IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الأكاديمية العلمية
مجلة كلية الكوت الجامعة للعلوم الإنسانية
ISSN (E): 2707 – 5648 II ISSN (P): 2707 – 563x
www.kutcollegejournal1.alkutcollege.edu.iq
k.u.c.j.hum@alkutcollege.edu.iq
عدد خاص لبحوث المؤتمر العلمي الثالث لكلية القانون - جامعة واسط للمدة من 17 - 18 نيسان 2024

حكم العقد بين النص والمبدأ القانوني

م. سهام حميد مجيد [1]

المستخلص

لقد تدخل المشرع بتنظيم العقود ، للتماشى مع الفكرة التعاقدية التي تقوم على أساس العقد المتوازن بين المتعاقدين، وإن ذلك لا يعني ان الارادة التعاقدية مهملة ، بل إن للإرادة اطارها الموضوعي ، فلا يقتصر اهمية وجودها في مرحلة إبرام العقد ، بل يمتد الى مرحلة ما بعد الانعقاد وصولا الى انتهاءه، حيث تحقق العدالة القانونية، وتحقيق التوازن العقدي، طبقًا لمبدأ سلطان الإرادة، والعقد شريعة المتعاقدين، فبين الارادة التعاقدية وبين التوجه القانوني نحو التقييدات التي فرضها المشرع في حياة العقود، يدل على أن الإرادة التعاقدية ليست مطلقة بل هي ارادة موضوعية ؛ وذلك طبقًا لمقتضيات الحاجة الاجتماعية في إعطاء المشرع الدور المهم والبارز في التدخل و الإشراف على التعاقد ،لكي يتحقق الهدف الأساس ،الا وهو تحقيق العدل بالموازنة بين المصالح المختلفة للأفراد.

الكلمات المفتاحية: حكم، العقد، حرية الإرادة، قيود، المشرع

انتساب الباحث
[1] قسم شؤون الاقسام الداخلية ، جامعة واسط، العراق ، واسط، 52001

[1] Sehamalabody621@gmail.com

[1] **المؤلف المراسل**

معلومات البحث
تأريخ النشر: كانون الثاني 2025

The Rule of the Contract between the Text and the Unilateral Will

SIHAM HAMEED MAJEED [1]

Abstract

The legislator has intervened to regulate contracts, to be consistent with the contractual idea, which is based on a balanced contract between the contracting parties. This does not mean that the contractual will is neglected, but rather the will has its objective framework, so the importance of its presence is not limited to the stage of concluding the contract, but rather extends to the stage after the conclusion. Until its end, where legal justice is achieved and contractual balance is achieved, in accordance with the principle of the authority of the will, and the contract is the law of the contracting parties Between the contractual will and the legal orientation towards the restrictions imposed by the legislator in the life of contracts, it indicates that the contractual will is not absolute, but rather an objective will. This is in accordance with the requirements of the social need to give the legislator an important and prominent role in intervening and supervising contracting, in order to achieve the basic goal, which is achieving justice by balancing the different interests of individuals.

Keywords: Rule, Contract, Freedom of Will, Restrictions, Legislator

Affiliation of Author
[1] Department of Internal Affairs, Waist University, Iraq, waist, 52001

[1] Sehamalabody621@gmail.com

[1] **Corresponding Author**

Paper Info.
Published: Jan. 2025

المقدمة

لـم تنـل أي من المبـادئ القـانونية القائمة الشيوع والشهرة ، أكثـر ممـا قد نالـه مبـدأ (العقـد شريعة المتعاقدين)، حيث فقد كانت لـه اهمية خاصـة عند أنصـار مبدأ سلطان الإرادة، ولا زال هذا المبدأ يحتل مكانة مرموقة في المؤلفات القانونية المدنية، إلا أنـه قد يفقد هذا المبدأ بمفهومـه التقليدي كثيرًا من أهميته؛ وذلك بسبب تدخل المشرع في كثيرًا من المجالات في تحديد مضمون العقد، مراعاةً منه للتوازن الذي كثيراً ما تؤدي الظروف الاقتصادية إلى اختلاله، وبذلك نتفق مع جانب من الفقه بأن "العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد، فمن الظلم القول بأنه شريعتهم"، وإزاء تحقيق الهدف المتوخى وهو العدل والتكافؤ بين المتعاقدين، أخذت النصوص الآمرة تحل مكان النصوص المفسرة والمكملة، حتى بدأ المشرع وكأنه يشترك مع الطرفين في تنظيم العقد بما يفرضه من التزامات على المتعاقدين، ومع ذلك وحتى في الأحوال التي لا تكون الإرادة منشئة لكافة الآثار القانونية للعقد، فإن الحرية العقدية لا تختفي، لأنها ما زالت موجودة في اتجاه الإرادة إلى خلق حالة قانونية جديدة، وهي إبراز العقد إلى

الوجود ومن ثم تدخل المشرع في تنظيم هذا العقد، فكيف يمكن ان تلعب الارادة دورا في تحديد مضمون العقد و كيف يكون تدخل المشرع مقيدًا لحرية الاطراف من حيث مضمون العقد، علما ان تأثير او تدخل المشرع قد يأخذ صورتين بارزتين : تدخل مباشر وصريح عندما يصدر نصوصاً آمرة يحتم على المتعاقدين مراعاتها، او تدخل غير مباشر، عندما يخوّل المشرع القاضي صلاحية التدخل في العقد بالتعديل، أو بإلغاء بعض الشروط والالتزامات أو إعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين ، ان الاجابة على هذا السؤال تقتضي تقسيم هذه الدراسة إلى المبحثين الآتيين: أولًا دور الإرادة في تحديد مضمون العقد و ثانيًا تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد.

