جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء
كُلية القانون

الوقايّة من الضرر في العقد

(دِراسة مُقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة

فَرح عَباس جاسم الرفاعي

إلى مجلس كُلية القانون - جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

الدكتور علي شاكر عبد القادر البدري
أستاذ القانون المدني

١٤٤٣هـ ٢٠٢١م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ . . . وَمَنْ يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة الحشر: جزء من الآية (٩)

إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة....

أشهد أني قرأت رسالة الماجستير المسومة ب (الوقاية من الضرر في العقد- دراسة مقارنة)، المقدم من الطالبة (فرح عباس جاسم) إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، لقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة.

مع التقدير....

التوقيع :

الأسم : أ.م ذكريات طالب حسين

الاختصاص العام : لغة عربية

الاختصاص الدقيق: أدب

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (الوقاية من الضرر في العقد "دراسة مقارنة ")، وتمت مناقشة رسالة الطالبة (فرح عباس جاسم) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جدًا).

التوقيع :

الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم

(رئيساً)

التاريخ: / / 2021

التوقيع :

الاسم: أ.د. امال احمد ناجي

(عضواً)

التاريخ: / / 2021

التوقيع :

الاسم: م.د. عباس سمير حسين

(عضواً)

التاريخ: ٧ /١٠/ 2021

التوقيع :

الاسم: أ.د. علي شاكر عبد القادر

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2021

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.م.د. عبدالله عبدالامير طه

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / 2021

الإهداء

إلى،رمز الإيثار والأخوة والوفاء سيدنا (العباس بن علي) عليه السلام.

إلى، روح جدي الشهيد عبد الأمير منسي الرفاعي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته.

إلى، من فرقتني الدنيا عنها وظلت روحها تشاركني مسيرتي أمي (رحمها الله وأسكنها فسيح جنانه).

إلى، سندي في هذه الدنيا (أطال الله في عمره) أبي.

إلى، إخوتي وأخواتي حبًا و اعتزازًا.

إلى، رفيق دربي زوجي العزيز، وشموع دربي أولادي حسين و فاطمة و حيدر.

إلى، كل من ساندني، وإلى كل أحبتي.

أهدي ثمرة جهدي المتواضع

فرح

الشكر و العرفان

الحمد لله رب العالمين، كما أحمده حمدًا كثيرًا لا ينقطع حتى تنقطع أنفاسي، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة وهداية للعالمين شفيعنا ونبينا (محمد) الحبيب المصطفى صلى الله عليه وسلم وعلى اله الطيبين الطاهرين وأصحابه التابعين له إلى يوم الدين.

أما بعد...

فيطيب لي في هذا المقام، وبلسان ينطق بالعرفان والشكر و الامتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور علي شاكر عبد القادر البدري، الذي كان لتوجيهاته **السديدة والقيمة وعطائه العلمي والسخي الأثر الكبير في إنجاز هذه الرسالة .**

كما أتقدم بشكري وإمتناني إلى أساتيذي في كلية القانون/ جامعة كربلاء ممن نهلت من بحر معارفهم، وتعرفت على أصول القانون من خلالهم في مرحلتي البكالوريوس والماجستير، وذلك لما أبدوه لي من إرشاد ونصح،،وعلى رأسهم السيد عميد كلية القانون المحترم.

كل الشكر والتقدير لموظفي كلية القانونفي جامعة كربلاءلمساعدتهم لي وتزويدي بالمصادر العلمية، كما لا أنسى موظفي كلية القانونفي جامعة بابل، وموظفي العتبة الحسينية والعباسية بفرعيها كربلاء وبابل فلهم مني وافر الشكر والتقدير.

شكري الوافر لزميلات الدراسة في مرحلتي البكلوريوس والماجستير لما قدمنّ لي من مساندة ومساعدة طيلة مدة الدراسة.

الشكر والإمتنان لكل من قدم لي المساعدة ولو بكلمة طيلة مرحلة الدراسة ووفق الباري عزوجل الجميع لكل خير

الباحثة ✍

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	١ – ٥
المبحث التمهيدي : مفهوم الضرر في المسؤولية المدنية	٦ – ١٦
المطلب الأول **التعريف بالضرر في المسؤولية المدنية**	٧ – ١١
الفرع الأول **تعريف الضرر في المسؤولية العقدية**	٧ – ٩
الفرع الثاني **شروط الضرر**	٩ – ١١
المطلب الثاني **أنواع الضرر ومدى التعويض عنه**	١٢ – ١٦
الفرع الأول **الضرر المادي والأدبي**	١٢ – ١٤
الفرع الثاني **مدى التعويض عن الضرر**	١٤ – ١٦
الفصل الأول **مفهوم الوقاية من الضرر في العقد**	١٨ – ٨٢
ألمبحث الأول **ماهية الوقاية من الضرر في العقد**	١٩ – ٥٨
المطلب الأول **التعريف بالوقاية من الضرر في العقد**	١٩ – ٤٧

الفرع الأول **تحديد معنى الوقاية من الضرر**	٢٠ – ٣٦
الفرع الثاني **خصائص الوقاية من الضرر في العقد**	٣٧ – ٤٧
المطلب الثاني **مبررات الوقاية من الضرر في العقد وشروطها**	٤٧ – ٥٨
الفرع الأول **مبررات الوقاية من الضرر في العقد**	٤٨ – ٥٥
الفرع الثاني **شروط الوقاية من الضرر في العقد**	٥٥ – ٥٨
المبحث الثاني **أساس الوقاية من الضرر وأهدافها**	٥٩ – ٨٢
المطلب الأول **أساس الوقاية من الضرر في العقد**	٥٩ – ٦٨
الفرع الأول **مبدأ حسن النية**	٥٩ – ٦٤
الفرع الثاني **قواعد العدالة و الإنصاف**	٦٤ – ٦٨
المطلب الثاني **أهداف الوقاية من الضرر في العقد**	٦٨ – ٨٢
الفرع الأول **أهداف الوقاية العامة**	٦٩ – ٧٤
الفرع الثاني **أهداف الوقاية الخاصة**	٧٤ – ٨٢

الفصل الثاني **الوسائل الوقاية من الضرر في العقد**	٨٣ – ١٣٤
المبحث الأول **ماهية الوسيلة الوقائية في المدة السابقة على التعاقد**	٨٥ – ١١٤
المطلب الأول **التعريف بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد**	٨٥ – ٩٩
الفرع الأول **تعريف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد**	٨٥ – ٩٣
الفرع الثاني **شروط الالتزام بالإعلام قبل التعاقد**	٩٤ – ٩٩
المطلب الثاني **أساس الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وأثره**	١٠٠ – ١١٥
الفرع الأول **أساس الالتزام بالإعلام قبل التعاقد**	١٠٠ – ١٠٦
الفرع الثاني **الأثر المترتب على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد**	١٠٦ – ١١٥
المبحث الثاني **الوسائل الوقائية في مرحلة تنفيذ العقد**	١١٥ – ١٣٤
المطلب الأول **مفهوم الدفع بعدم التنفيذ**	١١٦ – ١٢٤
الفرع الأول **التعريف الدفع بعدم التنفيذ**	١١٦ – ١٢١
الفرع الثاني **الأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ**	١٢٢ – ١٢٤

المطلب الثاني **الأعذار كوسيلة للوقاية من الضرر**	١٢٤ – ١٣٤
الفرع الأول **التعريف بالأعذار**	١٢٤ – ١٣٠
الفرع الثاني **الأثر المترتب على الأعذار**	١٣٠ – ١٣٤
الخاتمة	١٣٥ – ١٣٨
المصادر	١٣٩ – ١٥٢
Abstract	A

الملخص

نبين في هذا الرسالة الوقاية من الضرر في العقد، ومدى أهمية الوقاية في القانون، فالوقاية ليست محددة في بعض المجالات، إذ إنّ لها دور مهم في مجال القانون المدني، من خلال ما تلعبه وسائل الوقاية لتجنب الضرر في العقد، بوصف إن وجود القانون ينبع من حاجة المجتمع، لهذا فإن عليه أن يوفر أكبر حماية ممكنة للمراكز القانونية بين المتعاقدين عن طريق الوقاية و العمل على معالجة الاختلال الذي يحدث بين المتعاقدين، كنتيجة للتطور الحاصل في العقود، الذي خلق أساليبًا جديدًة لم تكن في حيز الوجود عند تنظيم القوانين، لذا تطرقنا في هذا البحث إلى موضوع الوقاية ودورها في توفير الاستقرار القانوني والذي يحقق بدوره استقرار المعاملات، وتحقيق توازن عقدي بين المتعاقدين، فعن طريق بيان الوسائل الوقائية في كل مراحل العقد، نبتعد قدر الإمكان عن المعوقات التي قد تحقق الضرر بالعقد.

ففي حالة قيام أحد المتعاقدين إلى اللجوء إلى الخداع أو التدليس وإتباعه طرائق ملتوية تؤدي أضرارٍ بالغير، فنحن إزاءقصور قانوني لأهم مرحلة من مراحل العقد ألا وهي مرحلة المفاوضات التي يتم فيها تحديد إلتزامات الأطراف كافة وحقوقهم فضلاً بيان ما قد ينشأ فيها من مشكلات قانونية تؤدي إلى تفاقم الضرر، فنجاح العقد يعتمد على مرحلة المفاوضات، إذا ما تمت بشكل صحيح لا يشوبه أية معوقات.

من هنا لابد وجود وسيلة وقائية يتم اللجوء إليها لتنفيذ العقد على أتم وجه، والتصدي للضرر الذي قد يحكم هذه المرحلة، أو قد يتم العقد بصورة صحيحة لكنه يواجه معوقات تؤدي إلى تولدبوادر الضرر،وبالتالي على المتعاقد اللجوء إلى وسائل تمنع الضرر وتقي تفاقمه، من دون اللجوء إلى رفع دعاوى المسؤولية ومواجهة زخم القضايا، من هذا المنطلق فقد إهتم هذا البحث ببيان مدى تطرق القانون المدني العراقي للوقاية من الضرر في العقد، مع المقارنة مع القوانين الأخرى وهو القانون المدني المصري، والقانون المدني الفرنسي وتعديلاته.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة وهداية للعالمين شفيعنا وخاتم النبيين (محمد) المصطفى صلى الله عليه وسلم وعلى اله الطيبين الطاهرين وأصحابه التابعين له الى يوم الدين.

أولًا: التعريف بالبحث

إن الإنسان في بوصفه كائن اجتماعي، لا يستطيع العيش في معزل عن غيره من الأفراد، بل تنشأ بينهم العلاقات الاجتماعية التي من خلالها يستطيع تحقيق مصالحه والحصول على أكبر قدر من المنافع، عن طريق إبرامه العقد، والذي تترتب عليه مجموعةمن الالتزامات التي تمليه شريعة عقدهما،من هنا جاءت مهمة القانون في توفير أفضل السبل لتمام مصالح المتعاقدين، وحماية توقعات الأفراد لتمام عقدهم والابتعاد قدر الإمكان عن الضرر، فأمام ما شهده العصر الحديث من التغيرات سواء أكانت، تكنولوجية أم اقتصادية، عكست آثارها على المعاملات جميعها، فالقوانين شُرعت في زمن لم تكن هذه التغيرات تتميز بالحداثة و تخلق شيئًا من التعقيد إزاء ما فرضته في يومنا هذا، مما أفرز الكثير من الصعوبات فلم تعد العقود كما في السابق، حتى في أبسط أنواعها، وأصبح التفاوت في مستوى المعرفة بين الطرفين المتعاقدين يخلق تفاوتًا كبيرًا، لتصبح العقود معقدة، مما ينتج عدم توازن واضح وهذا بدوره يخلق نوعًا من عدم الاستقرار، والذي يؤدي أخيرًا إلى ألإضرار بالمتعاقدين، فالضرر هو عماد المسؤولية، إذ لا ضرر لا مساءلة، لهذا كان لابد من مواجهة هذه التطورات في البحث عن وسائل وقائية، أو تحديث النصوص التقليدية من أجل وقاية المتعاقد من الضرر، وهذه الإجراءات تمنع الضرر أو تخفف من تفاقمه، عن طريق اِستحداث إجراءات وقائية تتصدى للضرر،فتؤدي إلى حماية توقعات الأفراد في مرحلة الإبرام من خلال إعلام المتعاقد بكل ما يخص التعاقد، عن طريق الالتزام بالإعلام والالتزامات التي تفرضها حسن النية في مرحلة المفاوضات، وهذا ما تم أخذه من قبل المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني، وأيضًا تحديث النصوص القانونية التي تحد من الضرر وتمنع تفاقمه سواء أكان في مرحلة الإبرام أم مرحلة التنفيذ،وهذا كله لحماية المتعاقد ووقايته من كل ما قد يلجأ إليه الطرف الآخر وبالتالي تحقيق ما يهدف إليه القانون لحماية المتعاقد وتحقيق الاستقرار، وهذا لا يمنع من مجاراة المشرع العراقي للمشرع الفرنسي والعمل على تحقيق الوقاية من الضررفي العقد.

ثانيًا: أهمية البحث وأسباب إختياره

تنبع أهمية البحث من أهمية القانون ذاته، فالقانون ما وجد إلا لتحقيق أكبر قدر من الحماية للأفراد وبسط العدالة، والحد من حالات الإضرار التي قد تلحق بالمتعاقدين، على أساس إن قيام المسؤولية العقدية ما هو إلا نتيجة الضرر الذي أصابهم، لذلك برزت الحاجة إلى توفير أفضل سبل الحماية الوقائية ابتداءً من مرحلة المفاوضات، بوصفها من المراحل التي تؤثر تأثيرًا كبيرًا على حياة العقد، والأرضية الأولى لبسط إجراءات العقد عليها، والتي من خلالها يتم معرفة حقوق والتزامات الطرفين،لهذا لابد من إجراءات وقائية تحكم هكذا مرحلة وأهميتها فضلًاعن الأهمية الأخرى المتمثلة في تنفيذ العقد ، والتي تعمل على تحقيق حماية مصالح الفرد عند دخوله في عقد أبرم بشكل صحيح ولكن واجهته ظروف تؤدي إلى ظهور ملامح للضرر، فلابد من وجود وسائل تقي المتعاقد وتجنبه من الضرر.

أما أسباب إختيار البحث فضلا عن الأهمية التي تمتاز بها الوقاية في المجالات الأخرى، فإن ذلك لايمنع من تطبيق الوقاية في القانون المدني، بوصف إنه المنظم الرئيس لمعاملات الأفراد في المجتمع، وبالتالي فإن موضوع الوقاية من المواضيع التي لم نجد لها إشارات واضحه من قبل الباحثين والدارسين في مجال القانون المدني، على الرغم من أهميتها الكبيرة والحيوية في القانون، لذلك ارتأتينا أن نبحث في هذا الجانب ودوره المهم في القانون.

ثالثًا: إشكالية البحث

تتمحور إشكالية البحث في تزايد بنسبة الأضرار الناتجة عن ظهور عقود وأساليب جديدة في التعاقد لم تكن في حيز الوجود عندما سنت النصوص القانونية، إذ أصبحت لا تجاري التطورات الحاصلة في المجتمع، مما أدى الى إزدياد في عدد الدعاوى المعروضة أمام القضاء وهذا وبدوره يؤدي الى زيادة الضرر في العقد، كذلك غياب تنظيم قانوني لمرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وهذا ما نشهده في أغلب التشريعات العربية، ومن ضمنها مشرعنا العراقي، وعدم فرضه لأي واجب قد يمنع الضرر بالمتعاقد الآخر، بوصفها من المراحل الأولى المهمة والخطرة في حياة العقد، وبالتالي زيادة نسبة الإضرار في هذه المرحلة نتيجة عدم توفر وسيلة وقائية لحمايتها، إضافة إلى الإشكاليات الاخرى، منها اختلال واضح في التوازن العقدي نتيجة التطور الحاصل في كل أنشطة الحياة، مما ينتج عن ذلك اختلال في مستوى المعرفة والإحاطة بأوجه التعاقد جميعها، وفي ظل عدم وجود نصوص وقائية أكثر تحديدًا من سابقتها وبالتالي يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات،

ونلاحظ أيضًا زيادة الشروط التعسفية نتيجة ظهور أنواع جديدة من عقود الإذعان، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالمتعاقدين ولاسيما إنّ النصوص التقليدية لم تعد تجاري تطور العقود الحديثة ومشاكلها، كذلك عدم وجود دلالة واضحة على الإجراء الوقائي في مرحلة تنفيذ العقد، مما زاد من كثرة المشكلات العقدية والتي تنعكس سلبًا على المتعاقد،الأمر الذي قد يزيد الضرر إزاء إجراءات التقاضي الطويلة وضياع الجهد والوقت والمال، وهذا بدوره يؤدي إلى تفاقم نسبة الأضرار.

رابعًا: الدراسات السابقة

عدم توفر دراسات سابقة بخصوص موضوع الوقاية من الضررفي العقد، إذ يعد من المواضيع المستحدثة التي نادى بها الفقه الفرنسي الحديث، وإعتمده المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني، لكن وردت بعض الدراسات التي تطرقت الى تخفيف الضرر أو تقليصه ولكنها بحثت في مواضيع أخرى.

خامسًا : أسئلة البحث

هناك عدة تساؤلات تثار بخصوص موضوع الدراسة منها:

١- ما الوقاية في القانون ؟ .
٢- وهل يهتم الفقه القانوني للإجراءات الوقائية بصورة أساسية؟ .
٣- وما الأساس القانوني الذي تعتمد عليه الوقاية؟ .
٤- وهل تطرق المشرع العراقي للوسائل الوقائية؟ .
٥- وما هو المبرر الذي دعى إلى اللجوء إلى الوقاية؟
٦- وما الوسائل التي توقي من الضرر؟ .

سادسًا: منهجية البحث ونطاقه

بحسب طبيعة البحث الذي يدرس الوقاية من الضرر في العقد، فقد اعتمدنا على المنهج التحليلي المقارن، أي تحليل النصوص القانونية و معرفة الإجراءات الوقائية في القانون المدني، أما نطاقه فهو في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل والنافذ، مقارنة مع القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨المعدل والنافذ ، والقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل، لمعرفة ما مدى تطرق القوانين الأخرى لموضوع الوقاية من الضرر في العقد.

سابعًا: هيكلية البحث

سيقسم البحث إلى فصليين، سيسبقهما **مبحث تمهيدي** لمفهوم الضرر في المسؤولية المدنية ، وسنخصص **الفصل الأول** لمفهوم الوقاية من الضرر في العقد، وذلك من خلال إلى مبحثين سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية الوقاية من الضرر في العقد؟وقد تم ذلك من خلال مطلبين إذ اهتمَّ في المطلب الأول بالتعريف الاصطلاحي للوقاية وخصائصها في حين سيبحث المطلب الثاني لمعرفة مبررات الوقاية من الضرر وشروطها، وأما المبحث الثاني سنبحث فيه أساس الوقاية من الضرر وأهدافها، من خلال تقسيمه إلى مطلبين سنتطرق في المطلب الأول إلى أساس الوقاية من الضرر وفي المطلب الثاني إلى أهداف الوقاية من الضرر العامة والخاصة منها، وأما **الفصل الثاني** فقد خصصناه إلى الوسائل الوقائية من الضرر، وذلك في مبحثين وأيضًا سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية الوسيلة الوقائية في المدة السابقة على العقد من خلال تقسيمه إلى مطلبين سنتطرق في المطلب الأول إلى التعريف بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والمطلب الثاني إلى الأساس القانوني للالتزام بالإعلام و الأثر الذي يترتب في حالة عدم الالتزام به، في حين سنبحث في المبحث الثاني إلى الوسائل الوقائية أثناء تنفيذ العقد،إذ سنقسمه إلى مطلبين، سيتطرق المطلب الأول إلى الدفع بعدم التنفيذ وشروطه و الأثر المترتب عليه وفي المطلب الثاني إلى الاعذار وشروطه والأثر المترتب عليه، وأخيرا سنختم البحث بمجموعة من الاستنتاجات والتوصيات .

المبحث التمهيدي

مفهوم الضرر في المسؤولية المدنية

إن الضرر هو المحور الأساس الذي يترتب عليه التعويض بنوعيه المادي والمعنوي ، ففي كلتا المسؤوليتين، لا وجود للتعويض طالما لا يوجد هناك ضرر، لهذا فقيام المسؤولية يترتب على وجود الضرر، وهذا ما سنبينه في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبينسنتطرق في المطلب الأول إلى التعريف بالضرر، وفي المطلب الثاني إلى أنواع الضرر ومدى التعويض.

المطلب الأول

التعريف بالضرر في المسؤولية المدنية

يعد الضرر الركن الأساس لقيام المسؤولية المدنية بنوعيها سواء أكانت تعاقدية أم تقصيرية، فهو الشرارة الأولى التي من خلالها تنقدح المسؤولية وتدور معها وجودًا وعدمًا، إذ لا ضرر لا مسؤولية، لتخلف هذا الركن، وهذا وما سنبينه في هذا المطلب من خلال تعريف في الفرع الأول وبيان شروطه في الفرع الثاني .

الفرع الأول

تعريف الضرر في المسؤولية العقدية

الضرر في الحقيقة هو أهم ركن في أركان المسؤولية المدنية بل هو جوهرها[١]، لا تقوم المسؤولية العقدية لمجرد توافر الخطأ في جانب المدين، بل يلزم أن يترتب على الخطأ إصابة الدائن بضرر بسبب إخلال المدين في تنفيذ التزامه العقدي، فإذا لم يترتب على الإخلال في تنفيذ الالتزام ضررًا للدائن فلا تقع المسؤولية ولا محل للحكم بالتعويض[٢].

فالقانون المدني لا يقيم وزنًا لغير الضرر، كقاعدة عامة فدعوى المسؤولية المدنية ليست دعوى مجتمع وإنما هي دعوى فرد من أفراد هذا المجتمع، ولهذا فإنها لا تكون مقبولة إلا إذا توافرت فيها

---

(١) د. ضمير حسين ناصر، منفعه العقد والعيب الخفي(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٩، ص ٨٧.

(٢) د. أحمد سلمان شهيب السعداوي، د.جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٥، ص ٢٠٩.

شروط كل دعوى خاصة، ولعل أبرز شروط الدعوى هي المصلحة، إذ لا دعوى من غير مصلحة، ولا مصلحة إذا لم يكن هناك ضرر قد لحق بالمدعي[١].

فيُعرف الضرر بأنه: ((الأذى الذي يلحق بالغير، وهو إما أن يكون ماديًا أو أدبيًا))[٢].

وعُرّف أيضًا بأنه: ((الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه أو مصلحة من مصالحه يستوي أن تكون مالية أو أدبية، فالضرر نوعان: ضرر مادي : أي يصيب المضرور في جسمه أو في ماله، أو ضرر معنوي: يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو أي معنى أدبي يحرص عليه الإنسان))[٣].

وعرّفه البعض من جانب المصلحة على إنه: ((المساس بمصلحة مشروعة للمضرور، سواء أكانت المصلحة مالية ويسمى في هذه الحالة ضرر مادي، أم مصلحة معنوية، ويسمى في هذه الحالة ضرر أدبي أم معنوي)) [٤].

وكما عُرف على إنه: ((الإخلال بمصلحة مالية للمضرور والمضرور في هذا المجال هو الدائن الذي عاد عليه ضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو تأخيره عن تنفيذ هذا الالتزام))[٥].

وعبء إثبات الضرر يقع على عاتق الدائن لأنه هو الذي يدعيه. و لا يكفي مجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه للقول بوقوع الضرر، فقد لا يترتب على ذلك أي ضرر للدائن، لكن في هذه الحالة يلزم القانون المدني بدفع فائدة عن المدة التي تأخر فيها في الدفع، ويقال للفوائد في هذه الحالة (فوائد تأخيرية)[٦].

---

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، التايمس للطبع والنشر، بلا سنة طبع، ص١٥٥.

(٢) المصدر نفسه ، ص١٥٨.

(٣) د. أحمد شوقي محمد، النظرية العامة للالتزام العقد و الإدارة، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٢٦.

(٤) د. فايز احمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٢٥٩.

(٥) د. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢٥٠.

(٦) د. عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د.محمد البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، بلا طبعة، العاتك لصناعة الكتاب، بلا سنة طبع، ص ١٦٧.

وقد أشار إلى ذلك القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل[١] في المادة (١/١٧٣) التي نصت على:((١-لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضررًا لحقه من هذا التأخير)) وهذا موقف مشابهه لما ذهب إليه المشرع المصري[٢].

وأيضًا في حالة أخرى لا ينفذ المدين التزامه، ولا يصيب الدائن ضررًا من ذلك، ففي عقد النقل مثًلا إذا تأخر أمين النقل في تسليم البضاعة، أو تأخر الراكب عن الوصول في الميعاد، فإن مجرد التأخر لا يكفي لاستخلاص وجود الضرر، بل يجب على الدائن أن يثبت إنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخر[٣].

يتضح من تعاريف الفقهاء حول الضرر أن على الرغم من إختلافها في الصياغة لكنّها تدور حول المضمار نفسه، وهذا الأمر يجعل الباحثة ترى إنّ الضرر في العقد: ((الاذى الذي يصيب الفرد في مصلحته المادية، أي إنه الركن الأساس في المسؤولية فإذا انتفى انتفت المسؤولية)).

الفرع الثاني

شروط الضرر

من المسلم به إنّ من لحقه ضرر حق المطالبة بالتعويض، لكن هنالك شروط عدة يجب توفرها بالضرر، وهذا ما سنبينه في هذا الفرع وعلى النحو الآتي:

أولًا: أنْ يكون الضرر محققًا:

يجب لتحقق الضرر الذي يطالب الدائن بالتعويض عنه، سواء أكان ضررًا ماديًا أم أدبيًا، أن يكون الضرر محققًا، والضرر يكون محققا إذا كان حالا أي وقع فعلًا، أمّا إذا كان مستقبلًا[٤]، فقد

(١) نشر القانون في الوقائع العراقية عدد ٣٠١٥ في ٨/ ٩/ ١٩٥١.

(٢) ينظر نص المادة (٢٢٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣٨) لسنه ١٩٤٨ (النافذ).

(٣) المحامي أمير الموسوي، التعديل في أحكام المسؤولية العقدية، بحث منشور في مجلة القضاء، السنة الستون، مطبعة الوقف الحديثة، ٢٠٢٠، ص ١٠٩.

(٤) د. محمد المنجي، دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية بصورة عامة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٢٧٧.

يكون محقق الوقوع وقد يكون وقوعه أمرًا محتملًا، فإذا كان الضرر محقق الوقوع فيجب التعويض عنه، ولا يتعين في هذه الحالة انتظار وقوعه لرفع دعوى المسؤولية المدنية إذا كانت عناصر تقدير التعويض متوفرة في الحال، وأمّا إذا كان الضرر محتمل الوقوع أي قد يقع وقد لا يقع في المستقبل فلا محل لطلب التعويض عنه في الحال، بل يجب الانتظار حتى يتحقق[١].

وحسب ما أشارت إليه محكمة التميز الإتحادية في أحد قراراتها على إنه: ((إذا تغيرت حالة المأجور بفعل المؤجر أو بفعل غيره قبل إستلام المأجور كان للمستأجر قبول عقد الإيجار بحالته وإن شاء فسخ عقد الإيجار، وإنّ عدم إستلام المستأجر للمأجور يمثل ضررًا احتماليًا لا يستحق المستأجر التعويض عن فوات المنفعة لأنه لمْ يتكبد أي نفقات))[٢].

