجرد لما عسى أن تحققه من غرض، أو مصلحة عقدية عامة، إنما يجب أن ننظر إلى المتعاقد نفسه من زاويتين، أحدهما : أنه هو المتعاقد الحقيقي، فهو يمثل إرادته العقدية الخاصة، وثانيهما: أنه غير عن العقد إفتراضاً، فإذا تلاقى مصلحته العقدية في حقيقة أمره، مع مصلحته الجزئية المكونة، بجانب مصالح الآخرين، مصلحة عقدية عامة، إفتراضاً، فتكون المصلحة العقدية المتأتية من إبرام العقد مصلحة جديرة بالإحترام والرعاية، ومثال على ذلك أن المصلحة العقدية للمتعاقد الذي يبرم عقد بيع (مخدرات محظورة) قد تتحقق، لكنها غير متلاقية، أو غير متوافقة، مع مصلحته الجزئية المكونة مع مصالح الآخرين للمصلحة العقدية العامة، بمعنى أنه لو كان غيراً عن العقد، وعلم أن أثر العقد إمتد إلى المجتمع، أو أن أحد أقربائه يتعاطى المخدرات بسبب وجودها عبر عقود إستيرادها من الخارج، لما قبل أن يمضى العقد بهذا الشكل وهذا المضمون، فالعقد لا يعد مشروعاً، لأن الإرادة العقدية العامة لم تقبل به، فلا تتحقق من خلاله مصلحة عقدية عامة .

وكذلك من يتعامل بالعملة النقدية المزورة، أو الدعارة أو القمار، أو أي شيء آخر، لا تتلاقى فيه مصلحة الشخص كونه متعاقداً، ومصلحته الجزئية المكونة للمصلحة العقدية العامة، فيما لو إفترضناه خارج الدائرة العقدية، فإن التعامل بتلك الأشياء هو تعامل لا أساس له في القانون .
إن الأخذ بفكرة الإرادة العقدية العامة، المسؤولة عن وضع البنود العقدية المفترضة، يترتب عليه عدة نتائج :

¹ لاحظ، تفاصيل هذه النظرية : د. محمد علي عبدة، نظرية السبب في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٣٨.

أولاً : الإرادة والمصلحة العقدية هما ركنا العقد دون غيرهما:

موجب فكرة الإرادة العقدية العامة، التي تتقوم بها الإرادة المشتركة للمتعاقدين أو لأحدهما، فإنها تجعل من العقد ينهض بركنين اثنين هما : الإرادة والمصلحة، وكل من الإرادة والمصلحة، تتوزع على نوعين : فمن حيث الإرادة هناك إرادة المتعاقدين، والإرادة العقدية العامة، ومن حيث المصلحة، هناك المصلحة العقدية للمتعاقدين، والرؤية المشتركة، وكذلك المصلحة العقدية العامة، وبهما يستغنى عن الأركان التقليدية للعقد، الرضا، المحل، والسبب، بل أن بهما يستغنى عن ركن الشكلية في العقود الشكلية، وركن التسليم في العقود العينية، فالإرادة العقدية العامة هي التي إستلزمت هذين الركنين في هذين الصنفين من العقود.

ثانياً : إن الإرادة العقدية العامة هي أساس مشروعية العقد :

فعندما يبرم، أي متعاقدين، عقداً بينهما، ولم يحتو عقدهما على ما يخالف الإرادة العقدية العامة، فإن العقد مشروع لذاته، ذلك أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين عندما تكون متوافقة مع الإرادة العقدية العامة، فإن العقد يخرج الى النور ويكون له أساس شرعي وحقوقى .

ثالثاً : تلازم ركن الإرادة العقدية العامة مع ركن المصلحة العقدية العامة:

ان مجرد القول أن العقد لا يخالف الإرادة العقدية العامة، إما يؤدي الى إفتراض وجود مصلحة عقدية عامة، بعكس العلاقة بين الإرادة المشتركة للمتعاقدين ومصالحتهما العقدية، فلا تلازم بين الاثنين، إذ قد تكون الإرادة سليمة والمصلحة غير سليمة، أو بالعكس، وهنا يأتي دور النظرية الحديثة للسبب، (سبب العقد)، في إرساء مشروعية العقد، وهي فكرة لا تخرج عن منطق الفكرة المنادى بها، فباعث الشخص لا يكون مشروعاً ما لم تقره الإرادة العقدية العامة .

رابعاً : القانون، بجميع صورته، هو المعبر عن الإرادة العقدية العامة :

ليس التشريع بمفرده، بما يحتويه من قواعد قانونية أمرة أو مكملة، هو المعبر عن الإرادة العقدية العامة، بل يمكن أن يعبر عن هذه الإرادة بالأعراف ومصادر تطبيق القانون الأخرى الوارد تعدادها في المادة الأولى من القانون المدني، ولعل التشريع هو الوسيلة المثالية للتعبير عن هذه الإرادة، نظراً لكونه بشكل وسيلة واضحة للوصول الى ماهية تلك الإرادة، كما أنه هو الذي أعطى للمصادر الأخرى قوتها في التعبير عن الإرادة العقدية العامة .

خامساً: الإرادة العقدية العامة لا يقتصر دورها على الحظر فحسب :

يجب أن لا يولينا الفهم بشطر الحظر عند الحديث عن الإرادة العقدية العامة، فدورها ليس مقتصرًا على جعل العقد غير مشروع، بل أنها تكمل- في العادة- وتفسر- إرادة المتعاقدين في العقد، وسد الفراغ الموجود في بنوده، ولهذا فإنه لو أبرم عقد بيع بين طرفين، فإنهما لا يقدران على تدوين كل البنود التي يحتاج لها هذا العقد، ما عدا البنود الجوهرية، فتأتي البنود العقدية المفترضة لتسد الفراغ الموجود في العقد، فيدخل في العقد، تلقائياً، جميع المواد المنظمة للعقد بصيغة عامة في النظرية العامة للإلتزام، وجميع المواد المنظمة لعقد البيع الواردة ضمن الكتاب الخاص بالعقود المسماة في القانون المدني .

سادساً : إن ما تضعه الإرادة العقدية العامة من بنود يعد جزءاً لا يتجزأ من المنظومة العقدية : ولهذا قيل : (أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد لما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)^(١)، فالإرادة العقدية العامة هي، بحق، المقصود من عبارة (مستلزمات العقد)، لذا فهي لا تقتصر على مفهوم واحد في القانون، ولا يمكن إرجاعها الى فكرة ما، كفكرة النظم العام او الآداب العامة، بل هي فكرة متسعة لكل ما من شأنه أن يدخل في العقد عرفاً أو عدالة أو قانوناً .

الفرع الثاني

وسائل وضع البند العقدي المفترض

البند العقدي المفترض، وهو البند الموضوع من الإرادة العقدية العامة، تحقيقاً لمصلحة عقدية عامة، عبر القانون تعبّر عن وجهة نظر تلك الإرادة في العقد، وتكّمّل ما فات على المتعاقدين ذكره في العقد، وتفسر الغموض الذي اعترى إرادتهما، وتمنعهما من القيام بأي عمل أو الامتناع عن أي عمل، لا تقره الإرادة العقدية العامة، وهذا ما يكون عبر القواعد القانونية، الأمر والمكملة والمفسرة. ثم أن البند العقدي المفترض قد يعمل على إعادة التوازن المختل بين المتعاقدين، وذلك من خلال إعطاء القاضي سلطة تقديرية في إعادة النظر في العلاقة العقدية بين المتعاقدين، تحقيقاً للعدالة العقدية.

ومما تقدم يمكن القول أن البند العقدي المفترض يمكن أن يعود إفتراضه الى القانون مباشرة، وإما أن يعود إفتراضه اليه بشكل غير مباشر، أي من خلال السلطة التقديرية للقاضي، ولهذا يمكن أن يكون البند العقدي المفترض على نوعين، بنداً قانونياً، وبنداً قضائياً، إضافة الى البنود الاتفاقية، وهذا ما يفسر حقيقة إنقسام أنواع الفسخ الى الفسخ القانوني والفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي، وكل واحد من أنواع الفسخ ناجم عن إخلال المتعاقدين بنوع من أنواع بنود العقد الحقيقية، والمفترضة . ولعل جعل القانون الاصل في الفسخ، فسحاً قضائياً، ناجماً عن الصعوبة الكامنة وراء تفسير البنود الحقيقية والافتراضية، ومدى توافق الإرادة المشتركة للعاقدين والإرادة العقدية العامة، فسندنا في الفسخ مقتصرأً فقط على التقسيم، لا على التلازم بين نوع الفسخ ونوع البند .

والبنود العقدية المفترضة هي جزء لا يتجزأ من العقد، وهذا ما ينبغي إثباته في فقرتين :

المقصد الأول : القواعد القانونية المنظمة للعقد بوصفها بنوداً عقدية مفترضة :

إن عد البنود العقدية المفترضة جزءاً لا يتجزأ من العقد، يثبتته التساؤل عن نوع الالتزامات العقدية التي يسأل المدين عن الإخلال بها، فهل تتحدد بتلك الواردة في بنود العقد فحسب، أم تتعداه ؟ وهل يعد الإخلال بالقواعد القانونية المكملّة والمفسرة لإرادة الأشخاص في العقد إخلالاً بالالتزام عقدي؟ أم هل يعد الإخلال بالقواعد القانونية الأمرّة^٢ التي أستوجب القانون على الأشخاص احترامها

^١ لاحظ : المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي .

^٢ للتعرف على معنى القواعد القانونية الأمرّة والقواعد القانونية المكملّة ؟ لاحظ : د. عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٠، ص ١٣٧ وما بعدها.

في إبرام العقود إخلالا بهذا الالتزام؟ وقبل تحديد الإجابة عن هذه الأسئلة، يبدو من المفيد ان نذكر نص المادة (١٤٥) مدني عراقي إذ جاء فيها: (أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه)، كما ان الفقرة (١) من المادة (٤٦) مدني عراقي نصت على أنه: (اذا انعقد العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلّا- بمقتضى- نص في القانون، أو بالتراضي، أو بالقضاء)^١. ويعني ذلك ان كلا العاقدين يلتزمان بما ورد في العقد من التزامات على عاتق كليهما (العقد شريعة المتعاقدين)، ويجبران على تنفيذها ما لم يقض القانون او الاتفاق او القضاء بخلاف ذلك. وهذا هو الاطار العام للإجابة التالية عن الأمثلة السابقة .

