Journal Of the Iraqia University (74-7) November (2025)

ISSN(Print): 1813-4521 OnIine ISSN:2663-7502
Journal Of the Iraqia University
available online at: https://www.mabdaa.edu.iq

دور القاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على تحقيق العدالة بالقانون العراقي والإيراني

إشراف د. علي محمد حكيميان
استاذ مشارك قسم القانون الخاص
مركز بحوث الحوزة والجامعة / قم ـ إيران
علي ستار شحاذه علي الخزرجي

The role of the judge in amending part of the contract and its impact on reciprocal justice under Iraqi and Iranian law

Dr. Ali Muhammad Hakimian
Eali star Shahadhah Eali Alkhazraji
E-mail:alisattarshahadha1987@gmail.com

المستخلص

العدالة التعاقدية هي الأساس الذي يجب أن تقوم عليه جميع القوانين والنظم من أجل تحقيق الهدف الأسمى من النظام في المجتمعات، وهو الصالح العام للجماعة كما هو الصالح الخاص لكل فرد، فهي قواعد عامة وملزمة للسلوك الاجتماعي، يترتب على مخالفتها عقاب مناسب ومن هنا تأتي أهمية دور القاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على تحقيق العدالة يتم من خلال المساواة أمام القانون، مع تطبيق النصوص القانونية على الجميع بغض النظر عن خصائصهم، بينما قواعد العدالة تراعي الظروف المحيطة بالأشخاص والسلوك القانوني، لذلك تعتبر قواعد العدالة أحد مصادر القانون، وبالتالي يجوز تعديل العقد بالنقص أو الإضافة أو التعديل أو الاستثناء بموجب القانون لأسباب مختلفة، منها ضمان العدالة التعاقدية المتبادلة وإعادة التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد المتبادل، وكذلك تحقيق العدالة المتبادلة بضمان تحقيق العقد للمصلحة المقصودة، وقد يكون ذلك بطلب من الأشخاص وتقدير القاضي، وقد يكون بتدخل مباشر من القاضي دون حاجة لطلب أحد أو بموجب القانون، ومن خلال المنهج الوفي التحليلي المقارن خرج البحث بمجموعة من النتائج منها، أن العدالة التعاقدية المتبادلة في كل من العراق وإيران تتحدد بنطاق العقود المتبادلة التي ترتب التزامات متقابلة تعطي كل طرف منفعة تعادل ما يحصل عليه الطرف الآخر، وذلك ارتباطا بمفهوم المنفعة المقصودة من العقد، وهو لا يقتصر على العقود التي تربط الطرفين، بل يكون نطاقه في أي عقد.الكلمات المفتاحية: القاضي، تعديل، العقد، العدالة، القانون.

Abstract

Contractual justice is the basis on which all laws and systems must be based in order to achieve the ultimate goal of order in societies, which is the public good of the group as well as the private good of each individual. They are general and binding rules of social behavior, violating them entails appropriate punishment. Hence comes the importance of the role of... The judge amending part of the contract and its impact on mutual justice is done through equality before the law, with the application of legal texts to everyone regardless of their characteristics, while the rules of justice take into account the circumstances surrounding people and legal behavior, so the rules of justice are considered one of the sources of the law, and therefore the contract may be amended. By subtracting, adding, amending, or excluding under the law for various reasons, including ensuring mutual contractual justice and restoring the balance between the rights and obligations of the parties to the mutual contract, as well as achieving mutual justice by ensuring that the contract achieves the intended interest. This may be at the request of people and at the discretion of the judge, or it may be with direct intervention from The judge without the need to request anyone or according to the law, and through the faithful comparative analytical approach, the research came out with a set of results, including that mutual contractual justice in both Iraq and Iran is determined by the scope of mutual contracts that arrange corresponding obligations that give each party a benefit equal to what the other party obtains. This is in connection with the concept of the intended

benefit of the contract, which is not limited to contracts that bind the two parties, but rather its scope is in any contract.Keywords: judge, amendment, contract, justice, law..

المقدمة

وهناك حالات كثيرة يسمح فيها المشرع بتعديل جزء من العقد ليُستبق فيه تعديل جزء من العقد، وقد يكون الغرض من هذا التعديل ضمان العدالة التعاقدية المتبادلة، بحصول كل طرف على المنفعة المقصودة من العقد, وهنا يكون للإرادة تأثير في إنشاء الرابطة التعاقدية، ولكن العدالة فوق الإرادة، فالإرادة محكومة بتحقيق العدالة، إذ لا بد أن يحصل كل طرف على المنفعة التي يرغب في الحصول عليها من العقد، ويتجسد ذلك في البحث عن المساواة والتناسب بين حقوق والتزامات طرفي العقد.ويمكن تحقيق ذلك بالإضافة إلى عنصر من عناصر العقد أو الانتقاص منه، كأن ينقص أو يعدل أو يضيف إلى جزء من العقد، أو يستبعد عنصرًا من العقد بحكم القانون حفاظًا على تسلسل آثار العقد لتحقيق المنفعة المقصودة من العقد.وبناءً عليه يستند البحث هذا على قانونين أساسيين هو القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، والقانون المدني الإيراني لسنة ١٩٢٨م.وتنبع أهمية موضوع هذه الدراسة من أهمية موضوع دور القاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على العدالة الذي يعد من الموضوعات الرئيسية على مستوى الفقه والقضاء لارتباطه بحق المتعاقدين أمام المحاكم بمختلف درجاته وأنواعه، واحترام حقوق المتقاضين في الدعوى من حيث عدالة القاضي الذي يعد أحد الركائز الأساسية لتطبيق أي قانون, وقياس مدى عدالة أي قانون يكون باحترام حقوق المتقاضين في النص على حقوق المتعاقدين في متن القانون واحترام تقديم هذه الحقوق بعدالة أمام المحاكم، ولا جدوى من هذه القواعد القانونية إذا لم تتوافر الوسائل المؤدية إلى حماية هذه القواعد والاستفادة من الضمانات التي تكفلها، وهو ما يتحقق بتقديم الحقوق.وتظهر إشكالية الدراسة في السؤال الرئيسي التالي:ما دور القاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على تحقيق العدالة بالقانون العراقي والإيراني؟

١- لفت انتباه الباحثين إلى أهمية موضوع الدراسة لما له من فائدة علمية ونظرية.

٢- الوقوف على مدلول دور القاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على العدالة ، وأساسه وطبيعته الإجرائية.

٣- بيان فاعلية الأليات القانونية للقاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على العدالة ، وأحكامها.ولما كان الهدف من البحث هو دور القاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على العدالة في كل من القانون العراقي والإيراني، فإن المنهج المناسب لبحث هذا الموضوع هو منهج البحث الوصفي التحليلي والمقارن، ومن أجل تحقيق الهدف والغاية من البحث تم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول ماهية العدالة العقدية التبادلية

سوف نبحث أولاً مفهوم القاضي ثم مفهوم العدل المتبادل، ثم مفهوم المنفعة المقصودة من العقد، ثم مفهوم المنفعة المقصودة من العقد، ثم مفهوم المنفعة التعاقدية. وبناءً على ذلك سوف ينقسم هذا البحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم تحقيق العدالة

العدل بصفة عامة هو أن يتلقى كل إنسان ما يساوي إنتاجه ويؤدي العمل الذي يتناسب مع طبيعته وقدرته، فالإنسان العادل هو الإنسان الذي يبذل جهده في إعطاء الحق ويقدم ما يساوي ما يتلقاه مقابل هذا الجهد[١]إن التطلع إلى العدالة القائمة على المساواة وهذه النظرية قديمة، سبق لأرسطو أن عبر عن مقتضيات العدالة القائمة على المساواة في تبادل الحقوق والواجبات كما أشار إلى مقتضيات العدالة التوزيعية، إذ أن الحياة في المجتمع تؤدي إلى تكوين سلطة تطالب بتقديم الخدمات وتنظم منح ما يقابلها ويجب أن يراعى جانب العدالة في توزيع الأعباء ومنح الأرباح, ولكن المساواة الحسابية في ذلك لا تكفي أبداً، إذ لا بد من توزيع الأعباء بما يتناسب مع الوسائل وتوزيع الأرباح بالنسبة للحاجات أو الخدمات المقدمة، وفكرة العدالة هذه تحقق القانون الوضعي للحاجات أو الخدمات المقدمة. وفكرة العدالة هذه تحقق القانون الوضعي للحاجات أو الخدمات المقدمة، وفكرة العدالة هذه تحقق القانون المستوفي لمقتضياته الأساسية في تأمين تكافؤ الخدمات في معظم النظم القائمة، وهذا يعني أن العدالة تقوم على المساواة في تبادل الحقوق والواجبات من جهة، ومن جهة أخرى مقتضيات العدالة التوزيعية حيث أن الحياة في المجتمع تؤدي إلى تكوين سلطة تطالب بتوفير الخدمات وتنظم منح ما يقابلها وتراعي جانب العدالة في توزيع الأعباء ومنح الأرباح [٢]يتضح من المعنى السابق للعدالة أنها تأتي على صورتين، الأولى العدالة التوزيعية، وهي في نطاق علاقات المجتمع أو الدولة مع الأفراد باعتبارهم أعضاء في مجتمع يسمى الدولة، وهي تقوم على إعطاء جميع أفراد الهيئة الاجتماعية أنصبة متساوية، يتمتع كل فرد بمنافع الصالح العام، صحيح أن أساس العدالة هنا هو المساواة، ولكن المساواة هنا ليست مساواة رياضية، فالعدالة التوزيعية تقتضي أن يكون التوزيع بين الأفراد بحسب ملكياتهم وقدراتهم وحاجاتهم، فهي مساواة نسبية تتناسب مع قدرة عضو المجتمع ومكانته وقيمة الخدمة التي يؤديها للمجتمع[٣]ومعنى هذا أن العدالة التوزيعية تكون