المبحث الأول

دور الإرادة في تحديد مضمون العقد

القاعدة العامة أن للأطراف حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة وتنظمها ، لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد في المطلب الأول منه، ثم نتطرق إلى الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية باعتباره من أهم الاتفاقات التي يجوز للمتعاقدين القيام بها في المطلب الثاني.

اولاً: بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد

إن للمتعاقدين عند إبرام العقد أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك في إطار القانون ، لأن الأصل هو التزام الشخص بإرادته وإن اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إلى إنشاء التزامات تفرض عليه فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود لأن تقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء [1]، كما أن تدخّل المشرع في أغلب الأحيان يكون بقواعد مكملة لإرادة الطرفين، لا تطبق إذا اتفقا الطرفان على مخالفتها، ومن أبرز الاتفاقات التي أجازها المشرع للطرفين هي

أ: الاتفاق على فسخ العقد

طبقا للمادة 178 ق.م.ع ، يمكن للمتعاقدين وضع شرط فاسخ صريح عند إبرام العقد ، ويلاحظ أن اتفاق الطرفين على هذا الشرط يجب أن يكون قاطع الدلالة واضحا كل الوضوح في أن المقصود منه استبعاد تدخّل القضاء، وتنحية سلطته في هذا الشأن.

واتفاق المتعاقدين على الفسخ قد تتفاوت درجاته من حيث أثره على القاعدة العامة في إيقاع الفسخ بحكم القضاء، فقد يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته وقد يكون الاتفاق في صورة " اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه "ومثل هذا الشرط يفسر على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يملك إمهال المدين ، فلابد من القضاء بالفسخ طالما قد طلبه الدائن ، وقد يتدرج هذا الاتفاق من حيث قوته ، ويأتي في عبارة أشد وهو اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم ، وقد يصل هذا الاتفاق إلى أقصى درجاته وذلك باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم أو إعذار، وإذا اقتضى الأمر رفع الدعوى عند المنازعة في الشر ط فإن الحكم الصادر بالفسخ يعد مقررا لا منشئا له ،حيث نصت المادة (178) على "يجوز الإتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الإتفاق لا يعفى من الإعذار إلّا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته".[2]

ب: الاتفاقات التي يجوز للأطراف القيام بها عند إنشاء عقودهم

كما أورد المشرع العراقي في القانون المدني ، عدة حالات أخرى فيما يخص الاتفاقات التي يجوز للأطراف القيام بها عند إنشاء عقودهم ، فيمكن لهم طبقا لنص المادة (170) "يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد وفي اي اتفاق"، فلهم الاتفاق عند إبرام العقد، على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه ،و يسمى هذا الاتفاق(بالشرط الجزائي)، مع أن الأصل في تقدير هذا التعويض يكون من اختصاص القاضي وبعد إبرام العقد ، كما سمح المشرع العراقي في عقد البيع للبائع، إذا ما كان البيع مؤجلا أن يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري حتى تنتقل الملكية إليه ولو تم تسليم الشيء المبيع ،و يلاحظ أيضا عند الرجوع إلى القواعد العامة ،أن المشرع قد ترك للمؤجر والمستأجر الحرية الكاملة في تعيين تاريخ بدء عقد الإيجار ، حيث نصت المادة 739 مدني عراقي على: "تبدأ مدة الاجارة، من الوقت الذي سمى في العقد، وان لم يسم فمن تاريخ العقد"، كما يمكن أيضا للمتعاقدين في عقد البيع الاتفاق على الزيادة في ضمان نزع اليد أو الإنقاص منه أو إسقاطه ، ويجوز لهما التخلي عن الضمان القانوني إذا كان الضمان التعاقدي يشكل أكثر نفعا وجديّة من الضمان القانوني .[3]

ثانيًا: الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية التعاقدية

إن الأصل هو حرية المتعاقدان في التعديل من قواعد المسؤولية العقدية؛ لأن العقد ما هو إلّا وليد الإرادة ،وهو ما سنتعرض له في فرعين ، في الفرع الأول الاتفاق على تشديد المسؤولية ، وفي الفرع الثاني الاتفاق على تخفيف المسؤولية وسنتعرض له بفرعين نتناول في الفرع الأول الاتفاق على التشديد من المسؤولية ، وفي الفرع الثاني منه الاتفاق على تخفيف المسؤولية

أ: الإتفاق على تشديد المسؤولية

ويقصد به ذلك الاتفاق الذى ترفع بموجبه مسئولية المدين عن الخطأ العقدى وعدم مطالبته بالتعويض الذى تقضى به القواعد العامة، إذ يعتبر المدين غير مسئول على الرغم من أنه حسب القواعد العامة مسؤول لولا وجود هذا الشرط والشرط الذي يعفى من المسئولية العقدية يكون على ثلاثة أنواع - : الإعفاء من المسئولية عن الفعل الشخصى - .الإعفاء من المسئولية العقدية عن فعل الغير: ولقيام المسئولية العقدية عن فعل الغير لا بد من وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين،فلو كان العقد باطلاً لا تقوم المسئولية العقدية إلا إذا توافرت اركانها.

