Tikrit University Journal For Rights Year (9) Vol (9) NO (2) Part (2) (2024) 595-623

ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

The role of realism in civil contracts A comparative study between the legislative text and practical reality

Dr. Moj Ibrahim Khalaf

College of Law, Tikrit University, Salahaddin, Iraq

MAWJ.I.KHALAF@TU.EDU.IQ

Article info.

Article history:
- Received 10 July 2024
- Accepted 11 August 2024
-Available online 1 December 2024

Keywords:

- **realism**
- **contract**
- **legal standard**
- **field of realism**

Abstract : WHAT is meant by legal realism is: "the standard that determines the general orientation that the judge is guided by when ruling and gives him an idea about the purpose or goal of enacting the law." That is, making truth and reality part of the judicial ruling and the practical reality in many legal rulings related to civil contracts, whether they are at a stage. Preparation, agreement, implementation, or in the event of a dispute arising before a judge the primary goal of the study lies in linking the judiciary to legislation to make legal actions closer to practical reality than the theoretical (legislative text), as the legislative text or legal rule, although characterized by its generality and abstractness, is often unable to address some images. Given the legal shortcomings that cause many legal problems or difficulty in finding solutions, in most cases the role of the judge is not limited to taking into account only the

conditions and circumstances of the dispute before him.

Rather, it goes beyond that, meaning that the legislator anticipates paving the way and setting the basic lines towards more just and realistic legislation, and thus contributes to the making of the law. The legal amendment to the French Contract Law came under Decree No. 131 of 2/10/2016, which was ratified by Law No. 278 of 20 /4/2018 With new standards and foundations that make reality a part of legal behavior and civil contracts. Accordingly, we will discuss the field of realism in contracts and the legal standard of realism in civil contracts.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة (٩) المجلد (٩) العدد (٢) الجزء (٢) (٢٠٢٤) ٥٩٥- ٦٢٣

دور الواقعية في العقود المدنية

م. د. موج إبراهيم خلف

College of Law, Tikrit University, Salahaddin, Iraq

MAWJ.I.KHALAF@TU.EDU.IQ

معلومات البحث :

تواريخ البحث:

- الاستلام : ١٠ / تموز/ ٢٠٢٤
- القبول : ١١ / آب/ ٢٠٢٤
- النشر المباشر: ١/كانون الاول/٢٠٢٤

الكلمات المفتاحية :

- **الواقعية**
- **العقد**
- **الدور القانوني**
- **مجال الواقعية.**

الخلاصة: يقصد بالواقعية القانونية : " المعيار الذي يحدد التوجه العام الذي يهتدي به القاضي عند الحكم ويعطيه فكرة عن الغرض او الهدف من تشريع القانون " ، أي جعل الحقيقة والواقع جزء من الحكم القضائي ومن الواقع العملي في كثير من الاحكام القانونية المتعلقة بالعقود المدنية سواء أكانت في مرحلة الاعداد او الاتفاق او التنفيذ او في حال نشوب نزاع أمام القاضي ، إذ ان الهدف الأساسي يكمن في ربط القضاء بالتشريع في محاولة لجعل التصرفات القانونية أقرب الى الواقع العملي من النظري (النص التشريعي) ، إذ ان النص التشريعي او القاعدة القانونية وان كانت تتميز بصفة العمومية والتجريد الا انها في الغالب تعجز عن معالجة بعض الصور والوقائع بالنظر للقصور القانوني الذي يحدث عدة مشاكل قانونية او صعوبة في إيجاد الحلول ، ففي الغالب اصبح دور القاضي لا يقتصر على ان يراعي ظروف وملابسات النزاع المعروض عليه فقط ، بل يتعداه الى اكثر من ذلك أي ان يستبق المشرع في تمهيد ووضع الخطوط الأساسية نحو تشريع اكثر عدالة وواقعية وبذلك يساهم بصناعة القانون وقد جاء التعديل القانوني لقانون العقود الفرنسي الصادر بموجب المرسوم ١٣١ بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠ والذي تم تصديقه بموجب القانون رقم ٢٧٨ بتاريخ ٢٠١٨/٤/٢٠ بمعايير واسس جديده جعلت من الواقع جزء من التصرف القانوني والعقود المدنية وعليه سنبحث مجال الواقعية في العقود والدور القانوني للواقعية في العقود المدنية.

© ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : أولاً – مدخل تعريفي: إن الوظيفة الاجتماعية للعقد تفرض وجوب ربط القضاء بالتشريع في محاولة لجعل التصرفات القانونية أقرب الى الواقع العملي من النظري (النص التشريعي) خاصةً عند نشوب نزاع امام القضاء او اختلال التوازن العقدي، مما يؤثر على قاعدة التطبيق المرن للعقود.

وبالتالي اللجوء للظروف والملابسات التي تحيط العقد او التصرف القانوني، إذ ان القواعد العامة يكتنفها الغموض وعدم الوضوح في مجال الاعتداد بنطاق الواقعية او أساسها القانوني، وهنا لابد من أن يتم

الاخذ بالواقعية كما هو الحال في الموقف التشريعي الفرنسي الذي راعى هذا الامر في التعديل الذي بالمرسوم ذي العدد ١٣١ والصادر في عام ٢٠١٦ والذي تم تعديله مؤخراً في عام ٢٠١٨.

وعليه وان كانت النص التشريعي يتميز بعمومته الا انه يعجز عن معالجة بعض الصور والوقائع بالنظر للقصور القانوني الذي يحدث عدة مشاكل قانونية او صعوبة في إيجاد الحلول، ففي الغالب اصبح دور القاضي لا يقتصر على ان يراعي ظروف وملابسات النزاع المعروض عليه فقط، بل يتعداه الى اكثر من ذلك إذ انه يستبق المشرع في تمهيد ووضع الخطوط الأساسية نحو تشريع اكثر عدالة وواقعية وبذلك يساهم بصناعة القانون.

وعليه لابد من ان يطرح تساؤل ما المقصود بالواقعية القانونية، وماهو مجال امتداد التطبيق القانوني للواقعية؟ وماهو الدور الذي يلعبه القضاء في هذا المجال كل هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عليه من خلال البحث.

ثانياً- أهمية موضوع الدراسة: تبين أهمية موضوع الواقعية القانونية في مجال التصرفات القانونية او العقود من خلال ربط الواقع العملي بالنص التشريعي إذ ان السلطة التقديرية للقاضي تكون بمثابة الخطوات الأولى التي ترسم للسياسة التشريعية عملها القانوني من خلال ربط القضاء بالتشريع في محاولة لجعل التصرفات القانونية أقرب الى الواقع العملي من النظري (النص التشريعي) ، إذ ان النص التشريعي او القاعدة القانونية وان كانت تتميز بصفة العمومية والتجريد الا انها في الغالب تعجز عن معالجة بعض الصور والوقائع بالنظر للقصور القانوني الذي يحدث عدة مشاكل قانونية او صعوبة في إيجاد الحلول ، ففي الغالب اصبح دور القاضي لا يقتصر على ان يراعي ظروف وملابسات النزاع المعروض عليه فقط ، بل يتعداه الى اكثر من ذلك أي ان يستبق المشرع في تمهيد ووضع الخطوط الأساسية نحو تشريع اكثر عدالة وواقعية وبذلك يساهم بصناعة القانون.

ثالثاً- أشكالية موضوع الدراسة:تنبع الإشكالية الرئيسة لموضوع الدراسة حول الوظيفة الاجتماعية للعقد ، خاصةً عند نشوب نزاع امام القضاء او اختلال التوازن العقدي ، مما يؤثر على قاعدة التطبيق المرن للعقود وبالتالي اللجوء للظروف والملابسات التي تحيط العقد او التصرف القانوني ، فضلاً عن أن القواعد العامة يكتنفها الغموض وعدم الوضوح في مجال الاعتداد بنطاق الواقعية اوالدور القانوني ، إذ لابد من أن يتم الاخذ بالواقعية وتحديد الضوابط الأساسية لها في أي تصرف قانوني كان كما هو الحال في الموقف التشريعي الفرنسي الذي راعى هذا الامر في التعديل الذي صدر لعام ٢٠١٦ .