ثانيًا : أن يصيب الضرر حق مالي أو مصلحة مشروع

تقتضي فكرة الضرر بحد ذاتها عد الضرر عنصرًا أو ركنًا من أركان المسؤولية المدنية أن يكون المدعي في المسؤولية المدنية قد أضرّ في مركز كان يفيد من ورائه، أو في منفعة كان يحصل عليها قبل وقوع الفعل الضار[٣].

فالضرر العقدي الذي يعطي الحق في التعويض هو الضرر الذي يكون مترتبًا عن الإخلال بمصلحة مشروعة، أي مصلحة يحميها القانون، لأن التعويض في الحقيقة انعكاس لحماية قانونية، لهذا فالمصلحة التي يحميها القانون في هذا الصدد، هي المصلحة المبنية على عقد صحيح يربط بين الطرفيين، ويكون موضوعها مشروعًا لا يتعارض مع النظام العام ولا القواعد الآمرة، كما في حالة امتناع البائع عن تسليم مبيع مستجمع لشروطه القانونية، بخلاف إذا كان الإخلال العقدي يتعلق بمصلحة لا يحميها القانون، فلا مجال هنالك للتعويض، كما في حالة مطالبة الدائن لتعويض عن ضرر يتمثل في امتناع المدين عن القيام بعمل غير مشروع محل التعاقد كتهريب بضاعة، أو تخزين أسلحة غير مشروعة[٤].

---

(١) د. صاحب عبيد الفتلاوي، السهل في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة دار الجمال، عمان، الأردن، ٢٠١٤، ص٢٧٩.

(٢) محكمة التمييز الاتحادية، رقم القرار ٣٩/ ٢٠١٥، العدد ٥١٧٣/ ٥١٧٤، التسلسل ٥١٧٠/ ٥١٧١، الهيئة الاستئنافية عقار، ٢٠١٧، بتاريخ ٦/ ١١/ ٢٠١٨، أشار اليه القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية(القسم المدني) ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٩، ص١٣.

(٣)حسن علي الذنون، مصدر سابق ،ص٢١٠.

(٤) د.عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بلا دار نشر، ٢٠٠٧ ، ص ٢٤٧.

ثالثاً : أن يكون الضرر شخصيًا

يكون الضرر في هذا الشرط قد نزل بالمدعي بالذات ومعنى هذا الشرط أن يكون الضرر قد نزل بالمدعي بالذات، ويستوي بعد هذا أن يكون قد انصب على شخص المدعي، أو على ماله، أو على مصلحة مشروعة له يحميها القانون، ولا يسمح بالاعتداء عليها أو الأضرار بها، إذ يتحتم لقيام المسؤولية أن يكون في دعوى التعويض هو المضرور من الإخلال بالالتزام التعاقدي(١).

فلا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد بين المتعاقدين، بل يجب أن يكون هذا العقد قد أبرم بين المسؤول والمتضرر، لأنّ آثار العقد تقتصر على طرفيه على وفق قاعدة نسبية أثر العقد(٢).

لكن ذلك لا يمنع رفع دعوى المسؤولية العقدية من قبل الوكيل أو النائب الشرعي بِاسم الموكل أو القاصر أو الموجود في وضعية من موانع الأهلية، وذلك بهدف الحصول عن تعويض الضرر العقدي اللاحق بأحدهم، وإذا توفي العاقد المتضرر من عدم التنفيذ فإن حق التعويض عن الضرر ينتقل إلى خلفه العام سواء أكان الضرر ماليًا أم معنويًا، وسواء أكان المتضرر المتوفي قد رفع الدعوى المطالبة بالتعويض خلال حياته أم لا(٣).

(١) د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص١٨٢.

(٢) د.رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٧، ص٢٠.

(٣) د. عبد الحق صافي، مصدر سابق، ص ٢٤٦ وما بعدها.

المطلب الثاني

أنواع الضرر ومدى التعويض عنه

بعد أن أشرنا إلى تعريف الضرر بوصفه الأذى الذي يصيب الشخص ويلحقه بخسارة سواء أكانت مادية أم معنوية، كان لابد أن نتطرق إلى أنواع الضرر، إذ يقسم إلى أنواع، منه ضرر مادي وآخر ادبي، فضلًا مدى التعويض عنه، وهذا ما سنبحثه من خلال تقسيم المطلب إلى فرعيين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الضرر المادي والأدبي

أولًا : الضرر المادي

يعرف الضرر المادي على إنّه: ((الضرر الذي يتمثل في خسارة مالية لحقت المضرور، كإتلاف الأموال بجميع أنواعها، أو يتمثل في كسب مالي فآته، كما لو أعلن عن مسابقة لشغل وظيفة وذكر المعلن في إعلانه سوف يخطر المتقدمين للمسابقة بموعد عقدها ثم أهمل في إخطار أحد المتقدمين فضاعت عليه بذلك فرصة أداء المسابقة))[١].

وكذلك عرف بأنّه: ((هو الذي يصيب الإنسان في ماله أو جسده أو عنصر من عناصر ذمته المالية))[٢].

وهو أكثر شيوعًا من الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية العقدية، نظرًا لأن العقود هي التي تتكفل بتنظيم العلاقات المالية ما بين الأفراد، لهذا فإن الضرر يأخذ صبغة مادية،وفي الغالب الشائع يتأثر به الطرف الدائن من هذه المسؤولية ويطلق عليه آنذاك بالمتضرر، ولا يتوقف الضرر المادي على هذا المعنى،إنما يمكن ان يُعدّ ماديًا كذلك إذا مس بصحة الإنسان، وسلامة جسده وترتب

(١) د. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي (مصادر الالتزام)، الطبعة الأولى، بلا دار نشر، بلا سنة نشر، ص ٥٩٩ وما بعدها.

(٢) د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق،ص ٢٧٨.

على ذلك خسارة مالية كالإصابة التي تعجز الإنسان عجزًا كليًا أو جزئيًا أو تستلزم بذل نفقات مالية باهضة[١].

ثانيًا : الضرر الأدبي

يعرف الضرر الأدبي على أنّه: ((كل أذى يلحق بغير ماديات الإنسان، فيمس مشاعره أو إحساسه أو عاطفته أو مكانته العائلية أو الاجتماعية أو المهنية محدثا لديه الألم النفسي أو الشعور بالانتقاص من قدره))[٢].

كما عُرف بأنّه: ((الضرر الذي يلحق غير المال، أي الضرر الذي لا يمس الذمة المالية بأي وجه، فهو ضرر يلحق الشخص في غير حقوقه المالية))[٣].

في حين عرّفه القضاء العراقي على إنّه: ((الضرر الذي يصيب المضرور في شعوره، أو في عاطفته، أو كرامته، أو شرفه، أو أي معنى من المعاني التي يحرص عليها الناس))[٤].

وإذا كان الضرر الأدبي يقع كثيرًا في المسؤولية التقصيرية، فإن وقوعه في المسؤولية العقدية غير كثير، إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية، ولكن قد تكون للمتعاقد مصلحة أدبية في تنفيذ العقد، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي، فالناشر إذا نشر كتابًا لمؤلف فشوهه، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي، لكن من المحقق أن يصيبه بضرر أدبي[٥].

أما القانون المدني العراقي فقد أجاز التعويض عن الضرر الأدبي في حالة المسؤولية التقصيرية فقط [٦]، إذ نصت المادة (٢٠٥) على: ((١- يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكلٌ تعدّ على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته، أو في مركزه

---

(١) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص٢٣ وما بعدها.

(٢) د.حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد(دراسة قانونية مقارنة)، الطبعة الاولى، منشورات صادر، ٢٠١٦، ص٢٣٥.

(٣) د.سعيد سعد عبد السلام، مصدر سابق، ص٣٨٠.

(٤) د .حامد شاكر محمود الطائي، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

(٥) د عبد الرزاق السنهوري، أحمد مدحت المراغي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٦٩.

(٦) د.عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي (تنفيذ الألتزام)، الجزء الثالث، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ص١٠٥.

الإجتماعي أو في إعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولا عن التعويض...))، وأمّا التعويض في القانون المدني المصري فإنّه ممكنفي حالتي المسؤولية المدنية بنوعيها العقديةوالتقصيرية[١] .

الفرع الثاني

مدى التعويض عن الضرر

إنّ التعويض يكون عن الضرر المباشر المتوقع، فالضرر إمّا أن يكون مباشرًا أو غير مباشر، والضرر المباشر إمّا يكون متوقعًا أو غير متوقع، فالقاعدة العامة في المسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصرية لا تعويض عن الضرر غير المباشر،إنما التعويض يكون عن الضرر المباشر فقط، على إختلاف بين المسؤوليتين، ففي المسؤولية التقصيرية يكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، وأمّا في المسؤولية العقدية فالأصل أن يكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وحده، ولا يمتد إلى الضرر غير المتوقع إلا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعًا على غش المدين أو خطئه الجسيم[٢] .

لهذا فالضرر المباشر هو: ((هو ما كان نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه))[٣]، أي يعد نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه الدائن إذا لم يكن في إستطاعته أن يتوقاه ببذل جهد معقول[٤]، أما الضرر غير المباشر فهو: ((الضرر الذي تنقطع رابطة السببية بينه وبين الخطأ فلا يلتزم المدين بالتعويض عنه لا في المسؤولية التعاقدية ولا في المسؤولية التقصيرية))[٥].

(١) ينظر نص المادة(٢٢٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣٨) لسنة ١٩٤٨.

(٢) د. انور سلطان، مصدر سابق، ص٢٤٣.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص١٦٨.

(٤) د.سمير سهيل دنون، المسؤولية المدنية عن فعل الالات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها(دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٥، ص٢٩.

(٥) د. أحمد سلمان شهيب السعداوي، د.جواد كاظم جواد سميسم، مصدر سابق، ص٢١٢.

ويتجه الفقه الفرنسي الى إنّ الضرر المباشر هو الاثر أو النتيجة الحتمية أو الضرورية للخطأ، وهذا الرأي هو الذي تعتمده أغلبية المحاكم في فرنسا، وإن القاضي يقضي بالتعويض في الوقت الذي يشعر فيه أن الحادث قد يلعب دورًا راجحًا وضروريًا[١].

وبعبارة أخرى هو ما كان يرتبط بعلاقة سببية مع خطأ المدين أو الفاعل، وقد درجت القوانين نصوصها ما يشير إلى تحمل المدين عن تعويض الأضرار المباشرة عن فعله سواء أكان ذلك في نطاق المسؤولية العقدية أم التقصيرية، وقصر التعويض عن الضرر المباشر ليس غير هو تفسير لإرادة المتعاقدين واحترامًا للإرادة المشتركة لهما، لأن الطرفين كانا يقصدان عند إبرام العقد أن يقتصر التعويض عن الضرر الذي ينجم عن الإخلال العقدي متى كان هذا الضرر مباشرًا على أساس أنه الضرر الذي توقعه الطرفان[٢].

هذا وبحسب ما أشارت إليه المادة(٢/١٦٩) من القانون المدني العراقي والتي نصت على: ((٢- ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق آخر أو التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فآته من كسب بسبب ضياع الحق عليه، أو بسب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به.))، وهذا موقف مشابهه لما ذهبت إليه التشريعات المقارنة[٣] .

ويقال عادة في تبرير قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر، فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد فلا تعويض عنه، بوصف أن المسؤولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد، فإرادة المتعاقدين هي التي تحدد مداها، وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية مقصورة على المقدار الذي توقعه المدين[٤] .

---

(١) ينظر في عرض هذه الاراء (لا لو ومارزو وتنك) العامري (سعدون) تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، منشورات مركز البحوث القانونية مركز البحوث القانونية (٢) ، بغداد ، ١٩٨١ ، ص٣٥ أشار الى ذلك د. حامد شاكر محمود الطائي، مصدر سابق،ص٢٣٧.

(٢) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٣) ينظر نص المادة (٢٢١/ ٢) من القانون المدني المصري، ينظر نص المادة (١٢٣١) من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٤).د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٢٧١.

وهناك من يرى أن المبرر الحقيقي لقصر التعويض على الضرر المتوقع في مجال المسؤولية العقدية هو أنه عند إخلال المدين بالتزامه، يصار إلى تنفيذ مخالف يقوم كبديل، ولا يمكن بحال من الأحوال أن يفوق ما تم التعهد به، فمن هذه الوجهة يكون من غير الصحيح القول بأن التعويض يكون جزئيًا عند حصول الإخلال العقدي؛ لأننا لسنا إزاء إصلاح الضرر، وإنما إزاء تعويض بمقابل(١).

لكن هناك استثناء من القاعدة ألا وهي في حالة ارتكاب المدين لغش، أو خطأ جسيم فإنّه في هذه الحالة يعوض عن الضرر المباشر كله ، أيٌ سواء كان متوقعًا أم غير متوقع كما في المادة (١٦٩/ ٣) التي نصت على: ((فإذا كان المدين لمْ يرتكب غشًا أو خطأ جسيمًا فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعًا عادةً وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت)).

أو بتعبير آخر إن إلزام المدين سيء النية بتعويض كامل حتى الضرر غير المتوقع عند تكوين العقد، يعني ببساطة تعويضه لعقوبة استثنائية، ولكنها مستحقة، فهو لمْ يتردد في زعزعة الثقة التي وضعت فيه، كما أنه تصرف كما لو لمْ يكن العقد موجودًا، لذلك يعامله القانون بسوء قصده، فيحرم من التذرع بالعقد، ويلتزم بتعويض حتى المخاطر التي لمْ يقبل بها في البداية، بخلاف ذلك يحصل الدائن على مزايا لمْ يكن يتوقعها، لذلك يمكن عدّ هذا الإجراء ضربًا من ضروب العدالة الخاصة، أو من تطبيقات النظام العام العقدي الذي ينكر على العاقد التخلص من تبعات خطئه الجسيم أو غشه؛ وذلك تحت طائلة تعرضه لمسؤولية عقدية مشددة(٢).

ويقاس توقع الضرر وفق معيار موضوعي وليس بمعيار ذاتي، ويبين المعيار الموضوعي أنّ الضرر المتوقع هو الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، لا الضرر الذي لم يتوقعه هذا المدين بالذات، كما لا يكون المدين مسؤولًا عن الضرر غير المباشر(٣).

---

(١) د. عبد الحق صافي، مصدر سابق، ص٢٥٣.

(٢) د. عبد الحق صافي، مصدر سابق، ص٢٥٣ وما بعدها.

(٣) د. عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٢، ص ١٤٧.

الفصل الأول

مفهوم الوقاية من الضرر في العقد

تمهيد وتقسيم :

الوقاية من المصطلحات التي تذكر دائمًا على ألسنة الكثيرين، نلاحظ كثرة استعمالها في المجال الصحي، ويرجع استعمالها إلى المقولة الشهيرة (الوقاية خير من العلاج) لكن عند التمعن فيها نلاحظ إن الوقاية لا يمكن حصرها في مجالات محددة، إذ إن لهذا المصطلح دور كبير في كل المجالات، من خلال تطبيقه في المجال القانوني، وإلى ما يمكن أن تلعبه الوقاية في هذا المجال، فبالرغم من إن هذا المصطلح لا يكثر تداوله في المفاهيم القانونية، لكن تطبيقه في مجال القانون يؤدي إلى تحقيق دور كبير في استقرار المعاملات من خلال ترقب الخطر المحدق بالعقد والتخلص من الضرر قدر الإمكان، وهذا بدورهسيعكس آثاره على جميع المجالات، و مبتغى القانون الذي يسعى إلى تحقيق اكبر قدر من الحماية في نفوس الأطراف المتعاقدة من خلال الوقاية من الضرر، فركن الضرر أول ما يقدح في ذهن من ينوي التعاقد للابتعاد عنه قدر الإمكان، بوصف إن المسؤولية المدنية لا تقوم و لا تنهض إلا من أجل الضرر، سواء أكانت المسؤولية المدنية بنوعيها تعاقدية أم تقصيريه، وبهذا وجب على الشخص عند مباشرته العقد أن يأخذ بالحسبان تجنب أو تخفيف الضرر من خلال إجراءات وقائية لدرأ الضرر قدر الإمكان من أجل عدم الخوض في أحكام المسؤولية وإجراءات التقاضي الطويلة، وللحصول على المنفعة المرجوة من العقد، وهذا ما سنتطرق له في هذا الفصل من خلال بيان ماهية الوقاية من الضرر ومدى إهتمام القوانين لتلك الإجراءات، وذلك في مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية الوقاية من الضرر في العقد، وفي المبحث الثاني أساس الوقاية من الضرر في العقد وأهدافها، وعلى النحو الآتي :

المبحث الأول

ماهية الوقاية من الضرر في العقد

شهد العصر الحديث العديد من التطورات في المجال العلمي والتكنولوجي الهائل الذي اثر بشكل كبير على المفاهيم التقليدية للقوانين ، ومما لاشك فإن هذا التطور كان له الأثر البالغ في وجود تفاوت كبير بين مستويات المعرفة بين المتعاقدين، مما أوجب على المشرع فرض إجراءات وتدابير تمنع وتتصدى لوقوع الضرر الذي يمثل نواة المسؤولية وذلك للوصول إلى هدف القانون الذي يسعى لتحقيق العدالة والتوازن والإنصاف بين المتعاقدين، فتوفير الثقة للمتعاقدين يقتضي من القانون أن يوفر الحماية اللازمة للعملية التعاقدية؛ لخلق جو من الاستقرار في التعامل بين الأطراف عن طريق الإجراءات أو التدابير الوقائية، وعلى الرغم من عدم وجود إشارة صريحة لتلك الإجراءات الوقائية من قبل القوانين للتوقي من الضرر، فقد كان فلابد من بيان تلك الإجراءات ومدى تطرق التشريعات لها من خلال هذا المبحث، وذلك من خلال مطلبين سنتطرق في المطلب الأول التعريف بالوقاية من الضرر في العقد، وفي المطلب الثاني إلى مبررات الوقاية من الضرر في العقد وشروطها :

المطلب الأول

التعريف بالوقاية من الضرر في العقد

تعد الوقاية من الضرر من المواضيع المهمة في القانون المدني،إذ لم توجد نصوص صريحة دالة على معنى الوقاية بشكل واضح، فإنّ الأمر يقتضي أن نحدد معنى الوقاية في المجالات الأخرى ومدى تبني الفقه و القوانين لمفهوم الوقاية، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول تحديد معنى الوقاية من الضرر في العقد، وفي الفرع الثاني خصائص الوقاية من الضرر العقد في :

الفرع الأول

تحديد معنى الوقاية من الضرر

عُرفت الوقاية[١] في مجالات عدة بتعريفات متعددة، وبحسب المجال الذي تدرسه ، ولأنّ مدار بحثنا يتطرق إلى الوقاية وهو كمصطلح بعيد عن القانون، ولم يدرسها الفقه القانوني، فكان لابد من أن نستعين بمعناها في المجالات الأخرى لنتوصل إلى معنى الوقاية في القانون، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال تحديد معناها في الفقه و التشريع والقضاء .

أولًا :تحديد المعنى الفقهي للوقاية من الضرر في العقد :

لم نجد تعريفًا فقهيًا في القانون المدني يعرّف الوقاية من الضرر في العقد، لهذا سنبين معناه أينما نجده حتى نتوصل للمعنى الذي نريده، فقد عرّف الفقه الوقاية تعريفات عدّة، لكن اختلفت التعريفات بالنسبة إلى المجال الذي تطرقت له،إذ إنّ المجال الأول الذي تطرق إلى الوقاية هو تجلي معانيها في القرآن الكريم والسنة، فقد أشار الله عز وجل في محكم كتابه إلى الوقاية ومعناها في قوله تعالى : ((فَوَقَاهُمُ اللَّهُ شَرَّ ذَٰلِكَ الْيَوْمِ وَلَقَّاهُمْ نَضْرَةً وَسُرُورًا))[٢]، وكذلك في قوله تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا ...))[٣].

---

(١) الوقاية في اللغة : من وقاه ووقاية، صانه، والوقاية، مثلثة : ماوقيت به، و التوقية، الكلاء والحفظ . ينظر الشيخ مجد الدين بن يعقوب الفيروزي أبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت٢٠٠٣، ص١٢٣٣. كذلك يقال : وقاه الله من السوء، و وقاء السوء، أي كلاه عنه، وكقوله تعالى : ((اتقوا الله حق تقاته))سورة آل عمران آية (١٠٢)، لان كل واحد منها الزم لترك جميع المعاصي، فمن فعل فقد اتقى عقاب الله، لان من لا يفعل قبيحًا ولا يخل بواجب فلا عقاب عليه، وفي حديث الإمام علي (ع)، كان إذا احمر البأس أي اشتد الحرب اتقينا برسول الله (ص)، أي جعلناه وقاية لنا من العدو . ينظر الشيخ فخر الدين الطريحي، مجمع البحرين، الطبعة الأولى، مؤسسة الأعلمي للطباعة، بيروت، لبنان ٢٠٠٩، ص١٣٩١، وما بعدها . ويقال اتخذت التدابير للوقاية من حدوث الطروق :ما يوقى به الشيء؛ اللقاح وقاية من بعض الأمراض في الطب وهي جميع الوسائل التي تتخذ لاتقاء الأمراض كالتطهير والتلقيح والعزل؛ الوقاية خير من العلاج . ينظر عصام حداد، حسان جعفر، المنبع الموسع الطبعة الأولى، دار صبح، بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص١٥٧٢. ونلاحظ أن معنى الوقاية في اللغة هو حماية الشخص من الأذى عن طريق إتباع إجراءات وقائية تمنع الضرر، وهذا أيضًا ما يصبو إليه المعنى الاصطلاحي.

(٢) سورة الإنسان، آية رقم (١١) ٠

(٣) سورة التحريم، جزء من الآية رقم (٦) ٠

إنّ المتأمل في الآيات القرآنية يجد إنها ذكرت الوقاية لتكشف لنا النهج الوقائي القرآني فضلًا عن دورها في بناء الفرد المسلم والمجتمع الإسلامي، فالقران الكريم يحث على الأخذ بكل أساليب الحيطة والحذر للفرد والمجتمع تداركا للأمور والمشكلات، أو تحوطًا منها أو اتقاء شرها قبل وقوعها[١].

وكذلك الإجراءات الوقائية الصحية في الإسلام بأنها: ((هي تلك الإرشادات النبوية التي تهدف إلى حماية المكلفين جسديًا وبيئيًاً، قبل حدوث ما يمرضهم، ويضعف قواهم، ويوهم عزيمتهم ليتمكنوا من القيام بالتكاليف الشرعية المطلوبة منهم))[٢].

وعرفت أيضًا بأنها: ((استعمال ما فيه الوقاية والحفظ في موارد الخوف والحذر))[٣]، وعرفت بأنها ((إجراءات تهدف للوقاية عما نهى الله عنه من أقوال وأفعال لتحقيق المصالح ودرأ المفاسد))[٤].

ونلاحظ مما ذكر من التعريفات، إنها اهتمت بالوقاية من منظور شرعي، أي لبيان دور التعاليم الإسلامية في دراسة الوقاية ومدى الدور الذي تؤديه من خلال إبعاد الضرر من ناحية شرعية وصحية وتحقيق كُل ما يحقق له من مصلحة ومنفعة.

ويبرز دور الوقاية في المجال الجنائي فقد عرفت بأنها :((إسباغ الحماية الجزائية لحقوق الأفراد في الحياة والسلامة الجسدية للحيلولة دون تعريضها للخطر)) أي تهدف إلى منع تحقق الضرر[٥].

---

(١) العيد بلالي، الوقاية الصحية في السنة النبوية (دراسة موضوعية)، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر، ٢٠١١، ص٥ وما بعدها.

(٢) هشام خضر حسين حلاوين، التدابير الوقائية الصحية والبيئية في السنة النبوية، (دراسة موضوعية)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، ٢٠١٨ ص٦.

(٣) الشيخ فاضل الصفار، المهذب في أصول الفقه، الطبعة الأولى، مؤسسة الفكر الإسلامي، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص٣٠٥ .

(٤) منى سمير محمد، تدابير الدولة للوقاية من الجريمة، (دراسة فقهية)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية ، غزة ، ٢٠١٦ ،ص ١٣.

(٥) د. خالد مجيد عبد الحميد الجبوري، النظرية العامة للتجريم الوقائي، الطبعة الأولى، المركز العربي، مصر، القاهرة، ٢٠١٨ ، ص ٢٤ .

وأيضا عرّفت بأنها:((مجموعة من الإجراءات التي ينص عليها القانون، ويطبقها القاضي، قسرا على المجرم ... ودرئُها عن المجتمع))[١].

وعرّفها البعض بأنها:((مجموعة من الإجراءات وضعت تحت تصرف المجتمع ، وتستهدف مواجهة الخطورة الإجرامية التي يمثلها الجاني من أجل وقاية المجتمع من الاجرام))[٢].

ومنهم من عرّفها بالمعنى الدقيق:((منع وقوع أمر غبر مرغوب فيه أو الحيلولة دون حدوثه))[٣]، كما عرّفها آخرون بأنها : ((مجموعة من التدابير منصوص عليها في القانون وتوقع على المدان بعد ثبوت ارتكابه الجريمة عندما تعتبر حاله خطره على سلامة المجتمع))[٤].

وعرّفت أيضًا بأنها: ((هو العلم الذي يحدد انجح الوسائل الكفيلة بمنع الجريمة من الوقوع وبعدم تكرارها ممن اقترفها، فتحاشي الإجرام من الوقوع هو الوقاية))[٥].

ونلاحظ مما تقدم من تعاريف إن الوقاية ركزت على جانب الحد من وقوع الجريمة ومدى قدرة الإجراءات الوقائية للحد من تلك الظاهرة الإجرامية وما يعكس آثارها الضارة على المجتمع، فالمشرع حدد المصلحة التي يحميها من خلال التجريم الوقائي بحماية حق الإنسان في الحياة والسلامة الجسدية من التعرض للخطر، فالغاية التي يهدف إليها المشرع من حمايته للمصلحة في المجتمع، لا تقرر لحماية الأشخاص كأفراد، وإنما هي تقرر بسبب وجودهم ضمن مجتمع معين ،أي تقرر للأفراد والمجتمع معًا.[٦]

(١) د. محمد عبد الله الوريكات، أثر الردع الخاص في الوقاية من الجريمة في القانون الأردني(دراسة مقارنة مع القانون الإيطالي والقانون المصري)، الطبعة الأولى، المكتبة الوطنية، عمان، ٢٠٠٧، ص١٢٥.

(٢) د. ناطق المشرقاوي ، التدابير الاحترازية بين الفقه الإمامي والقانون العراقي ، الطبعة الأولى ، مركز الإمام الصادق (ع) للدراسات الإسلامية التخصصية ، النجف ، العراق ، ٢٠١١.

(٣) د. صباح مصباح محمود الحمداني، نادية عبد الله اللطيف أحمد، ماهية السياسة الوقائية الجزائية، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق، الجزء الأول، المجلد الثاني، العدد الأول، ٢٠١٧ ، ص٤٨.

(٤) د محمد معروف عبد الله، علم العقاب ، مطبعة التعليم العالي، ١٩٩٠، ص٥٦.

(٥) د. رمسيس بهنام، علم الوقاية والتقويم، منشاة المعارف، ١٩٨٦، ص٩.

(٦) د.خالد مجيد عبد الحميد الجبوري، مصدر سابق، ص ١٤٤ وما بعدها.

أما في المجال الصحي و البيئي فقد عرفت الوقاية[١] بأنها: ((مجموعة الإجراءات والتدابير التي يجب أن تتخذ عندما توجد أسباب أو مبررات معقولة تحمل على الاعتقاد بأن نشاطًا ما أو منتجًا معينًا يمكن أن يسبب أضرارًا جسيمة أو خطيرة يتعذر تداركها على الصحة العامة أو البيئة))، فعلى وفق هذا يجب على الإدارة أن تتخذ الإجراءات كافة التي يستحيل تداركها بتكاليف اقتصادية معقولة[٢].

