مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية /المجلد ٢٥/ العدد٦ :٢٠١٧

# العدالة العقدية

## دراسة مقارنة

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

**الخلاصة**

العدالة العقدية مفهوم يتعلق بتحقيق المنفعة المقصودة من العقد لكل المتعاقدين بما يحقق التناسب بين الأداءات، وهذا يعني التوفيق بين الإرادة والقانون في ترتيب آثار العقد ، وأضفاء القوة الملزمة للعقد . وأصبحت العدالة التي مصدرها النصوص القانونية مع ارادة المتعاقدين هي القوة الملزمة للعقد، بما يؤثر على مبدأ الأمان التعاقدي الذي يرافق العقد منذ ابرامه ولغاية تنفيذه.

**الكلمات المفتاحية:**آثار،العدالة ، القانون ، العقد ، الإرادة.

**Abstract**

Contractual justice relates to the intended benefit of the contract in order to achieve proportionality between performances and to reconcile the will and the law in establishing the effects of the contract .

contractual justice which is the source of the law with the will of the two parties , has become the binding force of the contract . this effects contract security from the conclusion of the contract until its execution.

**Key words :** Will , contract , law , justice , effects.

**المقدمة**

العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول العاقد الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود ومحله[١]. فالعقد هو إتفاق الإرادات بين شخصين أو أكثر يهدف الى إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزامات [٢]. وعملية التبادل بين الأداءات قد تحمل في طياتها مخاطر حدوث حالة عدم التوازن بين أداءات الطرفين نظراً للتفاوت بين الإرادات المتعاقدة التي تُنشئْ الالتزامات ، لذا فأن مواجهة عدم تحقق العدالة بين الطرفين الناتجة من اختلاف مراكز المتعاقدين تعد أولوية ضرورية للقانون [٣] . فالعقد لم يبقَ مجرد علاقة بين طرفين وإنما أصبح يمثل قيمة اقتصادية واجتماعية في آن واحد ، وأصبح القانون يتدخل في العلاقة العقدية لتحقيق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية العقدية ، فأصبح للقانون دوراً في إعطاء القوة الملزمة للعقد يكمل إرادة المتعاقدين . لذا جعلنا بحثنا متعلقاً بدور الإرادة والقانون في تحقيق العدالة العقدية بين المتعاقدين ، ومدى دور القانون في تعديل بنود العقد لمصلحة احد الطرفين أو لمصلحة المجتمع من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية .

لذلك ستكون دراستنا لمفهوم العدالة العقدية على وفق التدخل التشريعي المستمر في العقد وعدم الاعتماد على الإرادة وحدها ، وكيف يمكن التوفيق بين الإرادة والقانون بوصفهما القوة الملزمة للعقد ، ومدى تأثير ذلك على الأمان التعاقدي الذي يجب أن يرافق العقد عند إبرامه وعند تنفيذه.

---

[١] المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي.

[٢] المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي الصادرة بالتعديل الجديد في ٢٠١٦/٢/١٥.

[٣] د. إيمن إبراهيم العشماوي / نظرية السبب والعدالة العقدية/ دار النهضة العربية/ القاهرة / ٢٠٠٨/ ص٩٤.

وهذه الموضوعات سوف يتم دراستها في مبحثين الأول لمفهوم العدالة العقدية محددين تعريفها وعلاقتها بالعدالة التبادلية في مطلب أول وعناصرها في مطلب ثاني ، أما المبحث الثاني فسيخصص لدراسة علاقة القوة الملزمة للعقد بالعدالة العقدية ، وسوف يخصص لبيان علاقة المفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد بالعدالة العقدية في مطلب أول ، أما المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد فسيتم دراسة علاقته بالعدالة العقدية في مطلب ثاني،أما وسائل تحقيق العدالة العقدية ومتطلبات تحقيقها ، فسيكون دراستها في بحث آخر ، لكون إجراءات النشر في المجلات العلمية تحتم علينا الاكتفاء بالصفحات المتعلقة بمفهوم العدالة العقدية وعلاقتها بالقوة الملزمة للعقد وفق المفهوم التقليدي للقوة الملزمة والمفهوم الجديد لها . لذلك سيكون بحث ودراسة متطلبات تحقيق العدالة العقدية في بحث آخر.

وستكون دراسة موضوعات بحثنا على وفق القوانين المدنية في العراق ومصر وفرنسا [1]، وكذلك على وفق القوانين الخاصة ذات العلاقة في العراق ومصر وفرنسا بموضوع بحثنا .

واستناداً على ما تقدم ستكون خطة البحث كالآتي:

المبحث الأول : مفهوم العدالة العقدية

المطلب الأول : ماهية العدالة العقدية

الفرع الأول : تعريف العدالة التبادلية

الفرع الثاني : تعريف العدالة العقدية

المطلب الثاني : عناصر العدالة العقدية

الفرع الأول : المنفعة العقدية

الفرع الثاني : التناسب بين الأداءات

الفرع الثالث : التوفيق بين المنفعة والتناسب

المبحث الثاني : علاقة القوة الملزمة للعقد بالعدالة العقدية

المطلب الأول: علاقة المفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد بالعدالة العقدية

الفرع الأول : تعارض المفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد مع العدالة العقدية

الفرع الثاني : المفهوم التقليدي للأمان التعاقدي

المطلب الثاني : علاقة المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد بالعدالة العقدية

الفرع الأول : تطابق المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد مع تطبيقات العدالة العقدية

الفرع الثاني : المفهوم الحديث للأمان التعاقدي

الخاتمة

## المبحث الأول/مفهوم العدالة العقدية

تقتضي دراسة مفهوم العدالة العقدية بيان ماهيتها وتعريفها وبيان علاقتها بالعدالة التبادلية في مجال العقود، وكذلك بيان عناصرها في المنفعة المقصودة من العقد والتناسب بين الأداءات والتوفيق بين هذين العنصرين ، المنفعة والتناسب . لذلك سيتم دراسة موضوع المبحث في مطلبين الأول لماهية العدالة العقدية ، أما عناصر العدالة العقدية فسيكون عنواناً للمطلب الثاني .

---

[1] القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، والقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، والقانون الفرنسي على وفق التعديل الصادر في ٢٠١٦/٢/١٠ والنافذ في ١/ ٢٠١٦/١٠.

**المطلب الأول/ماهية العدالة العقدية**

بما أن العدالة العقدية متعلقة بالعقد حصراً لذا تكون جزء أو صورة من العدالة بمفهومها العام ، وبصورة أدق جزء من العدالة التبادلية[١]، لذا لا يمكن الإحاطة بمفهوم العدالة العقدية إلا ببيان المقصود بالعدالة التبادلية ، لذا سنقسم المطلب الى فرعين نخصص الفرع الأول لتعريف العدالة التبادلية والفرع الثاني لتعريف العدالة العقدية .

**الفرع الأول/تعريف العدالة التبادلية**

يذهب جانب من الفقه الى تعريف العدالة التبادلية بأنه ((العدالة التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم ويقدم على أساس من التساوي التام فيما لكل فرد من حق ، ويتمثل هذا العدل بصورة خاصة في عقود المعاوضة حيث يرضى الطرفان بتبادل أداءات مختلفة (بضائع أو خدمات ) بحيث يستطيع كل منهما إلزام الآخر بما تعهد به ، فالعدل هنا أن ينال كل شخص حقه ، وواضح ان العدل هنا عدل حسابي لا يعتد فيه بصفات الأشخاص أو اختلاف شخصياتهم [٢])).

ويرى جانب آخر بأن العدالة التبادلية هي (( أول صور العدل وأبسطها وأكثرها بدائية فقبل تدخل الدولة بل وبدونها تعرض مسألة العدل بين شخص وآخر، تساوي الأداءات في عقود المعاوضة ، ومبدأ الإثراء بلا سبب وإصلاح الأضرار، فهو لا يقتصر على العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الأفراد في المجتمع ، بل يطبق أيضا على العلاقات غير التعاقدية ، فإذا تسبب شخص بخطئه في الأضرار بغيره كان مقتضى العدل التبادلي أن يلتزم الأول بإصلاح الضرر الذي أصاب الثاني وأن يكون التعويض مساوياً للضرر ، وفي العدل التبادلي تكون المساواة بين شيء وشيء آخر أو كما يقول أرسطو ، يتحدد المجال الحقيقي للعدل التبادلي وفقاً لتناسب حسابي ذي طبيعة كمية بحته ، فالدائن بالعدل التبادلي يكون له الحق فيما ينتمي إليه لمجرد إن الشيء هو وبغض النظر عن أي اعتبار كيفي في شخصه، ولا يعتد بالاعتبار الواجب للشخص إلا حيث يكون من شأن حالة الشخص إيجاد فرق في الأشياء ، ويعطي سان توما الاكويني مثلاً لذلك بالإهانة ، مع ذلك ففي هذه الحالة أيضا يظل التناسب حسابياً لأن حالة الشخص عنصر يحدد كم الإهانة ، أما حين يكون المراد هو تحديد ما يجب أن يدفعه المشتري أو ما يجب أن يرده من يستعمل ملك الغير فلا يؤبه البتة لحالة الأشخاص ، ويسمى العدل تبادليا لأن عمله يقع بمناسبة مبادلة الأشياء والخدمات بين الأفراد ، إذ يقتضي هذا العدل أن تكون هناك مساواة حسابية بين الأداءات المتبادلة، فإذا أعطى شخص لأخر شيئا في مقابلة شيء أخذه هو وكانت قيمة الشيء الذي أخذه تزيد على قيمة الشيء الذي أعطاه كان في حدود زيادة قيمة الشيء الذي أخذه قد أستولى على شيء هو من حق الشخص الآخر ووجب عليه أن يرده حتى يتحقق التعادل بين ما أعطى وما أخذ . وبناء على ذلك يجب أن يرد المقترض الى المقرض مقدار ما أقترض ، وأن يكون الأجر الذي يستحقه الشخص عن عمل أداه معادلاً لقيمة ذلك العمل))[١] .

---

[١] الفقيه الفرنسي جاك غستان / المطول في القانون المدني – تكوين العقد / ترجمة منصور القاضي / الطبعة الأولى / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / لبنان / ٢٠٠٠/ ص٢٥٦.