رابعاً- منهجية موضوع الدراسة: تم اتباع المنهج التحليلي الوصفي القانوني المقارن الذي يعتمد على تحليل الفكرة من الناحية القانونية مدعمة بآراء الفقهية والاجتهادات والقرارات القضائية، فضلاً عن كونها دراسة مقارنة لتحديد الإيجابيات والسلبيات في مواقف القوانيين محل المقارنة وخصوصاً القانون المدني الفرنسي وفق آخر تعديل صادر له في عام ٢٠١٨، وذلك للخروج بمجموعة توصيات من شأنها ان تخدم السياسة التشريعية لبلدنا العراق من الناحية المدنية.

خامساً: هيكلية موضوع الدراسة: تم تقسيم الدراسة القانونية الى مبحثين الأول التعريف بالواقعية القانونية اما المبحث الثاني فيبحث عن الدور القانوني للواقعية من خلال بيان دور الواقعية في الملائمة، فضلاً عن دور الواقعية في تكريس قواعد قانونية فرضها الواقع، وفي الختام توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات .

المبحث الأول: التعريف بالواقعية القانونية

إن الوظيفة الاجتماعية للعقد تفرض وجوب ربط القضاء بالتشريع في محاولة لجعل التصرفات القانونية أقرب الى الواقع العملي من النظري (النص التشريعي) خاصةً عند نشوب نزاع امام القضاء او اختلال التوازن العقدي، مما يؤثر على قاعدة التطبيق المرن للعقود.

وبالتالي اللجوء للظروف والملابسات التي تحيط العقد او التصرف القانوني، إذ ان القواعد العامة يكتنفها الغموض وعدم الوضوح في مجال الاعتداد بنطاق الواقعية او أساسها القانوني، إذ لابد من أن يتم الاخذ بالواقعية كما هو الحال في الموقف التشريعي الفرنسي الذي راعى هذا الامر في التعديل الذي صدر لعام ٢٠١٦. وعليه لابد من ان يطرح تساؤل ما المقصود بالواقعية القانونية، وماهو مجال امتداد التطبيق القانوني للواقعية؟ وماهو الدور الذي يلعبه القضاء في هذا المجال كل هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عليها وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول : التعريف اللغوي .

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.

الفرع الأول: التعريف اللغوي [١]

وَقَعَ: (فعل) وقَعَ / وقَعَ على / وقَعَ في / وقَعَ من يَقَع، قَعْ ، وَقْعًا و وُقُوعًا و وَقْعةً و وَقِيعةً ، فهو واقِع ، والمفعول موقوع ، ووقَعَ الأمرُ : تمّ ، حدَث

أو واقعية: هي التعامل مع الحقائق كما هي وليس كما يجب أن تكون وفق مثل معينة وهو تعامل عملي.

وَاقِعِيَّةُ (في الفلسفة): مذهبٌ يُلتَزَمُ فيه التصويرُ الأَمينُ لمظاهر الطبيعة والحياة كما هي، وكذلك عرض الآراءِ والأَحداث والظروف والملابسات دون نظر مثالي.

---

[١] معجم المعاني الجامع متاح على الموقع الالكتروني : https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D9%88%D8%A7%D9%82%D8%B9%D9%8A%D8%A9/#:~:text=%D9%88%D8%A7%D9%82%D8%B9%D9%8A%D8%A9 آخر زيارة للموقع الالكتروني ٢٠٢٤/٧/٣.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

يقصد بالواقعية القانونية: " المعيار الذي يحدد التوجه العام الذي يهتدي به القاضي عند الحكم ويعطيه فكرة عن الغرض او الهدف من تشريع القانون "، أي جعل الحقيقة والواقع جزء من الحكم القضائي ومن الواقع العملي في كثير من الاحكام القانونية المتعلقة بالعقود المدنية سواء أكانت في مرحلة الاعداد او الاتفاق او التنفيذ او في حال نشوب نزاع أمام القاضي، إذ ان الهدف الأساسي من الدراسة يكمن في ربط القضاء بالتشريع.

ومما تجدر الإشارة اليه فأن من المعلوم ان الفضل في ترسيخ نظرية الواقع القانوني يعود الى لأستاذنا العلامة عبد الرزاق السنهوري. [١]

وعليه فأن مسألة التمييز مابين الوقائع والقانون أمر في غاية الأهمية والحيوية، إذ يبرز التمييز بينهم في مرحلة تكييف الواقعة في الدعوى المعروضة امام القضاء والتي غالباً ما تكون قريبة من النص القانوني الذي يحكمها ، لكون أن التكييف خارج إطار النص أمر غير متوقع الحصول لأنه غير قابل للتطبيق ، فعلى الرغم من اختلافهما انهما في العمل أحداهما مكمل للآخر، لذلك فأن الفقه له اتجاهين في تعريف الواقع منهم من يركز على الجانب الموضوعي ويعرفه بأنه :" هي مصدر الروابط القانونية وهي اما ان تكون طبيعية أو اختيارية ، والوقائع الاختيارية اما ان تكون اعمالاً مادية أو اعمالاً قانونية والاعمال القانونية اما ان تكون صادرة عن جانب واحد أو صادرة عن جانبين والقانون هو الذي يحدد الآثار القانونية المترتبة على الوقائع والاعمال كلها". [٢]

اما الاتجاه الثاني فيعرفها استناداً الى المعيار الاجرائي او الشكلي فيها على انها: " هي كل تغيير في مركز موجود يرتب القانون عليه أثراً قانونياً، بأن يعطي للمركز الجديد وصفاً قانونياً مغايراً لما سبق " .

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١١، ص ٨٨٣.

[٢] د. عزيز جواد هادي الخفاجي، دروس في المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، العراق ، ٢٠٠٨ ، ص ١٥٦.

وعليه فأن الواقعية ليست مصدراً للاثر القانوني ، انما هي ظرفاً لترتيب ذلك الاثر. ولذا فان من الخطأ النظر الى الواقعية بوصفها مصدراً لنشوء الحق او لأنقضائه . [١]

اما المقصود بالقانون فأنه: " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلوك الاجتماعي للافراد وتتصف بالعمومية والتجريد وتقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة". والقاعدة القانونية هي الوحدة التي يتكون منها القانون وهي لاتتطابق بالضرورة مع اصطلاح النص القانوني ، فهي أي القاعدة القانونية قد تكون مكتوبة في اطار نص قانوني وقد تكون قاعدة عرفية درج الناس على اتباعها دون ان تنظم بنص قانوني مكتوب وقد تستمد من مصادر أخرى . [٢]

وقد حدد المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل المقصود بالقانون، وعليه يمكن القول انه وبالرغم من الاختلافات مابين القانون والواقع الا ان الواقع هو التطبيق او النظام العملي للنزاع المعروض امام القضاء بما يحمله من معايير ذاتية (شخصية) او مادية (موضوعية)، والذي يؤثر على العقود والالتزامات والتصرفات القانونية من خلال قاعدة الملائمة في انشاء العقود والمسؤولية ، فضلاً عن دورها في تكريس القواعد القانونية التي فرضها الواقع العملي ومنها من أدت دورها عن طريق تعطيل نفاذ القانون في حالة التعارض مابين القانون والواقع.

وعليه يمكن القول ان الواقعية القانونية ماهي الا تجسيد للحالات والتصرفات والمنازعات الحقيقة التي تعرض امام القاضي والتي يجب ان يكون لها حل من خلال عمل القاضي على التوفيق مع خصوصيتها وتفردها عن مثيلاتها .

---

[١] د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مكتبة جامعة القاهرة ، القاهرة ،٢٠٠١ ، ص ٢٣٠.

[٢] د. نبيل ابراهيم سعد ود. محمد حسن قاسم، المدخل الى القانون ، منشورات الحلبي ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧، ص ١٠٨.