في نطاق علاقات الأفراد بالمجتمع، أي في العلاقات بين الجماعة السياسية والأفراد باعتبارهم أعضاء في تلك الجماعة السياسية، فهذا النوع من العدالة خارج نطاق بحثنا، لأن بحثنا هذا في نطاق العقد، أي في علاقة الأفراد ببعضهم البعض وتحقيق العدالة في نطاق الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد، وهذا النوع من العدالة هو العدالة المتبادلة، وهذا لا يتحقق إلا في نطاق عقد ملزم للطرفين أو عقد تبادلي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة طرفي العقد. كذلك خارج نطاق بحثنا العدالة التي هي أحد مصادر القاعدة القانونية التي يرجع إليها القاضي في سد النقص في التشريع، وهي التي يعرفها البعض بأنها القوة الملزمة الكافية التي تدعو العقل إلى وضع الحلول المرضية[٤]وعليه فإن تحقيق العدالة تدخل في نطاق العقد الذي يربط الطرفين وهو نطاق بحثنا، فهي ضمن علاقة طرفي العقد بما يتولد عنه من حقوق وواجبات، فالهدف من تحقيق العدالة هو تحقيق التوازن بين المنافع لكل من طرفي العقد أو بين الأداءات المتبادلة، ووصفت بالتبادلية لأنها تبادل للأشياء والخدمات بين الأفراد، أي التبادل بين الأداءات المتقابلة ويجب أن تحقق المساواة والتناسب بين ما أعطى كل طرف وما أخذ كل طرف من طرفيها[٤] وبناءً على ذلك، تتحقق العدالة المتبادلة في نطاق العقد إذا كانت هناك حقوق لكل من طرفي العقد مع التزامات مقابلة. ومن ثم فإن الشرط الذي يلزم المستهلك في عقد استهلاكي بدفع تعويض معين في حالة العدول عن العقد دون فرض تعويض مماثل على المهني أو المهني المسؤول عن عدم تنفيذ العقد هو شرط تعسفي لا تتحقق العدالة المتبادلة بوجوده[٥]. ويعتبر الشرط تعسفيا أيضا في عقد المستهلك عندما يتضمن حقا لبائع السلع أو مورد الخدمات في زيادة الأسعار دون إعطاء المستهلك الحق في إلغاء العقد عندما يكون السعر النهائي مرتفعا بالنسبة للسعر المتفق عليه وقت إبرام العقد[٦]. وهنا يجب أن تتحقق العدالة المتبادلة، إذ تقتضي هذه المقابلة أن يحصل كل من الطرفين المتعاقدين على ما يقابلها من حقوق ويتحمل ما يقابلها من التزامات إلا أن هذا التساوي العددي في الحقوق والالتزامات المقابلة لا يعني أن العدالة قد تحققت في العقد المتبادل، إذ أن العدالة المتبادلة تتطلب توافر معيارين متلازمين في وجودهما، المعيار الأول معيار التكافؤ والمعيار الثاني المكمل له هو معيار التناسب، إذ لا بد من توافرهما معاً حتى تتحقق العدالة المتبادلة. فطبقاً للمعيار الأول يجب أن نكون أمام تساوٍ في القيم المتبادلة بين الأداءات المتقابلة، فالعدالة المتبادلة تتحقق عندما يحصل كل طرف في العقد على منافع متساوية ومماثلة لما يحصل عليه الطرف الآخر من نفس العقد، ولا يشترط التكافؤ المطلق. وهذا الأخير يسمح بتحديد القيمة المتبادلة بين الأداءين المتقابلين والتي يجب أن يراعى عند تحديدها نوع الالتزام والمنفعة الاقتصادية والقانونية المتحققة لكل من طرفي العقد، وطبيعته الثانوية أو الأساسية لكل من طرفيه[١]. وهذا يستلزم توافر معيار آخر تتحدد بموجبه قيمة الأداءات بالنسبة لطرفي العقد، وهو معيار التناسب، وهذا المعيار يقتضي أن يكون كل أداء من الأداءات المقابلة ضرورياً لكل طرف من طرفي العقد، وألا يكون زائداً بالنسبة للأداء المقابل له وبالنسبة لوظيفته، وبالتالي تتحقق العدالة المتبادلة في عقد معين وفقاً لهذا المعيار إذا كان الالتزام ضرورياً وغير مبالغ فيه لأن ذلك يسمح بتحقيق المنفعة المتبادلة لطرفي العقد [٢]وبناء عليه، وعلى أساس المعيارين السابقين، فإن العدالة التعاقدية المتبادلة في نطاق العقد هي أن يحصل كل من طرفي العقد على المنفعة المقصودة من العقد وبما يتناسب مع ما يحصل عليه العاقد الآخر. وهذا الأمر جعل الفقه الحديث يميل إلى جعل العدل التعاقدي المتبادل أساساً للإلزام بالإضافة إلى أساس الإرادة، بحيث لا يطبق هذا الأخير تطبيقاً مطلقاً، بل إن تحقيق العدل التعاقدي بين طرفي العقد أساس يصحح مذهب الإرادة ويحد من غلوائه، فإذا كان للإرادة دور في إنشاء الرابطة التعاقدية وتعديلها وإنهائها. وإذا كان للإرادة دور في إنشاء الرابطة التعاقدية وتعديلها وإنهائها، فإن هذه الإرادة ليس لها صفة الإطلاق ولا يتسامح القانون في استعمالها على خلاف العدالة، فالعدالة التعاقدية فوق الإرادة، إذ إن هذه الأخيرة محكومة بتحقيق العدالة، والعقد يجب أن يكون مطابقاً للعدالة التي هدفها تحقيق المنفعة المقصودة من العقد[٣]. المنفعة المقصودة من العقد هي الهدف الذي تسعى العدالة المتبادلة إلى تحقيقه لطرفي العقد.وفي المادتين ٦١ و١٥٦ من الدستور الإيراني لسنة ١٩٧٩، تم تحديد أهداف وواجبات السلطة القضائية بعناية، وبحسب المادة ٦١، فإن "أعمال القضاء تقوم بها محاكم العدل، التي يجب أن تنشأ وفق المعايير الإسلامية، وتفصل في الدعاوى، وتحمي الحقوق العامة، وتوسع العدالة وتنفذها، وتقيم الحدود الإلهية".

المطلب الثاني: المنفعة المقصودة من العقد

إن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون الوضعي وليس من إرادة الأطراف المتعاقدة، وبالتالي فإن مبدأ استقلالية الإرادة يتضمن مسألة تشريعية تؤكد ضرورة الرجوع إلى إرادة المتعاقدين كمبدأ عام ومجرد للحل، ولكن هذه الإرادة ليست غاية في حد ذاتها، بل هي أداة لخدمة القانون الوضعي، وهي على هذا النحو ليست سوى عنصر هام بالطبع[١]. وهذا يعني ان هناك تلازماً وارتباطاً واضحاً بين تحقيق العدالة والتي لا تتحقق إلا اذا تحققت المنفعة المقصودة من العقد . أما مفهوم المنفعة المقصودة من العقد، والتي يلتزم المتعاقدان على أساس تحقيقها لكل منهما تحقيقا للعدالة التعاقدية المتبادلة بينهما، فإن مفهومها – أي المنفعة – في القانون الوضعي وفي جميع المصادر التي درست ذلك ترجع إلى كتب فلاسفة القانون