[٢] أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون / فلسفة القانون / الطبعة الأولى / مطبعة العاني / بغداد / ١٩٧٥/ ص١٣٤.

[١] د. عبد الحي حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية –١ – القانون / مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٧٢ / ص٢١١-٢١٢ ، وهنا لا يفرق بين العدل والعدالة فيقصد بالعدل العدالة ، فالتفرقة بينهما لا تكون إلا من حيث وظيفة القانون .

يتضح لنا مما تقدم ، بأن العدالة التبادلية لا تقتصر على نطاق العقد ، وإنما نطاقها في كل العلاقات الناشئة بين الأفراد ، وهي تشترط مساواة حسابية صرفة بين الأخذ والعطاء ، ودون الاعتداد بحالة الشخص ومدى كفاءته وقدرته .

لذلك فأنها تختلف عن العدالة العقدية التي تكون في نطاق العلاقات العقدية وتشترط حصول المتعاقد على المنفعة المقصودة من العقد على أساس التناسب بين الأخذ والعطاء . وعليه تكون العدالة العقدية صورة للعدالة التبادلية ولا تكون مرادفة لها ، فهي تختلف من حيث المفهوم والنطاق وهذا ما سنراه في الفرع القادم عند تحديد تعريف العدالة العقدية .

**الفرع الثاني/تعريف العدالة العقدية**

يخضع العقد بوصفه أداة لتبادل الأموال والخدمات للعدالة التبادلية ، ولكن ليس بمفهومها الحسابي المجرد عن أي اعتبار آخر ، وإنما يستدعي توافر التناسب والتعادل بين الأخذ والعطاء بين المتعاقدين ، بما يحقق التوازن العقدي بمفهومه الواسع، وعندها تكون العدالة العقدية أحدى تطبيقات العدالة التبادلية ومن أهم تطبيقاتها[١].

وقبل تحديد مفهوم العدالة العقدية ، لابد من الإشارة الى بعض تطبيقاتها والتي في أغلبها لا تكون فيها الإرادة السلطة الوحيدة المستقلة والمنشئة للحق ، فقد تُفرْض التزامات جديدة لم تتجه إليها إرادة المتعاقدين[٢]، كالالتزام بالسلامة والنصيحة والتحذير والالتزام بالتعاون وغيرها ، فهي التزامات تقتضيها حصول كل متعاقد على المنفعة المقصودة من العقد بما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الاخر،وكذلك من التطبيقات التشريعية التي يهدف المشرع من ورائها الى إعادة العدالة العقدية للعقد، هو معالجة العقود التي تقترن بشرط تعسفي ، وكذلك معالجة خاصة لعقود الاستهلاك المقترنة بالشروط التعسفية ، فالبند الذي يفرض على المستهلك في عقود الاستهلاك دفع تعويض معين في الحالة التي يتنازل فيها عن العقد من دون أن يفرض تعويض مماثل على عاتق الممتهن أو المحترف المسؤول عن عدم تنفيذ العقد يعد بنداً تعسفياً لا يحقق العدالة العقدية لعقد الاستهلاك [٣]، وكذلك الحال مع أعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان فأصبح تعديل العقد و إكماله وتصحيحه من المتطلبات التي يقرها المشرع والتي يحافظ من خلالها على العدالة العقدية وعدم انهيار العلاقة العقدية.

من خلال ما تقدم ، يمكن أن نصل الى تحديد تعريف للعدالة العقدية. فقد عرفت من قبل البعض بأنها(( اشتراط تحقق المنفعة المالية للمتعاقد بحيث يتلقى كل متعاقد ما يعادل ما أعطاه ))[٤] ، وعرفت بأنها (( تحقيق المنفعة المادية لكل متعاقد بحيث تتناسب مع الأداء المطلوب القيام به ))[٥]، وكذلك عرفت العدالة العقدية بأنها (( العدالة التي تقضي بأنه لا يكون العقد صحيحاً إلا إذا كان خالياً من عدم التوازن الواضح بين الحقوق والالتزامات المتقابلة ))[١].

---

[١] جاك غستان / مصدر سابق / ص٢٥٦.

[٢] د. عبدالرحمن عياد / أساس الالتزام العقدي – النظرية والتطبيقات / المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر / الاسكندرية / ١٩٧٢/ ص١١١-١١٢.

[٣] انظر المادة (١/١٣٢) من قانون الاستهلاك الفرنسي ٩٤٩/٩٣ في ٢٦/ تموز /١٩٩٣ المعدل بقانون ١/ شباط / ١٩٩٥ رقم ٩٥-٩٦ وكذلك المادة (١٠) من قانون حماية المستهلك في مصر رقم ٧ لسنة ٢٠٠٦،أما في العراق فأن المادة (٨) من قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ بينت هذه الأحكام.

[٤] جاك غستان / مصدر سابق / ص٢٥٩.

[٥] زمام جمعة / العدالة العقدية في القانون الجزائري / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة الجزائر / ٢٠١٤/ ص٨٨.

[١] د. ايمن إبراهيم العشماوي / مصدر سابق/ ص٩٧.

ومن خلال هذه التعاريف يتضح بين العدالة العقدية حتى تتحقق تشترط تحقيق المنفعة المقصودة بما يحقق التناسب بين المتعاقدين لذلك نعرفها بأنها (( حصول كل طرف من أطراف العقد على المنفعة المقصودة منه وبما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر ))[٢]، وعلى هذا يجب أن تتحدد قيمة الأداءات بالنسبة لكل من طرفي العقد ، إذ يقتضي بأن يكون كل أداء من الأداءات المتقابلة ضرورياً لكل طرف من أطراف العقد وأن لا يكون مبالغاً فيه نسبة الى الأداء المقابل ونسبة الى وظيفته ، بمعنى لا يكون العقد ملزماً لطرفيه إلا إذا كان نافعاً وعادلاً في نفس الوقت وفي هذا يقول الفقيه جاك غستان (( فالعقد لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا لأنه نافع وعادل أي متوافق مع العدالة التعاقدية ، مما يعني بطريقة غير مباشرة ، أن العقد يُجرَّد عن قوته الإلزامية إذا لم يكن نافعاً أو إذا لم يحترم العدالة التعاقدية ))[٣].

يتضح من ذلك ان العدالة العقدية أساساً للالتزام ، أي أصبحت مع الإرادة هي القوة الملزمة للعقد، (( فالعدالة أساس نظرية الالتزام ويتغلغل هذا الأساس حياة العقد ليصحح مذهب الإرادة ، فإذا كان للإرادة دور في خلق وتعديل وانقضاء الرابطة التعاقدية ، فأن هذه الإرادة ليست ذات سيادة ، ولا يحتمل القانون استعمالها فيما ينافي العدالة ويضر بمصلحة المجتمع ، فالعدالة فوق الإرادة ، فلم تمنح الحرية للأفراد إلا بما ينسجم مع تحقيق العدالة ، فالإرادة أداة لخدمة العدالة في نطاق العقد ))[٤]، فأصبح العقد مع وجود العدالة العقدية هو وضع تجانسي وتنسيق لا تنازع للأهداف والمصالح [٥].

فالعدالة العقدية لا تتحقق إلا بتحقق المنفعة المقصودة للمتعاقدين بما يحقق التناسب ، وهذا يعني بأن عناصرها هي المنفعة المقصودة من العقد والتناسب بين الأداءات (( فجوهر العدالة العقدية سيكون في التحليل النهائي تحقيق المنفعة للملتزم تتناسب مع الأداء المطلوب منه القيام به ))[٦]. وعند توافر هذه العناصر تكوِّن العدالة التعاقدية مع الإرادة القوة الملزمة للعقد ، ويعد العقد لازماً مرتباً لآثاره ، أما بدون العدالة التعاقدية فأن الإرادة لوحدها لا تضفي القوة الملزمة للعقد ، وهذا ما سنبينه في المطلب القادم .

**المطلب الثاني/عناصر العدالة العقدية**

بما إن العقد لا يوصف بأنه يحقق العدالة العقدية بين طرفيه ، إلا إذا كان نافعاً وعادلاً والمقصود بالأخير هو التناسب بين الأداءات ، أصبح كل من المنفعة المقصود من العقد والتناسب بين الأداءات عناصر أساسية لتحقيق العدالة العقدية ، وبدون أي منهما لا يمكن أن يوصف العقد بأنه محققاً للعدالة العقدية ، وأصبحت العدالة العقدية بعنصريها أساساً مع الإرادة لإضفاء القوة الملزمة للعقد ، لذا سيكون هذا المطلب مخصصاً لبحث المنفعة العقدية والتناسب بين الاداءات كعناصر للعدالة العقدية في فرعين ، ثم نلحقهما بفرع ثالث بيان مدى التوفيق بين العنصرين من خلال التوفيق بين المنفعة والتناسب.

---

[٢] وهو تعريفنا للعدالة العقدية في بحثنا المنشور في مجلة جامعة بابل / العلوم الإنسانية / العدد ٤ / المجلد ٢٣ / ٢٠١٥ / بعنوان التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية – دراسة مقارنة / ص١٦٨٠.

[٣] الفقيه جاك غستان / النافع والعادل في العقد / ص١٤ نقلا عن د. ريما فرج مكي / تصحيح العقد – دراسة مقارنة / المؤسسة الحديثة للكتاب / الطبعة الأولى / لبنان / ٢٠٠٠/ ص٣٧٢.

[٤] د. عبد الرحمن عياد / مصدر سابق / ص١٣٨.

[٥] زمام جمعة / مصدر سابق / ص٦٨.

[٦] د. محمد محسوب / أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني / دار النهضة العربية / مصر /٢٠٠٠/ص٢٢٣.

**الفرع الأول/المنفعة العقدية**

هناك غاية أساسية في كل العقود، بأنها تهدف الى تحقيق منفعة مادية أو معنوية لكل متعاقد ، وهذا واضح من تعريف المشرع العراقي للعقد، إذ أعتبر المعقود عليه هو المنفعة المقصودة من العقد[١]. يرجع مفهوم المنفعة المقصودة من العقد الى الفلسفة التي تعرف بالفلسفة النفعية المنسوبة الى مفهوم الفقيه الانكليزي بنثام (Bentham ) إذ يقرر إن (( كل التصرفات عن الأفعال يجب أن تحكم وتقدر من خلال قدر كبير من السعادة لأكبر عدد من الافراد ، إذ يكون من خلالها مجلبة لخير أو مبعدة للألم أو سبب الألم ، فالخير هو اللذة أو سببها ))[٢].