المبحث الثاني: الدور القانوني للواقعية

من المعلوم ان دور الواقعية يتمثل في جعل الحقيقة والواقع جزء من الحكم القضائي ومن الواقع العملي في كثير من الاحكام القانونية المتعلقة بالعقود المدنية سواء أكانت في مرحلة الاعداد او الاتفاق او التنفيذ او في حال نشوب نزاع أمام القاضي ، إذ ان الهدف الأساسي يكمن في ربط القضاء بالتشريع في محاولة لجعل التصرفات القانونية أقرب الى الواقع العملي من النظري (النص التشريعي) ، إذ ان النص التشريعي او القاعدة القانونية وان كانت تتميز بصفة العمومية والتجريد الا انها في الغالب تعجز عن معالجة بعض الصور والوقائع بالنظر للقصور القانوني الذي يحدث عدة مشاكل قانونية او صعوبة في إيجاد الحلول ، ففي الغالب اصبح دور القاضي لا يقتصر على ان يراعي ظروف وملابسات النزاع المعروض عليه فقط ، بل يتعداه الى اكثر من ذلك أي ان يستبق المشرع في تمهيد ووضع الخطوط الأساسية نحو تشريع اكثر عدالة وواقعية وبذلك يساهم بصناعة القانون وقد جاء التعديل القانوني لقانون العقود الفرنسي الصادر بموجب المرسوم ١٣١ بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠ والذي تم تصديقه بموجب القانون رقم ٢٧٨ بتاريخ ٢٠١٨/٤/٢٠ بمعايير واسس جديده جعلت من الواقع جزء من التصرف القانوني والعقود المدنية، وعليه لابد من بيان الدور القانوني للواقعية وذلك في مجال الملائمة و مجال البحث او في تكريس وتثبيت قواعد قانونية فرضتها طبيعة التعامل وذلك على النجو الآتي :

الفرع الأول: دور الواقعية في الملائمة.

الفرع الثاني: دور الواقعية في تكريس قواعد قانونية فرضها الواقع.

الفرع الأول: دور الواقعية في الملائمة

أكدت هذه القاعدة من قبل تطبيقات عديدة للمحاكم الفرنسية كان ابرزها قرار صادر من الغرفة الرابعة الفرنسية التي جاء فيها :((أن الاجتهاد القضائي غالباً مايكون هو السابق الى ابتداع النظريات القانونية التي يواجه بها كل ثغرة أو نقص في التشريع الوضعي ، إذ يبادر الى استباط الحلول الملائمة للمواضيع المستجدة ، مستجيباً لمتطلبات روح العدالة والانصاف ومهتدياً بالمبادئ العامة التي يصدر عنها التشريع الوضعي ، وممهداً بذلك الطريق أمام هذا التشريع لإيجاد الصيغ القانونية الوضعية التي تسد النقص الذي يعتور امام هذا التشريع)). [١]

وعليه يظهر بشكل جلي دور الواقعية في وضع النظريات العامة للقانون ومنها نظرية الظاهر من خلال إنشاء العقود وامتدادها بإرادة القضاء فدور الظاهر باختصار هو الاتجاه نحو انشاء الحقوق بإرادة قضائية مستقلة، فضلاً عن دور الإرادة القضائية في انشاء بعض القواعد المتعلقة بإحكام المسؤولية [٢]

و يمكن ان نخلص الى أن الاجتهاد العادي عن طريق تفسير القاعدة القانونية او اكمالها من قبل القضاء ، يمكنه ان يوجد قواعد متممة لقاعدة موجودة ، او ان يؤدي توسعة في التفسير الى إيجاد قاعدة قانونية جديدة أو أن يقر بأنها جديدة وذلك لإنها لا تتمتع بمواصفات القاعدة التشريعية ، إذ تبقى وجهة نظر يمكن الرجوع عنها مالم يرد نص يجعلها الزامية ، ولكن لكون الاستمرار في تطبيقها والتزام المحكمة العليا بها يؤدي الى أصباغ صفة القاعدة المستمرة والمستقرة في الاجتهاد مما يرفعها الى مصاف القاعدة القانونية الثابتة ، فإذا اقترنت هذه القاعدة بالصفة الإلزامية بموجب نص تشريعي تصبح بمثابة القاعدة

---

[١] د. محمد حسن قاسم، الواقعية في القانون بين وسائل الفن التشريعي ودور القاضي ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بيروت العربية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨ ، ص ١٠ متاح على الرابط: https://digitalcommons.bau.edu.lb/lsjournal/vol2018/iss2018/1/ تاريخ آخر زيارة ٩/٧/ ٢٠٢٤.

[٢] مما تجدر الاشاره اليه ان التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي قد اعترف بوفرة الاحكام القضائية لاعتبارها سوابق من الممكن ان توسع من دور القاضي في مجال الاعتداد بالواقعية القانونية وذلك في المادة (١٢١٩) ، فضلاً عن التأكيد للدور الواقعي للعقد في اداء وظيفته الاجتماعية من خلال الاشارة الى التوازن العقدي وذلك في المادة (١١١٢) ، وتحديد جميع الشروط التي تتعلق بعدم التوازن من ناحية الشروط الجوهرية للعقد وذلك في المادة (١١٧١) ، والتأكيد على مبدأ عدم الاعتراف بواقعية العقود المدنية من خلال ترسيخ مبدأ الاعتراف بعدم التمكين من إتمام العقد في حال اختلال الوظيفة الاجتماعية والواقعية منه وذلك في المادة (١١٦٩) من التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ و٢٠١٨ ، د. أحمد ابراهيم الحياري ، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد (دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني) بحث متاح على الرابط: https://legalaffairs.gov.bh/QTopics/Q11T06.PDF تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٩/٧/ ٢٠٢٤.

القانونية التي لا يمكن العدول عن تطبيقها ، لهذا يعتبر الاجتهاد القضائي طريق ممهد لعمل او نص تشريعي ذو طابع عام وملزم.

كما وان اجتهاد المحاكم يعمل على بلورة القواعد القانونية القائمة فيساهم في ارتقاء القاعدة القانونية للقاعة التشريعية الاصلية او المتفرعة عنها الى مستوى القاعدة القانونية التشريعية إذ ان استعانة القاضي بالواقعية يساعد على اكمال النص التشريعي ومعالجة حالة النقص والغموض تمهيداً لإصدار قاعدة متكاملة تشريعياً كما في دور القضاء من خلال الاعتداد بالظاهر او بالواقع من خلال إضفاء الشرعية على بعض المسائل غير المشروعة وتصحيح أوضاع افرزها الواقع المفتقر الى الواقعية القانونية.

فتأميناً للاستقرار في العلاقات القانونية أخذ التوجة القضائي في فرنسا بنظرية الظاهر في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة المسموح بها قانوناً او عند تجاوز اثرها الى طرف ثالث، وهو ذات الموقف الذي أكده القضاء العراقي في عدة أحكام وذلك للأخذ بمسؤولية الوكيل المتجاوز وجعله مسؤولاً عن تعويض الطرف الثالث حمايةً للظاهر وأخاً بالواقعية القانونية للعقود أذ جاء في القرار: " قرار محكمة التمييز الجلسة ١ من شهر تشرين الثاني لسنة ٢٠٢١الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٢١ تمييز مدني كفالة "الكفالة الشخصية". وكالة" حدود الوكالة: تجاوز الوكيل حدود الوكالة. حكم "عيوب التدليل: الخطأ في تطبيق القانون فالأصل التزام الوكيل بالحدود المرسومة للوكالة، الاستثناء، خروجه عن حدودها متى استحال عليه إخطار الموكل وغلبة الظن بموافقته على التصرّف مع مبادرته بإبلاغ الموكل بذلك الخروج. إلزام الحكم المطعون فيه للطاعن بشخصه بالمبلغ المحكوم به استناداً لاتساع وكالة صادرة منه بصفته شريكاً في شركة لإبرام الوكيل كفالة شخصية. خطأ في تطبيق القانون، فضلاً عن تحميل الوكيل جزاء التعويض القانوني للطرف الثالث استناداً الى الوضع الظاهر وحفاظاً على استقرار التعاملات " [١] .

وفي هذا الاطار يمكن ان يطرح تساؤل مفاده هل ان سلطة القاضي في تحقق الواقعية القانونية في العقود مطلق أم مقيد ؟

وللاجابة يمكن القول ان صلاحيات القاضي في البحث عن ظروف وملابسات الدعوى المتعلقة بالعقد والالتزام القانوني مقيدة بوجود تفويض او وكالة خاصة او بنص آمر لا يحتمل ان يتم مخالفته او تطوعية بالشكل الذي يحقق الامن القانوني والعدالة النسبية التي تحفظ استقرار التعاملات في الدول، كما وان شروط اعمال نظرية الظاهر في العقود والاحكام القضائية للبحث عن الواقعية القانونية مقيدة بوجود

[١] قرار قضائي متاح على الرابط : https://insaaflaw.com/law-54 تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٩/ ٧/ ٢٠٢٤.