أولاً : طبيعة الإخلال بالقواعد القانونية المكتملة والمفسرة لإرادة الأشخاص في العقد:

قد يظن البعض بأن الإخلال بالالتزامات التي تفرضها نصوص القانون، ان هو إخلال بالتزامات قانونية توجب نهوض المسؤولية غير العقدية، لكن على من يشرع في الاعتقاد بذلك ان يتذكر بأن القواعد القانونية المتضمنة لهذه الالتزامات. انما هي قواعد مكتملة ومفسرة لإرادة الأشخاص في العقد. وفي مقدور هؤلاء استبعادها، فيفترض، اذا لم يفعلوا، أنهم ركبوا اليها، قاصدين الآخذ بها وادماجها في عقدهم، بحيث نجد الالتزامات التي تفرضها، مصدرها الحقيقي في إرادتها الضمنية، فالمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها، انما هي مسؤولية عقدية^٢. فضلا عن ذلك فإن هذه القواعد تُمل، بحق، تعبيرا خالصا عن ما تتضمنه الإرادة العقدية العامة، فإن لم يخالفها طرفي العقد ابتداء، فإنهم قصدوا، بعدم مخالفتهم لها، الآخذ بها وجعلها جزءا لا يتجزأ من منظومة عقدهم المبرم .

ثانياً: طبيعة الإخلال بالقواعد القانونية الآمرة في دائرة التعاقد :

يذكر بعض الفقهاء^٣ أنه: (لم يعد الشارع الحديث. كما كان خلال القرن الماضي. قانعا في حماية مصلحة الجماعة. يمنح الأفراد من ترتيب التزامات معينة في عقودهم. بل عمد -أحيانا- لتحديد مضمون العقد. الى فرض التزامات معينة. لا يجيز لهم الفكك منها بالاتفاق بينهم، ليقيم، بين العاقدين التوازن الذي كثيرا ما تؤدي الظروف الاقتصادية الى اختلاله^٤. ويتضمن التقنين المدني، لهذه الالتزامات أمثلة قليلة، كالتزام المهندس المعماري والمقاول بالضمان العشري للأبنية^٥. الشريك بالمساهمة في الخسارة^٦، انما يكمن أوسع نطاق لها، في علاقات العمل، بالالتزامات العديدة التي فرضت على صاحب العمل)^٧.

^١ كما في تطبيق استحالة التنفيذ لسبب أجنبي. (لاحظ : المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي).

^٢ كما في تطبيق الاقالة . (لاحظ . المادة (١٨١) من القانون المدني العراقي).

^٣ كما في تطبيق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي .
dans le , De responsabilites, Fasc 450-1 Paris. P.63. Wagner, J-CI. Responsibilite Civile, Veaux
p.80. , 1984, Dalloz.dirigeant benevole

^٤ د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٢٤.

^٥ لاحظ : د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، من منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد ، ١٩٨٦، ص ٥.

^٦ لاحظ: أ. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٩، ص ٣٩٧.

^٧ لاحظ : الأستاذ كامل عبد الحسين البلداوي، الشركات التجارية في القانون العراقي، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٩٠، ص ٢٨.

^٨ لاحظ: د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٢، ط ٢، ص ٧٤٥، ٨١٣.

وقد ثار الخلاف في الفقه^١ والقضاء الفرنسيين^٢، حول طبيعة هذه الالتزامات، ونوع المسؤولية التي التي تترتب على الإخلال بها، فذهب بعضهم -تأسيساً على عجز الإرادة الفردية عن استبعادها الى أنها التزامات مصدرها نصوص القانون، ولم يرتضيها العاقدان، بل فرضت عليهما. ومادامت هي التزامات قانونية لا يمكن للأفراد المساس بها، ويتعذر - من ثم- اسنادها الى إرادتهم الضمنية، كتلك التي تفرضها القواعد القانونية المكملة او المفسرة، فينجم عن الإخلال بها مسؤولية غير عقدية .

الا ان الرأي الراجح^٣، يذهب الى وصفها بأنها التزامات عقدية، وتعليل ذلك هو ان المشرع انما كان كان غرضه من فرض هذه الالتزامات على العاقدين، هو تنظيم العقد الذي يرمعان إبرامه، فهما بقبولهما إبرام العقد في دائرة هذا التنظيم، انما وافقا - ضمنا- على شمول عقدهما بهذه الالتزامات الذي يؤدي الإخلال بها الى قيام المسؤولية العقدية. وقد شبه بعض الفقهاء^٤، موقف العاقد ازاء قواعد القانون الآمرة، بموقفه ازاء عقود الازعان، (إذ هو، في الحالتين، بين أن يتعاقد أو يمتنع عن التعاقد، فإذا تعاقد قبل بتعاقد الالتزامات التي يفرضها عليه القانون في نصوصه او المحتكر في ايجابه)؛ وقد يكون هذا التفسير غير مقنع، فضلاً عن ان تأسيس الالتزام الذي يفرضه نص امر على القول بأن : (العقد يتضمن دهماً مبدأ ضمنا باحترام القانون المعبر عن الإرادة العقدية العامة)، او حتى على القبول الجبري، تناقضه الحقيقة حين يفصح العاقدن، صراحة. عن الإرادة في استبعاده، وحين يفرضه عليهما قانون صدر، بعد إبرام العقد، في وقت لم يكن في مقدورهما العلم به، ولكنه يسلم بأن الالتزامات التي تفرضها قواعد القانون الامر تخضع لنظام الالتزامات التي يولدها التراضي. ويترب على الإخلال بها مسؤولية عقدية، لا تأسيساً على قبول ضمني او جبري، و انما استنادا الى قصد المشرع، الذي يفرضه هذه الالتزامات على العاقدين يشترك معهما في تنظيم العقد - عبر الإرادة العقدية العامة التي يمثلها- حماية للطرف الضعيف فيه، ولا يتركهما مستقلان بتحديد اثاره، فيكمل، او يعدل، صيغ الإرادة المشتركة، ولا يستبدل بصيغها تنظيمياً تشريعياً. فالقواعد القانونيه الامرة التي لها صلة بالتعاقد هي قواعد من نوع خاص، اذ لم توجه لجميع الأفراد على السواء. بل قصد بها هؤلاء الذين يتعاقدون، فتكون عدم مشروعية ما قد تتضمنه الالتزامات ليس الا ظاهرياً وذلك من الناحية الشكلية، اما من ناحية الواقع فأنها عقدية، لأن القانون لم يفرضها الا لعقد بذاته، او لعقود بعينها، و اذن فالإخلال بها يعد عقدياً، وان المسؤولية التي لا وجود لها الا اذا كان ثمة عقد بين الطرفين قائماً، إنما هي مسؤولية عقدية^٥. كما أنه في عد الالتزامات التي تتضمنها القواعد القانونية الآمرة، أنها التزامات عقدية، ما

¹ Wagner, op.cit. p.80. Fourgoux, La responsabilite des association de consommateurs en raison du. Prejudice cause par leur action judiciaire, leur information. Gaz Pal. 1984, p.409. Veaux, op. Cit., p68.

² - Cass. 1^{re} civ. 11 mars 1986, n° 84-13.557. Bull. Civ.I, n° 64, p.61, D.1987, son., p.467.

Cass. 2e civ., 25 nov.1987. no 86-16.074, Bull. Civ. II, no242, p.133.

Cass.2e civ., 13 janv 1988, no 84-16.561, Bull. civ .II.,no 11, P.5.

³ Wagner, op.cit p.82. Veaux, op. Cit. p.69. Eourgoux, op.cit., p.410.

^٤ نقلاً عن : د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

^٥ المرجع السابق نفسه .

^٦ لاحظ الأستاذ حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مطبعة مصر- القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٠٣ ولاحظ كذلك حكم محكمة استئناف باريس .

يطابق إرادة المتعاقدين، ويتفق وروح القانون، إذ أن العاقدين اغما يقبلان ضمنا كل الأحكام التي يفرضها القانون للعقد بمجرد تعاقدهما، ولهما الخيار وقت التعاقد في قبول ما تقتضيه أحكام القانون، المعبّرة عن الإرادة العقدية العامة، فيبرمان العقد على أساسها، او ان يرفضها فلا يتعاقدان، لذا فإنه لمن التناقض ان يقرر المشرع التزاما في الدائرة العقدية ثم يخرجها منها في الوقت نفسه¹.

المقصد الثاني : سلطة القاضي والبند العقدي المفترض

لا شك أن القاضي تخوله الإرادة العقدية العامة في بعض المسائل، إما لتكملة إرادة المتعاقدين، أو لإعطائه سلطة تقديرية لتحقيق الغاية التي من أجلها نشأ العقد وفقا لما تقتضيه الإرادة العقدية العامة، وهذا ما سنتناوله في الفقرتين الآتيتين :

أولا : دور القاضي في إظهار الإرادة العقدية العامة :

إن موضوع تدخل القاضي في العلاقة التعاقدية مثار جدل كبير بين منكر لهذا التدخل حماية للحرية الفردية واحتراما لسلطان ارادة المتعاقدين، وبين مؤيد لتدخله على اساس تحقيق نوع من العدل والمساواة بين المتعاقدين ولتحقيق مصالح المجموع، في النهاية.

ان منكري تدخل القاضي في العقد⁽²⁾ يرون ان في تدخله ذلك مساساً بارادة الطرفين التي يجب ان تحترم، فلا بد من ان يترك الاشخاص ينظمون علاقتهم بحرية، وفقا للشروط والاوضاع التي يرونها كفيلة بتحقيق مصالحهم.

وذهب بعض الفقهاء⁽³⁾ الى محاولة التخفيف من الرأي الذي كان لايقبل تدخل القاضي في العقد باية صورة كانت، فجازوا تدخل القاضي في شروط العقد في حالة التفسير، وذلك حينما تكون النصوص التي يحاول تفسيرها غامضة، او يكون هناك نقص في العقد يتدخل لتكتملته.

وفي مقابل ذلك ذهب بض المؤيدين لتدخل القاضي في العلاقة التعاقدية الى اعطائه دوراً كبيراً في ذلك يتعدى احيانا حدود وظيفته⁽⁴⁾ الى حد صنع قاعدة الخصومة، ويبدو ان في هذه مبالغة في الاعتداد بدور القاضي وامكانية تدخله لوضع القواعد القانونية والذي يكون من اختصاص المشرع، وفي هذا خلط بين وظيفة القاضي ووظيفة المشرع.

وبالنسبة للمشرع العراقي فقد اعطى للقاضي امكانية التدخل في العقد لتكمله ارادة المتعاقدين، وهكذا فقد اجاز له ان يتدخل عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية التي يرجئها المتعاقدان ليتفقا

(Ca Paris. 1^{er} ch. B. 29janr 1987, D 1987, J.R., P.52)

¹ لاحظ : الأستاذ. حسين عامر، مرجع سابق، ص ١٠٣.

