گوڤارا ئەکادیمی یا زانکویا نەوروز (المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز)، پ.١٢ ژ.٤، ٢٠٢٣
حقوق الطبع والنشر ©2017. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الابداعي النسبي – CC BY-NC-ND 4. 0، e-ISSN: 2520-789X
https://doi.org/10.25007/ajnu.v12n4a790

نحو نظرية للدور في العقود المدنية

(دراسة تحليلية مقارنة)

أ.م.د. تحسين حمد سمايل، فاكلتي القانون والعلوم السياسية والادارة، قسم القانون جامعة سوران
شيلان محمد علي، باحثة قانونية

الملخص:

إن نظرية الدور محل دراستنا تعد من ابرز النظريات الاجتماعية ذات العلاقة بالتنشئة الاجتماعية، وبالتالي فهي من حيث الاصل والنشأة من النظريات التي استخدمت في مجال علم الاجتماع، إلا انه ليس هنالك ما يمنع من توظيف هذه النظرية كفكرة لتجسيد نظرية اجتماعية في مجال القانون وبالتحديد في نطاق العقود المدنية، وذلك من اجل تفسير السلوكيات الخاصة بالقاضي عند النظر في المنازعات المدنية، أو الاطراف في العلاقة التعاقدية، وذلك لغرض تحقيق العدالة العقدية -متمثلاً في التوازن العقدي- والاستقرار القانوني، واللذان يعتبران من الغايات الاساسية التي تسعى نظرية الدور إلى تحقيقها.

ان هذه النظرية وان كانت قابلة للإستخدام والتوظيف في نطاق العقود المدنية، إلا انها لم تسلم من الاشكاليات القانونية، إذ انها تواجه عدة إشكاليات تحاول هذه الدراسة ابرازها وايراد حلول قانونية لها، ومن هذه الاشكاليات منها ما تتعلق بأطراف العلاقة التعاقدية والمتمثل بالمشكلة الضمنية، ومنها ما تتعلق بدور الاجتماعي للقاضي المدني.

وأخيراً فإن هذه الدراسة تحاول وضع نظرية الدور موضع التطبيق، وممارستها ممارسة فعلية في جميع المراحل التي تمر بها العقود المدنية، من مرحلة الانشاء والتنفيذ، وحتى الانهاء، وذلك للتأكد من الجدوى القانونية لتلك النظرية، ومدى امكانية توظيفها في هذا المجال.

الكلمات الدالة/ نظرية الدور ، العقود المدنية ، التوازن العقدي ، العدالة العقدية، تكييف العقد.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث وأهميته

لاشك ان للقانون صلة وثيقة بكافة العلوم الأخرى بوجه عام وبالعلوم الاجتماعية على وجه الخصوص، فالقانون ظاهرة اجتماعية يجب دراستها وتحليلها اثناء تطبيقها في الواقع العملي لمعرفة القواعد القانونية المناسبة والمتوافقة مع حاجات المجتمع ومتطلباته، وهذه الدراسة اصبحت تتبلور حديثاً، بحيث أدت إلى ظهور علوم في نطاق علم الإجتماع تهتم بعلم القانون ومن تلك العلوم علم الاجتماع القانوني، الذي يهتم بدراسة الحقيقة الكلية للقانون، أي دراسته كظاهرة ترتبط بمجمل الظروف الاجتماعية، وبما ان القانون عبارة عن مجموعة قواعد ملزمة وضعتها إرادة بشرية لتنظيم العلاقات بين الافراد في المجتمع، لذلك يعد ظاهرة من الظواهر الاجتماعية، وبذلك فان علم القانون يهتم بدراسة الحياة الاجتماعية في مظهرها القانوني، وبما ان القانون ينشأ من طبيعة الاجتماع الانساني لذلك فالمجتمع هو الذي يسند القانون ويجعله مطاعاً بين الافراد، وفي المقابل فان القانون هو الذي ينظم قواعد السلوك والاخلاق بين الافراد إذ يمنحها الشرعية وصفة الطاعة والإلزام، وبما ان القانون ذا نشأة اجتماعية، أي انه لا يرجع إلى قيم دينية أو اخلاقية أو اصل قدسي فقط، وانما يرجع إلى اصل دنيوي ايضاً ألا وهو المجتمع نفسه، فمن هنا يظهر التفاعل بين القانون وعلم الاجتماع وتأثير الثاني على الاول بصورة جلية، وبالتالي امكانية توظيف نظريات علم الاجتماع في مجال علم القانون.

ومن أهم النظريات التي يمكن توظيفها هي نظرية الدور التي تعد من أبرز النظريات ذات العلاقة بالتنشئة الاجتماعية التي ظهرت في القرن العشرين، إذ تعد من النظريات الحديثة في علم الاجتماع، والتي تعتقد بان سلوك الفرد وعلاقاته الاجتماعية انما تعتمد على الدور أو الادوار الاجتماعية التي يشغلها في المجتمع.

وحيث ان للإلتزام مصادر عدة، وان العقد يعد أهم مصدر من مصادر الإلتزام، وان حياته تمر بمراحل عدة، من مرحلة قبل التعاقد أي مرحلة المفاوضات إلى مرحلة التكوين ومن ثم التنفيذ والانتهاء، ومن باب النظرة الفلسفية لدور الاطراف أو القاضي يمكن القول بان هذه الادوار هي التي تصنع القانون لصاحبها، وهي صاحبة السيادة في تحديد العقد في مختلف مراحل حياته، سواء في مرحلة قبل التعاقد أو التكوين أو التنفيذ والانتهاء، فكل مرحلة من تلك المراحل يوثر فيها ادوار عدة كدور الاطراف، وذلك بالاستناد إلى مبدأ سلطان الإرادة، والذي يرى انصارها ان للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي ترتيب اثاره، بل وفي جميع الروابط القانونية، حتى ولو كانت غير تعاقدية، فالإرادة حرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي اليها، وما المهمة التي يضطلع بها القانون، إلا لتحقيق حرية كل فرد، بحيث لا تتعارض مع حريات الآخرين، وكذلك فان المراحل التي تمر فيها العلاقة التعاقدية تتأثر بدور القاضي في حالة النزاع لغرض تحقيق حالة التوازن أو اعطاء الوصف القانوني الصحيح أو اظهار الإرادة الحقيقية لاطراف العقد، لذلك فان العقد هو المجال الخصب الذي يمكن توظيف نظرية الدور فيه، وبيان اثر تلك النظرية في جميع مراحل حياة العقد في نطاق القانون المدني، لكون العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد بالنسبة لاطرافه يعتبر بمثابة قانون خاص بهم، وإذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد وهي القاعدة التي انعكست في الفقرة (1) من المادة (146) من القانون المدني العراقي إذ نصت على انه (اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي).

ثانياً: مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة هذا البحث في وجود قصور تشريعي في تنظيم دور وأثر الاطراف والقاضي في حياة العقد وفي نطاق القانون المدني العراقي، وكذلك نواجه في كثير من الاحيان عقوداً غير كاملة، لان المتعاقدان لم يضعا تنظيماً لكافة المسائل، ومن ثم يكون بحاجة لتدخل دور القاضي في تكميلها، وكذلك فأن العقود قد تمر في مرحلة التنفيذ بظروف تستوجب تعديلها، كحدوث ظرف طارئ أو شرط جزائي تقتضي العدالة والانصاف تعديلها، وعدم كفاية النصوص القانونية التي تتضمنها القانون المدني العراقي في تحقيق التوازن العقدي.

ثالثاً: المنهجية المتبعة

1-المنهج التحليلي: الذي يقوم بالاساس على تحليل النصوص التشريعية وكذلك البعض من الآراء الفقهية ومناقشتها قاصداً الوصول إلى حقيقة نظرية الدور.
2-المنهج المقارن: للمقارنة بين التشريع العراقي والفرنسي والمصري والسوداني حسب مقتضى الحاجة.

رابعاً: خطة الدراسة

اقتضت الضرورة المنهجية لدراسة هذا الموضوع تقسيمه الى ثلاثة مباحث، حيث نخصص المبحث الأول منه للتعريف بنظرية الدور واشكالياتها، وذلك من خلال مطلبين، حيث نتناول في المطلب الأول مفهوم نظرية الدور، ومن ثم نتجه للبحث في المطلب الثاني لبيان اشكالياتها، أما المبحث الثاني فنخصصه للتطرق إلى فلسفة المشرع المدني العراقي من نظرية الدور،وذلك من خلال مطلبين،

نتناول في المطلب الأول الغاية من نظرية الدور في تحقيق الاستقرار القانوني، والمطلب الثاني سنخصصه للغاية من نظرية الدور في تحقيق العدالة، أما المبحث الثالث فسنفرده لدراسة وضع نظرية الدور موضع التطبيق، وسوف ننهي هذا البحث بخاتمة نحاول ان نوضح فيها أهم الاستنتاجات، والتوصيات المقترحة.

1. التعريف بنظرية الدور وإشكالياتها

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنخصص المطلب الاول لمفهوم نظرية الدور، حيث يتضح لنا بوضوح من خلاله تعريفها، ظهور فكرتها، ومدى امكانية توظيفها في مجال العقود المدنية، ثم نتجه للبحث في المطلب الثاني لبيان إشكالياتها.

1.1. تعريف نظرية الدور

قبل التطرق إلى تعريف نظرية الدور اصطلاحاً، ارتأينا انه من الضروري ان نعرج إلى نشأة وظهور فكرة الدور، ومدى امكانية توظيف هذه النظرية في خدمة العقد وفي نطاق القانون المدني، وهل يمكن توظيف نظرية ذات أصل ومنشأ اجتماعي في مجال علم القانون وبالأخص في نطاق العقود المدنية؟ وماهي هذه النظرية ومنشأها؟

1.1.1. ظهور فكرة الدور ومدى امكانية توظيفها في مجال العقود المدنية

ان نظرية الدور تعتبر من النظريات التي ظهرت في مجال علم الإجتماع، أي ان تلك النظرية من النظريات الإجتماعية التي استخدمت في كثير من التخصصات العلمية، فهي غير مقصورة على تخصص واحد دون غيره، بل يمكن ان يستخدمها الباحثون في عديد من المجالات، فقد يستخدمها علم الاجتماع، كما ويمكن استخدامها في علم القانون وخاصة في نطاق العقد، وذلك من أجل تفسير السلوكيات الخاصة بأطراف العقد أو سلوك القاضي في حالة النزاع، لغرض تحقيق التوازن العقدي في الحالات التي يختل معها العقد، هذا ولم نجد دراسات جديرة بالذكر حول نظرية الدور وتوظيفها في مجال القانون، لكون تلك النظرية ذات اصول اجتماعية، وترجع بدايات استخدامها إلى العلوم الاجتماعية التي تهتم بدراسة الانسان من خلال تعاملاته وسلوكياته وطبائعه، إلا انه مع ذلك نرى بانه يمكن توظيف تلك النظرية في مجال القانون وبالأخص في مجال العقد، لكون العقد وفي جميع مراحل حياته يحتاج إلى مفهوم معين لدور الاطراف والقاضي والذي يستحيل من دونها ان ينشأ أو ينفذ العقد، فإذا لم يقم الأطراف والقاضي بالسلوك المرتبط بالدور المنوط بهم، فانه يمكن ان يتعرض العقد للإختلال وعدم الاستقرار، وبالتالي الانحلال، ذلك لان لكل من القاضي والأطراف في العقد مركز، والمركز عبارة عن مجموعة من الحقوق والإلتزامات[1]، وان الدور الذي يلعبونه هو الجانب النشط والفعال لتلك المراكز، فاتباع هذه الإلتزامات والحقوق معناه القيام بالدور، وعليه يمكن القول، انه بالامكان من الناحية النظرية والتطبيقية (العملية) استخدام نظرية الدور ذات الاصول الاجتماعية وتوظيفها في مجال علم القانون وفي نطاق العقود المدنية، في سبيل تحليل وتفسير سلوك الاطراف والقاضي الذين يلعبون دوراً مهماً في حياة العقد وكذلك اعطائهم دوراً ايجابياً، تحقيقاً للعدالة المرجوة من العقد.

وبالرغم من ان نظرية الدور ظهرت في مطلع القرن العشرين وتعد من النظريات الحديثة في علم الاجتماع ويعتقد بأن سلوك الفرد وعلاقاته الاجتماعية انما تعتمد على الدور أو الادوار الاجتماعية التي يشغله في المجتمع، فضلاً عن ان منزلة الفرد الاجتماعية ومكانته تعتمد على ادواره الاجتماعية، ذلك ان الدور الاجتماعي ينطوي على واجبات وحقوق اجتماعية، فواجبات الفرد يحددها الدور الذي يشغله، أما حقوقه فتحددها الواجبات والمهام التي ينجزها في المجتمع، هذا وبالرغم من ان هذه النظرية ظهرت في القرن العشرين إلا ان ظهور فكرة الدور تعود إلى أفلاطون حيث يقول: " انه في هذه الحياة كل منا يختار دوراً ليؤديه"[2] فيرى البعض[3] ان الجذور العلمية لفكرة الدور تعود إلى زمن أفلاطون، انطلاقاً من منطق لعب الادوار التي اشار به هذا الفيلسوف إلى تطور هذا المفهوم من معنى إلى آخر ألا وهو الوظيفة الاجتماعية ثم إلى المهنة الاجتماعية ثم النشاط أو الممارسة الاجتماعية وصولاً إلى السلوك، وبالتالي ظهور نظرية الدور التي اعتمدت على سلوك المستمد من المجتمع والثقافة وإلى السلوك المنبثقة من الفرد.

وبدورنا نؤيد الرأي القائل بأن فكرة الدور تعود جذورها إلى زمن الفيلسوف افلاطون، أي إلى القرن الرابع قبل الميلاد، وإن كانت هذه الفكرة كنظرية ظهرت في بداية قرن العشرين.

2.1.1. تعريف نظرية الدور اصطلاحاً

ليس من السهل الوقوف على تعريف جامع مانع لنظرية الدور والمتفق عليه من قبل العلماء، وذلك بسبب دراسة هذه النظرية من زوايا مختلفة، ومن وجهات نظر مختلفة، كعلم الاجتماع، وعلم الشخصية، والتحليل النفسي، والمدرسة السلوكية، إضافة إلى علم القانون الذي نحاول في هذه الدراسة توظيف هذه النظرية فيه وبالاخص وفي نطاق العقود المدنية، وبالتالي اضافة زاوية اخرى للنظرية، ونظرة اخرى مختلفة عن سابقاتها، ألا وهي نظرة القانون لتلك النظرية، عليه سنحاول جاهدين تحديد تعريف قانوني لنظرية الدور.

وبالرغم من عدم الاتفاق على تعريف لنظرية الدور، يرى جانب من الفقه في علم الاجتماع بأن الدور يشير إلى مجموعة القيم والمعايير التي تحدد السلوك المتوقع القيام به من طرف شخص ما، بناءً على مكوناته وسمات شخصيته ومميزاته الفردية، أو بانه عبارة عن مجموعة من المهام والانشطة والسلوكيات التي يؤديها الفرد، والمتوقعة منه في موقف ما حسب معايير خاصة تتحدد بموجبها أداء كل من يشغلونه وسلوكياتهم [4]، كما ويشير من جهة اخرى إلى الاسلوب أو الطريقة المميزة التي يؤدي بها شخص ما النشاط المتوقع منه القيام به في موقع معين[5]، ونرى ان تلك التعاريف تركز على السلوك المتبع من قبل الفرد باعتباره جزءاً من المجتمع الذي يعيش فيه ويتفاعل مع الدور المعطى له دون التطرق إلى المكانة أو الحقوق والواجبات الملقاة على عاتق الفرد وبالتالي لم يكونوا موفقين في تعريفهم.

وهناك جانب آخر من الفقه يعرف الدور بأنه هو المركز أو المنصب الذي يحتله الفرد والذي يحدد واجباته وحقوقه الاجتماعية[6]، أو انه يدل على مجموع النماذج الثقافية المرتبطة بمكانة ما، أو انه الفكرة الملازمة لسلوكيات من خلالها تنفذ القوانين والواجبات التي تحددها الثقافة من خلال القيم والقواعد ونماذج التصرف، والتي يحترمها افراد المجتمع[7]. ونرى بأن هذه التعاريف تعتمد على المكانة أي الحقوق والواجبات، بمعنى ان الوضع الاجتماعي هو مجموعة من الحقوق والإلتزامات، وترى الباحثة بان التعريف الامثل بأن يتم المزج بين السلوك والمكانة الاجتماعية، لكونهما يعتبران ركيزتان اساسيتان في نظرية الدور.

عليه ولكل مما تقدم يمكن تعريف نظرية الدور بشكل عام بأنها مجموعة من انشطة وانماط سلوكية مؤثرة، يتبعها الفرد كأحد افراد الجماعة، لغرض تحقيق مركز معين له في ذلك المجتمع.

أما بالنسبة لنظرية الدور اصطلاحاً في نطاق العقود المدنية، فيمكن تعريفها بانها عبارة عن الادوار المعبرة عن إرادة المتعاقدين أو القاضي والمؤثرة في جميع المراحل التي تمر فيها العقد وفق المركز الذي يتمتعون به وبموجب النظام القانوني الذي يحكم العقد، بحيث يؤثر كل من الدور والمركز ببعضها البعض في العقد.

2.1. اشكالية نظرية الـدور

لا شك ان توظيف نظرية الدور ذات منشأ وأصل اجتماعي في نطاق علم القانون وبالأخص في مجال العقود المدنية تثير عدة اشكاليات، منها ما تتعلق بإرادة المتعاقد الحقيقية، هل هي إرادة باطنة أم إرادة ظاهرة؟ وكيفية التعبير عن تلك الإرادة، والموسومة في دراستنا بإشكالية الضمنية في القانون، أما الاشكالية الأخرى فتتمثل بالدور الاجتماعي للقاضي المدني عند عرض النزاع عليه، ولاجل الاحاطة بهذا الموضوع نتولى تفصيله وفق الآتي:

1.2.1. نظرية الدور ومشكلة الضمنية في القانون

ان من المشاكل التي تواجه نظرية الدور ضمن القانون المدني وفي نطاق العقود المدنية هي مشكلة الضمنية في القانون، وتتعلق هذه الاشكالية بالكيفية التي تعبر عنها الارادة، وحالة عدم تطابق الإرادة مع التعبير المفصح عنها، أي أشكالية الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، فهنا يواجه دور الارادة اشكالية الاعتداد به، فقد يكون دور الإرادة الظاهر للأطراف مختلف عن دور الإرادة الكامنة، فهل العبرة بدور الإرادة الكامنة أم بمظهر التعبير عنها؟، ولغرض بيان هذه الاشكالية وموقف المشرع العراقي والمقارن منها نتطرق اليها وفق الآتي:

1.1.2.1. نظرية الدور وكيفية التعبير عن الإرادة وموقف التشريع العراقي والمقارن منها

إن إظهار الإرادة لا بد منه، فمن الضروري وجوب التعبير عن الإرادة حتى تتحول هذه الأخيرة من ظاهرة كامنة في النفس إلى ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون، لاعتقادنا بان القانون لا يجب ان يتجه اهتمامه إلى الظواهر النفسية فقط، وانما لابد بن يهتم بالظواهر الاجتماعية وفقاً لنظرية الدور، فالتعبير يعطي للإرادة الصفة الاجتماعية، فالإرادة هي قوام التصرف القانوني، فهي الركن الأساسي فيه، وفي غيابها لا يحصل الرضا اللازم لقيام هذا التصرف، والإرادة الكامنة في النفس كأصل لا يعتد بها القانون .ولا يرتب عليها أي أثر ما لم تظهر إلى العالم الخارجي، وهذا لا يكون إلا بالتعبير عنها وبالتالي لا يكون لها وجود إلا بالتعبير عنها، فهو مظهر نية صاحب هذه الإرادة في موقف خارجي يكشف عن هذه الإرادة للآخرين[8]، ان العقد ينشأ من تبادل الطرفين تعبيرهما عن ارادتين متطابقتين[9]، أول هذين التعبيرين يسمى الايجاب وهو الذي يستشير تعبير الطرف الآخر إما إلى القبول فينعقد العقد أو إلى الرفض فيسقط الايجاب ولا ينعقد العقد، والتعبير عن الإرادة لا يشترط فيه من حيث الأصل شكلاً خاصاً أو وضعاً معيناً فكل ما يدل على وجود الارادة يصلح قانوناً للتعبير عنها[10]، ولكن هل ان دور الاطراف وفق نظرية الدور لابد ان يتخذ موقفاً معيناً؟ وهل ان هذا الموقف لابد ان يكون ايجابياً؟ لان الدور كما سبق الاشار اليه بانه مجموعة المهام والانشطة والسلوكيات التي يؤديها الفرد، فهل من الممكن ان يكون الدور عبارة عن سلوك سلبي؟، أي السكوت، أو تعبيراً ضمنياً ينم عن دور الاطراف؟ عليه ولاجل توضيح اكثر سوف نتطرق إلى هذا الموضوع وفق الآتي:

أولاً: دور الاطراف والتعبير الضمني

ان دور الاطراف في التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، وبما ان التعبير الصريح هو مايدل مباشرة عن المعنى المقصود من الإرادة، ولا يثير في اغلب الاحيان أية اشكالية، من حيث بيان دور الاطراف، لذا لا تثير وفق نظرية الدور اية مشكلة، لذا لا نخوض في دراسته، بل نتطرق لدور إرادة الاطراف في التعبير الضمني كأحد مظاهر التعبير عن الإرادة، ويكون التعبير عن الارادة ضمنياً إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عنها، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون ان يفترض وجود هذه الإرادة، مثل ذلك ان يتصرف شخص في شئ ليس له ولكن عرض عليه ان يشتريه، فذلك دليل على انه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك[11]، فدور الاطراف عبارة عن تصرفات غير مباشرة، إلا ان هذه الادوار وان كانت ليست موضوعاً للكشف عن الإرادة إلا انها دلت عليها بطريقة غير مباشرة (ضمنية).