اما الإعفاء من المسئولية العقدية عن فعل الأشياء وأساس هذه المسئولية ليس الفعل الشخصى للمدين بل فعل الشيء، ومنها ما يضمن المؤجر للمستأجر العيوب فى العين المؤجرة، والتي تحول دون انتفاعه بها أو تنتقص من الانتفاع نقصًا فاحشًا، فيسأل المؤجر عن الأضرار التى تلحق بالمستأجر من فعل العين المستأجرة، كانهيار سقف البناء لوجود عيب فيه، مما أدى إلى إتلاف منقولات ، أو حدوث ضرر للراكب ناجم عن اصطدام الحافلة ا أحدثه المستأجر ضررًا للراكب، وحتى تقوم المسئولية لا بد من توفر شروطها بأن يكون الشيء تحت تصرف الشخص وسيطرته الفعلية ووقوع الضرر بفعل الأشياء والتقصير والإهمال فى واجب العناية بالشى.[4]

فمن الممكن ان يتفق الأطراف على تشديد المسؤولية المذكورة اعلاه، اتفاقا يجعل المدين مسؤولا حتى عن السبب الأجنبي(حسب المادة 259/ف1)مدني عراقي .

ب: الإتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية

وقد يتفق المتعاقدان على التخفيف من مسؤوليتهم العقدية، إلّا ما ينشأ عن غشهم أو عن خطأ هم الجسيم ، وضمن هذا المجال توجد عدة اتفاقات تتعلق بالمسؤولية العقدية مثل التأمين على المسؤولية [5]، وهذا لا يدخل في نطاق الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية ، وإنما مجاله عقد التأمين ، كما أن هناك اتفاقات أخرى تتم بعد وقوع الضرر ويراد بها تحديد النتائج التي تترتب على الضرر مثل تحديد مقدار التعويض أو التنازل عنه، ، إلاّ ان ما يهمنا ،هي الاتفاقات التي تجري وتعتبر من قبيل عقود الصلح بين طرفي العقد قبل وقوع الضرر، وهي غالبا ما ترد في العقد عند إنشائه بهدف التشديد أو التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية.[6]

بالرجوع إلى المادة 211 من القانون المدني ،التي تنص على "اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك"، وعليه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المدين مسؤولا في مواجهة الدائن حتى ولو كان السبب في عدم تنفيذ الالتزام العقدي يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي.

ولا شك أن مثل هذا التشديد صحيح وجائز ، ويمكن اعتباره نوعا من التأمين ضد خطر القوة القاهرة والحادث الفجائي ، ويكون عادة بالزيادة في المقابل الذي يتقاضاه المدين من العقد .

كما أنّ الأصل هو أن يكون القدر الواجب من العناية هو ما يبذله الشخص العادي إذا ما و جد في الظروف التي و جد فيها المدين ، ولكن يجوز الاتفاق على التزام المدين ببذل قدر من العناية يجاوز ما فرضه القانون أو تحويل الالتزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة

كما أنه من الملاحظ في المسؤولية العقدية أن التعويض لا يكون في الأصل إلا عن الضرر المباشر والمتوقع، أي الضرر الذي يدخل في قصد المتعاقدين، باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم طبقا للمادة02/182 ق.م.ع ، ولكن يمكن للأطراف الاتفاق على زيادة التزام المدين ، وذلك بتعويض الدائن عن كافة الأضرار الناتجة عن الإخلال بالالتزام التعاقدي بما فيها الضرر غير المباشر والضرر غير المتوقع.

فيمكن اتفاق الأطراف على تشديد المسؤولية العقدية ، و يمكن لهم أيضا الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم

تنفيذ التزامه أو التخفيف منها طبقا للفقرة الثانية من المادة 178من ق.م.ع ، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم.

المبحث الثاني

تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد

يأخذ تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد صورتين بارزتين وهما : تدخل مباشر وصريح عندما يصدر نصوصاً آمرة يحتم على المتعاقدين مراعاتها، او تدخل غير مباشر، عندما يخول المشرع القاضي صلاحية التدخل في العقد بالتعديل، أو بإلغاء بعض الشروط والالتزامات أو إعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين، وسنتناول هذا المبحث بمطلبين في المطلب لأول نتعرض الى تدخل المشرع المباشر في تحديد مضمون العقد ، وفي المطلب الثاني تدخل المشرع غيرالمباشر في تحديد مضمون العقد

اولًا: تدخل المشرع المباشر في تحديد مضمون العقد

سنتناول في هذه المطلب، القيود التي يفرضها المشرع مباشرةً، أي بمعنى القيود التي يوردها المشرع بنص قانوني آمر ومن ثم يتوجب على المتعاقدين التقيد بها في تحديد مضمون العقد، ونشير في هذا المجال بأن هذه التقييدات على حرية الإرادة ، قد ترد إما على تنظيم كلي للعقد من حيث المضمون برمته، أو قد ترد على جزئية من جزئيات العقد مثل تحديد مدة العقد.