إذ تهدف إلى تخفيض درجة احتمال تحقق الخطر وتخفيض مداه إذا ما تحقق[٣]، بذلك يعد الاحتياط والوقاية من المبادئ الجديدة للقانون الدولي للبيئة، ويجب على الدول اتخاذ جميع التدابير الاحتياطية اللازمة لمنع وقوع الأضرار البيئية التي يثار شك حول إمكان وقوعها إذا ما رخص بإقامة نشاط سياسي ما، وذلك على الرغم من عدم وجود أدلة علمية أو يقين علمي يؤيد ذلك الشك[٤].

ومنهم من عدّها بأنها نهج قائم على أساس ألتحوط مسبقًا وإستشراق الأخطار المحدقة بالبيئة ومنعها[٥]، إن اللجوء للوقاية والحيطة إنما يكون لإدارة حالة طارئة تقتضي اتخاذ قرار سريع لاتخاذ وتحديد الإجراءات والتدابير الوقائية التي من الممكن أن تكون صحيحة من جهة الوقت وذلك لحين الوصول إلى المعرفة العلمية[٦].

ونلاحظ من التعريفات السابقة إن الوقاية وضعت لمنع أو الحد من وقوع الأضرار ولكن في المجال البيئي، لكن لا تدخل ضمنها الأضرار في العقودمحل البحث، و التي يظهر فيها دور الوقاية

---

(١) فقد عرفت الاتفاقية الدولية الخاصة بالمسؤولية المدنية عن الضرر الناجم عن التلوث النفطي، بروكسل لسنة ١٩٦٩، في المادة (٧/١) الإجراءات الوقائية بأنها: ((أي إجراءات معقولة متخذة من أي شخص بعد وقوع حادث ما لمنع او تقليل ضرر التلوث))، أشار إلى ذلك د. احمد خالد الناصر، المسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة البحرية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص١٣٠.

(٢) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مبدأ الحيطة في المجال البيئي على بعض الحقوق والحريات، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٣٤ وما بعدها .

(٣) د .علي محمد خلف الفتلاوي، مسؤولية الإنتاج، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٨، ص ٤٢٢.

(٤) د.محمد صافي يوسف، مبدأ الاحتياط لوقوع الأضرار البيئية (دراسة في إطار القانون الدولي للبيئة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٧.

(٥) د. احمد حميد عجم البدري، الحماية الدولية للبيئة إثناء النزاعات المسلحة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية،٢٠١٥ ، ص ٨٠ .

(٦) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص٤٢.

والإحتياطات في المجالات كافة لمعالجة الخطر المسبب للضرر من خلال دور الإجراءات أو التدابير الوقائية ، ولا بد من التطرق إليها على الرغم إنها خارج نطاق البحث؛ لنبين المجالات التي تدخل فيها الوقاية و لمعرفة معناها وذلك لعدم وجود تعريف قانوني مباشر للوقاية من الضرر في القانون المدني، بوصف إن التعريف يكون من مهمة الفقهاء القانونيين وليس من مهمة المشرع، لكي لا يكون عرضة للجمود و ليجاري التطورات الحاصلة في المجتمع، لكن هذا لا يمنع من أن المشرع قد إهتم في بعض نصوص مواده بتعريف بعض المصطلحات.

ففقهاء القانون وشراحه قد عزفوا عن تعريف مباشر للوقاية خلافًا للمجالات الأخرئ التي بحثناها والتي أشارت إلى الوقاية، وإنما تطرقوا في ذلك إلى تخفيف أو تقليص الضرر ، وكانت آراء الفقهاء متنوعة في ذلك، فقد كانت آراء الفقهاء في القوانين اللاتينية مختلفة عن القوانين الأخرى[١].

(١) إن من الأمور المسلم بها أن القانون الانكليزي يعد الحاضن الأصلي لتقليص الأضرار في العقود، فإن الفقهاء في القانون الانكليزي، عرفوا تقليص الضرر في العقود بصيغ متعددة، ولكنها تنصب في مضمون واحد مفاده، أن الدائن يقع عليه اتخاذ الخطوات اللازمة لتقليص الضرر و لا يجوز له المطالبة بالتعويض عن الخسائر و الأضرار التي كان بالإمكان تفاديها باتخاذ تلك لخطوات، فقد عرف الفقيه الانكليزي (treitel) واجب تقليص الضرر في العقود بأنه ((يتوجب على المدعي عدم المطالبة بالتعويض عن الأضرار والخسائر التي يجب عليه تجنبها)) وكذلك عرف (avtarsingh) واجب تقليص الأضرار في العقود بأنه: ((على الدائن اتخاذ الجهود المعقولة لتفادي الخسائر الناشئة من الإخلال لغرض المحافظة على حقه بالتعويض))وكذلك عرفت بأنها: ((الحالة التي يحرم فيها الدائن من تعويض الأضرار عن الخسائر التي كان بإمكانه تجنبها من خلال اتخاذ تدابير معقولة))، فهذه القاعدة الأساس في تقدير التعويض عن الإخلال بالعقد، مؤسسة على قاعدة تقليص الخسائر القابلة للاجتناب، وأشار الى ذلك د. وليد خالد عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الإضرار في العقود (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٥ ، ص١٥ وما بعدها .

* ويقيم الفقه الانكليزي تقليل الضرر على قاعدتين وهما:

القاعدة الأولى: لا يمكن للمتضرر مطالبة المدعى عليه بالتعويض عن تلك الأضرار التي تسبب بها الأخير(سواء أكانت ناتجة عن مسؤولية عقدية أم تقصيرية) والتي كان بمقدوره(المتضرر) تجنبها عن طريق اتخاذه للوسائل المناسبة والمعقولة لتفادي أي أضرار.

والقاعدة الثانية: اذا تكبد المتضرر في سبيل تخفيف الأضرار التي وقعت عليه، مصاريف أي خسائر، فيكون له الحق في مطالبة المدعي عليه بالتعويض عن الخسائر الإضافية التي استلزم إنفاقها لأجل تخفيف الضرر، وقد ساوى القانون الانكليزي في هذا الواجب من حيث النطاق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية على حد سواء، فلا فرق بين الواجب الملقى على المتضرر في تخفيف الضرر الناتج عن الإخلال بالمسؤولية العقدية وبين الواجب =

فذهب رأي بعض الفقهاء إلى بيان معنى الوقاية ودراستها بالمعنى من دون اللفظ، أي تحت مسميات أخرى، مثل تخفيف أو تقليص الضرر، والذي يندرج تحت ستار حسن النية، إذ لا يوجد نص خاص صريح يلزم الدائن باتخاذ خطوات معقولة لتفادي وتجنب الضرر، فاستعاض بغياب النص على ذلك، بحكم القواعد العامة المتعلقة بوجوب تنفيذ الالتزام العقدي طبقا لما اِشتمل عليه، وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية، إذ من موجبات حسن النية، أن يكون ثمة نوع من التعاون بين طرفي العقد في تنفيذه، فلا يصح أن يرهق احدهما الآخر بالتشبث بحرفية العقد، وإن لا يُعد احد المتعاقدين، إن الالتزام حق له، وواجب على الآخر، بل إنّه أساس لعلاقات متقابلة بينهما، توجب أن يقوم كل من طرفي العقد بالتزامه، فهذا المبدأ يلزم الدائن أن يعمل على تدارك ما قد يقع من ضرر لتهوين أعباء المدين[١].

فلم ينحصر دوره في تنفيذ العقد فقط، إنّما يشمل العقد في كل مراحله، كما إنّه لم يعد يتطلب من المتعاقد موقفا سلبيا مقتضاه عدم اتخاذ مسلك ينطوي على الغش وسوء النية والامتناع عن إلحاق ضرر بالمتعاقد الآخر، بل صار يستلزم منه مجموعة من الالتزامات الايجابية التي فرعها الفقه والقضاء على هذا المبدأ كالالتزام بالتبصير والالتزام بالتعاون والسلامة وغيرها، بما يضمن استمرار العقد وتنفيذه بالشكل المطلوب، وبذلك يكون طريقًا للمحافظة على العقد واستمراره وتوقي فسخه[٢].

في حين ذهب قسم آخر من الفقهاء الفرنسيين إلى فكرة تخفيف الضرر من زاوية أخرى وهي زاوية كون الضرر مباشر أو غير مباشر، وهم يعدون إن إمكانية المتضرر في تخفيف الضرر الواقع عليه ضررًا غير مباشر، ويعد الفقهاء الفرنسيون إن قصر التعويض على الضرر المباشر دون غير المباشر يرجع إلى اعتبارات العدالة، إذ ليس من المقبول تحميل المسؤول عن النتائج إلى مالا نهاية والتي لا تتصل بفعله إلا اتصالًا واهيًا.[٣]

الملقى عليه في تخفيف الأضرار الناتجة عن قيام المسؤولية التقصيرية، إلا إن أكثر الحالات وقوعًا هو في نطاق المسؤولية العقدية، أشار إلى ذلك د. رعد عداي حسين،مصدر سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

(١) د. وليد خالد عطية، مصدر سابق، ص ١٩.

(٢) عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٧، ص٩٦ وما بعدها.

(٣) أشار الى ذلك د.رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ٩٢ وما بعدها.

ثانيا : تحديد المعنى التشريعي للوقاية من الضرر في العقد

إنّ تعريف الوقاية في التشريعات المدنية، يتوقف على مدى اهتمام التشريعات للوقاية من الضرر، فلا يوجد في التشريعات[١]، محل المقارنة تعريف مباشر للوقاية، فمن ضرورات البحث كان لابد للتطرق والبحث في مواد القانون المدني، لنرى مدى ذكر نصوصه للوقاية للتوصل إلى تعريف لها.

فالتدقيق لواقع نصوص القوانين المدنية، أي في بعضها يكشف عن وجود عبارات تدل بشكل صريح على ضرورة اتخاذ الخطوات لتفادي الضرر وتجنبه[٢]، لذلك وردت عدة نصوص في القانون المدني العراقي تشير إلى مضمون معنى الوقاية من الضرر، والتي أشار اليها المشرع في القانون المدني العراقي في المادة (١٥٥/ ١) والتي نصت على: ((العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني))، وهي تشير إلى الأخذ بالمعنى الذي يراد منها في التصرفات القانونية، وهذا ما نسعى إلى بيانه للتوصل إلى معنى الوقاية من الضرر.

وقد أشارت المادة (٢/١٤٦) على إنّه: ((على انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لمْ يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لمْ يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقض الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك))،

---

(١) قد أشار المشرع العراقي في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل والنافذ، المنشور في الجريدة الرسمية(الوقائع العراقية) ذي الرقم ١٧٧٨، بتاريخ ١٥/ ١٩٦٩/٩ والنافذ بتاريخ ١٥/١٢/ ١٩٦٩ في المادة(١٠٣,١٠٤) إلى التدابير الاحترازية وتحديد أنواعها، بوصفها تدابير وقائية لدرأ الخطر عن المجتمع وكذلك اتبع قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة٢٠١٠، المنشور بالجريدة الرسمية(الوقائع العراقية) بالعدد٤١٤٣ بتاريخ ٢٠١٠/٢/٨ ، سياسة وقائية من أجل حماية حق الإنسان في الحياة والسلامة الجسدية، ودون تعرض الإنسان للخطر، إذ أشار مضمون المادة(٦) منه إلى حق المستهلك في الحصول على كُل المعلومات المتعلقة بحماية مصلحته وحقوقه المشروعة. وأيضًا ورد في قانون (rnierBa) الصادر في شباط/فبراير ١٩٩٥، مستوحاة من اتفاقية الاتحاد الأوربي، فقد ذكر مبدأ الوقاية على إنّه : بمقتضاه يجب عدم التأخر في تبني تدابير فاعلة ومناسبة، طبقا للمستوى العلمي والتكنولوجي، ويكون الغرض منها الوقاية من الأضرار البيئية بتكلفة مقبولة اقتصاديًا. ينظر د. عبد الله عبد الأمير طه، المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الآبار المنتجة للنفط، الطبعة الأولى، مؤسسة حروف عراقية، ٢٠١٦، ص٧٥. كذلك ينظر د.عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص٢٠ وما بعدها.

(٢) د. وليد خالد عطية، مصدر سابق ، ص٢٠.

فنجد في هذا النص إنّ المشرع يسعى لوقاية العقد من الفسخ من خلال ما أتاح للقاضي برفض فسخ العقد والإبقاء عليه ويأتي ذلك في الأوقات الطارئة، ورد الالتزام إلى الحد المعقول[١].

فلمْ يسمح المشرع طلب الفسخ بخلاف ما ذهب اليه المشرع المصري[٢]، الذي أجاز للقاضي الاختيار بين الفسخ وتدخله لإعادة توازن العقد، ولما كان اختلال التوازن الاقتصادي في الظروف الطارئة يرجع إلى ظروف لا يد لأي من المتعاقدين فيها، إذ إنّه لا يكون في الوسع توقعها عند إبرام العقد[٣].

فتوقع الضرر هو تمكين الأطراف من حساب وتقدير التبعات التي قد تنشا نتيجة ارتباطاتهم، وكذلك المسؤوليات المحتملة التي قد تظهر كجزاء لمخالفتهم [٤]، وإنّه من العدل تعديل العقد الذي اختلفت ظروف إنشائه عن أوضاع تنفيذه[٥]، بوصف إن الظروف قد تغيرت فجأة لحادث لمْ يكن في الحسبان[٦].

فالإجراء هنا هو إجراء وقائي من خلال ما أتاح المشرع للقاضي في المحافظة على العقد، وهذا ما أشار إليه المشرع الفرنسي في تعديله الأخير إذ عدّ نظرية الظروف الطارئة أداة من أدوات تحقيق العدالة العقدية، و إعادة التوازن لعقد اختل توازنه اختلالاً كبيراً نتيجة ظروف لمْ تكن متوقعة، ولمْ يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد[٧].

كذلك من النصوص التي ذكرت معنى الوقاية نص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي، التي نصت على: ((١- يجب تنفيذ العقد طبقًاً لما إشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر على العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضًا ما هو من

---

(١) عبد المهدي كاظم ناصر، مصدر سابق، ص١٣.

(٢) ينظر نص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د.محمد طه البشير،مصدر سابق، ص١٢٦.

(٤) د. وليد خالد عطية، مصدر سابق، ص٣٦.

(٥) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات و أحكامها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٢، ص ٢١١.

(٦) القاضي. لفته هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد، العاتك لصناعة الكتب، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٤، ص١١.

(٧) ينظر نص المادة (١١٩٥)، القانون الفرنسي المعدل، الذي صدر بتاريخ ١٠/ ٢/ ٢٠١٦، رقم ٢٠١٦-١٣١، ونشر بالجريدة الرسمية للجهورية الفرنسية، العدد ٠٠٣٥، بتاريخ ١١/ ٢/ ٢٠١٦، ترجمة د. محمد حسن قاسم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٨، ص١٨.

مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام))، ونظرًا لأهمية هذا المبدأ في العقود ودوره الوقائي في المحافظة على العقد، فقد أشار المشرع الفرنسي بتعديله للقانون المدني الفرنسي في المادة (١١٠٤) والتي تنص ((يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية، يعتبر هذا الحكم من النظام العام))[١].

والملاحظ على النص إنّ المشرع الفرنسي قد الزم على حسن النية في كل مراحل العقد ابتداءً من مرحلة المفاوضات وإنهاءً إلى مرحلة التنفيذ، وعَدّه من النظام العام بذلك يعد مبدأ حسن النية مبدأ وقائي للعقدمن خلال الالتزامات المنبثقة منه في مرحلة المفاوضات، التي تفرض على المتعاقد عدم الإخلال بالعقد، و دون الإضراربالمتعاقد.

وهذا بحسب ما أشار إليه المشرع الفرنسي بتعديله في المادة (١١١٢) إلى مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، ووجوب مراعاة حسن النية فيها، وكذلك رتب الجزاء في حالة الإخلال، وأشار في المادة ذاتها في الفقرة (١) تنظيما للالتزام بالإعلام وبيان حدوده وعبئ إثبات القيام به[٢].

فهذا الالتزام يعد التزام وقائي في مجال التعامل والتزام المدينين به،من شأنه أن يحفظ العقود من عوامل الانهيار ودواعي الإبطال بعد قيامها[٣]، وهذا ما أطلق عليه البعض(الوقاية خير من العلاج)[٤].

وكذلك ما نصت عليه المادة (٢\١٦٩) من القانون المدني العراقي على إنّه: ((ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزامًا بعمل أو بامتناع عن عمل، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به))، وكذلك نص المادة (١\٢٠٧)على إنّه : ((تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فآته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع))، ونلاحظ على النصوص المذكورة إن المشرع العراقي لم ينص مباشرة على تخفيف الضرر الناتج عن الإخلال بالمسؤولية العقدية، واقتصر الأمر على

---

(١) القانون المدني الفرنسي المعدل ، لسنة ٢٠١٦ .

(٢) القانون المدني الفرنسي المعدل، لسنة ٢٠١٦.

(٣) د. خالد جمال احمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص٣٣٨.

(٤) إسلام هاشم عبد المقصود سعد، قواعد الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠١١، ص١٨٠.

ومضات توصلنا لهذه الفكرة، إذ يرى جانب من الفقه العراقي إنّ القانون المدني العراقي قد أشار إلى هذا الأمر صراحة في باب المسؤولية التقصيرية في المادة (٢١٠)، بوصفإنّ قيام المحكمة باعتماد أفعال الدائن، ومنها قيامه بإساءة مركز المدين ما هو إلا دليل على أن هذا الفعل من الأفعال الخاطئة، وبمفهوم المخالفة فإنّ على الدائن إن تصرف على العكس من ذلك بتلافي وقوع الضرر قدر الإمكان وعدم الإتيان بأي عمل يزيد منه في حالة وقوعه [١].

هذا بخلاف ما ذهب إليه التشريع المصري الذي وضع معيار للنتيجة الطبيعية للفعل وهو كل ضرر لا يكون باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول[٢]، والذي أشار إلى هذه الفكرة بصورة مباشرة، وهذا أيضًا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في تخفيف الضرر[٣].

وقد أشار المشرع العراقي إلى الوقاية عن العمل غير المشروع في المادة (٢١٣\٢) التي نصتعلى: ((فمن سبب ضررًا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرًا عن الضرر الذي سببه لا يكون ملزمًا إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسبًا)) فمن خلال هذا النص نلاحظ إن المسؤولية تكون مخففة تقصر الحكم على تعويض مناسب تقدره المحكمة في حالة اتخاذ الشخص تدابير وقائية لدفع ضرر محدق عنه، أو عن غيره، وهوموقف مشابه لما ذهب إليه المشرع المصري[٤].

و أيضًا أشار المشرع العراقي إلى معنى الوقاية في المسؤولية عن الأشياءالخاصة بجناية الحيوان والتي تبدأمن المادة (٢٢١) إلى المادة(٢٢٦)، و في المسؤولية عن البناء في المادة (٢٢٩) لتوقي الضرر قبل حدوثه، من قبل المهدد بالضرر إن يطالب المالك بإتخاذ التدابير اللازمة لدرء الخطر فان لم يقيم المالك هذه التدابير، جاز للمهدد بالخطر الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذها لمنع الضرر عنه [٥]، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري[٦].

---

(١) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ١٠٤ وما بعدها.

(٢) ينظر نص المادة (١/٢٢١)، من القانون المدني المصري، ينظر كذلك نص المادة (١١٤٩) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

(٣) ينظر نص المادة (١١٥١)، من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، و المادة (٣/٢/١٢٣١) من قانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ٢٠١٦.

(٤) ينظر نص المادة (١٦٧) من القانون المدني المصري .

(٥) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، (مصادر الالتزام)، الجزء الاول، مصدر سابق، ص٢٧٧.

(٦) ينظر نص المادة (١٧٧) من القانون المدني المصري .

كذلك أشارت المادة (٢٣١) إلى الوقاية من الضرر والتي نصت على:((كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولًا عما تحدثه من ضرر ما لمْ يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة))، وبمقتضى نص هذه المادة يستطيع صاحب السيطرة الفعلية على الشيء التخلص من هذه المسؤولية حالتين أولهما، إذا نفى قرينة خطئه المفترض بأنه اتخذ الحيطة الكافية وبذل ما ينبغي عليه من العناية لمنع وقوع الضرر، وثانيها، إذا أثبت السبب الأجنبي، فأساس هذه المسؤولية خطأ مفترض قابل لإثبات العكس[١]،هذا بخلاف ما ذهب اليه المشرع المصري بأنه خطا غير قابل لإثبات العكس[٢].

كذلك أشار المشرع العراقي إلى مضمون الوقاية في المادة (٢٥٠) و(٢٥١) من القانون المدني العراقي والتي نصت: ((١- في الالتزام بعمل إذا كان من المدين هو أن يحافظ على الشيء وان يقوم بإدارته أو كان مطلوبًا منه أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه،.....))،إذ يفهم منها إنّ على المدين أن يبذل عناية الرجل المعتاد للمحافظة على الشيء وإدارته، وان المدين إذا لم يبذل العناية التي يتطلبها القانون أو الاتفاق ،يكون قد تسبب بخطئه في استحالة تنفيذ الالتزام [٣].

فضلًاعما ذهب إليه المشرع المصري [٤]، فاتخاذ الحيطة في تنفيذ التزامه يُعد إجراءً وقائيًا وقائيًا من قبله.

وقد أشار المشرع العراقي إلى معنى الوقاية من الضرر، أي تخفيف الضرر في أحكام ضمان العيوب الخفية، في المادة(١/٥٦٠) التي نصت: ((إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيبًا يضمنه البائع وجب عليه أن يبادر بإخباره عنه، فإنْ أهمل في شي من ذلك اعتبر قابلًا للبيع))[٥].

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، (مصادر الالتزام)، مصدر سابق، ص٢٨٢.

(٢) ينظر نص المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري، ونص المادة (١٣٨٤ /١) من القانون المدني الفرنسي.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، أحكام الالتزام، شركة العاتك لصناعة الكتب، ٢٠١٧ ، ص ٣٤ وما بعدها .

(٤) ينظر نص المادة (٢٠٩، ٢٠٥) من القانون المدني المصري .

(٥) ينظر نص المادة (٤٤٩/ ١) من القانون المدني المصري.

ومن خلال استقراء هذا النص ففي حالة تضمن المبيع عينًا وتمكن المشتري من كشفه فعليه إخطار البائع بما كشف من عيوب، فلهذا الإخطار فوائد للبائع فضلًا عن فوائده للمشتري، ومن هذه الفوائد إن إخطار البائع بالعيب بأقصر مده ممكنة من شأنه أن يغلق باب النزاع ولاسيما القضائية منها وتحاشي ما تتضمنه من مصاريف وجهد، فقد يستطيع البائع نفي المسؤولية عنه أو في أسوأ الأحوال الاقتناع بمسؤوليته عن العيب والتصرف على هذا الأساس وبعيدًا عن المنازعات القضائية فيوفر بذلك ما يمكن إنفاقه من مصاريف وما يبذله من جهد ووقت، بذلك يظهر عن طريق الإخطار الذي يقوم به المشتري للبائع من شأنه أن يخفف كثيرًا من الآثار الناتجة عن ضمان العيب الخفي ليظهر بوضوح دور المشتري بتخفيف الضرر عن كاهل البائع في نطاق هذه المادة [١]، أي نستطيع ان نتوقى من الضرر في عقد البيع، عن طريق الإخطارمن قبل المشتري .

ومن الحالات الأخرى المتعلقة لحالة الإخطار من قبل المدين حالة قيام المستأجر بإخطار المؤجر عن إجراء الترميمات الضرورية في المأجور، وفيها يلتزم المستأجر بضرورة توجيه إخطار إلى المؤجر، يخطره فيه أن المأجور بحاجة إلى ترميمات ضرورية، وعليه أن يقوم بها، فإذا لم يباشر المؤجر بإجراءها، سيكون المستأجر في هذه الحالة مخيرًا أن يفسخ عقد الإيجار، فإن إلزام المستأجر بإخطار المؤجر إلى ضرورة إجراء الترميمات الضرورية يعد بمثابة تدبير معقول واجب إتخاذه من قبل المستأجر (الدائن) لهذه الترميمات، فعن طريق الإخطار سيقلص المستأجر قدر الإمكان الأضرار الناشئة عن حالة المأجور[٢]، ويكون قد توقى من الأضرار التي قدر تزداد لو ترك المأجور على حاله وهذا حسب نص المادة (٧٥٠) من القانون المدني العراقي.

ومن الإجراءات الوقائية التي تسعى إلى تخفيف الضرر والوقاية منه، هو المادة (٧٤٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص على:((إذا أصبح المأجور في حالة من شانها أن تعرض صحة المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه أو عماله لخطر جسيم، جاز للمستأجر ان يطلب فسخ العقد ولو كان قد سبق له إن نزل عن هذا الحق))[٣].

فقيام المستأجر بطلب الفسخ يمنع تحقق مسؤولية المؤجر عن الآثار الضارة الناتجة عن سوء حالة المأجورلأن هذا الفسخ يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية ومن آثارها قيام المستأجر بإخلاء المأجور بالحالة التي كانت عليه، لكنه بالوقت نفسه يتوقى الأضرار التي كان من الممكن أنْ يتحملها

(١) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ٣١٧ وما بعدها.

(٢) د. وليد خالد عطية، مصدر سابق، ص١١٩.

(٣) ينظر نص المادة (٥٦٥) من القانون المدني المصري.

المؤجر فيما لو كان المستأجر منتفعا بالمأجور وتحقق الفعل الذي خيف منه إلحاق الضرر بالمستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه[١].

نستنتج إنّه يمكن الاستدلال من هذه المادة الى الوقاية، عن طريق تخفيف الضرر قدر الإمكان وإن كان ذلك عن طرق فسخ العقد.

وقد أشارت المادة (٨٦٢) من القانون المدني العراقي إلى معنى الوقاية في عقد الإعارة، إذ بإمكان المعير أن يتوقى تفاقم الضرر وإنهاء عقد الإعارة، ونصت المادةالسابقةعلى: ((ب- اذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه. ج- إذا أعسر المستعير بعد إنعقاد الإعارة، أو كان معسرا قبل ذلك ولكن المعير لم يعلم بإعساره إلا بعد أن انعقدت الإعارة .))، فقد بينت تلك الفقرات إلى إنّ بإمكان المعير طلب إنهاء الإعارة في حالة خوفه من تفاقم الضرر، في حالة إساءة استعمال الشيء المعار في غير استعماله الصحيح ودون تعريضه للتلف، وكذلك عدم الاحتياط الكافي من قبل المستعار، فطلب إنهاء الإعارة ما هو إلا وقاية أجازها المشرع، وإنْ كان في ذلك خروج للقوة الملزمة للعقد، ووقاية من الأضرار.

وأيضا أشارت نص المادة (٨٦٨) ، إلى تخفيف الضرر والوقاية من تفاقمه فقد نصت على: ((إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو تأخر عن إنجازه تأخرًا لا يرجى معه مطلقًا أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها؛ جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم)) ، فقيام رب العمل بفسخ عقد المقاولة نتيجة الإخلال بالعقد من جانب المقاول، من خلال إثباته إنّ المقاول تأخر في انجاز المقاولة تأخرًا لا يتوقع معه انجاز العمل، فيلاحظ رب العمل ويبادر إلى فسخ العقد، فالوقاية خير من رفض العمل بعد تمامه أحيانا[٢].