شروط معينة في حال وجود الوكالة وهي ان يتصرف الوكيل المزعوم باسم الموكل من دون وجود وكالة ، وان يكون اعتقاد الشخص الثالث حسن النية انه يتصرف مع الأصيل وفي ذات الوقت يكون اعتقاده مشروعاً وان يكون المتجاوز قد اسهم في اقناع الطرف الثالث انه المالك من خلال مراعاة الأمور الظاهرية في الانابة [١] .

فضلاً عن دور الواقعية المتمثل بالاجتهاد القضائي عند مخالفة القواعد العامة للمسؤولية او الالتزام القانون فنجد أن للقضاء العراقي اجتهاد في مراعاة الواقعية في العقود وخاصةً فيما يتعلق بعقد بيع العقار الخارجي أي العقد الذي يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري فعلى الرغم من الأهمية الشكلية لهذا العقد والذي يعد ركناً اساسياً فيه الا انه جرت العادة من قبل القضاء على تقرير حق للمشتري بالتنفيذ العيني الجبري ولكن بتوافر شروط معينة وهي وجود التعهد بنقل ملكية العقار ، والسكن في العقار محل التعهد او إقامة الغراس او الأبنية او المنشآت في العقار و عدم وجود معارضة تحريرية من قبل المتعهد ، بتوافر هذه الشروط يسمح للمشتري المتعهد له بالمطالبة بالتنفيذ العيني الجبري واتمام البيع وتسلم العقار او المطالبة بالتعويض نتيجة نكول البائع او المتعهد عن التزامه بنقل الملكية وتسجيل العقار ، إذ أن الواقعية هنا تتبنى فكرة وجود عقد المتمثل بالتعهد لسلامة وصحة التصرف القانوني وذلك للحاجة العملية والضرورات التي تبيح الاستثناء للحفاظ على استقرار التعاملات المدنية ، فقد قضت محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية بتصديق حكم القاضي بقولها : " الزام المتعهد الناكل بالتعويض ، الذي لا يقل عن الفرق مابين قيمة العقار المذكورة في التعهد وبين قيمته وقت النكول " كما أكدت محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية على: " أن شروط تملك العقار متوفرة في دعوى المدعي كونه قد اشترى العقار ، وهو هيكل غي مكتمل البناء وقد أضاف اليه الأبنية الموصوفة في تقرير الخبير ، المنتخب من قبل محكمة الموضوع ، لذا فأن الحكم المميز بالتمليك موافقاً للقانون " . [٢]

---

[١] من ابزر العقود التي يتدخل القاضي في البحث عن واقعيتها هي في وضعية الالحاق او الالتصاق عندما يندمج شيء تبعي مع شيء اصلي سواء أكان الالتصاق طبيعياً ام صناعياً، وفي الغرس والبناء والبذار في ارض الغير وفي وضع اليد (الاستيلاء) كسبب من اسباب الملكية ومرور الزمن المكسب للدعوى اذا كان المتصرف فيها حسن النية.د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني ، طبعة مستحدثة ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٨٥ ومابعدها .

[٢] مما تجدر الإشارة اليه فأن القانون المدني العراقي قد أشار الى ان عقد البيع من العقود الشكلية التي تتطلب تسجيلها داخل دائرة التسجيل العقاري وهذا ما أكدته المادة (٥٠٨) والتي جاء فيها: " بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون " ، وكذلك ما اشارت اليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ المعدل والتي جاء فيها : " ٢ – لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري".

وعليه نأمل من المشرع العراقي معالجة حالة عدم الوفاء بالتعهد بتسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري ، وإباحة الامر للمتعهد له بتملك العقار لتوفير الامن القانونية إذ ان الواقعية القانونية المتعلقة بظروف وملابسات التعاقد وإرادة الأطراف تفرض أن يكون حكم العقد بوصفه سبباً صحيحاً يسمح للمتعهد له طلب التمليك ونقل ملكية العقار لا باعتباره تصرفاً قانونياً وانما باعتباره واقعة تمثل السبب الصحيح الذي يسمح بتحويل البطلان الى أمر جائز ومشروع ، ليتم من خلاله رفع الشبهة عن فكرة الغصب او البطلان ومنح الحق للمتعهد له بتملك العقار بناءً على الواقعية المتمثلة بالسبب الصحيح .

الفرع الثاني: دور الواقعية في تكريس قواعد قانونية فرضها الواقع

يظهر دور الواقعية من خلال تحديد المسؤولية القانونية في المرحلة السابقة على التعاقد وفي المسؤولية الناشئة عن مضار الجوار او المضار غير المألوفة، وعليه ستناولها بالبحث وعلى النحو الآتي:

أولاً- المرحلة السابقة على التعاقد : والتي يجمع الفقه القانوني بأنها المرحلة السابقة على تكوين العقد وتقع خارج القانون ، او انها على هامش النصوص القانونية لعدم وجود تنظيم تشريعي فيها الا ان التعديل الجديد الذي طال القانون المدني الفرنسي في عام ٢٠١٦ نظم هذه الفترة القانونية بعد دعوات وقرارات عديدة للمحاكم الفرنسية الامر الذي يثبت الأثر الواضح للواقعية في الحفاظ على الامن القانوني واستقرار التعاملات المدنية فنظمها تشريعياً في عدة مواد كان من ابرزها بعد صدور قانون العقود الفرنسي الجديد رقم ١٣١ والذي عدل قانون العقود والاحكام العامة والاثبات والذي نشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية ٠٠٣٥ بتاريخ ٢٠١٦/٢/١١ إذ حاء في المادة (١١١٢) منه : " يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً، يجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية ، فتعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم ابرامه " .

ولكن جاء بعد فترة قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي العدد ١١٩٨ والذي اقتصر على التعهد بالأخلال عن عدم تسجيل العقاري للمطالبة بالتعويض والتي جاء فيها : " ا- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار او حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض إذا اخل احد الطرفين بتعهده، سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط فيه، على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمته عند النكول، دون اخلال بالتعويض عن اي ضرر اخر.

ب- اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او احدث فيه ابنية او منشئات اخرى او مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فان ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار او حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (ا) من هذا البند، مضافا اليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول، كل ذلك دون الاخلال بأحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٦....".

كما أكدت الفقرة الأولى من المادة ذاتها على آلية تنظيم المرحلة السابقة للتعاقد في مراعاة الواقعية والظروف الملابسة لهذا الامر إذ جاء فيها: " يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعاً أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه. على الرغم من ذلك فأن هذا الواجب بالأعلام لا يرد على تقدير قيمة الأداء ، وتعد المعلومات التي لها أهمية حاسمة في تلك العلاقة التي لها صلة او ربط مباشر وضرورية بمضمون العقد او صفة الأطراف ، يقع على من يدعي ان معلومة كانت واجبة له اثبات ان الطرف الآخر كان مديناً له بها ، ويقفع على هذا الطرف الآخر اثبات تقديمها له ولا يجوز للأطراف الحد من هذا الواجب او استبعاده فيما عدا مسؤولية المدين بواجب الاعلام فأن الاخلال بهذا الواجب يمكن ان يؤدي الى بطلان العقد وفقاً للشروط المنصوص عليها في المواد ١١٣٠ ومابعدها ".

ومما تجدر الإشارة اليه انه قد تم تعديل المادة أعلاه واضافة فقرة عدم التعويض عن تفويت الفرصة وتم التصديق عليه بموجب القانون رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٨، والذي دخل حيز التنفيذ في الأول من تشرين الأول ٢٠١٨، فضلاً عن أن الفقرة الثانية من المادة (١١١٢) بينت المسؤولية عن الاخلال بالالتزام بمرحلة ما قبل التعاقد إذ جاء فيها:" يكون مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة، كل من يستخدم او يفشي دون إذن معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات ".