وتكون المنفعة العقدية التي يبغى المتعاقدان تحقيقها اقتصادية أو اجتماعية ولكن يجب القول بأن لا يوجد تلازم بين معنى المنفعة الاقتصادية والمنفعة العقدية التي يعترف بها القانون ، وفي هذا المجال يذكر استاذنا الدكتور مجيد العنبكي (( ان المنفعة لما كانت خاصية في الشيء – هي القدرة على اشباع حاجة بشرية – فأن تلك المنفعة بالمعنى الاقتصادي لها، لا يهم إذا كانت متفقة من الأخلاق أو الصحة أو مخالفة لها ، فالمخدرات توفر منفعة اقتصادية على الرغم من إنّ القانون يحرم التعامل بها ))[١]، وهذا يعني إن القانون لا يعترف بالمنافع غير المشروعة ، فهو لا يأخذ معناها الاقتصادي.

ويفرق الفقه بين المنفعة والانتفاع ، فيعتبر المنفعة قابلية الشيء لإشباع حاجة معينة ، أي الاكتفاء بما هو لذة داخلية ، أما الانتفاع فهو وسائل الحصول على هذه المنفعة ، بما يؤدي الحصول عليها واقعيا أو فعلياً ، ويحصل ذلك بتسليم المنفعة تسليماً مادياً او ما يسمى بالتسليم الفعلي ، والتسليم المعنوي أو ما يسمى بالحكمي[٢].

وتتنوع المنفعة العقدية من حيث مظاهرها ، فقد تكون منفعة خاصة بالمتعاقد ذاته ، وهي الحاجة الشخصية التي يبغي الحصول عليها ، فإذا لم تتحقق المنفعة من العقد لأحد طرفيه لا نكون أمام تطبيق من تطبيقات العدالة التعاقدية لأنه يمكن أن يبحث بطلان العقد على أساس عدم تحقق السبب[٣]. وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها (( إن وثيقة التأمين التي تضمن مخاطر سبق تغطيتها كلياً بتأمين سابق كانت في الوقت عينه مجردة من الموضوع والسبب مادام ليس في وسعها على الإطلاق أن تقدم له النفع الذي أخذه في الاعتبار عند التزامه ))[٤].

بينما إذا حصل المتعاقد على منفعة عند تنفيذ العقد ولكن لا تتناسب مع الأداء الذي يطلب منه القيام به، عندها لا تتحقق العدالة التعاقدية لعدم تحقق العنصر الثاني وهو التناسب بين الأداءات ، وعندها نقول بأن المنفعة المقصودة من العقد قد أختلت بسبب عدم تحقق العنصر الثاني وهو عدم التناسب بين الأداءات ، هذا بالنسبة للمنفعة الخاصة ،سواء وصفت بأنها منفعة اجتماعية أو اقتصادية . أما المنفعة العامة فيذكر الفقه بأن

---

[١] إذ عرفت المادة (٧٣) العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ولا يوجد تعريف للعقد في القانون المدني المصري أما القانون المدني الفرنسي فقد عرفه في تعديل ١٥/فبراير /٢٠١٦ بأنه اتفاق إرادتين لا أكثر يهدف الى إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزامات وذلك في المادة (١١٠١) منه.

[٢] نقلا عن ضمير حسين ناصر / منفعة العقد والعيب الخفي – دراسة مقارنة / الطبعة الأولى / مكتبة زين الحقوقية والأدبية / لبنان / ٢٠٠٩ / ص٢٣.

[١] أستاذنا الدكتور مجيد حميد العنبكي / اثر المصلحة في التشريع و الأحكام بين النظامين الإسلامي والانكليزي / رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد /١٩٧١/ص٢.

[٢] انظر الفقه المشار إليه في زمام جمعة / مصدر سابق / ص٨٠ ، وكذلك د. ضمير حسين ناصر / مصدر سابق /ص٢٨-٢٩.

[٣] جاك غستان / مصدر سابق / ص٢٣٢.

[٤] نقض لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٩ حزيران ١٩٥٩ ، أشار إليه جاك غستان / مصدر سابق /ص٩٦١.

العقد يتضمن تبادل بين القيم ويجب أن يكون التبادل نافعاً اجتماعياً ، ويجب أن يكون كذلك متوافقاً مع المنفعة العامة ، ومعنى ذلك تبعية الإرادة للمنفعة العامة التي يحميها النظام العام والنصوص الآمرة وهذه النصوص تحمي المنفعة العامة عن طريق توفير الحماية للأشخاص المستفيدين من قواعد النظام العام[١].

أما من حيث طبيعة المنفعة فهي في العقد التبادلي اقتصادية أو اجتماعية ، فالمنفعة في نطاق العدالة العقدية يجب ان تتناسب مع الأداء الملتزم به ، وكذلك اجتماعية بمعنى عدم اقتصارها على مصلحة او منفعة المتعاقد ، وإنما ينظر الى العقد ككل وما يحققه للمجتمع ، ومن ثم فان الصفة الاجتماعية للمنفعة ، أهم ما يميز المنفعة العقدية ، كون العقد علاقة بين المتعاقدين أساسها التناسب والعدالة ، لذا تكون المنفعة الاجتماعية هي الأساس في إعادة النظر بالعقد لإعادة العدالة العقدية . ويذكر الفقيه جاك غستان بأن المنفعة الاجتماعية تنشأ مع العقد باتفاق الإرادتين ، مادامت الآثار الناشئة عن العقد لا يعترف بها إلا إذا اعترف بها القانون ، فليس كل اتفاق عقد ، وإنما العقد هو الاتفاق المعترف به قانوناً لإنتاج آثار قانونية تتعلق بالمنفعة الاجتماعية المتولدة عن إتفاق الارادتين، لذا جاءت مبادئ حسن النية متطلبات مكملة لتحقيق المنفعة الاجتماعية للعقد ، والتدخل القضائي لإعادة التوازن العقدي وعدم مخالفة شروط وبنود العقد للنظام العام وكذلك عدم إساءة استعمال الحق الناشئ من العقد اقتصادياً واجتماعيا كل هذا وغيره[٢] أساسه تحقيق المنفعة الاجتماعية للعقد ، عن طريق إعادة النظر بالعقد لتحقيق العدالة العقدية[٣].

وأخيرا، لابد من الإجابة على التساؤل الآتي : هل القانون يعترف بكل المنافع دون قيداً أو شرط ، والجواب على ذلك هو إن القانون لا يوفر الحماية لجميع المنافع ، وإنما يشترط في المنفعة التي يحصل عليها المتعاقد توافر عدة شروط وهي الشروط الواجب توفرها في محل العقد[٤].

**الفرع الثاني/التناسب بين الأداءات**

العقد قائم على تبادل قيم بين طرفيه ، فإذا تلقى المتعاقد مقابلاً معادلاً لما منحه للطرف الثاني امتاز العقد بالتناسب بين الأداءات ، سواء كان من حيث محل المنفعة محل العقد والشروط التعاقدية المتفق عليها بين الطرفين ، فأي شرط يخالف القانون أو النظام العام أو يخل بالتوازن العقدي يؤدي الى فقدان التناسب بين الأداءات مما يؤدي الى عدم تحقق العدالة العقدية مما يستوجب تدخل المشرع لأعادة العدالة العقدية .

ويشير أحد الفقهاء بصدد ذلك (( إن تحديد التناسب يجري وفقاً لمرحلتين ، أن يكون ضرورياً وأن لا يكون مبالغاً فيه نسبة الى وظيفته ، والتوازن العقدي سيتحقق إذا كان البند ضرورياً لأثر العقد ، ولم يكن مبالغاً في تحديده ، وان مراقبة تناسب البند تسمح بالمحافظة على المنفعة المتبادلة للمتعاقدين ، وهذا يقتضي البحث عن هدف البند ، لأن إدراج كل بند في العقد لا يكون إلا لسبب معين لابد من البحث عنه بهدف إعطاء البند معنى ومضموناً))[١].

وفي مجال العدالة العقدية ، فأن تنظيم العقود من حيث التكوين يجب ان يتضمن تناسباً موضوعياً يحدده القانون ، وليس تناسب ذاتي مؤسس على إرادة المتعاقدين ، فإرادة المشرع لها الدور الكبير في التخفيف من

---

[١] جاك غستان / مصدر سابق / ص٢٣٩، ٢٧٤.

[٢] كذلك أهم تطبيق لإعادة العدالة العقدية هو حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، انظر في صور التغيير في اجزاء العقد في بحثنا المشار إليه سابقا ، ص١٦٩٢ ومابعدها.

[٣] جاك غستان / مصدر سابق / ص٢٤٠، ٢٥٩ ، ٢٨٣.

[٤] تجنباً للتكرار سوف لا نتطرق الى هذه الشروط ، ونحيل ذلك الى بحثنا المشار إليه سابقاً.

[١] د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٢٢٢.

اللامساواة بين المتعاقدين ، ولكن هذا لا يعني غياب أي دور للإرادة ، وإنما يعمد التناسب على الربط بين الظروف المتبادلة في العناصر الذاتية والموضوعية المكونة للعقد ، وقد يكون تحقيق التناسب من خلال الإبقاء على العقد دون فسخه أو إبطاله ، وهذا يعني ان مبدأ التناسب أرتبط بمفهوم أوسع هو الأنصاف الذي يراقب تحققه القاضي في نطاق العقد ، وكذلك الأمر بالزام المتعاقدين بالتزامات لم ينص عليها في العقد هو اثر من آثار التناسب بين الاداءات[٢].