الوضعي.وفي تحليل التعريف السابق وفي هذا الصدد يجب أن نلاحظ نقطة مهمة، وهي أن المنفعة صفة للشيء – القدرة على إشباع حاجة إنسانية – تلك الحاجة – في علم الاقتصاد – لا يهمنا ما إذا كانت تتفق مع الأخلاق أو الصحة أو تتعارض معهما. فالمخدرات مثلا رغم ضررها البالغ على الصحة إلا أنها تعتبر في نظر الاقتصاد نافعة في نظر الاقتصاد للمدمن لأنه محتاج إليها، أما في علم القانون فالأمر بالعكس في علم الاقتصاد، فالحاجة يجب أن تدور في دائرة القانون المستمدة من الأخلاق والصحة وغيرهما من الأمور النافعة للمجتمع، ولا أدل على ذلك من محاربة القانون للمخدرات، فالمنفعة في مجال الاقتصاد قد تعتبر في حالات معينة فسادا ومخالفة في مجال القانون[٢]. وبناء على ما تقدم فإن المنفعة هي القدرة على إشباع حاجة معينة، ولكنها لا تعني فقط خدمة أو سلعة بالمعنى الاقتصادي، بل إن الحاجة التي هي الهدف من المنفعة هي المقصودة بالمعنى الواسع لهذه الكلمة، إذ تتطور الحاجة لتأخذ شكل الهدف الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه ولا تقتصر على الجانب الاقتصادي، أما عند الجمهور فإن المنفعة هي السلع والخدمات المتبادلة بين طرفي العقد التي هي محل الأداءات المقابلة.ولا بد من القول بأن قدرة الشيء على إشباع حاجة معينة لا يعني بالضرورة تحقق استيفاء المنفعة، بل لا بد من تحقق الانتفاع أولاً حتى يتحقق إشباع الحاجة لأي عاقد، فالانتفاع عملية خارجة عن نفس المنفعة، فهي عملية تحصيل منافع الشيء وثماره، أي استيفاء هذه المنفعة، وهذا يتحقق بالسيطرة على نفس الشيء عادة، بينما تسليم المنفعة يأخذ شكلين فالمنفعة تأخذ شكلين، التسليم الحسي أو ما يسمى بالتسليم الفعلي والتسليم المعنوي أو ما يسمى بالتسليم الحكمي، والأخير يتحقق بمجرد التخلية بين المستأجر والعين المستأجرة التي يجب معها الأجرة المسماة أو أجرة المثل، وأن ينتفع المستأجر بالعين المستأجرة، وإلا فهو الذي فوت المنافع على نفسه مع عدم وجود مانع من استيفاء المنفعة المعقود عليها.[١].والربط بين المصلحة والمنفعة يؤكده الدكتور علي حمد صالح الذي يرى أن المصلحة هي نفسها المنفعة، فهي إشباع حاجة معينة للإنسان، فالمصالح والمنافع هي ما يقصده العاقد ويقصده من إبرام عقد معين، فالمصلحة هي جلب منفعة، ولكن يجب أن تكون بحسب القانون مشروعة، وقد تكون لدفع ضرر معين، فالأفعال الاختيارية يجب أن يعترف بها القانون، سواء أكانت مصالح أم منافع، مادية أم معنوية[٢].ويمكن أن يقال مما سبق أن المنفعة المقصودة من العقد تعتبر في إطار العدالة المتبادلة بناء على الربط بين المفهومين. فإذا كان هناك خلل في العقد بين حقوق والتزامات طرفيه فإنه يفتقد العدالة المتبادلة، أي أن المنفعة التي يحصل عليها أحد المتعاقدين لا تتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر، وهذا يؤدي إلى القول بأن العقد لا يحقق المنفعة المقصودة منه لأحد المتعاقدين، أي أن العقد لا يحقق المنفعة المقصودة منه لأحد المتعاقدين. وبعبارة أخرى: إن تحقيق العدالة التعاقدية المتبادلة يعني حصول العاقد على المنفعة المقصودة من العقد، وهذا يؤدي إلى القول بأن العقد لا يحقق المنفعة المقصودة منه لأحد المتعاقدين، أي أن العقد لا يحقق المنفعة المقصودة منه لأحد المتعاقدين. وهذا يؤدي إلى القول بأن العقد لا يحقق المنفعة المقصودة لأحد المتعاقدين، أي أن تحقيق العدالة التعاقدية المتبادلة يعني حصول المتعاقد على المنفعة المقصودة من العقد، وعندما لا يحصل المتعاقد على المنفعة فمعنى ذلك أن العدالة المتبادلة لم تتحقق، فالعقد أداة لتبادل المنافع بين المتعاقدين. ولا بد أن يقال: إن المنفعة التي يحصل عليها كل من المتعاقدين يجب أن تتوافر فيها الشروط التي يجب أن تتوافر في موضوع العقد[٣]. أما إذا كانت المنفعة مرتبطة بفعل يلتزم أحد المتعاقدين بأدائه أو الامتناع عنه، فلا بد أن يكون الأداء الذي يولد المنفعة ممكناً، فإذا كان موضوع العقد مستحيلاً فلا يمكن أن يحصل للعاقد الآخر المنفعة المقصودة من العقد لعدم وجود التزام، ويكون العقد المنشئ لها باطلاً، لعدم وجود التزام بالمستحيل[٣]. وتنص المادة ١٢٧ من القانون المدني العراقي على ما يلي: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته بطل العقد"، ونقترح أن يعدل نص هذه المادة باستبدال عبارة "محل الالتزام" بعبارة "محل العقد"، خاصة وأن هذه المادة وردت تحت القسم الأول من الفصل الأول من الباب الأول من القانون المدني الذي حمل عنوان "أركان العقد" وليس عنوان "أركان الالتزام"، وقد ورد في المادة ١٨٣ من القانون المدني الإيراني أنه يتم عقد العقد عندما يقوم شخص أو أكثر باتفاق متبادل مع شخص آخر أو أكثر ، على شيء معين ، ويقبل هذا الاتفاق الشخص الأخير[٤]. وعلى هذا الأساس فإن العمل الذي ينشئ المنفعة المقصودة من العقد يجب أن يكون العمل الذي ينشئ المنفعة المقصودة من العقد ممكن الأداء في ذاته، أما إذا كان مستحيلاً في ذاته فالعقد باطل، وهنا تكون الاستحالة مطلقة، أما إذا كانت نسبية أي أن العمل مستحيل على المدين دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة فالعقد صحيح ويجب على المدين دفع تعويض عن عدم الوفاء بما التزم به ولا يحصل العاقد الآخر على المنفعة المقصودة من العقد[٢]. إذا كان محل العقد الذي ينشئ المنفعة المتعاقد عليها هو الفعل المطلوب أداؤه أو الامتناع عنه، فيجب أن يكون محدداً تحديداً دقيقاً يزيل الجهالة أو يكون قابلاً للتحديد بحسب ظروف العقد (٥). أما إذا كان محل العقد هو المال، فيجب أن يكون مقدار رقمه المذكور في العقد محدد المقدار، دون أن يكون هناك أثر لارتفاع قيمة هذا المال أو انخفاضها وقت الوفاء [٦]. ويؤخذ على هذه الأحكام أن تطبيقها يؤدي إلى عدم حصول الدائن على المنفعة المقصودة من العقد عند انخفاض قيمة النقود حيث يختل التوازن في عقد الصرف ولا يتحقق العدل المتبادل، لذلك يرى، ونحن نؤيده في ذلك، أنه

يجب تعديل القيمة الاسمية للالتزام النقدي بحيث تتوازن مع قيمته الاقتصادية المقدرة وقت تكوين العقد. حتى يحصل الدائن على المنفعة المقصودة من العقد ويعيد التوازن إليه، في حين أن تطبيق النصوص السابقة يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة المتبادلة بين المدين والدائن في عقد يقوم على مبلغ من النقود، بمعنى أنه لا يؤدي إلى حصول الدائن على المنفعة المقصودة من العقد بينما يستفيد المدين من ذلك بالتخلص من التزامه بدفع مبلغ من النقود لا يملك نفس القيمة الشرائية وقت التعاقد[١]. وَيُؤَيِّدُهُ أَيْضًا مَا ذَكَرَهُ الدُّكْتُورُ عِيدٌ حَيْثُ قَال "إن عنصر اللزوم في العقد مستمد من مصدرين الحق الموجب الذي يقتضي إقامة العدل المتبادل في العقود، وحسن النية كمبدأ قانوني يفرض في كل عقد، فإذا كان تحقق الربح وحدوث الخسارة من آثار كل عقد، إلا أن تقرير ربح فادح تقابله خسارة فادحة لا ينبغي أن يكون من آثار أي عقد، فالاستقامة التعاقدية, الذي هو الترجمة العملية للحق الإيجابي وحسن النية في التعامل إن الاستقامة التعاقدية التي هي الترجمة العملية للحق الإيجابي وحسن النية في التعامل ترفض أي اختلال في ميزان التعاقد عند تجاوز ذلك الاختلال حدود المقبول أو المعقول في التعامل، مما يوجب إزالة الحد المتجاوز لإعادة التوازن التعاقدي وتحقيق العدالة المتبادلة لتحقيق المنفعة المقصودة من العقد.وبعبارة أخرى: إعادة إنشاء الالتزام التعاقدي المحدد بالنقود بعد أن تنخفض قيمة هذه النقود فجأة وبصورة جذرية بحيث لا يكون لهذا الالتزام وزن ولا تتحقق المنفعة المقصودة من العقد للدائن، وتضيع صفته كالتزام مساوٍ أو مقابل للطرف الآخر في العقد)[٢].الشَّرْطُ الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ الْمَنْفَعَةُ الْمَقْصُودَةُ مِنَ الْعَقْدِ مَقْصُودَةً، وَهِيَ مُتَعَلِّقَةٌ بِمَحَل الْعَقْدِ، بِأَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلتَّصَرُّفِ بِطَبْعِهِ أَوْ شَرْعًا[٣].ويتضح مما سبق في هذا الشرط أن المنفعة المقصودة من العقد هي محل الأداء أو محل الالتزام الذي يترتب على المدين تجاه الدائن والذي قد يتعلق بخدمة أو سلعة أو عمل مادي أو معنوي معين، وإذا كان العقد عقد تبادل ينشئ التزامات متقابلة، فيجب أن يحصل كل من المتعاقدين على المنفعة المقصودة من العقد، وهي محل الالتزام الذي يترتب على المتعاقد الآخر، ومتى لم يحصل المتعاقد على المنفعة المقصودة من العقد بما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر افتقد العقد العدالة المتبادلة, وهنا يأتي دور المشرع في إعادة العدالة المتبادلة إلى العقد ليحصل كل متعاقد على المنفعة المقصودة من العقد بتغيير جزء من أجزاء العقد بما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر من عدالة متبادلة, وهنا يأتي دور المشرع في إعادة العدالة المتبادلة للعقد ليحصل كل متعاقد على المنفعة المقصودة منه من خلال تغيير جزء من العقد هدفه إعادة العدالة للعقد وتحقيق المنفعة المشتركة للمتعاقدين من وراء إبرام العقد، والمحل الذي سيتم عليه التغيير لتحقيق العدالة المتبادلة وتحقيق المنفعة المقصودة من العقد سنتناوله في المبحث التالي.

المبحث الثاني محل تعديل جزء من العقد وأثره على تحقيق العدالة

قد يكون من المناسب هنا قبل الخوض في محل التغيير أن نشير إلى أن مفهوم التغيير بجزء من أجزاء العقد لم يتم بحثه، لأن هذا المفهوم وثيق الصلة بصور التغيير، فآثرنا عدم الخوض في ذلك هنا قبل الحديث عن صوره في المبحث التالي تجنباً للتكرار. وبناءً على ما سبق فإن التغيير بالزيادة أو النقصان أو التعديل أو الاستبدال لجزء من أجزاء العقد هو موضوع العقد بجميع أجزائه، ولكن أجزاء العقد لا تقتصر على عناصره الأساسية بل قد يقترن بها شروط يتفق عليها المتعاقدان، وبالتالي فقد يكون موضوع التغيير العناصر الأساسية للعقد وقد يشمل التغيير الشروط المرتبطة بالعقد وسيكون ذلك في مطلبين، الأول مخصص لدراسة العناصر الأساسية للعقد والثاني مخصص لدراسة الشروط المرتبطة بالعقد.