فالتعبير الضمني والذي هو في نفس الوقت يعد معبراً عن دور الاطراف تثير مشكلة الارادة ودورها في احداث الاثار القانونية واتمام العقد، لان العقد وفق التشريع العراقي والمقارن ينعقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، وعلى القاضي ان يقوم بناء على المعطيات المادية المطروحة عليه بتقدير ما اذا كانت الارادة قد صدرت بنية احداث اثر قانوني معين ام لا، مستعيناً في ذلك بكثير من العناصر، فهو يقوم بتقدير ما اذا كان التعبير صريحاً أو ضمنياً[12]، ومن باب النظرة الفلسفية لدور الإرادة كما ذهب اليه جانب من الفقه[13]، إن الإرادة الباطنة هي التي تصنع القانون لصاحبها، فإذا التزم المتعاقد بمقتضى عقد معين، فلأنه اراد ذلك، فالعقد هو مبدأ الحياة القانونية، والإرادة الباطنة أو الضمنية هي مبدأ العقد وهكذا كانت وتكون الإرادة الباطنة هي صاحبة السيادة في تحديد العقد في مختلف مراحل حياته.

وبالنسبة لموقف التشريع العراقي والمقارن من التعبير الضمني ومدى امكانية معالجة اشكاليته في مجال نظرية الدور وفي نطاق القانون المدني، فان المشرع العراقي في القانون المدني لم يشر اليه في نص صريح، إلا انه يمكن ان يستفاد من نصوص متناثرة في القانون المدني العراقي على الاخذ بالإرادة الضمنية، منها نص المادة (528) منه التي نصت على ان (إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف ان المتعاقدين نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما)، وكذلك المادة (929) منه التي نصت على ان (تنفيذ الوكالة يعتبر قبولاً لها....)، إذ ان تنفيذ العقد في هذه الحالة يعتبر قبولاً ضمنياً[14]، ومن الجدير بالذكر ان من المستحسن على المشرع العراقي ان ينص صراحةً على ان التعبير عن الإرادة يجوز ان يكون ضمنياً، لذا نقترح على المشرع العراقي ان يقوم بتعديل المادة (79) من القانون المدني العراقي وذلك بإضافة فقرة إليها ويكون نص الفقرة كالآتي (يجوز ان يكون التعبير عن الإرادة باتخاذ مسلكاً غير مباشراً أو ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على غير ذلك)[15].

أما بالنسبة للمشرع المدني الفرنسي فانه لم يشر ايضاً بصورة صريحة للإراد الضمنية، بل يمكن ان يستفاد ايضاً من النصوص المتناثرة على الإرادة الضمنية، إذ نص القانون المذكور على انه (إذا حدث في نهاية عقود ايجار مكتوبة، ان بقى المستأجر في المأجور وتركه المؤجر واضعاً يده عليه، ينشأ عندئذ عقد ايجار جديد يكون مفعوله خاضعاً للمادة المختصة بالإيجار غير المكتوب)[16]، وكذلك نص على انه (يجوز ألا يكون قبول الوكالة إلا ضمنياً، وان ينتج عن التنفيذ الذي يقوم به الوكيل)[17]، لكون التعبير عن الإرادة الضمنية لا يقتصر على مرحلة الانشاء فقط بل ان تنفيذ العقد يمكن ان يترجم إلى قبول الايجاب ضمنياً[18]، وبالنسبة لموقف المشرع السوداني، فقد نص قانون المعاملات المدنية النافذ، صـــراحة عـــلى التعبير عن الإرادة الضمنية بقوله (ويجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ان يكون صريحاً)[19]، وهو نفس الحكم الوارد في القانون المدني المصري النافذ[20].

عليه ولكل مما تقدم يظهر ان دور الاطراف وفق نظرية الدور وفي نطاق العقود المدنية قد يثير مشكلة عدم الاعتداد به ان كان التعبير عنه ضمنياً، وان كانت الارادة الضمنية وفق النصوص المشارة اعلاه لها القوة الملزمة اسوة بالتعبيرات والإرادة الصريحة، إلا ان اثبات الأولى يكون اصعب من الثانية، بالإضافة إلى الحالات التي لا يكتفي فيها القانون على سبيل الاستثناء بالتعبيرات الضمنية فيتطلب تعبيرات صريحة.

ثانياً: دور الاطراف والمسلك السلبي للتعبير (السكوت)

ان دور الاطراف في التعبير عن الإرادة قد يواجه مشكلة في حالة ما إذا اتخذ الاطراف مسلكاً سلبياً للتعبير، فيثار التساؤل فيما إذا كان اتخاذ هذا المسلك (السكوت) يعتبر معبراً عن ارادتهم أم لا؟ وهل يمكن ان تكون له قيمة التعبير عن الارادة، وكيف يتم مواجهة هذه الاشكالية وفقاً لنظرية الدور وفي نطاق العقود المدنية؟ ان السكوت هو موقف سلبي لا يدل على شئ، فهو على وجه التحقيق لا يعتبر ايجاباً في أي من الاحوال لكون الايجاب هو عرض موجه من شخص إلى الآخر أو إلى الجمهور، لذلك لا يمكن ان نتصور ان يستخلص هذا العرض من مجرد السكوت، ولا يعتبر قبولاً ايضاً إلا في حالات معينة[21]، ذلك ان استخلاص القبول من مجرد السكوت يعني فرض واجب على الشخص بان يفصح عن رفض كل ما يحلو لغيره ان يوجه اليه من ايجاب وإلا اعتبر قابلاً له، وفي هذا عنت واضح وتقييد للحرية الشخصية ليس له من مقتضى[22]، لذا فان دراسة المسلك السلبي للتعبير عن الإرادة تقتصر على القبول فقط دون الايجاب، والاصل ان السكوت المجرد لا يتضمن اي دلالة على القبول، فالسكوت كقاعدة عامة مجرداً من اي ظروف ملابس له لا يكون تعبيراً عن الإرادة لان التعبير عن الإرادة عمل ايجابي والسكوت شئ سلبي، عليه فالسكوت المجرد غير مقترن

بظروف خاصة ليس له اي قيمة من الناحية القانونية، وبالتالي لا يكون له مكانة ايضاً ضمن نظرية الدور، غير ان هناك حالات يجوز فيها ان يكون للسكوت قيمة تعبيرية ان كانت هناك ظروف تقترن بالسكوت، فيسمى في هذه الحالة السكوت الملابس أو المبين فالسكوت الملابس يمكن ان يكون له قيمة قانونية، مثيراً بذلك اشكالية الاعتداد به وفق نظرية الدور، لكون الدور في اغلب الاحيان يتمحور حول اتخاذ موقف ايجابي من قبل الأطراف أو القاضي، فهل يمكن ان يكون للسكوت الملابس مكانة وفقاً لنظرية الدور؟ للإجابة عن هذا السؤال لابد من معرفة موقف المشرع العراقي والمقارن من المسلك السلبي للتعبير (السكوت) ومن ثم بناء على تلك المواقف يتبين لنا مكانته في نظرية الدور.

فبالنسبة للتشريع العراقي، فالمشرع بعد ان قرر وفق الشطر الاول من الفقرة (1) من المادة (81) من القانون المدني العراقي القاعدة العامة مفادها (لا ينسب إلى ساكت قول) ، عاد ليذكر في شطرها الاخير على انه (ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً)، أي انه اذا كان يجب على الشخص ان يتكلم ولكن سكت فان سكوته يعد بيانا أو قبولاً، فوفق الشطر الأول من هذه المادة ليس للسكوت قيمة قانونية في التعبير عن الإرادة، إلا انه عاد في الفقرة الثانية منه واعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص، أذ نصت على انه (ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط). وهذه هي حالات السكوت الملابس التي نص عليها المشرع العراقي، واعطى له قيمة في التعبير عن الإرادة، هذا بالإضافة إلى ان هناك نصوص اخرى متناثرة في القانون المدني العراقي يفهم منها السكوت الملابس، مثل المادة (780) منه التي نصت على انه (1-إذا انتهى الايجار وبقى المستأجر منتفعاً بالمأجور بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الاولى ولكن لمدة غير محددة،.... 2-ويعتبر هذا التجديد الضمني ايجاراً جديداً لا مجرد امتداد للإيجار الاصلي،....)[23]، فبقاء المستأجر منتفعاً بالمأجور يعتبر ايجاباً ضمنياً، وعدم اعتراض المؤجر باتخاذه مسلكاً سلبياً (السكوت)، يعتبر قبولا، عليه وفق القانون المدني العراقي يكون لدور الاطراف في حالة السكوت الملابس قيمة في التعبير عن الإرادة، ويبدو لنا ان حالات التقادم المسقط بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى (المواد من 429 إلى 434 من القانون المدني العراقي) نتيجة لسكوت الدائن يعتبر قبولاً منه أي ان سكوته يقع تحت طائلة السكوت الملابس واقرار منه بانقضاء الدين وعدم السير في اقامة الدعوى، إقراراً ضمنياً.

أما بالنسبة لموقف القانون المدني الفرنسي المعدل، فقد نص صراحةً في المادة (1120) منه[24]على القيمة القانونية للسكوت، إذ انه لا يعتبر قبولاً، مالم يتبين عكس ذلك من نص في القانون أو من العرف أو علاقات الاعمال أو الظروف الخاصة، وكذلك يمكن ان يستفاد من النصوص المتناثرة على السكوت الملابس، واعتبار هذا السكوت قبولاً، كما في المادة (1738) والمادة (1759) من القانون المدني الفرنسي المعدل، أما بالنسبة لموقف المشرع السوداني، فقد نص قانون المعاملات المدنية النافذ على حالات سكوت الملابس بصورة صريحة وواضحة واعطى له قيمة في التعبير، وذلك في المادة (40) بقوله (1- لا ينسب الى ساكت قول، ولكن السكوت فى معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولاً. 2-يعتبر السكوت قبولا بوجه خاص فى الاحوال الآتية: أ- اذا كانت طبيعة المعاملة او العرف التجارى او غير ذلك من الظروف تدل على ان الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم اذا لم يرفض الايجاب فى وقت مناسب.ب- اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل وسكت من وجه اليه الايجاب عن الرد. ج- اذاتمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه. 3- يعتبر سكوت المشترى بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط)، أما بالنسبة لموقف المشرع المصري، فانه لا يختلف عما جاء في قانون المعاملات المدنية السوداني، لذلك لا نتطرق له تفادياً للتكرار.

عليه وفق موقف تلك التشريعات لا يعتبر السكوت المجرد تعبيراً عن الإرادة ولا ينم عن دور الاطراف، وبالتالي يكون خارج نطاق نظرية الدور، إلا انه في حالات خاصة للسكوت والمعروف بالسكوت الملابس يعد تعبيراً عن الإرادة وتسري عليه القواعد التي تنطبق على التعبير عن الارادة بصورة عامة، ونكون هنا امام مشكلة الضمنية في القانون التي تواجه نظرية الدور، لان هذا الدور يواجه صعوبة في الاثبات، وعلى القاضي بناءً على الدور أو السلطة الممنوحة له وفق القانون تحديد متى يعتبر السكوت قد احاطت به ظروف ملابسة تدل على انه يشكل رضاً مكوناً للقبول[25].

2.1.2.1. الدور ومشكلة الإرادة الباطنة والظاهرة وموقف التشريع العراقي والمقارن منها

ان من الاشكاليات التي تواجه نظرية الدور هي حالة اختلاف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي، فالأصل أن يكون التعبير عن الإرادة مطابقا لما قصدت إليه الإرادة الحقيقية، أما إذا اختلف التعبير عن حقيقة ما قصدت إليه الإ رادة وذلك لأي سبب كالغموض أو الخطأ فيه، حينها يثور الخلاف بين الإ رادتين الظاهرة والباطنة[26].

فقد يحدث ان يتم التعبير عن الإرادة بشكل يختلف عن مضمون الإرادة الحقيقية، مما يثير اشكالية لدور الاطراف في التعبير عن الارادة، فهل العبرة بالقصد الحقيقي أي بإرادته الباطنية، أم العبرة بالإرادة في مظهرها المادي أي الخارجي (إرادته الظاهرة)؟ وللإجابة عن هذا التساؤل لابد من معرفة ان علاقة الإرادة بالتعبير (أو علاقة إلارادة الباطنة بالإرادة الظاهرة) هي علاقة طبيعية وليست عرضية، وهي علاقة تكاملية، فالإرادة كامنة في النفس لا يعتد بها وليس لها أثر في الواقع إلا بعد التعبير عنها، ومن جهة ثانية التعبير الذي لا يستند إلى أرادة لا قيمة له ولا أثر[27]، فإشكالية نظرية الدور تثار عند اختلاف التعبير عن الارادة، لكون الإرادة لا تكون ظاهرة قانونية إلا إذا لبست لباس التعبير، ولا يعرف القانون الارادة ذاتها، بل يعرف التعبير عنها[28].

ولغرض الاحاطة بهذه الاشكالية لابد من بيان موقف القانون المدني العراقي والمقارن من النظريتين -نظرية الارادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة -ومدى تأثر دور إرادة الأطراف في مجال نظرية الدور وفقاً لتلك النظريتين:

لقد تباين موقف التشريعات من الاخذ بالنظريتين، فلم يأخذ التشريع العراقي والمقارن بأى من النظريتين بصورة مطلقة. فتارة يأخذ القانون المدني العراقي والمقارن بنظرية الإرادة الباطنة وتارة اخري يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، وان الذي يهمنا هنا هو مدى تأثر دور إرادة الاطراف في مجال نظرية الدور وفقاً للنظريتين، بحيث يتسع ويضيق دور إرادة الاطراف والقاضي[29] وفق موقف تلك القوانين[30]من تلك النظريتين، فبالنسبة لموقف القانون المدني العراقي، فان الإرادة الباطنة تعد هي الاصل[31]، ومن تطبيقات هذا الاصل سقوط الايجاب أو القبول بموت من صدر منه أو بفقد اهليته، بالرغم من عدم وجود نص بهذا الشأن، إلا ان البعض اعتبر هذا السكوت بانه اقرار لحكم سقوط التعبير بالموت أو فقد الاهلية[32]، وهذا يعني انه اعتبر الموت وفقد الاهلية من تطبيقات نظرية الإرادة الباطنة، واعتقادنا ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في هذا الامر، وكان الاجدر إيراد النص بهذا الشأن، لذا نقترح عليه بإضافة فقرة إلى المادة (87) من القانون المدني، وان يسلك مسلك المشرع السوداني عندما نصت على هذه الحالة في المادة (37) من قانون المعاملات المدنية بقوله (يسقط التعبير عن الارادة اذا كان من صدر منه او من وجه اليه هذا التعبير قد مات او فقد اهليته قبل ارتباط الايجاب بالقبول)، هذا بالإضافة إلى ان هناك نصوص اخرى تشير إلى ان المشرع اخذ الإرادة الظاهرة[33]، أي ان القانون المدني العراقي اخذ بالنظريتين معاً.

أما بالنسبة لموقف المشرع السوداني، فان القانون المعاملات المدنية النافذ قد أخذ بالنظريتين ايضاً، ويفهم ذلك من النصوص المتناثرة من هذا القانون، مثل المادة (1/33) التي عرفت العقد بانه (ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)، فالأخذ بالإرادة الظاهرة واضح من هذا التعريف، وكذلك نص في المادة (96) منه على ان (العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالالفاظ والمبانى، والاصل فى الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز الا اذا تعذر حمله على معناه الحقيقى)، وكذلك المادة (2/101)، والمادة (37)السالفة الذكر حيث اعتمدت هذه النصوص على الإرادة الباطنة، ومن هذه النصوص يتبين بان المشرع السوداني وعلى غرار المشرع العراقي قد أخذ بالنظريتين ايضاً.

أما بالنسبة لموقف القانون المدني الفرنسي المعدل، فانه يأخذ بنظرية الإرادة الباطنة، ويعول على تلك النظرية، ولا يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا باعتبار انها مجرد دليل على الارادة الباطنة، إذ نصت المادة (1188) منه على انه (يتم تفسير العقد وفقاً للنية المشتركة للأطراف دون التوقف عن المعنى الحرفي لألفاظه)، كذلك نصت المادة (1194) منه على انه (لا تلزم العقود بما هو منصوص عليه فيها فقط،

بل ايضاً بجميع ما يعتبر من توابعها وفقاً للعدالة والعرف والقانون)، هذا ولم يوضح القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016 موقفه من النظريتين بالنسبة لأثر الموت أو فقد الاهلية، فلم يكن هناك نص يشير بصورة صريحة وواضحة لحالات الموت أو فقد الاهلية واثرهما على التعبير عن ارادة الاطراف قبل ذلك التعديل، وكذلك لم يستقر القضاء الفرنسي على موقف واضح منه وتردد ازاء انعدام اثر التعبير عن الارادة بعد وفاة أو فقد اهليته، ان محكمة النقض قد طرحت من حيث المبدأ ان الايجاب (يغدو عديم المفعول بوفاة فاعل الايجاب وان ورثته غير مرتبطين بمجرد ايجاب من انجبهم (أي المورث))[34]، إلا انه وبعد تعديل 2016، نص ذلك القانون صراحة على سقوط الايجاب عند الموت أو فقدان أهلية الموجب، وذلك وفق المادة (1117) التي نصت على انه (يسقط الايجاب بانقضاء المدة التي حددها صاحبه، أو بانقضاء المدة معقولة إذا لم يقرنه صاحبه بمدة ويسقط كذلك في حال فقدان صاحبه لاهليته أو وفاته)، وهذا دليل على اخذهم بالإرادة الباطنة.

أما القانون المدني المصري فقد اخذ بالنظريتين ايضاً، حيث اخذ بالإرادة الظاهرة عندما نص صراحةً على ان الموت أو فقد الاهلية لا يسقط التعبير اذ نص على ان (إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل)[35]، في حين اخذ بالنظريتين معاً في المادة (155) منه والتي نصت على انه (1- يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن مخالفا لما يقتضيه العقد. **2-**ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك وللمشترط إخلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ،كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة).

عليه ومن موقف تلك القوانين من حيث الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة - بالرغم من ان اهمية المقارنة بين النظريتين لا تظهر إلا في حالة امكانية تقديم دليل على ان الارادة ظاهرة لا تتطابق مع الإرادة الباطنة – يتبين لنا مدى اثرهما على دور إرادة الاطراف ودور القاضي المدني في حياة العقد، فالدور يواجه مشكلة الاعتداد به توسعاً او تضيقاً حسب توجه تلك التشريعات، فكلما تمسك المشرع بالإرادة الباطنة كلما توسع سلطان ودور الإرادة، لان نظرية الإرادة الباطنة تستمد اساسها من مبدأ سلطان الإرادة، وبالعكس فانه كلما تمسك المشرع بالإرادة الظاهرة كلما ضيق من دور الإرادة لان تلك النظرية يعتد بما ظهر من الارادة، بالرغم من ان مبدأ استقرار المعاملات والاستقرار القانوني يحتم ان يكون الإرادة الظاهرة هي المعول عليها كقاعدة عامة وذلك حماية للمتعاقد الذي يعتقد اعتقاداً مبرراً انه كسب حقاً، ولهذا فلا يمكن ان يهدر هذا الحق لامر كان خافياً (الارادة الباطنة) ولم يكن في استطاعته معرفته، هذا بالاضافة إلى عدم معقولية اهدار ثقة المتعاقدين في الحفاظ على مصالحهم المشروعة بسبب خلاف بين الإرادتين الظاهرة والباطنة، هذا بالإضافة إلى ان الثقة المشروعة المستقاة من مبدأ حسن النية وفقاً للمادة (150) من القانون المدني العراقي يفترض عدم علم المخاطب بعدم التطابق بين الارادتين (الارادة الظاهرة والإرادة الباطنة).

2.2.1. نظرية الدور والدور الاجتماعي للقاضي المدني

ان مفهوم القديم للنزاع المدني سواء أكان موضوعه عقد مدني أو غيره والمنظور من قبل القاضي المدني، وخاصة في القرن التاسع عشر، هو ان الخصومة في تلك الدعاوى لا تهم سوى مصلحة اطرافها المتنازعة، ولا تعني المجتمع ولا المصلحة العامة ولا النظام العام في شيء، وان دور القاضي المدني ينحصر في انهاء تلك الدعاوى حسب المعطيات التي يقدمها الاطراف[36]، وبالتالي لا يكون للقاضي وفق هذا المفهوم أي دور ويكون دوره سلبياً، سواء في سير الدعوى أو الحفاظ على المصلحة الاجتماعية، إلا ان هذا المفهوم للدعوى المدنية وكذلك دور القاضي فيها قد تعرض للانتقاد من قبل جانب من الفقه الذين ذهبوا إلى القول بان الدعاوى المدنية وان كانت محورها المصالح الخاصة، باعتبارها تهدف إلى تحقيق الحقوق الشخصية إلا ان اطراف تلك الدعاوى هم في الحقيقة من أعضاء المجتمع وما المصلحة العامة إلا مجموع المصالح الخاصة باعتبارها العناصر المكونة لها وان أي مس بحقوق افراد المجتمع يشكل نيلاً من المصالح الجماعية[37]، ومن هنا برزت الوظيفة الاجتماعية للقاضي المدني في سير الدعاوى المدنية بما يخدم المصلحة العامة وتحقيق العدالة العقدية والاستقرار في المعاملات التي تبتغي نظرية الدور إلى تحقيقها، وصولاً للثقة والسكينة الاجتماعية، ووفقاً لذلك الدور واستناداً للمفهوم الحديث لحياد القاضي المدني كما سبق ذكره، اعطي له السلطة في توجيه الدعوى والمساهمة في ضبطها والحد من سلطة الاطراف في سير الدعاوى المدنية بما يخدم المصلحة العامة، ومن هنا يبرز الدور الاجتماعي للقاضي المدني عند لعبه دوراً ايجابياً بما يخدم مصلحة الفرد على اساس انها جزء لا يتجزء من المصلحة العامة، ولكن كيف يمكن ان يساهم القاضي بدوره الاجتماعي في حياة العقد؟ ألا يعتبر ذلك الدور مخالفاً لما يذهب اليه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ سلطان الإرادة؟

لا شك ان من المبادئ التي تهيمن على العلاقات التعاقدية هي ان العقد شريعة المتعاقدين، وان كل مايتفق عليه المتعاقدين هي بمثابة قانون واجب الاحترام بالنسبة اليها، فلا يجوز لأي من المتعاقدين أو القاضي وفق هذا المبدأ والذي يعتبر من نتاج مبدأ سلطان الإرادة ان ينفرد بنقض أو تعديل العقد، إلا انه ووفق نظرية الدور فانه يكون للقاضي دور في حياة العقد تحقيقاً للعدالة العقدية واستقراراً للمعاملات استثناءاً على القوة الملزمة للعقد، ومن تلك الادوار التي تواجه العلاقات التعاقدية هو دور القاضي المدني الايجابي- والذي يعتبر احد مناط دراستنا لنظرية الدور بالنسبة للقاضي المدني - في منح المهلة القضائية (نظرة ميسرة) التي تعتبر تعديلاً لما اتفق عليه المتعاقديـــــن، كتطبيق وتجسيد للدور الاجتماعي للقاضي المدني، لانها تؤدي في نهاية المطاف إلى تحقيق المصلحة العامة.