وفي هذا الإطار يمكن ان يطرح تساؤل مفاده ما مدى تأثير الواقعية على العقود المدنية في مرحلة تحديد المسؤولية الناجمة عن الاخلال بفترة التفاوض او المفاوضات العقدية؟

وللاجابة يمكن القول ان الفقه القانوني قد أنقسم إلى ثلاث اراء وهي:

– الرأي الاول : يُعدُّ المرحلة السابقة على ابرام العقد وفترة التفاوض على أنهَّا عقُّد ضمني وبالتالي ففي حال إخلال المفاوض بالتزامها فإنَّهُ يسأل استناداً إلى قواعد المسؤولية التعاقدية ، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه قولهم بأن كلَّ شخص يتعهد للطرف الآخر بصحة التصرف القانوني الذي يروم إبرامه ، بالتالي يكون التعهد الضمني بمثابة إيجاب وسكوت الطرف الآخر قبولاً ينعقد به عقد غير مسمى يرتب عليه التزام بالضمان بالنسبة للطرف الثاني ، الا ان هذا الاتجاه الفقهي قد تعرضت لانتقادات من أهمها أنَّ عدَّ فترة التفاوض الالكتروني بمثابة عقد ضمني أمر يتنافى مع القواعد العامة للتعاقد والتي تتطلب التعبير الصريح عن الإرادة لأحداث الأثر القانوني ، فضلاً عن ان المتفاوض عندما يعبر عن ارادته قد

لا يقصد ابرام العقد بصورة نهائية ولا يخطر بباله ان مجرد الدخول في فترة التفاوض ترتب التزامات قانونية في ذمتهِ [١].

– الرأي الثاني : تُعدُّ المرحلة السابقة على ابرام العقد عقد تمهيدي (عقد الوعد)، وبالتالي فإنَّ مسؤولية المفاوض عقدية، ويبرر هذا الاتجاه قولهم أنَّ هنالك عقد تمهيدي مرافق ومساند للعقد الأصلي ويتضمن العقد التمهيدي تعهداً من جانب الواعد ينعقد معه عقد الوعد إذا صادف قبولٌ من الطرف الآخر، وبالتالي تثار المسؤولية التعاقدية للواعد نتيجة اخلاله بالالتزام بعقد الوعد في حال عدم ابرام العقد الأصلي.

إلاَّ إنَّ هذا الاتجَّاه قد تعَّرضَ للانتقاد أيضاً لكون ان الفقه الفرنسي وان ابتعد هذه النظرية أي في إطار الاعتراف بالعقود التمهيدية الا انه عاد وميز ما بين عدة أنواع منها ما يتضمن العناصر الأساسية للعقد دون إمكانية ابرامه ومنها من تجمع بالعناصر الاساسية للعقد بالنسبة لاحد الأطراف ومنها من يجمع ما بين الفكرتين السابقتين والتي تتضمن اتفاقية المفاوضات أو الاتفاقيات الوسطية، وبالتالي لا يمكن معرفة أي الأنواع التي يدخل من ضمنها التفاوض[٢].

–الرأي الثالث : تُعدُّ الفترة السابقة على ابرام العقد (التفاوض) وما ينجم عنها من اخلالٍ يتمثَّلُ في إساءة استعمال الحقَّ يقيمُ على اثره المسؤولية التقصيرية ، الا ان هذا الاتجاه قد تعرض للانتقاد ، نظراً لكونه قد تجاهل الالتزامات التي يمكن ان تنشأ عن العقود والتي تكون بين اطراف التفاوض ويكون الغرض منها هو تنظيم فترة التفاوض أو الحفاظ على السرية أو الالتزام بعدم التفاوض مع الغير ، وبالتالي فإنَّ تأسيس المسؤولية على الاخلال بمثل هذه الالتزامات على أساس التعسف في استعمال

---

[١] د. عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والاجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤٢.

[٢] د. عبد عباس الانباري ، المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء ، كلية القانون ، المجلد الاول ، العدد الثاني ، متاح على الرابط : https://law.uokerbala.edu.iq/wp/pag تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٢٠٢٤/٧/٩.

الحق والذي يوجب قيام المسؤولية التقصيرية امر فيه مجانبة للصواب نظراً لانعدام الحق الذي يرد عليه التعسف [١].

وبدورنا كباحثين فأننا نؤيد التوجه الفقهي الذي يعتبر فترة ما قبل ابرام العقد (التفاوض) مرحلة سابقة على ابرام العقد والالتزام الذي ينشأ نتيجة الاخلال بقواعد التفاوض هو التزام ذو طابع خاص ومسؤولية ذات طابع خاص نظراً لعدم إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية بشكلٍ مطلق ، إذ تخضع هذه المرحلة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يعرض عليه النزاع لبيان وتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية ، بحيث يُعدُّ اخلال المفاوض بالتزامهِ والحاقه بالطرف الاخر ضرراً في حالة المفاوضات الحرة فأنها تُعدُّ اعمالاً مادية يترتب عليها قيام المسؤولية التقصيرية ، اما في حالة كون المفاوضات منظمة فالمسؤولية تكون تعاقدية.

وممَّا تجدر الإشارة اليه أنَّ التعديل الجديد الذي طال القانون المدني الفرنسي في عام ٢٠١٦ قد جاء بقاعدةٍ فرض مبدأ حسن النية في الفترة السابقة على التعاقد مراعاةً للالتزام بالصدق والجدية تمهيداً لمرحلة ابرام العقد وجعل هذا المبدأ من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مايخالفة وذلك ابتداً من مرحلة التفاوض ومروراً بمرحلة التكوين ووصولاً لمرحلة التنفيذ إذ رتب المشرع الفرنسي البطلان على عدم مراعاة مبدأ حسن النية في أي مرحلةٍ من مراحل العقد وهذا ما أكدته المادة (١١٠٤) التي جاء فيها : " يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ عاماً ابتداءً بفترة المفاوضات وصولاً إلى مرحلة التكوين والتنفيذ ، ويعتبر هذا الحكم من النظام العام ".

إضافةً لذلك فقد فرض الالتزام بالأعلام والتحري في المرحلة السابقة على التعاقد ضماناً لمبدأ حسن النية فقد الزم بموجب التعديل ان من لديه معلومات من الأطراف تتعلق بالشيء المعقود عليه أو بأمورٍ تفصيلية وجوهرية وماسة برضاء الطرف الآخر ان يقوم بالإفصاح عنها عن طريق اعلام الطرف الآخر بها وهذا ما أكدّتَهُ الفقرة الأولى من المادة (١١١٢) التي جاء بها : " يجب على من يعلم من الأطراف المتعاقدة بمعلومة لها أهمية حاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الآخر ان يعلمه بها متى ما كان جهل الأخير بالمعلومة مشروعاً أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه " .

---

[١] مصطفى خضير نشمي ، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد ، رسالة ماجستير في القانون الخاص مقدمة الى ، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ، الأردن ، ٢٠١٣-٢٠١٤، متاحة على الرابط : https://meu.edu.jo/libraryTheses/587dd79b3df2e_1.pdf تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٢٠٢٤/٧/٩.

وبدورنا كباحثين فإنَّنا نُؤيِّدُ موقف الُمشَّرعِ الفرنسي للتعديل الذي يخص فترة ما قبل ابرام العقد أو ما يعرف بفترة المفاوضات لما فيه من حماية الطرف الضعيف في التعاقد وتأكيد للعدالة ومساهمةً في تحقيق الغاية المشتركة للمتعاقدين، وحفاظاً على العقود وتوازنها مع مرور الزمن.

أمَّا فيما يتعلَّقُ بالموقف التشريعي العراقي فإنَّهُ قد خلا من اي نصَ ينظَّمُ فترة التفاوض أو المفاوضات وقصر الالتزام بحسن النية على تنفيذ العقد دون الاعتداد بالمرحلة السابقة على التعاقد وذلك في المادة (١٥٠) إذ جاء فيها :"١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢ – ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"

ويثار في هذا السياق تساؤلٌ مفادة في ظلَّ الطبيعة الخاصة للتعاملات الالكترونية والتي تفرض شكلاً خاصاً من اشكال التفاوض الالكتروني، كيف يمكن لقاضي الموضوع تحديد طبيعة الالتزام أي بكونه تعاقدي ام تقصيري؟

وللإجابة يمكن القول إنَّ المسؤولية التقصيرية بقواعدها تشكلَّ الأصل العام والمسؤولية التعاقدية بقواعدها تعبر استثناء من الأصل العام، بالتالي إذا ما عرض على القاضي نزاع في المرحلة السابقة على ابرام العقد (فترة التفاوض) وتوافرت به أركان المسؤوليتين (التعاقدية والتقصيرية)، فأن القاضي يطبق قواعد المسؤولية التقصيرية لكونها الأصل العام، ولان قواعد المسؤولية التعاقدية تُعدُّ استثناءً من هذا الأصل ينبغي عدم التوسع في تطبيقها، ولضمان حصول الطرف المتضرر على تعويضه الناجم عن اخلال المفاوض بالتزامه.