أ: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

عندما يرى القاضي انه اذا قرر أن الحكم بموضوع النزاع غير ذا فائدة، الا اذا قام بإزالة التعسف من العقد بإعفاء الطرف المذعن من بعض شروطه، وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد أي خلل في التوازن العقدي ،

ويتمثل هذا التعسف في وجود هذا الشرط في العقد، ولكي يقوم بإعادة التوازن العقدي فلا يمكنه ذلك الا في إزالة الشرط للمحافظة على العقد فيعفى الطرف المذعن ، وهذه الوسيلة تعتبر أشد جرأة من وسيلة التعديل بالغة الخطورة في يد القضاء من تنفيذه يشكل مساسا وانتهاكا كبريين لمبدأ سلطان الإرادة المبني على احترام بل وتقديس حرية الأفراد في تحديد مضمون العقد المبرم فيما بينهم

ففي هذه الحالة يعد المتعاقد وكأنه مقيد تقييداً كاملاً في تفاصيل العقد، ومثال ذلك تنظيم المشرع لعقد العمل بكامله، نتيجة لما كانت تعانيه الطبقة العاملة من ظلم اجتماعي واقتصادي، حيث أن معظم المسائل الجوهرية في عقد العمل هي محل تنظيم تشريعي، كالأجور وساعات العمل وشروط السلامة والشروط الصحية ، والعطل والإجازات والضمان الاجتماعي، فأصبح تنفيذ عقد العمل مجرد إقرار للنصوص القانونية أو الاتفاقيات الجماعية وحتى فسخ العقد أصبح محل تنظيم تشريعي ، حيث ان المشرع كان قد قيد حرية المتعاقدين في عقود الإذعان لحماية الطرف المذعن وتدخل لرفع الأرهاق عن المدين ، اضف الى انه خول القاضي عند تفسير العقد لمصلحة المدين، فقد نصت المادة 66 من القانون المدني العراقي على (يفسر الشك لمصلحة المدين)، تقابلها الفقرة الثالثة من المادة (167) من القانون ذاته على " ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً" ، ففي كل هذه الأحوال نجد أن التنظيم القانوني أخذ يضيق الخناق على حرية التعاقد، ولم يبق للفرد من حرية إلا في قدر ضيق ينحصر في قبول إبرام العقد أو الامتناع عن إبرامه .[7]

ب:عندما يقيد القانون كلا المتعاقدين أو أحدهما في احد جزئيات التعاقد

فهي ان يقيد القانون كلا المتعاقدان أو أحدهما في جزئية معينة من جزئيات التعاقد، مثال ذلك، القيد الذي يرد على حرية المتعاقد في إنهاء عقده، فالعقد الذي انعقد بالتراضي يمكن كذلك أن ينتهي بالتراضي، على أنه ليس للمتعاقدين أن يحددا مدة تزيد عما يجيزه القانون، ، تعين على القاضي إنقاص المدة إلى الحد الجائز وهذا ما يفهم من نص المادة (١٣٩) مدني عراقي" إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا إلا إذا تبين إن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا ".[8]

ولهذا الأمر عدة تطبيقات نذكر منها، قد جاءت المادة (٧٢٤) من القانون المدني العراقي بتطبيق لهذه القاعدة إذ "ليس لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إجارة تزيد مدتها على ثلاث سنوات. فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول من ذلك، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بغيره".

ومنها ان المشرع اعطى الحق للمستأجر بالبقاء في المأجور بعد انتهاء المدة المحددة لعقد الإيجار رغم إرادة المؤجر، ولم تجيز للأخير طلب التخلية إلا لأسباب محددة في القانون على سبيل الحصر، وهو ما يسمى بالامتداد القانوني لعقد الإيجار، وهذا ما نص عليه قانون إيجار العقار المرقم (٨٧) لسنة (١٩٧٩ م) المعدل في المادة الثالثة منه، التي قضت بأنه "١ - يمتد عقد

الإيجار بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلاً للعقار، ومستمراً بدفع الأجرة طبقاً لأحكام القانون مع مراعاة أحكام الفقرة (١٤) من المادة السابعة عشر منه" .[9]

ومع ذلك، وعلى الرغم من نص المشرع العراقي على الامتداد القانوني، فإنه قد أورد قيداً في ثنايا الفقرة (١٤) من المادة السابعة عشر، والتي عدلت بموجب القانون المرقم (٥٦) لسنة (٢٠٠٠ م) ، ومن ثم أصبح نص المادة السابعة عشر مع فقرتها (١٤) على الشكل الآتي "لا يجوز للمؤجر أن يطلب تخلية العقار الخاضع لأحكام القانون إلا لأحد الأسباب الآتية ١٤ - إذا مضت على عقد الإيجار مدة (١٢) اثني عشر سنة" . [10]

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

والقيد الذي يرد على حرية المتعاقد في إنهاء عقده، فالعقد الذي انعقد بالتراضي يمكن كذلك أن ينتهي بالتراضي، على أنه ليس للمتعاقدين أن يحددا مدة تزيد عما يجيزه القانون، فإن فعلا، تعين إنقاص المدة إلى الحد الجائز[11]، وقد جاءت المادة (٧٢٤) من القانون المدني العراقي بتطبيق لهذه القاعدة إذ "ليس لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إجارة تزيد مدتها على ثلاث سنوات. فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول من ذلك، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات. ما لم يوجد نص يقضي بغيره"، فالامتداد القانوني للإيجار يجعل من المتعاقدان، بعد أن كانا في مركز اتفاقي، يصبحان في مركز قانوني، وذلك أن إرادة المشرع قد حلت محل إرادتهما، فقد لا يرغب المؤجر ي الاستمرار بالعقد ولكنه في ظل الامتداد القانوني يصبح مجبراً ومكرهاً على ذلك، فالمستأجر في هذه الحالة يستمد حقه لا من عقد الإيجار الذي انتهى بل من القانون، حيث ينشئ الأخير علاقة قانونية جديدة بين الطرفين، فمصدر هذه العلاقة هو القانون لا عقد الإيجار، كما أن هذه العلاقة القانونية أو الامتداد القانوني سيسري بحق من يستحق الإقامة في المأجور بعد وفاة المستأجر وطبقاً للمدد التي حددها المشرع.[12]