والمهلة القضائية تعني " مهلة التنفيذ أو الاجل القضائي التي يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ حسن النية إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم، ذلك حتى ينفذ التزامه ويتوقى الفسخ"[38]، فالمهلة القضائية هي المهلة التي يكون مصدرها القضاء، بموجبها يكون للقاضي ان يمنح المدين حسن النية مهلة معقولة للتنفيذ التزامه، بشرط عدم الحاق الدائن من ذلك ضرراً جسيما، عليه فللقاضي وفق الاجل القضائي ان يمنح المدين المعسر اجلاً للوفاء بدينه اذا كانت حالته تستدعي الرأفة ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم ولم يوجد نص في القانون يمنع ذلك[39].

أما بالنسبة لموقف التشريعي من المهلة القضائية، فان المشرع العراقي والمقارن لم يشأ ان يورد تعريفاً خاصة للمهلة القضائية، وانما وضع تلك التشريعات نصوصاً قانونية تتعلق بها، فبالنسبة للقانون المدني العراقي فان الفقرة (2) من المادة (394) منه تنص على انه (فإذا 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)، فوفق هذه المادة يتبين ان القانون المدني العراقي لم يأت بتعريف للمهلة القضائية، وانما بينت احكامها، والسلطة المخولة بمنحها، وخروج القاضي بموجبها عما اتفق عليه الأطراف من جهة، ومن جهة اخرى مخالفة القوة الملزمة للعقد والمستوحاة من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، في انه يجب تنفيذ الالتزام والوفاء به في الوقت المحدد له وكذلك يتضح من هذه المادة ان اهم الشروط اللازمة لإعطاء المهلة القضائية هي 1-ان لا يكون في نصوص القانون ما يحول دون منح المهلة القضائية[40]، 2- يجب ان لا تترتب على المهلة القضائية ضرراً جسيماً للدائن، 3- ان يكون حالة المدين تستدعي ذلك وان يكون لمدة معقولة[41].

أما فيما يخص التشريعات المقارنة، فان القانون المدني الفرنسي وفي المادة (1/1244) منه نص على انه (ولكن يمكن للقاضي، آخذاً بعين الاعتبار وضع المدين ومعتداً بحاجات الدائن، ان يؤجل ايفاء المبالغ المتوجبة أو ان يسقطها في حدود مدة سنتين)، هذا وقد نص القانون المدني المصري على انه (يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم)[42].

يتضح لنا مما سبق من موقف التشريع المدني العراقي والمقارن ان للقاضي دور وسلطة تقديرية واسعة في منح المدين مهلة أو آجالاً معقولة ينفذ فيه التزامه، بحيث يؤدي هذا الدور الممنوح للقاضي إلى وقف اجراءات التنفيذ من جانب الدائن حتى تنقضي المهلة التي منحها القاضي للمدين، وبالتالي فان المهلة القضائية تعد تعديلاً للعقد من حيث الاجل المحدد والمتفق عليه في العقد من قبل المتعاقدين، وهذا يعد خروجاً عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

2. فلسفة المشرع المدني العراقي من نظرية الدور

لاشك ان القانون المدني عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم المعاملات المالية بين الافراد أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً عادياً[43]، وان الغاية الاساسية المرجوة من تنظيم هذه المعاملات هي تحقيق العدالة واستقرار المعاملات، وهذه الغايات باعتقادنا تجسد سياسة وفلسفة المشرع المدني العراقي، هذا ولغرض تحقيق هذه الغايات فانه يمكن توظيف وسائل ونظريات، ومن تلك النظريات التي تعتبر وسيلة فعالة لتحقيق تلك الغايات هي نظرية الدور موضوع بحثنا.

1.2. الغاية من نظرية الدور تحقيق الاستقرار القانوني

ان من الغايات التي تهدف إلى تحقيقها نظرية الدور هي فكرة الاستقرار القانوني، حيث تحتل هذه الفكرة حيزاً اساسياً عند وضع التشريع، لان القانون بوصفه الاداة الاساسية لتنظيم العلاقات بين الافراد في المجتمع، فلذلك يجب ان يكون هذا التنظيم محققاً للأستقرار والانضباط في المراكز القانونية، وهي من الغايات الاولى التي يسعى القانون إلى تحقيقها، وبالتالي فهي تعتبر احدى الغايات التي ترمي نظرية الدور موضوع رسالتنا إلى تحقيقها، ولأهمية هذا الموضوع يقتضي بنا دراسته وفق الآتي:

1.1.2. تعريف الاستقرار القانوني

ان مفهوم الاستقرار القانوني ارتبط بمفهوم آخر وهو الامن القانوني، اذ ان هناك من يربط الامن القانوني بمصطلح الاستقرار القانوني، ويجعل منها شيئاً واحداً[44]، وبعبارة اخرى ان الامن القانوني يعتبر البحث عن استقرار القانون أو الاحتفاظ بنفس النظام القانوني، لذا سوف نتطرق لتعريف كلا المصطلحين بنوع من الايجاز، فالاستقرار القانوني يعرفه البعض بانه" هو مبدأ يقتضي تحقيق الاستقرار في القوانين والتنظيمات المعمول بها بما يضمن اليقين منها، ومسايرتها للتطورات الجديدة بما يضمن استقرار الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة "[45] وهذا يعني أن تكون المراكز القانونية الناجمة واضحة وفعالة وغير معرضة للاهتزاز والمفاجآت، فالنشاط الاقتصادي (المعاملات المالية) بطبيعته نشاط ممتد من الزمن، وجوهر الاقتصاد هو التعامل مع المستقبل والرهان عليه، ولذلك ينبغي أن تكون هناك فكرة واضحة عن المراكز القانونية ليس في الحاضر فقط، وإنما في المستقبل أيضاً[46].

أما الأمن القانوني فيعني ان تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية وان تضمن تأمين النتائج[47]، أي وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية[48]، واستقرار المراكز القانونية لغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية سواء أكانت أشخاص قانونية خاصة أم عامة، حيث تستطيع هذه الأطراف ترتيب أوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها، دون أن تتعرض لمفاجآت أو أعمال لم تكن في الحسبان صادرة عن إحدى سلطات الدولة الثلاث، ويكون من شأنها زعزعة ركن الاستقرار والثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها[49]، فالامن القانوني هو نظام قانوني للحماية يهدف الى تأمين و دون مفاجآت حسن تنفيذ الإلتزامات و تلافي او على الاقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون[50].

2.1.2. دور الاطراف كإحدى محاور نظرية الدور في تحقيق الاستقرار القانوني

لا شك ان لإرادة الاطراف في العلاقة التعاقدية وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة حرية في التعاقد، فدور الاطراف مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ سلطان الإرادة، حيث جعل من إرادة الاطراف المقياس الوحيد في انشاء العقود وتحديد مضمونها، هذا وان القانون المدني العراقي باقراره لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[51] قد وفر الحماية اللازمة للعقد من العبث وبالتالي خلق أجواء الثقة اللازمة لاحترام إرادة المتعاقدين وتوقعاتهم، ولا يترك للمتعاقدين في العلاقة العقدية سوى تنفيذ الإلتزامات الناشئة من العقد، ولا يملك المتعاقدين حق المساس بقوته الملزمة، إذ لايجوز لأي منها تعديله على انفراد[52]، وهذه الإلزامية مستمدة من إرادة المتعاقدين، وهذا ما يجعل العلاقات التعاقدية تتميز بالثبات والاستقرار[53] محققاً بذلك الاستقرار القانوني.

ولكن ألا يؤدي دور إرادة الاطراف، كاساس القوة الملزمة للعقد، وتتحكم في الاداءات التي تترتب عليه، وبانه لا يجوز المساس بالإلتزم التعاقدي مهما تغيرت الظروف التي ابرم العقد في ظلها لتعارض ذلك مع مبدأ سلطان الارادة إلى التضحية بمبدأ استقرار المعاملات وبالنتيجة التضحية بالاستقرار القانوني؟ والتي تسعى نظرية الدور إلى تحقيقها.

ان الاجابة على هذا التساؤل يتضمن شطرين: الشطر الاول، هو ان القانون المدني العراقي والمقارن يؤكدان على دور إرادة الاطراف وفق مبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد واستقرار احكامه، فالعقد بالنسبة لاطرافه يعتبر بمثابة قانون خاص بهم، إذ يذكر احد الفقهاء[54] بانه " إذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد " وهي القاعدة التي انعكست في الفقرة (1) من المادة (146) من القانون المدني العراقي إذ نصت على انه (اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي)، والتي تقابلها نص المادة (113) من قانون المعاملات المدنية السوداني التي نصت على ان (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين او للاسباب التى يقرها القانون)[55]،أي ان العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز مخالفته أو تعديله إلا بموافقة اطرافه، وهذا ما يحقق الاستقرار في النظام القانوني الذي تخضع له العلاقة التعاقدية في العقد والذي هو مصدر من مصادر ذلك النظام القانوني، فهو بمثابة قانون خاص بالنسبة لهم لانه ملزم تماماً كالقانون محققا بذلك مبدأ استقرار القانون، وهذا يعني ان احترام دور إرادة الأطراف والذي هو احدى المرتكزات الاساسية في نظرية الدور في العلاقة التعاقدية يحقق الاستقرار في المعاملات وهذا يؤدي بالضرورة إلى تحقيق الاستقرار القانوني.

أما الشطر الثاني فيتمثل في ان مبدأ سلطان الإرادة تراجع حدته بعد انتشار المذاهب الاجتماعية التي تعتبر ان المجتمع هو الغاية، وانعكس هذا الاتجاه في التشريع المدني العراقي، إذ اخضع الارادة الفردية للكثير من القيود وحال دون الاستعمال المطلق للحق والتعسف فيه واخضع استعماله لرقابة القضاء[56]، بالإضافة إلى ان القانون وفي حالات وظروف معينة يختل معها التوازن العقدي – التوازن الاقتصادي- وهذا ما قد يؤثر على ثبات واستمرار العلاقة التعاقدية، اعطى للقاضي الحق في تعديل العقد حتى يضمن استمرار العلاقة التعاقدية، وهنا يأتي دور القاضي كاحدى مرتكزات نظرية الدور في تحقيق الاستقرار القانوني والذي سنأتي للتطرق اليه في الفقرة التالية.

3.1.2.. دور القاضي كإحدى محاور نظرية الدور في تحقيق الاستقرار القانوني

لقد تطرقنا فيما سبق إلى دور الاطراف كإحدى محاور نظرية الدور في تحقيق الاستقرار القانوني واثرنا تساؤلاً في ان التمسك بالقوة الملزمة للعقد وعدم المساس بالعقد مهما تغيرت الظروف التي ابرم في ظلها قد يؤدي إلى التضحية بمبدأ استقرار المعاملات وبالنتيجة التضحية بمبدأ الاستقرار القانوني، إلا انه ونتيجة التقدم الاجتماعي والاقتصادي الذي مس جميع نواحي الحياة الاجتماعية، فقد تأثرت بذلك العلاقات العقدية، مما استدعى تدخل المشرع لاعادة النظر في المبادئ المنظمة للعقد، منها البحث عن الوسائل الملائمة لتقليل حدة القوة الملزمة للعقد، فقام المشرع بتقييد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بقيود قانونية مستمدة من قواعد العدالة وضرورة استقرار المعاملات[57]، وهنا تبرز نظرية الدور من خلال ركيزتها الثانية والمتمثل بدور القاضي في تحقيق الاستقرار القانوني الذي يسعى إلى تحقيق الاستقرار في المراكز القانونية، فالقاضي وهو يمارس دوره في حياة العقد وفق نظريتنا – نظرية الدور – لغرض الوصول إلى تحقيق الاستقرار في العلاقة التعاقدية وضمان بقاءها في انتاج اثارها، ومن تلك الحالات الذي يكون فيها للقاضي الحق في ممارسة دوره لغرض اعادة التوازن العقدي ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني العراقي والمتعلقة بالظروف الطارئة[58]، والذي سنأتي لتفصيلها عند التطرق اليها في المبحث الثالث من هذا البحث.

إذاً يتضح مما سلف، ان الاستقرار القانوني يعتبر احدى الغايات الاساسية التي تبتغي نظرية الدور تحقيقها، لكون ان كلاً من دور إرادة الاطراف ودور القاضي اللذان يعتبران المحوران الأساسيان في بناء وتكوين نظرية الدور في العقود المدنية لهما دور فعال في تحقيق الثبات والاستمرار للعلاقة التعاقدية لحين انتاج تلك العلاقة آثارها، أي ان لهما دور رئيسي في ثبات المراكز القانونية الناشئة عن العقد محققاً بذلك الاستقرار في المعاملات وبالتالي الاستقرار القانوني.

2.2. الغاية من نظرية الدور تحقيق العدالة

ان نظرية الدور تتخذ مفهومين رئيسيين وهما: المركز الاجتماعي والدور الاجتماعي للفرد[59]، فالدور الاجتماعي هو وضع الفرد في بناء اجتماعي يتحدد اجتماعيا، وترتبط به التزامات وواجبات تقابلها حقوق وامتيازات، مع ارتباط كل مركز بنمط من السلوك المتوقع وهو الدور الاجتماعي[60]، وبالتالي فوفق تلك المفاهيم لنظرية الدور من مركز ودور الفرد وارتباطها بالحقوق والواجبات يمكن ان تؤدي بالضرورة إلى الغاية الاساسية لها، ألا وهي تحقيق العدالة، ولا شك ان نظرية الدور في نطاق العقود المدنية ترتبط ارتباطاً مباشراً بالتوازن العقدي، ويرتبط مفهوم التوازن العقدي بدوره ارتباطاً مباشراً بالعدالة[61]، والعدالة التي نقصدها هنا هي العدالة العقدية لكون العقد يعتبر من اهم وسائل تحقيق العدالة وهي محور دراستنا، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول " ان العقد هو اصدق تعبير عن العدل، لان العقد يتم بين اشخاص احرار ومتساويين بحكم القانون، والشخص الحر لا يرضى بشئ إلا إذا كان محققاً لمصلحته، فإذا اتفقت إرادة شخص حر مع شخص آخر حر على ابرام عقد بينهما، فلا شك ان هذا العقد يحقق مصلحتهما معاً ويعبر عن العدالة في العلاقة القائمة بينهما، وبهذا امكن القول ان كل عدالة هي عقد، وان من قال عقداً، قال عدلاً "[62].

وللوقوف على مدى اهمية العدالة كأحدى الغايات التي تبتغي نظرية الدور تحقيقها، لابد لنا من بيان أثر نظرية الدور في تحقيق تلك الغاية، وذلك من خلال توظيف دور الاطراف في احدى المبادئ التي تعتبر شاملة لكل مراحل العقد، ومكملة لمبدأ العدالة[63]، ألا وهو مبدأ حسن النية، الذي يسود العقد في جميع مراحله- مرحلة الابرام والتنفيذ ومن ثم الانقضاء- حيث يظهر فيه دور الاطراف بصورة جلية، حيث يفترض التزامات سلبية ويقرر التزامات ايجابية تقتضي سلوك اخلاقي يجعل من العلاقة التعاقدية أداة لإرساء العدالة العقدية، ومن ثم نأتي إلى بيان دور القاضي في تحقيق تلك العدالة، عليه سوف نبين كل ذلك وفق الآتي:

1.2.2. الغاية من نظرية الدور تحقيق العدالة

العدالـــة بشكل عام هي شعـــور كامـن في النفس، يكشف عنه العقل السـليم ويوحـى بـه الضمير المستنير ويهدف إلى ايتاء كل ذي حق حقه[64]، ولما كان القانون ماهو إلا مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الناس، كي يعيشوا بأمن وسلام، دون ان يقع أي ضرر من احدهم على الآخر، وعلى نحو يعطي كل ذي حق حقه وتحقيق التوازن المستهدف تحقيقه بين المصالح المتعارضة بغية كفالة النظام اللازم لسكينة المجتمع الانساني وتقدمه[65]، فبالتالي تشكل العدالة الاجتماعية الجزء الاكبر من مفهوم القانون بل هي جوهر وغاية القانون التي يمكن ان تتحقق من خلال نظرية الدور موضوع بحثنا، وان العدالة هنا تعني التعبير عن الشعور بالمساواة الواقعية لا المجردة، وهي المساواة القائمة على مراعاة الظروف والجزئيات في كل حالة وبالنسبة لكل شخص[66]، ومن الجدير بالذكر، انه لكون نظرية الدور في نطاق دراستنا هي في حدود العقود المدنية، لذا فالعدالة المقصودة هنا في الغالب هي العدالة العقدية والتي عرفت بأنها اشتراط تحقق المنفعة المالية للمتعاقد بحيث يتلقى كل متعاقد ما يعادل ما اعطاه، أو انها تحقيق المنفعة المادية لكل متعاقد بحيث تتناسب مع الأداء المطلوب القيام به أو هي التي تقضي بأنه لا يكون العقد صحيحاً إلا إذا كان خالياً من عدم التوازن الواضح بين الحقوق والالتزامات المتقابلة[67].

2.2.2. دور إرادة الاطراف ومبدأ حسن النية كمبدأ مكمل للعدالة العقدية

رجوعاً لاحكام القانون المدني العراقي والمقارن نجد نصوص عديدة نصت على مبدأ حسن النية[68]، إلا انه بالرغم من كثرة النصوص التي تتناول أثر حسن النية في المعاملات المدنية، فان المشرع في تلك التشريعات لم يضع تعريفا للمبدأ، وانما ترك تعريف للفقه، وقد عرفه البعض بانه "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها والتزم بها كل من طرفي العقد، بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الاضرار بالغير دون مسوغ مشروع بل توصل كل ذي حق حقه بأمانة"[69].

ان العدالة العقدية تعني التوازن في العلاقة العقدية، لذا يرى البعض[70] – ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي- ان كانت العدالة تعني التوازن العقدي، فان حسن النية قاعدة سلوك، فاذا كان سلوك المتعاقد موافقاً مع مقتضيات حسن النية، قد يودي ذلك بالنتيجة إلى ان يتوصل الطرف المقابل إلى مبتغاه من التعاقد، وهذا ينتج عنه العدالة في العقد، التي تسعى نظرية موضوع البحث تحقيقها، فالاخلال بمقتضيات العدالة يتولد عنه عدم العدالة، ومن ثم فان حسن النية آلية من آليات تحقيق العدالة في العقد بجانب الآليات الاخرى المقررة في القانون ومبدأ مكمل لفكرة العدالة وتعتبر من المبادئ الاساسية المكملة لها، إلا ان الذي يهم دراستنا في هذا المبدأ هو دور الاطراف في تحقيق تلك العدالة، كأحدى غايات نظرية الدور موضوع بحثنا، لكون نظرية الدور تسعى لتحقيق العدالة العقدية أما عن طريق دور الاطراف في العلاقة العقدية أو دور القاضي عند النظر في النزاع المعروض عليه.

المعلوم ان حسن النية في تنفيذ العقد يستوجب النزاهة والامانة والثقة، كما ان واجب التعاون واجب تعاقدي ومتبادل بين الطرفين المتعاقدين، وان كانت النزاهة والامانة والثقة ضرورية جداً، إلا ان دور الاطراف في تحقيق العدالة العقدية يظهر جلياً عن طريق التعاون والتضامن، لان العقد كما يقال " لم يعد يرتكز على روابط متعارضة، لكن يمكن الارتكاز على روابط متآزرة"[71]، فيستلزم تنفيذ العقد بحسن النية واجب التعاون بين المتعاقدين واطلاع كل طرف الطرف الاخر بما يهمه من الامور[72]، فبالنسبة للعقد يعني التعاون والتصرف بشكل مشترك مع الطرف الأخر أو المساهمة في عمل مشترك، أو السعي في مساعدته أو إعانته، وهي بذلك تفترض أخذ مصالح الآخر بعين الإعتبار وفقا لما يضمن تطور العقد[73]. فوفقاً لما سبق ان دور الاطراف في العلاقة التعاقدية يظهر جلياً في تحقيق مبدأ حسن النية في العقود بالتعاون والتضامن بين المتعاقدين محققاً بذلك العدالة العقدية، كأحدى الغايات التي تسعى نظرية الدور إلى تحقيقها من خلال السلوكيات والانشطة التي يمارسها الاطراف في العلاقة العقدية.