ومن الحالات الأخرى التي تظهر فيها الوقاية حالة التنفيذ المعيب من قبل المقاول إذ نصت المادة (١/٨٦٩) من القانون المدني العراقي على: ((إذا ظهر لرب العمل إثناء سير العمل إن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد فله أن ينذره ... جاز لرب العمل ان يطلب إما فسخ العقد وأما يعهد بالعمل إلى مقاول آخر ...)) ، فواجب رب العمل أن يقوم بإخطار المقاول عن التنفيذ المعيب في العمل، كواجبه الأساس ليقلص الأضرار في العقد، وذلك لان رب العمل إذا قام بتنبيه المقاول إلى ما في العمل من عيوب فإنّه سيلفت انتباهه إلى ذلك العيب، ومن ثم يستطيع

(١) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ٣٢١.

(٢) المصدر نفسه، ص ٣٣٣ وما بعدها.

المقاول تفاديه بتصحيح العيب، فاتخاذ الخطوات المعقولة لتفادي الأضرار التي يمكن تجنبها يتجسد في قيام رب العمل بإخطار المقاول عن التنفيذ المعيب[١]، وعن طريق هذا يكون قد توقى من الضرر وتقليصه عن طريق الإخطار.

ويتجلى معنى الوقاية أيضًا في عقد التأمين، إذ نصت المادة (٩٩٩) من القانون المدني العراقي[٢]،على: ((يكون المؤمن مسؤولًا عن كافة الأضرار الناشئة مباشرة عن الحريق و ألأضرار التي تكون نتيجة حتمية له وبالأخص ما يلحق الأشياء المؤمن عليها من ضرر بسبب اتخاذ وسائل للإنقاذ أو لمنع إمتداد الحريق ...))، فتشير هذه المادة إلى دور التأمين الذي يؤدي دوراً مهمًا هو الوقاية من المخاطر والعمل على تقليل نسبة الحوادث عن طريق تلافي أسبابها، بوصف إنها أصبحت عامل من عوامل الوقاية في المجتمع[٣].

وبعد أن بينا مدى ذِكر النصوص التشريعية محل البحث لمعنى الوقاية من الضرر في العقد، لمْ نجد تعريف مباشر للوقاية من الضرر في العقد بالقانون المدني على الرغم من بيانه في المجالات الأخرى، التي تطرقنا لها، ولقد اقتضى موضوع البحث أن نتطرق إلى النصوص القانونية، لمعرفة إن كان هناك تعريف للوقاية، والملاحظ على النصوص السابقة وان تطرقت في بعض المواد إلى كلمة الوقاية من دون التعريف ولكنها أشارت إلى مضمونها بصورة غير مباشرة، إذ تتضمن هذه الفكرة إنه على المُتضرر أن يتخذ كل الوسائل والخطوات التي من شأنها تقليل الضرر الواقع عليه، ويتمثل بتقليل الأضرار والخسائر بل وعدم الأتيان بأي فعل من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الخسائر[٤]، فعلى المُتضرر بذل ما ينبغي من جهد معقول للوقاية من الضرر[٥].

---

(١) د. وليد خالد عطيه، مصدر سابق، ص٥٦.

(٢) ينظر كذلك نص المادة (٧٦٦) من القانون المدني المصري.

(٣) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني(العقود المسماة، البيع، التامين، الإيجار)، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص٤٨٤.

(٤) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ٧٩.

(٥) د.حسن حنتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٧، ص ٣٢.

ثالثًا : تحديد المعنى القضائي للوقاية من الضرر في العقد

تباينت الأحكام القضائية في نظراتها لواجب المتضرر في تخفيف الضرر وذلك تبعًا للفلسفة القانونية المتبعة لديها أولًا، وحسب صراحة النصوص في الإشارة لهذا الواجب ثانيًا [١].

ويلاحظ أن القضاء العراقي في قرارات معينة، تطرق إلى بعض الحالات التي يمكن الاستنتاج منها إنه في بعضها يساير ما هو مستقر عليه في القضاء المقارن، إذ ذهبت محكمة التمييز وبشكل ضمني في واحدة من قراراتها، وتتمثل في علم المدين وتوقعه بأن الدائن سيقوم بتقليص الأضرار الناشئة عن الإخلال، وذلك في قضية تتلخص وقائعها: ((إنّ الدائن تعاقد مع المدين والمتمثل بشركة متخصصة لتجهيز وتأهيل منظومة السيطرة الذاتية لمحطات الكهرباء .....، ولكن لم يباشر المدين بتنفيذ العقد، مما أدّى ذلك إلى إلحاق الضرر بالمحطة الكهربائية للدائن، وتمثل بأعطال فنية أصابت منظومة السيطرة الذاتية (محل العقد) وقد دفع ذلك الدائن إلى أن يقوم من خلال كوادره الفنية العاملة لديه بصيانة الأجهزة وإصلاحها التي لحقها العطل، وقد تحمل الدائن كلفة هذه الأعمال فقلص الأضرار التي لحقت محطة الكهرباء التابعة له، ولكنه لمْ يلجأ إلى إحالة العقد على مقاول آخر لغرض التنفيذ على حساب المدين، وإلزامه بدفع تعويض عن العطلات و الأضرار الفادحة التي لحقت المحطة، فقررت المحكمة فسخ العقد المبرم بين المتعاقدين ، وإلزام المدين بتأدية للدائن المبلغ الذي استلمه عن جزء من قيمة العقد، وكذلك إلزام المدين بتأدية مبلغا كتعويض عن الأضرار التي لحقت الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه)) [٢].

وبناء على ذلك، فإنّ توجه محكمة التمييز في الدعوى المشار إليها آنفًا، يرتكز على علم المدين بتوقعه بالضرر، وتوقعه بتقليص الدائن للضرر نتيجة إخلاله بتنفيذ العقد بناء على إنّ الضرر كان متوقعًا عن تقدير التعويض، وبالتالي نستنتج إنّ اعمال الدائن بتخفيف الضرر هو اجراء وقائي من قبله، يؤدي إلى تقليل نسبة الأضرار استنادا إلى المادة (٨٦٨) من القانون المدني العراقي التي تنص: ((إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو تأخر عن انجازه تأخرا لا يرجى معه مطلقا أن يتمكن من القيام به ... جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول التسليم)) .

---

(١) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ٣٧٧ .

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٩٥، الهيأة المدنية، منقول ٢٠١٤ ، والمؤرخ في ٤/١٦/ ٢٠١٤، نقلا عن د.وليد خالد عطية، نحو نظرية عامة لقاعدة توقع الأضرار في العقود (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٦، ص ١٣٥ وما بعدها .

وكذلك من قرارات الأحكام القضائية التي أشارت تخفيف الضرر والمتضمن: ((أن المدعي سبق أن إستحصل حكمًا ضد المدعي عليه للتعويض عن الأضراركافة التي لحقت بالمأجور الذي كان تحت يد المدعي عليه، والتي هي نفس الدار التي يطالب المدعي مثل المدة التي لزمت تصليح الأضرار وإعادة المأجور إلى حالته السابقة، كون أن المدعي عليه كان قد تأخر في القيام بالإصلاحات المطلوبة بموجب العقد وكان عليه أن لا يترك الأضرار تتوسع يوما بعد يوم...))[١].

وبحسب محكمة النقض الفرنسية، إنّ الإخلال البين بحسن النية يجعل من غير المقبول الإبقاء على العلاقة العقدية، إلى درجة يكون مسموحًا للمحكمة أن تقضي بأنه لا يكون للمتعاقد الذي بسبب سوء نيته في التحلل من العقد التمسك بنص المادة (١١٨٤) من القانون المدني سوء نية المتعاقد لا يسمح له بأن يتذرع بالالتزام باللجوء إلى القضاء؛ بالإرادة المنفردة في حالة الإخلال بحسن النية و الأمانة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بموجب انه قضاء صالح للامتداد إلى كل العقود التي تقوم على الثقة بين المتعاقدين، إذ لا يكون مقبولًا بقاء علاقة عقدية مبناها وقوامها الثقة في حال انتفاء مثل هذه الثقة[٢].

ومن قرارات محكمة النقض الفرنسية في تطبيقات حسن النية، إن الالتزام بالتبصير في عقد العلاج الطبي يجب أن يعطي الطبيب لمريضه فكرة واضحة و أمينة عن حالته الصحية الذي يمكنه من اتخاذ قرار مقبول، إذ قضت بانعقاد مسؤولية المستشفى وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريضة وزوجها والتي تمثلت في ولادة طفلها مصابًا بشلل جزئي نتيجة مرض وراثي وألزمت المحكمة المستشفى بتبصير المريضة بالأخطار المحتمل وقوعها لها ولطفلها ، كما ألزمت باتخاذ كل الإحتياطات اللازمة لتامين المريضة وطفلها[٣].

ومن الأحكام الأخرى التي تشير إلى دور المتضرر في تخفيف الضرر، هو حكم محكمة مونبليه في ٢٢ يناير ٢٠٠٩ إذ قضت بالتعويض الكامل لمتضرر من حادث سيارة أدت به الإصابة إلى إغلاق شركته لأشهرعدة بسبب هذه الإصابة، فقد بينت المحكمة إنّ غلق الشركة كان نتيجة لأزمة وقوع الحادثفلم يكن بإمكان المتضرر فتح الشركة عن طريق إعطاء إدارتها لشخص آخر،

---

(١) نقلا عن د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ٣٨٢.

(٢) أشار إليه د. محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجيهات القضائية والتشريعية الحديثة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠، ص ١٠٧ .

(٣) نقلًا عن عبد المهدي كاظم ناصر، مصدر سابق، ص ١٠٢ .

وكان مضطرًا إلى بيع سهامه الغالبة في هذه الشركة عندما كان ثمن هذه السهام أقل بكثير من قيمتها في السوق، وقد منحت المحكمة الابتدائية له تعويض كامل عن الخسارة الناتجة عن بيع أسهمه تحت القيمة السوقية إلا إنّ محكمة استئناف مونبليه نقضت القرار وبينت بأن المتضرر قد ساهم في خسارته عن طريق بيع أسهمه قبل الأوان ودون اخذ الوقت الكافي للعثور على مشترٍ بسعر أعلى و أكدت المحكمة ان المتضرر عليه ان يبذل كل ما في جهده لتخفيف الأضرار[١] .

وقد بدأ القضاء الفرنسي بعد هذه القضية النظر إلى تخفيف الضرر بنظرة جدية ومستقلة وذلك باكتشافه أن هذا التخفيف له آثار اقتصادية مهمة فضلًا عن إنّ حماية الأموال عن طريق التخفيف ينصب بايجابية على المدى الاقتصادي البعيد، مما شجع القضاء الفرنسي إلى الأخذ بهذه الفكرة أيضًا بغية توحيد المبادئ العامة لقراراته بالنظر لوجود نص صريح في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٠ والتي انضمت إليها فرنسا والذي يلزم المتضرر بتوقي الأضرار التي تلحقه إذا كان هذا التوقي لا يكلفه إلا جهدًا معقولًا فما كان من المحاكم إلا أن تحاول قدر الإمكان من تضييق الهوة بين هذه الأحكام [٢].

وبعد بيان أحكام القضاء نلاحظ، إنّه لا يوجد تعريف قضائي مباشر للوقاية من الضرر في العقد، ولكن يمكن أن نستشف من الأحكام السابقة على تبنيها لأجراءات وقائية تمنع أو تخفف من تفاقم الضرر ، حتى إنْ كان الحكم بفسخ العقد ، للحيلولة دون زيادة الأضرار على المتضرر، وبعد دراستنا التعريفات السابقة سواء فقهاً أم ما أشارت إليه التشريعات من اهتمامها لمضمون الوقاية دون التعريف وكذلك القضاء كان لابد من بيان وضع تعريف للوقاية من الضرر في العقد

فنعرفها على إنها: ((كل الإجراءات التحوطية التي تتخذ من المتعاقد عندما توجد مبررات معقولة، لمنع الضرر أو تخفيفه في أي مرحلة من مراحل العقد))، أي إن الوقاية ليست منحصرة بعقود محددة، بل ينبغي اللجوء من قبل الأطراف المتعاقدة في كل العقود ، وبناء على مبرر معقول هو التخلص من الضرر أو منع تفاقمه، سواء في مرحلة المفاوضات التي تعد المرحلة الأولى والأهم لبناء العقد، أم اللجوء إليها في حالة ظهور بوادر لتوقع الضرر في مرحلة التنفيذ.

---

(١) أشار إلى ذلك د.رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص٣٩٥.

(٢) أشار إلى ذلك، المصدر نفسه، ص ٤٠٠ .

الفرع الثاني

خصائص الوقاية من الضرر في العقد

تختص الوقاية بخصائص قائمة على الإحتياطات القائمة على تفادي الضرر من خلال العمل على درء الخطر عن العقد سواء أكان في مرحلة المفاوضات أم خلال مرحلة التنفيذ ، والمبنية على توقعات معقولة من قبل المتضرر لكي يتمكن الوقاية من الضرر وهذا ما سنتطرق له في هذا الفرع وكالًاتي:

أولًا : إنّها تقوم على وظيفة إستباقية بناء على الاحتياط من الضرر

فهي تضع إجراءات لتقدير المخاطر من خلال تبنيها إجراءات مؤقتة ومتناسبة بغية الحيلولة دون تحقق الضرر، أو تخفيفه حيث تقوم هذه الوظيفة على أساس توقي الآثار الضارة للعقد أي قبل تحقق الخطر، فإذا كانت الوظيفة الأساس للمسؤولية المدنية هي التعويض؛ ومن ثم هي لا تتدخل إلآ بعد تحقق الضرر، فإنّ الوقاية يتم العمل بها قبل تحقق الخطر(١).

أي إنّها تعمل على تلافي الضرر سواء أكان الخطر المحدق بالعقد، قبل إبرام العقد أم بعده أي أن إستباقية الوقاية لها دور المحافظة على العقد في مرحلة المفاوضات(٢)، إذ تلعب دورًا وقائيًا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد والحد من أسباب النزاع في المستقبل، ومعرفة كل طرف بظروف العملية التعاقدية ومجال حقوقه والتزاماته(٣).

إذ تعد فترة المفاوضات أولى مرحلة ما قبل التعاقد وقد تكون من أهم مدد هذه المرحلة وأكثرها خطورة لأن فيها يتم تحديد أهم الإلتزامات ومعظمها وحقوق طرفي العقد وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية سواء ما تعلق منها بالإخلال بالالتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة أم ما

---

(١) د. حسن حسين البراوي، مخاطر التطور بين قيام المسؤولية و الإعفاء عنها، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٧٠ وما بعدها .

(٢) تعرف المفاوضات بأنها: ((المرحلة التي يتم فيها وضع الأساس الذي يقوم عليه بناء العقد فيما بعد، ومن ثم فأي خلل فيها قد يؤدي إلى انهيار العقد بينما يؤدي خلو هذا الأساس من أسباب البطلان إلى قيام الضمان إلى قيام عقد سليم لا يثير مشكلات في التنفيذ))، ينظر د. حامد شاكر محمود الطائي، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٣) د. طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني(دراسات وبحوث)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،٢٠١١، ص ١٤٨.

يتعلق منها بنطاق وقوع المسؤولية التي تنشأ على عاتق الطرف المتسبب في عدم بلوغ الغاية المرجوة من المفاوضات وهي إبرام العقد النهائي[١].

بوصف إن سلامة العقد رهنٌ بسلامة المفاوضات، وواحدًا من مقومات هذه السلامة المحافظة على الثقة المتبادلة بين المفاوضين والاستقامة في التعامل وحسن النية، لأن العقد وسيلة مدنية لتحقيق منافع متبادلة لا يجوز أن تتحقق إلا بالاستناد إلى دعائم خلقية شريفة[٢].

فعلى أساس تلك الثقة سيتكبد كل طرف في العملية التعاقدية نفقات وجهد يتمثل في إعداد الدراسات وتشكيل المفاوضات وقد يصل الأمر أحيانًا إلى اختراع تصميم عمل فني معين، وغير ذلك من الأمور، فإذا فوجئ أحد الطرفين أن الطرف الثاني لمْ يكن جادًا في موقفه أو كان متصنعًا، أو مجرد استطلاع ظروف الطرف الآخر، فمن المؤكد أن الطرف الأول يشعر بأن ثقته قد اهتزت، وأن أضرارًا قد لحقته نتيجة سوء نية الطرف الآخر[٣].

ولهذا تكمن أهمية الإجراءات الوقائية الإستباقية في هذه المرحلة، نتيجة تزايد المشكلات العملية الناشئة عن تلك المرحلة، ومن أهم المشكلات وأكثرها وقوعًا في الحياة العملية هي مشكلة قطع المفاوضات والمسؤولية التي تترتب على هذا القطع[٤]، كانت نتيجة عدم المساواة التي أصابت العلاقات بين المتعاقدين من جانب وبين البائعين من جانب آخر، مما أدى إلى تعريض المصالح للكثير من الضرر، لهذا كانت الحاجة إلى إصدار نصوص جديدة في محاولة لمعالجة مثل هذه حالات[٥].

ولاسيما إذا أخذنا في الإعتبار عدم مسايرة بعض النصوص التشريعية والمبادئ القانونية في الوقت الراهن للتطور الحاصل في كافة الميادين والأصعدة، وفي كل جوانب حياتنا الإجتماعية و

---

(١) د. يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٠، ص ٢٠.

(٢) د.حامد شاكر محمود الطائي، مصدر سابق، ص٥٩.

(٣) د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦، ص٤٣.

(٤) د. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي(دراسة مقارنة)، بلا دار نشر،٢٠٠٥، ص٥.

(٥) د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٨، ص٧٠.

الإقتصادية والقانونية، مما إستوجب تدخل المشرع وبشكل عاجل وإعادة النظر بتلك النصوص القانونية[١].

وخاصة أن المفاوضات تعد من أهم المراحل التي تسبق إبرام العقود بوجه عام فالأصل وفقًا لمبدأ حرية التعاقد، أنه لا إلزام بالبدء في المفاوضات، كما ويجوز العدول عنها أو قطعها وفي أي وقت، ولو في مرحلة متقدمه منها[٢].

فلكي تأتي المعاملات سليمة وخالية من الاستغلال، ففرض في هذه المرحلة بعض الالتزامات بهدف الوصول إلى الغايات مثل الإلتزام الإعلام[٣]، والذي أشار اليه رأي من الفقه الفرنسي والى الدور الوقائي الذي يلعبه الالتزام بالإعلام في مجال العقود[٤].

إذ يترتب على وجوده في مجال التعامل والتزام الأفراد بمراعاته واحترامه، استقرار المراكز القانونية الناجمة عن العقد وحفظها من عوامل الإبطال اذ لا يتصور مع تنفيذ المدين لهذا الالتزام بتقديمه كافة المعلومات الجوهرية التي يجهلها الطرف الآخر جهلًا مشروعًا، أن يقع هذا الأخير في غلط تلقائي أو مدفوع أو يجهل أي سبب من الأسباب المحتملة للتعرض أو الاستحقاق في المستقبل بعد إبرام العقد وان يجهل عيبًا موجودًا بالشيء محل العقد [٥].

نتوصل مما تقدم أن هذه الالتزامات إذا تم التمسك بها فإنها تعد وسائل وقائية تسبق الضرر في المدة التي تسبق إبرام العقد، من خلال بيان التزامات على الطرفين أن يتمسكوا بها، لبيان ما كل قد يتوقعه الطرف المقبل على التعاقد، ليكون على بينه من كل ما قد يزعزع ثقته بالتعاقد.

ويتجسد دور الوسيلة الوقائية التي في مرحلة تنفيذ العقد من خلال ما قد يمر تنفيذ العقد من المعوقات التي يكون فيها أحد أطرافه اقل دراية ومعرفة بالنسبة إلى الطرف ألآخر، أزاء المركز الاقتصادي القوي للطرف الآخر.

---

(١) د.عربي سيد عبد السلام محمد، أحكام تقدير التعويض وأثر تغير القوة الشرائية للنقود على تقديره (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١١.

(٢) د.حامد شاكر محمود الطائي، مصدر سابق،ص ١٣٤.

(٣) د.عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص٣٦٠.

(٤) د. خالد جمال احمد، مصدر سابق، ص٣٣٨ .

(٥) المصدر نفسه، ص١٣٥.

فمن الأمور المسلم بها أنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنا العقد أي شرط ينال رضاهما، طالما أن هذا الشرط غير ممنوع قانونًا سواء ورد ذلك بنص خاص أم كان المنع بسبب مخالفته للنظام العام والآداب، وهذا يتماشى مع التراضي الذي هو المبدأ العام في العلاقات التعاقدية، إلا أنه في ظل التفاوت الاقتصادي والاجتماعي والمالي بين ألأطراف، قد يدفع أحد الأطراف لإملاء شروطه على الطرف الآخر دون فتح المجال لباب التفاوض، وغالبًا ما تكون هذه الشروط تعسفي[١].

وعلى أثر ذلك برزت الحاجة إلى تحقيق الحماية إزاء الواقع الذي كشف عن وجود طرف يعجز عن مناقشة شروط عقد أثر اشتراكه في علاقة لتسمت بعدم التوازن منذ بدايتها، وهو الفرض الذي دفع بالمشرع لمواجهة شروط تعسفية تتمحور في عقود الإذعان[٢].

بوصف أن عقود الإذعان تنطوي على تفاوت بين أطراف العقد ضمن حدود معينة، فعندما تجاوز هذا التفاوت حدود ماهو مقبول ومألوف في التعامل، فإنه يؤدي الى بطلان العقود[٣] .

حيث نصت المادة (١٦٧/ ٢) من القانون المدني العراقي على ((إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)) فالمشرع العراقي ذهب

---

(١) أغلب تشريعات القانون المدني لمْ تأت بتعريف للشرط التعسفي، تاركة ذلك لعمل الفقه، أما المشرع الفرنسي عرف الشرط التعسفي في الفقرة الأولى من المادة (١/١٣٢) من قانون الاستهلاك الفرنسي التي نصت على:((في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية البنود التي تهدف أو يكون من شانها إنشاء عدم توازن بليغ بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد على حساب غير الممتهن أو المستهلك))، أشار إلى ذلك د. علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٧، ص ٢٦٢. أما التوجه الأوربي فقد عرف الشروط التعسفية في المذكرة التوجيهية الصادرة عنه، في ٥ نيسان ١٩٩٣ وذلك في المادة (٣/ ١)، التي نصت على: ((أن الشرط في العقد الذي لمْ يكن محلًا للمناقشة الفردية، يعتبر تعسفياً عندما يخالف مقتضيات حسن النية، ويرتب ضررًا بالمستهلك، يتمثل في عدم توازن ظاهر بين الحقوق والالتزامات الناجمة عن العقد، بين أطرافه))، أشارت إلى ذلك د. هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٤، ص، ١٨٥.

(٢) د.عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص٣٠٩ وما بعدها.

(٣) د.هانية محمد علي فقيه، مصدر سابق، ص٩٢.

مع ما ذهب اليه المشرع المصري في هذه المادة لكن المشرع العراقي استخدم لفظ (المحكمة) بينما المشرع المصري استخدم لفظ (القاضي) [١].

ولأهمية هكذا عقود فقد تبناها المشرع الفرنسي في التعديلات للقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، حيث عدّ كل شرط في عقد الإذعان يكون من أثره عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد كأن لمْ تكن، وأوجبت إنه في حالة الشك يفسر عقد الإذعان ضد الطرف الذي وضع شروطه[٢].

ولأهمية هكذا عقود قد أجرى المشرع الفرنسي كذلك تعديلًا شاملًا على تعريف عقد الإذعان، بموجب قانون التعديل لسنة ٢٠١٨، فقد تم هجر معيار تمييز عقد الإذعان الذي أورده مرسوم العام ٢٠١٦، وذلك بالعدول عن فكرة الشروط العامة غير القابلة للتفاوض، وتبني معيارًا أكثر وضوحًا وهو معيار الشروط غير القابلة للتفاوض فقد عرفه على انه: ((هو العقد الذي يتضمن مجموعة من الشروط غير القابلة للتفاوض والمحددة سلفًا من قبل أحد الأطراف))[٣].

وبالنظر لإعادة صياغة تعريف عقد الإذعان عد المشرع بموجب تعديل الفقرة الأولى من هذه المادة أن جزاء الشروط التعسفية التي يتضمنها هذا العقد يقتصر على الشروط غير القابلة للتفاوض والمحددة سلفًا من قبل أحد الأطراف، فجاءت الصياغة الجديدة أكثر تحديدًا من سابقتها[٤].

ويبدو أن موقف المشرع على هذا النحو، أراد به تحقيق حماية موضوعية للطرف المذعن ذات طابع ميداني، يواجه بها ذلك الاختلال الناجم عن هذه العقود وهي على أرض الواقع متى تضمنت شروطًا مجحفة، تأكيداً منه على تحقيق حماية حقيقة لهذا الطرف الضعيف، وليست نظرية مجردة [٥] .

---

(١) ينظر نص المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري، فأما المشرع الفرنسي فلم يضع نصوصا صريحة فيما يخص عقود الإذعان في القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

(٢) د.محمد حسن قاسم، ترجمة العقود الفرنسي الجديد باللغة الفرنسية، مصدر سابق، ص١٦.

(٣) ينظر نص المادة(٢/١١١٠) من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٨، رقم ٢٠١٨-٢٨٧ بتاريخ٢٠/٤/ ٢٠١٨، ترجمة د. محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان ، ٢٠٢٠، ص٨٥.

(٤) ينظر نص المادة (١١٧١) من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٨، محمد حسن قاسم ، مصدر سابق، ص ٨٧.

(٥) د.عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص٣١٢.

بوصف أن المتعاقد الضعيف الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه، وباعتباره شخصًا رئيسيًا في عملية التعاقد، يسهل الإيقاع به، لأن طبيعة العقد، وعدم كفاءته الفعلية والقانونية، لا تمكنه من مناقشة بنود العقد، كما أن عدم معرفته القانونية لا تسمح له بمعرفة النتائج التي قد تترتب، عن تنفيذ بنود تعسفية لهذا كانت هذه الفئة مشمولة بالحماية القضائية[١]، والتي تعمل على تخفيف الضرر.

من خلال إعطاء سلطة للقاضي للموازنة بين طرفي العقد في ظل عدم المساواة بين طرفي العلاقة العقدية ماهية إلا تعبير المشرع عن حمايته الوقائية للطرف الضعيف وتحقيق أكبر قدر من المساواة من أجل تدارك حجم الضرر الذي قد يصاب به الطرف الضعيف في ظل التطور الحاصل في أنواع العقود.

ثانيًا : عمومية الإجراءات الوقائية

إذا كان من المسلم به إن القانون يتمثل في مجموعة القواعد المنظمة لعلاقات الأفراد داخل المجتمع، فإن وظيفة القانون وهدفه الأساسي هو تنظيم الحياة داخل المجتمع وتحقيق الأهداف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للمجتمع[٢].

فالقانون بعموميته يخلق المساواة القانونية لأنه حين يوجه إلى كل الأفراد فهو يحكم الحالات المتشابهة التي يوجد فيها هؤلاء أو يحكم كل العلاقات ذات الطبيعة الواحدة وبالتالي يحقق المساواة وعدم التمييز بين الأفراد[٣].

إذ تعد الإجراءات الوقائية بأنها إجراءات نابعة من القانون فهي توضع بصفةٍ عامةٍ ولا تختص بشخصيةٍ محددةٍ، فهي تضع مجموعة من الالتزامات الوقائية التي تهدف إلى منع أو تخفيف الضرر، ومثال على ذلك ما نصت عليه المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي : ((١- يجب تنفيذ العقد طبقًا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) إذ تُعد من النصوص الأساسية العامة، والتي تطبق على جميع العقود، وما يتفرع من هذه القاعدة من التزامات تعد وقائية عامة أي لا تعتد بعقد معين.