المطلب الاول: عناصر العقد الاساسية

وقد رأينا أن نبدأ بتعريف مفهوم العناصر الأساسية للعقد، حيث إن الركن الذي يمكن أن يحدث فيه التغيير هو كل عنصر من العناصر اللازمة لإبرام التصرف القانوني على وجه صحيح، يترتب على تخلفه عدم وجود التصرف أو آثاره، فلا يقتصر الركن على عناصر التصرف القانوني من إرادة أو مكان أو سبب أو غرض أو هيئة خاصة لبعض التصرفات، بل يشمل أيضا شروط صحة التصرف، كالأهلية والإرادة الخالية من العيوب. ويشمل أيضاً شروط صحة التصرف، كالأهلية والإرادة الخالية من العيوب، فيشمل كل شرط أو عنصر آخر يدخل في تكوين العنصر الجوهري وبالتالي فهو ضروري لقيام التصرف القانوني، كالثمن في البيع، وبصفة عامة العوض في التصرفات القانونية التي لا تكون مجاناً، وكذلك المدة بالنسبة لبعض التصرفات القانونية، وغير ذلك من العناصر التي تختلف باختلاف التصرفات[١]. وبناء عليه فإن العناصر الأساسية للعقد كالرضا والمكان والسبب، وكذلك الشكل والقبض في بعض العقود جزء أساسي من العقد، وأي تغيير فيها هو تغيير في جزء من العقد، ولكن هناك تغييرات تحل محل هذه العناصر الأساسية لا تهدف إلى تحقيق العدالة المتبادلة, تحقق مصلحة العقد وتعيد التناسب أو المساواة بين طرفي العقد، وخاصة التغييرات التي تطرأ على الرضا كصدور الإذن من المالك الأصلي أو بلوغ العاقد سن الرشد وغيره، فهذه وغيرها من التغييرات خارج نطاق بحثنا.

وبناء على هذا فإن معظم حالات التغير في جزء من أجزاء العقد تخضع لمحل العقد، فهي تخضع للزيادة أو الاستبدال أو النقصان أو الزيادة، فالتغير في محل العقد هو الصورة الرئيسية لحالات التغير في جزء من أجزاء العقد، وقد أشارت المادة (٧٤) من القانون المدني العراقي إلى مكانة

العقد بنصها على أنه يهدف إلى تحقيق العدالة المتبادلة وإعادة التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد" ان يرد العقد على ١.... ٢....." وتشير المادة (٧٥) إلى شرط من شروط موضوع العقد، وهو ألا يكون مخالفاً للقانون والنظام العام والآداب العامة، إذ نصت على: "يجوز أن يتضمن العقد أي شيء آخر لا يكون الالتزام به محظوراً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة". ففي هذه النصوص وما يماثلها نجد أن المشرع قصد موضوع العقد، ولكنه في الوقت نفسه خلط بين موضوع العقد وموضوع الالتزام. ويتجلى هذا الخلط في كثير من النصوص القانونية، ومنها المادة ١٢٦ التي تنص على: "كل التزام ناشئ عن العقد يجب أن يكون له محل مضاف إليه قابل لحكمه، والمحل قد يكون مالاً أو عيناً". ..... وَكَذَا الْحَال فِي الْمَادَّة (١٢٧) ، الْفِقْرَة الأولى مِنْهَا، وَهِي الَّتِي تنص على: " إذا كان محل الالتزام متعذراً مطلقاً بطل العقد، فإذا كان محل الالتزام متعذراً مطلقاً بطل العقد " ويتضح الخلط بين محل العقد ومحل الالتزام في أن المشرع العراقي أشار إلى هذه النصوص ونظمها تحت عنوان محل العقد، بينما جاء مضمون النصوص ليوضح محل الالتزام كما أشرنا أعلاه.أما في القانون المدني الإيراني فقد قررت المادة ١٨٤ أن العقود والمعاملات مقسمة إلى الفئات التالية عقد ملزم – عقد قابل للإلغاء – عقد اختياري – عقد غير مشروط – عقد مشروط[٥].وعلى أساس الموقف التشريعي المذكور أعلاه، حاول الفقه القانوني التفريق بين مكان العقد ومكان الالتزام، ونحن نؤيد هذا التفريق، فمكان العقد هو العملية القانونية التي تتحقق من خلال العقد، أي موضوع العقد من شيء أو خدمة أو عمل، أما مكان الالتزام فهو الأداء الذي يلتزم به المدين إما بتسليم شيء معين أو القيام بفعل معين أو الامتناع عن فعل معين. وبناء على ذلك فمحل الالتزام في عقد البيع هو الوفاء بما اتفق عليه المتعاقدان، فمحل التزام البائع هو تسليم المبيع، ومحل التزام المشتري هو دفع الثمن، أما محل العقد فهو المبيع والثمن، وهو العقد، وهو محل الالتزام لا محله، وهكذا الأمر بالنسبة لعقد الإجارة وغيره من العقود [٢]. وكذلك يمكن تبرير التمييز بينهما بسهولة وذلك لكون الأداء بالقيام بعمل او الامتناع عنه يعد أثراً يتحقق بعد تحقق عناصر العقد الاساسية او اركان العقد الثلاث والتي من ضمنها محل العقد،لذا فان انشاء الالتزام هو اثر يتحقق بعد تحقق محل العقد،لذا فأن موضوعه او محله يتعلق بالأثر وهو محل الالتزام المتحقق بعد اكتمال العقد بتوافر عناصره الأساسية، فالأداء ليس عنصراً في العقد وانما عنصراً في الالتزام الناشئ في العقد وطبقاً لهذه النظرية التقليدية للسبب، فإن السبب يمكن أن يخضع للتغيير باعتباره جزءاً من أجزاء العقد، في العقود المتبادلة الملزمة للطرفين، سواء بالتقليل من موضوع الالتزامات أو الزيادة فيها إذا كان هناك خلل واضح بين حقوق والتزامات طرفي العقد، وذلك حفاظاً على العدالة المتبادلة أثناء تنفيذ العقد. فإذا لم يتم الوفاء بأحد الالتزامات فقد الطرف الآخر سبب التزامه، مما يبرر له المطالبة بعدم الوفاء بالتزامه أو إعادة العدالة التعاقدية المتبادلة، إذ المفروض أن يتم الوفاء بالالتزامات، فيجب أن يحقق كل التزام المنفعة المقصودة منه، وفي العقود الملزمة للطرفين, يجب أن يتم ذلك في مرحلة تنفيذ العقد أيضاً وليس فقط في مرحلة إبرامه، إذ إن وجود السبب يحافظ على تحقيق العدالة المتبادلة فضلاً عن غير ذلك تحقيق المنفعة المقصودة من العقد من يوم إبرام العقد إلى مرحلة تنفيذ العقد كهدف مشترك يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه[٤].والنظرية الثانية: وهي حديثة ومستندة إلى العقل والواقع، وهي نظرية الباعث على التعاقد، أي أن السبب هو الغرض غير المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه من خلال تعاقده، وهو أمر نفسي خاص بالعاقد، ويتغير من عقد إلى آخر في نفس نوع العقد، لأنه شخصي يعتمد على غرض المتعاقد، فهو الدافع المحفز للعاقد الذي يقوده إلى الدخول في العقد، ووفق هذه النظرية فإن السبب قابل للتغير بالتخفيض كما سنرى عند دراسة صور التغير.أما بالنسبة للعقود الشكلية فإن تخلف الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانوناً يؤدي إلى بطلان العقد ولا يترتب عليه أي أثر، فلا يمكن أن تكون هذه الإجراءات محلاً للتغيير الذي يهدف إلى تحقيق العدالة المتبادلة لأن هذا التغيير لا يمكن أن يحقق هدفه مع بطلان العقد بالكلية، وكذلك الأمر بالنسبة للعقود العينية بالنسبة للقبض أو الحيازة، إذ لا يتم هذا العقد إلا بالقبض. إلا أن أجزاء العقد لا تقتصر على أركانه الأساسية، بل قد يشتمل العقد على بعض الاتفاقات التي تعتبر شروطًا مرتبطة بالعقد وقابلة للتغيير، وهذا ما سنراه في المطلب التالي..

المطلب الثاني: الشروط المقترنة بالعقد

إن العقد المعلق هو العقد المقترن بالشرط المعلق وصفًا للالتزام، وهو عقد غير متيقن وجوده، لأن الشرط المعلق "أمر مستقل غير متيقن الوقوع يتوقف عليه ظهور الالتزام أو زواله، فإذا توقف ظهور الالتزام على تحقق الشرط سمي الشرط معلقًا، أما إذا توقف زوال الالتزام على تحقق الشرط سمي الشرط باطلًا"[١] ، ومتى تعلق العقد بهذا الشرط بالمعنى السابق لم يكن محلاً للتغيير؛ لأنه ليس جزءاً من العقد، ولا يدخل في نطاق بحثنا، فالشرط بالمعنى السابق أمر عارض يلحق بالالتزام بعد انعقاده، فلا يكون جزءاً من العقد والحق والالتزام الناشئ عنه، ولا هو جزء من مضمون الوصية[٦].والنوع الثاني من العقود هو العقد المنجز، وهو العقد الذي يكون وجوده يقينياً غير معلق على شرط أو مضاف إلى المستقبل، كما نصت عليه المادة ٢٨٥ من القانون المدني العراقي التي تنص على "العقد المنجز هو ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة

الى وقت مستقبل ويقع حكمه في الحال" ولكن قد يقترن هذا العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة او فيه نفع لاحد المتعاقدين او للغير بشرط ان لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب[٧]. وتعتبر هذه الشروط جزءًا من العقد وبندًا من بنوده، فأي تغيير فيها بالزيادة أو النقصان أو الاستثناء يعد تغييرًا في جزء من العقد، فالشروط المرتبطة بالعقد هي تلك التي اتفق عليها الطرفان المتعاقدان لتحديد العلاقة التعاقدية بينهما من حيث الحقوق والالتزامات[٨]، أو هو "التزام مستقبلي محتمل مشروع يضيفه المتعاقدان إلى العقد المبرم بينهما، بحيث يكون حكم العقد ملزماً بتغيير أو تعديل أو إضافة [٩]"وبناء على ما تقدم من تعريف مفهوم الشرط المقترن بالعقد، فإن مضمون هذه الشروط محدد في المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي بفقرتيها "١- يجوز أن يقترن بالعقد شرط يؤكد مقتضاه، أو يلائمه، أو يتفق مع العرف والعادة. ٢- ويجوز أن يقترن به شرط يفيد أحد المتعاقدين أو الغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب، وإلا بطل الشرط، إلا إذا كان الشرط هو الباعث على العقد، فيبطل العقد أيضاً". ونرى أن هذه المادة في رأينا تشمل نوعين من الشروط المقترنة بالعقد، أولهما ما أشارت إليه الفقرة الأولى، وهي الشروط التي تؤكد مقتضى العقد، والشروط التي تلائمه، والشروط التي تكون من قبيل المتعارف والمعتاد[١٠]. فهي شروط ملائمة وصحيحة مرتبطة بالعقد، ولكنها لا تغير آثاره، بل تؤكدها أو تكون ملائمة له، فهي لا تقيد حكم العقد بالإضافة أو التغيير أو التعديل، إذ إن مضمونها لا يغير حكم العقد بل يوافقه.أما في القانون المدني الإيراني فقد قررت المادة ١٨٩ العقد غير المشروط عقد لا يتوقف في نية صانعيه على أمر خارجي وإلا فهو عقد مشروط[١١]والقسم الثاني من الشروط المقترنة بالعقد هي الشروط المقيدة، وهي التي تقيد حكم العقد بالإضافة أو التغيير أو التعديل. وهي الشروط المقيدة المقترنة بالعقد التي جاءت بالفقرة (٢) من المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي، لأن مضمون هذا الشرط الذي يفيد أحد المتعاقدين أو الغير يتضمن تغييراً في حكم العقد بأن يقتضي أثراً مختلفاً عن الأثر الذي يترتب على العقد عادة. وكذلك الحال إذا اقترن عقد البيع بشرط الخيار، حيث إن المادتين (٥٠٩) و (٥١٠) من القانون المدني العراقي قد أعطت الخيار لأحد المتعاقدين أو لكليهما في عقد البيع، حق فسخ العقد خلال مدة معينة، فإن لم يفسخه نفذ العقد. العقد مع خيار الشرط ليس ملزمًا للطرف الذي لديه الخيار، حيث يجوز له أو لها إبطاله[١٢]. هذا الشرط قد غيّر حكم العقد على وجه يخالف الحكم التعاقدي الأصلي الملزم، واختيار الشرط مخالف لأصل العقد، وهذا الشرط مخالف لأصل العقد.وعلى كل حال فالشروط المضافة إلى العقد بالمعنى السابق قابلة للتعديل، سواء بالنقصان أو الزيادة أو النقصان، وهذه الشروط شرط الفائدة المتفق عليه في عقد القرض، أو الشرط الخاص بحجز الدائن المرتهن للعين المرهونة عند امتناع المقترض عن الوفاء بالدين، أو الاتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع الرهن دون التقيد بالإجراءات القانونية المقررة قانوناً، أو الشرط الخاص بتضمين عقد البيع ثمناً أعلى من الثمن الإلزامي المقرر قانوناً، وغير ذلك من الأمثلة من النصوص القانونية كثيرة، وسنذكر هذه الشروط وغيرها في المبحث التالي عند تحليل صور تعديل جزء من العقد وبيان أحكامه. وهذان الشرطان هما الشرط التعسفي المصاحب لعقد الاستهلاك أو أي عقد ارتفاق حسب المفهوم الحديث للارتفاق، والشرط الجزائي الذي يتضمن تقدير عوض يتفق عليه طرفا العقد.وكل منهما يتضمن تقييداً لحكم العقد ذي الصلة، وهذا التقييد يؤدي إلى خلل تعاقدي يستوجب التدخل لإعادة العدالة المتبادلة إلى العقد ذي الصلة بتعديل هذه الشروط.فالشرط التعسفي يؤدي إلى خلل في التوازن التعاقدي، أياً كان سبب هذا الخلل، سواء أكان اقتصادياً أم مهنياً أم معرفياً أم فنياً، مما يؤدي إلى حصول أحد الطرفين على ميزة فاحشة ومبالغ فيها لا يحصل عليها عادة في عقد خال من الخلل، ولا يقتصر وجوده على عقود الديون، بل يمكن أن يوجد في سائر العقود، ولكن في الغالب في العقد الاستهلاكي, حيث إنه يؤدي إلى خلل واضح بين حقوق والتزامات كل من الممارس، مهنيًا كان أو حرفيًا أو محترفًا من جهة، والطرف الأضعف وهو المستهلك من جهة أخرى، حيث إنه يؤدي إلى خلل واضح بين حقوق والتزامات كل من الممارس، مهنيًا كان أو حرفيًا أو محترفًا أو محترفًا من جهة، والطرف الأضعف وهو المستهلك من جهة أخرى[١٣].واتفق المشرع العراقي والإيراني على أن مقياس التعسف لا يتمثل في النظر إلى كل شرط من شروط العقد على حدة، بل النظر إلى مجموع هذه الشروط. فإذا كان أحد الشروط يعطي منفعة أو ميزة للمهني أو المحترف الذي اشترطه، بينما شرط آخر في نفس العقد يعطي الطرف الأضعف وهو المستهلك ما يقابل هذه الميزة أو المنفعة فإن وصف التعسف منتفٍ، أي لا بد من النظر إلى العملية التعاقدية ككل، أي جميع شروط العقد، من أجل تحديد هذا الخلل ووصف الشرط بالتعسفي[١٤].والشرط التعسفي هو شرط تعسفي يدرج في العقود يتسم بعدم التكافؤ في القوة الاقتصادية أو الخبرة أو المعرفة الفنية أو القانونية بين الأطراف .... يؤدي إلى عدم التوازن بين الالتزامات التعاقدية[١٥]، إن توصيف أحد الشروط الملحقة بالعقد بأنه تعسفي لا يعني توصيف العقد بأكمله بأنه تعسفي. غير أن توصيف أحد شروط العقد بأنه تعسفي يتطلب في معظم الحالات أن يتم توصيف أحد شروط العقد بأنه تعسفي بمقارنته بجميع الشروط التعاقدية الأخرى ومراعاة ظروف العقد وظروف طرفي العقد. ويتضح ذلك حيثما كان الشرط يهدف إلى الحصول على منافع مبالغ فيها عند قياسه بمعيار موضوعي، كما في حالة الشرط الذي يسمح بفسخ العقد في أي وقت، والذي لا

يعتبر تعسفياً بقدر ما يمنح هذه الصفة لأحد طرفي العقد – الذي يتميز بتفوقه الاقتصادي أو الفني – بينما يحرم منها الطرف الآخر، مما يؤدي إلى تغليب مصالح الطرف الأول على مصالح الطرف الآخر ويهدد بالتالي التوازن المقبول بين الالتزامات التي ينشئها العقد[١٦].ويرتبط هذا بمفهوم الشرط الجزائي الذي لا يختلف بحسب المفهوم الحديث للالتصاق سواء ألحق بعقد استهلاكي أو بعقد آخر من عقود الالتزام، وإنما الاختلاف يرجع إلى أثر إلحاق الشرط الجزائي بالعقد، إذ يختلف بين شرط جزائي ملحق بعقد استهلاكي وشرط جزائي ملحق بعقد آخر لا ينطبق عليه تعريف عقد المستهلك، حيث يخضع العقد الاستهلاكي لقوانين حماية المستهلك، بينما تخضع العقود الأخرى التي تتضمن شرطاً جزائياً للقواعد العامة التي تحكم عقود الالتزام بموجب المادة ١٦٧،٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٢ من القانون المدني الإيراني[١٧].أما الشرط الجزائي أو التعويض التعاقدي فيجوز لكل من الدائن والمدين في العقد المبرم بينهما أو في عقد لاحق أن يحدد في اتفاق معين مقدار التعويض الذي يلتزم المدين بدفعه للدائن إذا أخل المدين بالتزامه التعاقدي[١٨] فإذا لم يكن المدين مخطئاً لا يستحق التعويض التعاقدي على الدائن ولا يكون للشرط الجزائي أثر، ولا بد أن يكون الخطأ في العقد سبباً في وقوع الضرر على الدائن، وإذا لم يلحق الدائن أي ضرر لا يستحق التعويض التعاقدي. ولا يستحق إلا إذا كانت هناك رابطة سببية بين الخطأ في العقد والضرر الذي لحق الدائن، أما إذا انتفت هذه الرابطة مع ثبوت سبب أجنبي فلا يسري الشرط الجزائي، وكذلك في جميع الحالات التي يشترط فيها الإشعار يجب إنذار المدين، أما في الحالات التي لا يشترط فيها الإشعار فلا يشترط فيها الإنذار[١٩].إذا اقترن بالعقد شرط جزائي فإن الشرط الجزائي جزء من العقد، وأي تعديل بالزيادة أو النقصان فيه يعتبر تعديلاً في أحد أجزاء العقد، وهذا بالإضافة إلى صور توضيحية أخرى، محلها غير الشروط المقترنة بالعقد، سنذكرها ونوضحها ونبين أحكامها في المبحث الثالث، وهي التي ستكون محور دراسة المبحث التالي.

المبحث الثالث صور تعديل جزء من العقد وأثره على تحقيق العدالة

عرفنا في المبحث السابق أن تعديل جزء من العقد قد يتحقق باستبدال جزء من العقد الأساسي أو شرط ملحق به، ولكن هناك أكثر من صورة من صور التعديل. فقد يتحقق التعديل بالنقصان من هذا الجزء أو الزيادة فيه، وقد يتحقق باستبعاده بالكلية وإخراجه من العقد، وقد يتحقق باستبعاده واستبداله بجزء آخر يحل محله. غير أن لكل صورة من صور التعديل هدف وغرض، قد يهدف المشرع إلى تحقيقه بتفويض القاضي بإجراء التعديل أو بجعله قانوناً، وقد يهدف إلى إعادة العدالة المتبادلة التي فقدها العقد بإعادة التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد التي تلزم الطرفين، وقد يهدف المشرع إلى حماية العقد لأن العقد له قيمة اقتصادية أو غيرها للمتعاقدين أو لأحدهما، فيكون الغرض من هذه الصور من التعديل حماية العقد حفاظاً على المنفعة المقصودة من العقد. ولذلك سوف نقسم هذا البحث إلى مطلبين: المطلب الأول: سنخصصه لبحث صور التعديل المتعلقة بتحقيق العدالة المتبادلة، أما المطلب الثاني: فسوف نسميه صور التعديل للحفاظ على العقد..