3.2.2. دور القاضي في تحقيق العدالة وفقاً لنظرية الدور في فلسفة المشرع المدني العراقي

يختلف مفهوم العدل عن مفهوم العدالة، فالعدل مفهوم تجريدي عام، وذو ابعاد موضوعية، أما العدالة فهو مفهوم شخصي خاص، وذو ابعاد شخصية، ولهذا قيل عن القانون – وبدورنا نؤيد هذا الرأي- انه يسعى لتحقيق العدل، في حين ان القاضي يسعى لتحقيق العدالة، ذلك ان القانون مسعاه لتحقيق العدل، يضع قواعد عامة ومجردة وافتراضية، أما القاضي فيواجه القضايا المعروضة عليه ويقضي فيها بالعدالة، ولهذا قيل في العدالة انها احساس أو شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير والذي يهدف إلى اعطاء كل ذي حق حقه[74].

فبالنسبة لدور القاضي في تحقيق العدالة فانه في كثير من الاحوال يصعب على المتعاقدين ان ينظما العلاقة فيما بينهما في المسألة الخاصة التي تعاقدوا عليها في كل تفاصيلها، فهما في الغالب يحددان الأمور الرئيسية ويتركان بقية التفاصيل[75]، أو قد تطرأ ظروف استثنائية عامة بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، فتجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً، كما في حالة الظروف الطارئة، وقد يؤدي ايضاً التفاوت في المراكز الاقتصادية للمتعاقدين إلى تسخير التعاقد لخدمة الطرف القوي على حساب مصلحة الضعيف من الناحية الاقتصادية، كما في حالة عقود الاذعان أذ نص القانون المدني العراقي على انه (إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)[76]. وكذلك فان فلسفة المشرع العراقي تظهر جلياً بالنسبة لنظرية الدور في تحقيق العدالة في حالات تستوجب تحديد موضوع التعاقد، كتفسير العقد لالزام المتعاقدين به، لكون المتعاقد لا يلتزم إلا بما ورد في العقد،

فالقاضي يمثل حلقة الوصل بين الحق ومضمون العقد، إذ يفسر العقد ويحلل إرادة الطرفين، ويتعرف على الرغبات والتوقعات المشروعة، مدققاً في ملاءمتها مع مقتضيات القانون، ويجب عليه أن يتحقق من وجود تعادل الاداءات والترابط المنطقي بين الإلتزامات والبناء الكلي لمضمون العقد، وما يجب من التوازن[77]، وبالتالي تحقيق العدالة العقدية، ففي هذه الحالات يمكن للقاضي ان يتدخل لغرض التفسير أو التكميل أو التعديل، ولا يكون ذلك متعارضاً مع القوة الملزمة للعقد، بل يكون متفقاً لها واساساً لتحقيق العدالة التعاقدية[78]، بالرغم من انه لا يجوز له ان يغفل ارادة المتعاقدين مادامت في حدودها القانوني، إلا ان للقاضي في هذه الاحوال وغيرها التي يتم شرحها لاحقاً حق التدخل في مراحل العقد من مرحلة قبل التعاقد إلى مرحلة تنفيذ العقد وانهائه، هذا بالإضافة إلى ان العدالة ودور القاضي كأحدى محاور نظرية الدور متلازمان في حالة النقص التشريعي، أي في الحالة التي لا يجد القاضي في نصوص القانون نص يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه، ففي هذه الحالة فان للقاضي دور مهم في تحقيق العدالة التي هي غاية القانون وبالتالي تحقيق العدالة العقدية في حالة كون موضوع النزاع علاقة عقدية، وذلك بتكميل القاعدة القانونية مستعيناً بقواعد العدالة، وهذا ما يؤكده القانون المدني العراقي في المادة الاولى، إذ نص على ان (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)، لذلك فالقاضي بامكانه ان يكمل النقص الحاصل في التشريع مستنداً إلى العدالة.

عليه فأن تحقيق العدالة كاحدى غايات نظرية الدور تظهر بوضوح بالنسبة لفلسفة المشرع المدني العراقي في نطاق دور إرادة القاضي في العقد، بالتفسير، أو التكميل، أو التعديل، لكون ذلك الدور وفقاً لنظرية الدور يحقق العدالة العقدية.

3. وضع نظرية الدور موضع التطبيق في نطاق العقود المدنية

ان وضع نظرية الدور موضع التطبيق، تعني ممارسة هذه النظرية ممارسة فعلية من قبل الاطراف والمحاور الاساسية لهذه النظرية – وهما الاطراف في العلاقة العقدية والقاضي عند النظر في الدعاوى التي موضوعها عقود مدنية – وبالتالي توظيف تلك النظرية عملياً في نطاق العقود المدنية، طبقاً لما تم الوصول اليه سابقاً من المفاهيم حول هذه النظرية، عليه ولغرض الإلمام بهذا الموضوع، ونظراً لاهميته لكونه يهتم بالجانب التطبيقي لنظرية الدور، فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، إذ سنخصص المطلب الأول لدور الاطراف في انشاء العقد وتعديله وانهاءه في نطاق القانون المدني، في حين نعقد المطلب الثاني لبيان دور القاضي في تعديل العقد وانهاءه.

1.3. دور الأطراف في انشاء العقد وتعديله وانهاءه في القانون المدني

لاشك ان دور الاطراف في العلاقة التعاقدية لا ينحصر في مرحلة معينة من المراحل التي يمر فيها العقد، بل ان لهذا الدور أثر في جميع المراحل العقدية، من حيث انشاء العقد وتنفيذه وتعديله وحتى في مرحلة انهاءه، لذلك فان دراسة هذا الموضوع يتطلب أولاً التطرق لدور الاطراف في مرحلة انشاء العقد، ومن ثم بيان دور الاطراف في تعديله ثانياً، وأخيراً نتجه للبحث في هذا المطلب لدراسة دور الاطراف في انهاء العقد، وكل ذلك وفق الفروع الثلاثة الآتية:

1.1.3. دور الاطراف في انشاء العقد

لا شك ان انشاء العقد يتم بأكتمال اركانه المتمثلة في الرضا والمحل والسبب، وان العقد وفقاً للقانون المدني العراقي والقوانين المدنية المقارنة كما سبق ذكره يتم بتبادل تعبير عن إرادتين متطابقتين على احداث اثر قانوني، وان تلك الآثار لا تنتج إلا بما اتجهت اليها تلك الإرادة، فالعقد إذاً هو في الاساس نتاج إرادة الاطراف في العلاقة التعاقدية، وان هذه الاإرادة يجب ان تتوافق على محل مشروع وان تكون الغاية المرجوة من العقد مشروعة، ومن الجدير بالذكر اننا لا نتطرق إلى مسألة اركان العقد، بل نحاول بيان دور الاطراف في انشاء العقد، وبما ان انشاء العقد قد لا يقتصر فقط على مرحلة التراضي أي توافق الارادتين على احداث أثر قانوني، بل غالباً ما تكون هناك مرحلة تسبق ذلك التوافق، والتي تطلق عليها بمرحلة المفاوضات والتي تعد من المراحل المهمة والمؤثرة في حياة العقد من اجل الاتفاق على العناصر الجوهرية في العقد، لذا سنحاول التطرق لهذه المرحلة وإبراز دور الاطراف فيها، وهل هناك دور للأطراف في تلك المرحلة في حياة العقد؟ وهل على الاطراف التزام ومراعاة أصول التفاوض أي مراعاة حسن النية في هذه المرحلة، وما دور المفاوضات العقدية في تحقيق التوازن العقدي وبالتالي أثره في العدالة العقدية كاحدى غايات نظرية الدور؟

ان المفاوضات هي المرحلة السابقة على ابرام العقد، وتعد أولى فترات ما قبل التعاقد، وان لها تأثير في حياة تلك العلاقة، لان فيها تقع العوامل والاحداث التي من شأنها ان تعيب رضا احد الاطراف كالإكراه والغلط والاستغلال، وهناك رأي-ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي-ان المفاوضات تعد بالنسبة إلى العقد بمثابة الاعمال التحضيرية بالنسبة إلى التشريع، إذ يرجع في المستقبل إلى أحداث المفاوضات بوصفها وسيلة لتفسير العقد إذا ما وجدت ضرورة لتفسيره[79].

وان عملية التفاوض لا تحدث إلا باتجاه إرادة الأطراف المتفاوضة إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين، إذ ان المفاوضات تنشأ نتيجة رغبة الاطراف في التعاقد وان هذه الرغبة هي نابعة من إرادة الاطراف المتفاوضين[80]، فالمفاوضة على العقد هي تصرف إرادي فيه تتعدد الأطراف، بمعنى أن التفاوض لا يتم غالباً إلا بين طرفين أو أكثر، ويكون هذا التفاوض بإرادتهم الحرة، والتي تظل كذلك طيلة مرحلة المفاوضات، فالتفاوض على العقد لا يكون إلا من خلال المناقشة وتبادل وجهات النظر، وللأطراف المتفاوضة الحرية الكاملة في عملية التفاوض ولهم استخدام كافة الطرق لتقريب وجهات النظر حتى يحقق التفاوض الهدف منه[81]، لذا نرى ان لدور الاطراف دوراً رئيسياً في المفاوضات التي تسبق تكوين العقد بالشكل النهائي، إذ ان المفاوضات لا تنشأ إلا نتيجة توجه إرادة الاطراف في العلاقة العقدية في الدخول إلى تلك المفاوضات، سعياً للوصول إلى النتيجة النهائية وهي ابرام العقد النهائي، وان قيام التفاوض مشروط دائماً بتلاقي إرادة الطرفين على الدخول في مناقشات تهدف إلى صياغة تصور مشترك، هو مشروع العقد النهائي[82]، فإذا ما قامت حالة المفاوضات ترتب على ذلك التزام كل منهما بمراعاة أصول التفاوض أي مراعاة حسن النية في هذه المرحلة، ولكن ماذا يفرض التفاوض بحسن النية على الاطراف في تلك المرحلة؟

ان موجب التفاوض بحسن نية يفرض على الاطراف الاستمرار في هذه المفاوضات[83] إذ ان هذه المرحلة إذا بدأت بان دخل الأطراف فعلاً فيها، يكون قد نشأت حالة واقعية يجب الاعتداد بها، وقوام هذه الحالة ان كل طرف قد بعث في نفس الطرف الآخر الثقة بانه سيتناقش معه بجدية ورغبة صادقة بكل ظروف العقد المراد ابرامه، وانه إذا سارت الامور حسب المتوقع فانه ينتهي الامر بتوقيع العقد النهائي، هذا بالإضافة إلى ان موجب التفاوض بحسن النية يفرض على الاطراف المحافظة من قبل كل من الطرفين على ما يتلقاه من معلومات من الطرف الآخر، إذا كان هذا الطرف لا يرغب في ان تفشي هذه المعلومات[84]، هذا بالرغم من ان القوانين المقارنة محل الدراسة لم تنص على الإلتزام بالتفاوض بحسن النية في العلاقات بين الأطراف عند التفاوض، بل انها لم تتضمن نصوصاً تفصيلية متعلقة بمرحلة المفاوضات، فجل ما اتت به المادة (1/150) من القانون المدني العراقي وما تقابلها من المواد في القوانين المدنية المقارنة[85]، هو مبدأ عام يقتضي بحسن النية في تنفيذ العقود فقط دون التطرق لمسألة ابرام العقود أو المرحلة السابقة على ابرامها، هذا على عكس القانون المدني الفرنسي المعدل الذي نص صراحةً في المادة (1112) منه على انه (يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً، يجب لزاماً ان تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية)، هذا ولم يكن المشرع المدني العراقي موفقاً في ذلك لذا نوصي المشرع العراقي بتعديل القانون المدني العراقي، وذلك بإضافة نصوص خاصة بمرحلة المفاوضات على غرار القانون المدني الفرنسي المعدل، مع ضرورة مراعاة ما يقتضيه حسن النية في جميع المراحل التي يمر فيه العقد، من مرحلة قبل التعاقدية –المفاوضات- ومرحلة الابرام والتنفيذ وحتى مرحلة الانحلال، ذلك لان مرحلة المفاوضات باعتقادنا ليست اقل شأناً من المراحل الاخرى التي يمر بها العقد اثناء ابرامه أو بعد ذلك، لذلك فإن دور الاطراف في هذه المرحلة كأحد محاور نظرية

الدور يظهر بجلاء في المناقشة على الشروط والمسائل الجوهرية للعقد وكذلك تحديد الالتزامات والحقوق المتبادلة بين الاطراف، وهذا ما يحقق له منذ بداية ابرامه التوازن العقدي والذي هو اساس العدالة العقدية التي تسعى نظرية الدور إلى تحقيقها.

2.1.3. دور الاطراف في تعديل العقد

لاشك كما سبق ذكره ان لإرادة الاطراف في العلاقة العقدية دوراً عظيما في مرحلة تكوين العقد أي انشاءه، وحتى في مرحلة قبل التعاقد –المفاوضات- ومن المعلوم ان هذا الدور لا ينتهي بانشاء العقد وإنما يمتد إلى مرحلة التنفيذ، وحتى انتهاء العلاقة العقدية، فهنا يثار التساؤل عن الدور المنوط له في هذه المرحلة- مرحلة تنفيذ العقد – ونقصد بالتحديد دور الاطراف في تعديل العلاقة التعاقدية في مرحلة التنفيذ- فهل للأطراف سلطة تعديل العقد؟ وماذا نعني بتعديل العقد؟ وهل يقتصر تعديل العقد على التراضي بين الطرفين أم ان لإرادة أحد الاطراف سلطة تعديل العقد؟ وماهو موقف القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة من هذه الحالة؟

من المعلوم ان بعد تفسير القاضي للعقد و تحديد نطاقه إذا كان غامضاً يصبح له قوة ملزمة و يجبر المتعاقدين على تنفيذ ما ورد فيه أي انه لا يبقى الا ان يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه ما دام العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً، وبما ان العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز تعديله إلا بإتفاق الاطراف أو لاسباب نص عليه القانون، وهذا ما نصت عليه صراحة القانون المدني العراقي، فقد نصت المادة (145) منه على أنه (أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد فان المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه)، كما ووفق نص المادة (146) من القانون المذكور والتي تطرقنا اليها سابقاً[86]، فان العقد المبرم بصورة صحيحة يعتبر بمثابة القوانين تربط من انشأه وان تعديله لا يصح إلا باتفاق ورضا الطرفين أو في حالات نص عليها القانون، إذاً فمن حيث الاصل وكقاعدة عامة واردة في تلك النصوص، فان العقد لا يجوز تعديله إلا بتراضي الاطراف في العلاقة العقدية أو بنص القانون[87]، وتطبيقاً لذلك نصت محكمة التمييز في اقليم كوردستان في قرار لها بأنه (ان المدعي قد أبرم عقداً اصولياً مع المدعي عليه إضافة لوظيفته لا يستطيع التنصل منه بارادته لوحده بعد ان اصبح لازماً لا يجوز معها لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي (المادة 1/146) ....)[88].

أما بالنسبة لدور الإرادة المنفردة لإحد الأطراف في العلاقة العقدية في تعديل العقد، فان العقد قد يتضمن بنود اتفق عليها الطرفين، فان تلك البنود كقاعدة عامة[89] لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، إلا انه بالرغم من ذلك واستثناءاً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فان المشرع المدني العراقي قد أورد العديد من الحالات التي يكون فيها للإرادة المنفردة سلطة في تعديل البنود الواردة في العقود المبرمة، فيكون لإرادة احد الاطراف في العلاقة العقدية وخروجاً من المبدأ العام[90]، قيمة قانونية يعتد بها القانون، ومن تلك الحالات نذكر منها:

أولاً- الاشتراط لمصلحة الغير: ان العقد المبرم بين المشترط والمتعهد هو المصدر الذي يتلقى منه المنتفع حقه مباشرة[91]، وبالتالي ووفقاً للقاعدة العامة فإن هذا العقد لا يمكن ان يتم تعديلها إلا برضا الطرفين، إلا ان القانون المدني العراقي وبموجب الفقرة الثانية من المادة (153) منه والتي نصت على انه (ولا يترتب على نقض المشارطة ان تبرأ ذمة المتعهد نحو المشترط الا اذا اتفق صراحة او ضمناً على خلاف ذلك، وللمشترط احلال منتفع محل المنتفع الاول كما ان له ان يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة) [92]، فقد أعطت هذه النصوص للإرادة المنفردة لأحد الاطراف العلاقة التعاقدية، ألا وهو المشترط بتعديل العقد دون رضا الطرف الآخر – المتعهد – وإحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، أو بتحويل الحق لمصلحته، وهذا كله خلافاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وما كان يقضي به عقد الاشتراط لمصلحة الغير، هذا ومن الملاحظ ان التعديل في هذه الحالة وفقاً للقانون المدني العراقي والقوانين المدنية المقارنة – مثل قانون المعاملات المدنية السوداني والمصري والاردني النافذ - تنحصر في إرادة المشترط دون دائنيه أو ورثته، إلا ان الحكم جاء مغايراً في القانون المدني الفرنسي المعدل، إذ أنه وبموجب المادة (1207) منه فان سلطة التعديل لا تقتصر على المشترط فقط بل تشمل ورثته أيضاً.

ثانياً- حالة تقيد الوكالة من قبل الموكل: لقد نصت المادة (927) من القانون المدني العراقي على انه (الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)[93]، فيجب لانعقاد الوكالة توافق الايجاب والقبول على عناصر الوكالة، أي ان هذا العقد ينشأ بإرادة الطرفين، ووفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يجب ان لا تعدل إلا بأرادة المتعاقدين إلا ان القانون المدني العراقي وفي الفقرة الاولى من المادة (947) منه نصت على انه (للموكل ان يعزل الوكيل او ان يقيد من وكالته وللوكيل ان يعزل نفسه، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك، لكن اذا تعلق بالوكالة حق الغير، فلا يجوز العزل او التقيد دون رضاء هذا الغير)، فموجب هذه المادة فان للموكل ان يقيد من وكالة الوكيل دون رضاه، وهذا يعتبر استثناءاً على ماورد في المادة (146) من القانون المدني العراقي، وعملاً انفرادياً يقوم به الموكل دون ان يخوله العقد ذلك، ولا يجوز الاتفاق على مايخالف هذه الصلاحية إلا في حالة ما اذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز التقيد إلا بموافقة ذلك الغير[94].

أذاً فان للأطراف في العلاقة العقدية دور في تعديل تلك العلاقة، سواء كان بالتراضي بينها أو في الحالات التي نص فيها القانون المدني على اعطاء الحق لإرادة احد الاطراف تلك العلاقة في تعديلها[95]، وفي كلتا الحالتين فان نظرية الدور تدخل حيز التطبيق من قبل الاطراف في العلاقة العقدية.

3.1.3. دور الاطراف في انهاء العقد

قبل التطرق لموضوع دور الاطراف في انهاء العقد ارتأينا انه من الضروري بيان طرق زوال العلاقة العقدية، ومن ثم التوجه بالبحث لدراسة مكانة وأثر ذلك الدور في انهاء تلك العلاقة، فالعقد بصورة عامة يزول أما بانقضائه والذي يترتب على تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد، وهو الطريق الطبيعي لزواله[96]، وهذه الحالة لا نتطرق إلى اليها إلا بالقدر الذي يخدم دراستنا، أو ان العقد يزول بإبطاله الذي ينشأ كجزاء على تخلف ركن من اركان انعقاده أو شرط من شروط صحته، وهذه الحالة من الزوال للعقد نستبعدها ايضاً، لكون موضوع هذا الفرع يتضمن دور الاطراف في انهاء العقد مستوفياً لاركانه وشروط صحته وليست دراسة حالات الابطال، وكذلك يزول العقد بانحلاله والذي يؤدي إلى زوال العلاقة العقدية لا بسبب بطلانه ولا بسبب تنفيذه، ولكنه زوال يرد على عقد صحيح وقبل ان ينقضي بالتنفيذ[97]، وان هذه الحالة الاخيرة لها ثلاث صور، التقايل والإلغاء –الانهاء- بالإرادة المنفردة والفسخ، وهذه الحالة ستكون موضع دراستنا، وبالاخص دور الاطراف في انهاء العلاقة العقدية بالإرادة المنفردة، لان الاصل هو عدم جواز ذلك لان العقد لا يجوز نقضه إلى بإرادة المتعاقدين معاً[98]، وذلك وفق الآتي:

1.3.1.3. التقايـــــل

لقد نظم القانون المدني العراقي الاقالة في المواد (181-183)، وقد جاء في المادة (181) منه على ان (للمتعاقدين ان يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده)[99]، فهي بهذا المعنى تعتبر عقداً كسائر العقود الأخرى، ولكن بحق من – المتعاقدين أم الغير- تعتبر عقداً؟ وهل يمكن ان يكون التعبير عن التقايل ضمنياً؟ لقد نصت المادة (183) منه على انه (الاقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد)[100]، وهذا يعني ان الاقالة في حق المتعاقدين يعتبر فسخاً، فيستلزم بالضرورة إعادة كل منهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وتعتبر الإقالة في حق الغير وفق نص المادة أعلاه عقداً جديداً مما يترتب على ذلك عدم الحاقه الضرر بحقوقه كالشفعة مثلاً، فانها تظل ثابتة للشفيع إذا فاته الاخذ بهذا الحق في البيع الاصلي[101]، أما بالنسبة للتعبير عن التقايل، فقد يكون التعبير عن التقايل ضمنياً، وذلك باتجاه الإرادة الضمنية لكل من المتعاقدين لإحداث هذا الاثر[102]، ويتحقق ذلك باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، فقد تنقضي مدة على الاجل المحدد لتنفيذ العقد دون لجوء أي من المتعاقدين إلى طلب تنفيذه، مما يدل على انهما تقايلاه، ومتى تم التقايل – التفاسخ- امتنع على أي من المتعاقدين الرجوع على الآخر بموجب العقد، فقد زال واصبح كأن لم يكن فور توافر إرادة التقايل[103]، وأخيراً يمكن القول ان للأطراف في العلاقة العقدية دور في انهاء تلك العلاقة، لان الارادة المتوافقة والمشتركة للاطراف كما سبق ذكره، تؤدي إلى انشاء العقد، وهذه الإرادة هي قادرة على وضع الحد لتلك العلاقة، فإذا ما اتفقت الاطراف على زوال العلاقة العقدية باتفاق لاحق، فنكون عندئذ بصدد إقالة تلك العلاقة، إلا انه لتام الاتفاق وانعقاده يجب ان يكون القبول مطابقاً للإيجاب أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً فان العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن ايجاباً جديداً[104]، وكذلك لابد ان تكون الاقالة من قبل نفس المتعاقدين، وتطبيقاً

لذلك نصت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بان (لدى التدقيق والمداولة وجد أن التمييز واقع خلال المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى النظر في الحكم التمييزي القاضي برد الدعوى وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون للأسباب التالية: أولاً- سبق للمحكمة وان أصدرت حكماً بعدد 1/محاسبة/83 تاريخ 1983/5/7 يقضي برد دعوى طالبي المحاسبة وتحميلها مصاريفها ولدى تمييز الحكم المذكور نقض بموجب القرار التمييزي الصادر من هذه المحكمة بعدد 825/م منقول/ 84 تاريخ 9-7-1985 لذا كان على المحكمة أن تشير إلى ذلك في حكمها المميز للملاحظة ما إذا كانت المحكمة قد اتبعت ما جاء بقرار النقض من عدمه. ثانياً- قضت المحكمة برد الدعوى بحجة أن العقد الجاري بين المتداعيين بتاريخ 8-10-1974 قد أقيل بموجب العقد المؤرخ 25-10-1974 في حين أن الأشخاص المتعاقدين في العقد الثاني ليسوا نفس المتداعيين وبذا فلا يسمح اعتبار العقد الثاني إقالة للعقد الأول لاختلاف أطراف العقد في كل منها. وحيث أن المحكمة لم تلتفت لذلك مما اخل بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه وإعادة أوراق الدعوى لمحكمتها للسير فيها وفق ما جاء بقرار النقض السابق خاصة وان النقض يتعلق بالإجراءات لذا فأنه واجب الأتباع عملا بأحكام المادة 215(ف 2) من قانون المرافعات المدنية المعدل على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 4-10-1987)[105].