فالتناسب هو العنصر الثاني من عناصر العدالة العقدية ، فالمنفعة المقصودة من العقد سواء كانت اقتصادية او اجتماعية لا يمكن ان تتحقق من خلالها العدالة العقدية إلا إذا كانت متناسبة مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر ، فالعقد يجب ان يكون نافعاً عادلاً ، وعندها يجب ان تتحقق المساواة الاقتصادية والمالية وحتى الفنية بين المتعاقدين وهو هدف العدالة ازالة التفاوت في السلطة بين المتعاقدين ، أي ضمان المساواة في الالتزامات المتحققة في ذمة كل من طرفي العقد . أما دور القاضي في إعمال التناسب ، فهو ( يبحث فيما إذا حقق توازناً عادلاً بين مصالح لأحد الاطراف وحقوقه ، وفي هذا الصدد لا يكون هناك عدل إلا إذا حافظ هذا الطرف على ماله ومنع من إثراء ذمم الغير بقوة فردية ))[٣].

وأخيراً يمكن القول، بأن مبدأ التناسب من المبادئ التي أعترف بها في إطار العدالة التعاقدية ، وخاصة بعدما أصبح الرضا ليس العنصر الوحيد المتحكم في العقد والقوة الملزمة له ، وإنما هناك مبادئ أخرى مكملة للإرادة وخففت من سلطانها ، وظيفة هذه المبادئ تأمين التوازن العقدي بمفهومه الواسع ، أي الذي لا يتعلق فقط بإزالة اختلال الحقوق والالتزامات في الطرفين ، وإنما اكمال العقد بالتزامات جديدة واستبعاد الشروط غير المألوفة والباطلة ، فالتناسب يكون في كل مرحلة من مراحل العقد من التكوين الى التنفيذ.

**الفرع الثالث/التوفيق بين المنفعة والتناسب**

تحدثنا في الفرعين السابقين بأن العدالة العقدية في كل عقد تتحقق إذا أستوفى كل متعاقد المنفعة المقصودة من إبرام العقد تتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر ، وهذا يعني بان هناك تلازم بين عنصري العدالة العقدية المنفعة والتناسب ، الأول يمثل الجانب المادي او المالي للعقد أما الثاني فيتمثل الإنصاف او العدل او حتى الجوانب الأخلاقية المعنوية في العقد ، فالعقد يجب ان يكون نافعاً وعادلاً في ذات الوقت ، فجوهر العدالة العقدية استيفاء المتعاقد للمنفعة المقصودة من العقد بما يتناسب مع الأداء المطلوب القيام به ، لذا ربط الفقيه الفرنسي جاك غستان القوة الملزمة للعقد بالنافع والعادل [١].

ويترتب على العلاقة او الترابط بين المنفعة والتناسب ،بان المنفعة العقدية لا يعتد بها إلا اذا كانت نافعة اجتماعياً ، فمبدأ الحرية العقدية في إنشاء الحقوق والالتزامات يخضع للمنفعة الاجتماعية ، ويتجلى ذلك بأن الحق يجب أنْ يستعمل في حدوده القانونية إذ حتى لو استعمل المتعاقد حقه في الحصول على منفعة العقد ولكن اضر بالغير ، عندها تتحقق مسؤولية المتعاقد عن قطع المفاوضات دون مبرر قوي ، أو عن سوء نية ، أو إساءة الاستعمال عند تنفيذ العقد ، وأصبح سوء النية معياراً مكملاً للعدالة التعاقدية[٢].

ترتبط المنفعة بالتناسب أو بالعدل ، فعملية اختلال لمنافع العقود بتخلفها أو انتقاصها لسبب معين، كهلاك أو عيب أو تخلف وصف مما تتخلف معه المنفعة المقصودة كلاً او جزءاً ، او نتيجة لتنفيذ جزئي

---

[٢] زمام جمعة / مصدر سابق / ص٢٠٦ ، ٢٠٧، ٢١٠.

[٣] جاك غستان / العادل والنافع في العقود / فقرة ٥ / نقلاً عن زمام جمعة / مصدر سابق / ص٢١٩.

[١] الفقيه جاك غستان / تكوين العقد / مصدر سابق / ص٢٧١.

[٢] المصدر السابق / ص٢٣٩.

معيب أو تأخير الالتزام كل هذا بسبب فقدان المتعاقد لمزايا او منافع العقد ، لذا يتدخل المشرع لإعادة التناسب الى هذا العقد ، الذي اختلت فيه المنفعة المقصودة من العقد بمعنى يتدخل لإعادة العدالة العقدية ، وهذا يعني بأن العدالة العقدية تتحقق بتوفر عنصرين الأول هو عنصر المنفعة التي تتطلب توافر المنفعة المقصودة من العقد، أما العنصر الثاني فهو التناسب أي يحصل كل متعاقد على منفعة عقدية تتناسب مع ما يستحقه ومع قدرته، أي التناسب بين الإعطاء والأخذ ، وبهذا عدم تحقق المنفعة والتناسب هو غياب للعدالة العقدية بمعنى تكامل ما هو نافع مع ماهو عادل ، أي التكامل في عقد البيع بين الثمن والمبيع وبين الأجرة والمنفعة في عقد الايجار وهكذا[١].

(( فالعلاقة بين النافع والعادل كتوفيق ضروري بينهما من حيث الهدف ، أنشأت تفرقة واضحة في الشأن الاقتصادي والاجتماعي ، كان النظام العام فيها هو الحصيلة ، ولولا تدخل النافع والعادل في تحديد مضمون العقد من خلال استنتاج المنفعة المقصودة من العقد سواء كانت اجتماعية او اقتصادية في تحقيق التوازن العقدي، لما أمكن الحديث عن سياسة تشريعية تساعد القاضي على الرقابة ولولا ان النافع والعادل يتخذان بأهمية في العقود التي ترتكز على العنصر الزمني ، لما أمكن الحديث عن انقاذ العلاقات العقدية من المخاطر غير المتوقعة ، وهذا كله كان له الأثر في تحول مبدأ سلطان الإرادة الى مفهوم جديد يتناسب مع ما تقدم ))[٢].

وعليه فأن النافع والعادل لا يحققان العدالة العقدية كل واحد منهما بمعزل عن الآخر، بل لابد من تلازمهما لتحقيق العدالة العقدية ، فالنافع والعادل هو سند القوة الملزمة للعقد ، وهما مبدأن متكاملين في نطاق العدالة العقدية . وهذا ما سيتم بيانه في المبحث القادم في أثر العدالة العقدية على القوة الملزمة للعقد.

**المبحث الثاني/علاقة مفهوم القوة الملزمة للعقد بالعدالة العقدية**

إن مذهب الإرادة أو مبدأ سلطان الإرادة يقضي بأن لا يجوز أن تمس الحقوق والالتزامات التي أتفق عليها المتعاقدان، وهو مبدأ القوة الملزمة ، بمعنى إن العدالة العقدية بين المتعاقدين تتجسد فيما يسفر عنه اتفاق المتعاقدين، وهذا يعني إن العقد وليد إرادتين أو أكثر متساوية في الحرية التعاقدية ، ولكن هذا الأمر لم يعد يتناسب مع التطورات التي لحقت بالعقود التي سمحت بتقليص دور الإرادة في العقد ، مما أدى الى وجوب التوفيق بين مبدأ سلطان الإرادة او الحرية التعاقدية وبين العدالة التعاقدية بمعنى ازدياد تدخل القانون في العلاقة العقدية .

وعلى هذا سنعرض في هذا المبحث لعلاقة المفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد بالعدالة العقدية في مطلب أول وفي المطلب الثاني لعلاقة المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد بالعدالة العقدية .

**المطلب الاول/علاقة المفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد بالعدالة العقدية**

إن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد ، وفقاً للمفهوم التقليدي ، وسواء تحققت العدالة العقدية ام لا ، مادام الإرادة والتراضي قد تحقق في العقد لا يهم بعد ذلك تحقق المنفعة والعدالة العقدية للمتعاقدين ، مادام الأمن القانوني للقواعد القانونية المتعلقة بالعقد ثابتة لا تتغير عندها يتحقق الأمان التعاقدي بين المتعاقدين سواء تحقق التوازن الاقتصادي والمنفعة المقصودة من العقد أم لا . لذلك فأن المفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد يتعارض مع العدالة التعاقدية ويتبنى مفهوماً تقليدياً للأمان التعاقدي . وهذا ما سنحدده في فرعين ،

---

[١] زمام جمعة / مصدر سابق / ص٩٦-٩٧.

[٢] هدى عبدالله / دروس في القانون المدني /العقد / منشورات الحلبي الحقوقية / لبنان /٢٠٠٨ / نقلا عن زمام جمعة / مصدر سابق / ص٩٩.

الأول لتعارض المفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد مع العدالة التعاقدية وفي الفرع الثاني نحدد المفهوم التقليدي للأمان التعاقدي.

**الفرع الأول/ تعارض المفهوم التقليدي للقوة الملزمة العقد مع العدالة العقدية**

جاء في المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي (( يجب إذا نفذ العقد كان لازماً . ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي))[١]، وعلى وفق هذا فأن العقد شريعة المتعاقدين ، إذ يلتزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما أشتمل عليه مادام العقد قد نشأ صحيحاً ، وهو لا يكون صحيحاً وملزماً إلا في الدائرة التي يجيزها القانون ، ولا يتعارض مع النظام العام والآداب ، وهذا هو أقرار لمبدأ سلطان الارادة كمبدأ قانوني والذي يتضمن الحرية التعاقدية التي تتيح للفرد ان يتعاقد أو أن لا يتعاقد ، وكذلك في تحديد الشروط التي يتعاقد في ضوءها والآثار المترتبة على تعاقده[١].

فالاتفاقيات التي تمت على وجه قانوني تقوم مقام القانون بالنسبة لمن أبرموها ، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق المتعاقدين او للأسباب التي يقررها القانون ، وبذلك يكتسب العقد قوة ملزمة تحول دون تعديله من القاضي بحجة ان التعديل تقتضيه العدالة ، ولا يجوز تعديله ايضا بإرادة أحد المتعاقدين[٢]. فمبدأ سلطان الإرادة ، وفق المعنى المتقدم يعني إن الارادة هي السلطة اللازمة والكافية لتعيين مضمون العقد والتزامات طرفيه والآثار الناشئة عنه ، فتجعل كل طرف ملزما بتنفيذ ما أرتضاه من التزام ملقى على عاتقه[٣].