يسند جانب من الفقه هذا الحل إلى نظرية التعسف في استعمال الحق بمقولة أن المؤجر يعتبر متعسفاً في استعمال حقه في إنهاء عقد الإيجار لأنه استعمال يخالف الصالح العام. لذلك يمكن القول بأن الأخذ المطلق بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في مجال عقد الإيجار يؤدي إلى عدم توازن كفة المتعاقدين في إدراج شروطهم في تحديد المدة، إذ سيكون المؤجر في موقف اقتصادي قوي يختلف عن المستأجر، ومن ثم يستطيع تحديد المدة كيفما يشاء. كما أن الأخذ المطلق بالامتداد القانوني في عقد الإيجار سيجعل العقد لا نهاية له ومن ثم سيكون المتضرر الوحيد من ذلك الامتداد هو المؤجر ، خاصة في العراق الذي شهد اختلالاً اقتصادياً كبيراً في الآونة الأخيرة، ومن ثم فإن التوازن الاقتصادي مطلوب هنا، فكان المشرع العراقي موفقاً.[13]

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

ثانيًا: تدخل المشرع غير المباشر في تحديد مضمون العقد

ويكون هذا التدخل عندما يخول المشرع القاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد، فالقاضي يستطيع أن يغير ويحدّ من أثر الإرادة الفعلية للأفراد، فتارة نراه يوسع من مضمون العقد، ليضيف إليه التزاماً لم يفكر فيه الطرفان، وتارة ينقص مما اتفق عليه العاقدان، هذه هي بصورة عامة الصورة التي انتهى إليها مبدأ سلطان الإرادة .[14]

أ: حالة تدخل القاضي في توسيع مضمون العقد

وهو ما نلحظه فيما يخص الشرووط التعسفية ، وقد عرف جانب من الفقه الشرط التعسفي بأنّه "ذلك الشرط الذي يضعه المتعاقد في العقد حتى يخدم مصلحته مستغلًا في ذلك ضعف المتعاقد الآخر نتيجة جهله أو عدم خبرته ، مما يؤدي إلى عدم توازن بين حقوق و التزامات طرفي العقد ، ويرجع هذا الاختلال إلى عدم التكافؤ في المقدرة العقدية بينهما"[15]

أما بشأن التشريعات فنرى بأن المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك رقم (1) لسنة 2010 ، لم ينص على مفهوم الشروط التعسفية أو أنواعها ولم يبين حكمها تاركاً ذلك للقواعد العامة الواردة في القانون المدني التي تعالج الشروط التعسفية في عقود الاذعان ، بينما جاء قانون حماية حق المستهلك رقم 67 لسنة

2006 في مصر بنص واضح يمكن عده مواجهة تشريعية مباشرة للشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك إذ جاء في المادة (10) منه " يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك ، اذا كان من شأن هذا الشرط اعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون ".

بأن الشرط التعسفي يتحقق عندما يكون اختلال بين الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد ، لذا تدخل المشرع وفقاً للقواعد العامة بتعديل الحقوق والالتزامات حتى يعاد التوازن العقدي . أما في عقد الاستهلاك فأن وصف التعسف يعتمد على وجود تحقق منفعة مبالغ فيها للمحترف، وهذا ما جعل المشرع يقضي ببطلان الشرط التعسفي سواء في التشريع الخاص بحماية المستهلك في لبنان او في مصر او في فرنسا ، أما قانون حماية حق المستهلك في العراق فلم ينص صراحة على ذلك وانما اكتفى ببيان مسؤولية المجهز عن الإخلال بواجباته وبيان واجبات المعلن ، ولكن يستشف حكم بطلان هذه الشروط على وفق القواعد العامة المتعلقة بأسباب البطلان.

وعلى هذا ، وحتى يحكم ببطلان الشرط التعسفي يجب على القاضي أن يتحقق من وجود منفعة مبالغ فيها يوفرها الشرط للمحترف ، أي إن وجود البند التعسفي يعطي للمحترف وصفاً لايتحقق له بالمقارنة مع وضعه عند عدم ادراج هذا البند ، فكثير من القرارات القضائية الصادرة استناداً الى قانون الاستهلاك الفرنسي قد قضت بأبطال الشروط التعسفية حماية للطرف الضعيف كما هو الحال في إبطال البنود الواردة في عقود بين نفطيين وضخاخين التي تنص على رد البراميل المعارة للضخاخ عيناً .[16]

ومعيار تعسف الفريق الأقوى بكونه (إقتصادياً) ليس المعيار الذي يلزم القاضي في التحقق من وجوده ، بمعنى ان غياب هذا المعيار لايحول دون وصف البند بالبند التعسفي ، إذ يكفي توافر الخلل المؤثر في التوازن الاقتصادي لإضفاء صفة التعسف على الشرط او البند ، وهذا المعيار هو معيار موضوعي أي يأخذ بعين الاعتبار بنود العقد وليس صفة المتعاقدين ، فالبند او الشرط التعسفي هو الذي يعطي لأحد الاطراف منفعة مبالغ فيها .[17]