⁽²⁾ لاحظ: عبدالسلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقود، مجلة المحاماة، السنة ٤١، العدد ٦، ص ٩٩.

⁽³⁾ Droit Civil. Boris Starck 1919، p.568، اشار اليه، د.حسب الرسول الشيخ الغزاري، اثر الظروف الطارئة على

الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، الاسكندرية، ١٩٧٩، ص ٤٧٧.

⁽⁴⁾ لاحظ: عبدالمنعم عبدالعظيم جيزة، دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، جامعة القاهرة، ١٩٨٢، ص ٢٠٥. (اذ يرى ان القاضي ملزم بالفصل فيما يعرض عليه من خصومات، وعدم قبول عذره بنقص التشريع او غموضه، فأصبح لامناص من الاعتراف للقاضي بحقه في صنع قاعدة الخصومة ليتدارك ما يشوب العقد من نقص ويستكمل ما يعتريه من قصور، ويكشف ما يحيط به من ابهام او غموض).

عليها فيما بعد، فيتدخل القاضي وفقاً لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة ليرى حكمه فيما لم يتفق عليه الاطراف^(١).

كذلك الحال اذا ما كان الالتزام الذي يقع على المدين التزاماً بالقيام بعمل معين ولم يرقم به هذا الاخير، فيجوز للدائن بأن يطلب من القاضي الاستئذان بالقيام بهذا الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً^(٢).

ثانياً : سلطة القاضي التقديرية في تحقيق غرض العقد :

لقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية احياناً، فيتدخل في العقد بمقتضى هذه السلطة التقديرية المخولة له، ويكون بذلك قيدياً على ارادة المتعاقدين.

وهكذا فبالنسبة لاجال الدين، فان للقاضي ان يعين ميعاداً مناسباً لحللول الاجل اذا تبين له من الالتزام ان المدين لا يستطيع القيام به الا عند الميسره^(٣).

كذلك فقد تركت للقاضي سلطة تقديرية في تعديل مبلغ التعويض الاتفاقي، وذلك بانقاضه او الزيادة منه. فاذا ما اتفق الطرفان على تحديد مبلغ التعويض مقدماً دون تركه للقاضي، جاز لهذا الاخير ان يتدخل لتعديله اذا ما وجد مبررات لذلك. فله ان ينقص منه اذا كان المبلغ المتفق عليه مبالغاً فيه

^(١) نصت الفقرة (٢) من المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي على انه : ((واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع والاحكام القانونية والعرف والعدالة)).. ويرى الاستاذ السنهوري في هذا المجال ان مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان بل يجاوز ذلك الى تدبير ما اختلفا فيه فهو اذن يساهم في صنع العقد.(لاحظ: د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، دار النشر- للجامعات المصرية، ١٩٥٢، ص٢١٨-٢١٩).

^(٢) نصت المادة (٢٥٠) من القانون المدني العراقي على انه: ((١- في الالتزام بعمل اذا لم يرقم المدين بتنفيذ التزامه، ولم يكن ضرورياً ان ينفذه بنفسه، جاز للدائن ان يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ٢- ويجوز في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة)). لاحظ للتفاصيل: الاستاذ عبدالباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ص٥٣.

^(٣) عالج المشرع العراقي نظرة الميسره في مادتين، اذ نصت المادة (٣٩٧) من القانون المدني العراقي على انه: ((اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة او الميسره، عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحللول الاجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه)) ونصت المادة (٣٩١) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية على انه : ((فاذا لم يكن الدين مؤجلاً او حل اجله، وجب دفعه فوراً، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة، اذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم)). وللتفاصيل لاحظ: د. عبدالناصر توفيق العطار، الاجل في الالتزام، دار التأليف، القاهرة، ١٩٦٥، ص١٤ وما بعدها.

الى حد كبير، بحيث يكون هذا المبلغ اكبر بكثير من مقدار الضرر او حينما ينفذ المدين جزءاً من الالتزام بحيث يكون له ان ينقص من المبلغ المتفق عليه بالقدر الذي نفذ الالتزام فيه^(١). وللقاضي ايضاً ان ينقص من مبلغ التعويض الاتفاقي او لا يقضي به فيما اذا ثبت بأن الدائن وهو يطالب بحقه قد تسبب في اطالة امد النزاع^(٢) بلا مبرر. كما ان للقاضي ان يزيد من مبلغ التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) اذا كان الضرر اكبر من المبلغ المتفق عليه، على شرط ان يكون المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً^(٣)، بل له الا يحكم بهذا التعويض وذلك في حالة ما اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه ضرر^(٤). ويجوز للقاضي ان يتدخل في عقد الوكالة اذا ما كانت بأجر ليخفض هذا الاجر اذا كان مبالغاً فيه، وله ان يزيد منه^(٥).

وحيث يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه، وحتى يقوم بما التزم به، فقد قرر المشرع حكماً كان القضاء قد انشأه، هذا الحكم هو التهديد المالي^(٦). فبواسطة هذه الوسيلة يستطيع القاضي ان يطلب من الدائن ان يحكم بمبلغ معين عن كل تأخير للمدين عن الوفاء مع الزامه بتنفيذ ما التزم به، وقد يدعن المدين تحت هذا التهديد الذي يمكن للقاضي ان يزيد فيه كلما رأى ضرورة لذلك^(٧).

واذا ما تعنت المدين او اصر على عدم التنفيذ جاز للقاضي ان يزيد من مبلغ التهديد^(٨)، ولعل الفائدة من التهديد المالي تظهر في اعطاء سلطة للقاضي في الزيادة مع مبلغ التهديد، وهذا ما يثير مخاوف المدين من ارتفاع المبلغ فيعمد الى التنفيذ.

هذه اذن بعض الامور التي تركت فيها سلطة القاضي في تقديره لها، وبعد ذلك تدخلت من القاضي في العلاقة التعاقدية يحد من ارادة المتعاقدين ودورها في ذلك، والهدف منها تحقيق غرض العقد مثلما تراه الإرادة العقدية العامة .

(١) حيث قضت المادة (٢/١٧٠) في شرطها الثاني من القانون المدني العراقي علماً يأتي: ((ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه)). بل ان احكام هذه المادة تعد من النظام العام، اذ نصت الفقرة الاخيرة منها على انه ((ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة)).

(٢) لاحظ: المادة (٣/١٧٣) من القانون المدني العراقي .

(٣) لاحظ المادة (٣/١٧٠) من القانون المدني العراقي .

(٤) وهذا طبقاً للشطر الاول من الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي اذ جاء فيه ((ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر)).

(٥) لاحظ المادة (٢/٩٤٠) من القانون المدني العراقي .

(٦) نفضل هذه التسمية على اصطلاح الغرامة التهديدية التي تستعملها معظم التشريعات ومنها القانون المدني العراقي، وهذا منعا للالتباس بينها وبين الغرامة التي هي جزء جنائي أي عقوبة، في حين ان التهديد المالي القصد منه اجبار المدين على الوفاء. (للتفاصيل لاحظ: الاستاذ عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص ٦٧ وما بعدها).

(٧) لاحظ: المادة (٢٥٣) من القانون المدني العراقي، ويلاحظ ان المشرع العراقي لم يورد نصاً مماثل في حكمه ما نصت عليه المادة (٢/٢١٣) من القانون المدني المصري التي قضت بما يأتي: ((واذا رأى القاضي ان مقدار الغرامة ليس كافياً لاكماله المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له ان يزيد من الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة)) ومع ذلك نرى انه لا مانع من اخذ القضاء العراقي بهذا الحكم بالرغم من عدم النص عليه في قانوننا المدني لان طبيعة الغرامة تجيزه بما تنطوي عليه من تهديد.

(٨) لاحظ: المادة (٢٥٤) من القانون المدني العراقي، وللتنصيص لاحظ: الاستاذ عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص ٧٣ وما بعدها .

المبحث الثاني

ابعاد (قنونة) العقد

في بعض الاحيان يتدخل المشرع في العلاقات العقدية، ليس تدخلا عاديا عندما تستدعي ضرورة الحفاظ على النظام العام ذلك، بل تدخلا استثنائيا قائما على عدم اقتصار العلاقة بين المتعاقدين على الصبغة العقدية، بل جعل العلاقة تنظيمية^(١)، يعالج القانون كثيرا من جوانبها بقواعد لا يمكن استبعادها من قبل المتعاقدين ابتداء أو إنتهاء، مما يجعل العلاقة بين المتعاقدين في تلك العقود التي يتدخل المشرع فيها على وجه الخصوص، علاقة عقدية وتنظيمية في وقت واحد، وهذا ما يجعل القانون (يقنن) العقد عبر هذا التدخل . ويوجد نوعان من الاعتبارات تدفع المشرع الى التدخل في العلاقة العقدية، منها اعتبارات اجتماعية واخرى اعتبارات اقتصادية، فمن العقود التي يتدخل في احكامها المشرع لاعتبارات اجتماعية، هي عقد الزواج وعقد الايجار، فعقد الزواج يمثل الوحدة التي تركز عليها علاقات الاسرة كما ان عقد الايجار يلبي حاجات الطبقة الوسطى في ايجاد السكن . ومن العقود التي يتدخل في احكامها المشرع لاعتبارات اقتصادية هي عقد الشركة وعقد العمل، فعقد الشركة هو النواة المنشطة لنظام الشركة الذي يدفع الحركة الاقتصادية في الدولة الى النهوض، كما ان عقد العمل بما يمثله من وضوح في اختلال التوازن الاقتصادي بين الطرفين غالبا ما يتدخل المشرع ليحمي الطبقة العاملة التي تمثل احدى اهم وسائل الانتاج . عليه سوف نتناول في هذا المبحث الصبغة التنظيمية لبعض العقود من حيث تدخل المشرع فيها لاعتبارات اجتماعية واقتصادية، وهي صبغة تعبر عن الأبعاد الحقيقية لـ (قنونة) العقد .

المطلب الأول

(قنونة) العقد لإعتبارات اجتماعية

في بعض الأحيان ترى الإرادة العقدية العامة، عبر القانون، أن ثمة عقودا ما يبرمها الأطراف تمسّ الكيان الإجتماعي للجماعة، من حيث وجودها وإستقرارها، فتتدخل لجعل العلاقة ليست فقط علاقة عقدية بين إرادتين، فحسب، بل علاقة تنظيمية، يكون للإرادة العقدية العامة كلمة فصل فيها، ومن أهم هذه العقود : عقد الزواج، وعقد الإيجار .