والمبادئ المستنتجة من مبدأ القوة الملزمة للعقد إستناداً الى ارادة المتعاقدين ، أيْ مِنْ المفهوم التقليدي لهذا المبدأ،هي: الحرية التعاقدية والقوة الإلزامية للعقد ، والأثر النسبي للعقد[٤]، وبالنسبة لمبدأ الحرية التعاقدية، فأنها تتمثل في إمكانيات ثلاث ، إمكانية التعاقد أم لا ، اختيار شخص المتعاقد ، تحديد شروط العقد، أما القوانين فأذا كانت مكملة أو مفسرة للإرادة ، فهي لا تطبق إلا عند غياب إرادة مخالفة معبّر عنها ، إذ إنها تترجم الارادة الضمنية للمتعاقدين ، بينما القوانين الآمرة والمتعلقة بالنظام العام ، فموضوعها هو حماية إرادة المتعاقدين كقواعد الأهلية ومنع أي اعتداء على حقوق وحرية الغير ، وعلى وفق ذلك ، يعد مبدأ الرضائية من المبادئ الفرعية المنبثقة عن مبدأ سلطان الارادة وهذا يعني بأن العقد يقوم على توافق إرادتين ، فالرضا يكفي لإنشاء العقد ، طالما اتخذ له مظهراً خارجياً معبراً عنه من غير ضرورة لشكل معين يصاغ فيه. أما المبدأ الثاني الذي يتمثل بأن العقد هو ملزم تجاه المتعاقدين والقاضي ، وهو يستنتج من مبدأ سلطان الارادة ، وأخيراً فأنه يترتب على المبدأ الأخير الأثر النسبي للعقد ، فالآثار لا تسري إلا على المتعاقدين ولا تسري باتجاه الغير إلا في الأحوال التي يقررها القانون .

يتضح مما تقدم عرضه ، طبقا للمفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد بأن المتعاقدان يصنعان العقد برضاهما وفي أن القانون لا يضمن التوازن الاقتصادي للعقد ، إلا من خلال ضمان المساواة القانونية بينهما . ويقصد بالمساواة القانونية بين المتعاقدين طبقاً لمبدأ سلطان الارادة ان يتمتع كل متعاقد بإرادة حرة عند إقدامه

---

[١] تقابلها في القانون المدني المصري (١/١٤٧) ، والمادة (١١٩٣) من القانون المدني الفرنسي.

[١] د. عبد الفتاح حجازي محمد حجازي /أزمة العقد – دراسة مقارنة / أطروحة دكتوراه تقدم بها الى كلية القانون / جامعة بغداد /١٩٩٨ / ص١٩٣.

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / مصادر الالتزام / الطبعة الثالثة / منشورات الحلبي / بيروت / ٢٠٠٠/ المجلد الاول / ص٦٩٧ وما يليها .

[٣] محمد رياض دغمان / إلزامية العقد –دراسة مقارنة / منشورات زين الحقوقية / الطبعة الاولى /٢٠١٠/ ص٢٢.

[٤] وسنقوم بعرض هذه المبادئ اعتماداً على ما ذكره الفقيه الفرنسي جاك غستان في كتابه المترجم الى العربية من قبل منصور القاضي / تكوين العقد / مصدر سابق/ ص٥٣-٥٦.

على التعاقد سواء من حيث اختياره للتعبير عن إرادته او في اختيار الشخص الذي يرغب في التعاقد معه أو في اختيار الشروط التي يتعاقد عليها او بموجبها بالإضافة الى تمتعه بأهلية التصرف وسلامة إرادته من العيوب التي تلحق بها التي تؤثر على اندفاعه الى التعاقد . فعند توافر هذه الشروط عند إبرام العقد ، فلا يحق للمتعاقد أن يتظلم من العقد بدعوى ان التزامه قد تم دون تحقيق تعادل موضوعي بين التزامات وحقوق طرفي العقد،فعدم التوازن الاقتصادي بين مصلحتي الطرفين لا تؤثر – كقاعدة عامة – في صحة العقد . بمعنى ان التوازن الاقتصادي للعقد متحققاً تبعاً لتحقق المساواة القانونية ، اذ يتحقق التوازن الأقتصادي للعقد حتى لو كان ما يأخذه المتعاقد بالعقد لا يساوي ما يعطيه للطرف الآخر من الناحية الموضوعية ، فمعيار التوازن الاقتصادي معيار ذاتي متروك لإرادة الطرفين المتعاقدين [١].

وعلى أساس ما تقدم ، نصل الى نتيجة مفادها عجز المساواة القانونية المبنية على المفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد عن تحقيق العدالة بين المتعاقدين ، فعقود الإذعان وفق المفهوم الحديث لها[٢] والعقود المقرنة بالشروط التعسفية وإن تحققت فيها المساواة الواقعية إلا إنها تفتقد للعدالة التعاقدية . لأنه بحسب هذا الاتجاه ، يشكل العقد التعبير عن سيادة ارادة الفرقاء المطلقة وهذه الأخيرة هي التي تؤسس القوة الملزمة للعقد. فالقوة الملزمة تتأسس من خلال مبدأ استقلالية الإرادة ، وهذا يعني بإن على القاضي ، ان يبتعد كذلك عن تعديل العقد والتقيد بإرادة المتعاقدين والالتزام بالمضمون الذي أتفق عليه المتعاقدين ، ويبرر ذلك بحجتين الأولى : ترتبط بموقف القاضي الذي يجب أن يتقيد بالعقد وفقاً لما تفق عليه ، لأن دور القاضي هو حث المتعاقدين على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية كما حددوها بالعقد ، ومن ثم طلب القاضي تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ، أما الحجة الثانية فهي متعلقة بالمحافظة على مبدأ الأمان التعاقدي ، وفق المفهوم التقليدي له ، لأنه يجب وفقاً لهذا المبدأ أن يطمئن المتعاقدان على إن العقد المتوافق عليه سوف ينفذ بوصفه عمل قانوني ينظم علاقاتهم التعاقدية أثناء تنفيذها ، فتدخل القاضي في تغيير مضمون العقد يشكل خطر على الأمان التعاقدي ، ولا يمكن أجبار الدائن على قبول غير ما أتفق عليه في العقد[١].

لذا وعلى أساس ما تقدم يعني تعرض المفهوم التقليدي للعقد الذي يعتد على الإرادة في ترتيب آثار العقد مع العدالة التعاقدية لذا يجب التوفيق بين الصفة الملزمة للعقد والصفة الملزمة للقانون في نطاق العقد .

**الفرع الثاني/المفهوم التقليدي للأمان التعاقدي**

الأمان القانوني هو ضرورة أساسية في القانون المدني ، وخاصة في مجال العقود ، فالأمان القانوني هو ضرورة تسبق كل نظام قانوني يضم قواعد قانونية تتعلق بموضوع من الموضوعات الاجتماعية ، لذلك فأن التغيير او التعديل من قبل القاضي في مضمون العقد الذي أبرم وفقاً للنصوص القانونية يشكل خطراً على الأمان القانوني الذي أطمئن إليه المتعاقدين عند إبرام العقد ، فالأمان القانوني في مجال العقد يعني إمكانية التحديد المسبق والدقيق للعلاقات العقدية من قبل المتعاقدين[١].

---

[١] أي لا يتطلب سوى تحقق أركان العقد والشروط التي يتطلبها القانون في هذه الأركان ، لضمان المساواة القانونية دون المساواة الحقيقية ، انظر في تفصيل ذلك / د. عبد الفتاح حجازي / مصدر سابق / ص١٩٥ وما بعدها .

[٢] يقصد بعقود الإذعان وفق المفهوم الحديث له هو العقد الذي يحصل فيه أحد طرفيه على ميزة مبالغ فيها نتيجة الاختلال في التكافؤ بين طرفي العقد . انظر تفصيل ذلك في بحثنا الموسوم / العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي – دراسة مقارنة / منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية / العدد ٤/ المجلد ٧ / السنة ٢٠١٥.

[١] انظر تفصيل ذلك / د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٣٦٧-٣٦٨.

[٢] زمام جمعة / مصدر سابق/ ص١٦.

وعلى هذا فأن عدم تغيير العلاقة العقدية القائمة على اتفاق المتعاقدين ما دامت أبرمت في ظل القواعد القانونية يسمى بمبدأ الأمان التعاقدي وفقاً للمفهوم التقليدي له ، لأنه يقضي بعدم التدخل في مضمون العقد ما دام المتعاقدان قد اطمئنوا الى ترتيب آثاره وفقاً لما أتفق عليه ، وبغض النظر سواء تحققت العدالة التعاقدية والمنفعة المقصودة من العقد أم لا . وبذلك نكون أمام الأمان التعاقدي الذي لا يتناسب مع ضرورة تدخل القاضي في آثار العقد لتحقيق العدالة العقدية .

وعلى هذا يجب التفريق بين الأمان القانوني والأمان التعاقدي ، فالأخير ليس إلا وجهاً من أوجه الأمان القانوني، فالأمان التعاقدي في نطاق المعاملات المالية هو الأمان القانوني الذي يطبق على العلاقات التعاقدية وهو يبدو كالثقة بالواقع القانوني بالعقد بين المتعاقدين والغير الذي يسري العقد باتجاهه ، لذلك فالأمان القانوني جماعي بينما الأمان التعاقدي خاص بالمتعاقدين ،وعليه فأن العقد وفقاً للأمان التعاقدي عملاً توقعياً للمستقبل ، يقتضي أن يطمئن المتعاقدان الى إن ما اتفقوا عليه سينفذ ، لذلك يجب تحقيق أمران لتحقيق الأمان التعاقدي وفقاً للمفهوم التقليدي له ، وهذان الأمران هما :

الأمر الأول :- استقرار القواعد القانونية المنظمة للعلاقة العقدية بما يحقق اطمئنان المتعاقد بعدم تغيير القانون المطبق على العقد ،فالاستقرار في القانون هو أساس بالأمن، مما يولد خطر على العلاقات التعاقدية للأفراد ، واضطراب الحقوق والأوضاع الفردية .