المطلب الاول : صور التعديل المتعلقة بتحقيق تحقيق العدالة

سنتعرض في هذا المطلب إلى صور تعديل جزء من العقد التي أذن المشرع فيها للقاضي بالتدخل في تعديل جزء من العقد من أجل ضمان العدل المتبادل بين طرفي العقد، وسنبدأ بالصورة الأولى وهي تعديل العقد المشوب بعيب الاستغلال، وذلك لإعادة العدل المتبادل للعقد المفقود نتيجة وجود هذا العيب.وينبغي القول في البداية أن التعديل الذي نقصده في مجال الاستغلال هو التعديل في مجال عقد المعاوضة [١]، وفي هذه العقود توجد التزامات متبادلة بين طرفي العقد، فإذا تسبب الاستغلال مع وجود تفاوت كبير في هذا التوازن في إحداث خلل في هذا التوازن، فللقاضي أن يتدخل لإجراء تعديل على العقد بناء على طلب الطرف المستغل، إما بزيادة التزامات الطرف الآخر وهو الطرف المستغل حسب القانون العراقي، أو بتخفيض التزامات الطرف المستغل حسب القانون المصري، وذلك لإعادة العدالة المتبادلة للعقد, كل هذا خلال سنة من توقيع العقد، وهنا يعيد القاضي التوازن للعقد، سواء أرضى الطرف المستغل أم لم يرض، فعندما نرى تطبيق تعديل عنصر من عناصر العقد، فإن القاضي ليس ملزماً بإجبار الطرف المستغل أو المستغل على ذلك، ولكن له الخيار إذا أراد أن يلتزم بالعقد. وعندما نرى تطبيق تعديل عنصر من عناصر العقد، فالقاضي عندما نرى تطبيق تعديل عنصر من عناصر العقد لا يملك القاضي إجبار الطرف المغبون أو المستغل على ذلك، ولكن له الخيار إذا أراد أن يلتزم بالعقد، فعليه أن يعيد التوازن للعقد بتقديم ما يراه القاضي كافياً لإزالة الغبن، فليس للقاضي سلطة إجراء هذا التغيير، ولكن للطرف الآخر الذي حصل على حقوق وامتيازات لا تتناسب مع ما حصل عليه الطرف المستغل، وهذا التطبيق منصوص عليه في المادة ٢٣٧ من القانون المدني الايراني من أنه إذا كان الشرط ، المنصوص عليه في العقد ، شرطًا ينطوي على أداء أو عدم القيام بعمل ما ، وجب على الشخص الذي تعهد به القيام بذلك ؛ في حالة عدم قيامه بذلك ، يجوز للطرف الآخر التقدم بطلب إلى القاضي مطالباً بإجباره على تنفيذ الشرط [٢]. وسنقتصر على ما سبق ذكره حول الفكرة الأساسية لتدخل القاضي في معالجة الاستغلال المقترن بالظلم، دون تحديد شروط وأركان وأجزاء كتب

مصادر الدين كمصدر، وسنكتفي بما سبق ذكره عن الفكرة الأساسية لتدخل القاضي في معالجة الاستغلال المقترن بالظلم.والتطبيق الثاني: هو اختصاص القاضي فيما يتعلق بالتعويضات التعاقدية بإعفاء المدين من هذا التعويض، أو تخفيض قيمته أو السعي لزيادة قيمة التعويض بما يتناسب مع الضرر الذي لحق بالدائن، لأن الشرط الجزائي هو تعويض مقطوع سابق على الإخلال بالالتزام الأساسي الذي التزم به المدين.ويجوز للمتعاقدين أن يحدد المتعاقدان مقدما بنص في العقد مقدار التعويض الذي يجب على المدين أن يدفعه لدائنه في حالة عدم الوفاء أو التأخير في أداء التزامه، ويصح هذا النص كشرط ملحق بالعقد ما دام لا يتنافى مع النظام العام والآداب، ويسمى التعويض المتفق عليه فيه شرطا جزائيا، لأن مقدار التعويض الذي يتضمنه يكون عادة أكثر من الضرر الفعلي الذي يلحق الدائن المتعاقدين, ويلجأون إلى الشرط الجزائي لتقدير التعويض الذي يجب على المدين أن يدفعه في حالة الإخلال بالتزامه اعتباطاً، وبذلك يتجنبون تدخل القضاء في تقدير التعويض، وهو يفيد الدائن من حيث الإثبات، إذ يعفيه من إثبات الضرر الذي يلحق بالمدين في حالة عدم الوفاء بالتزامه[١].وعليه فسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون الايراني بما يتناسب مع الضرر الذي لحق بالدائن هي من النظام العام ولا يمكن للعقد أن يسلب هذه السلطة من القاضي[٢]. وقد خوّل القانون للقاضي التدخل لتعديل أحكام العقود التي تتضمن قيمة الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر، وهو ما يدخل في إطار سلطة القضاء لضمان العدالة المتبادلة التي تقوم على فكرة التبادل لتحقيق العدالة المتبادلة وتتجسد في السعي لتحقيق المنفعة المقصودة لكل من طرفي العقد، وبالتالي يجب على المحكمة مراعاة التناسب وليس المساواة بين قيمة الضرر والتعويض المتفق عليه [٣].غير أن سلطة القاضي في تغيير قيمة التعويضات التعاقدية ليست مطلقة وتقتصر على الحالات التي نص عليها المشرع. ومن ناحية أخرى لا يمكن للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه من أجل إعادة العدالة المتبادلة وضمان المنفعة المقصودة من العقد، وإنما يحتاج القاضي إلى طلب أحد طرفي العقد وإثبات الأمور التي نص عليها المشرع للتغيير[٤]إلا أن سلطة القاضي في تغيير قيمة الضرر المتعاقد عليه ليست مطلقة وتقتصر على الحالات التي نص عليها المشرع. ومن ناحية أخرى لا يمكن للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه من أجل إعادة العدالة المتبادلة وضمان المنفعة المقصودة من العقد، بل يحتاج القاضي إلى طلب أحد طرفي العقد وإثبات الأمور التي نص عليها المشرع للتغيير " ... جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعِن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ..... " وهنا اعطى المشرع للقاضي سلطة التدخل لاعادة تحقيق العدالة للعقد حماية للجانب الضعيف في عقد الاذعان،بما يحقق مصلحة الطرف المذعن،اذ جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي"١- اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".وتدخل القاضي لتعديل جزء من العقد وفقاً للأحكام السابقة هو لضمان الثقة والاستقرار في العقد، وهذا لا يتحقق إلا إذا تحققت العدالة التعاقدية بإعادة التوازن المفقود إلى العقد. وهذه القواعد القانونية تهدف أساساً إلى ضمان العدالة التعاقدية المتبادلة. فإذا رأى القاضي أن اتفاق التراضي يتضمن شروطاً تعسفية جاز له أن يعدل هذه الشروط بما يزيل تعسف الطرف المتراضي، بل يجوز له أن يعفي الطرف المتراضي من هذه الشروط تماماً، ولا حد لذلك إلا حيث يكون ضرورياً لضمان العدالة المتبادلة[٢٠].أما التطبيق الرابع لنظرية الظروف الطارئة، فإنه عندما يرفع إلى المحكمة نزاع معين يتعلق بحدوث ظرف استثنائي عام غير متوقع يؤدي إلى قلب التوازن الاقتصادي للعقد، أي التوازن المالي للعقد، مما يجعل الوفاء بالالتزام مرهقًا وليس مستحيلًا، فإن القاضي يتدخل لإعادة العدالة المتبادلة إلى العقد المفقود في ظل هذه الظروف، ويتحقق ذلك بإزالة الظرف المرهق[٢١].

المطلب الثاني: صور التغيير التعديل على العقد

فالعقد وسيلة لتبادل المصالح بين الأفراد، والمنفعة المقصودة من العقد هي التي تدفع المتعاقدين إلى إبرام العقد، ولذلك أقر المشرع وسائل وصورًا كثيرة أجاز بها الإبقاء على العقد بقدر الإمكان لمصلحة المتعاقدين، ومن هذه الصور تعديل العقد باقتطاع جزء منه بما يجعله باطلًا، والإبقاء على العقد ولو جزئيًا فقط، مما يحفظ المنفعة المقصودة من العقد.غير أن هذه الوسائل والأشكال قد تشترط أن يكون الجزء الباطل من العقد غير ضروري أو جوهري للعقد، أي أن يكون الجزء الباطل غير جوهري بحيث يمكن تنفيذ العقد دون الحاجة إلى ذلك الجزء الباطل. [٣]. ومن ناحية أخرى هناك أيضاً صور من التعديل بحذف الجزء غير الصحيح من العقد، وهي مسألة قانونية ولا أثر لنية أو إرادة المتعاقدين أو إرادتهما في هذا الأمر. وهو بحسب المادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي يمثل القسم الأكبر من صور التعديل الجزئي للعقد من أجل الإبقاء على العقد نظراً لقيمته الاقتصادية وبالتالي منع إهداره، ولتحقيق ذلك وفقاً للنصوص القانونية المنظمة للتخفيض الجزئي للعقد الباطل يجب توافر شرطين الأول موضوعي والثاني ذاتي: فالشرط الأول موضوعي والثاني ذاتي على النحو التالي:

الشرط الأول: الشرط الموضوعي

وهو: أن يكون جزء من العقد معيبًا وقابلًا للانفصال عنه، وبناء على ذلك فإذا كان العقد الباطل باطلًا بطلانًا تامًا فلا يسري عليه حكم النقصان في العقد الباطل. ولذلك، وكما رأينا في القسم السابق فإن الاستثناء يسري في حالة الشروط القانونية أو التبعية الباطلة كالشروط المقيدة التي هي عرضة للتغيير كالشرط الجزائي إذا كان الشرط الجزائي إذا حذف من العقد ولم يزد أو ينقص، وكذلك الشرط المانع من الادخار وغيره. وكذلك إذا كان موضوع العقد قد يتغير، وكان شطرا العقد قابلين للانفصال حسا وقانونا، فقد يحصل البطلان في أحد الشطرين مع بقاء الشطر الآخر صحيحا. وكذا إذا أمكن فصل الشيء الباطل عن العقد وإبقاء العقد فيما بقي، كما إذا كان سبب جزء من العقد غير مشروع، كما إذا اشترى شخص دارين إحداهما للسكنى والأخرى للاستخدام في عمل غير مشروع، فإن العقد صحيح بالنسبة للجزء الأول وباطل بالنسبة للجزء الآخر، فيبطل العقد بالنسبة للجزء الثاني مع بقاء العقد صحيحاً بالنسبة للجزء الأول، وقد يتغير السبب فيبطل جزئياً [١].ويتضح مما سبق أنه إذا أمكن فصل الجزء الفاسد من العقد واقتطاعه من العقد والإبقاء على العقد بآثاره فقد يكون هناك مجال للتصرفات الفاسدة، ولكن مع ذلك فإن قابلية العقد المادية المحضة للتجزئة للتصرفات الفاسدة لا تكفي أحياناً في بعض العقود، لأن القانون يمنع من ذلك، أي أنه يشترط قابلية العقد للتجزئة من الناحية القانونية، لأن القانون يعتبر أن اقتطاع جزء معين من العقد واقتطاعه من العقد الأصلي سيؤدي إلى عدم تحقيق العدالة التعاقدية وبالتالي يؤثر على وجود العقد الذي ينبغي أن يحصل به المنفعة المقصودة. فالقانون يعتبر أن الاقتصار على جزء من أجزاء عقد معين واقتطاعه من العقد الأصلي من شأنه أن يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة التعاقدية وبالتالي يؤثر على وجود العقد الذي ينبغي أن يحصل المنفعة المقصودة، وبالتالي فإن الطبيعة القانونية لهذه العقود تحول دون وجودها الجزئي، أي أن هذه العقود إما أن تكون موجودة كلاً أو باطلة بطلاناً كلياً [٢].