الفرع الأول

(قنونة) عقد الزواج

الزواج - في اللغة - يعني الاقتران والارتباط، ومنه قوله تعالى : ((إحصروا الذين ظلموا وازواجهم))^(١)، أي وقرنائهم، وقوله تعالى : ((واذا النفوس زوجت))^(٢)، أي قرن كل فرد بقرينه^(٣)

^(١) وأحيانا يسميها القانون بالعلاقة القانونية، كما ورد في نص الفقرة (ثالثا) من المادة الأولى من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ .

^(٢) سورة الصافات / الآية ٢٢

^(٣) سورة التكوير / الآية (٧)

والزواج يقابل او يرادف مصطلح النكاح الذي، يشاع استعماله في الفقه الاسلامي، وهو في اللغة مصدر نكح، ويعني الوطء، وحيانا يطلق على العقد دون الوطء، ونكحت المرأة: تزوجت، ونكح فلان امرأة أي تزوجها، قال تعالى: ((وانكحوا ما طاب لكم من النساء))^(٤)، ونكح المرأة باضعها، وانكح المرأة: زوجها^(٥).

وعقد الزواج، او النكاح، معروف في الفقه الاسلامي بتعريفات عديدة مختلفة في الالفاظ ولكنها قريبة في المعنى، اذ انها تفيد أن الزواج عقد يفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع^(١).

اما قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، فقد عرف في الفقرة (١) من المادة (٣) منه الزواج بأنه ((عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)).

مما يلاحظ على التعريفات السابقة للزواج، ان التعريفات التي وجدناها في متون كتب الفقه الاسلامي تركز على قضاء الوطء الجنسي، مما دعا البعض^(٢) الى توجيه النقد لتعريف الفقهاء لعقد الزواج. والحقيقية ان وظائف الزواج متعددة في الحياة، شرعا وقانونا، ويمكن اجمالها في النقاط الآتية:

١. الزواج نظام يحل التعاشر بين رجل وإمرأة تحل له شرعا .
٢. الزواج يعد المصدر الوحيد لتكوين الاسرة والتي تعد نواة المجتمع .
٣. الزواج يعد الوسيلة الوحيدة لتناسل الجنس البشري وتكاثره، او على الاقل عدم انقراضه .
٤. الزواج اداة مهمة لثبوت الانساب ومعرفة السلالات .
٥. الزواج هو الوسيلة المثالية للقضاء على حالة التوحد، والذي يعد من الامراض النفسية الخطيرة .
٦. الزواج هو الوسيلة الوحيدة للتناقل الصحيح للاعراف والمعارف وعدم انقطاعها .
٧. الزواج وسيلة لتقرير حالة التكافل والتضامن الاجتماعي في مواجهة مصاعب الحياة ومشاقها.
٨. الزواج هو فحوى لوجود المنزل المادي المستقل .
٩. الزواج وسيلة لمنع اختلاط الانساب، فبه يحصن المرء غالبا من الوقوع في الافعال الجنسية غير المشروعة .

^(٣) لاحظ: ابن منظور، لسان العرب، ج ٣، دار صادر، بيروت، ١٩٩٧، ط ١، ص ٢١٢ .

^(٤) النساء / ٣٠

^(٥) لاحظ: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٥٣ .

^(١) لاحظ: تعريفات عقد الزواج في الفقه الاسلامي لدى كل من: د. احمد الكبيسي- الاحوال الشخصية، ج ١، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٢، ط ٢، ص ٣٥ . محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٦٢، ط ١، ص ١٢٧ . تحسين بيرقدار، الانكحة المنهي عنها في الشريعة الاسلامية، دار ابن حجر، دمشق، ٢٠٠٧، ص ١٩ . د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، ٢٠٠٤، ص ٢٧، انور احمد موسى العاني، مختصر احكام الزواج، دار الرسالة للطباعة، بغداد (بدون سنة نشر) ص ٤ .

^(٢) د. رمضان علي السيد الشرنباوي و د. صابر عبد الهادي سالم الشافعي، احكام الاسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٤٧ .

١٠. الزواج هو مصدر السكينة في الانسان، وهو المدرسة التي يتعلم فيها الانسان معنى المودة والرحمة، مصداقا لقوله تعالى : ((ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون))^(١).
وبالنظر الى كل هذه الوظائف التي يؤديها نظام الزواج، لا يمكن - منطقيا - ان يتولى العقد المبرم بين الزوجين تنظيم نظام تقوم به أمة، كما أنه لا يصلح بمفرده ان يكون شرعه لهذا النظام العظيم، مما حدا بالمشرع ان يتدخل في عموم أحكامه تدخلا متصلا بالنظام العام فلا يسمح للمتعاقدين الاتفاق على مخالفة الاحكام الواردة في القانون، ولهذا نرى المشرع يتدخل كثيرا في احكام عقد الزواج، وذلك ضمانا لتحقيق جميع تلك الوظائف التي ذكرناها سابقا^(٢).

الفرع الثاني

(قنونة) عقد الإيجار

في البدء يجب التذكير بان قواعد الإيجار كانت تطبق قديما على كل من إجاره الأشياء وإجارة الأشخاص، الا انه تم الفصل بين النوعين إحتراما لكرامة الإنسان، والتي لا يجوز معها جمع الانسان والشئ في احكام واحدة، مما حدا بالمشرعين الى الفصل بين احكام كلا النظامين، فنظمت قواعد الإيجار حالات الانتفاع بالأشياء، ونظمت قواعد العمل والمقاولة حالات الانتفاع بالأشخاص. كما انه لا توجد فكره عامة تجمع بين النوعين من الاجازة^(٤). فضلا عما سبق، فانه على الرغم من ان الصبغتين الاجتماعية والاقتصادية واضحتي المعالم في كل من عقد الإيجار وعقد العمل، الا ان الصبغة الإبرز في عقد الإيجار هي الصبغة الاجتماعية، اذ بهذا العقد تستعين الطبقة الوسطى والطبقة الفقيرة في إيجار السكن، اما عقد العمل فان الطابع الاقتصادي هو الإبرز، اذ هو الوسيلة لاثمام عملية الانتاج، وذلك من خلال حفاظه على حقوق اصحاب الايدي العاملة.

وعند الإيجار معرف في القانون المدني العراقي في المادة (٧٢١) بانه : ((تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الإنتفاع بالمأجور))، وبغض النظر عن فحوى هذا التعريف ومضمونه^(١) فان المهم لدينا هنا ان هذا العقد يكفل حقوق الطبقتين الوسطى والفقيرة في الحصول على الماوى، فالطابع الاجتماعي البارز يوجب على المشرع التدخل في العلاقة العقدية القائمة بين المؤجر والمستأجر، لاسيما وان المستأجر طرف ضعيف في هذه العلاقة، فهو ذو دخل محدود لا يستطيع ان يكون رهينا لتقلب الاجور والاسعار، فيجب حمايته من قبل المشرع بالشكل الذي

^(١) سورة الروم / الآية (٢١).

^(٢) لاحظ: مجمل هذه الاحكام في مراجع الاحوال الشخصية المشار اليها سابقا

^(٤) لاحظ: د.جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية (عقد ايجار الاشياء في القانون المدني اليمني) دار النهضة العربية بدون سنة نشر)، ص ٤، مؤلفنا: الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، ص ٩١.

^(١) لاحظ: في ذلك: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المعاونة)، دار الثقافة، عمان

لايضر بحقوق المالكين، ولهذا سنّت قوانين عديدة تحكم إيجار العقار حماية لهذا الوضع الاجتماعي العام والهام .

ومن هذه القوانين، قانون تاجر وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستاجر المصري رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧، وإيضاً في العراق ، قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل والذي بموجبه تدخل المشرع في العلاقة العقدية وجعلها علاقة تنظيمية في مسائل متعددة منها :

١. امتداد عقد الإيجار: حيث يمتد هذا العقد بعد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد، ما دام المستاجر شاغلاً للعقار ومستمراً بدفع الاجرة، بموجب المادة (٨) من قانون إيجار العقار.
٢. تحديد الحد الاعلى للاجور السنوية للعقارات المشمولة بأحكام قانون إيجار العقار (م / ٤ إيجار عقار) .

٣. وجوب تحرير عقد الإيجار كتابة وايداع نسخه منه لدى دائرة ضريبة العقار وفي مكتب المعلومات او في مركز الشرطة عند عدم وجود مكتب معلومات بحسب الفقرة (٤) من المادة (٧) إيجار عقار .

٤. حظر الإيجار من الباطن او التنازل عن الإيجار كلا او جزءاً، الا اذا اتفق الطرفان تحريراً على خلاف ذلك (م / ١١) إيجار عقار .

٥. منع المالك الجديد للعقار باية طريقة من طلب تخلية العقار المأجور (م / ١٥ إيجار عقار).
٦. لايجوز للمؤجر ان يطلب تخلية العقار المأجور الخاضع لأحكام قانون إيجار العقار إلا إذا تحقق سبب من الاسباب التي نصت عليها المادة(١٧) من هذا القانون .
وغير ذلك من الاحكام الاخرى^(١)، ونظراً لوجود هذه التدخلات التشريعية في العلاقة العقدية بين المؤجر والمستاجر، فان ثمة جدلاً فقهيها وجد ازاء تحديد صفة حق المستاجر هل هو حق شخصي- ام انه حق عيني^(٢)؟، ونحن نعتقد ان حق المستاجر هو حق شخصي، لكن العلاقة بين المؤجر والمستاجر هي ليست فحسب علاقة عقدية، بل هي ايضا علاقة تنظيمية .

المطلب الثاني

(قنونة) العقد لإعتبارات اقتصادية

أحياناً ترى الإرادة العقدية العامة، عبر القانون، أن ثمة عقوداً ما يبرمها الأطراف تمسّ الكيان الإقتصادي للجماعة، من حيث تطورها وإستقرار العمل فيها، فتتدخل لجعل العلاقة ليست فقط علاقة عقدية بين إرادتين، فحسب، بل علاقة تنظيمية، يكون للإرادة العقدية العامة كلمة فصل فيها، ومن أهم هذه العقود : عقد الشركة، وعقد العمل .

(١) لاحظ : لمزيد من التفصيل : د . جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص ٢٢٩ وما بعدها .

(٢) لاحظ: تفاصيل هذا الخلاف : د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٣، ٢٠٠٠، ج ٦، المجلد الاول، ص ٦٣٠ وما بعدها . د . جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص ٢٧٠، وما بعدها . د . منذر الفضل و د . صاحب الفتلاوي، شرح القانون المدني الاردني، العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٣، ص ٣٠٥ وما بعدها . د . علي هادي العقدي، العقود المسماة (البيع والايجار)، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ٣٢٨، وما بعدها .