---

(١) د.هانية محمد علي فقيه، مصدر سابق، ص ٢١١.

(٢) د.عبد القادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون الليبي، الطبعة السادسة، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا، ٢٠١٣، ص ٢١.

(٣) د.منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون، الطبعة الأولى، الذاكرة للنشر، ٢٠١١، ص ١٠٧.

فاتصاف أي قاعدة قانونية بالعمومية أمرٌ ضروري لتحقيق النظام و الاستقرار في المجتمع، كون اتصافها بهذه الصفة يحقق المساواة بين الناس وأمام القانون وبعدها عن الصفة الشخصية وعدمتحيزها لمصلحة شخص أو ضد شخص معين وكل ذلك، أيإن إخضاع الوقائع والأشخاص لقواعد واحدة وبصرف النظر عن ذواتهم، يضمن لكل قاعدة قانونية القبول والاستحسان بين الأفراد، والاستمرار في التطبيق(١).

لذلك فأن الأهداف العامة لصفة العمومية في النصوص القانونية هو تحقيق العدل بين الأفراد، وتحقيق المساواة بين الأفراد أو أمام القانون(٢).

فمثلًا في نظرية الظروف الطارئة والتي تتجسد في كونها نظرية عامة عند حدوث ظرف استثنائي غير متوقع، قد أعطى المشرع الصلاحية للقاضي ليقي الأطراف من الاختلال نتيجة ظروف خارجة عن توقعهما، وفي ضوء ما تقتضيه العدالة.

ومما يتبين أن لنظرية الظروف الطارئة أساسها في القواعد القانونية العامة (٣)، وهي بذلك تسعى إلى تحقيق المخاطبين بأحكامها، وإلى تحقيق العدل بينهم، فالقانون في سعيه إلى تحقيق الاستقرار لا بد أن تتسم قواعده بالعمومية، حيث تصاغ طبقًا للوضع الغالب في الحياة العملية(٤).

لهذا فالعمومية تعني: ((أنّ تنطبق القاعدة القانونية على جميع الأشخاص الذين تتوافر فيهم الصفات المحددة بهم من ناحية وعلى كل الوقائع التي تتوافر فيها الأوصاف الواردة بها من ناحية أخرى، والعموم صفة لازمة للقاعدة القانونية باعتبارها قاعدة))(٥).

---

(١) د. يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية(نظرية القانون، نظرية الحق)، الطبعة الأولى، كوميت للتوزيع، القاهرة، ١٩٩٧، ص١٩.

(٢) د.سعد سالم العسبلي، الأصول العامة لعلم القانون، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، ليبيا، ٢٠١٢، ص٢٥.

(٣) المستشار.حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الثانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٨، ص٢١٧.

(٤) د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية، نظرية الحق)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦، ص٤٦.

(٥) د.إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية القانون)، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٢٦.

فخاصية العمومية تؤدي حتمية تطبيقها بالنسبة للأشخاص والأعمال والعلاقات والزمان والمكان[١].

إذ يجب توفرها من حيث الزمان والمكان، لتحقيق عموميتها أي إنها متوفرة زمانيًا أي تكون دائمة ومستمرة، ولا تنتهي بمجرد تطبيقها على حالة معينة، فهي في تجدد لتواجه الحالات الحاضرة والمستقبلية، وتنطبق على كل حالة تتوافر فيها الشروط الموضوعية لتطبيقها وكذلك توافرها مكانياً أي على جميع أقاليم ومناطق الدولة الواحدة[٢].

لذلك فهي تؤدي حتمًا إلى إقامة النظام واستقراره، إذ انطباقها على الوقائع المتماثلة والأشخاص المتماثلين، وانطباقها كل مرة على النحو الذي طبقت به من قبل، كفيل في إن يوجد في المجتمع نظامًا متناسقًا لا يختل، وهذا هو أوضح معاني القانون[٣]، وإقامة المساواة بين أفراده[٤]،على أساس العدل والمنطق والإنسانية [٥].

ثالثاً : معقولية الإجراءات الوقائية

إن اتخاذ تدابير معقولة من قبل الدائن لتقليص الضرر الناشئ عن إخلال المدين، يعد بمثابة العمود الفقري لتقليص الأضرار، فلا يمكن أن يكون تخفيف الضرر متحققًا، إذا كان الدائن لمْ يتصرف على نحوٍ معقولٍ في تصرفه صوب تقليص الضرر، مما يجعل المعقولية هي نقطة الارتكاز التي يحتكم لها لتقدير مدى قيام الدائن بتنفيذه لتقليص الضرر[٦].

إذ درج الشُراح في مؤلفاتهم على قرن تخفيف الضرر بالجهد المعقول وقد عبروا عنه بألفاظ مختلفة (كالوسائل المتاحة) أو (الإجراءات المعقولة) أو (كل ما يمكن عمله) أو (ببذل الدائن

---

(١) د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، مصدر سابق ، ص٢٨.

(٢) د.عبد القادر محمد شهاب، مصدر سابق، ص٤٠ وما بعدها.

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري، احمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف للترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠، ص١٥.

(٤) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للقانون)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٨.

(٥) د. سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون (دراسة مقارنة بين نظريتي القانون والحق)، الطبعة الثانية، مكتبة الذاكرة، بغداد، ٢٠٠٠، ص١١٠.

(٦) د. وليد خالد عطية، مصدر سابق، ص ١٠٩.

قصارى جهده) أو (قدر الإمكان) إلا أن أكثر المصطلحات شيوعًا في هذا هو الجهد أو الإجراءات المعقولة، وسواء كان هذا المصطلح هو وسائل أم إجراءات أو سواها من الألفاظ فان معيار المعقولية هو العامل المشترك بينهم، أي لابد أن تختص الإجراءات أو الوسائل بالمعقولية، فلمْ تتناول القوانين ببيان ما يعد معقول أم غير معقول من الإجراءات وسبيلنا الوحيد في معرفة ذلك هو الفقه، ولبيان معرفة الإجراءات المعقولة لابد أن نتعرف على معنى المعقولية اولا ثم بيان معيارها[١].

١- معنى المعقولية[٢]: فقد عرفت بأنّها: ((توصيف للأفعال ومدى انسجامها مع التصرف الحكيم والملائم وفقا للظروف الزمانية والمكانية))[٣]، أي بمعنى آخر أن يكون العقل الإنساني هو الموجه للتصرف لا غيرها، فتحديد مهمة ما هو معقول أو غير معقول من الإجراءات التي يعود تقديره للقضاء في حال عرض النزاع عليه، وذلك لعزوف كثير من القوانين عن تحديد ما هو معقول وغير معقول من الإجراءات، إلا أن محل التساؤل هو كيف يمكن للمحكمة أن تحدد معقولية الإجراءات؟ فهل لديها قاعدة محددة سلفًا تلجأ إليها، أم يكون ذلك التحديد متحرك باختلاف الظروف و الأحوال؟ وللإجابة على هذاالتساؤل، يكمن في إنّ هذه الفكرة لا يمكن تحديدها إلا بالنظر إلى كل حالة على حدةٍ وفقًا لظروفها وملابساتها، كونها فكرةٍ اجتهاديةٍ تتأثر بالظروف المحيطة بالشخص الذي نتج عنه التصرف وبالنظرة السائدة في المجتمع عند إصدار الحكم[٤]، وكذلك ترتبط بشخص الدائن والظروف المحيطة به[٥]، وسلوكه المعقول هو الذي يوافق العقل ويعد عادلًا في ظروف معينة، ومناسب وملائم، فالمعقولية تعبرعن العديد من المقتضيات التي من الواجب انجازها منها ما هو متعلق بتوقعات الأطراف من الطرف المقابل، ومنها ما يتعلق بالوقت الذي

---

(١) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ١٤٧ .

(٢) عرفت المعقولية بأنها: ((التصرف الصادر من الشخص اذا ما اقترن بإنسجام مع الظروف المحيطة به))، المصدر نفسه، ص ١٤٧.

(٣) هديل كاظم البديري، المعقولية في الالتزام العقدي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٨،ص١٨.

(٤) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص١٤٧ وما بعدها .

(٥) د. ظافر حبيب جبارة، د.عماد حسن سلمان، واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية وكيفية إعماله ((دراسة مقارنة في ضوء النظام القانوني الإنكلو أمريكي واتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠)) بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، المجلد(ألفان و ستة عشر) العدد(الثاني عشر)، ٢٠١٦، ص٢٩.

ينجز فيه الالتزام ومنها المدة التي من الواجب التوصل فيها إلى اتفاق[١]، فقد أشار القانون المدني العراقي في المادة(٢/١٤٦) إلى الحد المعقول حيث نصت: ((اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي،وان لمْ يصبح مستحيلًا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة؛ جاز للمحكمة بعد الموازنة بين الطرفين أن تنقض الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك)) بخلاف ما أشار إليه المشرع المصري إلى الجهد المعقول[٢]، لهذا على الدائن أو المضرور واجبًا أن يتوقى تفاقم الضرر إذا كان ذلك لايكلفه إلا بذل جهد معقول[٣].

٢- معيار الإجراءات المعقولة : إن من الأمور الصعبة والمعقدة عند الفصل في أي نزاع يتضمن أضرار تقدير الوسائل والإجراءات التي قام بها المتضرر وهل تعد إجراءات معقولة أم لا، إذ ليس هناك معيار محدد للخطوات المعقولة التي يتعين اتخاذها من المتضرر في تخفيف الضرر حيث قضي ان اختيار الدائن أحد الحلول الممكنة من بين عدة حلول لايوصف بأنه خطوة غير معقولة حتى إذا تبين فيما بعد انه كان بإمكانه اتخاذ خطوة أو حل أفضل، وعلى الرغم من عدم وضوح معيار محدد لبيان للخطوات المعقولة إلا إن أكثر منطقية هي اتخاذ المتضرر لسلوك الرجل المعتاد[٤]، إذ توجد هنالك بعض الحالات في القانون المدني التي تعد بمثابة تطبيق سليم لمعيار الإجراءات المعقولة لتقليص الأضرار في العقود[٥].

---

(١) بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١٣، ص ٣١.

(٢) ينظر نص المادة (١/٢٢١) من القانون المدني المصري.

(٣) د. حسن حنتوش رشيد، مصدر سابق، ص٣١.

(٤) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص١٤٨ وما بعدها.

(٥) إن قانون بيع و إيجار أموال الدولة رقم ٣٢لسنة ١٩٨٦المعدل العراقي، قد تضمن في المادة (١٩) على انه: ((أولاإذا نكل المحال عليه عن دفع بدل المبيع والمصاريف في حالة البيع وبدل الإيجار والمصاريف في حالة الإيجار فيعرض المال غير المنقول على المزاد الأخير الذي كف يده قبله بالبدل الذي كان قد عرضه فإذا وافق على أخذه يضمن النآكل بقرار من لجنة البيع أو الإيجار الفرق بين البدلين مع تأميناته وان لم تكف فمن أمواله الأخرى ويستوفي ذلك وفق قانون تحصيل الديون الحكومية)) من خلال النص السابق، أن النآكل سيتحمل فرق البدلين، وهذا يعد تطبيق لمعيار التدابير المعقولة لتقليص الأضرار، من خلال إلزام لجنة البيع المزايد النآكل بان يتحمل الفرق الذي يحصل بين البدل الذي رسا عليه مع البدل الذي ثبت للمزايد الذي يليه، فهذا الإجراء يعد في الحقيقة تدبيرا معقولا لتقليص الضرر بتحميل النآكل فرق البدلين، ينظر د. وليد خالد عطية، مصدر السابق، ص١٢٢ وما بعدها.

ويتجلى ذلك من مسألة إلزام (القانون المدني في الدول التي تعتمد على هذا النظام) الدائن بأن يقوم بتوجيه إخطار المدين عن تفاقم الأضرار وضرورة لفت انتباهه إليها، وعند تطبيق معيار الإجراءات المعقولة على هذه الحالة، سنجد إن واجب رب العمل بأن يقوم بإخطار المقاول عن التنفيذ المعيب للعمل، هي الصورة الأولى لمعيار الإجراءات المعقولة، وفيه أن رب العمل إذا لاحظ أن المقاول وإثناء سير العمل يقوم به على وجه معيب، أو مناف للعقد، فله أن ينذره بان يعدل إلى الطريقة الصحيحة خلال اجل مناسب يحدده له، فإذا انقضى الأجل المسمى دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يطلب أما فسخ العقد، أو أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر على نفقه المقاول الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك، وتأسيسًا على ذلك نجد في قيام رب العمل بإخطار المقاول عن التنفيذ المعيب للعمل تجسيد حي لمعيار التدابير المعقولة الواجب اتخاذها لتقليص الأضرار، فعن طريق الإنذار سيقوم رب العمل بلفت انتباه المقاول إلى الأضرار التي ستحصل نتيجة التنفيذ المعيب، فإذا لم يقم بإخطاره، فان الأضرار ستتزايد ومن ثم أن الإخطار سيقللها، وبالتالي سيحافظ رب العمل على حقه بالتعويض دون انتقاص، بينما لو سكت ولم يخطر المقاول عنها، فان رب العمل سيخفض تعويضه إلى الحد أو القدر الذي حصل بسبب عدم توجيه الإخطار[١].

لهذا نتوصل إلى إن إتخاذ المعيار المعقول من قبل المتضرر له أثر في توقي الضرر أو وضع حدًا له ، وذلك بإتباع جهدًا معقولًا فقط ، ذلك من اجل عدم تحميل المضرور فوق طاقته.

المطلب الثاني

مبررات الوقاية من الضرر في العقد وشروطها

إن تطور الثورة المعلوماتية وما صاحب ذلك من تقدم تكنولوجي، وبروز تطور مذهل للتقنيات انعكست بدورها على المجال القانوني، أدى إلى ظهور أنواع عديدة وجديدة من العقود ، مما أثار اهتمام رجال القانون أمام التطور الهائل لتوفير إجراءات وقائية تحمي المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية، لتبرير هدف القانون من خلال تصدي للضرر قدر الإمكان، وهذا ماسنبينه في هذا المطلب خلال تقسيمه إلى فرعين سنتطرق في الفرع الأول مبررات الوقاية من الضرر، في الفرع الثاني شروط الوقاية من الضرر وعلى النحو الآتي:

---

(١) د.وليد خالد عطية، مصدر سابق، ص١١٦ وما بعدها .

الفرع الأول

مبررات الوقاية من الضرر في العقد

إن الوقاية من الضرر في العقد تستند إلى عدة مبررات التي دعت الحاجة من خلال تلك المبررات إلى الأخذ بالإجراءات الوقاية والعمل بها في جميع مراحل العقد، وهذا ما سنتطرق اليه في هذا الفرع وعلى النحو الآتي:

أولًا : المبرر التكنولوجي

تعيش اليوم البشرية في الوقت الحاضر ما يعرف بعصر التكنولوجيا[١]، تلك حقيقة لاشك فيها، فالتقدم العلمي والفني يكشف في كل يوم أساليب صناعية جديدة، ومنتجات صناعية جديدة، لكن هذا لا ينفي أن للتقدم التكنولوجي مخاطر وأضرار التي يمكن قد تنجم عنها[٢].

فتبرير الوقاية من الجانب التكنولوجي، يكمن في إن الثورة المعلوماتية وما صاحبها من تقدم تكنولوجي كبير ظهر مع المجتمع الصناعي، وما اشتملت من تطور مذهل للتقنيات قد انعكس بدوره على المجال القانوني بصفة عامة، إذ برزت عدة مشكلات بسبب تعقد السلع والخدمات المعروضة وتطور وسائل الدعاية والإعلان والتي قد تدفع الشخص إلى التعاقد دون أن تكون له القدرة الحقيقية على وزن الأمور على وجهها الصحيح إذ نتج عن ذلك عدم توازن واضح بين طرفي العلاقة العقدية ، وهذا الوضع الذي ينبئ عن إمكانية حدوث خلل في التوازن العقدي بين طرفي الرابطة العقدية يتنافى مع العدالة العقدية والثقة المشروعة بين الأطراف، كما أدى إلى مضاعفة الأخطار التي تهدد المتعاقدين، مما أثار اهتمام رجال القانون وفكرهِ، مشرعًا وقاضيًا وفقهيًا، لهذا رأى المشرع ضرورة ملاحقة هذا التطور المذهل والتصدي له بالقواعد القانونية التي تتلائم معه، والعمل

---

(١) أن مصطلح التكنولوجيا هو مصطلح حديث النشأة، وفي نفس الوقت يتسم بالغموض وعدم الدقة، فقد عرفه الفقه القانوني على إنه: ((عناصر معنوية تعني بلوغ درجة عالية من المهارة في جانب عملي استلزم تطورها بذل جهود مستمرة ونفقات مالية كبيرة، بحيث أصبحت موضوع انتفاع ضروري لازم في الحياة المعاصرة سواء من حيث الاستغلال أو الاستعمال لمن يحوزها، وبهذا المفهوم فان التكنولوجيا تصبح محلا للملكية))، ينظر د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، د. صون كل عزيز عبد الكريم، الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد التاسع والعشرون، المجلد الثامن ، السنة الحادية عشر، ٢٠٠٦، ص ٥٩ وما بعدها.

(٢) د. محمد شكري سرور، التأمين ضد المخاطر التكنولوجي، دار الفكر العربي، القاهرة،١٩٨٧، ص٥ وما بعدها.

على تنظيم قواعد جديدة يتخطى بها حواجز القواعد التقليدية وقيودها، والقاضي ضرورة الإلمام بالقانون المقارن، والفقيه باجتهاده وافتراضه الحلول لما قد يثار من مشكلات مستجدة[١].

لذلك فقد افرز هذا التطور العديد من العقود التي من المستحيل إبرامها من أول وهلة، فلمْ تعد العقود في معظمها تتسم بالبساطة والوضوح مما يعني إمكان إبرامها في لحظات وجيزة أو زمن محدد وإنما لابد من الدخول بشأنها في مفاوضات مكثفة، ولهذا أضحت المدة السابقة على إبرام العقد من الأهمية بمكان لما تنطوي عليه من تحديد لحقوق والتزامات طرفي التعاقد المستقبلية ونوع المسؤولية الواقعة على كل طرف في حال انقطاع المفاوضات، وإذا كانت مقترنة بنية التضليل والخداع، لاسيما إن القواعد التقليدية المنظمة للعقود باتت لا تلبي متطلبات الحماية الحديثة في مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد، وتتجسد تلك الحماية بدورها الوقائي لمنع وقوع الأطراف المتفاوضة في الخطأ، عن طريق ترتيب التزامات متعددة جلها ينصب في إمداد الأطراف بقدر وافر من المعلومات مما يؤدي إلى تنور رضا الأطراف ومن ثم توجيه الإرادة إلى التعاقد بشكل لا تشوبه أية شائبة[٢].

لهذا كان لازمًا إن يقوم الطرفان في كثير من الأحيان بوضع تفاوضهما في إطار تعاقدي من خلال إبرام اتفاق صريح على التفاوض ينطوي على تنظيم كامل حقوقهما والتزاماتهما إثناء سير المفاوضات إذ ينبغي الطرفان من ذلك إضفاء الطابع التعاقدي على المفاوضات بحيث تسير على أساس تعاقدي، ومن هذا المنطلق ظهرت الحاجة إلى وجود ما يعرف بالعقود التمهيدية والتي تمهد لإبرام العقد ومنها ما تكون معاصرة لفترة المفاوضات والمتعلقة بتنظيم فترة المفاوضات والتي يسعى الطرفان من خلالها إلى تنظيم مفاوضتهما تنظيما إتفاقياً، ومن هنا ظهرت فكرة عقد المفاوضة[٣].

---

(١) د. اشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص١ وما بعدها.

(٢) د. هلدير اسعد احمد، محمد سليمان الأحمد، نظرية الغش في العقد،(دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٢، ص ١٢٣ وما بعدها.

(٣) عرف عقد التفاوض عدة تعاريف منها، فقد عرفه جانب من الفقه العراقي بأنه: ((اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص اتجاه آخر بالبدء أو الاستمرار بالتفاوض بشأن عقد بهدف إبرامه))، د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص ١٥٢. ينظر د. عبد العزيز المرسي، المصدر السابق، ص ٣١. و أيضًا عرف عقد التفاوض بأنه: ((عقد يتفق فيه الطرفان على إبرام عقد في المستقبل ولا ينعقد ألأخير إلا إذا توافرت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، ويرتب هذا الاتفاق التزامات على عاتق الطرفين لأجل الوصول إلى إبرام عقد =

والذي يلجأ إليه الطرفان لتنظيم مفاوضتهما والتي تتطلب إبرام عقود تمهيدية للعقد بالنهائي[١].

فالتفاوض المنظم عقديًا، هو في الحقيقة أداة فنية تعمل على إنقاذ العقد وتصويب مساره بتخفيف الضرر عمن قد يلحقه نتيجة تغير الظروف، كما يعد وسيلة لتسوية المنازعات بصورة ودية، وفي ذات الوقت وسيلة لتفسير العقد في حالة قيام نزاع بشأن تنفيذه[٢].

ومما لاشك أن هكذا عقد من شأنه أيضًا أن يعيد التوازن للعلاقة العقدية، لأن الباعث الدافع من ورائه يكمن في إنقاذ هذا العقد من أي أزمة قد يمر بها بالمستقبل بفعل تغير الظروف التي أبرم فيها عبر التفاوض بين المتعاقدين،من أجل الوقاية من كافة الصعوبات التي تنشأ نتيجة لتغير الظروف وكذلك العمل على إيجاد حل اتفاقي مناسب ويساهم بشكل أو بآخر في إعادة التوازن لهذه العلاقة وإخراجها من الأزمة التي تمر بها، وهذا الحل يتوصل اليه المتعاقدان باتفاقهما وبإرادتهما الحرة الواعية يعد أفضل بكثير من الحلول التي تفرض على الطرفين المتعاقدين من قبل الغير كالقاضي أو المحكم، ومن شأنها تجنب باب النزاع بينهما في المستقبل[٣].

فالتطور الفقهي نادى بضرورة النظر في الكثير من المبادئ والمفاهيم المستقرة عليها منذ زمن بالنظر إلى الواقع التكنولوجي، مما أفرز من أوضاع تقضي أخذها بعين الاعتبار وإدراجها ضمن نظام قانوني واضح المعالم[٤] .

والاتجاه نحو خلق قواعد جديدة تنظم ما يستجد من علاقات حسب الطبيعة الخاصة لكل علاقة، إذ إن الجمود بالإبقاء على القواعد ضرب من المستحيل بالنسبة لتطور الواقع[٥].

معين))، د.عبد الله عبد الأمير، فكرة عقد المعاوضة، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد السادس، العدد الرابع، إنساني، ٢٠٠٨، ص٢٤.

(١) د.يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص١٣٦ وما بعدها.

(٢) د.طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص ١٥٤.

(٣) د.محمد مراد المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، ٢٠١٠، ص٤١٥ وما بعدها.

(٤) د. محمود علي رحمة، مدى المسؤولية المترتبة على المقاول من الباطن عن تنفيذ الأعمال وأحكامها وخصائص عقد المقاولة من الباطن وتميزه عن العقود الأخرى(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٨، ص ٢٦٢.

(٥) د.طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص٣٢٣.

لهذا اتجهت علاقات الأعمال المعاصرة نحو التواصل في الزمن، مما يخلق لدى أطرافها حاجة آنية لضمان تعامل مستقبلي متلاحق مع بعضهم البعض، لكن فكرة العقد بمفهومها التقليدي تعجز عن كفالة هذا الضمان، فالعقد لا يكون صحيحًا إلا إذا تحددت فيه عناصره الجوهرية، مثل عقد البيع وعقد الإجارة، وهو لا يتأتى بالنسبة لمعاملات مستقبلية يرتبط تحديد عناصرها بالزمن الذي تتحقق فيه، ومثالًا على ذلك، قد ظهر قالبًا تعاقديًا جديدًا يكفل لأطرافه تحقيق معاملاتهم المتكررة على امتداد الزمن دون حاجة إلى الاتفاق مقدمًا إلى العناصر الجوهرية لكل من هذه المعاملات في التو واللحظة، وهذا القالب هو ما يسميه الفقه الفرنسي بالعقد بالإطار بالنظر إلى الغاية منه وضع إطار عقدي ملزم للمعاملات المستقبلية بين طرفيه، دون تحديد مسبق لعددها ودون ضرورة عاجلة لتحديد عناصر كل منهما[١].

فعرف بعض الفقه عقد الإطار بأنه: ((عبارة عن اتفاق أولي أو ابتدائي يشمل على إبرام عقود لاحقة تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ ويهدف هذا الاتفاق إلى تحديد بعض الشروط الجوهرية لتلك العقود في حين تترك مسالة تقدير الثمن لكي تتم من خلال العقود اللاحقة والتي يشكل هذا العقد إطارا لها))[٢].

ونذهب مع الرأي الذي يرى أن عقد الإطار هو:((عقد من العقود التي تعنى بتنظيم سير المفاوضات العقدية وذلك من أجل مهمة الطرفين في الإعداد والتهيئة لإبرام العقود النهائية المستقبلية))[٣]. وبالتالي تقي المتعاقد من كل قد يضر بمصلحته في حالة قيامه على تخطيط وعلم مسبق بكافة خطوات التعاقد، والأضرار التي قد تلحق به.

وبناءا على ذلك نتوصل إن إبراز أنواع جديدة من العقود ما هو إلا توفير أفضل أنواع الحماية والأمان للمتعاقد من خلال وقايته من الخطر الذي قد يلحق بالمتعاقد إزاء ما أوجدته التقنيات الحديثة

---

(١) د.مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن،الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٢٨٠.

(٢) د.يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص ٢٠٥. وعرف كذلك بأنه: ((مجموعة عقدية تتألف من اتفاق يتضمن قواعد عامة لكيفية إبرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة، وبمقتضاها يلتزم الطرفان بمراعاة هذه القواعد التي يبرمانها في المستقبل))، ينظر د. محمد عبد الوهاب محمد الزيدي، تدرج القواعد القانونية (دراسة في معيارية العقود)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص ١٢٣. أما تشريعيًا فقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة (١١١١) بأنه: ((اتفاق يحدد الأطراف بمقتضاه الخصائص العامة لعلاقاتهم التعاقدية المستقبلية))، من تعديل القانون الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٣) د.يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

من عقود جديدة لم تكن في حيز الوجود مما يبرر الأخذ بالإجراءات الوقائية لمواكبة الجانب التكنولوجي و التطورات الحاصلة بالعقود.

ثانيا: المبرر القانوني:

إن مبررات نشوء أي التزام جديد في ظل أي نظام قانوني، إنما يجب أن يستند إلى واقع عملي يكون قد شهد تفاعلًا بين النصوص القانونية المعمول بها في مجال معين، وبين مجال معاملات الأفراد الدائرة في هذا المجال بصورة أسفرت عن وجود ملامح لقصور في تطبيقها، إلى حد ينبغي معه ضرورة القيام بمعالجته، فالحماية التقليدية المتمثلة بنظرية عيوب الرضا، والتي عني المشرع بتنظيمها بطريقة محددة ودقيقة، إلا أن ذلك أدى بصورة غير مباشرة إلى تضيق في نطاقها، وتشديد في الشروط اللازمة لتطبيقها مما نتج عنه صعوبة في إثباتها وبالتالي لم تتحقق النتائج المرجوة منها[١].

لهذا أظهرت التشريعات في طياتها جملة من المبادئ والاليات خدمة للأفراد بصفة عامة وخدمة للفرد بصورة المتعاقد الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، لذلك الحماية المقررة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وهي حماية سابقة لمرحلة الضرر أو ما يسمى بالحماية الوقائية[٢].