الشرط الثاني: الشرط الذاتي لكن كما سبق أن ذكرنا أن قابلية العقد للتجزئة الموضوعية أو المادية الناشئة عن طبيعة الأشياء لا تكفي لتحقق شرط قابلية العقد للتجزئة، بل لا بد أن يكون العقد قابلاً للتجزئة في نية المتعاقدين، بحيث تتجه نيتهما إلى إمكانية إبرام العقد بعد اقتطاع جزء من المعقود عليه. ففي المثال أعلاه وإن كان من الممكن إبرام عقد البيع على ما تبقى من الأعيان، إلا أن ذلك قد لا يكون موافقاً لنية وإرادة المتعاقدين اللذين ينويان إبرام عقد البيع على جميع الأعيان، بحيث إذا تعذر أحدهما بطل البيع، وفي هذه الحالة يكون العقد فاسداً على انفراده نظراً لنية المتعاقدين[٢٢].ولكن شرط التجزئة الشخصية للعقد ليس شرطاً مستقلاً للتصرفات التي تنشأ عنها البدعة المفسدة للعقد، بل هو ملازم لشرط عدم تجزئة الجزء الفاسد من العقد وليس سبباً للتعاقد، أي أن عدم تجزئة العقد هو نتيجة لوصف الشرط بأنه سبب للتعاقد، وكلا العبارتين في الحقيقة ليستا في الحقيقة إلا تعبيراً وتوضيحاً لمقصود طرفي العقد[٢٣].وقد عبرت المادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي عن هذا الشرط، أي عدم أهمية الجزء الفاسد، بأنه الجزء الذي لا ينعقد العقد بدونه. وينتقد البعض ذلك بالقول بأن صياغتها عبارة عامة تربط بين مادية الجزء ووجود العقد بصورة عامة مطلقة دون ربطها بالعقد نفسه. إلا أن هذا النقد يدل على أن المقصود بعدم صحة العقد بدون الجزء الفاسد هو عدم استناده إلى نية المتعاقدين وقصدهما أو قصد أحدهما، وقد سبق التعبير عن ذلك في المذكرة التفسيرية للقانون المدني المصري بالقول بأن النص المذكور إنما هو تفسير لقصد المتعاقدين[٢٤]

الخاتمة:

من خلال بحث ما يتعلق ب خرجنا بمجموعة من النتائج والتوصيات، نذكر أبرزها على النحو التالي:

أولًا: النتائج

١- اتفق لمشرع العراقي والإيراني على أن دور القاضي التغيير في جزء من أجزاء العقد يعني إضافة أو استبدال أو تعديل أو إنقاص جزء من أجزاء العقد، فأي حالة تنطبق على جزء من أجزاء العقد لإبقائه على حاله دون تغيير يعتبر تغييراً في هذا الجزء، ولكن لا يقتصر الجزء على عنصر معين من عناصر العقد، بل هناك تطبيقات تشريعية كثيرة ومتعددة تشمل جميع العناصر الأساسية للعقد، أي أن العناصر الأساسية وغير الأساسية للعقد يمكن أن تكون محلاً للتغيير.

٢- إن في جزء من أجزاء العقد لا يقتصر على عناصر العقد، وأن جميع الشروط المرتبطة بالعقد يمكن أن تكون محلاً للتغيير، بل هو النطاق الطبيعي للتغيير بجميع صوره، وخاصة استثناء هذا الشرط بإرادة المتعاقدين أو بغض النظر عن إرادتهما، وهو ما جاء به القانون المدني العراقي والايراني..

٣ – إن التغيير في جزء من أجزاء العقد له صور كثيرة، ولكن كل هذه الصور تتعلق بتحقيق العدالة المتبادلة وتحقيق المنفعة المقصودة من العقد، وإنما تحدثنا عن صور محددة للتغيير في جزء من أجزاء العقد، لأنه من وجهة نظرنا لا يمكن جمع التطبيقات التشريعية التي تتضمن التغيير في جزء من أجزاء العقد، فتحدثنا عن نموذج من هذه الصور لتكون دليلاً لدخول تلك الصور التي جاءت في القانون المدني والقوانين الخاصة.

٤ – إن هدف المشرع العراقي والايراني من وراء الإذن بالتغيير في جزء من العقد سواء كان التغيير من قبل المحكمة أو تغييراً تشريعياً بالقانون هو تحقيق العدالة التعاقدية المتبادلة أو إبقاء العقد محققاً للمنفعة المقصودة، لذلك كانت جميع صور التغيير المذكورة في البحث متعلقة بالعقد الذي يرتب أداءات والتزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه.

٥ – تتحدد العدالة التعاقدية المتبادلة بنطاق العقود المتبادلة التي ترتب التزامات متقابلة تعطي كل طرف منفعة تعادل ما يحصل عليه الطرف الآخر، وذلك ارتباطا بمفهوم المنفعة المقصودة من العقد، وهو لا يقتصر على العقود التي تربط الطرفين، بل يكون نطاقه في أي عقد.

ثانيا: التوصيات

١. يتعين على القاضي التعامل مع الإبرام للعقد الإداري بحذر شديد حماية للروابط العقد الإدارية وذلك من خلال الموازنة بين مصلحة كل من البائع و المشتري فإذا ما وجد ان العقد الإداري قد فقد مبرر وجوده بمخالفة جوهرية فليس هنالك ما يدعو إلى استخدام وسائل اخرى غير الإبرام للموازنة بين مصالح الطرفين.

٢. يجب أن يضمن القانون العراقي الايراني الكفالة للعقد الإداري عبر أجهزة ومؤسسات ولجانٍ متخصّصة على صعيدين، الأول وطنيّ، أي الدولة، والثاني دوليّ، أيْ عبر الاتفاقيّات والتعهدات الصادرة من قبل مجموع الدول، وتوجد عدّة كفالة تُتيح للإنسان احترام حقوقه وحرياته التعاقدية.

المصادر والمراجع

أولا: الكتب العربية

١. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية،دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانقاص ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٨

٢. ادوار عيد،اثر انخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية،نظرية الحوادث الطارئة،مكتبة زين الحقوقية،لبنان ،١٩٩٠.

٣. اسماعيل نامق حسين،العدالة واثرها في القاعدة القانونية،دار الكتب القانونية–دار شتات للنشر ،مصر،٢٠١١.

٤. آلان بينابنت، القانون المدني،الموجبات، الالتزامات،ترجمة منصور القاضي،الطبعة الاولى،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٤ .

٥. آمانج رحيم احمد، حماية المستهلك في نطاق العقد ،دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني،الطبعة الاولى،شركة المطبوعات للنشر والتوزيع، لبنان،٢٠١٠.

٦. انور سلطان، مصادر الالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ، ١٩٨٣.

٧. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي،الطبعة الاولى،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ٢٠٠٠ .

٨. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة العاني، بغداد ، ١٩٧٥ .

٩. ريما فرج مكي،تصحيح العقد–دراسة مقارنة،الطبعة الاولى،شركة المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان،٢٠١١ .

١٠. صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠١.

١١. ضمير حسين ناصر،منفعة العقد والعيب الخفي،دراسة مقارنة،الطبعة الاولى،مكتبة زين الحقوقية والادبية،لبنان، ٢٠٠٩.

١٢. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية،الجزء الاول،القانون،وفقا للقانون الكويتي–دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢

١٣. عبد الرحمن عياد،اساس الالتزام العقدي،النظرية والتطبيقات،المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر،الاسكندرية ،١٩٧٢ .

١٤. عبد الرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني االجديد،الجزء الاول،الطبعة الثالثة الجديدة، ، ٢٠٠٠.

١٥. عبد الرزاق السنهوري،مصادر الحق في الفقه الاسلامي،الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، ١٩٩٨.

١٦. عبد العزيز المرسي حمود،إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

١٧. عبد المجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني العراقي،الجزء الثاني، احكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي،طبعة ثانية، شركة الطبع والنشر الاهلية ،بغداد ، ١٩٦٧ .

١٨. عبد المجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني،جـ١،في مصادر الالتزام،الطبعة الخامسة،مطبعة نديم،بغداد ،١٩٧٧.

١٩.مالك دوهان الحسن،شرح القانون المدني،الجزء الاول،مصادر الالتزام، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٣ .

٢٠.محمد عبد القادر الفار،مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ،١٩٩٦ .

٢١.مصطفى ابراهيم الزلمي،الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة،الطبعة الاولى،مطبعة شهاب،أربيل،٢٠١١ .

٢٢.منذر الفضل،النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني– دراسة مقارنة–الطبعة الاولى،الجزء الاول،مصدار الالتزام ، ١٩٩١.