الفرع الأول

(قانونة) عقد الشركة

عرف قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل، الشركة في المادة الرابعة / اولاً بانها (عقد يلتزم به شخصان او اكثر بان يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال او من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح او خسارة). وعلى الرغم من ان هذا التعريف قد ركز على الجانب العقدي في الشركة، فانه من المعلوم لدى شراح قانون الشركات، ان الشركة تتسم بصفتين فهي عقد من جهة، وكيان قانوني اعترف له القانون بالشخصية المعنوية، وهذا ما نصت عليه الفقرة (ثالثاً) من المادة (٤) من القانون المذكور، وهي بالصفة الثانية تعد تنظيماً تدخل القانون كثيراً في احكامه، من لحظة التأسيس الى لحظة الانقضاء والتصفية .

ان التدخل التشريعي في العلاقة العقدية بين الشركاء، لامر ضروري استلزمته الاهمية العظمى لوجود الشركات في الحياة المدنية المتحضرة، فالشركات تجمع وتركيز للجهد والمال وبها تنهض العديد من اقتصاديات الدول في العالم، فالنمو الاقتصادي قائم على وجود شركات ناجحة في المجتمع، ثم ان الشركات قائمة على مبدأ التعاون، فكثيراً من الناس من يملك الجهد والقدرة والخبرة في ادارة المشروعات، لكنه لا يملك المال، وبالعكس هناك من يملك المال ولا يملك الخبرة والجهد، فاذا اجتمع الفريقان وتعاونوا، فان الفائدة لن تعم فقط على كليهما بل على الكثير من افراد المجتمع^(٣)، لاسيما وان وجود المشروعات الكبرى في الدول بفضل وجود الشركات سيعمل على تشغيل الايدي العاملة، ويجاد مداخيل لأسر، ما كانت لتوجد لولا قيام الشركات، وبالتالي فان الشركات اداة للقضاء على مشكلة البطالة، ثم انها وسيلة لجذب رؤوس الاموال الاجنبية، عندما يشهد نشاطها نجاحاً ملفتاً للنظر، كما ان الشركات هي الاداة المثالية لاستثمار رؤوس الاموال، وادارة المشاريع الضخمة، والتي يتطلب انجازها ردحاً من الزمن قد يتوقف عمر الانسان الافتراضي، اذ ان الشركة، وبفضل تمتعها بالشخصية المعنوية، قادرة على ادارة المشروعات الضخمة، والوقوف على الصناعات الثقيلة التي يتطلب وقتاً طويلاً، اكثر مما يمكن ان يقوم به الفرد الطبيعي .

فضلاً عن كل ما سبق ذكره، فان زيادة عدد الشركات في المجتمع يزرع الثقة في نفوس المتعاملين على مختلف صفتهم واصنافهم، فيجعلهم يقدمون على مزاولة أنشطة مماثلة، او يجعل البعض منهم ينتمون الى هذا التجمع الاقتصادي، وذلك لكي يرفد عليهم بالارباح، او يقدمون قروضاً للشركة، او يتعاملون في اسهمها في البورصة، ولهذا فان هذا النظام يجب الا يتركه المشرع لارادة اطراف العلاقة العقدية فحسب بل يجب ان يكفل حسن سيره، بما يفرز الثقة في التعامل بين الناس، ولهذا فان القانون يتدخل في تحديد وصف الشركة، ومدى مسؤولية الشركاء فيها، بل وحتى في تحديد عدد اعضاء كل نوع من انواعها، وفي تأسيسها، ومستلزمات التأسيس وضرورة التسجيل، وفي تحديد راسمالها، وتقسيمه، كما نجده يتدخل في الاكتتاب باسهم الشركات، وتسديد راس المال، وزيادته وتخفيضه، والتصرف بالاسهم

(٣) لاحظ: استاذنا المغفور له كامل عبد الحسين البلداوي، مرجع سابق، ص ١٣ . د . باسم محمد صالح و د . عدنان احمد ولي العزاوي. القانون التجاري، الشركات التجارية، دار الكتب ، بغداد، ١٩٨٩، ص ٨ .

والحصص، وانتقال ملكيتها، وتقاسم الأرباح والخسائر، وإصدار سندات القرض، بل ويتدخل أيضاً في كيفية إدارة الشركة، ومن ماذا يتكون هذه الإدارة في مختلف الشركات، وما هي اختصاصاتها، وكيف تجتمع، كما أنه ينظم عملية الرقابة على الشركات، لاسيما الرقابة المالية، إلى أن يصل بالشركة إلى التصفية، فيضع لها أحكاماً، ويبين كيفية دمج الشركات وتحويلها. كل هذا يجعل من الصبغة التنظيمية لعقد الشركة بارزاً جداً، فهذه العلاقة ليست عقدية فحسب، بل هي علاقة تنظيمية كذلك. وفي ذلك يذكر البعض⁽¹⁾ بصدد إبراز الجانب التنظيمي في الشركة وبروزه على الجانب التعاقدية، أنه في الشركات، ولاسيما الكبرى منها، كالشركات المساهمة (... حيث يمكن لأغلبية الشركاء أن تفرض إرادتها على الأقلية وأن تعدل من نصوص نظام الشركة ... وعندئذ ...، تضمحل هذه الصفة التعاقدية، فمن يشترى سهماً في هذا النمط من الشركات، بهدف بيعه بعد فترة وجيزة، يصعب اعتباره شريكاً متعاقداً مع غيره من الشركاء، هذا إضافة إلى أن المشرع أخذ في الواقع المعاصر يتدخل باستمرار، ومن خلال وضع القواعد الآمرة في تنظيم الشركة وكيفية تكوينها، بحيث أصبحت تتم وفقاً لقواعد قانونية لا وفقاً لمشيئة وإرادة المتعاقدين، ومن هنا انكر بعض الفقه على الشركة صبغتها التعاقدية ويرى فيها نظاماً قانونياً أقرب إلى القانون منه كتنصرف تعاقدية (لكن هذا لا يمنع من وجود علاقة عقدية قائمة بين الشركاء، لكن الجانب التنظيمي في الشركة هو الأبرز⁽²⁾ .

الفرع الثاني

(قنونة) عقد العمل

عادة ما تصور علاقة العمل في الرابطة العقدية التي تربط العامل بصاحب العمل، وتتجسد هذه الرابطة في عقد العمل الفردي، كما أن عقد العمل الجماعي مشمول بالاطلاق نفسه، إذ يطلق عليه بعض الكتاب عبارة علاقة العمل الجماعية وهي تمثل الاتفاق بين مجموعة من العمال، أو نقابة العمل، مع مجموعة من أصحاب العمل، أو نقاباتهم.

ونظراً لما يحيط بالعمل من أهمية اجتماعية واقتصادية وأحياناً سياسية، فضلاً عن أهميته القانونية، جعلته يخرج عن النطاق العقدي المرسوم له، بحيث لم يعد يقتصر على كونه عقد، مما أتاح لعلاقة العمل أن تتصف بالقانونية تعبيراً عن الفيصل بين مفهوم العقدية والقانونية المعطاة لعلاقة العمل.

ولا ينكر ما لعقد العمل من تأثير على وجود العلاقة القانونية، كما أنه لا ننكر ما للقانون من قوة في التدخل والتأثير في عقد العمل لكي ينتج آثاره القانونية، فكون علاقة العمل عقدية لا يعني أننا نستطيع أن نستغني عن قانونيتها، كما أن قانونية العلاقة ليست بغنى عن عقديتها، وتطلق العلاقة

(1) د. باسم محمد صالح . ود. عدنان أحمد ولي العزاوي، مرجع سابق، ص ٨ .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه، ص ٩، وإيضاً د. حسين توفيق فيض الله، مستجدات قانون الشركات العراقي، مكتب التفسير للنشر والاعلان، اربيل، ٢٠٠٦، ص ٣٠، وما بعدها .

العقدية على الارتباط القانوني بين الإرادتين والذي ينجم عنه العقد بما يربنه من آثار، في حين أن العلاقة القانونية تطلق على العلاقة المنشأة بموجب القانون دون أن يكون لمصدر آخر دور في النشوء. وسنحاول في هذه الفقرة أن نوضح الفرق بين العلاقتين، من حيث مدى تلازم نشوئها وانقضائها، ثم تباين كل منهما في المضمون والآثار، لنطّلع على عدد من الأحكام التي ستجعلنا نضع الحدود الفاصلة بين علاقة العمل العقدية وعلاقة العمل القانونية.

أولاً) - مدى تلازم نشوء العلاقتين وانقضائهما:

لا شك أن توافق إرادتي العامل وصاحب العمل وارتباطهما يؤدي الى نشوء العلاقة فيما بينهما، قانونية كانت أو عقدية، لكن هذا التلازم في النشوء لا يعني أنه مطلق من ناحية، كما أنه لا يعني أنهما متلازمتين الى النهاية من ناحية ثانية. فالعقد القائم على سلطان الإرادة ليس هو كل شيء في العلاقة التي تحكم طرفي العمل، وإلا كان بالامكان الاكتفاء بما نص عليه القانون المدني في باب العقود المسماة من أحكام خاصة بعقد العمل، الأمر يختلف بالنسبة لعقد العمل، فهو ليس كسائر أكثرية العقود المدنية، فهو يرتبط بسياسة دولة وبأنماط اجتماعية وبرؤية اقتصادية^(١)، فضلاً عن ارتباطه بفلسفة قانونية خاصة، فالعقد - أي عقد - ان تجرد من الارتباط بهذه القيم عدّ عقداً محكوماً بالقواعد التقليدية، فضلاً عن القواعد الخاصة به ان كان من العقود المسماة، لكن ارتباط العقد وتعلقه بقيم تخرج عن مضمون العلاقة العقدية القائمة بين من صدر منه الإيجاب ومن صدر منه القبول، لتتصل بشواخص ودلالات لها أثرها الحي الجلي على خريطة المجتمع وتركيبه وأيدولوجيات الفكر السائدة فيه، مما يجعله عقداً من جهة ونظاماً من جهة أخرى، ولعل أول ما يمثل عليه بعد عقد العمل، عقد الإيجار، الذي تدخلت فيه التشريعات الخاصة بإيجار العقار أو إيجار الأماكن أو المساكن أو قوانين المالكين والمستأجرين، مهما اختلفت التسميات - كما ذكرنا سابقاً - حيث رأينا كيف ابتدعت هذه القوانين فكرة الامتداد القانوني لعقد الإيجار، وبموجبه يستمر المستأجر في اشغال العقار المأجور على الرغم من انتهاء عقد الإيجار، وهذا ما يرهق العقد ويجعله يحمل أكثر مما يحتمل، مما يؤدي الى تحول الرؤية العقدية للعلاقة الى رؤية قانونية، وعقد العمل لا يقل شأناً فيما يختص الموضوع من التدخلات التشريعية من عقد الإيجار، لا سيما أن هذه التدخلات بدأت تضعف في عقد الإيجار نظراً للمشاكل الاجتماعية التي سببها الامتداد القانوني بين المؤجرين (المالكين) والمستأجرين، مما حدا بالتشريعات الى الانتصار للعلاقة العقدية، وفي المقابل زابت تدخلات الشارع الوضعي في علاقة العمل ليس في نشوء العلاقة، بل وحتى في انقضائها . فقانون العمل قد فرض على صاحب العمل أن يشغل بعض أصناف العمال لديه، ومنعه من تشغيل أصناف أخرى إلا بقيود^(٢)، مثال ذلك تشغيل الأجانب