2.3.1.3. دور الإرادة المنفردة في انهاء العقد

ان الحالة الثانية التي تستوجب الدراسة بالنسبة لدور الاطراف في انهاء العقد هو دور الارادة المنفردة، فهل ان للإرادة المنفردة لأحد الاطراف في العلاقة العقدية الحق في انهاء تلك العلاقة؟ أ ليس القول بذلك يخالف الاصل الذي يقضي بعدم انقضاء العقد إلا بإرادة المتعاقدين معاً وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين؟ يرى جانب من الفقه ان الانهاء بالإرادة المنفردة يعني " تعبير عن إرادة واحدة يحل به الرباط التعاقدي بالنسبة إلى المستقبل دون ان ينسحب أثر ذلك على الماضي "[106] أو عبارة عن " عمل قانوني مجرد صادر من جانب احد يلغي العقد وينتته تاركاً كل العراقيل التي عاقت تنفيذه دون أثر رجعي ولا يقع تلقائياً بل يلزم تدخل إرادة العاقد بمفرده في ايقاعه كأي قرار فاسخ حتى يحدث اثاره الفاسخة وهي عدم تنفيذ العقد "[107]، هذا وان القانون العراقي والقوانين المقارنة اجازت انهاء- إلغاء- العقد بالإرادة المنفردة لاحد المتعاقدين في بعض العقود التي تسمح طبيعتها بذلك، وفي حالات مختلفة لا يجمعها رابط واحد[108]، إذ لا توجد قاعدة عامة بالنسبة لانهاء العقد بالإرادة المنفردة في القانون المدني العراقي[109] والقوانين المدنية المقارنة مثلما ورد بالنسبة لإنحلال العقد[110]، بل ان هذه الحالات جاءت في نصوص متفرقة نحاول ان نتطرق إلى بعض منها، بحيث يخدم موضوع دراستنا في هذا الفرع وذلك ببيان دور الإرادة المنفردة لأحد الاطراف في انهاء العلاقة العقدية، وبالتالي وضع نظرية الدور موضع التطبيق لكون إرادة الاطراف هي من احدى المحاور الاساسية لتلك لنظرية، هذا ومن الجدير بالذكر ان عدم تبني قانون المدني العراقي نصوص صريحة خاصة بانهاء العقد بصورة مستقلة ضمن اسباب انحلال العقد الواردة في المواد (177-183) منه كان سبب عدم الاهتمام وغزارة الاحكام القضائية المتعلقة بنظام الانهاء[111]، إلا انه بالرغم من ذلك فان محكمة التمييز العراقية أقرت صراحةً نظام انهاء –إلغاء- العقد من جانب واحد أي بالإرادة المنفردة لأحد اطراف في العلاقة العقدية، إذ جاء في قرار لتلك المحكمة انه (كان المقتضى أن تبحث محكمة الموضوع عن قانونية إلغاء العقد من جانب واحد وهو المدعى عليه إضافة لوظيفته أو عدم قانونيته وفقاً للمستندات المبرزة ودفوع المدعى عليه)[112]، فهذا القرار قد اشار صراحةً إلى نظام الالغاء، إلا انه وفي قرار آخر لنفس المحكمة عبرت فيها عن فكرة الإلغاء أو الانتهاء بمصطلحات اخرى، مثل التي عبر فيها المشرع عن ذات المعنى مثل العزل للدلالة على الغاء العقد، ففي قرار لتلك المحكمة ورد بانه (ليس للمحامي ان يطعن تميزاً في الفقرة الحكمية الخاصة باتعاب المحاماة إذا اقر في العريضة التميزية بأن موكله قد عزله عن الوكالة، وإنما له ان يقيم الدعوى للمطالبة بما يكون له من حقوق قبل موكله المذكور بسبب العزل)[113].

فبالرغم من ان مقتضى مبدأ القوة الملزمة للعقد والمستمد من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، انه لا يجوز ان ينفرد احد المتعاقدين بنقضه فان المشرع المدني العراقي إجاز الخروج على هذا المبدأ، ففي عقد الاعارة مثلاً يجوز للمستعير وهو المدين بالشئ المعار ان يرده بإرادته المنفردة للمعير قبل انتهاء الاعارة غير انه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله[114]، أما قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، فقد نص في المادة (1/374) منه على انه (تنفسخ الاعارة برجوع المعير أو المستعير عنها أو بموت أحدهما ولا تنتقل إلى ورثة المستعير)، فيكون لكل من المعير أو المستعير إنهاء عقد الاعارة بإرادتها المنفردة في أي وقت شاء بشرط عدم الاضرار بالمستعير والا وجب تعويضه[115]، ونرى بان المشرع المدني السوداني كان موفقاً بايراده قاعدة عامة في المادة (1/374) المشارة اعلاه، والمتمثل بانهاء العقد الاعارة بعمل انفرادي صادر من المعير أو المستعير، لذا نوصي المشرع المدني العراقي بتعديل القانون المدني العراقي، وذلك بإضافة فقرة إلى المادة (861) منه، ويكون النص الفقرة على غرار ما جاءت في المادة (1/374) من قانون المعاملات السوداني النافذ.

وفي عقد الوكالة فان القانون المدني العراقي وبموجب المادة (1/947) منه منح الموكل ان يعزل الوكيل وان ينهي الوكالة بإرادته المنفردة على خلاف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذي بمقتضاه لا يجوز انهاء العقد إلا باتفاق الطرفين، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك، إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير، فلا يحق للموكل في هذه الحالة عزل الوكيل إلا بموافقة هذا الغير[116]، وكذلك للوكيل ان ينهي الوكالة بإرادته المنفردة، وذلك بعزل نفسه والخروج من الوكالة باستثناء الوكالة المقررة لمصلحة الغير، أي إذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز للوكيل ان يعزل نفسه إلا بعد موافقة هذا الغير على الانعزال، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية ان (الوكالة تنتهي في جميع الاحوال بموت الموكل أو الوكيل أو بخروج أحدهما من الاهلية وذلك بموجب أحكام المادة 946 من القانون المدني، أما العزل فيحق للموكل ان يعزل الوكيل وللوكيل أن يعزل نفسه، ولكن إذا كان تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل دون رضاء هذا الغير)[117]، وفي كلتا الحالتين وبموجب حكم الفقرة الثانية من المادة (947) المشارة اعلاه فان انتهاء الوكالة لا يتحقق إلا بعد وصول العلم بالعزل إلى الطرف الثاني، وان كانت الوكالة بالاجر فانه وفق الفقرة الثالثة من المادة المذكورة فان من صدر منه العزل يكون ملزماً بتعويض الطرف الثاني عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول[118]، ومن الجدير بالذكر ان القانون المدني العراقي وفي المادة (947) منه قد نص على حكم صريح وخاص بالوكالة التي يتعلق بها حق الغير، إلا ان ذلك القانون لم يتطرق إلى الوكالة التي يتعلق بها حق الوكيل الشخصي، بحيث إذا تعلق بها حق الوكيل لا تقبل الانهاء من الموكل إلا بموافقة الوكيل، وهذا على عكس ماجاء في حكم المادة (442) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ التي نصت على انه (للموكل أن يعزل وكيله متى أراد إلا أذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها أويقيدها دون موافقة من صدرت لصالحه)، فالمشرع السوداني قد اشار إلى الوكالة التي يتعلق بها حق الوكيل ايضاً، لذا نقترح على المشرع العراقي بتعديل نص الفقرة (1) من المادة (947) من القانون المدني العراقي على غرار ما فعله المشرع السوداني في المادة (442) المشارة اعلاه، ويكون نص الفقرة كالآتي (للموكل ان يعزل الوكيل او ان يقيد من وكالته وللوكيل ان يعزل نفسه، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك، لكن اذا تعلق بالوكالة حق الغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها أويقيدها دون موافقة من صدرت لصالحه).

بالإضافة إلى ان هناك حالات اخرى لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة نص عليها القانون المدني العراقي، ومن تلك الحالات ما نصت عليه المادة (1349) والمتعلقة بانهاء الرهن الحيازي بإرادة المرتهن، والمادة (885) والخاصة بانهاء عقد المقاولة بالإرادة المنفردة لرب العمل، هذا وقد استخدم المشرع المدني العراقي في تلك المادة مصطلح الفسخ بدلاً من الانهاء أو الإلغاء أو التحلل هذا وقد استخدم القانون المدني المصري وفي المادة (1/663) منه مصطلح تحلل بدلاً من الفسخ، إذ نصت على انه (لرب لعمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل)[119]، لذا فان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في صياغة هذا النص لذا نوصي المشرع العراقي بتعديل نص الفقرة (1) من المادة (885) من لقانون المدني وذلك بتبديل عبارة الفسخ إلى التحلل أو إنهاء، ويكون النص على غرار ما جاءت في المادة (1/663) من القانون المدني المصري السالف الذكر، أما في قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، فانه لم يتطرق إلى مسألة انهاء عقد المقاولة بإرادة احد اطرافه، بل انه نص في المادة (95) منه على انه (ينتهي عقد المقاولة بانجاز العمل المتفق عليه أو بفسخه رضاء أو قضاء)، فعقد المقاولة وفق هذه المادة ينحل بالفسخ رضاء أو قضاء.

3.3.1.3. انحلال العقد بالفسخ الاتفاقي

لا شك ان الفسخ وفق القانون المدني العراقي يكون أما قضائياً[120] أو أتفاقياً[121] أو بحكم القانون[122]، إلا ان الذي يهمنا هنا هو انحلال العقد بالفسخ الاتفاقي، وذلك لقصر موضوع هذا الفرع على دور الاطراف في انهاء العقد، بالرغم من ان للأطراف دور ايضاً في الفسخ القضائي، والمتمثل بالإعذار وطلب الفسخ من المحكمة، إلا انه سيتم دراسة الفسخ القضائي لاحقاً.

يعتبر الفسخ الاتفاقي طريقاً إتفاقياً لإنهاء العقود وهذا الطريق يتم بتوافق إرادة المتعاقدين[123] حيث نصت المادة (178) من القانون المدني العراقي على انه (يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته)، ولكن اين يكمن دور الاطراف في انهاء العقد في الفسخ الإتفاقي؟ لاشك ان القانون المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية السوداني النافذ والقانون المدني المصري النافذ لم يميزوا بين العقد والاتفاق، إذ يرى جانب من الفقه ان كل من العقد والاتفاق يدل على معنى واحد مترادف وانهما اصطلاحان قانونيان يعني أحدهما ما يعنيه الآخر[124]، هذا وقد اشارة المادة (178) من القانون المدني العراقي[125] المشار اعلاه ان الفسخ الاتفاقي هو اتفاق بين المتعاقدين، أي هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر، وهذا يعني ان الفسخ الاتفاقي عبارة عن عقد، وبالتالي فان دور الاطراف كاحد المرتكزات الاساسية في نظرية الدور يظهر بجلاء في انهاء العلاقة العقدية عن طريق ابرام عقد آخر يمكن ان يطلق عليه وفق المادة (178) اعلاه بعقد الانحلال الاتفاقي[126]، فبموجب هذا العقد والمبرم وفق هذه المادة يعتبر العقد المراد فسخه، مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق – عقد الانحلال الاتفاقي- لا يعفي من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على عدم ضرورته، ومن الجدير بالذكر ان الاتفاق على الفسخ الاتفاقي قد ينشأ وقت تحرير العقد، كما ويمكن ان يكون بعد تحرير العقد وذلك بموجب ملحق للعقد يتضح منه بجلاء انصراف ارادة الطرفين إلى فسخه، او يكون الاتفاق على الفسخ الاتفاقي اثناء نظر الدعوى، فقد يرفع احد المتعاقدين دعوى بفسخ العقد أو بصحته ونفاذه، واثناء نظرها يتفق الطرفان صراحة على الفسخ، وحينئذ تقضي المحكمة بالفسخ إعمالاً لهذا الاتفاق دون اعتداد بشرط العقد، ويكون الحكم في هذه الحالة منشئاً للفسخ وليس مقرراً له[127].

2.3. دور القاضي في تعديل العقد وانهاءه

لغرض التطرق لهذا الموضوع أرتأينا انه من الضروري دراسته وفق الآتي:

1.2.3. دور القاضي في تعديل العقد

للإلمام بهذا الموضوع سنتطرق إلى مسألة دور القاضي في تعديل في مرحلتين، مرحلة الانشاء- الإبرام – ومرحلة التنفيذ وكل ذلك وفق الآتي:-

1.1.2.3. دور القاضي في تعديل العقد في مرحلة الانشاء

لاشك ان الاصل وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ان القاضي لا يمكن ان يحل محل الاطراف في العلاقة التعاقدية، لما في ذلك مساس لهذا المبدأ وبالتالي مساس للقوة الملزمة للعقد، فكما سبق ذكره ان القاضي يقتصر عمله على تفسير العقد وتطبيق احكامه دون ان يتدخل في تعديله، إلا ان القانون المدني واستثناءاً على هذا الاصل منح القاضي سلطة تعديل العقد اثناء تكوين العقد وبهذا يحل القاضي محل إرادة المتعاقدين، إلا انه وباستقراء نصوص القانون المدني العراقي والقوانين المدنية المقارنة السابقة الذكر يتبين بان المشرع لا يعطي للقاضي هذه السلطة إلا في حالات معينة، فقد يختل التوازن العقدي في مرحلة التكوين، نتيجة لوجود الشرط التعسفي، أو عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة في حالة الغبن والاستغلال، وسنقصر دراستنا هنا بحالة الاستغلال فقط.

فبالنسبة لحالة اختلال التوازن العقدي نتيجة الاستغلال، ومدى امكانية الحد من هذا الاختلال من قبل القاضي المدني، وهل لهذا الاخير الحق في تعديل العقد في هذه الحالة؟ من المعلوم وفق ما سبق ذكره ان العدالة العقدية تستوجب التوازن العقدي، أي ان إلتزامات المتعاقدين لابد ان يكون متناسبة، فإذا ما اختل التوازن بالشكل الذي يجعل العلاقة العقدية غير متوازنة، وكان هذا الاختلال ناجماً عن استغلال احد المتعاقدين للآخر لما غلب عليه من طيش أو هوى أو ضعف إدراكه، جاز للقاضي ان يتدخل بطلب من المتعاقد المستغل في العقد بابطاله أو انقاص التزاماته[128]، فالقاضي يتمتع في نظرية الاستغلال بسلطة تقديرية لمعرفة متى تعتبر الإلتزامات غير متوازنة، فالقاضي هو الذي يتولى بحث حالة الضعف الذي ابتلى بها الطرف المغبون نتجية لاستغلاله[129]، هذا وبالرجوع إلى المادة (125) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة ان ينقضه)، فانه يستوجب لتحقيق الاستغلال تحقق عدم التوازن في الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين وهذا ما عبر عنه المشرع العراقي في المادة اعلاه بالغبن الفاحش، وهو يمثل العنصر المادي في الاستغلال، هذا وبالرجوع إلى نفس المادة نرى بان القانون المدني العراقي قد استوجب لقيام العنصر الثاني للاستغلال ان يكون من تعاقد مع المغبون قد استغل حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه، فإذا ما تحقق هذين العنصرين يتحقق معها حالة الاستغلال[130]، ولكن ما حكم القانون المدني العراقي والمقارن من الاستغلال، فبالرجوع إلى نص المادة (125) من القانون المدني العراقي، فان للمتعاقد المغبون نتيجة لاستغلال طيشه أو هواه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه، ان يطلب رفع الغبن، وهنا يبرز دور القاضي المدني في اعادة التوازن العقدي، وذلك بانقاص التزام المتعاقد المغبون إلى الحد المعقول، دون ان يكون للطرف المغبون الحق في طلب نقض العقد إلا في حالة ما إذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً، هذا ولم يرد في قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ حكماً مماثلاً لما ورد في القانون المدني العراقي بالنسبة لحالة استغلال طيش أو هوى أو حاجه احد المتعاقدين، إلا انه جعل العقد معه موقوفاً على اجازة المتعاقد الذي شاب ارادته عيب الاستغلال[131]،

2.1.2.3. دور القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ

ان دور القاضي في تعديل العقد لا يقتصر فقط في مرحلة تكوينه، بل له ان يتدخل لإعادة العدالة العقدية والمتمثلة بالتوازن في الإلتزامات المتبادلة التي كانت قائمة وقت تكوين العقد ولكنها اختلت بعد ذلك في مرحلة تنفيذه، ولكون تدخل القاضي في تعديل العقد في هذه الحالة ايضاً يخالف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لذلك لا يجوز اطلاق يد القاضي بتعديل العقد في مرحلة تنفيذه متى اراد ذلك، لذلك فان القانون المدني العراقي قد اورد حالات معينة على سبيل الحصر يكون فيها للقاضي سلطة التحقق من اختلال العقد، هذا وقد اورد القانون المدني العراقي الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد اثناء تنفيذه ومن هذه الحالات، حالة الظروف الطارئة، وحالة الشرط الجزائي، وحالة تعديل اجل تنفيذ العقد، وسنحاول هنا التطرق إلى احدى تلك الحالات ألا وهي حالة وجود الظروف الطارئة، حيث سنقتصر على بيان سلطة القاضي في تعديل العقد في ظل هذه الحالة، ووسائل إعادة التوازن المختل، وفق القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة، دون التطرق لشرح شروط تحققها أو بيان التطور التاريخي لها، لانه سيأخذ حيزاً كبيراً من بحثنا.

نصت الفقرة الثانية من المادة (146) من القانون المدني العراقي على انه (... اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) [132]، فقد اجازت هذه الفقرة للقاضي ان ينقص الإلتزام المرهق إلى حد معقول، ان اقتضت العدالة ذلك وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، استثناءاً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي سبق عرضه، إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة[133]، ولكن ماهي وسائل رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول؟ وماهو مقدار الخسارة الفادحة؟ فبالنسبة للوسائل التي يستعين بها القاضي لرد الإلتزام المرهق، وبالتالي تعديل العقد عند تحقق شروط الظروف الطارئة، هي كل من انقاص الإلتزام المرهق[134]، أو زيادة الالتزام المقابل[135]، أو وقف تنفيذ الإلتزام [136]، أما بالنسبة

لمقدار الخسارة، فان المشرع المدني العراقي وفق الفقرة الثانية من المادة (146) المشار اعلاه لم يحدد مقداراً حسابيا للخسارة، بل اكتفى بوصفها بالخسارة الفادحة، أي الخسارة الغير مألوفة، مما يستدعي تدخل القاضي لتقدير مدى فداحة الخسارة، وهو يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة، والقاضي يتولى تقدير مدى الارهاق الذي يحيط بتنفيذ الإلتزام، وتحديد ارهاق المدين معياره مرن يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقاً لمدين، لا يكون مرهقاً لمدين آخر، وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف اخرى، المهم ان يكون تنفيذ الالتزام بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي[137]، وقد قضت محكمة النقض المصرية في احدى قراراتها بصدد سلطة القاضي التقديرية في تحديد عنصر الارهاق بأنه (ارهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التي ابرم في شأنها العقد، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين، فاذا كان التعاقد مع الحكومة، جاز ان يكون إلتزام الحكومة مرهقاً لها بالنسبة إلى الصفقة التي عقدتها بالذات، وان كانت الخسارة شيئاً هيناً بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة)[138]، فمن هذا يتبين ان دور القاضي في تقدير الارهاق هو معيار موضوعي يعتد فيه القاضي بالظروف الخارجية للمركز التعاقدي المتنازع عليه، وليس معيار ذاتي يؤخذ فيه بالظروف شخصية الذاتية اللصيقة بأشخاص المتعاقدين، ولكن هل ان دور القاضي في تطبيقه لنظرية الظروف الطارئة يكون في مرحلة التنفيذ فقط، أم انه يمكن التمسك بتلك النظرية إذا كان المتعاقد قد نفذ التزامه، ان القضاء العراقي لم يستقر على موقف موحد في تطبيقه لتلك النظرية ففي قضية ذهبت محكمة التمييز العراقية إلى ان أحكام الظروف الطارئة التي تحدث اثناء تنفيذ العقد وفق المادة (146) من القانون المدني يجب ان يتمسك بها المتضرر اثناء فترة العقد فإذا استمر بتنفيذ العقد لحين انتهائه دون ان يطلب تنقيص الإلتزام فليس له الحق للمطالبة بذلك بعد انتهاء مدة العقد[139]، بينما ذهبت نفس المحكمة في قضية اخرى عكس ذلك، اذ اجاز للمتعاقد المتضرر المطالبـــة بتنقيص الالتزام قبل انتهـــاء العقد او بعد انتهائه ما دامت قد تحققت الشروط التي حددتها المادة (146) من القانون المدني العراقي[140].