وعليه يمكن ان نخلص أنه ونظراً لعدم معالجة التشريع العراقي لفترة التفاوض وما ينجم عنها من اخلال بقواعد التفاوض ، ولاكتفاء الُمشَّرعِ بتعريف العقد دون الإشارة إلى هذه الفترة فنرى ان هذه الفترة مقيدة ومحكومة بمبدأ حسن النية والذي تتزايد وتتعاظم أهميته في العقود، وبذلك نأمل من المشرع العراقي معالجة النقص التشريعي وذلك بالإشارة إلى فترة التفاوض وتنظيم قواعده وقواعد الاخلال به دفعاً للتحايل والتدليس الذي يكثر تطبيقه في العقود ، فضلاً عن مراعاة التباعد المكاني والغموض وعدم التعرف بين شخصيات المتفاوضين ، ونأمل إعادة ان يتم إعادة النظر بالمادة (١٥٠) سالفة الذكر

لتشمل مرحلة المفاوضات فضلاً عن مرحلة تنفيذ العقد واقترانها بمبدأ حسن النية لما له من إثرٍ كبيرٍ، على حماية الأطراف وضمان حقوقهم في ظلّ التطور الهائل في مجال الاتصال والتواصل في العلاقات القانونية بشتى صورها وعليه نقترح أن يكون التعديل بالصيغة الآتية: " ١- يجب على المتفاوضين في العقد ان يلتزموا بمبدأ حسن النية وما يفرضه من التزاماتٍ أثناء فترة المفاوضات ....."

وعليه فأن الأساس القانوني في المفاوضات الحرة والتي تتم خارج أي التزام عقدي تعتمد على قواعد المسؤولية التقصيرية عند قطع هذه المرحلة (المفاوضات) ، والتي في الغالب من الممكن ان يفشل المتضرر من اثبات عناصرها ، ومن هنا بدأ توجه الفقه نحو البحث عن ضمانات أكثر فاعلية في اثبات حقوق المتضرر من خلال وجود ارتباط عقدي بين اطراف التفاوض بعقد او اتفاق يحدد التزام كل طرف فيما يتعلق بفترة التفاوض وهو ما يعرف بعقد التفاوض ويعرف على انه : " تصرف قانوني ارادي يرتب الأثر القانوني على اطراف ، وقد تم تعريفة من قبل محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في حكمها رقم (٣١٣١) والصادر في ١٠/٢٦/ ١٩٧٩ على انه : " عقد يتم بمقتضاه تعهد طرفاه بالتفاوض والمتابعة من اجل التوصل الى ابرام عقد معين لم يتحدد موضوعة الا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده " ، أي انه التزام عقدي منظم للمرحلة الممهدة لأبرام عقد في المستقبل ومن خصائصه انه عقد حقيقي وتمهيدي ومؤقت ويكيف قانوناً على انه عقد وليس وعداً بالتعاقد. [١]

إن وجود فكرة تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد ما هو في الحقيقة الا انعكاس للدور الواقعي القانوني في العقود انه يسهل عمل القضاء من خلال دراسة مطالب الافراد او اطراف التعاقد الإدارية فضلاً عن معرفة الظروف والملابسات التي تساعد على إجازة التعويض او تقديره عن عد انتهاء هذه الفترة الى العقد ، وعلى الرغم من التوجه الفقهي القانوني الا ان المشرع العراقي لم ينظم هذه المرحلة والغالب في توجه القضاء تغليب فكرة المسؤولية التقصيرية عن تحقق الضرر وفي حال تخلف احد الأطراف عن المضي قدماً في ابرام العقد ، كما واكتفى بالإشارة الى الالتزام بقاعدة تنفيذ العقود وفقاً لمبدأ حسن النية وذلك عن الوصول الى مرحلة التنفيذ غافلاً مرحلة المفاوضات ، ونأمل ان تتم معالجة هذا الامر لما فيه

---

[١] وفي هذا السياق أكدت محكمة التمييز الفرنسية على الاساس القانوني للمسؤولية المدنية عن عدم اتمام فترة التفاوض واعتبرت الامر تعسفاً في استعمال الحق واعتبرته واقعة مباشرة نتيجة عدم وجود نية حقيقة الى اتمام التعاقد بشكل نهائي .د. عروبة شافي عرط المعموري ، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد كتاب متاح على الرابط : https://mail.almerja.com/reading.php?idm=74315 تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٢٠٢٤/٧/١٤.

من ميزات تساعد على استقرار التعاملات فضلاً عن توفير الثقة والأمان القانوني في التعاملات المالية والقانونية .

ثانياً- التعسف في استعمال الحق في إطار العقود : وهو ما يعرف بالاستعمال الشاذ لحق الملكية والذي يتم عندما يتسبب صاحب الملكية بحقه مسبباً اضرار بالغير نتيجة الإهمال وعدم التبصير ، أو عندما تتوافر سوء النية لدى مالك العقار للإساءة بالجار كقيام صاحب الملك بتشييد حائط مرتفع على حدود جاره لحجب النور عنه ومضايقته نتيجة لاضطراب علاقتهما وتوترها أو قيام أحد الأشخاص بوضع مدخنة وهمية على سطح منزله لحجب المنظر عن جيرانه ، أو قيام أحد المالكين بوضع حاجز خشبي مرتفع على عقاره لحجب الرؤيا عن جاره ، أو قيام المالك بحفريات في أرضة والبحث عن المياه بهدف قطع المياه التي تغذي نبع جارة دون ان يكون بحاجة الى الماء التي يجدها نتيجة الحفريات.

وفي هذا الإطار يمكن ان يطرح تساؤل مفاده ما دور الواقعية في تحديد معيار إساءة الاستعمال؟ وهل يكفي توافر سوء النية لدى مالك العقار، في معرفة حسن النية من سوئها وهل هي كافية لتحقق مسؤولية المالك أم انه شرط ضروري، ولكنه غير كافٍ ؟ وماهو مدى الواقعية في تقدير مألوفيه الضرر من عدمه؟

وللاجابة يمكن القول بأن : لا يكتفي توافر سوء النية فقط لتحديد مسؤولية مالك العقار عن تعسفه في استعمال الحق بل لابد من توافر نية الاضرار بالغير ، وهنا يبرز دور القاضي في استخلاص نية المالك ماذا كان قاصداً الاضرار بالغير ام مجرد الاستعمال لحقه وهنا لابد من التمييز مابين نوعين من المسؤولية وهما المسؤولية عن إساءة استعمال الحق والمسؤولية عن مضار الجوار والتي هي من اجتهاد القضاء ، فمسؤولية المالك عن استعمال حقه مبنية على أساس الخطأ بينما المسؤولية في مضار الجوار تستند الى الاضرار غير المالوفة ، فالقانون المدني الفرنسي على الرغم من عدم تكريسه لنصوص قانونية تتضمن نظرية مضار الجوار الا ان المحاكم الفرنسية قد قضت انه على المالك التعويض للجار عندما يكون الضرر او الازعاج غير مألوفاً ، ومما تجدر الإشارة اليه فأن جميع النشاطات التي يقوم بها مالك العقار كتولد هدير او اهتزاز او زعزعات غير مألوفة للملكيات المجاورة ، اما عن مدى الواقعية فيمكن القول ان مداها واسع وغير محدد في ظل التوجة الجديد للفقه والقضاء الذي يذهب الى منح القاضي دوراً ايجابياً في تحديد مألوفيه الضرر من عدمه ففي ظل التطور الذي طال الحياة الاجتماعية وضعت المحاكم امام حالات من الضرر ناتجة عن علاقة ضمن التعايش الاجتماعي وغير مقننه بقانون