الأمر الثاني :- تقيد القاضي بالعقد الذي ارتضاه كل من الدائن والمدين بإرادتيهما الحرة، أي تكريس للعقد شريعة المتعاقدين، وعلى القاضي أن يلزم المتعاقد بتنفيذ جميع ما أشتمل عليه العقد ما دام الأخير صحيحاً نافذاً ، فهو يقوم مقام القانون بالنسبة لمن أبرمه . فتدخل القاضي من شأنه أن يزعزع العلاقات التعاقدية ، ولا يحقق أماناً لهم بالعقد وآثاره والقواعد القانونية المنظمة له[١].

ويترتب على ما تقدم ،بأن الثبات في القاعدة القانونية مظهراً من مظاهر الأمان التعاقدي وفق المفهوم التقليدي ، وأحدى وسائله ، فالثبات القانوني يقود الى الأمان التعاقدي غالباً ، وهناك ثبات قانوني عندما يكون لدى المتعاقدين قناعة بأن الظروف لن تتغير مستقبلاً وبأن يطمئنوا ان العقد سيظل كما اتفقوا عليه عند الأبرام[٢]. وعندها يقترب الأمان التعاقدي وفقاً لهذا المفهوم مع الأمان القانوني الذي يفترض عدم المساس بالمراكز القانونية المنشئة للحقوق الشخصية الناشئة عن العقد ، والثبات التشريعي المتعلق بالعلاقات العقدية ، وكل هذا من مرحلة تكوين العقد الى مرحلة تنفيذه ، باحترام العقد وما نشأ عنه كأنه القانون الذي يحكم العلاقة العقدية [٣].

**المطلب الثاني/علاقة المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد بالعدالة التعاقدية**

إن تحقيق العدالة العقدية بين المتعاقدين يحتاج الى مفهوم جديد للقوة الملزمة للعقد يتناسب مع التطبيقات التشريعية المتعددة التي تعطي للقاضي التدخل لتحديد مضمون العقد بما يتناسب مع مفهوم جديد للأمان التعاقدي، لذا يقتضي منا البحث بيان المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد والأمان التعاقدي وفق مفهومه المتطور، وذلك في فرعين نحدد في الأول تطابق المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد مع تطبيقات العدالة العقدية أما الفرع الثاني نخصصه لدراسة المفهوم الحديث للأمان التعاقدي.

---

[١] د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٣٦٠.

[٢] المصدر السابق /ص٣٦١.

[٣] أبعاد الأمن التعاقدي وارتباطاته / عرض مقدم في اللقاء الدولي حول الأمن التعاقدي وتحدياته التنمية / منشور على الموقع الالكتروني : www.ism.ma/basic/web تاريخ الزيارة ٢٠١٦/١٠/٩.

**الفرع الاول/تطابق المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد مع تطبيقات العدالة العقدية**

إن قيام المشرع بإعادة النظر من جديد في سياسته التشريعية فيما يتعلق بتنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية بطريقة أكثر ايجابية تمثلت في إصدار تشريعات قانونية ذات طابع توجيهي للعقد ، أصبح بموجبها المشرع يتدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة في التنظيم الداخلي للعقد مما ترتب عليه إضعاف الدور الذي تلعبه الإرادة في هذا الصدد ، عندها كنا أمام مفهوم جديد للقوة الملزمة للعقد هو نتيجة لتراجع مبدأ استقلالية الإرادة ، إذ يلاحظ تقليص دور الإرادة ، وإيجاد أسس جديدة تكمل الإرادة ، لإلزامية العقد ، وهذه الأسس الجديدة تخدم توازن العقد ككل وتحميه بالوقت ذاته ، فلم يبق مبدأ حرية الإرادة يشكل الأساس الوحيد للقوة الملزمة للعقد ، وهذه الأسس هي العدالة العقدية متمثلة بالمنفعة المقصودة من العقد جعلت مفهوماً جديداً لاستقلالية الإرادة أي الإرادة التي تكملها أسس أخرى في إضفاء الإلزامية على العقود[١].

يترتب على ما تقدم بأن القوة الملزمة للعقد وفق التوجه الحديث ، تقضي بان إلزامية العقد للمتعاقدين في تنفيذ بنوده تستنتج من مدى احترام المنفعة المقصودة من العقد بما يحقق العدالة العقدية ، بمعنى إن العقد يستمد قوته الملزمة ليس من إرادة المتعاقدين وإنما من القانون الموضوعي ، فليس للمتعاقدين سوى الحقوق التي تعطيها القاعدة القانونية الموضوعية ، فالقاعدة القانونية أصبحت تهدف بوسائل متعددة الى تحقيق العدالة التعاقدية ، أي كما يقول الفقيه جاك غستان (( سعي القانون الموضوعي وراء المفيد والعادل هو الذي يبرر القوة الإلزامية للعقود ويضع شروطها وحدودها ملهماً نظام العقد بمجمله ، وان العقد يُجرَد من قوته الإلزامية إذا لم يكن نافعاً اجتماعياً أو لم يحترم العدالة التعاقدية ))[٢]، ويضيف في هذا الصدد (( فالجوهري في العقد ، في نظر القانون الموضوعي ، هو إرضاء الحاجات الذي يتيح تحقيقه وكذلك التوافق مع العدالة التبادلية ، من المهم أن يتلقى كل فريق ما يعادل ما أعطاه ، وبما إن كل واحد قادر طبيعياً على أن يدافع عن مصالحه ، يمكن الافتراض أن اتفاق الإرادتين أتاح إرضاء حاجات الفريقين وفقاً للعدالة التعاقدية التبادلية ، غير أن الأمر لا يتعلق بمجرد قرينة ، يجب استبعادها في كل مرة لا تضطلع فيها الإرادة بوظيفتها . فحماية الرضا ليست سوى وسيلة العمل على احترام العدالة العقدية ))[٣].

واستناداً الى ما تقدم ، يمكن للقاضي أن يتدخل في مرحلة تنفيذ العقد ، في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد ولا يكون ذلك التدخل متعارضاً مع القوة الملزمة للعقد ، بل يكون متفقاً لها وأساساً لتحقيق العدالة التعاقدية التي أساساً لإلزامية العقد ، وهذا التراجع في استقلالية الإرادة لوحدها كأساس للقوة الملزمة للعقد ، في ظل المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد الذي يعتمد على أسس مكملة للإرادة تتضمنها العدالة التعاقدية ، لذلك يعاد التوازن الاقتصادي للعقد استناداً على العدالة التعاقدية ، ويبطل الشرط الباطل المقترن بالعقد ويطبق عليه أما انتقاص العقد الباطل او استبعاد الشرط الباطل بحكم القانون كما هو الحال في الشروط التعسفية في عقود الاستملاك ، حتى يتم أعادة العدالة التعاقدية للعقد للإبقاء عليه بدلاً من أبطاله .وكذلك لذات الهدف يلتزم المتعاقد بالتزامات لم ينص عليها في العقد ، كالالتزام بالأعلام والالتزام بالسلامة والالتزام بتقديم النصيحة ، والواقع هنا لا يوجد أي تناقض بين التغيير في جزء من أجزاء العقد بالإضافة أو الإنقاص او الاستبعاد وبين القوة الملزمة للعقد ، إنما هناك تكامل بينهما ، فالأول أي التغيير في أجزاء العقد يحقق إلزامية العقد لكونه يحقق العدالة العقدية.

---

[١] د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٣٧٠-٣٧١ ، د. ايمن إبراهيم العشماوي / مصدر سابق/ ص٩٧ومابعدها.

[٢] الفقيه الفرنسي جاك غستان / مصدر سابق /ص٢٣٠.

[٣] المصدر السابق / ص٢٥٩.

يتضح مما تقدم إن القوة الملزمة للعقد لاقت تجديداً على صعيد مفهومها بسبب التطور الذي حصل في المجتمع بتأثير الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، فالتوازن في العلاقات الاقتصادية يستتبع نظاماً قانونياً للعقود متوازناً ومتوافقاً مع الظروف المحيطة به ، لذا فأن جمود مبدأ القوة الملزمة للعقد يشكل إنكار للتطور في العلاقات العقدية ، وكذلك لا يحقق هذا الجمود مبدأ الإبقاء على العقد قدر الإمكان ، فمبدأ القوة الملزمة للعقد يجب ان يتسع لحاجات المتعاقد على وفق التطورات الاجتماعية والاقتصادية والالكترونية وغيرها ، وهذا واضح في نصوص المواد ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤ من القانون المدني الفرنسي في التعديل الأخير في مرسوم ٢٠١٦/٢/١٠ والذي أصبح نافذاً في٢٠١٦/١٠/١ ، اذ تم تقييد الارادة بمتطلبات تحقيق العدالة العقدية ، اذ حتى أن تقييد مضمون العقد المختار من قبل المتعاقدين يجب ان يكون في الحدود التي رسمها القانون[١]. وهذا يعني تطابق المفهوم الجديد للعقد مع العدالة التعاقدية التي لا تتحقق إلا بتحقيق المنفعة المقصودة من العقد لكل من الطرفين مع وجود التناسب بين الأداءات وبما يحقق الاهداف التي رسمها المشرع من وراء العقد، فالارادة لم تصبح هي المحددة لمفهوم العقد كما كان وفق المفهوم التقليدي لها . وعليه يمكن ان نعرف العقد وفق المفهوم الجديد له الذي يتناسب مع العدالة التعاقدية (( تلاقي ارادتين على انشاء آثار قانونية يعترف بها القانون )).