فالتباين في المعرفة وعدم التساوي بين المتعاقدين بشأن محل التعاقد والشروط المتعلقة به يحتل نفس الرتبة التي يحتلها عدم توازن العقد بسبب اختلاف المراكز القانونية، نظرًا لأنّ الطرف الضعيف معرض لاستغلال الطرف الأقوى الذي هو صاحب الخبرة والمعرفة في هذه الحالة[٣]، فالرغبة في توفير وقاية للمضرورين قد دفعت إلى ظهور التزامات كثيرة تساهم في تخفيف ما يصيب الأشخاص المتعاقدة من أضرار[٤].

لهذا فقد ثبت من واقع الحياة جانب من قصور في الوسائل التقليدية لحماية التراضي (نظرية الرضا و الضمان)، عن توفير الحماية الكافية للعاقد نتيجة الصعوبة الكبرى التي يوجهها العاقد في الإثبات لكي يستفيد من الحماية التي تتضمنها وتنطوي عليها أي نظرية من النظريات،

---

(١) د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ١٩١ وما بعدها.

(٢) نساخ فطيمه، النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، بحث منشور في جامعة الجزائر١، الجزء الأول، العدد (الرابع عشر)، ٢٠٢٠، ص٢٥٨.

(٣) د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، مصدر سابق، ص٣٧٢.

(٤) د. عطا سعد محمد حواس، الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٢٤.

فمثلا يلزم لكي يستفيد العاقد من الحماية التقليدية لنظرية الغلط أم نظرية ضمان العيوب الخفية أن يثبت العاقد أن وقوعه في الغلط حول صفة جوهرية في الشيء محل العقد وان الطرف الآخر قد وقع أيضا في نفس الغلط، أو إن العيب الكائن بالشيء محل العقد كان خفيا غير ظاهر، وهذه أمور يصعب إثباتها على العاقد، وبالتالي قد يتعذر توفير الحماية له، في حين قد يستفيد من الحماية الجديدة التي يكفلها لها الالتزام بالإعلام، ووقاية له قبل التعاقد، فيكفيه أن يثبت أن ثمة معلومات جوهرية متصلة بالعقد يجهلها ويحوزها الطرف الآخر(١).

وكذلك لابد أن تكتمل عناصر الحماية الوقائية، ولا تتوقف عند المرحلة السابقة للتعاقد، فالمتعاقد بحاجة لحماية إبرام العقد، وخاصة فيما يمليه مبدأ الحرية التعاقدية من آثار (٢).

فقد لا يتمتع المتعاقد بفرصة كافية لمراجعة العقد من قبل المنتج أو البائع، وعادة ما يستفيد الأخير من قصر الوقت المتاح للنظر في العقد المعروض على المتعاقد و بصرف النظر عن احتمالات اعتراض المتعاقد(٣).

ففي الغالب ما تجيء تعاقداته خالية من التمهل والتدبر والتفكير، فيكتشف أحيانا بعد إبرام العقد عدم ملائمته بالنسبة إليه، وأول العقبات القانونية التي تواجهه في هذا الفرض مبدأ القوة الملزمة للعقد والذي لا يجوز بمقتضاها أن يستقل بنقض العقد أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق، أو نص القانون، فالقواعد العامة بالتعاقد، ولاسيما التي تتعلق بإبرام العقود، قصرت حمايتها على بعض صور الضعف الناتج عن تعيب الإرادة، ومن ثم لم تصادف حتى الآن فروض تسرع المتعاقد وعدم تمهله في إبرام العقود، أي مظاهر للحماية الوقائية وفق قواعد عامة، فهذه القواعد لم تتطلب سوى أن يكون الرضا حرًا وواضحًا، فضلا على إنها لم تشترط لصحة العقد، تحقق أي قدر من المساواة بين المتعاقدين، أو سابقة المفاوضة بينهما، أو إعداد الدراسة المتمهلة أو المتأنية لأمر التعاقد، مما عظم أمر الحاجة كمبرر قانوني إلى ثبوت الرجوع في التعاقد، وقاية للمتعاقد في ضوء تطور وسائل الإنتاج وتعقد المنتجات، من خلال منح المتعاقد مهلة للتروي والتدبر في مر العقد الذي أبرمه درءا للأخطار التي قد تلحق به كأثر لتسرعه في التعاقد(٤)

---

(١) د. خالد جمال احمد، مصدر سابق، ص١٣٤ وما بعدها.

(٢) د. علاء عمر محمد الجاف، مصدر سابق، ص٢٥٧ وما بعدها.

(٣) د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك (الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٤٣.

(٤) د.عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٧٦١ وما بعدها.

فالمتعاقد كفرد لا تتوفر فيه جميع القدرات الفنية والقانونية والوقت الكافي للتروي والتفكير في كل ما يبرمه من عقود، لذلك يحتاج إلى حماية ذات طابع وقائي والتي من شأنها أن تخفف من غلو مبدأ القوه الملزمة للعقد، وبالتالي منحة خيارات منها الرجوع عن العقد في لعقود التي يبرمها في عجلة من أمره، والتي أطلق عليها المشرع الفرنسي مهلة التروي أو التفكير، والتي من خلالها له حق العدول أو الرجوع عن العقد لعد إبرامه والتي أعتبرها حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية[١].

ويعرف خيار الرجوع بأنه: ((عبارة عن رخصة قانونية يمنحها القانون لأحد طرفي العقد ليستقل بنقض وإلغاء الاتفاق الذي أبرمه في وقت سابق))[٢].

فخيار الرجوع يتضمن منح مهلة إضافية للتروي والتفكير والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه درءا للأخطار التي تلحق به كأثر لتسرعه في التعاقد، ونظرًا لما تتميز فيه المعاملات الحالية من وسائل جب بحيث تنزع رضاء المتعاقد من غير أن يشعر، وبالرغم من إن هذا الخيار شُرِع لمعالجة التسرع وعدم التمهل في أبرام العقود، إلا أنه في الحقيقة يوفر في مضمونه حماية وقاية وجلية للمتعاقد عند تعرضه للغش والخداع من خلال تجنبه ما تقتضيه عيوب الرضا من شروط تكون شبه مستحيلة لإثبات الغش والتضليل[٣].

أما على صعيد التشريعات فالمشرع العراقي يخلو من نص صريح بين خيار الرجوع، وبالتالي الرجوع إلى القواعد العامة في قانوننا المدني والمتمثلة بالخيارات في الفقه الإسلامي منها خيار الشرط والرؤية والعيب وهذا أيضًا ما ذهب اليه المشرع المصري، بخلاف المشرع الفرنسي فأنه تطرق إليه بنص صريح في تعديله لسنة ٢٠١٦[٤]، لهذا نوصي المشرع العراقي إلى الأخذ بهذه المهلة باعتبارها تطبيق لوقائية قانونية، تقي المتعاقد ما قد يلحق به من ضرر نتيجة تسرعه

---

(١) أشار إلى ذلك محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٠، ص٦٨ وما بعدها.

(٢) عبد المجيد خلف منصور العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد الثاني، العدد التسلسلي، اثنان وعشرون، ٢٠١٨، ص٩٩.وعرف كذلك بأنه: ((الحق المعطى للمتعاقد بأن يلغي من طرف واحد العقد الذي قبله والذي يجب أن يكون مبدئيا باتا ونهائيا)) ينظر ماجستير. ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٦، ص ٢٦.

(٣) د.هلدير أسعد أحمد، محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص ٣٠٣ وما بعدها.

(٤) نص المشرع بالمادة (١١٢٢) على مهلة التفكير والتروي.

وعدم معرفته الكافية أمام التطور الكبير في أنواع العقود، ونقترح النص الآتي: ((يجوز أن ينص القانون أو العقد على مهلة للرجوع، وهي مهلة يجوز لمن تقررت لصالحه الرجوع عن رضائه قبل إنتهائها)).

الفرع الثاني

شروط الوقاية من الضرر في العقد

إن تطبيق الإجراءات الوقائية من قبل المتعاقد، يتطلب أن تتحلى تلك الإجراءات بشروط عدة، وهذا ما سنتطرق له من خلالبيان الشروط الواجب توافرها في الوقاية من الضرر في العقد، وعلى النحو الآتي:

أولا: توقع الضرر

إن توقع الأضرار[١]، من القواعد المهمة في نطاق المسؤولية العقدية، فمن خلالها تتميز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية، ومن مضمونها تتولد القواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية، وهي قاعدة موغلة بالقدم ترجع إلى القانون الروماني، وبذل الفقهاء الفرنسيون التقليديون

(١) تجد هذه النظرية مصدرها في القانون الإنجلو أمريكي، وتعتبر الأكثر حداثة لإعادة تعريف القوة الملزمة للعقد، ينظر د. عابد فايد عبد الفتاح فايد، مصدر سابق، ص٣٩. أما في عقود البيع الدولية فقد نصت الاتفاقيات جميعًا على قاعدة توقع الضرر، حيث نصت المادة (٧٤) من اتفاقية فينا لعقود البيع الدولية على:((يتألف التعويض عن مخالفة احد الطرفين لعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فآته نتيجة للمخالفة و لا يجوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كاد ينبغي أن يتوقعها وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعه لمخالفة العقد))، ومما يجدر ذكره أيضا، أن الفقهاء على صعيد عقود البيع الدولية لم يعزفوا عن تعريف قاعدة توقع الأضرار، فقد عرفها الفقيه SaidoV على إنها:((مجرد قيد من القيود الواردة على التعويض، وبموجبها لا يسال المدين عن الأضرار غير المتوقعة التي تكون بعيدة الاحتمال))، وتأسيسًا على ذلك أن قاعدة توقع أن قاعدة توقع الأضرار ثابته في مختلف الاتفاقيات لعقود البيع الدولية شانها شان القوانين المدنية وكذلك القوانين الإنكلو سكسونية التي أفردت لقاعدة توقع الضرر أحكاما في قوانينها لا تختلف فيه عن الوضع الذي لاحظناه في اتفاقيات عقود البيع الدولية، ينظر د. وليد خالد عطية، نحو نظرية عامة لقاعدة توقع الأضرار في العقود (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص٢٦ وما بعدها.

جهدًا خلاقًا في نقل القاعدة من صبغتها العتيقة الرومانية إلى مظهرها الجديد، فتلبس لباس القانون المدني المعاصر إلا وهو القانون المدني.[١]

فعلى صعيد القوانين المدنية فقد نص القانون العراقي في المادة(١٦٩)على انه: ((...، ٢-ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزام بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاما بعمل أو امتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو التأخر عن الوفاء به ٣- فإذا كان المدين لم يرتكب غشًا أو خطًا جسيمًا فلا يجاوز بالتعويض ما يكون متوقعًا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت))[٢].

والذي يستنتج من النصوص القانونية أعلاه، إن هناك قيدين مفروضين من قبل هذه القوانين فيما يتعلق بنطاق الضرر أو الخسارة التي يوجب التعويض عنها ، هما متطلب المباشر والذي يعني

---

(١) د.وليد خالد عطية، نحو نظرية عامة لقاعدة توقع الأضرار في العقود، مصدر سابق ، ص١٥.

(٢) ينظر نص المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٥٠) والمادة (١١٥١)، من القانون المدني الفرنسي لسنة١٨٠٤ والمادة (٤/٣/١٢٣١) من تعديل القانون الفرنسي لسنة ٢٠١٦، أن الأنظمة التي تعتنق نظام القانون المدني أي القانون العراقي والقوانين محل المقارنة تتشابه مع القانون الإنكليزي في بعض الجوانب وتختلف في جوانب أخرى فيما يتعلق بقيد توقع الأضرار، فجميعها تتفق على إن التعويض إذا لم يكن مقررا في العقد أو بنص في القانون فأن المحكمة سوف تتولى تقديره ويكون التعويض شاملا لكل التزام ناشئ عن العقد متضمن ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في إستيفائه بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام بشرط أن لا يكون المدين ارتكب غشا أو خطا، فعندها سيكون التعويض مقتصرًا على ما يتوقعه المدين عادة وقت التعاقد، نجدها أنها تتفق مع القانون الإنكليزي في أن التعويض يقتصر على الضرر المباشر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه وأيضًا تتشابه القوانين السابقة مع القانون الانكليزي إلى أن التعويض لا يتجاوز ما يكون متوقعًا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت، أما نقطة الاختلاف ما بينهم في أن القوانين المقارنة والقانون الانكليزي تنحصر فيما يتعلق بالتعويض عن خسارة الأرباح ، فالقوانين المقارنة تنص على إن التعويض يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب أي خسارة الأرباح أي إنها تعد خسارة الأرباح قابلة للتعويض شأنها شأن الأضرار المتحققة فتعدها أضرار مباشرة قابلة للتعويض، على خلاف المشرع الانكليزي فإنه لمْ يعتبر في إحدى القضايا خسارة الأرباح من الأضرار الاعتيادية الناتجة من طبيعة الأشياء بسبب الإخلال بالعقد بل عدها من قبيل الإضرار التي تنشأ بظروف إستثنائية خاصة ومن ثم لا يمكن المطالبة بالتعويض عنها إلا إذا كان المتعاقدان على علم بها وقت إبرام العقد وفي حالة عدم توفر العلم، لا يمكن المطالبة بالتعويض عنها كونها تعد أضرار غير مباشرة أو بعيدة الصلة. أشار إلى د. ذلك وليد خالد عطية، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثالثة، ٢٠١٠، ص ٢٦ وما بعدها.

ضرورة تحقق رابطة السببية بين عدم التنفيذ أو خطأ المدين والضرر او الخسارة، وهذا يطبق بنفس الوصف في كلا المسؤوليتين العقدية و التقصيرية وان كان كل من القانون المدني والفرنسي والقانون المدني العراقي قد أشارا إلى هذا المتطلب في نصوص المسؤولية العقدية حصرًا، أما المتطلب الثاني فهو التوقع والذي يتعلق بالمسؤولية العقدية للمدين كقيد يرد على مسؤوليته فيخفف من جسامة خطئه استنادًا إلى توقعه للضرر، وتأسيسًا على ذلك فان المدين في المسؤولية العقدية يسال عن الضرر المباشر المتوقع ولا يسأل عن الضرر المباشر غير المتوقع إلا إذا ثبت ارتكابه غشًا أو خطًا جسيم [١].

ومنهم من يبرر السبب في اعتماد شرط التوقع للتعويض بالاستناد إلى أن الالتزامات التعاقدية تنتج عن إرادة المتعاقدين، فهذه الإرادة هي مرجع التوقعات التي انطلق منها الطرفان فالمدين لا يرغب في الالتزام بأكثر مما توقعه، والدائن لا يمكنه أن يطلب عند الإخلال بالتنفيذ مبلغ تعويض يفوق ما توقعه الطرف الأول[٢].

ونتيجة لهذا لا يلتزم المدين إلا في حدود ما ينتظره الدائن، أو بعبارة أخرى ما يكون منطقيًا انتظاره من العقد، ويترتب على هذا التصوير عدد من النتائج منها أن التعويض الذي يستحق في حالة عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب من جانب المدين يجب أن يحسب لا على أساس قيمة الأداء المتفق عليه ولكن على أساس قيمة التوقع المعقول أو المنطقي من جانب الدائن[٣]، أي تلعب إمكانية التوقع دورًا رئيسيًا في تحديد مستوى الرعاية المعقولة[٤].

ولهذا إن لتوقع الحادث الضار يقوم المدين بتخيل الحادث المستقبلي الذي يمكن أن يترتب عليه ضرر بالمتعاقد وبتقدير مدى احتمالية وقوع هذا الحادث، ومن أجل الوفاء بالتزامه يجب أن يتوقع المدين كل الحوادث التي تعترض التنفيذ العادي والصحيح للعقد، وبالتالي يلزم المدين أن يتخذ كل الإحتياطات والإجراءات اللازمة لمنع وقوع الحادث الضار[٥].

---

(١) د.وليد خالد عطية، نحو نظرية عامة لقاعدة توقع الأضرار في العقود، مصدر سابق، ص٢٢ وما بعدها.

(٢) د.عبد الحق صافي، مصدر سابق، ص٢٥٢ وما بعدها.

(٣) د.عابد فايد عبد الفتاح فايد، مصدر سابق، ص ٤٨.

(4) Walston – Dunham , Beth, Introduction to Law. Thomson Delmar Learning publishing , USA,(2004) P. 329.

(٥) د.عابد فايد عبد الفتاح فايد، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٢٠ وما بعدها.

وتقليص الضرر الذي يكون الطرفان المتعاقدان متوقعين له لغرض حماية مصالحهم[١].

ثانيًا : تناسب الإجراءات الوقائية مع العقد

إذا كانت الجهود المبذولة في تخفيف الضرر عبئًا، أو قد تودي إلى صرف مبالغ مالية طائلة ودون تحقيق الغاية المرجوة، مما يؤدي بالنتيجة إلى ظهور آثار عكسية لهذا التخفيف، فبدلًا من اتجاه النية إلى التخفيف ستظهر آثار مالية سلبية ناجمة عن الجهود المبذولة في التخفيف كان في وسع المتضرر تجنبها، فقد يكون من غير المناسب تخفيف الأضرار إذا كان يكلف مبالغ باهضة جدًا تفوق قيمة المال المتضرر الذي يراد إنقاذه، وكذلك قد يكون من غير المناسب في أحيان معينة تخفيف الضرر، كما في حالة التعاقد على تجهيز مواد مهمة على أن يقترن ذلك التجهيز بوقت محدد ينتفي الانتفاع بها بعد بهذا الوقت، فيكون تخفيف الضرر بالتعاقد مع مشترين آخرين غير ذي فائدة لفوات المنفعة بتأخر الوقت، أو أن ترتفع الضرائب إلى السلعة المتعاقد عليها بعد إخلال المتعاقد الآخر بتجهيزها فيكون من غير المفيد تخفيف الضرر والتعاقد على سلع يتم استيرادها[٢].

من جهة أخرى فأنّ الدائن غير ملزم باتخاذ أي خطوة لتقليص الضرر، إذا كانت غير مناسبة مع أخلاقيات العمل، أو أن تؤدي بالدائن أن يقبل بأجور أقل كثيرًا من تلك التي كان يتقاضاها في العقد الأصلي، أو تجعل سمعة الدائن مشوهة، لذلك فان الدائن لا يلزم باتخاذ هذه الخطوات[٣].

فشرط التناسب بين تكلفة التدابير وفعاليتها يجب فهمه على انه يعني ضرورة اتخاذ أكثر التدابير فعالية بأقل تكلفة ممكنة من خلال استعمال أفضل الوسائل المتاحة[٤].

وبالتالي يتعين أن تكون الإجراءات المتخذه من المتضرر متناسبة وملائمة ومتغيرة مع تغير مراحل العقد، من وقت لآخر لكي يكون شرط التناسب متحقق، لأن تعديل الإجراءات الوقائية من وقت إلى آخر يضفي عليها نوعًا من المرونة تجعلها تتناسب مع التطور الحاصل في المجتمع، وبالتالي تكون أكثر تصدي للضرر.

---

(١) د.وليد خالد عطية، نحو نظرية عامة لقاعدة توقع الأضرار في العقود، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٢) د.رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص١٥٧ وما بعدها.

(٣) د.وليد خالد عطية، مصدر سابق، ص ١٢٤ وما بعدها.

(٤) د.محمد صافي يوسف، مصدر سابق، ص٦٥.

المبحث الثاني

أساس الوقاية من الضرر وأهدافها

أشارت القوانين المقارنة إلى دور الإجراءات الوقائية للتخفيف الضرر، إذ بعضها كانت إشارة واضحة، وبعضها كانت بصورة ضمنية، و السؤال الذي يتبادر إلى الذهن ما الأساس الذي تعتمد عليه الوقاية للتخفيف من الضرر أو وتقليل المخاطر التي تحيط بالمنفعة التعاقدية ؟ و ما هي الاهداف التي تسعى الوقاية لتحقيقها ؟ وللاجابة عن هذه التساؤلات من خلال ما سنبينه في هذا المبحث الذي سيكون في مطلبين يهتم المطلب الأول، بأساس الوقاية من الضرر في العقد ،في حين إن المطلب الثانييدرس الاهداف وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

أساس الوقاية من الضرر في العقد

من خلال بيان ما درسته التشريعات للوقاية من الضرر، لابد من بيان أساس الوقاية من الضرر، وسنتطرق هنا إلى أساسين، يركز الأساس الأول على مبدأ حسن النية كأساس قانوني في مرحلة إنشاء العقد وتنفيذه،في حين يركزالأساس الثاني على قواعد العدل والإنصاف أي على أساس فلسفي وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

مبدأ حسن النية

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي تسري على كل العقود، والتي أخذها المشرع بعين الاعتبار، عند وضعه للقواعد القانونية، وأدخلها كعنصر أخلاقي في القانون الوضعي، بهدف تحقيق التكامل بين القانون، من جهة والأخلاق من جهة أخرى[١].

(١) د.هانية محمد علي فقيه، مصدر سابق، ص١٣٤.

لهذا تُعدّ حسن النية من العوامل الجوهرية في النظام القانوني، وفي العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، فبغير إعمال ومراعاة مقتضياتها لا يكون ثمة إلا الاختلافات والمنازعات[١]، لهذا كان من الضروري أن نبين ما حسن النية من خلال بيان مفهومه، ودوره كأساس للوقاية .

حاول الفقه من جانبهم أن يضعوا تعريفًا لحسن النية، لكنهم وجدوا صعوبة في وضع تعريف جامع مانع لحسن النية لأسباب منها، إن حسن النية فكرة أخلاقية نفذت إلى القانون واختلطت به، إذ يرى العميد (RIPER) إنّ حسن النية هي واحدة من الوسائل التي استعملها المشرع والقضاء لإدخال القواعد الأخلاقية إلى المجال القانوني، ونظرًا لاختلاف وحدة القياس في القانون عنها في الأخلاق، فإنّه يصعب وضع مقياس لتقدير حسن النية، و من الأسباب الأخرى أن حسن النية فكرة تختلط بالعديد من المفاهيم، و الأفكار القانونية الأخرى والملاصقة لها، كفكرة الجهل، والغلط، والخطأ، وكلها عناصر تنبع من داخل الإنسان؛ ومن ثم يصعب تقديرها ؛ وهذا من شأنّه أن يخلق صعوبة لتعريف حسن النية، وكذلك من الأسباب تعدد الآثاروتنوعها التي تترتب على حسن النية، على حسب مجال تطبيق حسن النية؛ فيوجد صعوبة حقيقة في وضع تعريف منضبط، فحسن النية في مجال تنفيذ العقود له معنى مختلف عن حسن النية في مجال اكتساب الحقوق، فحسن النية ذو طبيعة مرنة على وفق كل حالة، ومن هنا تعددت تعريفات الفقه لحسن النية[٢].

فقد عُرّفت بأنها: ((التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها والتزم بها كل من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الأضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق الى حقه بأمانة))[٣].

وعرّفها الفقه بأنها: ((توجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد، بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل))[٤]، ومنهم عرّفها بأنها: ((التيقن الدائم القائم على اعتقاد غير صحيح في ان تصرف ما، يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فتترتب على ذلك آثار قانونية من شأنها حماية ذي المصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية))[٥].

---

(١) المستشار.حسين عامر، مصدر سابق، ص٧٤.

(٢) د.حسن حسين البراوي، التزام المؤمن بالأمانة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٩ وما بعدها.

(٣) د. محمد رياض دغمان، مصدر سابق، ص ٥٣ .

(٤) د. إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية القانون المدني إنموذجا (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، دار الكتب القانونية، دار شتات، مصر، ٢٠١١، ص ٢٧٨.

(٥) حسن حسين البراوي، التزام المؤمن بالأمانة، مصدر سابق، ص ٢٠ وما بعدها. وينظر كذلك المستشار. حسين عامر، مصدر سابق، ص٧٤.

وتختلف مفاهيم حسن النية، منها مفهوم ذاتي (شخصي)، وآخر (موضوعي)، فأمّا بالنسبة للمفهوم الذاتي ويعني الجهل المبرر بواقعة معينة، أو بظرف محدد، يرتب عليه القانون أثرًا معينًا، وبمفهوم المخالفة فإن سوء النية يعني تحقق العلم أو إمكانية تحققه بواقعة أو ظرف معين، فمحل حسن النية أو سوء النية الشخصي هو دائما ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه، بالبحث عن حقيقة اتجاهه الإرادي لننتهي الى أحد الوصفين تبعًا لما تشير اليه القرائن الدالة عليه، فكما تقوم قرائن دالة على وصف النية بالحسن، فهناك أخرى يستخلص منها سوء النية [١]، ويتعذر دائمًا التدخل في مقصد الأطراف المشتركة لحادث غير متوقع لمْ يفكروا فيه إلا في حالة النص الصريح على التعاقد بخصوص بعض الأخطار المحتملة[٢].

وأمّا المفهوم الموضوعي لحسن النية فيتمثل بمقومات أخلاقية ومبادئ وقيم تعتنقها الجماعة، وتهيمن على تعاملاتها وتتصف بأنها عامة ومجردة، لذلك فإنّ الشخص حسن النية هو من تكون أفعاله وتصرفاته متفقه مع المقومات الأخلاقية المتمثلة في الثقة و النزاهة وغيرها، فعندما يرتب القانون حكمه على أساس من مقتضيات حسن النية فإنّه لا يعتد بمدى علم أو جهل الشخص بواقعة معينة، ولعل سلطة القاضي في استخلاص حسن النية أو سوئها تقديرية وتهتم بالمفهومين المشار إليهما دون تفرقة، وله أن يستدل على حسن النية من الوقائع المادية وظروفها وما تحمله من دلالات[٣].

لهذا يّعد هذا المبدأ الذي يسعى إلى تحقيق أهداف القانون والمتمثل باستقرار التعامل، وتحقيق العدالة، وحماية الحقوق، فضلًا عن ذلك فإنّ المشرع قد لا يستطيع الإحاطة بكل ما من شانه أن ينظم الأحكام القانونية كافة المتعلقة بالعقود أو المسؤولية التقصيرية أو غير ذلك من الأحكام ، لهذا فإنّ هذا المبدأ يمكن أن يسد الفراغ التشريعي، ويتلافى النقص في النصوص عن طريق انطباقه واستيعابه للكثير من الأحكام القانونية[٤].

ولأهمية هذا المبدأ في مراحل العقد جميعها فقد إهتمت به التشريعات في قوانينها ومنها قانوننا المدني العراقي، فقد أشار إليه في أكثر من مادة منها نص المادة (١/١٥٠) التي نصت على:

---

(١) د.شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني(دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في النظاميين القانونيين المصري والفرنسي)، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٩٠ وما بعدها.

(٢) د.عبد المنعم موسى إبراهيم،حسن النية في العقود، مصدر سابق، ص٨٥.

(٣) د.شوقي محمد صلاح، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٤)د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص١١٧.

((يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية))، وكذلك نص المادة(١/١١٨) التي نصت على: ((لا عبرة بالظن البين خطؤه، فلا ينفذ العقد: ١- إذا وقع في غلط في صفة الشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية)) وهذا ما ذهبت إليه التشريعات الأخرى محل المقارنة[١].

لكن ما طرأ على هذا العالم من تقدم علمي، وما رافقه من تطور في حقل الإنتاج من زراعي، وصناعي، وتجاري، فضلًا عن الصعيد المالي والاقتصادي هذا من جهة، ومن جهة أخرى التفاوت بين البشر من ناحية العلم، والمعرفة والدراية بالأمور الحياتية والمعاملات لجهة إشباع الحاجات المتزايدة والمتجددة والعلاقة بين المنتج والمستهلك، ولكي تأتي هذه المعاملات سليمة من العيوب وخالية من الاستغلال[٢]، أوجبت كل هذه العوامل أن يكون هناك التزام يحكم المدة التي تسبق إبرام العقد، وهي مرحلة المفاوضات بوصفها مرحلة تأسيسية، تهيء الأرضية المناسبة لإبرام العقد المروم، وتنبع أهميتها من أهمية هذا الأخير، ففي هذه المرحلة يمكن للأطراف أن يحيط كل منهم بحاجات الطرف الآخر[٣] .