^(١) وفي ذلك نصت المادة الأولى من قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل على أنه : ((يهدف هذا القانون الى توظيف العمل في خدمة عملية بناء الإقتصاد الوطني من أجل الرفاهية وتحسين ظروف الحياة)) .
^(٢) فمثلاً نصت المادة (١٣) من قانون العمل الأردني المعدل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ على أنه: "على صاحب العمل الذي يستخدم خمسين عاملاً أو أكثر وتسمح طبيعة عمله باستخدام العمال المعوقين الذي تم تأهيلهم مهنيّاً بواسطة برامج ورتيبات ومعاهد التأهيل المهني للمعوقين التي اعتمدها الوزارة أو انشائها بالتعاون مع المؤسسات الرسمية أو الخاصة

^(١) إذ أن العلاقة التي سنتشأ بين العامل الأجنبي وصاحب العمل هي علاقة عمل قانونية بعيدة عن المفهوم العقائدي لإنشاء العقود ^(٢)، فصاحب العمل لا يكون حراً في إبرام عقد العمل مع العمال الأجانب إلا بالقيود التي وضعها القانون، ويثار التساؤل عن مدى حقوق العامل غير الوطني الذي عمل لدى صاحب عمل دون أن يستحصل الأخير على ترخيص بالعمل من وزارة العمل كما هو منصوص عليه في قانون العمل. ولعل هذا التساؤل يبرز مدى التباين بين علاقتي العمل العقدية والقانونية، حيث أن استحصال الحقوق يكون على أساس دعوى الاثراء بلا سبب، إذ أن صاحب العمل أثرى على حساب العامل، إذ قام الأخير بتقديم عمله ولم يأخذ مقابل لذلك، لكنني أعتقد أن العقد الذي يبرمه العامل الأجنبي مع صاحب العمل من دون الحصول على التراخيص اللازمة لذلك هو عقد تتوافر فيه كل العناصر العامة للعقد، لكن القانون لم يرد أن يضيفي على هذه العلاقة الصفة القانونية، وبالتالي فالعلاقة تفتقر الى القانونية، لكنها عقدية صرفة، وان اراد البعض أن لا يمنحها صفة عقد العمل، حتى لا يستفيد العامل من الحماية القانونية المقررة للعامل في هذا العقد، فإني أقول أن هذه الحماية القانونية بمشتملاتها المعروفة، إنما أعطيت للعامل المرتبط بعلاقة قانونية مع صاحب العمل، وهذه العلاقة رسمت حدودها قواعد قانون العمل، لكن عقد العمل المبرم مع العامل الاجنبي دون ترخيص، هو عقد عمل لم ترسم له علاقة قانونية، فهو عقد عمل محكوم بالقانون المدني، عليه فان العامل الاجنبي يستطيع أن يطالب بحقوقه على أساس اخلال الطرف الآخر بالعقد ونهوض المسؤولية العقدية، لكن دون أن يستفيد العامل من مجمل نصوص قانون العمل . ومن أوجه عدم التلازم بين علاقتي العمل العقدية والقانونية فيما يتعلق بالانقضاء، ما يلتزم به العامل بعد انقضاء عقد العمل، أو بعبارة أخرى بعد انتهاء العلاقة العقدية بين العامل وصاحب العمل، حيث تستمر العلاقة القانونية في صورة غير مباشرة، إذ تفرض هذه العلاقة على العامل طوال حياته أن يلتزم بالامتناع عن افشاء اسرار صاحب العمل التي يطّلع عليها بحكم عمله ^(٣).

ثانياً :- تباين العلاقتين في المضمون والآثار :-

تتباين كلا من الصفتين العقدية والقانونية لعلاقة العمل، في أن العلاقة العقدية للعمل تصوره عقداً، أما العلاقة القانونية فانها تصور العمل نظاماً، كما أن العلاقة العقدية تصور العمل عقداً تبادلياً، في حين أن العلاقة القانونية تصور العمل نمطاً اجتماعياً، وفي الوقت الذي تصور فيه العلاقة العقدية للعمل نموذجاً عقدياً واحداً، نرى نماذج عقدية متعددة من زاوية العلاقة القانونية . وفيما يأتي نتناول في كل فقرة من الفقرات الآتية النقاط المطروحة أعلاه:-

أن يستخدم من اولئك العمال عدداً لا يقل عن ٢% (اثنين بالمائة) من مجموع عماله وان يرسل الى الوزارة بياناً يحدد فيه الأعمال التي يشغلها المعوقون الذين تم تأهيلهم مهنياً وأجر كل منهم".

^(١) لاحظ: المادة (٢٣) عمل عراقي .

^(٢) كذلك فإن صاحب العمل ملزم بموجب المادة (١٤) من قانون العمل الأردني، بتشغيل العامل المصاب باصابة ينتج عنها عجز دائم جزئي لا يمنعه من أداء عمل غير عمله السابق، في عمل آخر وبالأجر المخصص لذلك .

^(٣) لاحظ الفقرة (أولاً) من المادة (٣٥) عمل عراقي .

١- العلاقة العقدية تصور العمل عقداً، العلاقة القانونية تصور العمل نظاماً:- عندما نتحدث

عن العمل بوصفه عقداً، نتحدث عن علاقة عقدية تربط ما بين العامل وصاحب العمل، محكومة بمبدأ سلطان الارادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، اذ يحكم العلاقة بينهما العقد الذي أبرماه وهما بكامل قواهما العقلية متمتعين بالأهلية القانونية ورضاؤهما غير مشوب بعيب مؤثر، ثم أنهما التزما بما أنشئا من حقوق والتزامات على عاتقهما في عقدهما، وغالباً ما يضع صاحب العمل نموذجاً عقدياً واحداً مطبوعاً مسبقاً بصياغة واحدة، من خلاله يرم عقود عمل متعددة مع كافة العمال، مع اختلاف ملحوظ في حقوق العامل والتزاماته بحسب طبيعة العمل الموكل اليه.

لكن عندما تكون امام علاقة قانونية بين العامل وصاحب العمل، يتحول تسليط الضوء من العقد الى نظام المؤسسة، وأعني مؤسسة صاحب العمل، بما فيها من قواعد نجدها في النظام الداخلي للعمل في المؤسسة، والنظام الداخلي، وان كان يعد جزءاً لا يتجزأ من العلاقة العقدية، لكن ما يحويه من أوامر وقواعد يجب على العامل احترامها تمثل طبيعة النظام الذي نحن بصددده، ناهيك عن ذلك فان العمل لا يكون واحداً مع جميع العمال، ليس من حيث طبيعة دافع العمل واختلاف المركز في المؤسسة، بل باختلاف جنس العامل وحياناً سنه وحياناً وضعه الصحي فعقود العمل التي يهيئها صاحب العمل لن تكون واحدة في حيثيات مختلفة، فعمل الحدث يختلف عن عمل البالغ سواء من حيث عدد ساعات العمل أو نوع العمل، ثم أن عمل الرجال يختلف عن عمل النساء، كما أن عمل الصحيح بدناً يختلف عن عمل ذوي الاحتياجات الخاصة، وكل هذه فروقات ما كان لتحصل لولا تدخل المشرع حتماً .

ومما يؤكد أن العمل بنظرة العلاقة القانونية ليس عقداً فحسب بل نظام له قواعد تحكمه ومبادئ موجهة له، أن القانون قد وضع حقوقاً لأحد أطراف هذه العلاقة ألا وهو العامل، لم يكتسبها العامل بارادته المقرونة بارادة صاحب العمل، أي لم يكن مصدر كسبها للعامل عقد العمل ذاته، بل القانون، هذه الحقوق القانونية التي منحها قانون العمل للعامل لا يجوز النزول عنها مطلقاً بعكس الحقوق التي يمنحها له العقد، وهذا ما أشارت اليه المادة(١١) من قانون العمل العراقي بقولها (يقع باطلاً كل صلح او تنازل او ابراء من الحقوق المقررة للعامل بموجب احكام هذا القانون، خلال فترة قيام علاقة العمل حتى انقضاء ستة اشهر على انتهائها)^(١) ولاحظ العبارة (موجب أحكام هذا القانون)، فالحقوق التي مصدرها القانون اما كسبها للعامل بالقانون ولا يسلبها منه الا القانون نفسه، وهذا ما يعزز دورالعلاقة القانونية.

ثم أن فلسفة قانون العمل في معظم البلدان أخذت تعزز من الرؤية القانونية للعلاقة على حساب الرؤية العقدية لها، بل أن الواقع أخذ يلعب هذا الدور إذ أن ما يطبق على العامل وصاحب العمل في أثناء تنفيذ عقد العمل هوالنظام الداخلي للعمل أو اللائحة المعتمدة في مؤسسة صاحب العمل، وليس عقد العمل بما يحتويه من بنود، وهذا في صالح صاحب العمل شكلاً، لكونه هو المصدر لللائحة، لكن في ذلك صالح للعامل موضوعاً، لأن لائحة العمل لا تستطيع أن تخالف قواعد قانون

^(١) في حين نصت الفقرة (ب) من المادة (٤) عمل أردني على أنه : (يقع باطلا كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده، يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها اياه هذا القانون)

العمل المتصلة بالنظام العام والتي تمثل مضمونها الحد الأدنى لحقوق العامل، حيث نصت المادة (٩) من قانون العمل العراقي على أنه : ((تمثل الحقوق الواردة في هذا القانون، الحد الأدنى لحقوق العامل، وحيثما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل، تطبق على العمال أحكام هذا القانون أو أحكام التنظيم الخاص، أيهما أفضل)).