ومن الأمثلة الأخرى على هذه الحالة هي ما وصل إليه القضاء من مرحلة أكثر إيجابية، وذلك بفرضه على أحد المتعاقدان التزاماً بضمان سلامة المتعاقد الأخر، خصوصاً في عقد النقل، فأصبح الناقل ملزماً حتى دون اتفاق مسبق بضمان سلامة المسافر، وهذا يعني أن القضاء يضيف إلى العقد التزاماً لم يكن محل اتفاق المتعاقدين أو حتى لم يفكر به.

وقد اختلف الفقهاء في تعيين السند القانوني الذي يعتمده القضاء عند فرضه الالتزام بالسلامة على أحد أطراف العقد، فرأى جانب من الفقه بأن هذا الالتزام مصدره الإرادة الضمنية المشتركة للمتعاقدين.[18]

بينما ذهب جانب أخر بالقول أن في الرجوع وبشكل دائم إلى إرادة العاقدين سواء إرادة حقيقية أو محتملة، لتحديد مضمون العقد شيئاً من التحكم وهذا غير صحيح، وإنما الأقرب إلى الواقع، هو الاستناد في الاعتراف بالالتزام بالسلامة إلى نص المادة (١٥٠) فقرة (٢) من القانون المدني العراقي . (والتي تقابل نص المادة (١٤٨) فقرة (٢) من القانون المدني المصري والمادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي) وهذا الاتجاه هو ما يمكن الاتفاق معه.

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

ب:عندما يقوم القاضي بالانقاص مما اتفق عليه العاقدان

كما هو الحال فيما يخص الشرط الجزائي، ففي بعض الأحيان يخضع المشرع بعض شروط العقد لرقابة القضاء خشية من تعسف المتعاقدان، فبالرغم من أن المشرع قد سمح لإطراف العقد امكانية اتفاقهم على الاتفاق على التعويض(التعويض ألاتفاقي) في المادة (170) من قانوننا المدني العراقي ، إلا أنه لم يترك ذلك لمحض إرادتهما، بل ربط بين استحقاق التعويض ألاتفاقي ومقدارالضررالواقع، فلا يكون التعويض ألاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.[19]

كما تولى القضاء مهمة تقويم بعض السلبيات التي تنجم عن فقدان التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد في عقود الإذعان، وانفراد

أحد أطراف العقد في وضع صيغته وإ ملاء شروطه، وأعلن أنه ما دام صاحب الاحتكار، وهوالأقوى اقتصادياً قد وضع العقد بعد دراسة دقيقة لكافة بنوده وشروطه أخذاً بنظر الاعتبار كافة الظروف والملابسات، فليس له بعد ذلك التمسك بتفسيرالشروط الغامضة لمصلحته.

ففي عقد الإذعان تنعدم إرادة المتعاقد في التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه، ويقتصر مبدأ سلطان الإرادة على جانب واحد يتعلق بقبول التعاقد أو رفضه، حتى أن هناك شكاً في مدى توافر هذا الجانب أيضاً، إذ أن الاحتياج إلى السلعة أو الخدمة محل العقد يدفعه إلى قبول بنود العقد كما وضعها الشخص المحتكر دون مناقشة [20]

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

فموضوعية الإرادة التعاقدية لا يقتصر ضرورة وجودها في إبرام العقد فقط، بل تمتد إلى ما بعد الانعقاد وإ لى انتهاء العقد. وهذا ما أكده القضاء، حيث جاء في حيثيات قرار إحدى الأحكام التي أصدرها القضاء البلجيكي "بأن كثرة الاتفاقات التي تحتوي على بنود موضوعة سلفاً من جانب أحد المتعاقدين دفعت بالقضاة، إلى البحث عن الوسائل التي بها يوفقون بين أوضاع المتعاقدين. ولم تقف محكمة النقض البلجيكية إطلاقاً أمام هذه الرغبة لدى القضاة بل طورتها في حدود اختصاصها. وهي اليوم الحارس اليقظ المراقب لمدى احترام القضاة لمبدأ سلطان الإرادة من ناحية، والقوةالملزمة للاتفاقات المبرمة بحرية بين الأفراد من ناحية أخرى، ورفضت من جانبها الأحكام التي أهملت احترام هذين المبدأين أم تلك التي شجعت عدم التعادل بين طرفي العقد". [21]

ومن التطبيقات الأخرى التي يتوضح فيها تدخل القاضي في تعديل أثار العقد، هي نظرية الظروف الطارئة، فقد كانت هذه النظرية خروجاً على مذهب الإرادة "وإستثناءا عن قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدان، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، لأن هذه النظرية تهدف إلى تعديل مضمون العقد على غيرالإرادة المشتركة للمتعاقدين، برد الالتزام الذي جعله الحادث الطارئ مرهقاً إلى الحد المعقول" [22]

وقد رفض المشرع الفرنسي في قانون نابليون الاعتراف للقاضي بهذه الصلاحية نظراً لما كان يبديه من احترام كبير لمبدأ سلطان الإرادة، والذي يؤكد على وجوب تنفيذ العقد تنفيذاً دقيقاً، ولا عبرة بما يلحق المدين من خسارة تصيبه لا من خطئه، بل من تغيير الظروف، فهذه أمور تخصه وحده، ولا شأن للدائن بها، وعلى الرغم من ذلك، فإن القضاء الإداري الفرنسي متمثلاً في مجلس الدولة، على عكس القضاء المدني كان يأخذ مسألة تغيير الظروف بعين الاعتبار، ويندفع لتعديل العقد بما يتلائم والظروف الجديدة التي لم تكن متوقعة من المتعاقدان. [23]

أما في العراق فقد خول المشرع ، القاضي صلاحية تعديل العقد وفق ما تقتضيه العدالة في المادة (١٤٦) فقرة (٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التزام المتعاقدين، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة. جاز (للمحكمة) بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" .