٢٣.هنري باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة الدكتور سموحي فوق العادة ، منشورات عويدات ، لبنان ، ١٩٧٢ .

ثانياً: الرسائل والاطاريح

١. اسراء خضير مظلوم،حماية المستهلك في نطاق عقد الاذعان،دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل ، ٢٠١٢.

٢. ايمان طارق الشكري،اثر الشرط في حكم العقد –دراسة مقارنة –، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون،جامعة بابل ، ١٩٨٨ .

٣. راقية عبد الجبار ،سلطة القاضي في تعديل العقد،دراسة مقارنة،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون،بغداد ،٢٠٠٠.

٤. صاحب عبيد الفتلاوي ، تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد ، مسحوبة على آلة الرونيو ، ١٩٨٦ .

٥. علي احمد صالح،المصلحة واثرها في القانون ، دراسة مقارنة بين اصول الفقه الاسلامي والقانون الوضعي،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ،١٩٩٦ .

٦. مجيد حميد العنبكي،اثر المصلحة في تشريع الاحكام بين النظامين الاسلامي والانكليزي، ، جامعة بغداد ،١٩٧١ .

٧. محمد رفعت الصباحي،الاثار المترتبة على تخلف شروط العقد،دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، ١٩٨٣ .

ثالثاً: البحوث

د. صبري حمد خاطر ،تطويع العقد في ظل متطلبات الاسعار – دراسة في القانون المدني – منشور في مجلة جامعة النهرين، المجلد (٢) ، العدد الثالث ، تشرين الثاني ، ١٩٩٨ .

رابعاً: القوانين

١–القانون المدني الايراني لسنة ١٩٢٨

٢–القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٤–قانون حماية المستهلك في العراق رقم١ لسنة ٢٠١٠.

هوامش البحث

(١) د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٥، ص١٦٣.

(٢) الاستاذ هنري باتيفول ، فلسفة القانون ، ترجمة الدكتور سموحي فوق العادة ، منشورات عويدات ، لبنان ، ١٩٧٢،ص٩٦–٩٧.

(٣) د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الاول ، القانون ، وفقا للقانون الكويتي – دراسة مقارنة ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢، ص٢١٣–٢١٤.

(٤) اسماعيل نامق حسين ، العدالة واثرها في القاعدة القانونية ، دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر ،مصر،٢٠١١،ص٥٥.

(٤) د.حسن على الذنون ، مصدر سابق ، ص١٦٤، ويضيف الدكتور الذنون بأن التبادلية لاتقتصر على العدالة العقدية أي لاتكون في نطاق العقد فقط وانما تشمل العمل غير المشروع إذ يذكر في هذا الصدد ((لاتقتصر التبادلية على العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الافراد بل يطبق ايضا على العلاقات غير التعاقدية ، فاذا تسبب شخص بخطئه في الاضرار بغيره كان مقتضى العدالة التبادلية ان يلتزم الاول بأصلاح الضرر الذي أصاب الثاني وان يكون التعويض مالا او متناسباً مع ما لحق المضار من ضرر)).

(٥) في العراق فإن المادة ٨ من قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ بينت هذه الاحكام وغيرها من أمثلة توضح عدم تحقق العدالة التبادلية .

(٦) انظر في ذلك د.ريما فرج مكي ، مصدر سابق ، ص٢٨٨.

[١] وانظر نص المادة ١٦٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني إذ جاء في الفقرة الاولى منها ((ان العقد ذا العوض هو الذي يوضع لمصلحة جميع المتعاقدين فينالون منه منافع تعد متعادلة على وجه محسوس)).

[٢] د.ريما فرج مكي ، مصدر سابق ، ص٢٢٢.

[٣] د. عبد الرحمن عياد ، اساس الالتزام العقدي ، النظرية والتطبيقات ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ،١٩٧٢ ، ص١٣٨-١٣٩ .

(١)المصدر السابق، تكوين العقد ، ص٢٣١.

(٢) د.مجيد حميد العنبكي ، مصدر سابق ، ص ٢٢-٢٣.

[١] د. ضمير حسين ناصر ، منفعة العقد والعيب الخفي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، لبنان ،٢٠٠٩، ص٢٨-٢٩.

[٢] د. علي احمد صالح ، المصلحة واثرها في القانون ، دراسة مقارنة بين اصول الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ،١٩٩٦ ، ص٥٩-٦١والاراء التي أشار اليها بعد هذه الصفحات.

[٣] خلط المشرع العراقي بين محل العقد ومحل الالتزام فالمقصود هو محل العقد وليس كما ذكره النص محل الالتزام . لذا ندعو المشرع العراقي الى تعديله وفقاً لهذه الصياغة وخاصة ان النص المذكور قد ورد تحت عنوان ((اركان العقد)) وهو موقف الفاضل الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، الطبعة الاولى ، مطبعة شهاب ، أربيل ، ٢٠١١ ، ص١٢٢.

(٣) د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة الجديدة ، ٢٠٠٠، ص٤١٦-٤١٧

(٤) المادة (١٨٣) من القانون المدني الإيراني لسنة ١٩٢٨

[٢] د. انور سلطان ، مصادر الالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني ١٩٨٣،ص١٢١.

[٦] المادة (٦٩٠) من القانون المدني العراقي . .

[١] صبري حمد خاطر ، تطويع العقد في ظل متطلبات الاسعار – دراسة في القانون المدني – منشور في مجلة جامعة النهرين ، المجلد (٢) ، العدد الثالث ، تشرين الثاني ، ١٩٩٨ ، ص٨١.

[٢] في كتابه ، اثر انخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية – نظرية الحوادث الطارئة –،١٩٩٠ ، ص١٣٦و ص١٤٢ .

[٣] المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي بفقرتيها . والتي تقابلها المادة ١٩٩ من القانون المدني الإيراني والتي تؤكد أن الموافقة التي يتم الحصول عليها نتيجة خطأ أو إكراه لا تجعل العقد قابلاً للتنفيذ .

[١] إبراهيم الدسوقي أبوالليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانقاص ، ، ١٩٨٨ ، ص١٠٧.

(٥)المادة ١٨٤ من القانون المدني الإيراني

[٢] د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص١٨١ ، الدكتور مصطفى الزلمي ، مصدر سابق ، ص١١٨-١١٩، د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص١٢١ ،د. محمد عبدالقادر الفار ، مصدر سابق ، ص٨٣ . وانظر كذلك في هذه الاراء وغيرها ، د. مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص٣٥٩-٣٦٠.

[١] د. ريما فرج مكي ، مصدر سابق ، ص٢٩١-٢٩٣.

[٢] انظر المادة ٢٨٦ من القانون المدني العراقي.

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠،ص٢٥.

(٧) المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي

(٨) د. محمد رفعت الصباحي ، الاثار المترتبة على تخلف شروط العقد ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، ١٩٨٣ ، ص٨٣.

(٩) ايمان طارق الشكري ، اثر الشرط في حكم العقد –دراسة مقارنة – ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل ، ١٩٨٨ ، ص١١.

(١٠)عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص٢١٢.

(١١) المادة ١٨٩ من القانون المدني الإيراني

(١٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي،الجزء الرابع ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ١٩٩٨ ، ص١٩٩.

(١٣) اسراء خضير مظلوم ، حماية المستهلك في نطاق عقد الاذعان ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٢، ص١٠١ ومابعدها.

(١٤) د. آمانج رحيم احمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني) ، الطبعة الاولى ، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠ ، ص٢١١.

(١٥) حسن عبد الباسط الكمالي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة بين القانون المصري ودولة الامارات والقوانين الاوربية مع اشارة للقوانين الانكلوامريكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ –١٩٩١ ، ص٣٠٨.

(١٦) د. حسن عبد الباسط جميعي ، مصدر سابق ، ص٣٠٩ .

(١٧) تقرر المادة ٢٢٢ من القانون المدني الإيراني أنه: لا يُلزم العقد الطرفين بتنفيذ ما يذكره صراحة فحسب ، بل يلتزم كلا الطرفين أيضًا بجميع العواقب المترتبة على العقد وفقًا للقانون والممارسات العرفية ، أو بموجب قانون.

(١٨) المادة ١٧٠ فقرة ١، من القانون المدني العراقي والمادة ١٢١ من القانون المدني الايراني.

(١٩) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٠،ص٨٥٧ –٨٥٩.

(١) وهذا ماجاءت به المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي اذ جاء فيها " اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته فلحقه غبن فاحش ، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن الى الحد المعقول " وتقابلها في القانون المصري المادة (١٢٩) منه مع اختلاف الجزاء المترتب على ذلك ، اما قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (٢١٤) منه لم يعط للطرف المستغل الحق في رفع الغبن الى الحد المعقول ، وانما اعطى له الحق في طلب ابطال العقد المعيب.

(٢) لا مقابل لها في القانون العراقي او اللبناني ، اما القانون الفرنسي فأن الغبن لايعيب الاتفاقيات الا في بعض العقود وتجاه بعض الاشخاص طبقاً للمادة (١١١٨) منه .

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، احكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي ، طبعة ثانية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ،بغداد ، ١٩٦٧،ص٣٢.

(٢) المادة (١٧٠،ف٢) من القانون المدني العراقي والمادة ٢٤٤،ف٣ من القانون المدني المصري والمادة ١٢٣١ من القانون المدني الفرنسي.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص٣٩.

(٤) المادة (١٧٠،ف٢) من القانون المدني العراقي ،والمادة (٢٦٦، ٢٦٧) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والمواد (٢٢٤، ٢٢٥) من القانون المدني المصري .

(٢٠)د. راقية عبد الجبار ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، بغداد ،٢٠٠٠، ص١١٤.

(٢١)الدكتور السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصدر سابق ، ص٧٠٤ .

(٣) د. صالح ناصر العتيبي ، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠١، بدون مكان نشر ، ص١١٣.

(١) د. عبد العزيز المرسي حمود ، إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، ، ٢٠٠٦ ، ص١٤٨–١٥٢.

(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص١٩٧.

(٢٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص١٩٠–١٩١.

(٢٣) المصدر السابق ، ص٢٠٤–٢٠٥.

(٢٤) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص٢١٥.