ولأهمية هذه المرحلة فقد أشار إليها المشرع الفرنسي في تعديله في المادة (١١٠٤) إذ نصت: ((يجب التفاوض على العقود و إبرامها وتنفيذها بحسن نية. يعتبر هذا الحكم من النظام العام)) [٤]، وهنا إشارة واضحة من المشرع الفرنسي على إنّه استلزم حسن النية في مرحلة المفاوضات، ولأهميتها عدها من النظام العام، لهذا نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة: ((١/١٥٠)) لتصبح : ((يجب التفاوض على العقد وتنفيذه طبقًاً لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)).

لهذا فإعتبارات العدالة ومقتضيات المنطق السليم تستدعي انطلاقًا من مبدأ حسن النية، ووضع ضمانات للطرف الضعيف للطرف الضعيف الذي قد يفاجيء بالعدول بعد أن يكون قد تهيأ نفسيًا وأعد العدة على الأقل، للتعاقد ومن هذه الضمانات مسؤولية المتفاوض الذي يخالف الثقة التي

---

(١) ينظر نص المادة(١/١٤٨) من القانون المدني المصري، ونص المادة(١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) د.عبد المنعم موسى إبراهيم،حسن النية في العقود، مصدر سابق، ص٧.

(٣) نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد (التاسع والعشرون)، العدد(الثاني)، ٢٠١٣، ص ٣١٦.

(٤) تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

أولاها إياها المتعاقد الآخر، ومن هذا تتضح لنا وظائف حسن النية في المدة السابقة على التعاقد، وهي وظائف مختلفة ومتعددة وواسعة، فهي تحمي الرضى من ناحية أولى وسلامة ونزاهة المفاوضات من ناحية ثانية، ومن ناحية ثالثة تعمل على دعم ومواصلة المفاوضات، وبالتالي الحد من مخاطر الأشياء ، عبر وسائلها من خلال الإعلام والاستعلام والعناية والصيانة، والتنبيه عن مخاطر الأشياء وشرح كيفية العمل والاجتهاد على إعادة التوازن الذي يمكن أن يكون مفقودًا بين المتفاوضين(١).

وتأسيسًا على ذلك فان دور المتضرر للوقاية من الضرر يجد أساسه في مبدأ حسن النية، إذ يعد الأخير من المبادئ التي تسود العلاقات القانونية حتى وان لم ينص عليها بين المتعاقدين، و لا يقتصر أثره على تكوين العقد أو تنفيذه بل يمتد إلى آثاره وانقضائه مما يجعل مداه في التطبيق أوسع وابعد(٢).

فمبدأ حسن النية يُلزم كُل متعاقد أن يخفف الضرر، من خلال إلزام كُل متعاقد إن يكون أمينا في تنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه العقد تجاه المتعاقد الآخر، وأن يبذل قصارى جهده من أجل عدم الإضرار به، لهذا فإنّ الالتزام بتخفيف الضرر والوقاية منه يعد أهم المبادئ التي تستخلص من أعلى مبدأ يحكم تنفيذ العقود كما يحكم إبرامها وهو مبدأ حسن النية(٣).

ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية أوجبت على التعاون بين المتعاقدين بهدف الوصول إلى تحقيق النتيجة المرجوة من العقد، كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر، على موجب الصدق والاستقامة، والذي بموجبه على شركة التأمين أنّ تراعي المصداقية تجاه الأسئلة الموجهة إليها من قبل طالب التأمين(٤).

وأيضًا ما قضت به أحد من محاكم الاستئناف الفرنسية ببطلان عقد من العقود بسبب عدم تنفيذ واحد من طرفيه لشروط التعاقد على وجه يقتضيه حسن النية المفترض في العقود، و إستظهرت

(١) د. عبد المنعم موسى إبراهيم، مصدر سابق، ص ٧٥ وما بعدها.

(٢) د.رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٣) د.مراد محمود المواجدة، مصدر سابق، ص ٤٦٣.

(٤) أشار الى ذلك محمد رياض دغمان، مصدر سابق، ص ٥٤.

المحكمة سوء النية بمخالفة الطرف المطعون ضده للشروط العقدية التي أطلقت عليها المحكمة مصطلح النظام العام العقدي[١].

وتبعًا لما تقدم فإنه يترتب على تطبيق أو عدم تطبيق حسن النية والمتمثل بتخفيف الضرر تحديد مقدار التعويض المترتب بذمة الأفراد نتيجة الإخلال العقدي، أو الخطأ التقصيري، فعدم قيام الدائن(المتضرر) عن دفع الأضرار، أو تخفيفها مع استطاعته ما هو إلاّ إخلال بحسن النية الذي يجب أن يتوافر في كل مراحل العقد[٢].

ومن هذا المنطلق فإن الدراسة تلخص إلى أنّ الإجراءات الوقائية تتحقق في حالة الالتزامات المنبثقة من حسن النية على أساس إنها إجراءات يؤدي الالتزام بها الوقاية من الضرر، والعمل على تقليل الضرر قدر الإمكان أو التخلص منه، وفي حالة مخالفة تلك الالتزامات المتمثلة بسوء النية والغش، فحق الأطراف في فسخ العقد كجزاء لسوء العاقد.

الفرع الثاني

قواعد العدالة و الإنصاف

لقد عني الفلاسفة والمفكرون منذ أقدم العصور حتى يومنا هذا ببحث فكرة العدالة وصورها، فنجد إن الفيلسوف (افلاطون) مثلا يعرف العدالة بأنّها: ((أن يملك الشخص ويفعل ما هو ملكه))، ومعنى هذا إن العدالة عند افلاطون هو إن يتلقى كل شخص ما يساوي إنتاجه وان يؤدي العمل الذي يتناسب مع طبيعته ومقدرته، وفضيلة العدل ذات صفة أخلاقية ومن هنا كان العدل داخلًا في نطاق الأخلاق بقدر تعلقه بالقانون، فيقال عن قاعدة قانونية إنها عادلة حين تكون مطابقة لهذه الفضيلة الخلقية وتكون ظالمة إذا هي عارضتها وخرجت عليها، ولهذا قال واحد من الفقهاء: ((إنّ العدل هو، ذلك النجم القطبي لكل تكوين قانوني))[٣].

---

(١) أشار إليه د. وليد علي ماهر، التبصير في عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر،٢٠١٨، ص٤٤.

(٢) د.رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص١٢١.

(٣) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، الطبعة الأولى، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص ١٦٢ وما بعدها .

ولما كانت العدالة تعني الشعور بالمساواة الواقعية لا المجردة، وهي المساواة القائمة على مراعاة الظروف والجزيئات في كل حالة وبالنسبة لكل شخص، وبذلك تعني الشعور بالإنصاف، وهو شعور كامن في النفس يمليه الضمير النقي والعقل السليم ويوحي بحلول تسري على الأشخاص والحالات مراعية دقائق الظروف والجزئيات، هادفة إلى إيفاء كل ذي حق حقه، وهذا الشعور يتأثر بمجموعة قواعد تعرف باسم قواعد العدالة تصدر عن مثل أعلى يهدف إلى خير الإنسانية وحسن التنظيم الاجتماعي وعليه، فإن العدالة: ((تعني الشعور بالإنصاف شعورًا تمليه قواعد العدالة))[١].

ويذهب اتجاه آخر أنها التعبير الصادق عن الشعور بالمساواة الحقيقية، والسعي إلى تأكيدها في واقع الحياة، أو هي امتلاء النفس بالشعور بالمساواة الواقعية التي تكترث بالظروف الخاصة والجزيئات الدقيقة وتقتضي التماثل في المعاملة للحالات المماثلة في ظروفها وتفصيلاتها، أما قواعد العدالة فيذهب اتجاه الفقه إلى تعريفها بأنها:((مجموعة القواعد القائمة إلى جانب أحكام القانون المدني، والمستندة إلى أسس صريحة مستندة من وحي العقل والقانون الطبيعي، أو انها مستمدة من فكرة العدل المطلق، وترمي هذه القواعد لما فيها من خصائص سامية إلى تعديل الأحكام القانونية وتوسيعها))[٢]، وأيضًا عُرفت بأنها: ((مجموعة من القواعد تصدر عن مثل أعلى تستهدف خير الإنسانيه والمجتمع بها يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة))[٣].

فالعدالة فكرة لا تقتصر على مجرد الامتناع عن إيقاع الضرر بالغير وإعطاء كل ذي حق حقه ،إنما هي تنطوي فوق ذلك على شيء أعمق وابعد ذلك هو التوازن المستهدف بين المصالح المتعارضة بغية كفالة النظام اللآزم لسكنة المجتمع الإنساني وتقدمه[٤]، وكذلك تحقيق المساواة التي تمثل المظهر الدال على تحقيق العدالة؛ فالوصول إلى تحقيق المساواة التامة هو العدالة الكاملة وبلوغها يعني نجاح القانون وتوافقه مع طبيعة الإنسان[٥].

---

(١) د. عبد الباقي البكري، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتب، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٦٨.

(٢) علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٤، ص٩٤ وما بعدها.

(٣) د.راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد(دراسة قانونية مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٧، ص٥٠.

(٤) د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٦٤.

(٥) د.محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني(دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث)، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٠، ص٩٥.

وتتعدد صور العدالة منها عدالة تبادلية وعدالة توزيعية، وأما العدالة التبادلية فتتمثل بين الأفراد، على أساس المساواة المطلقة والكاملة بينهم، ومرد ذلك أن الافراد متساوون في مواجهة بعضهم البعض لأنهم من طبيعة إنسانية واحدة، لهذا كانت المساواة بينهم هي مساواة حسابية مطلقة، وهذه المساواة تقضي من الأفراد أن يحترم كل منهم حق الآخر فلا يتعدى عليه أي إن نطاقه مقصورا على العلاقات العقدية بين الأفراد والتي تولد التزامات متقابلة ومتبادلة بين أطرافها [١]

وأمّا الصورة الثانية، فهي العدالة التوزيعية وتتمثل في علاقة الفرد بالجماعة من حيث وجوبه لدى الجماعة تجاه الأفراد، والمساواة التي تسود هذا النوع هي مساواة تناسبية، وليست مساواة حسابية تامة، كما في التبادلية، إذ مقتضى العدالة التوزيعية أن يكون التوزيع بين الأفراد بحسب ممتلكاتهم وحاجاتهم [٢].

وأما الإنصاف فهو مفهوم أخلاقي وإنساني غير قابل لتحديد مجرد، بل ينبع من شعور الإنسان بوجوب مراعاة الأوضاع الإنسانية التي تملي المساواة، كما تملي وجوب الإحساس بحاجة الناس الى الشعور بالعدل، وهو مؤسس على وحي العقل والنظر السليم وروح العدل بين الناس[٣].

فلمْ يتردد الفقه الفرنسي في أنْ يجعل العقد ينتج التزامات غير مشروطة فيه مستندًا في ذلك إلى قواعد العدالة و الإنصاف، فالعدالة فضلًا عن إنها مصدر رسمي للقانون بعد استنفاذ المصادر الأخرى، هي أيضًا يسترشد بها القاضي في تحديد ما يستعين به لتكميل ما نقص من العقد مستعينا بمبادئ العدالة في ضوء الهدف من العقد وطبيعته[٤].

وقد أشار القانون المدني العراقي إلى قواعد العدالة في المادة (٢/١) إذ نصت على: ((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة))[٥].

---

(١) د.محمد حسين عبد العال، مبادئ القانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص١١.

(٢) د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص١٣.

(٣) محمد رياض دغمان، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٤) عبد المهدي كاظم ناصر، مصدر سابق، ص٣٣.

(٥) ينظر نص المادة (٢/١)، من القانون المدني المصري.

وعليه فإنّ المبدأ الأساس الذي يجب أن يستوحيه تفسير القانون الوضعي وتوجيهه هو أولًا مبدأ العدالة الذي يجب أن يكمله حسن النية، وكما لوحظ تخضع قيمة الإرادة لمتطلبات العدالة وحسن النية[١]، إذ إن العدالة العقدية في واحدة من متطلباتها الرئيسة تقترن في التوازن بين التزامات المتعاقدين اذا تغيرت الظروف الاقتصادية التي عاصرت العملية التعاقدية او كان الالتزام مبالغا فيه وفي حالة عدم التكافؤ بين المتعاقدين[٢].

إنّ العدالة تقضي وجود قدر من الثقة المشروعة عند التعامل، وإنّ الإخلال بهذا القدر يعد بحد ذاته خطأ يتوجب المؤاخذة، فمن حق كل شخص أن يتوقع قدرًا معقولًا من الثقة عند التعامل مع الغير مضمونه أن يباشر الغير نحوه السلوك الذي يمكنه من العمل، فإذا اخل الغير بهذه الثقة ولميكنْمراعيًا في سلوكه ما منتظر ومتوقع منه يكون قد أخطا بهذا التصرف[٣].

وتذهب الباحثة مع الرأي الذي يرى إنّه على الرغم من دور العدالة و الإنصاف في تحقيق المساواة بين المتعاقدين، فإنّه لم ترد نصوص صريحة ومباشرة، لا في القانون العراقي ولا في القوانين المقارنة على تبنيه كإجراء وقائي ؛ لأنّ العدالة فكرة متغيرة ونسبية، إذ إنّها من ناحية شعور نفساني، يفيد الرغبة في دفع الضرر، ومن ناحية ثانية، فالعدالة فكرة متغيرة، تختلف من وقت إلى آخر، ومن مكان إلى آخر[٤].

فهي لا تعطي الحلول الحاسمة والقاطعة، ولا تلهم القاضي معيارًا دقيقًا ليستسقي أحكامه منها، ويأتي أثرها على تكملة النقص حتى لا تكون ظالمة لأنه عند الافتقار إلى نص قانوني يجتهد القاضي للوصول إلى حل النزاع المعروض أمامه بحسب ظروفه وما يتفق مع روح العدالة والإنصاف،حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، لذلك فإنها بعدم الثبات فقد يبدو تصرف معين في ظروف معينة لدى جماعة من الناس خيرًا، بينما تبدو في ظروف أخرى بعكسه بحسب منظور ذلك المجتمع،إذن فالعدالة نسبية وتختلف من مجتمع الى آخر تبعا للظروف المكانية و الزمانية[٥] .

---

(١) د. جاك غستان، المطول في القانون المدني(تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص٢٥٥.

(٢) د.منصور حاتم محسن، ايمان طارق الشكري، العدالة التعاقدية في الرهن (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، ٢٠١٧، ص٨.

(٣) د.رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ١١٤وما بعدها.

(٤) د.فايز محمد حسين محمد، فلسفة القانون والمنطق القانوني، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٧، ص٢١٢.

(٥) د.راقية عبد الجبار علي، مصدر سابق، ص ٤٨ وما بعدها.

وعلى الرغم من ذلك فليس من المنطق أن تبقى المشاكل معلقة بحجة عدم وجود نص يحسم النزاع [١]، فقواعد العدالة تنشأ خارج نطاق التشريع والعرف، ولا يوجد ضابط تعييني لاستنباطها، بل على القاضي أن يتلمسها بالاجتهاد حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء [٢].

لهذا فإنّ سلطة القاضي في مجال الاعتماد عليها وتفعيلها تقف عند النصوص القانونية الصريحة ولا تعود هذه السلطة الا عندما يغفل القانون الوضعي النص اللازم لمعالجة المسائل المتنازع عليها بين أطرافها [٣].

فضلًا عن إن كل أصول القواعد القانونية مرجعها العدالة بطبيعة الحال لأنّها غاية كل تقنين[٤]، وبالرغم من أن لها الدور الكبير في إعطاء سلطة تقديرية للقاضي تفسير العقد بحسب قواعد العدالة في خلق موازنة بين الطرفين، وبذلك نتوصل ونوقع الحمل الأكبر على مبدأ حسن النية بوصف إنّ القانون العراقي قد تبنى الأخير في مواده، هذا إلى جانب القوانين المقارنة، وقد ورد في أكثر القوانين على تبني حسن النية حتى مرحلة المفاوضات بعد التطور الحاصل في التكنولوجيا مما أدى إلى ترسيخ القوانين لهذا المبدأ من خلال الالتزامات المتفرعة منه كالالتزام بالإعلام وغيرها، فضلًا عن تطبيقات القضاء بخصوص هذا المبدأ، فتتوصل الباحثة إلى ان الوقاية من الضرر في العقد تقترب في أساسها في مبدأ حسن النية وما يترتب عليها من التزامات من أجِل الوقاية من الضرر.

المطلب الثاني

أهداف الوقاية من الضرر في العقد

إنّ لكل تنظيم في المجتمع هدف يسعى إلى تحقيقه، وأهداف الوقاية من الضرر في العقد تتنوع لتشمل ما يحقق فائدة للمتعاقدين، فهناك أهداف خاصة بالمتعاقدين تسعى الوقاية لتحقيقها، وأيضًا

(١) د.سهيل حسين الفتلاوي، مصدر سابق، ص١٠٠.

(٢) د.غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، الطبعة السابعة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٤،ص ١٧٨.

(٣) د.عدنان نعمة، مبادئ العدالة والإنصاف أصول الفكرة وتجلياتها في الحقلين الإنساني والقانوني، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٦، ص ٦١ وما بعدها.

(٤) د.إسماعيل عبد النبي عبد الجواد شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني(دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص ١٠٤.

يعكس هذا بدوره على الواقع القانوني فيحقق اهداف بصورة عامة، وهذا ماسنتطرق له في هذا المطلب من خلال تقسيمه الى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

أهداف الوقاية العامة

إنّ لكل مادة قانونية هدف تسعى إلى تحقيقه، وهدف الوقاية العام يتمثل في تحقيق استقرار المعاملات بين ألأطراف، وهذا ما تهدف الاجراءات الوقائية إلى تحقيقه، وكذلك تحقق الاستقرار القانوني وهذا ما سنبينه في هذا الفرع وعلى النحو الآتي:

أولًا: تحقيق استقرار المعاملات

إنّ الإنسان كائن اجتماعي لا يستطيع العيش في مجتمع بمعزل عنه، وهذا يستتبع بالضرورة دخول كل فرد من أفراد المجتمع مع غيره من المعاملات ومن ثم تقوم بينه وبينهم علاقات قد تتعارض في شأنها مصلحته مع مصالحهم، ومن ثم كان من الضروري تنظيم تلك العلاقات وذلك بالتوفيق بين مصالح الأفراد المتعارضة حتى لا تعم الفوضى في المجتمع، ولهذا نشأ القانون مصاحبًا لنشأة المجتمع[١].

لهذا فالاستقرار يعني القدر المتيقن من تحديد الالتزامات أياً كان مصير العلاقات القانونية سواء أكان بالنفاذ أم انحلال العلاقة العقدية، أي يتحقق في حالتي نفاذ العلاقات القانونية عند تعديل الالتزامات أو تنفيذ تلك الالتزامات التي رتبها، وأمآ المعاملات فهي الوقائع التي يتدخل الإنسان في إحداثها سواء أصدرت عن إرادة منه أم غير إرادة، فقد يرتب القانون آثارا على الرغم من عدم قصد الإنسان في إعماله[٢].

(١) د.مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون في الفكر الأوربي، الطبعة الأولى، دار نيوز للطباعة والنشر، العراق، ٢٠١٦، ص ١٦٦ وما بعدها.

(٢) علي حميد كاظم الشكري، مصدر سابق، ص٢٦.

وبما إنّ توفير الأمن للتعاملات من أهم غايات القانون فإنّ منطق فكرة القانون سيدعم أمن التعامل وتأمين الثقة المشروعة للمعاملات، وكذلك حماية الحقوق الفردية وترجيح المصلحة الأجدر بالرعاية، في حالة حدوث التعارض بينهما، وفقا للموازنة المقررة لمقاصد القانون [١] .

فمع التطور اليومي في حركة الإنسان والمجتمع، لا يمكن القول إنّ للقانون وظيفة واحدة، إنّما وظائف متعددة يسعى لتحقيقها، كتوفير الأمن والاستقرار [٢] ، فلم تعد حرية الأفراد مطلقة في دائرة العلاقات العقدية، ولم يعد مبدأ سلطان الإرادة هو المهيمن في التصرفات القانونية التي يجريها الأفراد، فقد أصبح للعقد وظيفة إجتماعية، فلا يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزام فحسب وإنما ينبغي أن تتعادل فيه منافع الطرفين، فأصبح عمل المشرع بما لها من سلطة في إعادة تنظيم العلاقة العقدية على أساس العدل والمساواة، فقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لم تعد قاعدة عامة ومطلقة فيجب التركيز في العقود على التوازن بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها، وإبطال ما يخالف ذلك وجواز تعديًا العقد من قل القضاة، ويجب النظر إلى الالتزام باعتباره علاقة بين طرفين تستجب لمتطلبات التطور الاقتصادي والاجتماعي [٣] .

فمنح القاضي مقدرة من قبل المشرع للموازنة بين الالتزامات في نظرية الظروف الطارئة إنّ هي إلا آلية يتوقى من خلالها المشرع فسخ العقد ويقلل من حالات عدم التوازن وبالتالي يترك أثره على استقرار المعاملات وخلق جو من الطمأنينة في إرادة النفوس المتعاقدة، وأشار إلى ذلك المشرع العراقي في المادة(١٤٦): ((على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لمْ يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لمْ يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين حيث يهدد خسارة فادحة؛جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقض الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك))، فمن خلال منح القاضي دعوى تتضمن تطبيق لنظرية الظروف الطارئة لرد الالتزام المرهق[٤]، لتخفيف الأضرار،إذا كان عدم التوازن بين أطراف يتجاوز إلى حد كبير التوقعات التي تتم بشكل معقول وقت إبرام العقد، لدرجة أصبحت مسألة الاختلال لا يمكن التنبؤ بها وأصبح أداء العقد غير منصف والذي

---

(١) القاضي د. آوات عمر حاجي، محمد سليمان أحمد، مبدأ إستقرار المعاملات (دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني)،الطبعة الأولى، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١٧، ص٣٤ وما بعدها.

(٢) د. سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية (على ضوء التشريعات في دولة الإمارات العربية المتحدة مقارنة بالقوانين العربية)، بلا طب، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٠، ص١٤ وما بعدها.

(٣) د.لفته هامل العجيلي، مصدر سابق، ص٢٢ وما بعدها.

(٤) د.عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د.محمد طه البشير، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ١٦١.

بدوره يؤدي إلى زعزعة استقرار العقد، لهذا يمكن للقاضي ضمان العدالة و الإنصاف في هكذا عقود[١].

ومن التطبيقات الأخرى التي من خلالها يسعى المشرع إلى الوقاية من الضرر والذي يعكس أثره على استقرار المعاملات، ما جاء في عقد الإيجار من القانون المدني العراقي، إذ نصت المادة (١/٧٩٢) على: ((إذا كان الإيجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته إذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في إثناء سريانه مرهقا ...على أن يعوض للطرف الآخر تعويضا عادلا))، وكذلك نص المادة (٨٧٨) علىإنّه:((ليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة إن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيرا، على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهيارا تاما بسبب حوادث لم تكن بالحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة؛ جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجرة أو فسخ العقد)) وهذا أيضًا ما ذهب اليه المشرع المصري[٢].

أما موقف المشرع الفرنسي، فقد جاء بتعديل جديد لنظرية الظروف الطارئة في التعديل للقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، وأسند مهمة للمتعاقد إعادة التفاوض على العقد وتنفيذ الالتزام، وفي حالة عدم الاتفاق على إعادة التفاوض يجوز الاتفاق على فسخ العقد أو الطلب الى القاضي أما تعديل العقد أو إنهائه[٣].

فاللجوء إلى نظام إعادة التفاوض في العقد بهدف الوصول إلى حل ودي يرضي الطرفين المتعاقدين، ويضمن للعقد بقاءه، وبوصفه أفضل آلية لأجل تسوية ما قد يثار من منازعات بدلا من اللجوء إلى القضاء، وهو ما يؤدي في النهاية إلى الحفاظ على العلاقة الطبيعة بينهما[٤].

ونظرًا لازدياد أهمية هذه النظرية بعد مع زاد تطبيقها على مختلف العقود بدأ يزداد يوم بعد يوم، وذلك لما يحدث في المجتمعات الإنسانية من تحولات اقتصادية و اجتماعية وسياسية، وهذه التحولات

---

(1) BANQUE DES MÉMOIES , Le dèsèquilibrecontractueldû au changementimprèvisible des circonstances et sesremèdesÉtude de droitcomprè : Espagne – Pologne – France , UNIVERSITÉ PANTHÉON ASSAS – PARIS II - , Master , 2013 , p . 14 .

(٢) ينظر نص المادة (٢/ ١٤٧) والمادة (١/ ٦٥٨) والمادة(٤/ ٦٥٨) من القانون المدني المصري.

(٣) ينظر نص المادة (١١٩٥) من تعديل القانوني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٤) د.مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٤١٨ وما بعدها.

تستتبع حدوث ظروف طارئة ليست متوقعة، إذ تؤثر على الكيان الاقتصادي للعقد بأسلوب يحث اختلالا أو قلباً في ميزانه الاقتصادي [١].

فغاية المشرع في تحقيقه الاستقرارفي المعاملات هو أنّ يسود اليقين وتبث الطمأنينة في نفوس الأشخاص و مصير معاملاتهم التي يقدمون عليها عبر معرفتهم مقدمًا النتائج المترتبة على أفعالهم، والمتمثلة بتحديد التزامات الأطراف من حقوق والتزامات [٢].

فمن خلال تحديد التزامات وقائية يترتب على العمل بها تحقيق أدنى مستوى من استقرار المعاملات، وبث روح التفائل عند التعاقد.

ثانيا: تحقيق الاستقرار القانوني

يعد الاستقرار القانوني من الأهداف الرئيسة للنظام القانوني، إذ إنّ الأمن والعدل والاستقرار هي قيم لا يجوز، بل لا يتيسر فصل بعضها عن البعض الآخر، وترتيبًا على ذلك، فإنّ حاجة المجتمع إلى الاستقرار هي تتماثل مع حاجته للعدل والأمن القانونيين، فالمجتمع في حاجة دائمة للاستقرار، لأنه هو الذي يسمح بقيام الثقة في العلاقات القانونية؛ ولهذا فإنّ القانون يجب أن يسعى نحو تحقيق الاستقرار في المجتمع عن طريق المحافظة على استقرار المراكز القانونية، ويتعلق بالمنهج الذي يختاره المشرع في تنظيم الحماية التي يضيفها على المصلحة الاجتماعية، ويتوافر هذا المنهج كلما تمت الحماية القانونية لهذه المصلحة بأسلوب يضمن الثبات والاستقرار ويؤمن المتعاقدين ضد المفاجئات التي تعرض مراكزهم القانونية للخطر [٣].

أي تكون قواعده القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، أو تضمن تأمين النتائج إلى درجة إن كل فرد يستطيع أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها فهو يتوقع مقدمًا نتائج تصرفاته من حيث ما له وما عليه [٤].

لهذا تتجلى مهمة الإجراءات الوقائية في تحقيق الاستقرار إذا ما وفرت نوعًا من الحماية إزاء المتعاقدين في تهيئة إجراء يقي الطرف المتعاقد ضد أي مفاجئة من الطرف الآخر في حالة إذا ما

---

(١) د.مراد محمود المواجدة، مصدر سابق ، ص٢٤٤.