**الفرع الثاني/المفهوم الحديث للأمان التعاقدي**

بما أن العقد غايته الاساسية هي المنفعة المقصودة منه ، وهذه الغاية تتحقق عادة اعتماداً على الحرية التعاقدية التي من خلالها يحدد كل من المتعاقدين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد والتي تهدف الى تحقيق غايته،إلا ان تحقيق غاية العقد من خلال الاعتماد على الحرية التعاقدية لم يعد كافياً لتحقيق الغاية المقصودة من العقد ، وانما أصبح لزاماً علينا تقييد الحرية التعاقدية بمبادئ العدالة والمنفعة المقصودة من العقد بما يتعلق بآثار العقد . وعلى هذا فأن القواعد القانونية أصبحت تتدخل بصورة اوسع لصالح تحقيق آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين على وفق العدالة التعاقدية والمنفعة المقصودة منه لذا (( فأن نية المتعاقدين المشتركة التي تنشئ علاقة ملزمة لا تستحق ان تنتج آثارها إلا بمقدار ما تكون في خدمة الاهداف المتوافقة مع القاعدة القانونية ))[١]، وهذا يعني أصبحت الارادة تكملها القواعد القانونية التي تسمح لتحقيق العدالة التعاقدية،وأصبح العقد بما أحتوى عليه مقدساً لا يمكن المساس به في حال تحقيق العدالة التعاقدية والمنفعة المقصودة من العقد (( واصبحت الحرية التعاقدية ، المبدأ الذي بمقتضاه يبقى المتعاقدين لهم الحرية في اختيار مضمون العقد ولحقوقه والتزاماته ولكن تحدد مضموناً بما يتوافق مع حدود واحترام المنفعة والعدالة في العقد ، فالحرية التعاقدية تعني اذن حرية الخيار النسبي وليس المطلق في العقد، وضرورة ان تكون الارادة نسبية غير مطلقة تبرر الزيادة الملحوظة في الاستثناءات الواردة على المفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد المبني على الارادة وحده وخاصة الاستثناءات المتعلقة بأحكام القانون الالزامية الهادفة الى حصول المتعاقدين على ما يهدفان اليه))[٢].

---

[١] انظر المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها ( كل متعاقد حر في اختيار المتعاقد الاخر وشكل العقد ومضمونه في الاطار الذي حدده القانون )

[١] الفقيه الفرنسي جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيّو / المطول في القانون المدني / مفاعيل العقد أو آثاره / ترجمة منصور القاضي / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع /لبنان /٢٠٠٠/ص٤٠٧.

[٢] LFin – Lanqer , L'écontractual L.G.D.J Tome 366,2002. n° 139.

وهذا يعني ان مرحلة تنفيذ العقد يجب ان تحكمها مسألة مهمة للمتعاقدين وهي تحقيق الهدف المقصود من العقد ، لذا لا تكون محكومة بالإرادة لوحدها لتحديد ذلك الهدف ، وإنما بأساليب ومتطلبات تحقق غاية العقد ، وعدم إتباع ذلك فأن القاعدة القانونية الخاصة بذلك لم تُحْتَرَمْ ، ويلتزم المقصر عندها بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية[٣]. لذلك يجب أن يكون المتعاقد مطمئناً عند إبرام العقد بأنه سينفذ العقد وفقاً لتحقيق المنفعة المقصودة فعندما تتأثر غاية العقد وهدفه فأن القانون يحمي المتعاقد أمام ذلك ، ويُرْجِع الثقة المشروعة التي يظهرها المتعاقدان عند إبرامهم للعقد ، ويطمئنوا بأن العقد سوف يطبق على المتعاقدين بما يتحقق معه العدالة التعاقدية لطرفي العقد ، فإذا كنا امام اختلال في الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد يؤدي الى جعل العقد غير نافع أو يخشى حرمان المتعاقد من المنفعة المقصودة من العقد . عندها يتدخل المشرع في هذا الصدد لتحقيق العدالة التعاقدية بما يحقق الأمان التعاقدي للعقد ، لذا فأن المشرع هو الذي يحدد متى لم تتحقق المنفعة المقصودة من العقد ومن ثم اختلال العدالة التعاقدية ، فالقاضي لا يستطيع التدخل لتحقيق الامان التعاقدي للعقد بتحقيق العدالة التعاقدية دون تفويض تشريعي بذلك[١].

من ذلك يتضح، إن الأمان التعاقدي وفق المفهوم الحديث يعني من حيث مضمونه ليس الحفاظ على اثار العقد من حقوق والتزامات كما هي ، و إنما يعني تنفيذ هذه الاثار يجب ان يكون بما ينسجم مع المنفعة المقصودة من العقد في إطار العدالة التعاقدية . لأن الاطمئنان بالعقد لا يتحقق عندما تبقى على حالها بنود العقد بما فرضته من حقوق والتزامات ، وإنما يجب أن تنفذ وفق أطار وأسس العدالة التعاقدية ، وهذا يعني لا يوجد تلازم بين الأمان التعاقدي وبقاء الالتزامات والحقوق دون تغيير، وإنما قد يأتي التغيير في جزء من أجزاء العقد لحماية مبدأ الأمان التعاقدي وفق المفهوم الحديث ، أي يأتي التغيير لإعطاء الأمان للعقد الذي فُقِد نتيجة وجود اختلال عقدي يستوجب تدخل المشرع لتحقيق العدالة التعاقدية، فالأمان التعاقدي يستند الى العدالة التعاقدية وليس الى الثبات في العقد ، بمعنى الثبات في العقد ((في بعض الحالات)) ليس إلا مظهراً من مظاهر الأمان التعاقدي ، ولكن من المؤكد ليس في أي حال من الاحوال الثبات ذاته ولا يرادفه لأن الاخير قد يتعارض في بعض حالاته مع التغيير في آثار العقد من حقوق والتزامات حتى كان هذا التغيير هادفاً لتحقيق العدالة التعاقدية ، بينما الأمان التعاقدي مضمونه هو التغيير الهادف الى تحقيق العدالة التعاقدية ، وكذلك لايختلط من باب أولى ، بمبدأ اخر يتعلق بأجزاء العقد بمعزل عن آثارها ، وهو مبدأ عدم المساس بالعقد الذي يقضي بعدم المساس المطلق بالعقد ، والذي ينسجم مع المفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد لتحديد معنى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، من ثم لايوجد تدخل بتصحيح العقد أو تكميله أو تعديله من قبل القضاء[٢]. وعلى هذا ، فأن الأمان التعاقدي هو اطمئنان او ثقة المتعاقدين بأن العقد

سيرتب آثاره بما يحقق العدالة التعاقدية[١].

ويختلف مفهوم الأمان التعاقدي وفق المفهوم الحديث له عن مفهوم استقرار المعاملات المالية ، والذي يقصد بالأخير (( تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على اطراف المعاملة المالية ، ويتمثل ذلك في تحديد

---

[٣] الفقيه الفرنسي جاك غستان وآخرون / مصدر سابق /ص٤٠٨.

[١] د. محمد عبد الظاهر حسين / الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقدية / دار النهضة العربية / القاهرة / ٢٠٠٠/ ص١٨٢.

[٢] يقرب من هذا : د. ريما فرج مكي / مصدر سابق /ص٢٦٤.

[١] وقد عرفه البعض (( توقع المخاطر التعاقدية وتلافيها وذلك بإتباع إجراءات محددة عند المتعاقد ، فهو إحساس وقيم اجتماعية مستمدة من القانون )) نقلا عن أبعاد الأمان التعاقدي وارتباطاته / عرض مقدم في اللقاء الدولي حول الأمن التعاقدي وتحديات التنمية / منشور على الموقع الالكتروني : www.ism.ma/basic/web زيارة الموقع في ٢٠١٥/١٠/١٦.

حقوق الطرف الاول ومدى تلك الحقوق التي تترتب في ذمة الطرف الاخر ، وتحديد التزامات الطرف الاول وتلك الالتزامات التي يجب ان يلتزم بها قبل الطرف الاخر ، وبالعكس ، أي تحديد الحقوق والالتزامات المتقابلة لأطراف المعاملة المالية ))[٢]. فهذا المفهوم لاستقرار المعاملات المالية ، يختلف عن مفهوم الأمان التعاقدي بأن الاول يتعلق بثبات الآثار [٣]، بينما يقرن الأمان التعاقدي هذا الثبات بالعدالة العقدية ، ففي بعض الاحيان يتحقق مع الاستقرار الأمان التعاقدي ، وفي حالات اخرى يتحقق استقرار المعاملات المالية بتحديد اثارها ، إلا انها لا تحقق المنفعة المقصودة من العقد ومن ثم لا تتحقق العدالة التعاقدية ما لم يتدخل المشرع بتغيير في هذه الآثار لصالح العدالة التعاقدية، فاستقرار المعاملات المالية يعد احد مرتكزات الأمان القانوني وليس الامان العقدي، فالأول أوسع من الثاني ، فالأول هو ضرورة أساسية يقتضي أن تسبق كل نظام قانوني، أي يسبق العقد ، أي الأمان القانوني الخاص بالعقد ، فهو الثقة في القانون التي تتمثل في واقعة قواعد القانون تصبح متوقعة ومتمتعة ببعض الثبات ، بينما الأمان التعاقدي الثقة الذي يوليها المتعاقدين بالعدالة التعاقدية أي أن آثار العقد من حقوق والتزامات يجب أن تنفذ وفقاً للعدالة العقدية . فالأمان القانوني يوجب التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية ومنها العقد ، أي القواعد القانونية تحقق الثبات النسبي للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمـــــن والطمأنينة للعلاقات القانونية على ضوء القواعد القانونية النافذة ، دون التعرض لمفاجأة الاطراف بقواعد قانونية تختلف عما كانت موجودة وقت إنشاء التصرف ، لذا يجب على القواعد القانونية أن تقرر مبدأ عدم رجعية القوانين على الماضي ، وعدم المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد التي استمدوها بطريقة مشروعة من القوانين القائمة وقت نشوء التصرف[١]، وبالإضافة الى مبدأ عدم رجعية القوانين على الماضي كمرتكز من مرتكزات الأمان القانوني فأن هناك مرتكزات اخرى منها احترام آجال الطعون والتقادم واحترام مدد الإجازة للعقد الموقوف والعقد القابل للابطال ، وكذلك يعد استقرار المعاملات المالية من مرتكزات الأمان القانوني ما دام يحدد قواعد قانونية تتسم بالثبات غرضها المحافظة على العقد قائما بما يرتب من آثار[٢].

يتضح مما تقدم بأن الأمان التعاقدي يقوم على المحافظة على آثار العقد ولكن بما ينسجم مع العدالة التعاقدية ، لذلك في بعض الأحيان تستوجب العدالة التعاقدية تغيير في جزء من أجزاء العقد لتحقيقها ، ولا تتحقق بدون هذا التغيير في جزء من اجزاء العقد ، وهذا لا يمكن أن يحصل إلا بنص قانوني فقد أجازت بعض صوره نصوص القوانين محل المقارنة فقد جاء في المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي (( إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي )) ، وتقابلها في القانون المدني المصري المادة (١/١٤٧) منه (( العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون )) وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في (١٩٣٢/٣/٩) المادة (١٦٦) منه (( إن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد ، فللأفراد أثر يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاءون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية ))[٣]، أما القانون المدني الفرنسي فقد جاء بهذه الأحكام في المادة (١١٠٣)

---

[٢] علي حميد كاظم / استقرار المعاملات المالية – دراسة مقارنة / أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / جامعة كربلاء / ٢٠١٤ / ص٢٣.