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

الاستنتاجات

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

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

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

3. هنالك بعض العقود التي تبرم بناءاً على الإلزام القانوني، والتي يمكن تسميتها بالعقود الإلزامية والتي لا يلعب فيها الرضا دوراً كبيراً في مناقشة شروط العقد عند إبرام العقد، وإ نما يطبق طرفي العقد نظاماً رسمياً مفروضاً عليهم بمقتضى القانون.

4. أما فيما يخص الأثر الذي يتركه الإلزام القانوني (في العقودالإلزامية) على رضاء المتعاقد، وبالتحديد فيما يتعلق بمدى اعتبارالتصرف القانوني عقداً فهنا نقول بأنه لو نظرنا للأمر من منظار مبدأ سلطان الإرادة بصورة مجردة لأصبح من العسير جداً اعتبار التصرفات الصادرةمن المتعاقد عقوداً رضائية على النحو المعروف، نظراً لانتفاء الرضاء، فالمتعاقد قد يعتبر مكرهاً على الإقدام بإبرام العقد أما إذا نظرنا إلى الأمر وفق التصورات الحديثة للعقد ووفق المفهوم المعاصر لمبدأ سلطان الإرادة، حيث أصبحت الإرادة مقيدة بحدود وقيود يفرضها المشرع مراعياً تحقيق العدل والمصلحة العامة. فعند ذاك يختلف الأمر، ففي ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية ينبغي التخفيف من صرامة مبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم يتوجب التسليم بوجود عقد، وتبقى العلاقة بين الأطراف محتفظة بطبيعتها التعاقدية، فإن تدهور العقد شيء والقول بتقييد الحرية التعاقدية شيء أخر.

5. مع إقرارنا بأهمية مبدأ (العقد شريعة المتعاقدان) يمكن القول ،بأن هناك ضرورة بتدخل المشرع بصورة اكبر في تحديد مضمون العقد ،بعد بروز الحاجة الاجتماعية إلى ذلك التدخل في بعض العقود لإعادة التوازن الاقتصادي للمتعاقدين، ومن ثم تقييد كلا المتعاقدين بموضوعية الإرادة التعاقدية.

6. أصبح من الضروري القول بأن "العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئان متعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد، فمن الظلم القول بأنه شريعتهم".

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

التوصيات

1- نقترح على المشرع العراقي، تقييد مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بالقيود التي تتوازن فيها الإرادة مع العدالة و الصالح العام .

2- نقترح على المشرع العراقي، جمع شتات التطبيقات المختلفة التي أوردها في متون مختلفة من القوانين التجارية والمدنية ، وجمعها وتنظيمها في أحد أبواب متن القانون المدني، وتحت عنوان موضوعية الإرادة التعاقدية، وضمن التقسيمات التي وردت في البحث.

3- نقترح على المشرع العراقي، ايلاء العقود لنموذجية أو الإلزامية دورًا اكبر؛ لتخفيف حدة الحرية التعاقدية التي تكون مصدر ضرر لأحد المتعاقدين من قبل المتعاقد الآخر، لرسم مقياس لمدى هذه الحرية .

4- ندعو المشرع العراقي، بأن يجعل سلطة القاضي بتعديل العقد مباشرة او ضمنًا من النظام العام، أي يتدخل من تلقاء نفسه عندما يجد عدم توازن في العقد المبرم ، وان كان المتعاقدان لم يلتفتا لذلك، حيث ان الطرف الضعيف غالبًا مايكون في مركز لا يمكن معه معرفة كل خبايا العقد ولا تمكنه خبرته من ذلك.

الهوامش

(1) د. محمد صبري السعدي ،النظرية العامة للالتزامات ، الطبعة الأولى، دار الهدى، مصر، 2007م، ص45.

(2) د. عبدالمجيد الحكيم ، عبدالباقي البكري وآخرون ، الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي ، ج1 ،بدون طبعة ، 1980، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ص 175.

(3) د. محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧ م، ص ١٠.

(4) صديق شحاط ، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق سعيد حمدين ، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018م، ص 155 .

(5) د. عز الدين الديناصوري ،عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الإسكندرية، 1996 ،صفحة 651.

(6) ناهد خشمون، الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتور قسنطينة، السنة الجامعية 2016، ص102.

(7) عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، ١٩٨١ م ، ص ٦٧.

(8) تقابلها المادة 468 من القانون المدني الجزائري:"لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بالإدارة أن يعقد إجارة تزيد مدتها على ثلاث سنوات. ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ، إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، تخفض المدة الى 3 سنوات".