ونرى بأنه ليس من العدالة ان تقتصر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على مرحلة تنفيذ العقد فقط، بل لا بد ان تمتد إلى مرحلة ما بعد التنفيذ، لانه ليس من العدالة ان نحترم إرادة متعاقد امتنع عن تنفيذ العقد على اساس نظرية الظروف الطارئة، ولا نقيم أي قيمة لدور المتعاقد الذي التزم بمجمل التزامه وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لذا فاننا نؤيد القرارات القضائية التي تجيز تطبيق احكام نظرية الظروف الطارئة في مرحلة قبل انتهاء العقد وحتى بعد انتهائه.

أما القانون المدني الفرنسي فلم ينص على الظروف الطارئة ولم تأخذ بها كنظرية عامة سائدة لغاية سنة 2016، ففي سنة 2016 وبموجب الامر رقم 131/2016 الصادر في 10 فبراير 2016 فان المشرع الفرنسي قد منح القاضي سلطات واسعة لا مثيل لها سابقاً في التشريع الفرنسي، وذلك في العقود المستمرة التنفيذ حيث يمكن للقاضي في حال استجدت ظرف قاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة للمدين ان يفتح باب المفاوضات العقدية من جديد بين الطرفين لاعادة التوازن العقدي، حيث نصت الفقرة الاولى من المادة (1195) على انه (إذا كان هناك تغيير في ظروف غير متوقعة عند ابرام العقد مما يجعل تنفيذ العقد مرهقاً بشكل مفرط للطرف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر، يجوز له ان يطلب اعادة التفاوض بشأن العقد مع الطرف المتعاقد الآخر معه على ان يبقى تنفيذ التزامه خلال مدة التفاوض)، وإذا لم يتفق الطرفان على مضمون جديد للعقد خلال فترة زمنية معقولة فقد اجاز المشرع للقاضي ان يتدخل بناء على طلب احد الطرفين في العقد ويعدل مضمونهأو يفسخ العقد[141]، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (1195) على انه (في حالة رفض أو فشل التفاوض، يجوز للأطراف ان يتفقا على انهاء العقد، في الوقت والظروف التي يحددوها، أو يطلب كلاهما من القاضي القيام بتكييفه، وفي حالة عدم الاتفاق في غضون فترة زمنية معقولة، يجوز للقاضي بناء على طلب احد الطرفين اعادة النظر في العقد أو فسخه بالتاريخ والشروط التي يحددها)، ويلاحظ ان المشرع الفرنسي ابرز دور الاطراف في الظروف الطارئة، حيث ان الفقرة (2) من المادة (1195) من القانون المدني الفرنسي اعطت دور للقاضي في مواجهة الظروف الطارئة، إلا انه قيد دوره بقيد اساسي، حيث جعله معلقاً على شرط اتفاق المتعاقدين، وبهذه الحالة لا يكفي مراجعة القاضي واللجوء اليه من قبل احد المتعاقدين فقط بل ينبغي الاتفاق بين طرفي العقد أولاً، ليطلب منه تطويع العقد وفقاً للظروف الطارئة وجعل دور القاضي احتياطياً لا يمارسه إلا في حالة فشل أو رفض التفاوض، ونرى بان موقف المشرع الفرنسي من تنظيمه للظروف الطارئة كان موفقاً، وبالأخص فيما يخص من جعل دور القاضي احتياطياً، لكون العقد شريعة المتعاقدين، فالاصل ان يكون للأطراف في العلاقة التعاقدية الحق في الاتفاق على تعديل تلك العلاقة أو عادة التفاوض بشأنها، وان يكون للقاضي دوراً احتياطياً يلجأ اليه الاطراف، لذا نوصي المشرع العراقي بتعديل نص الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني العراقي، وجعل دور القاضي احتياطياً، معلق على شرط عدم اتفاق الاطراف، فان لم يتفقوا خلال مدة معقولة، جاز للقاضي بناء على احد الاطراف تعديل العقد أو انهائه.

أما بالنسبة لموقف قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ فقد نصت المادة (117) منه على انه (1-اذا طرأت حوادث استثنائيه عامه لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الإلتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخساره فادحة اجاز للمحكمه تبعا للظروف وبعد الموازنه بين مصلحة الطرفين ان ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك. 2- لا يعتبر الالتزام مرهقا الا اذا زادت الخساره على ثلث الالتزام)، حيث يتبين من الفقرة (1) من هذه المادة ان موقف المشرع السوداني من نظرية الظروف الطارئة من حيث الحكم لا يختلف عما جاء في المادة (2/146) من القانون المدني العراقي، إلا انه يلاحظ بان المشرع السوداني أورد عبارة (ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول)، في حين اورد المشرع المدني العراقي في المادة (2/146) سالف الذكر عبارة (تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول)، لذلك فان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في ذلك لان للقاضي كما سبق ذكره سلطة تنقيص أو زيادة الإلتزام أو وقف تنفيذ العقد، هذا بالإضافة إلى ان المشرع السوداني قد حدد مقداراً حسابياً بحيث يصبح معه الإلتزام مرهقاً ألا وهو ان زادت الخسارة على ثلث الإلتزام، وبالتالي لم يترك تقدير مدى اعتبار الخسارة مرهقاً لسلطة التقديرية للقاضي، وهذا على خلاف ما جاء في القانون المدني العراقي السالف الذكر، ونرى بان المشرع العراقي كان موفقاً في ذلك، إذ انه من المستحسن تحقيقاً للعدالة العقدية ترك مدى اعتبار الخسارة مرهقاً - بعد توازن مصالح الطرفين - للسلطة التقديرية للقاضي وعدم تحديد ذلك بنسب معينة.

2.2.3. دور القاضي في انهاء العقد

لقد تطرقنا آنفاً إلى دور الاطراف في انهاء العلاقة العقدية، بالتقايل أو الاإرادة المنفرد، أو الفسخ الاتفاقي، إلا ان إنهاء العقد لا يقتصر على دور الاطراف فقط، بل ان القانون المدني العراقي والقوانين المدنية المقارنة المعول عليها في هذه الدراسة قد خولت القضاء صلاحية التدخل في حدود تطبيق النصوص القانونية في حل الرابطة العقدية عن طريق فسخها، لذلك سنحاول جاهداً التطرق لموضوع الفسخ القضائي بنوع من الايجاز دون التطرق لشرح شروط تحققه، ولا إلى شرح إجراءاته- اعذار المدين أو رفع الدعوى- بل سنتطرق لنطاق سلطة القاضي التقديرية ودوره في الفسخ القضائي، وهل له ان يحكم بالفسخ الجزئي للعقد ام انه ملزم بفسخ العقد كلياً؟ وهل له الحق في رفض طلب الفسخ؟

نصت المادة (177) من القانون المدني العراقي على انه (1– في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته. 2- ففي عقد الايجار ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الاجارة، وفي ايجار العمل ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجر المستحق الوفاء كان للاجير طلب فسخ العقد، وفي عقد البيع يجوز للبائع او للمشتري ان يطلب الفسخ اذا لم يؤد العاقد الآخر ما وجب عليه بالعقد، كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد) ، فوفقاً لهذه المادة منح القانون المدني العراقي السلطة للقاضي في الفسخ بحكم القضاء للرابطة العقدية عند تحقق شروطه، إذ ان الفسخ القضائي يتحدد بموجب هذه المادة في نطاق العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر ان يطلب الفسخ القضائي، وان القاضي هو الذي يتولى تقدير ان التنفيذ العيني اصبح مستحيلاً بفعل المدين، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ، كما ان القاضي هو الذي يتولى تقدير ان الدائن طالب الفسخ

مستعد للقيام بتنفيذ التزامه، وذلك حتى يكون على حق في طلب الفسخ[142]، هذا وقد جاء نفس الحكم بالنسبة للفسخ القضائي في قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، إذ نصت في المادة (128) منه على انه (1- فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتضى. 2- يجوز للقاضى ان يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الاهميه بالنسبه الى الالتزام فى جملته)[143]، إلا ان الملاحظ في هذه المادة ان المشرع السوداني لم يأتي بأمثلة تطبيقية كما فعل المشرع المدني في الفقرة الثانية من المادة (177) سالفة الذكر، ولذلك فان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في ذلك، لذا نوصي المشرع العراقي بتعديل هذه المادة وذلك بحذف الفقرة الثانية منها، لان ايراد الامثلة ليس من عمل المشرع.

ان المشرع العراقي قد منح القاضي السلطة التقديرية في موازنة مدى تنفيذ الالتزامات ومن ثم الحكم بالفسخ من عدمه، ولكن هل ان القاضي ملزم في حالة الحكم بالفسخ ان يكون كلياً يشمل العقد بجملته، أم ان له ان يحكم بالفسخ الجزئي له للعقد؟، وهل له ان يرفض طلب الفسخ؟ كقاعدة عامة فان القاضي يستطيع الحكم بالفسخ الكلي للعقد إذا تبين له أن الظروف تستوجب ذلك، كما لو تبين عدم قابلية الإبقاء على العلاقة العقدية، أو سوء نية المتعاقد وتعمده عدم التنفيذ أو اهماله، بالرغم منقيام الدائن باعذاره ، ويتحقق ذلك في حالة عدم قيام المدين بالتنفيذ الكامل للإلتزام، أو عدم تنفيذه للجزء الأكبر منه أو التنفيذ المعيب، كما أن للقاضي أن يقضي بفسخ العلاقة العقدية كلياً بحيث يشمل العقد بجملته إذا كان اداءات المدين لا يحتمل التجزئة، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي في العقد[144]، ومن المعروف أيضا أن فسخ العقد كليا، أو رفضه نهائيا هو الأصل العام التي تنشأ عليه سلطة القاضي التقديرية، غير أنه يرد على هذا الأصل العام استثناء يجيز فيه القانون للقاضي أن يتخذ موقفا معتدلاً بين الإبقاء على العقد مع التعويضات، وبين فسخ العقد بالكامل، وهو حل معتدل يتمثل في الفسخ الجزئي[145]، الذي يظفر بجزء من العلاقة العقدية وبالقدر الذي لم ينفذ أو الذي تم تنفيذه بشكل معيب[146]، وبالرغم من ان القانون المدني العراقي لم ينص على الفسخ الجزئي للعلاقة العقدية في حالة التنفيذ الجزئي للعقد أو التنفيذ المعيب له، إلا اننا بالرغم من ذلك، نرى بانه ليس هناك مانع قانوني من ذلك، لان عبارة الفسخ الوارد في المادة (177) من القانون المدني العراقي جاءت بشكل مطلق، ولم تقترن بعبارة الكلي أو الجزئي، وتطبيقاً لذلك فقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في احدى قراراتها والتي تتلخص وقائعها بان محافظ بغداد إضافة لوظيفته قد ابرم عقداً مع احدى شركات المتخصصة في تجارة السيارات والمكائن وذلك في 2009/12/31 لتجهيزه بمئة سيارة من نوع المعروف ب (مسيو بيشي بيك اب دبل قمارة ذات دفع رباعي)، ثم تبين ان ثمانية من تلك السيارات غير مطابقة للمواصفات المتفق عليه، إلى انه (وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون، حيث كان على المدعي ان يطلب فسخ العقد جزئياً بقدر تعلق الامر بالسيارات الثمانية التي يدعي انها غير مطابقة للمواصفات والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى، حيث ان العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ (م 1/177 مدني) وعليه قرر تصديق الحكم المميز)[147]، هذا بالإضافة إلى ان للقاضي ان يرفض طلب فسخ العقد استناداً للجملة الاخيرة من المادة (1/177) من القانون المدني العراقي[148]، إذ كان ما لم يوفي به المدين قليلاً بالنسبة للإلتزام الواجب عليه في العقد، وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في احدى قراراتها إلى انه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون، ذلك ان محكمة الاستئناف اتبعت قرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بالعدد (1207/الهيئة الاستئنافية عقار/2006) في 2006/8/27 واجرت الكشف على المأجور موضوع الدعوى بمعرفة ثلاثة من المهندسين ذوي الاختصاص قدموا تقريرهم في 2007/4/2 اكدوا فيه ان المميز عليه/ المدعى عليه نفذ 80% من البناء المتفق عليه بموجب العقد وفقاً للمواصفات والتصاميم المعدة وبقى 20% لم ينفذ لحد الآن وحيث ان الجملة الاخيرة من الفقرة الاولى من المادة (177مدني) قد نصت على انه(... يجوز لها (أي المحكمة) ان ترفض طلب الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للإلتزام في جملته) لذا يكون الحكم المميز بتاييده للحكم البدائي القاضي برد دعوى المدعي /المميز المتضمنة طلب فسخ العقد له سنده من القانون قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 27/جمادي الاولى/ 1428 هـ الموافق ليوم 2007/6/12م)[149].

ومما سبق يتبين بان للقاضي دور في انهاء العلاقة التعاقدية عن طريق الفسخ القضائي،سواء كان الفسخ كلياً أو جزئياً، بالإضافة إلى دوره في رفض طلب الفسخ، واعطاء المهلة للمدين، وكل هذا دلالة واضحة على دور القاضي كاحد مرتكزات نظرية الدور محل دراستنا، مما يجعل من هذه النظرية موضع التطبيق في العقود المدنية.

4. الخاتمة

لقد توصلنا من خلال دراستنا لموضوع هذا البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات، نذكرها بالتعاقب، والتفصيل على نحو الآتي:

4. 1 النتائج

1-ان نظرية الدور موضوع بحثنا تعتبر من النظريات التي ظهرت في مجال العلوم الاجتماعية، فهي من النظريات التي استخدمت في كثير من المجالات والتخصصات العلمية الاخرى، وبالتالي فهي غير مقصور على تخصص واحد دون غيره، بل يمكن ان يستخدمها الباحثون في مجالات اخرى، فقد يستخدمها عالم الاجتماع، كما ويمكن استخدامها في مجال علم القانون وبالتحديد في نطاق العقود المدنية، كغيرها من النظريات التي استخدمت في هذا النطاق، كنظرية الظروف الطارئة مثلاً.

2- يمكن توظيف نظرية الدور في مجال علم القانون وبالأخص في نطاق العقود المدنية، لكون الأخيرة وفي جميع مراحل حياتها تحتاج إلى مفهوم معين لدور اطرافها، أو دور القاضي عند النظر في دعاوى موضوعها عقود مدنية، لكون يستحيل من دونها ان ينشأ أو ينفذ العقد، فإذا لم يقوموا بالسلوك المرتبط بالدور المنوط بهم، فانه يمكن ان يتعرض العقد للإختلال وعدم الاستقرار، وبالتالي الانحلال، ذلك لان لكل منها - القاضي والأطراف - في العقد مركز، والمركز عبارة عن مجموعة من الحقوق والإلتزامات، وان الدور الذي يلعبونه هو الجانب النشط والفعال لتلك المراكز، فاتباع هذه الإلتزامات والحقوق معناه القيام بالدور، وعليه يمكن القول، انه بالامكان من الناحية النظرية والتطبيقية (العملية) استخدام نظرية الدور ذات اصول اجتماعية وتوظيفها في مجال علم القانون وفي نطاق العقود المدنية، في سبيل تحليل وتفسير سلوك الاطراف والقاضي الذين يلعبون دوراً مهماً في حياة العقد وكذلك اعطائهم دوراً ايجابياً، تحقيقاً للعدالة المرجوة من العقد.

3- يمكن تعريف نظرية الدور بشكل عام بأنها مجموعة من انشطة وانماط سلوكية مؤثرة، يتبعها الفرد كأحد افراد الجماعة، لغرض تحقيق مركز معين له في ذلك المجتمع، أما بالنسبة لنظرية الدور اصطلاحاً في نطاق العقود المدنية، فيمكن تعريفها بانها عبارة عن الادوار المعبرة عن إرادة المتعاقدين أو القاضي والمؤثرة في جميع المراحل التي تمر بها العقد وفق المركز الذي يتمتعون به وبموجب النظام القانوني الذي يحكم العقد، بحيث يؤثر كل من الدور والمركز ببعضها البعض في العقد.

4-ان نظرية الدور وان كانت تتميز بإمكانية توظيفها في نطاق العقود المدنية، إلا ان استخدامها في ذلك النطاق تثير عدة اشكاليات قانونية، منها ما يتعلق بإرادة المتعاقد الحقيقية،ومدى الاعتداد بها- اشكالية الضمنية في القانون،وكذلك اشكالية الدور الاجتماعي للقاضي المدني.

5- ان دور الاطراف وفق نظرية الدور وفي نطاق العقود المدنية قد يثير مشكلة عدم الاعتداد به ان كان التعبير عنه ضمنياً، وان كانت الارادة الضمنية لها القوة الملزمة اسوة بالتعبيرات والإرادة الصريحة، وفقاً للقانون المدني العراقي والمقارن المعول عليه في هذه الدراسة، إلا ان اثبات الأولى يكون اصعب من الثاني، بالإضافة إلى الحالات التي لا يكتفي فيها القانون على سبيل الاستثناء بالتعبيرات الضمنية فيتطلب تعبيرات صريحة.

6- يتبين من موقف القانون المدني العراقي والمقارن، من حيث الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة مدى اثرهما على دور إرادة الاطراف ودور القاضي المدني -كمحورين اساسيين في نظرية الدور- في حياة العقد، فالدور يواجه مشكلة الاعتداد به توسعاً او تضيقاً حسب توجه تلك التشريعات، فكلما تمسك المشرع بالإرادة الباطنة كلما توسع سلطان ودور الإرادة، لان نظرية الإرادة الباطنة تستمد اساسها من مبدأ سلطان الإرادة، وبالعكس فانه كلما تمسك المشرع بالإرادة الظاهرة كلما ضيق من دور الإرادة لان تلك النظرية تعتد بما ظهر من الارادة، بالرغم من ان مبدأ استقرار المعاملات والاستقرار القانوني يحتم ان تكون الإرادة الظاهرة هي المعول عليها كقاعدة عامة وذلك حماية للمتعاقد الذي يعتقد اعتقاداً مبرراً انه كسب حقاً، ولهذا فلا يمكن ان يهدر هذا الحق لامر كان خافياً (الارادة الباطنة) ولم يكن في استطاعته معرفته، هذا بالاضافة إلى عدم معقولية اهدار ثقة المتعاقدين في الحفاظ على مصالحهم المشروعة بسبب خلاف بين الإرادتين الظاهرة والباطنة، هذا بالإضافة إلى ان الثقة المشروعة المستقاة من مبدأ حسن النية وفقاً للمادة (150) من القانون المدني العراقي يفترض عدم علم المخاطب بخلاف بين تلك الإرادتين.

7- ان فلسفة وسياسة المشرع المدني العراقي والمقارن من تنظيم المعاملات المالية هي تحقيق العدالة العقدية واستقرار المعاملات، وبالتالي تحقيق الثقة والسكينة الاجتماعية، ولاشك ولغرض تحقيق هذه الغايات فانه يمكن توظيف وسائل ونظريات، ومن تلك النظريات التي تعتبر وسيلة فعالة لتحقيق تلك الغايات هي نظرية الدور موضوع دراستنا.

8-ان الاستقرار القانوني يعتبر احدى الغايات الاساسية التي تبتغي نظرية الدور تحقيقها، لكون ان كلاً من دور إرادة الاطراف ودور القاضي اللذان يعتبران المحوران الأساسيان في بناء وتكوين نظرية الدور في العقود المدنية لهما دور فعال في تحقيق الثبات والاستمرار للعلاقة التعاقدية لحين انتاج تلك العلاقة آثارها، وان تحقيق العدالة كاحدى غايات نظرية الدور تظهر بوضوح بالنسبة لفلسفة المشرع المدني العراقي في نطاق دور إرادة القاضي في العقد، بالتفسير، أو التكميل، أو التعديل، لكون ذلك الدور وفقاً لنظرية الدور يحقق العدالة العقدية.

9- ان هذه النظرية يمكن وضعها موضع التطبيق، في نطاق العقود المدنية، وذلك لامكانية ممارستها ممارسة فعلية من قبل الاطراف والمحاور الاساسية لهذه النظرية – وهما الاطراف في العلاقة العقدية والقاضي عند النظر في الدعاوى موضوعها عقود مدنية – وان ممارسة هذه النظرية ووضعها موضع التطبيق لا يقتصر على دور القاضي فقط، بل تشمل الاطراف في العلاقة التعاقدية ايضاً، إذ ان لكل منهما وفق نظرية الدور أثر في العلاقة التعاقدية، فللأطراف دور في انشاء العقد وتعديله وانهائه، كما ان للقاضي اثر ودور واضح في جميع المراحل العقدية من مرحلة الانشاء والتنفيذ والانهاء، وهذا دليل على امكانية توظيف تلك النظرية في مجال القانون وبالتحديد في نطاق العقود المدنية.