٢- العلاقة العقدية تصور العمل عقداً تبادلياً، العلاقة القانونية العمل تصور نمطاً اجتماعياً:

عندما يعالج موضوع العمل على كونه عقداً، يتبادر الى الذهن دراسة خصائص هذا العقد، ومن خصائص هذا العقد أنه عقد تبادلي قائم على التزامات متبادلة بين الطرفين، اذ في الوقت الذي يلتزم العامل بأداء العمل لمصلحة صاحب العمل، يلتزم الأخير بتقديم الأجر للعامل، أي أننا أمام مبادلة مالية بين الطرفين، لكن تدخل قانون العمل في مجمل هذه العلاقة، مما جعلها علاقة قانونية، جعل العمل نمطاً اجتماعياً يتعد قليلاً عن مفهوم المبادلة المالية القائمة على أساس (العمل مقابل الأجر)، اذ أن العامل قد يستحق أجره على الرغم من أنه لم يقدم عملاً^(١)، كذلك فان العامل يستحق أجره كاملاً عن اجازته السنوية لمدة عشرون يوماً عن كل سنة عمل^(٢) كما أن العامل يستحق أجراً كاملاً في اجازته المرضية البالغة ثلاثين يوماً خلال سنة العمل الواحدة (م/٧٧-اولا عمل عراقي) ثم أن العامل يستحق أجرة مضاعفة عن أدائه العمل في أيام العطل الرسمية والأعياد الدينية وأيام العطل الاسبوعية (المادة (٦٤) من قانون العمل). كما أن للمرأة العاملة الحق في الحصول على اجازة خاصة بالحمل والولادة بأجر كامل لمدة (٧٢) يوماً(م/٨٤عمل عراقي). في كل هذه الحالات السابقة نرى تغليب العلاقة القانونية للعمل على العلاقة العقدية على اعتبار أن العمل اصبح يشكل نمطاً اجتماعياً بحيث أن الأجر الممنوح للعامل ليس مقابلاً للعمل الفردي من قبله فحسب، بل هو قائم على أساس اجتماعي اخذه القانون بعين الاعتبار في استحقاق العامل لأجره من عدمه، وفي ذلك نصت المادة (٥) من قانون العمل على أنه :((تقوم علاقات العمل على أساس التضامن الإجتماعي بين أطرافها بكل ما يقتضيه ذلك من تعاون متبادل ومشاركة في المسؤولية)).

٣- العلاقة العقدية تصور نموذجاً عقدياً واحداً، والعلاقة القانونية تصور نماذج عقدية متعددة:

عقد العمل هو عقد يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر تحت ادارته لقاء أجر، هذا هو تعريف القانون المدني العراقي لعقد العمل في (٩٠٠) منه، وينطبق هذا التعريف على أية صورة للعمل يقوم بها شخص بتقديم عمل تحت اشراف أو ادارة صاحب العمل مقابل أجر، أي أننا أمام نموذج واحد لعقد العمل، تمثل العلاقة العقدية بين صاحب العمل والعامل، والعلاقة العقدية يفترض فيها أن الأحكام المطبقة عليها ثابتة سواء في قانون العمل أو القانون المدني، لكن عندما يستثنى قانون العمل بعض الفئات من الخضوع لأحكامه، يجعلنا أمام فكرتين، الأولى أن لا نعد صور العقود التي يكون العامل فيها أحد الفئات التي استثنىها قانون العمل من الخضوع لأحكامه، أن لا

(١) ومن الأمثلة على ذلك: استعداد العامل لأداء العمل دون أن يعهد اليه صاحب العمل عملاً معيناً(م/٨٢١ مدني أردني) وكذلك ما ذهب اليه المادة (٥٠) من قانون العمل الاردني وكذلك ما ذهب اليه الفقرة(ب) من المادة (١٣٦) من قانون العمل نفسه فيما يتعلق بإغلاق مؤسسة العمل، حيث يستحق العمال أجورهم كاملة عن أيام الإغلاق .
(٢) المادة (٦٧/اولا عمل عراقي).

نعدّها عقود عمل، بل عقوداً أخرى، أو عقوداً غير مسمّاة، أو أن تنتقل إلى الفكرة الثانية ومفادها أن نعد هذه الصور عقود عمل تخضع لأحكام القانون المدني بقواعده الخاصة بعقد العمل كعقد مسمى وقواعد العامة في نظرية العقد، وأنا أميل إلى الفكرة الثانية وربما هذا ما يدفعنا إلى الاعتقاد أن العلاقة القانونية للعمل التي تبناها قانون العمل، تجعلنا أمام نماذج متعددة لعقد العمل، فهناك عقود عمل تخضع لقانون العمل، وهناك عقود عمل لا تخضع لقانون العمل بسبب أن العامل فيها من الفئات التي استثناهما قانون العمل من الخضوع لأحكامه، وهناك أيضاً عقود عمل لا تخضع لقانون العمل لأنها لم تستوف كل شروطه، كما في عقد العمل مع عامل أجنبي بدون ترخيص، إذا ما طبقنا إحدى نظريتي تحول العقد أو انتقاصه، ثم أن هناك عقود عمل خاصة بالنساء، وعقود عمل أخرى خاصة بالأحداث، إذن فنحن أمام نماذج عقدية متعددة، وهذا ما تصوره فكرة العلاقة القانونية للعمل المنطلقة من فلسفة المشرع في قانون العمل.

وفي الختام ليس غريباً أن تجتمع الصفة العقدية والصفة النظامية لموضوع معين، فالزواج مثلاً تجتمع فيه هاتين الصفتين، وكذلك العمل فهو يمثل علاقة قانونية بين صاحب العمل والعامل، فضلاً عن كونه يمثل علاقة عقدية، وقد لاحظنا اختلاف وتباين هاتين العلاقتين، في المضمون والآثار، بل في النشوء والانقضاء أيضاً، بل أن هناك التزامات تقع على عاتق طرفي العمل، ولا سيما وخاصة صاحب العمل، لا تنسجم مع طبيعة الآثار التي يربتها العقد في العادة، فهي لا يمكن بأي حال من الأحوال عدها التزامات عقدية، بل أن الأمر يجاوز هذا الحد، إذ أن ما يؤكد على أن العمل نظاماً، العقوبات التي وضعها المشرع على صاحب العمل عند مخالفته لأحكام قانون العمل، ولا اعتقد أن الإخلال بأي التزام عقدي سيؤدي إلى معاقبة صاحبه جزائياً، إلا إذا اضيفت صفة القانونية على طبيعة الالتزام، أو تصويره على أنه واجب يتحتم على الشخص تنفيذه والألّا تعوّض للعقوبة المقررة في القانون.

لقد كوّس قانون العمل الصفة النظامية للعمل، فجعله لا يقتصر على وجود علاقة عقدية بين طرفي العقد، بل علاقة قانونية بينهما، مما أدى إلى اختلاف الآثار المترتبة على عد العمل عقداً أو نظاماً، ثم أن عد العمل نظاماً لا يفسخ الصفة العقدية عنه، إذ أن قانون العمل قد اعترف بهذه الصفة، لكن ولما كان من الصعب تحميل هذه الصفة أكثر مما تحتمل، أدرك المشرع أهمية تصوير العمل بصورة العلاقة القانونية وهذا- بالتأكيد- يحقق فائدة كبرى للعامل كطرف ضعيف في العلاقة ينبغي الأخذ بيده، وهذه غاية عدم ترك العامل بارادته الضعيفة أمام ارادة صاحب العمل القوية، ضحية لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

الخاتمة

يعد مصطلح (قنونة) العقد من المصطلحات المبتكرة في نطاق الدراسات القانونية، ولكونه مصطلحا غريبا على اللغة العربية فقد دأبنا على وضعه بين هلالين، وقد وجدنا في استخدامه ضرورة نعبر بها عن ما يأتي :-

- ١- تبيين الدور الذي تلعبه الإرادة العقدية العامة في العقد جنبا الى جنب ارادة طرفيه، وكيف أنها تضع البنود العقدية المفترضة التي تعد جزءا لا يتجزأ من المنظومة العقدية .
- ٢- التأكيد على أن البنود العقدية المفترضة تمثل جميع البنود الضمنية التي تستنبط من القواعد القانونية المكتملة والمفسرة وكذلك الأمر في نطاق العقد، كما تشمل كل ما يعد من مستلزمات العقد.
- ٣- إن سعي المتعاقدين لإبرام العقد متصل بتحقيق مصلحة عقدية لهما أو لأحدهما، مع إرتباط باعتهما بمدار هذه المصلحة، التي لا يمكنها أن تخالف المصلحة العقدية العامة التي تصبو إليها الإرادة العقدية العامة .
- ٤- لا يمكن أن يتم تصوير الإرادة العقدية العامة التي يعبر عنها القانون بكافة صورته، على أنها إرادة الجماعة، إنما هي مفهوم قائم على إفتراض ماتعبر عنه إرادة كل عاقد في مثل العقد الذي أبرمه المتعاقدان، بحيث لا تتضرر مصالحه بشكل مجحف من هذا العقد فيما لو كان أجنبيا تماما عن العقد، وبمجموع هذه المصالح تتحقق المصلحة العقدية العامة .
- ٥- بموجب فكرة الارادة العقدية العامة، التي تتقوم بها الارادة المشتركة للمتعاقدين أو لأحدهما، تجعل من العقد ينهض بركنين اثنين هما : الارادة والمصلحة، وكل من الارادة والمصلحة، تتوزع على نوعين : فمن حيث الارادة هناك إرادة المتعاقدين، والإرادة العقدية العامة، ومن حيث المصلحة، هناك المصلحة العقدية للمتعاقدين، الرؤية المشتركة، وكذلك المصلحة العقدية العامة، وبهما يستغنى عن الأركان التقليدية للعقد، الرضا، المحل، والسبب، بل بهما، أيضا، يستغنى عن ركن الشكلية في العقود الشكلية، وركن التسليم في العقود العينية، فالإرادة العقدية العامة هي التي إستلزمت هذين الركنين في هذين الصنفين من العقود.
- ٦- إن الأخذ بفكرة الإرادة العقدية العامة، وبالتالي بنظيرتنا في (قنونة)العقد، لا يعني تحييزا للفكر الإشتراكي في تفسيره لوظيفة العقد، وما يسفر عن الأخذ بهذا الفكر من تضييق على المتعاقدين وإهدارا للكثير من حقوقهما بداعي المصلحة العامة التي يصورها هذا الفكر على أنها مصلحة المجتمع، في حين أنها تنصب دهما في مصلحة الدولة، وتحديد السلطة الحاكمة، إنمّا بالعكس، أننا بهذه النظرية نعطي قيمة أكبر للإرادة لدرجة أنها تكون مفترضة في أحيان كثيرة، وليس دوما لمراقبة المتعاقدين وتقييد حريتهما التعاقدية، بل، غالبا، لأجل تكميل إرادتهما وتصحيح مسار السير العقدي لهما للتقليل، بقدر الامكان، من حالات بطلان العقد أو فسخه . كما أن فكرتنا في (قنونة) العقد منبثقة من إيماننا المطلق بسمو الحق على القانون، فلا يجوز أن نعطي للقانون دورا أكثر مما قُدّر له فيه، ولعمري أن الأفكار التي سافت الى ظهور فكر النظام العام في فقه القانون المدني هو دس فكري سياسي دخيل على القانون عموما، والقانون الخاص خصوصا، وما فكرة النظام العام إلا تجسيد لوضعية القانون وسيادته على الحقوق، في حين أنه لم يكن يوما إلا وسيلة لإقرارها وتنظيمها وحمايتها ليس إلا .