(9) يقصد بالامتداد القانوني للإيجار:ويعني سريان عقد الإيجار الأصلي الذي انتهت مدته بشروطه نفسها لمدة أخرى، ومن ثم لا نكون بصدد إيجار جديد يلزم لانعقاده مثلاً توافر الأهلية عند إبرامه، بل يظل العقد السابق نافذًا، حتى ان فقد أحد المتعاقدان أهليته عند سريان عقد الإيجار.

(10) د. مصطفى مجدي هرجة،" إيجار الأماكن المفروشة والمنشآت الطبية ومكاتب المحامين وانتهاء عقود الإيجار في ضوء الفقه والقضاء"،الطبعة الأولى، دار الثقافة للطباعة والنشر، 1984م، ص82 .

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

(12) د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، المكتبة القانونية، عمان، ٢٠٠١ م ، ص ١٨.

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

(14) د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢ م،ص360 .

(15) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق ، ص ٣٦.

(16) د. عبد الحميد شنيتي، دور القاضي في مواجهة الشروط التعس□فية ، مجلّة دراسات لجامعة عمار ثليجي الأغواط، العدد58 . مجلد 58 ، 2017 ، م ص163.

(17) - قرار الغرفة المدنية الاولى في 1994/1/6 / مصنف الاجتهاد الدوري / الاسبوع القانوني / الجزء الثاني / ص99 . نقلاً عن الفقيه الفرنسي: Cass, 1er , fév 2005 , .J.C.P.G 2005 ,IV,1531 ,D.2005,p.640

(18) وهذا ما أشارت اليه بوضوح الفقرة الاولى من المادة (26) من قانون حماية حق المستهلك في لبنان حيث ذكرت بأن البنود التعسفية هي البنود التي ترمي أو قد تؤدي الى الخلل في التوازن بين حقوق والتزامات المحترف والمستهلك لغير مصلحة الأخير، فهنا حدد المشرع اللبناني مجموعة من الشروط غير الحصرية وصفها بالتعسف ومنها البنود النافية لمسؤولية المحترف ، أو تنازل المستهلك عن أي حق من حقوقه القانونية ، منح المحترف بصورة منفردة حق الغاء

العقد غير المحدد المدة دون ابلاغ المستهلك عن رغبته بذلك ضمن مدة معقولة ... وغيرها .

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

(20) نص المادة (١٧٠) الفقرة (ثانيًا) من القانون المدني العراقي. ويراجع قرار الهيئة العامة لمحكمة تمييز العراق، رقم (١٦١) - هيئة عامة أولى - بتاريخ ٢٢/ ١٩٧٤/١١، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الخامسة، ص ٣٨.

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

(22) Cass - Belg ١٩ - ٩ - ١٩٨٣ Pas ١٩٨٤,١,٥٥ , Cass - ١٧ - ٥ - ١٩٩٠ Rec - cr - jur - belge, P١٩٩٠., ٥٩٥.

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

(24) د. عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص ٧٤ .

المصادر

اولا: الكتب القانونية

- عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان ، لعقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، ١٩٨١ م .
- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢ م .
- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢ م.
- - د. عبد الحميد شنيتي، دور القاضي في مواجهة الشروط التعس□فية ، مجلّة دراسات لجامعة عمار ثليجي الأغواط، العدد58 . مجلد 58 ، 2017 ، م ص163.
- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الطبعة الثانية ، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٦٣ م..
- عبدالمجيد الحكيم ، عبدالباقي البكري وآخرون ، الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي ، ج1 ،بدون طبعة ، 1980، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي .
- عز الدين الديناصوري ،عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الإسكندرية، 1996.
- محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧ م .
- محمد صبري السعدي ،النظرية العامة للالتزامات ، الطبعة الأولى، دار الهدى، مصر، 2007م.
- محمد صديق محمد عبد الله / خليل إبراهيم محمد، أثر وفاة المستأجر في عقد الإيجار، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ٨، العدد، ٢٨، السنة ١١، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٦.
- محمد صديق محمد عبد الله / خليل إبراهيم محمد، أثر وفاة المستأجر في عقد الإيجار، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ٨، العدد، ٢٨، السنة ١١، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، 2006م .
- محمد عبد الظاهر، الجوانب القانونية لمرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، الكويت، ١٩٩٨ م .
- محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، المكتبة القانونية، عمان، ٢٠٠١ م .
- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول ، القاهرة، ١٩٧٨ م.
- مصطفى مجدي هرجة،" إيجار الأماكن المفروشة والمنشآت الطبية ومكاتب المحامين وانتهاء عقود الإيجار لغير المصريين في ضوء الفقه والقضاء"،الطبعة الأولى، دار الثقافة للطباعة والنشر، 1984م.

ثانيًا الرسائل والأطاريح

- ناهد خشمون، الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، رسالة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتور قسنطينة، السنة الجامعية 2016، ص102.

ثالثًا: القوانين

- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
- القانون المدني الجزائري رقم 78 لسنة 1975.

رابعًا: القرارات القضائية

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

خامسًا: المصادر الأجنبية

- Cass - Belg١٩٨٣ - ٩ - ١٩ - Pas١٩٨٤,١,٥٥ ,
- Cass١٩٩٠ - ٥ - ١٧ - _Rec - cr - jur - belge ، ١٩٩٠, P
- Cass, 1er , fév 2005 , J.C.P.G 2005 ,IV,1531 ,D.2005,p.640