4. 2 التوصيات

1- نقترح على المشرع العراقي ان يقوم بتعديل المادة (79) من القانون المدني العراقي وذلك بإضافة فقرة إليها ويكون نص الفقرة كالآتي (يجوز ان يكون التعبير عن الإرادة باتخاذ مسلكاً غير مباشراً أو ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على غير ذلك). وذلك لان من الاشكاليات والصعوبات التي تواجه نظرية الدور هي مشكلة الضمنية، التي لم يشر اليه القانون المدني العراقي في نص صريح.

2- من المستحسن على المشرع العراقي ان يحدد القيمة القانونية للايجاب أو القبول عند موت من صدر منه أو فقد اهليته، لذا نقترح على المشرع العراقي بإضافة فقرة إلى المادة (87) من القانون المدني، وان يسلك في ذلك مسلك المشرع السوداني عندما نصت على هذه الحالة في المادة (37) من قانون المعاملات المدنية النافذ بقوله (يسقط التعبير عن الارادة اذا كان من صدر منه او من وجه اليه هذا التعبير قد مات او فقد اهليته قبل ارتباط الايجاب بالقبول). لأن الإرادة الباطنة تعد هي الاصل في القانون المدني العراقي.

3- ان نصوص القانون المدني العراقي التي تعالج دور القاضي المدني في اعطاء المهلة القضائية لا يتضمن الحد الاقصى لها من حيث مدة المهلة، وباعتقادنا ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في ذلك، لان منح ذلك الدور للقاضي يعتبر من حيث الاصل خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة فلا يجوز التوسع فيها، لذا نوصي المشرع العراقي بتعديل نصوص القانون المدني العراقي التي تتضمن في ثناياها المهلة القضائية (مثلاً المواد 1/177 و297 و2/394) وذلك بتحديد الحد الاقصى لها، بحيث لا يتجاوز عن سنة واحدة، ونقترح ان يكون التعديل بإضافة عبارة (على ان تكون تلك المهلة في حدود سنة واحدة، مع مراعاة احكام المتعلقة بالحوادث استثنائية عامة الواردة في الفقرة (2) من المادة 146) إلى النصوص المتعلقة بالمهلة القضائية.

4- نوصي المشرع العراقي بتعديل نص الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني العراقي، وجعل دور القاضي احتياطياً، معلق على شرط عدم اتفاق الاطراف على التفاوض، فان لم يتفقوا خلال مدة معقولة، جاز للقاضي بناء على طلب احد الاطراف تعديل العقد أو انهائه، وكذلك تعديل عبارة (تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول) إلى عبارة (ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول)، وان يكون النص الفقرة كالآتي (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة في حالة عدم اتفاق الاطراف، خلال مدة معقولة، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان ترد الالتزام المرهق إلى حد المعقول، ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

5. الهوامش

(1) د. عصمت محمد حوسو، الجندر - الابعاد الاجتماعية والثقافية، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 159.

(2) بوابة علم الاجتماع، ملخص نظرية الدور،متاح على الموقع الإلكتروني: https://www.b-sociology.com آخر زيارة 15/ 6 /2020

(3) وينفريد هوبر، مدخل إلى سيكولوجية الشخصية، ترجمة مصطفى عشوي، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 79.

(4) د. أمينة قهواجي، صراع الدور وتأثيره على الأداء الوظيفي، بحث منشور في مجلة دراسات في علم اجتماع المنظمات، جامعة الجزائر، مجلد 2، عدد 12، 2018، ص 29.

(5) رمضان محمد القذافي، العلوم السلوكية في مجال الادارة التربوية والانتاج، المكتب الجامعي،الاسكندرية، 2007، ص 246.

(6) د. احسان محمد الحسن، موسوعة علم الاجتماع، ط1، الدار العربية للموسوعات، بيروت، لبنان، 1999، ص289.

(7) منهم الفقيه راشبلاف سيبلي والفقيه (ميد Mead)، مشار لدى وينفريد هوبر، المصدر السابق، ص 80.

(8) زايد احمد رجب البشبيشي، طرق التعبير عن الارادة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 17.

(9) لاحظ المادة (73) مدني عراقي، والمادة (33) من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة (89) من القانون المدني المصري، والمادة (1101) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

(10) د. احمد حسن البرعي، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام- العقد، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، دون سنة النشر، ص 53.

(11) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول-مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 78.

(12) د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1984، ص 237.

(13) د. جليل الساعدي وحازم أكرم الربيعي، أثر الإرادة الباطنة في تفسير العقد، بحث منشور، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 19، العدد 1ب، 2017، ص 12.

(14) كذلك نصت المادة (780) منه على ان (1- إذا انتهى الايجار وبقى المستأجر منتفعاً بالمأجور بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الاولى ولكن لمدة غير محددة،.....2- ويعتبر هذا التجديد الضمني ايجاراً جديداً لا مجرد امتداد للإيجار الاصلي،.....)، هذا بالاضافة إلى المادة (79) منه التي نصت على ان (كما يكون الايجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي)، فالفقرة الاخيرة من هذه المادة التي تشير باتخاذ اي مسلك آخر قد تشير إلى الإرادة ضمنية ايضاً لكون الارادة الضمنية هي عبارة عن مسلك غير صريح للدلالة عن الإرادة.

(15) نصت المادة (2/90) من القانون المدني المصري النافذ على انه (ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).

(16) المادة (1738) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 .

(17) المادة (2/1985) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.

(18) جاك غستان، المطول في القانون المدني- تكوين العقد، ط2، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008، ص 396.

(19) الفقرة (2) من المادة (35) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ.

(20) الفقرة (2) من المادة (90) من القانون المدني المصري النافذ التي نصت على انه (ويجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ان يكون صريحاً)، أما بالنسبة للقانون المدني الاردني فانه لم ينص صراحة على التعبير الضمني عن الارادة كما فعل القانون المصري آلا انه ذهب إلى مشروعية هذا النوع من التعبير عن الارادة في المواد المتناثرة في القانون المدني النافذ منها لاحظ المواد (93 و141و187 و188 و209 و211 و459 و646 و1161).

(21) د. عبدالمجيد الحكيم، ود.عبدالباقي البكري، ود.محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، 1980، ص 43.

(22) طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والاسلامي، ج1، انعقاد العقد، المهل للنشر، بدون مكان النشر، 2010، ص 107.

(23) كذلك نصت المادة (1/524) منه على انه (1 – في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً للبيع).

(24) إذ نصت على انه (لا يعد السكوت قبولاً، مالم يتبين عكس ذلك من نص في القانون أو من العرف أو علاقات الاعمال أو الظروف الخاصة).

(25) للتفصيل أكثر لاحظ: د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص 240.

(26) د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، ج1، مطبعة الجامعة، بغداد، 1973، ص 107 وما بعدها.

(27) جاب الله عبدالحميد، التعبير عن الإرادة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الجزائر، لسنة 2012 -2013، ص 93.

(28) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج4، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص35.

(29) لاحظ: المادة (1/155) من القانون المدني العراقي التي نصت على ان (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني).

(30) القانون المدني العراقي والقوانين المدنية المقارنة المعولة عليها في هذه الدراسة مثل القانون المدني الفرنسي المعدل والمعاملات المدنية السوداني والمدني المصري النافذ.

(31) د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، ط1، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، 2011، ص 104.

(32) صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، دون ذكر اسم الناشر، بغداد، 1970، ص 38.

(33) ان هناك نصوص في القانون المدني العراقي تشير إلى ان المشرع قد اخذ ببعض التطبيقات الارادة الظاهرة منها المادة (73) من تعريف العقد فالإرادة الظاهرة واضح من هذا التعريف، وكذلك المادة (2/155) منه إذ اعطت الاولية للمعاني الحقيقية (الارادة الظاهرة)، فإذا تعذرت المعاني الحقيقية اخذنا بالمعاني المجازية (الارادة الباطنة).

(34) قرار لمحكمة النقض الفرنسية، الغرفة الاجتماعية، 14 نيسان 1961،مصنف اجتهادات الدوري 1961، 11- 12260) وهذا دليل على اخذهم بالإرادة الباطنة، هذا وقد طرحت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض بتاريخ 9 تشرين الثاني1983 المبدأ المناقض جذرياً للحل السابق، لاحظ جاك غستان، المطول في القانون المدني-تكوين العقد، ط2، المصدر السابق، ص 314 ومابعدها.

(35) المادة (92) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، وكذلك اخذ بالإرادة الظاهرة في المادة (89) منه إذ نصت على انه (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ،مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد).

(36) هاجر الهشري يعقوب، الوظيفة الاجتماعية للحكم المدني، بحث منشور ومتاح على الموقع الإلكتروني: https://maitremahmoudyacoub.blogspot.com/2015/08/blog-post_34.html آخر زيارة 10/ 7/2020

(37) عبدالله الاحمدي، القاضي والاثبات في النزاع المدني، دار أوريس، دون بلد النشر، 1991، ص 99.

(38) د. عبد الحكم فودة، انهاء القوة الملزمة للعقد، دار مطبوعات الجامعة الاسكندرية، الاسكندرية، 1993، ص 454. ونورية طرطاق، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014- 2015، ص 9.

(39) د. عبدالمجيد الحكيم، ود. عبدالباقي البكري، ود.محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج2، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، 1980، ص 180.

(40) ففي حالة وجود نص قانوني يمنع ذلك فان القاضي يكون ملزماً بعدم اعطاء المهلة القضائية، ومن تلك الحالات ما نصت عليها المادة (581) من القانون المدني العراقي والمادة (1070) منه. وكذلك المادة (183) من القانون التجارة العراقي النافذ رقم (30) لسنة 1984، اذ نصت على ان (لا يجوز للمحاكم ان تمنح مهلا للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو القيام بأي اجراء متعلق بها إلا في الاحوال التي ينص عليها القانون)، والمادة (156) من القانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 التي تنص على ان (لا يجوز للقضاة ان يعطي مهلة بدفع قيمة الكمبيالة)، والمادة (1/56) من قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 التي نصت على انه (عدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بدين تجاري إلا في ظروف استثنائية). وكذلك نص الشطر الاخير من الفقرة (1) من المادة (1244) من القانون المدني الفرنسي المعدل والمتعلقة بالمهلة القضائية على انه (لا تطبق احكام هذه المادة على ديون النفقة).

(41) والملاحظ ان القانون المدني العراقي والمصري والاردني واللبناني لم يضعوا الحد الاقصى للأجل، بل تركوا ذلك لتقدير القاضي، بحيث لا يجوز له منح المدين اجلاً طويلاً يعطل فيه على الدائن حقه، هذا على عكس القانون المدني الفرنسي النافذ الذي حدد الحد الاقصى للمدة في المادة (1/1244) بسنتين. للتفصيل أكثر عن هذا الشرط لاحظ: د. اكرم محمود حسين، الدور الايجابي للقاضي في المهلة القضائية، بحث منشور، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 7، الاصدار 25/2، 2018، ص 27.

(42) الفقرة (2) من المادة (346) من لقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948. وتقابلها المادة (403) من القانون المدني الاردني النافذ التي تنص على انه (اذا تبين من التصرف ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة او الميسرة حددت المحكمة أجل الوفاء مراعية موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضية منه عناية الحريص على الوفاء بالتزامه)، والمادة (115) من القانون الموجبات والعقود اللبناني النافذ التي نصت على ان (للقاضي أن ينظر بعين الإعتبار إلى حالة المدينون إذا كان حسن النية فيمنحه مع الإحتياط الشديد مهلاً معتدلة لإيفاء الموجب ويأمر بتوقيف المداعاة مع إبقاء كل شيء على حاله، ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف). أما قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ فقد نص في المادة (2/128) منه على انه (يجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الاهميه بالنسبه الى الالتزام فى جمله).

(43) د. عبدالباقي البكري، و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري، بغداد، 2015، ص198.

(44) Jeanne PROULX, La sécurité juridique - Un cadre juridique stable adapté à l'évolution technologique constante, Formation organisé par direction des affaires législatives, DGAJL , Ministère de la justice de Québec, Canada, 11 juin 2009, pp. 8-9.
منقول من لعماري وليد، الاستقرار القانوني واثره على الاستثمار الأجنبي، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2018-2019، ص 65.

(45) لعماري وليد، المصدر السابق، ص 97.

(46) د. حازم الببلاوي، الاستقرار القانوني، مقال منشور بجريدة الأهرام الإلكترونية، عدد 41726،مصر، 4 مارس، (2001)، متاح على الموقع الإلكتروني: http://hazembeblawi.com آخر زيارة 29 / 7 / 2020

(47) يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، اطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، 2011، ص 12.

(48) د.عبدالمجيد لخذاري وفطيمة بن جدو، الأمن القانوني والأمن القضائي- علاقة تكامل، بحث منشور، مجلة الشهاب، المجلد 4، العدد 2، جوان 2018، ص 389.

(49) د.عبد الحق لخذاري، مبدأ الأمن القانوني ودوره في حماية حقوق الإنسان، بحث منشور، مجلة الحقيقة، المجلد 15، العدد 37، 2016، ص 223.

(50) فهيمة بلحمرى، الامن القانوني للحقوق والحريات الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالحميد ابن باديس، مستغانم، 2018، ص 30.

(51) لاحظ المادة (1/146) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016 والمادة (1193) من نفس القانون بعد التعديل، وتقابلها المادة (147) مدني مصري والمادة (113) قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984.

(52) د. نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقاً لأحكام القانون الجزائري، بحث منشور، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 1، العدد 2، ص28.

(53) علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص 8.

(54) الفقيه الفرنسي جان دوما قاضي وفقيه فرنسي (1625-1696) اشتهر بشروحاته للقوانين المدنية التي انتشرت في اوروبا، منقول من د. علي فيصل علي الصديقي، مصدر سابق، ص 62.

(55) وتقابلها المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016 والمادة (1193) منه بعد التعديل التي نصت على انه (لا يجوز تعديل العقود أو نقضها إلا بالرضاء المتبادل لاطرافها، أو لاسباب التي يقررها القانون)، والمادة (147) مدني مصري بقولها (العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون).

(56) د.محمد عباس السامرائي، مبدأ سلطان الإرادة ، بحث منشور، مجلة القانون المقارن، العدد الثامن والتاسع، السنة السادسة 1978، ص 15.

(57) حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، 1996، ص4.

(58) وتقابلها المادة (117) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 والمادة (205) من القانون المدني الاردني النافذ. والمادة (2/147) من القانون المدني المصري النافذ، والمادة (1195) من القانون المدني الفرنسي.

(59) د. عصمت محمد حوسو، المصدر السابق، ص 159.

(60) زكريا الشربيني ويسريه الصادق، التنشئة الاجتماعية، دار الفكر العربي، القاهره، 1996، ص 30.

(61) د.هائل حزام محبوب العامري، النظرية العامة للإستغلال، مكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009، ص25.

(62) د. سمير عبدالسيد تناغو، مصادرالالتزام-العقد-الارادة المنفردة-العمل غير المشروع-الاثراء بلا سبب-القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 10.

(63) جاك غستان، المطول في القانون المدني-تكوين العقد، ط2،مصدر سابق، ص 261.

(64) د. محمد سليمان الاحمد، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحدباء الجامعة في الموصل، العدد الاول، 2000، ص 313.

(65) د.حسن علي ذنون، فلسفة القانون، ط1 ، مطبعة العاني، بغداد، 1975 ، ص 163، 336.

(66) د. عبدالباقي البكري، ود. زهير البشير، المصدر السابق، ص 68.

(67) منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، بحث مشور، مجلة جامعة بابل، 2017، ص 2584.

(68) لاحظ المواد (118/ 1 ،150/ 1 ،551/ 2 ،2/987) من القانون المدني العراقي. والمادة (1112 ،1198) من القانون المدني الفرنسي المعدل، ، والمواد (1/65 ،114 ،6/225 ،1/305 ،343/د) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984، والمادة (148) من القانون المدني المصري النافذ، والمادة (202) من القانون المدني الاردني النافذ.

(69) مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 114.

(70) د. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، ط1، دار دجلة، الاردن، 2008، ص 147.

(71) عبدالمنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2006، ص 151.

(72) كما في عقد التأمين، لاحظ المادة (986) من القانون المدني العراقي.

(73) Mestre (J), D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, op.cit, pp.100-102. La coopération dit Mestre (J) est « l'exigence … des attitudes, des comportements convergents au service d'un interêt contractuel commun», Voir la P. 101.

(74) د. محمد سليمان الاحمد، فلسفة الحق، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2017، ص 504.

(75) الاستاذ الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، دون سنة الاصدار، ص 950.

(76) الفقرة (2) من المادة (167) من القانون المدني العراقي. وتقابلها المادة (118) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984، والمادة (204) من القانون المدني الاردني لسنة 1976، وكذلك ان للقاضي لاعتبارات تتعلق بالعدالة في حالات اخرى ان يعدل العقد مثل منح المدين نظرة ميسرة (المادة (297) مدني العراقي، والمادة (246) مدني مصري)، وكذلك تعديل اجر الوكيل (المادة (940) مدني عراقي والمادة (709) مدني مصري) أو تعديل شرط جزائي (المادة (170) مدني عراقي والمادة (224) مدني مصري)

(77) د. علي فيصل علي الصديقي، المصدر السابق، ص 250.

(78) لاحظ المادة (167) والمادة (146) والمادة (150) من القانون المدني العراقي.

(79) محمد صديق محمد عبدالله، موضوعية الإرادة التعاقدية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2010، ص 225.

(80) حسان علي مسلم الطائي، دور الارادة في مرحلة المفاوضات العقدية، بحث منشور، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كَرَكُك، المجلد 5، عدد 16، 2016، ص 618.

(81) CARPONNIER (J) Droit Civil 4-les obligations, zoed, puf, 1996, n28- b, P.72.

(82) عبدالمنعم موسى ابراهيم، مصدر سابق، ص 40.

(83) د.صبري حمد خاطر، قطع المفاضات العقدية، بحث منشور، مجلة النهرين للحقوق، المجلد الاول، العدد الثالث، 1997، ص 124.

(84) عبدالمنعم موسى ابراهيم، مصدر سابق، ص 41.

(85) المادة (1/114) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، والمادة (1/148) من القانون المدني المصري النافذ، والمادة (1/202) من القانون المدني الاردني النافذ.

(86) تقابلها المادة (113) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، والمادة (147) مدني مصري، والمادة (1193) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

(87) الذي يهمنا هنا في هذا المجال هو تعديل العقد وفقاً لإرادة الاطراف في العلاقة العقدية، إذ سنتطرق لتعديل العقد بمقتضى نص في القانون عند الكلام عن سلطة القاضي لتعديل العقد.

(88) قرار رقم 415 / الهيئة المدنية الاولى / 2007 / التاريخ 2007/8/5، منشور لدى: القاضي سرور علي جعفر، والقاضي جمال صدرالدين علي، المختار من المبادئ القانونية للقرارات التمييزية في محاكم اقليم كوردستان، ط1، من منشورات مركز انماء الديمقراطية وحقوق الانسان، مطبعة كارو، سليمانية، العراق، 2010، ص 29.

(89) لاحظ المادة (146) مدني عراقي، وتقابلها المادة (113) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، والمادة (147) مدني مصري، والمادة (1193) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

(90) علي ماجد صاحب، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، بحث منشور، مجلة كلية الاسلامية الجامعة، الجامعة الاسلامية، النجف الاشرف، العدد 36، سنة 2015، ص 591.

(91) لاحظ المادة (152) من القانون المدني العراقي. وتقابلها الماد (124) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ والمادة (1205) من القانون المدني الفرنسي المعدل، والمادة (210) من القانون المدني الاردني النافذ، والمادة (154) من القانون المدني المصري النافذ.

(92) وتقابلها المادة (155/ 2) من القانون المدني المصري النافذ، والمادة (2/211) من القانون المدني الأردني النافذ وتقابلها في الحكم نص المادة (2/125) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ.

(93) تقابلها المادة (416) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، والمادة (699) من القانون المدني المصري النافذ، والمادة (769) من قانون الموجبات والعقود اللبناني النافذ، والمادة (1984) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

(94) وتقابلها المادة (442) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، والمادة (715) من القانون المدني المصري النافذ، اما بالنسبة لقانون الموجبات والعقود اللبناني النافذ والقانون المدني الفرنسي المعدل فانهما لم يتضمنا عبارة تقيد الوكالة، إلا انه بالرغم من ذلك نرى بان للموكل تقيد الوكالة، وذلك لان للموكل عزل الوكيل دون رضاه وذلك وفق المادة (810) موجبات وعقود لبناني، والمادة (2004) من القانون المدني الفرنسي المعدل التي نصت على انه (يحق للموكل ان يعزل الوكيل متى ماشاء....)، فيكون من الاولى ان يكون للموكل تقيد الوكالة، وتعديل بنودها وبالإرادة المنفردة للموكل حتى دون رضا الوكيل.

(95) هناك حالات اخرى اعطى القانون المدني العراقي الحق لاحد الاطراف في العلاقة العقدية تعديل تلك العلاقة، منها ما نصت عليها المادة (775) منه والمتعلق بالتنازل عن عقد الايجار، والمادة (380) منه والمتعلق بالوفاء مع الحلول.

(96) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ف457، ص 689.

(97) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 186 وما بعدها.

(98) وفق المادة (146) من القانون المدني العراقي، والمادة (113) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، والمادة (147) من القانون المدني المصري النافذ.

(99) وتقابلها المادة (133) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، والمادة (242) من القانون المدني الاردني النافذ، ولا مقابل لها في القانون المدني المصري النافذ، إذ ان التقايل غير وارد في ذلك القانون، إلا ان احكام التقايل معمول به في نطاق القانون المدني المصري النافذ، فهذا القانون يطبق القواعد العامة التي تقضي بان ما تستطيع ان تفعله توافق الارادتين هي ذاتها تنقضه وتزيله، وذلك في حدود التي لا تضر بالغير. لاحظ: محمد محمود المصري، ومحمد احمد العابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ، دار المطبعة الجامعية، القاهرة، 1997، ص 97.