٧- وليس ما ذكرناه في الفقرة السابقة تأكيد على إعتنا الفكرة الفردي في إقرار نظريتنا في (قنونة) العقد، فهذا الفكر يغالي كثيرا في إعطاء الإرادة العقدية الخاصة، الحرية التامة في إبرام العقد، دون أن يدرك أن لها جانبا مفترضا، كونها، في خارج ماتبرمه من عقود، جزء من إرادة عقدية عامة، تجعل جميع العقود مرتبطة بفكرة عدم تأثير ما اكتسبه الشخص من مصالح من عقد سببا في الإضرار بالآخرين، ولا تجد أحدا مؤهلا للتعاقد لايرضى بهذه الفكرة .

٨- إن (قنونة) العقد تجعل للعقود جميعا شبكة رصينة من الحماية، وترسخ قوة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بالجمع وليس بصيغة المثني، فالكل يتأثر بأي عقد يبرم، قريبا أم بعيدا، وعلى كل فرد أن يرضى لنفسه مايرضاه للآخرين من آثار ترتبها عليه العقود، وهذا ما سيحقق لنا دعامة شاملة لإستقرارالعقود والإطمئنان الى ماتفرزه من آثار .

٩- إن الأخذ بفكرة (قنونة) العقد تحسّس المتعاقدين، أن بطلان العقد أو فسخه، في الحالات التي يقع فيها ذاك البطلان أو ذلك الفسخ رغما عنهما، أنه قد وقع لمصلحتهما، وليس لمصلحة القانون أو الدولة أو السلطة أو (الغير) مهما كان، ذلك أن وجود بند صريح في العقد تخالفه الارادة العقدية العامة، إنما تخالفه أيضا إرادة كلا المتعاقدين فيما لو كان أجنبيين عن هذا العقد، وهذا ما يساهم في تدعيم فكرة المصلحة العقدية التي نراها ركنا مهما في العقد .

١٠- ولهذا يجب على القانون أن لا يشترط في بعض حالات البطلان أو توقف العقد وجود ضرر للمتعاقد المتمسك به، بل عليه أن يفترض تعرض المصلحة العقدية العامة للانتهاك بمجرد وجود فعل مشين في العقد، والمثال الواضح على ذلك، إشتراط أن يكون التغيرير مقرنا بتحقيق غبن فاحش للمغرر به، كي يستطيع المطالبة بوقف العقد، وهذا يناهض فكرتنا في (قنونة) العقد، ذلك أن لا أحد منا يرغب أن يصيبه تغيرير أو غش في التعامل، حتى وإن لم يترتب على ذلك غبن فاحش .

١١- التقليل من حالات بطلان العقد، لطالما لم تكن هنال مصلحة متضررة من إمضاء العقد، كما يجب أن لا ننظر الى كل الشروط بمستوى واحد من الأهمية، فبعضها يمكن للقاضي أن يكمله عند النزاع.

١٢- العمل على تعديل كل القوانين التي تنحاز الى فلسفة التنظيم على حساب فلسفة الحق، ومنها القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية وقانوني التجارة والشركات، وقانون العمل، وقانون الإيجار، ويجب أن نتفهم أن معنى الـ (قنونة) ينصب على مزيد من إحترام حقوق الشخص في العقود، وتمتين الثقة بها، لا على أساس أن النظام شاء ذلك، بل على أساس أن من حق كل فرد أن يدرك أن لإرادته مكانة عظيمة في القانون لدرجة أنها تعد جزءا من إرادة عقدية عامة قادرة عاى تعطيل كل ما من شأنه تعطيل حقوقه الأخرى . والله ولي التوفيق ..

^١ الفقرة (١) من المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي .

المراجع

أولاً : باللغة العربية :

(أ) - الكتب :

- ١- ابن منظور، لسان العرب، ج ٣، دار صادر، بيروت، ١٩٩٧، ط ١.
- ٢- د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية، ج ١، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٢، ط ٢.
- ٣- انور احمد موسى العاني ، مختصر احكام الزواج، دار الرسالة للطباعة، بغداد (بدون سنة نشر).
- ٤- د.أنور سلطان، مصادر الألتزام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥ .
- ٥- د . باسم محمد صالح و د . عدنان احمد ولي العزاوي .القانون التجاري، الشركات التجارية، دار الكتب ، بغداد، ١٩٨٩ .
- ٦- تحسين بيرقدار، الانكحة المنهي عنها في الشريعة الاسلامية، دار ابن حجر، دمشق، ٢٠٠٧ .
- ٧- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٩ .
- ٨- د . جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الايجار، المعاونة)، دار الثقافة، عمان ١٩٩٧، (طبعة منقحة ومزيّدة).
- ٩- د . جميل الشراقوي، شرح العقود المدنية (عقد ايجار الاشياء في القانون المدني اليمني) دار النهضة العربية (بدون سنة نشر) .
- ١٠- د . حسين توفيق فيض الله، مستجدات قانون الشركات العراقي، مكتب التفسير للنشر- والاعلان، اربيل، ٢٠٠٦ .
- ١١- حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦ .
- ١٢- د. رمضان علي السيد الشرنباصي و د . صابر عبد الهادي سالم الشافعي، احكام الاسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧ .
- ١٣- عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١ .
- ١٤- د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، القانون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢ .
- ١٥- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢ .
- ١٦- د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٣، ٢٠٠٠، ج ٦، المجلد الاول .
- ١٧- د. عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٠ .
- ١٨- د. عبد الناصر توفيق العطار، الاجل في الالتزام، دار التأليف، القاهرة، ١٩٦٥ .
- ١٩- د . علي هادي العقيد، العقود المسماة (البيع والايجار)، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥ .
- ٢٠- د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، من منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد ، ١٩٨٦ .

- ٢١- د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، ٢٠٠٤ .
- ٢٢- كامل عبد الحسين البلداوي، الشركات التجارية في القانون العراقي، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٩٠ .
- ٢٣- محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٦٢، ط ١ .
- ٢٤- د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، مكتب الفكر والوعي، السليمانية، ٢٠٠٩ .
- ٢٥- د. محمد سليمان الأحمد، الوضع القانوني لعقود إنتقال اللاعبين المحترفين، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١ .
- ٢٦- د. محمد علي عبدة، نظرية السبب في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤ .
- ٢٧- د. منذر الفضل و د. صاحب الفتلاوي، شرح القانون المدني الاردني، العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٣ .
- ٢٨- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار ثاراس، أربيل، ٢٠٠٦ .
- ٢٩- د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٢، ط ٢ .
- ٣٠- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٨ .
- (ب)- البحوث والرسائل :
- ١- د.حسب الرسول الشيخ الغزاري، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، الاسكندرية، ١٩٧٩ .
- ٢- عبدالسلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقود، مجلة المحاماة، السنة ٤١، العدد ٦ .
- ٣- عبدالمنعم عبدالعظيم جيزة، دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، جامعة القاهرة، ١٩٨٢ .
- (ج)- القوانين :
- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
- ٢- قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ .
- ٣- قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .
- ٤- قانون العمل الأردني المعدل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .
- ثانيا : باللغة الفرنسية :

La responsabilite des association de consommateurs en raison du. -Fourgoux
1984, Gaz Pal. leur information.Prejudice cause par leur action judiciaire
- Fasc 450-1 Paris., J-CI. Responsibilite Civile.Veaux
1984, Dalloz, dans le dirigeant benevole, De responsabilites.- Wagner.

الملخص

تتميّز بعض العلاقات العقدية، ولإعتبارات إجتماعية أو إقتصادية أو قانونية، بسمات تجعلها أقرب الى العلاقات التنظيمية التي يتولى القانون تنظيمها بنفسه، دون إكتراث لما يتفق عليه المتعاقدان تنفيذاً لمبدأ سلطان الإرادة، وتدخل القانون في هذه العلاقة رغم مافيه من محاذير، لكنه تدخل واقع لمصلحة المنظومة العقدية التي يفترض القانون وقوعها في نماذج معينة تحقيقاً لمصلحة هي أولى بالرعاية من المصلحة العقدية لأحد المتعاقدين أو لكليهما في بعض الأحيان، لدرجة أن القانون يمكن أن يتدخل ليفترض وجود العلاقة أو عدم وجودها، حماية منه لمصلحة أحد العاقدين، وبالتالي حماية الثقة في نظام العقد الذي تتحقق به غايات عديدة .

پوخته

هه نديک په يوه ندى گريبه ستي هه يه، به هوى به هه ند وه رگرتنى لايه نى کومه لايه تى، ثابوورى، يان ياسايى، خاصيه تى وا له خوده گريت نزيكى ده کاته وه له په يوه ندييه ريکخاريه کان، که خودى ياسا ريکخستنى بو ده کات بى گويدان به ريکه وتنى لايه نه کان له ژير سايه پرنسيپى خوايشتکارى، وه خوتيوه ردانى ياسا له په يوه ندييه بو بهرزه ونديى گريبه ستييه، که ياسا گريمانه ي بونى ده کات له هه ندى نمونده دا، هه مش له کوتاييدا بو هاتنه دى بهرزه وندييه که، که هه ندى جار به رووتر (له پيشت) به بو پاراستن له بهرزه ونديى لايه نيک يان هه روو لاي گريبه سته که، تا هه راده يه ي خوتيوه ردانى ياسا بو گريمانه ي بوون يان نه بوونى په يوه ندييه که، هه مش بو پاريزگار يکردنى بهرزه ونديى يه کى له پيکها توه کانه ودواتر بو پاريزگار يکردنى متمانه يه له سيسته مى گريبه سته دا که چه ندين تامانجى دوور ديتته دى.

Abstract

and legal , economical. for social. Some of the contractual relations have characteristics that make them closer to the organizational ,considerations without regard to the agreement of ,relationships that the law organizes by himself contracting parties to implement the principle of pacta sunt servanda. And the is actually an ,intervention of law in this relationship despite of the caveats intervention for the benefit of the contractual system which the law presumes they occur in certain models for the benefit that deserves protection more than the to the extent that ,interest of one of the contractors or both of them in some cases or lack .the law could interfere with the supposed existence of the relationship and , in order to protect it for the benefit of one of the contracting parties.thereof thus protecting the trust in the system of the contract which achieves several goals.