[٣] إذ يقصد به (( القدر المتيقن من تحديد الالتزامات ايا كان مصير العلاقات العقدية سواء بنفاذها أم عدمه ....)) علي حميد كاظم /المصدر السابق / ص٢٤١.

[١] د. علي حميد كاظم / مصدر سابق / ص٢٣٨.

[٢] أبعاد الامن التعاقدي وارتباطاته / مصدر سابق .

[٣] وكذلك تضمنت هذه الأحكام المادة (٢٢١) منه التي تنص في فقرتها الاولى (( ان العقود المنشأة على وجه قانوني تلزم المتعاقدين )).

على وفق التعديل الجديد في ٢٠١٦/٢/١٠ اذ جاء فيها (( العقود المشكلة قانوناً تحل محل القانون فيما يتعلق بأطرافها )).

وهذا التغيير في جزء من أجزاء العقد بما يحقق الانصاف للمتعاقدين يختلف عن الثبات العقدي وعن استقرار المعاملات ، كما ذكرنا اعلاه ، كون الأخيرين لا علاقة لهما بالعدالة العقدية والتغيير الذي يقترن بها، وإنما يتعلقان بثبات الآثار المترتبة عن العقد سواء حققت المنفعة المقصودة من العقد أم لا ، المهم ان العقد سيظل كما أتفق عليه المتعاقدان عند الابرام . بينما الأمان العقدي يتحقق عندما يتوقع المتعاقدين بأن تغيير في العقد يمكن أن يحصل ، ويمكن ان يتدخل القاضي لإعادة النظر في العقد لتحقيق العدالة التعاقدية وذلك لعلمهما مسبقاً بالقواعد القانونية المنظمة لذلك ، لذا فالتوقع قد يكون مرتبطاً بإرادة الطرفين ولا يتنافى ذلك مع الأمان التعاقدي ، بعكس الثبات العقدي أو الثبات التشريعي واستقرار المعاملات التي لا تتطابق في مفهومها مع مفهوم توقع اطراف العقد للتغيير كون التغيير يتنافى مع مفهومها وتجسيداً لذلك يحدد احد الفقهاء مثالين :

(( الاول : عند إصابة العقد بخلل في التوازن خلال مرحلة تنفيذه بسبب الظروف الطارئة ، أي بسبب حدوث ظرف طارئ غير متوقع وخارج إرادة الفرقاء ...، فالسؤال الحقيقي يكمن في معرفة ماهو مصدر الحدث الذي يقلب العقد ويُنشئ الخلل في التوازن ويطال موجبات الفرقاء ؟ بالطبع هو الحدث الطارئ، فعدم المساس بالعقد في هذه الحالة من شأنه ان يصيبه بعدم الأمان أكثر من الحالة التي يتم تصحيحه فيها .... اما المثال الثاني فهو (( حالة البنود التعسفية في قانون حماية المستهلك .... ففي كل عقد يربط مستهلك بممتهن يستطيع القاضي أن يتدخل وان يُعلن كل بند مشابه بنداً غير مكتوب ، ينتج عن ذلك عدم ثبات في عقود الاستهلاك ، ... فالممتهن يعلم بأن هناك منع قانوني لإدراج بنود تعسفية ، ولكنه يدرج في هذه العقود بندا لصالحه يهدف الى إنشاء خلل في التوازن بين حقوق الفرقاء وموجباتهم ، بمعنى انه بالرغم من كل شيء هو يجازف بإدراجه هكذا بنداً وهو يقبل بهذا الخطر عن سابق علم ، لأن إمكانية التدخل القضائي دخلت في توقعه فالممتهن تحرك في جو من العلم والثقة ، إذاً هو في جو من الأمان العقدي ولا يستطيع أن يعترض على التدخل القضائي لتحقيق التوازن الذي فقد بسببه))[1].

من كل ما تقدم ، يتضح بأن مراجعة العقد من قبل القاضي لتحقيق العدالة العقدية بما يحقق المنفعة الاجتماعية للعقد ، يحقق ما يسمى ، بمبدأ الأمان التعاقدي ولكن وفق المفاهيم الجديدة .

**الخاتمة**

العقد أداة معبرة عن حرية الإرادة في ترتيب آثار العقد ، ولكن على وفق مفهوم العدالة العقدية والأمان التعاقدي بمفهومه الجديد أصبحت الحرية التعاقدية مقيدة لصالح تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية أراد المشرع حمايتها ، وأصبح تحقيق هذه الأهداف غاية المشرع، وإن القاعدة القانونية تتفوق على الارادة عند تعارضهما ، أي ترجح القاعدة القانونية على القاعدة العقدية في ترتيب آثار العقد ، فلم تبق الآثار محكومة بالإرادة وإنما القانون أصبح له الدور الأكبر في ذلك، تحقيقاً للعدالة العقدية بتحقيق المنفعة المقصودة من العقد بما يتناسب مع أهداف المشرع المختلفة والتي يسعى من خلال العقد بالمحافظة عليها .

وعلى هذا، فالأمان التعاقدي بمفهومه الجديد الذي يتلائم مع العدالة العقدية غاية المشرع وهدفه، أي ان المشرع يسعى لتحقيق الأمان التعاقدي من خلال ترتيب آثار العقد ولكن بما ينسجم مع مفهوم العدالة العقدية ،

---

[1] د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٣٦٢.

وأصبحت العلاقة قائمة بين العدالة العقدية والأمان التعاقدي بمفهومه الجديد . وهذا يعني بأن هنـــاك تراجـــع للقاعدة العقدية أمام القاعدة القانونية في ترتيب آثار العقد ، فأصبح للقانون دوراً في انشاء العقد وفي تنفيذه ، اي أصبحت العدالة العقدية اساسا للقوة الملزمة للعقد، وأصبحت العدالة العقدية المستندة الى القانون تتدخل في كل مراحل العقد ، وتطغى على ارادة المتعاقدين عند التعارض ، فمبدأ سلطان الارادة ، أصبح مقيداً بالقانون، لذا نوصي المشرع العراقي بتعديل المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي لتصبح على الوجه التالي : ((اذا نفذ العد كان لازماً في الحدود التي يرسمها القانون ، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديلـــه إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي )) فهذا النص ينسجم مع المفهوم الجديد للعقد الذي لا يقتصر على الإرادة لوحدها ، وإنما القانون مع الإرادة هي أساس وجود آثار العقد وإضفاء القوة الملزمة له .

**المصادر**

**اولاً: الكتب القانونية**


ايمن إبراهيم العشماوي /نظرية السبب والعدالة العقدية / دار النهضة العربية / القاهرة / ٢٠٠٨.

الفقيه الفرنسي جاك غستان / المطول في القانون المدني – تكوين العقد / ترجمة منصور القاضي / الطبعـــة الاولى/المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / لبنان / ٢٠٠٠.

الفقيه الفرنسي جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيّو / المطول في القانون المدني / مفاعيل العقد أو آثاره/ترجمة منصور القاضي/المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع /لبنان /٢٠٠٠.

الدكتور حسن علي الذنون / فلسفة القانون / الطبعة الاولى / مطبعة العاني / بغداد / ١٩٧٥.

د. ريما فرج مكي/تصحيح العقد– دراسة مقارنة / المؤسسة الحديثة للكتاب / الطبعة الاولى / لبنان / ٢٠٠٠.

د. ضمير حسين ناصر / منفعة العقد والعيب الخفي – دراسة مقارنة / الطبعة الاولى / مكتبة زين الحقوقيـــة والادبية / لبنان / ٢٠٠٩ .

د. عبد الحي حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية –١ – القانون / مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٧٢ .

د. عبد الرحمن عياد / أساس الالتزام العقدي – النظرية والتطبيقات / المكتب المصري الحـــديث للطباعـــة والنشر / الاسكندرية / ١٩٧٢.

د. عبدلاالرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / مصادر الالتزام / الطبعـــة الثالثـــة / منشورات الحلبي / بيروت / ٢٠٠٠/ المجلد الاول .

محمد رياض دغمان / إلزامية العقد –دراسة مقارنة / منشورات زين الحقوقية / الطبعة الاولى /٢٠١٠.

د. محمد عبد الظاهر حسين/الدور المنشئ للقاضي في اطار الروابط العقدية/دار النهضـــة العربيـــة/القاهرة/ ٢٠٠٠.

هدى عبد الله / دروس في القانون المدني /العقد / منشورات الحلبي الحقوقية / لبنان /٢٠٠٨.

د. محمد محسوب / ازمة العدالة العقدية في القانون الروماني / دار النهضة العربية / مصر /٢٠٠٠.


**ثانياً: رسائل الماجستير واطاريح الدكتوراة**


زمام جمعة/العدالة العقدية في القانون الجزائري/اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الجزائـــر/ ٢٠١٤.

د. عبدالفتاح حجازي محمد حجازي /أزمة العقد – دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه تقدم بهـــا الـــى كليـــة القانون / جامعة بغداد /١٩٩٨.

علي حميد كاظم / استقرار المعاملات المالية – دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القـــانون / جامعة كربلاء / ٢٠١٤ .

الدكتور مجيد حميد العنبكي / اثر المصلحة في التشريع والأحكام بين النظامين الاسلامي والانكليزي / رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد /١٩٧١.

**ثالثاً: البحوث القانونية**

منصور حاتم محسن / التغيير في جزء من اجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية – دراسة مقارنـــة / مجلـــة جامعة بابل للعلوم الانسانية / عدد ٤/ مجلد ٢٣ / ٢٠١٥.

منصور حاتم محسن /العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي – دراسة مقارنة/ مجلة المحقـــق الحلـــي للعلوم القانونية والسياسية / العدد ٤/ المجلد ٧ / ٢٠١٥