(100) تقابلها المادة (135) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، والمادة (243) من القانون المدني الاردني.

[101] انور سلطان، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1970، ص 23.

[102] وقضت محكمة النقض المصرية بأن (التقابل عن العقد صراحةً أو ضمناً هو من مسائل الموضوع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وحسبه ان يبين الحقيقة التي اقتنع به وان يقيم قضاءه على اسباب سائغة دون ان يكون ملزماً بالرد استقلالاً على أوجه دفاع الخصوم مادامت الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها فيها الرد الضمني على هذا الدفاع) نقض 1994/1/27 طعن 4497 س 62 ق.

[103] انور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، دون سنة النشر، ص 118.

[104] د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط1، مطبعة وزارة الزراعة، اربيل، 2007، ص 57.

[105] قرار محكمة التمييز العراقية رقم 277/ اقالة / 1987 بتاريخ 1987/10/4.

[106] انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007، ص 250.

[107] عماد خضير علاوي، دور الإرادة المنفردة في انهاء العقد، بحث منشور، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد الثالث، 2011، ص 200.

[108] د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص 87.

[109] ان القانون المدني العراقي عبر عن فكرة إلغاء أو إنهاء العقد بمصطلحات مختلفة مثل الانهاء كما في المادة (861 و862) منه، وكذلك مصطلح التحلل كما في المادة (996) منه.

[110] لاحظ المواد (181-183) من القانون المدني العراقي، والمواد (127-135) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، والمواد (241-249) من القانون المدني الاردني النافذ، والمواد (1224-1230) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[111] علاء جريان تركي الحمداني، إلغاء العقد بالإرادة المنفردة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2019ص 47.

[112] قرار محكمة التمييز العراقية رقم 956 / م3 / 2000/ بتاريخ 2000/5/5. لاحظ الموسوعة العدلية العدد 81، 2001، ص 13. وفي قرار لمحكمة النقض المصرية ورد فيه (فإذا فسخ عقد الايجار بعد البدء في تنفيذه، فان آثار العقد التي انتجها قبل الفسخ تظل قائمة عملياً، ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الاجر لا التعويض، ولا يعد العقد مفسوخاً إلا من وقت الحكم النهائي بالفسخ لا قبله ويعد الفسخ هنا بمثابة الغاء العقد في حقيقة الواقع)، قرار رقم 509/ 46 ق، جلسة 1979/2/7، نقلاً عن: علاء جريان تركي الحمداني، مصدر سابق، ص 48

[113] قرار محكمة التمييز العراقية رقم 152 / 91 بتاريخ 1991/11/16، نقلاً عن د. ابراهيم المشاهيدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، 2011، ص 139.

[114] نصت المادة (861) من القانون المدني العراقي على انه (1 – تنتهي الاعارة بانقضاء الاجل المتفق عليه، فإذا لم يحدد لها اجل انتهت باستعمال الشيء فيما اعير من اجله، فان لم تكن الاعارة محددة بأي طريقة جاز للمعير ان يطلب انهاءها في أي وقت. 2- وفي كل حال، يجوز للمستعير ان يرد الشيء المعار قبل انتهاء الاعارة غير انه اذا كان هذا الرد يضر المعير، فلا يرغم على قبوله).

[115] نصت المادة (1/368) من القانون المعاملات المدنية السوداني النافذ على انه (إذا كانت الإعارة مؤقتة بأجل نصاً أو عرفاً فرجع المعير فيها قبل حلول الأجل، ولحق المستعير ضرر بسبب ذلك يلزم المعير تعويض المستعير عما أصابه من ضرر).

[116] وتقابلها نص المادة (442) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ، والمادة (715) من القانون المدني المصري النافذ، والمادة (2003 و2007) من القانون المدني الفرنسي المعدل، والمادة (863) من القانون المدني الاردني النافذ.

[117] قرار محكمة التمييز العراقية رقم 2358 بتاريخ 1966/4/22، نقلاً عن: سعد ربيع عبدالجبار، سقوط حق الموكل في انهاء الوكالة بإرادته المنفردة، بحث منشور، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، المجلد 4، العدد 16 و17، 2012، ص 8.

[118] د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص 114.

[119] وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية ان (لرب العمل ان يتحلل بإرادته المنفردة من المقاولة لاسباب قد تطرأ في الفترة ما بين ابرام العقد واتمام تنفيذه مقابل تعويض المقاول عما تكبده من خسارة وما فاته من كسب)، طعن رقم 197 س 44 ق جلسة 1978/2/16 نقلاً عن: احمد سعيد شعلة ، قضاء النقض المدني في العقود، دار الكتب ، مصر، 2006، ص 204.

[120] المادة (177) من القانون المدني العراقي.

[121] المادة (178) من القانون المدني العراقي.

[122] المادة (179) من القانون المدني العراقي.

[123] محمد جمال زعين، العقد المفضي لانهاء العقد، بحث منشور، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 30، عدد 3، ديسمبر 2019، ص 550.

[124] د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 138.

[125] تقابلها المادة (129) من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة (158) من القانون المدني المصري، والمادة (245) من القانون المدني الاردني النافذ.

[126] رأينا انه من المستحسن تسميته بـ (بعقد الانحلال الاتفاقي) ليشمل حالتا الفسخ الاتفاقي والاقالة، لاحظ: محمد جمال زعين، مصدر سابق، ص 550، إذ ان الباحث في بحثه قد ذهب إلى تسميته بعقد الفسخ وعقد الاقالة.

[127] انور طلبه، مصدر سابق، ص 112 و113.

[128] فايزة طيب،سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عبدالحميد ابن باديس، مستغانم، 2019، ص 176.

[129] د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للإلتزام، مصدر سابق، ص 242 وما بعدها.

[130] د. سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص64 وما بعدها.

[131] لاحظ المادة (2/88) من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ.

[132] وتقابلها نص المادة (2/147) من القانون المدني المصري النافذ.

[133] ويستفاد من المادة (2/146) من القانون المدني العراقي بانه يشترط لتطبيق الظروف الطارئة شروط ثلاثة: 1- وقوع حوادث استثنائية عامة. 2- ان تكون هذه الحوادث غير متوقعة. 3- ان يترتب عليها ان يصبح تنفيذ المدين لإلتزاماته مرهقاً. لاحظ: لفته هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد، ط1، موسوعة القوانين العراقية، العراق، 2008، ص 15.

[134] وتطبيقاً لذلك نصت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بان (ثبت منع الحكومة للذبح خلال المدة المطالب بها ولذلك فهو من الحوادث الاستثنائية التي لم يكن للمستأجر أو المؤجر يد فيها وحيث ان المنع قد جعل المأجور اثناء الفترة المذكورة لا يصلح معها للانتفاع الذي اجر من اجل الذبح فيكون من حق المستأجر ان يطالب بانقاص الاجرة عن الفترة المشارة اليها دون التعويض) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 132 / هيئة عامة اولى / 75 بتاريخ 1974/10/5، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الخامسة، 1976، ص 56.

[135] لقد نص القانون المدني العراقي على زيادة التزام المقابل صراحةً في المادة (878) منه.

[136] لاحظ المادة (2/394) من القانون المدني العراقي.

[137] د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مصدر سابق، ص 263 و264.

[138] قرار محكمة النقض المصرية، نقض مدني 1962/5/10 مجموعة النقض س13، ص626.

[139] قرار محكمة التمييز العراقية رقم 362 بتاريخ 2007/2/28. لاحظ: المحامي علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية، في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، 2006-2007-2008، مكتبة صباح للنشر والتوزيع، بغداد، 2009، ص 95.

[140] إذ ذهبت محكمة التمييز العراقية إلى انه (ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون لان محكمة الاستئناف قد اتبعت قرار النقض التمييزي الصادر بعدد 1999/الهيئة الاستئنافية العقار/2005 في 2006/4/4 وتبين لها بان العقد موضوع الدعوى لم يشمله قرار مجلس الحكم بتخصيص نسبة 25% منه، وحيث انه من الثابت في الدعوى بان عقد الإيجار المرقم 11149 والمؤرخ في 2002/7/24 المبرم بين الطرفين كان للفترة من 2002/4/21 ولغاية 2004/4/20 وان العمليات الحربية على العراق قد بدأت في 2003/3/20 مما تكون السنة الثانية من التنفيذ العقد خلال الظروف الاستثنائية التي قذفتها الحرب المذكور والتي اثرت بشكل سلبي على الظروف الامنية والاقتصادية والاجتماعية واصبحت معها مزاولة البيع والشراء والانشطة التجارية الاخرى وان لم تكن معدومة باتت محدودة بحيث اصبح تنفيذ بعض العقود مستحيلاً أو مرهقاً في احسن الاحوال، لذلك فقد استعانة محكمة الاستئناف بخبرة ثلاثة خبراء مختصين لبيان مدى تأثير تلك الظروف على تنفيذ العقد بالنسبة للمدعي (المستأجر) الذين قدموا تقريرهم المؤرخ في 2005/7/24 وملحقة في 2005/9/28 تضمن بان العقد اصبح مرهقاً خلال السنة الثانية من تنفيذه وبما يعادل مبلغ قدره خمسمائة وستة وخمسون الف واربعمائة وثمانية وتسعون دينار وحيث ان تقرير المذكور جاء معللاً ومسبباً ويصلح ان تتخذه المحكمة سبباً لحكمها استناداً لاحكام المادة 140 من قانون الاثبات بما اصبح معه الحق للمدعي مطالبة لتنقيص التزاماته بحدود المبلغ المذكور وبالتالي تكون الدفوع المثارة من قبل المميز (المدعى عليه) إضافة لوظيفته غير واردة لانه ليس هنالك اي مانع قانوني أو عقدي يحرم المدعي من إقامة دعوى تنقيص الإلتزام سواء أكان قبل انتهاء العقد بفترة قصيرة أو حتى بعد انتهائه، طالما انه قد ثبت من وقائع الدعوى بان تنفيذ العقد في السنة الثانية كان مرهقاً له وتوفرت الشروط التي حددتها الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني، وحيث ان محكمة الاستئناف اعتمدت في حكمها المميز على تقرير الخبراء المذكورين مما يكون حكمها المذكور جاء سليماً وصائباً وله سند من القانون فقرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالأكثرية في 4/جمادي الآخرة /1428 هجري الموافق 2007/6/20 ميلادي)، قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 230 في 2007/6/20. لاحظ: لاحظ: المحامي علاء صبري التميمي، مصدر سابق، ص 97 وما بعدها.

[141] د.محمد حسن قاسم، القانون المدني، الإلتزامات، المصادر، المجلد الثاني، آثار العقد-جزاء الاخلال بالعقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة، وقانون العقود الفرنسي الجديد 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2018، ص 94.

[142] د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مصدر سابق، ص 253.

[143] ولاحظ المادة (157) من القانون المدني المصري النافذ ، والمادة (246) من القانون المدني الاردني النافذ، والمادة (1227 و1228) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[144] محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية للنشر، لبنان، 2000، ص 411.

[145] سعيدة جوهري، سلطة القاضي في فسخ العقد، رسالة ماجستير، جامعة اكلي محند، البويرة،كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 46.

[146] د. الحمدي احمد ابو عيسى، انحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 37.

[147] قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق المرقم 1146/الهيئة الاستئنافية منقول/2012، بتاريخ 2012/6/25، غير منشور.

[148] وهو نفس موقف قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ وفق المادة (128) منه، وتقابلها المادة (157) من القانون المدني المصري النافذ، والمادة (246) من القانون المدني الاردني النافذ، والمادة (1228) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[149] قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق المرقم 1193/الهيئة الاستئنافية/2007 بتاريخ 2007/6/12، نقلاً عن: المحامي علاء صبري التميمي، مصدر سابق، ص 300

6. المصادر

6. 1 الكتب

1- د.احسان محمد الحسن، موسوعة علم الاجتماع، ط1، الدار العربية للموسوعات، بيروت، لبنان، 1999.

2- د.احمد حسن البرعي، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام- العقد، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، دون سنة النشر.

3- احمد سعيد شعلة ، قضاء النقض المدني في العقود، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

4- د.ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2011.

5- انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007.

6- انور سلطان، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1970، ص 23.

7- انور طلبة، اخلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، دون سنة النشر.

8- د.تحسين حمد سايل، الادلة الناقصة ودور القاضي المدني في اكمال حجيتها القانونية، ط1، مكتبة شهاب، اربيل، 2011.

9- جاك غستان، المطول في القانون المدني- تكوين العقد، ط2، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008.

10- د.جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول-مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

11- د.حسن علي ذنون، فلسفة القانون، ط 1 ، مطبعة العاني، بغداد، 1975 .

12- رمضان محمد القذافي، العلوم السلوكية في مجال الادارة التربوية والانتاج، المكتب الجامعي الاسكندرية، 2007.

13- زايد احمد رجب البشبيشي، طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.

14- زكريا الشربيني ويسريه الصادق، تنشئه الاجتماعية، دار الفكر العربي، القاهره، 1996.

15- د.سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008.

16- سرور علي جعفر، والقاضي جمال صدرالدين علي، المختار من المبادئ القانونية للقرارات التمييزية في محاكم اقليم كوردستان، ط1، من منشورات مركز اغاء الديمقراطية وحقوق الانسان، مطبعة كارو، سليمانية، العراق، 2010.

17- سعد ربيع عبدالجبار، سقوط حق الموكل في انهاء إرادته المنفردة، بحث منشور، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، المجلد 4، العدد 16 و17، 2012.

18- د.سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط1، مطبعة وزارة الزراعة، اربيل، 2007.

19- د.سليمان مرقس، اصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، عالم الكتب، مطبعة اطلس، القاهرة، 1981.

20- د.سمير عبدالسيد تناغو، مصادرالالتزام-العقد-الارادة المنفردة-العمل غير المشروع-الاثراء بلا سبب-القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.

21- سيروان رؤوف علي، التعسف القضائي والمسؤولية المدنية الناجمة عنه، ط1، مكتبة يادكار، كوردستان، 2018.

22- د.شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، ط1، دار دجلة، الاردن، 2008.

23- صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، دون ذكر اسم الناشر، بغداد، 1970.

24- طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والاسلامي، ج1، انعقاد العقد، المهل للنشر، بدون مكان النشر، 2010.

25- عبد الحكم فودة، انهاء القوة الملزمة للعقد، دار مطبوعات الجامعة الاسكندرية، الاسكندرية، 1993.

26- د.عبدالباقي البكري، و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري، بغداد، 2015.

27- د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام – الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

28- د.عبدالرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج4، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

29- د.عبدالرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، دون سنة الاصدار.

30- عبدالله الاحمدي، القاضي والاثبات في النزاع المدني، دار أوريس، دون بلد النشر، 1991.

31- د.عبدالمجيد الحكيم، ود. عبدالباقي البكري، ود.محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج2، احكام الالتزام، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980.

23- عبدالمنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2006.

33- د.عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، ط1، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، 2011.

34- د.عصمت محمد حوسو، الجندر - الابعاد الاجتماعية والثقافية، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

35- علاء جريان تركي الحمداني، إلغاء العقد بالإرادة المنفردة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2019.

36- د.علي فيصل علي الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2019.

37- د.مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، ج1، مطبعة الجامعة، بغداد، 1973.

38- د.محمد حسن قاسم، القانون المدني، الإلتزامات، المصادر، المجلد الثاني، آثار العقد-جزاء الاخلال بالعقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة، وقانون العقود الفرنسي الجديد 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2018.

39- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للنشر، لبنان، 2000.

40- د.محمد سليمان الاحمد، فلسفة الحق، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2017

41- د.محمدي احمد ابو عيسى، اخلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

42- د.مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

43- د.نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1984.

44- د.هانل حزام محبوب العامري، النظرية العامة للإستغلال، مكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009.

45- وينفريد هور، مدخل إلى سيكولوجية الشخصية، ترجمة مصطفى عشوي، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

6. 2 الرسائل والاطاريح

1- أسماء بابكر حمزة، الحصانة كأساس لرفض البينة المقبولة في الإثبات، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، 2004.

2- جاب الله عبدالحميد، التعبير عن الإرادة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الجزائر، لسنة 2012 -2013.

3- حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1996.

4- سعيدة جوهري، سلطة القاضي في فسخ العقد، رسالة ماجستير، جامعة أكلي محند، البويرة،كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013.

5- سه ركه وت اسماعيل حسين، الحقيقة التقديرية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، 2009.

6- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

7- فايزة طيب،سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالحميد ابن باديس، مستغانم، 2019.

8- فهيمة بلحمزى، الامن القانوني للحقوق والحريات الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عبدالحميد ابن باديس، مستغانم، 2018.

9- لعماري وليد، الاستقرار القانوني واثره على الاستثمار الأجنبي، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2018-2019.

10- محمد صديق محمد عبدالله، موضوعية الإرادة التعاقدية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2010.

11- نورية طرطاق، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014- 2015.
12- يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، اطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، 2011.

5. 6 البحوث

1- د.ادم وهيب النداوي، الطاولة المستديرة حول قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979، مجلة العدالة، العدد الثاني، السنة السادسة، بغداد، 1980.
2- أكرم محمود حسين، الدور الايجابي للقاضي في المهلة القضائية، بحث منشور، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 7، الاصدار 2/25، 2018.
3- د.أمينة قهواجي، صراع الدور وتأثيره على الأداء الوظيفي، بحث منشور في مجلة دراسات في علم اجتماع المنظمات، مجلد 2، عدد 12، 2018.
4- د.جليل الساعدي وحازم أكرم الربيعي، أثر الإرادة الباطنة في تفسير العقد، بحث منشور، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 19، العدد 1ب، 2017.
5- حسان علي مسلم الطائي، دور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 5، عدد 16، 2016.
6- صبري حمد خاطر، قطع المفاضات العقدية، بحث منشور، مجلة النهرين للحقوق، المجلد الاول، العدد الثالث، 1997.
7- عبد الحق لخذاري، مبدأ الأمن القانوني ودوره في حماية حقوق الإنسان، بحث منشور، مجلة الحقيقة، المجلد 15، العدد 37، 2016.
8- عبدالمجيد لخذاري وفطيمة بن جدو، الأمن القانوني والأمن القضائي- علاقة تكامل، بحث منشور، مجلة الشهاب، المجلد 4، العدد 2، جوان 2018.
9- علي ماجد صاحب، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، بحث منشور، مجلة كلية الاسلامية الجامعة، الجامعة الاسلامية، النجف، العدد 36، سنة 2015.
10- عماد خضير علاوي، دور الإرادة المنفردة في انهاء العقد، بحث منشور، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد الثالث، 2011.
11- محمد جمال زعين، العقد المفضي لانهاء العقد، بحث منشور، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 30، عدد 3، ديسمبر 2019.
12- د.محمد سليمان الاحمد، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع، مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحدباء الجامعة في الموصل، العدد الاول، 2000.
13- محمد عباس السامرائي، مبدأ سلطان الإرادة ، بحث منشور، مجلة القانون المقارن، العدد الثامن والتاسع، السنة السادسة 1978.
14- نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقاً لأحكام القانون الجزائري، بحث منشور، مجلة البحوث في الحقوق

6. 3 المصادر الاجنبية

.1- Carbonnier (J); Droit civil, les obligations, T (4), Thémis, P.U.F., Paris 1985
.2- CARPONNIER (J) Droit Civil 4-les obligations, zoed, puf, 1996, n28- b
3- Jeanne PROULX, La sécurité juridique - Un cadre juridique stable adapté à l'évolution technologique constante, Formation organisé par direction des .affaires législatives, DGAJL, Ministère de la justice de Québec, Canada, 11 juin 2009
4- Mestre (J), D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, op.cit, pp.100-102. La coopération dit Mestre (J) est « l'exigence … des attitudes, .des comportements convergents au service d'un interêt contractuel commun», Voir la

6. 4 القوانين

الدستور العراقي لسنة 2005.
القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.
قانون التنظم القضائي العراقي رقم (160) لسنة 1979 المعدل
قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.
القانون التجارة العراقي النافذ رقم (30) لسنة 1984.
قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 النافذ .
القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.
القانون المدني الاردني (43) لسنة 1976.
القانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 .
القانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 .
القانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.

القرارات القضائية

قرار محكمة التمييز العراقية رقم 2358 بتاريخ 1966/4/22.
قرار محكمة التمييز العراقية رقم 132 / هيئة عامة اولى / 75 بتاريخ 1974/10/5.
قرار محكمة التمييز العراقية رقم 9/ حقوقية /1981 تاريخ 1981/2/10.
قرار محكمة التمييز العراقية رقم 277/ اقالة / 1987 بتاريخ 1987/10/4.
قرار محكمة التمييز العراقية رقم 152 / 91 بتاريخ 1991/11/16.
قرار محكمة التمييز العراقية رقم 956 / م3 / 2000/ بتاريخ 2000/5/5.
قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 230 في 2007/6/20.
قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 415 / الهيئة المدنية الاولى / 2007 / التاريخ 2007/8/5.
قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 1146/الهيئة الاستئنافية منقول/2012، بتاريخ 2012/6/25.
قرار محكمة النقض المصرية- نقض مدني 1962/5/10.
قرار محكمة النقض المصرية رقم 197 طعن / س 44 ق جلسة 1978/2/16.
قرار محكمة النقض المصرية رقم 509/ 46 ق، جلسة 1979/2/7.
قرار محكمة النقض المصرية 1994/1/27 طعن 4497 س 62 ق.
قرار لمحكمة النقض الفرنسية، الغرفة الاجتماعية، 14 نيسان 1961مصنف اجتهادات الدوري 1961، 11- 12260).