او ناتجة عن التطور التقني والتكنلوجي الذي لامس جميع جوانب الحياة وبمختلف مفاصلها ، وعليه يمكن القول ان الأساس القانوني للأضرار المادية والمعنوية غير المألوفة والتي تنتج عن مضار التعايش الاجتماعي هي نظرية مضار الجوار والتي هي من فعل القضاء وخاصةً في فرنسا ، إذ انها تدور وجوداً وعدماً عن تقدير مألوفيه الضرر سواء أكان مادياً أم معنوياً ، اما مسألة تقدير هذه المألوفية فهي متأرجحة مابين رأيين فقهيين منهم من يرى ان المعيار المستخدم هو معيار موضوعي معتمدين على معيار الشخص المعتاد ، وهو شخص من أواسط الناس عادة ، ويتحمل ما جرى به العرف عن أي اضرار تصيبه من الجوار بغض النظر عن الظروف الاجتماعية والاقتصادية والمالية والمهنية التابعة له وهو التوجة المعتمد في القضاء المصري ، اما المعيار الثاني فهو معيار شخصي او ذاتي يأخذ بعين الاعتبار الظروف الذاتية والمهنية والشخصية في تقدير مألوفيه الضرر من عدمه وهو التوجة المعتمد في فرنسا ، وقد أكد القضاء الفرنسي ذلك وذلك فسي حكم محكمة الاستئناف الفرنسية في غرفتها الخامسة بالقرار (١٠٠٣) لسنة ٢٠١٤/٧/١٤ حين قررت مسؤولية الجار عن الاضرار التي الحقت بجاره المحامي مستندتاً الى ما تتطلبه مهنة المحاماة من السكينة والراحة والأمان في المنزل [١].

وبدورنا كباحثين نرى ان مسألة تقدير ما اذا كان الضرر المادي او المعنوي مألوفاً او غير مألوف هي مسألة تخضع للاجتهاد القضائي وتعتمد بالدرجة الأساس على الدمج مابين المعياريين خاصةً في ظل التطور الاجتماعي وواقع الحياة الجديد والتسارع الكبير في ظل التطور التقني الذي اتجهت اليه غالبية الدول ، إذ بدأت بالتوجه نحو التعاقد والتعاملات المدنية والتجارية بمختلف اشكالها عن طريق الوسائل الالكترونية ، والامر الذي خلق واقعاً جديداً يختلف من حيث المراكز والأطراف وحتى الاضرار ، الأمر الذي حذا الى منح القاضي دوراً أوسع في البحث عن الواقعية داخل العقود المدنية لتقدير المسؤولية من عدمها والتي أساسها النص القانوني وعليه فأنه : " **ما كان موافقاً لأحكام القانون والنظام العام وغير متعارض مع نهج صريح في القانون** " ، اما ما نزعت عنه هذه الصفات فيصبح عمل غير مشروع أو استعمال للحق غير مشروع

---

[١] مما تجدر الإشارة اليه فأن التعديل الجديد الذي طال قانون العقود المدني الفرنسي الجديد بالرقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ بدأ بالتوجه نحو منح السلطة التقديرية للقاضي في تحديد المسؤولية، وتحديد مألوفيه الضرر وترك السلطة التقديرية له في البحث عن إساءة استعمال الحق او السلطة كأساس قانوني لتقرير التعويض او البحث عن نظرية مضار الجوار وذلك في المادة (١٢٢٦) .

وذلك لنص المادة (٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصّتْ على:

"١ – من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.

٢ – ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية:

أ – إذْا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير.

ب – إذْا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج – إذْا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة ".

وبالتالي فأن كلتا النظريتان تبحثان عن التعويض سواء أكان عن الضرر سواء أكان في ميدان نظرية مضار الجوار والتي تستند الى الاجتهاد القضائي في مورد النص لتحديد مألوفيه الضرر من عدمه او في إطارا عن الإساءة أو الاستعمال غير المشروع ومجاوزة الحق الذي يفرضه القانون عن تحديد الضرر الذي يظهر بحكم التطور التكنلوجي والعلمي في التعاملات المختلفة والتي تدخل في إطار المشروعية من عدمها.

الخاتمة

وفي ختام البحث توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات التي سنعرضها على النحو الآتي:

أولاً – الاستنتاجات:

١- تعرف الواقعية في المجال القانوني على انها: المعيار الذي يحدد التوجه العام الذي يهتدي به القاضي عند الحكم ويعطيه فكرة عن الغرض او الهدف من تشريع القانون، أي جعل الحقيقة والواقع جزء من الحكم القضائي ومن الواقع العملي في كثير من الاحكام القانونية المتعلقة بالعقود، أي بمعنى ان الواقعية القانونية ماهي الا تجسيد للحالات والتصرفات والمنازعات الحقيقة التي تعرض امام القاضي والتي يجب ان يكون لها حل من خلال عمل القاضي على التوفيق مع خصوصيتها وتفردها عن مثيلاتها.

٢- للواقعية دور كبير في المجال العملي وخاصتاً في ميدان العقود المدنية إذ يبرز دورها الأساس في مجال الملائمة من خلال البحث عن الوضع الظاهر للتعاملات القانونية المختلفة ، وفي تكريس القواعد القانونية التي فرضها الواقع العملي والقانوني من خلال تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد وفي حال مجاوزة التصرفات للحدود التي يفرضها القانون اذا لم يحسم المشرع العراقي بالنص الامر من الاخلال بالتعهد في حال عدم تسجيل العقار.

٣- يظهر دور الواقعية جلياً في القضاء الفرنسي، ومؤخراً جرت تعديلات عديدة للقانون المدني الفرنسي وتحديداً قانون العقود بما يسمح للقاضي بمجال أوسع وسلطة تقديرية للاعتداد بالظروف والملابسات والبحث عن الواقعية في العقود المدنية.

ثانياً- التوصيات:

١- نأمل ان يتم تضمين نص في التشريع العراقي ينظم المرحلة السابقة على التعاقد لما فيها من اثر كبير على تحقيق الواقعية واداء العقد وظيفته الاجتماعية ، إذ انه قد خلا من اي نصٍ ينظِّمُ فترة التفاوض أو المفاوضات وقصر الالتزام بحسن النية على تنفيذ العقد دون الاعتداد بالمرحلة السابقة على التعاقد ، ليصبح نص المادة (١٥٠) بالشكل الآتي :" ١- يجب على المتفاوضين في العقد ان يلتزموا بمبدأ حسن النية وما يفرضه من التزاماتٍ أثناء فترة المفاوضات " .

٢- السعي الى التوجة الحديث في تبني أسس المسؤولية القانونية من خلال أخذ ذات الخطى التي سار عليها المشرع الفرنسي وخصوصاً في التعديل الجديد الذي طال قانون العقود المدني

الفرنسي الجديد بالرقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ بدأ بالتوجه نحو منح السلطة التقديرية للقاضي في تحديد المسؤولية، وتحديد مألوفيه الضرر وترك السلطة التقديرية له في البحث عن إساءة استعمال الحق او السلطة كأساس قانوني لتقرير التعويض او البحث عن نظرية مضار الجوار في الاضرار الناتجة عن استعمال حق الملكية خارج حدود التصرف القانوني المسموح.

٣- نأمل من المشرع العراقي معالجة حالة عدم الوفاء بالتعهد بتسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري ، وإباحة الامر للمتعهد له بتملك العقار لتوفير الامن القانونية إذ ان الواقعية القانونية المتعلقة بظروف وملابسات التعاقد وإرادة الأطراف تفرض أن يكون حكم العقد بوصفه سبباً صحيحاً يسمح للمتعهد له طلب التمليك ونقل ملكية العقار لا باعتباره تصرفاً قانونياً وانما باعتباره واقعة تمثل السبب الصحيح الذي يسمح بتحويل البطلان الى أمر جائز ومشروع ، ليتم من خلاله رفع الشبهة عن فكرة الغصب او البطلان ومنح الحق للمتعهد له بتملك العقار بناءً على الواقعية المتمثلة بالسبب الصحيح .

قائمة المصادر

- **المصادر العربية:**

- **مصادر اللغة العربية :**

١- معجم المعاني الجامع متاح على الموقع الالكتروني : https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D9%88%D8%A7%D9%82%D8%B9%D9%8A%D8%A9/#:~:text=%D9%88%D8%A7%D9%82%D8%B9%D9%8A%D8%A9 .

- **المصادر القانونية :**

أولا- الكتب العلمية:

١- - القاضي سامي بديع منصور، الواقعية في القانون (القضاء كمصدر أساسي للقاعدة القانونية الموجب القضائي في النظام القانوني اللبناني) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٢٢.

٢- د. عزيز جواد هادي الخفاجي، دروس في المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، العراق، ٢٠٠٨.

٣- د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد – انعقاد العقد واركان العقد، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، العراق ، ١٩٩٧.

٤- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١١.

٥- د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والاجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، ٢٠٠٩.

٦- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مكتبة جامعة القاهرة ، القاهرة ،٢٠٠١ .

٧- د. نبيل ابراهيم سعد ود. محمد حسن قاسم، المدخل الى القانون ، منشورات الحلبي ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧.

٨- د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني ، طبعة مستحدثة ، بيروت ، ٢٠١٠ .

٩- د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد بالعربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨.

ثانياً: الرسائل والاطاريح الجامعية:

١- فارس حامد عبد الكريم العجرش ، فكرة المعيار في القانون وتطبيقاتها في القانون (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١.

٢- ليندا جابر، جزاء الاخلال بعقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بيروت العربية ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٢٠ .

٣- مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد ، رسالة ماجستير في القانون الخاص مقدمة الى ، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ، الأردن ، ٢٠١٣-٢٠١٤، متاحة على الرابط : https://meu.edu.jo/libraryTheses/587dd79b3df2e_1.pdf تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٢٠٢٤/٧/٩.

ثالثاً- البحوث العلمية:

١- د. اكرم محمود حسين البدو، د. محمد صديق محمد عبدالله، اثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلّية الحقوق، جامعة الموصل ، المجلد الثالث عشر ، العدد التاسع والاربعون ، السنة السادسة عشر ، ص ٤١٠ ، متاح على الرابط : https://alaw.mosuljournals.com/pdf_160تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٢٠٢٤/٧/٦.

٢- د. محمد حسن قاسم، الواقعية في القانون بين وسائل الفن التشريعي ودور القاضي ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بيروت العربية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨ ، ص ١٠ متاح على الرابط:

/https://digitalcommons.bau.edu.lb/lsjournal/vol2018/iss2018/1
تاريخ آخر زيارة ٩/٧/ ٢٠٢٤.

٣- د. أحمد ابراهيم الحياري ، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد (دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني) بحث متاح على الرابط : https://legalaffairs.gov.bh/QTopics/Q11T06.PDF تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٩/٧/ ٢٠٢٤.

٤- د. عبد عباس الانباري ، المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء ، كلية القانون ، المجلد الاول ، العدد الثاني ، متاح على الرابط : https://law.uokerbala.edu.iq/wp/pag تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٢٠٢٤/٧/٩.

٥- د. عروبة شافي عرط المعموري ، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد كتاب متاح على الرابط : https://mail.almerja.com/reading.php?idm=74315 تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ٢٠٢٤/٧/١٤.

رابعاً- القوانيين:

١- القوانيين العراقية:

أ- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

ب-قانون التسجيل العقاري رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ المعدل.

ت-قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

ث-قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي العدد ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧.

٢- القوانيين الأجنبية:

أ- القانون المدني الفرنسي المعدل.

ب-قانون العقود المدنية الفرنسي الجديد لعام ٢٠١٦.

- المصادر الأجنبية:

cour de cassation, chambre sociale,arretn374du 4 mars 2020 (19-13-316) : fr: 2020-so 00374, contrat de travial (formation du) www. Ciurdecassation . fr/jurisprudence_ 2 / chambre_ sociale _ 576/374_4_44522.html

List of sources
-Arabic sources:
-Arabic language sources:
1 -The comprehensive dictionary of meanings is available on the website: https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D9%88%D8%A7%D9%82%D8%B9%D9%8A%D8%A9/#:~:text=%D9%88%D8%A7%D9%82%D8%B9%D9%8A%D8%A9.
-Legal sources:
First- Scientific books:
1 - -Judge Sami Badih Mansour, Realism in Law (The Judiciary as a Primary Source of the Legal Rule Judicial Obligation in the Lebanese Legal System), Modern Foundation for Books, Lebanon, Beirut, 2022.
2 -Dr. Aziz Jawad Hadi Al-Khafaji, Lessons in the Introduction to the Study of Law, Baghdad University Press, Baghdad, Iraq, 2008.
3 -Dr. Abdul Majeed Al-Hakim, The Mediator in the Theory of Contract - The Conclusion of the Contract and the Elements of the Contract, Part One, Al-Ahlia Printing and Publishing Company, Baghdad, Iraq, 1997.
4 -Dr. Abdul Razzaq Al-Sanhouri, The Mediator in Explaining the New Civil Law - The Theory of Obligation in General - Sources of Obligation, Third Edition, Al-Halabi Legal Publications, Beirut, Lebanon, 2011.
5 -Dr. Essam Abdel Fattah Matar, Electronic Commerce in Arab and Foreign Legislation, Dar Al-Jamiah Al-Jadida, Cairo, 2009.
6 -Dr. Fathi Wali, The Mediator in the Civil Judiciary Law, Cairo University Library, Cairo, 2001.
7 -Dr. Nabil Ibrahim Saad and Dr. Muhammad Hassan Qasim, Introduction to Law, Al-Halabi Publications, Beirut, Lebanon, 2007.
8 -Dr. Mustafa Al-Awji, The Legal Rule in Civil Law, Updated Edition, Beirut, 2010.
9 -Dr. Muhammad Hassan Qasim, The New French Contract Law in Arabic, Al-Halabi Legal Publications, Beirut, Lebanon, 2018.
Second: University Theses and Dissertations:
1 -Faris Hamid Abdul Karim Al-Ajrash, The Idea of the Standard in Law and Its Applications in Law (Comparative Study), Master's Thesis submitted to the College of Law, University of Baghdad, 2001.
2 -Linda Jaber, Penalty for Breach of the International Sale of Goods Contract According to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Comparative Study with French Law), PhD Thesis submitted to the College of Law and Political Science, Beirut Arab University, Lebanon, Beirut, 2020.
3 -Mustafa Khader Nashmi, The Legal System of Preliminary Contract Negotiations, Master's Thesis in Private Law Submitted to, Faculty of Law,

Middle East University, Jordan, 2013-2014, Available at the link: https://meu.edu.jo/libraryTheses/587dd79b3df2e_1.pdf Last visit to the website 7/9/2024.

Third - Scientific Research:

1 -Dr. Akram Mahmoud Hussein Al-Badou, Dr. Muhammad Siddiq Muhammad Abdullah, The Impact of the Objectivity of Contractual Will in the Negotiation Stage, Research Published in Al-Rafidain Journal of Law, Faculty of Law, University of Mosul, Volume Thirteen, Issue Forty-Nine, Year Sixteen, p. 410, Available at the link: https://alaw.mosuljournals.com/pdf_160 Last visit to the website 7/6/2024.

2 -Dr. Muhammad Hassan Qasim, Realism in Law between the Means of Legislative Art and the Role of the Judge, a research published in the Journal of the Faculty of Law and Political Science, Beirut Arab University, Beirut, Lebanon, 2018, p. 10, available at the link: https://digitalcommons.bau.edu.lb/lsjournal/vol2018/iss2018/1/ Last visited on 7/9/2024.

3 -Dr. Ahmed Ibrahim Al-Hayari, Amendments to the French Civil Code Related to the Contract (A Comparative Study with the Bahraini Civil Code), a research available at the link: https://legalaffairs.gov.bh/QTopics/Q11T06.PDF Last visited on 7/9/2024.

4 -Dr. Abdul Abbas Al-Anbari, Contractual Negotiations, a research published in the Journal of the University of Karbala, College of Law, Volume One, Issue Two, available at the link: https://law.uokerbala.edu.iq/wp/pag Last visit to the website 7/9/2024.

5 -Dr. Arwa Shafi Art Al-Maamouri, Legal Organization of the Pre-Contractual Stage, a book available at the link: https://mail.almerja.com/reading.php?idm=74315 Last visit to the website 7/14/2024.

Fourth - Laws:

1 -Iraqi laws:

A- Iraqi Civil Law No. 40 of 1951 as amended.

B- Real Estate Registration Law No. 34 of 1971 as amended.

C- Iraqi Evidence Law No. 107 of 1979 as amended.

C- Resolution of the dissolved Revolutionary Command Council No. 1198 of 1977.

2 -Foreign laws:

A- The amended French Civil Code.

B- The new French Civil Contracts Law of 2016.