(٢) علي حميد كاظم الشكري، مصدر سابق، ص ٤٩.

(٣) د.فايز محمد حسين محمد، مصدر سابق، ص٣١٧.

(٤) د.علي مجيد العكيلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩،ص٩.

أبدى ثقته للمتعاقد وتقطع الشك أمام أي شخص قد يستغل ضعف الطرف الآخر وعدم معرفته بظروف التعاقد لتقلل من حالات الضرر عند تهيئه نصوص قانونية تعمل على حماية التعاقد.

فالاستقرار القانوني يتحقق من كفاية القاعدة القانونية قوامًا لها، فمتى كانت هذه القاعدة كافية لحكم الرابطة القانونية، يتهيأ لها الاستقرار عن طريق اعتماد الأفراد عليها، وهو أمر ضروري جدا في مجتمع سريع التطور، إذ يكون الاعتماد على كفاية القاعدة القانونية من أهم وسائل لضمان حقوق الأفراد وحماية مصالحهم، لهذا فإنّ كفاية القاعدة القانونية أداة فعالة لضمان تنفيذ الالتزامات التي يفرضها القانون، والأحكام التي تصدرها المحاكم، وهنالك معاني كثيرة للاستقرار منها ما يدل على (التأكد) أو(اليقين)، وهي ألفاظ يقصد بها أن يحدد القانون أولًا وأخيرًا الآثار التي تترتب على مسلك معين بوصفه لا بذاته بحيث مقدور كل شخص أن يدرك سلفًا نتائج أفعاله، وقد يفهم من الاستقرار القانوني على إنّه واحدًا من الدعائم لحماية المجتمع من الأحكام الجائرة وغير المتوقعة، والتي تقضي الى اضطراب مجريات الحياة، لذلك فالاستقرار القانوني يعني: ((أن تكون القاعدة القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج، بحيث يستطيع كل فرد أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها)) [١] .

ويرى أحد الباحثين أن الاستقرار القانوني يتضمن طائفتين من القواعد، فأما الطائفة الأولى فتهدف إلى ضمان استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي لهذه المراكز من حيث الزمان، وأما الطائفة الثانية من القواعد فهي تشترط فكرة اليقين في القواعد القانونية، أي الوضوح والتحديد للقواعد القانونية وقرارات السلطات العامة، مما يعني توافر الجودة في هذه القواعد والقرارات [٢] .

أي بعبارة أخرى توفير وتأمين الثقة المشروعة للمتعامل لكي يثق بالمراكز وبالنظام القانوني الذي ينظم معاملاته ويحكم بمنازعات وذلك بإلحاق اليقين والثبات في المراكز القانونية وبالتالي خلق جو من الأمان والاستقرار لكي يشعر المتعامل (الفرد) بالطمأنينة والراحة، أي توفير وتأمين ألأمان الجماعي المتمثل بحماية أمن المتعامل وتأمين الثقة المشروعة في المجتمع بغية تنشيط الحركة ألاقتصادية وتشجيع التبادل فإنّ توفير الثقة للمتعاملين يقضي حماية أمن التعامل وذلك عن طريق إيجاد بعض الوسائل والنظم القانونية [٣] .

---

(١) د. يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢، ص ٢٢ وما بعدها.

(٢) د. علي مجيد العكيلي، مصدر سابق، ص١٥.

(٣) القاضي د. ئاوات عمر قادر حاجي، محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص٢٩.

فالاستقرار في المعاملات ليس إلا من أوجه ألاستقرار القانوني الذي يطبق على العلاقات التعاقدية، وهو يبدو كالثقة في القانون التي تتمثل في واقعة أن قواعد القانون تصبح متوقعة ومتمتعة ببعض الثبات، فيصبح الأمان التعاقدي بشكل خاص ممثلا للثقة بين المتعاقدين[١] .

فمن يبرم عقدًا سيعرف مقدمًا التزاماته وحدود نطاقه وكذلك الأمر للمتعاقد الآخر، فالتشريع يحقق الاستقرار القانوني، في أعلى صوره من خلال وضوح الآلية التشريعية التي تنظم علاقات الأفراد داخل المجتمع[٢] .

بهذا نرى إنّ القواعد القانونية متى ما توفرت بها وسائل وقائية، تعمل على حماية حقوق الأفراد المكتسبة، فهي بذلك عملت على تحقيق وظيفتها أي إشاعة الأمن والطمأنينة بين نفوس الأطراف، وهذا بدوره يخلق أثرًا ايجابيًا على كل المعاملات وبالتالي يؤدي إلى استقرارها، وهذا الاستقرار في المعاملات نابع من وجود استقرار قانوني ناتج عن وجود قواعد قانونية منظمة للمراكز القانونية عن طريق حماية توقع الأفراد لنتائج عقودها على أتم وجهمن دون الإضرار بمصالحها وهو ما تهدف اليه الوقاية.

الفرع الثاني

أهداف الوقاية الخاصة

كما تهدف الوقاية إلى تحقيق أهداف عامة، فهناك أهداف خاصة تتحقق عندما تتخذ إجراءات الوقائية، وهذا ما سنبينه في هذا الفرع وعلى النحو الآتي:

أولاً: حماية مصلحة الأفراد

يقوم القانون بصفة أساس على تنظيم العلاقات من خلال تحديد ما لكل فرد وما عليه، فهو يحمي المصالح المشروعة ويدافع عنها بتقريره الحقوق وهو في الوقت نفسه يبين واجبات الأفراد

---

(١) د. ريما فرج مكي، تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، ص٣٦٠.

(٢) د.جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص(دراسة فلسفيه تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص١١٤.

تجاه بعضهم البعض، وتجاه جماعتهم بتحديده للالتزامات، فبيان الحقوق وتحقيق الالتزامات هو رسالة القانون الأولى، إلا إنّ تلك الرسالة قد زادت أبعادها، وزاد مضمونها في العصر الحديث، إذ أصبح القانون أداة فعالة لإحداث التغيرات الاقتصادية والاجتماعية في الجماعة[١] .

والمصلحة في القانون هي: ((منفعة مادية محسوسة فقط سواء كانت تعود لفرد أو مجتمع، وهذه المنفعة وحدها ينبغي أن تكون الهدف الأساس من وراء تصرفات الفرد والمجتمع))[٢] .

فعندما يضفي القانون حمايته على مصلحة معينة فإنّه يستهدف بالدرجة الاولى أنْ تكون المصلحة المحمية مشروعة ولا تتعارض مع القواعد القانونية، فالمشرع عندما يضفي الحماية على مصلحة حق الملكية فهو يهدف من وراء هذه الحماية الحصول على المنفعة، من خلال استغلاله المأجور للسكن، أي بشكل مشروع لا يلحق أي ضرر بالآخرين، أو من خلال استغلال المأجور خلافا للقانون، أي الأخلاق العامة أو الصحة العامة (التعسف في استعمال الحق) [٣] .

وبما إنّ الحق، وسيلة لتحقيق المصلحة أي إن الحقوق المالية تهدف إلى تحقيق المصالح لأصحابها (عامة كانت أم خاصة مجرد حريات ورخص قانونية) لم تقر في التشريعات إلا لتحقيق مصلحة معينة وبما إن الحقوق هي مكنات ذاتية تخول الشخص بعينه بينما الحريات مكنات عامة تخول للناس عامة، لكن في حدود أن استعمالها يكون ضمن إطار معين، إذ يمكن رده إذا تجاوزهذا الاطارأوالحدود، أي عدم التعسف في استعمال الحق، فممارسة الحق تتحدد بمصلحة جدية مشروعة، وإن استعمال الحقوق لإلحاق الضرر بالغير أو للعبث، ينافي القول (باعتبار المصلحة في الأحكام)، فمن يستعمل حقه استعمالًا غير مشروع، يستوجب المساءلة، أي إن صاحب الحق ملزم بأن يستعمل حقه لتحقيق المصلحة المشروعة، التي يرمي المشرع لتحقيقها[٤] .

فالقانون بوصفه الأداة الذي ينظم المجتمع، فضلًا عما تقتضيه متطلبات القانون المعاصر من مواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تطرأ في المجتمع، فإنّه حَريٌ به أن يتعرض للظواهر المستحدثة في التعامل والتي تبدلت في الوقت الحاضر على نحو تزايدت وتنوعت تعرض

---

(١) د.رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣،ص٣٧.

(٢) القاضي د. آوات عمر قادر حاجي، محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٣) محمد مردان علي محمد البياتي، المصلحة المعتبرة في التجريم، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص٢٤ وما بعدها.

(٤) القاضي د.آوات عمر قادر حاجي، محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق ،ص ١١٨ وما بعدها.

المتعاقد لأساليب التضليل والغش والتعسف في العلاقة العقدية، لذلك ان توفير الحماية القانونية للطرف الضعيف عن طريق الوقاية أو عن طريق المعالجة[١].

فالمصالح لا تستقرعلى وفق الصيغ القانونية، ولا تقترن بفائدة ما لم يكن هناك نصوص يضفي الحماية القانونية عليها، ولكي تكون المصالح جديرة بالحماية فلا بد إن تكون هناك نصوص تمكن صاحب المصلحة من المطالبة عند وقوع عدوان على حق من حقوقه، فلا بد لكل مصلحة أن تلحق بها حماية[٢].

لهذا برزت الحاجة الملحة إلى تحقيق حماية ذات طابع وقائي[٣] ، لتنظيم العقود تبعًا للمصلحة التي يجد من الضروري المحافظة عليها، وهي إجمالًا مصلحة الطرف الضعيف في العقد، من خلال إحاطة العقد، بسياج ضامن لحسن أدائه وتوافقه مع القانون[٤].

فحماية المصلحة، باختلاف صورها هي سبب وجود القواعد القانونية أو بالأحرى هي علة وجود الأحكام القانونية، إذ إن للمصلحة دورًا بارزًا في مجال الحقوق المالية والقانون المدني يرمي إلى تحقيق المصالح لأصحاب الحقوق المالية[٥] ، و يتوافر هذا كلما تمت الحماية القانونية لهذه المصلحة بإسلوب يضمن الثبات والاستقرار ويؤمن المتعاقدين ضد المفاجآت التي تعرض مراكزهم القانونية للخطر[٦].

إنّ فعالية القواعد القانونية التي تنظم العقود لا تستند إلى الجزاءات القانونية التي تترتب على الإخلال بها فحسب، بل تستند أيضًا إلى ضرورة ضمان لكل من يدخل في علاقة تعاقدية أن يطمئن نفسيًا إلى إنّه سيحصل على ما تعهد الطرف الآخر به، فكل الذين يتعاقدون يريدون في الواقع أنْ يجعلوا بعضهم مطمئنًا إلى الآخر بشأن تنفيذ العقد بحسب الاتفاق، وبناء على هذا الشعور المشترك فإنهم يخططون لحوادث المستقبل والنفقات اللازمة لمواجهتها، وكل شخص يميل فطريًا إلى التعامل مع الأشخاص الذين يتحلون بالمصداقية، فإذا لم يثق المتعاقد بأن المصلحة التي تعاقد من أجلها

---

(١) د.هلدير اسعد احمد، محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص٢٥٢ وما بعدها،

(٢) محمد مردان علي محمد البياتي، مصدر سابق، ص٢٢.

(٣) د.عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص٣٢٦.

(٤) محمد رياض دغمان، مصدر سابق، ص١٣٠ وما بعدها.

(٥) القاضي د. آوات عمر قادر حاجي، محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص ١١٩ وما بعدها.

(٦) د. فايز محمد حسين، مصدر سابق، ص٣١٧.

تتمتع بالحماية، فإنّه سيكون مترددًا في إبرام العقود مع الآخرين [١]،وهذا ما توفره الإجراءات الوقائية في تحقيق الطمأنينة في نفوس المتعاقدين، عندما تتوجه إراداتهم أزاء أي عقد يقبلون عليه، أي أنها تمثل قاعدة آمنه يستطيع المتعاقد التمسك بها ضد الأضرار.

ثانيًا : تحقيق التوازن العقدي

اتخذ انعدام المساواة في عصرنا هذا مظاهرًاجديدة وأشكالًاخطرة قد تمس بالسلم الاجتماعي هذا التطور الاقتصادي والتكنولوجي باعد بين المراكز التعاقدية وبين أطراف العقد وأظهر اختلافًا في القدرات المعرفية والاقتصادية للأطراف فأصبحت فكرة التوازن العقدي في بعدها الموضوعي أو في بعدها الذاتي تمثل حدًا كبيرًا لقانون العقود في النظرة الحديثة، فالقوة الاقتصادية وتحكم أحد أطراف العلاقة العقدية من حيث فرض الشروط خلق ما يسمى بالطرف الضعيف وهذا لتدني وضعه من حيث الكفاءة الذهنية، والمعرفة والقدرة على التفاوض تجعله في وضع غير متساوِ مع الطرف الآخر هذا التفاوت يأخذ في المجال العقدي منحى خطير من حيث نتائج هذا العقد، بذلك يعد التوازن العقدي كأهم التحديات الحديثة لقانون العقد مما أدى إلى التوسع في النظام الحمائي وفرض على الدولة التدخل لإقامة التوازن بمواجهة سلطة المتعاقد الاقتصادية أو القانونية من خلال مكافحة الشروط التعسفية، وتعزيز مظاهر النزاهة والتعاون والذي من شانه أن يكون وسيلة هامة لتوقي اختلال التوازن العقدي [٢] .

فعبارة التوازن العقدي يجب أن تخص مجموع مضمون العقد ويقتضي أن تعبر عن خاصية العلاقة القانونية وعن التبادل الاقتصادي بين فرقاء العقد، هذه الحالة الواقعية التي تتجسد في التوازن تبقى شاملة ولا يمكن أن تشكل موضوعا لتمييز مصطنع تحت ذريعة التبسيط، وتبعا لذلك،

---

(١) علي حسين منهل، نظرية الإخلال الفعال بالعقد (دراسة مقارنة)، إطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء،٢٠١٧، ص١١٨.

(٢) عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية القانون ، جامعة الجزائر، ٢٠١٥، ص ١٦٥ وما بعدها.

يقتضي أن يتحدد التوازن العقدي بشكل إجمالي[١]، وبالتالي يمكن تعريف التوازن العقدي بأنه: ((العلاقة العادلة بين حقوق والتزامات الأطراف))[٢].

لهذا فاقتصاديات العقد تفرض أنْ يكون العقد مترابطًا وأنْ لا يتعارض وجود بند معين مع بنود العقد الأخرى، إنّ اقتصاديات العقد تحقق إذن نظرية إجمالية للعقد يمكن من خلالها استبعاد تطبيق بند معين حتى ولو كان واضحًا ومحددًا إذا كان وجوده غير متناسق ولا يتوافق مع العقد فاقتصاديات العقد تمثل التنظيم الداخلي للعقد الذي يتحقق من خلال التوازن بين ألاداءات المتبادلة، مع الأخذ في الاعتبار المحيط الذي ابرم العقد في ظله، لاسيما في الحالة التي يقرر فيها المتعاقدون إبرام سلسلة اتفاقات، وهي حالة مجموعة العقود [٣] .

فمن اجل إجازة حلول لتحقيق التوازن العقدي في العلاقة التعاقدية، يرى الفقه الحديث إن مبدأ القوة الملزمة للعقد إن يتمتع بمرونة كبيرة حتى يتكيف مع مستجدات المجتمع المعاصر، وتترجم هذه المرونة بالسماح بوجود استثناءات على هذا المبدأ وعدم الاحتفاظ به جادًا صلبًا إذ تؤكد هذه الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة من ناحية إن هذا المبدأ في صيغته التقليدية لم يعد متناسبًا مع ظروف المجتمع الذي نعيشه [٤] .

فالنظرة التقليدية التي ترى أن العقد لا يمكن أن يمس قد تغيرت الآن ووردت على مبدأ سلطان الإرادة العديد من الاستثناءات، وتجد هذه الأخيرة مصدرها، أولًا في نصوص القانون، وثانيًا، في إرادة المتعاقدين فبالنظر إلى إجازة القانون الخروج على مبدأ سلطان الإرادة [٥] .

مما استلزم حماية المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، ابتكار وسيلة قانونية تهدف إلى الحد من السرعة التي تجري بها المعاملات على نحو يستطيع المتعاقد من إعمال التدبر والتأني لدى إبرام العقد [٦] ، والوقاية من كل ضرر قد يصيب المتعاقد جراء عدم التوازن بين أطراف العلاقة العقدية.

---

(١) د.ريما فرج مكي، مصدر سابق ، ص ٢١٤ .

(2)faustine JACOMINO , Le contròleobjectif de l'èquilibrecontractuel , UNIVERSITÉ COTE ĊAZUR,2020 , P.14

(٣) د.ريما فرج مكي، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

(٤) د.عايد فايد عبد الفتاح فايد، مصدر سابق، ص ٢٧ وما بعدها .

(٥) المصدر نفسه، ص٢١.

(٦) د.عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص٣١٦.

وهذا جاء كنتيجة للتقدم المهول الذي شهده المجتمعوالذي كان له انعكاس مباشر على ظهور أساليب حديثة في التعاقد وشيوع شروط مجحفة ساهمت على اختلال التوازن العقدي فلذلك كان لازمًا على المشرع أن يتدخل بتقنين نصوص تدعم دور القضاء من اجل استبعاد هذه الشروط أو التلطيف منها[١]،فأنتشار ظاهرة الشرط التعسفي مع التطورات الاقتصادية مما استدعى تدخلًا من قبل الهيئات التشريعية في عدد كبير من البلدان لإقرار الرقابة القضائية على الشرط التعسفي لحماية الطرف الضعيف والحول دون التعسف باستعمال الحق[٢] .

وقد أشار الفقه الفرنسي إلى وجود مصادر للخلل في التوازن العقدي نتيجة أما شرط معين غير متوازن فرضه المتعاقد الأقوى في العقد، وأما يصيب العقد بكامله بمعنى يصيب مجموعة العملية التعاقدية ويظهر كعيب في التعادل بالالتزامات[٣] .

فمثلًا لما كان عقد البيع عبر وسائل الاتصال الحديثة وليد هذا التطور وذلك التقدم فانه من المتصور حدوث تفاوت في مستوى المعرفة بين أطراف العقد ففي هذا النوع لاشك إن البائع هو الأدرى بأدق أسرار السلعة وكيفية استعمالها وتفادي أخطارها، ساعد ذلك على اتخاذ الإذعان شكلاً جديداً يختلف عن مظهره التقليدي والذي يقوم على أساس وجود تفاوت كبير بين طرفي العقد فاحدهما ذو قوة ومكانة اقتصادية كبيرة يتحكم من خلالها في دفة التعاقد فيبرمه وفقا لشروطه التي تتواءم مع مصلحته الشخصية، والآخر ذو قوة اقتصادية محدودة تدفع الحاجة إلى محل العقد ليذعن لشروط الطرف الآخر، أما حاليًا فقد اتخذ الإذعان صورة جديدة تتمثل في إذعان الطرف الضعيف من حيث الدراية والعلم للطرف الآخر ذي الخبرة والمعرفة يبرم معه العقد وهو على جهالة كاملة أو جزئية بالجوانب الهامة المتصلة بالعقد والتي لو علم بها لكان له موقف مغاير اتجاه العقد[٤] ، لهذا فقد اختفت المناقشة في أغلب صور التعاقد بما فيها البيع، إذ أصبح الأمر يقتصر على مجرد الإذعان لشروط أعدها البائع سلفاً، لهذه الأسباب اتجه القضاء المقارن، يسانده الفقه إلى البحث عن وسائل أخرى لحماية رضاء المتعاقد المفترض أنه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وإحدى هذه الوسائل الأساسية في هذا الصدد هي اعتراف القضاء بوجود التزام قبل التعاقد بالإعلام يقع على عاتق المتعاقد الذي يوجد في مركز القوة من الناحية الاقتصادية أو من ناحية ما يتوفر لديه من

(١) د. إدريس فتاحي، الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي والمقارن، مطبعة الأمنية، الرباط، ٢٠٠٤،ص١٥٧.

(٢) محمد رياض دغمان، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٣) أشارت الى ذلك د. ريما فرج مكي، مصدر سابق، ص٢٢٤.

(٤) د.أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مصدر سابق، ص١١٥.

معلومات، ويتقرر هذا الالتزام لصالح المتعاقد الآخر الذي يفترض أنه الطرف الضعيف نظرًا لحاجته المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، ولا شك أن غاية هذا الالتزام قبل التعاقدي هي التغلب على انعدام المساواة بين المتعاقدين في مواجهة المعرفة أو المعلومات [١] .

فالواقع التشريعي لا يشير إلى وجود نصوص في القانونيين العراقي والمصري، تحمي الطرف المذعن في المدة السابقة على التعاقد [٢]، فالحماية التقليدية التي يبسطها القانون المدني على الطرف الأضعف في عقد الإذعان التقليدي كانت تتمثل في سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة و تفسير العبارات الغامضة الواردة في عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن [٣] .

وهذا بحسب ما ورد بالقانون المدني العراقي في المادة(٢/١٦٧) إذ نصت على:((... ٢- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك ٣- ولا يجوزان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً))، وهو موقف مشابهلما ذهب إليه المشرع المصري [٤]، أما المشرع الفرنسي فكان له موقف مغاير، وإن كان لا يسلم بفكرة عقود الإذعان، فالأصل فيه هو عدم الاهتمام بافتقاد التوازن العقدي بين المتعاقدين، طالما أنهما تراضيا يلتزمان مهما كان عدم التوازن الذي يتضمنه العقد، وحسب الرأي القائل في فرنسا(أن الشروط عادلة) [٥] .

لكنه عدل عن موقفه السابق وأشار الى عقد الإذعان في تعديل القانون الفرنسي لسنة ٢٠١٦، من حيث تعريفه لعقد الإذعان، كما أشرنا سابقًا وعدّ كل شرط في عقود الإذعان كان لم يكن، إذا كان عدم التوازن الواضح بين أطراف العقد، ويفسر عقد الإذعان في حالة الشك ضد مصلحة الطرف الذي يوضع الشروط [٦] ، فإن أي بند(غير المحل الرئيسي للعقد)، في عقد الإذعان يسبب

---

(١) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني(العقود المسماة)، مصدر سابق، ص٩٨.

(٢) د.علاء عمر محمد الجاف، مصدر سابق، .ص٢٠٦

(٣) د. أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مصدر سابق، ص١١٦.

(٤) ينظر نص المادة (١٤٩) و المادة (٢/١٥١) من القانون المدني المصري.

(٥) أشار الى ذلك د. عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص٩٧.

(٦) ينظر نص المادة (١١١٠)، والمادة (١١٧١)، والمادة (١١٩٠)، من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

اختلالًا كبيرًا في التوازن يعد باطلًا بحكم القانون ولا حاجة للدعوى في ذلك إلا إذا رفض الطرف الآخر [١].

لهذا فإن تحرك المشرع لإيجاد بعض التعديلات، وإيجاد نصوصًا جديدًة لدعم هذا التوازن، ولحماية التعامل في التقلبات من ناحية، ومن ناحية أخرى ثانية إيجاد التوازن بين الطرف القوي وتحكمه في رغبات الطرف المذعن [٢]، من أجل وقاية الطرف الضعيف من الضرر في العقد.

ولأهمية هكذا عقود جاء المشرع الفرنسي بتعديلًا آخر لتعريف عقد ألإذعان، إذ تناول تعديلًا شاملًا بموجب القانون لسنة ٢٠١٨، فقد تم هجره لمعيار تمييز عقد الإذعان الذي أورده لسنة ٢٠١٦، وذلك بعدوله عن فكرة الشروط العامة غير القابلة للتفاوض، وتبنيه معيارًا أكثر وضوحًا وهو معيار الشروط غير القابلة للتفاوض، وبالنظر إلى تعديل عقد الإذعان عدّ المشرع بموجب التعديل أن جزاء الشروط التعسفية التي يتضمنها هذا العقد على الشروط غير القابلة للتفاوض والمحددة سلفًا من قبل أحد الأطراف، فجاءت الصياغة أثر من سابقتها [٣]، نلاحظ إنّ المشرع الفرنسي قد جاء بحمايةٍ تشريعية أكثر من السابق فيما يخص عقد ألإذعان لتوفير أكثر وقاية للطرف الضعيف بالعقد وحماية له من استغلال ونفوذ الطرف القوي، ونوصي المشرع العراقي بالأخذ مع ما أشار اليه المشرع الفرنسي من تعديلات لمجاراة التطور الحاصل سواء أكان تطورًا في أنواع العقود أم مع التشريعات المقارنة .

نتوصل أن الإذعان في صورته الحديثة، يتمثل في إلزام المتعاقد الأقوى التزامًا بالإعلام وتبصير المتعاقد الآخر، لوقاية الطرف الضعيف، حتى يتحقق التوازن والمساواة في مستوى المعرفة بين الطرفين [٤].

ولهذا نتوصل إن الوقاية من الضرر من المفاهيم الضرورية في كافة المجلات وخاصة في القانون الذي يعتبر مرآة عاكسة للمجتمع، فكلما تتطور الحياة في جميع مجالاتها، لابد من أن يتصدى القانون بدوره لأي نوع من هذا التطور من خلال توفير حماية تعدّ وقائية قبل أن تكون

---

(١) عبد الأمير جفات كروان، اختلال التوازن المادي في تكوين عقد المعاوضة وأثره في القوة الملزمة للعقد، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد السادس والعشرون، العدد الخامس، ٢٠١٨، ص٣٠١.

(٢) د.هانية محمد علي فقيه، مصدر سابق، ص١٥٥.

(٣) ينظر د. محمد حسن قاسم، تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٨، ص ٨٥ وما بعدها، والمادة (١١١٠) والمادة (١١٧١) من التعديل للقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٨.

(٤) د. أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مصدر سابق، ص ١١٦.

علاجية، لكي يحقق ألأهداف إلى يسعى اليها وهو الاستقرار، فعندما يُقبل أي طرف على التعاقد وهو في مأمن من كل مباغته أو لكل ظرف طارىء من خلال ما وفر له القانوني من إجراءات تمنع وتقلل الضرر قدر الإمكان، أي بمعنى آخر يكون قد وضع نصب عينيه ما قد يطرأ على العقد من ظروف وتهيئة الوقاية لها، فالإجراءات الوقائية إذا تم العمل بها فإنها تمثل سد لكل ضرر، قد ينتج نتيجة ظهور عقود لم تكن في حيز الوجود قبل فترة من الزمن، لهذا كان على القانون أن يجاري التطورات في العقود، وهذا بواقع الحال ما دعى المشرع الفرنسي أن يقوم بتعديل نصوصه القانونية ليحقق أكثر فعاليَّة للقانون، وهذا لا يمنع أن يأخذ به مشرعنا العراقي ليجاري التطورات في القوانين المقارنة.

الفصل الثاني

وسائل الوقاية من الضرر في العقد

تمهيد وتقسيم:

لا يُمكن أنّ ينكر أحد إنّ الحماية الوقائية، أي تلك التي يكون الغرض منها منع الضرر، أو الحد من آثاره، تفضل بكثيرعلى الحماية التعويضية، والتي تكون قائمة على قواعد المسؤولية والتعويض، فالوقاية من الضرر في العقد، خير من آثاره والتعويض عنه بعد وقوعه، فالمتعاقد عند إبرامه لأي عقد أنْ يأخذ بحسبانه فكره التخلص من الضرر قدر الإمكان، من خلال التزامات عدة تكون بمثابة سد منيع للتصدي للضرر، فإذا اتخذها المتعاقد وتمسك بها، بوصفها وسائل تمنع و تخفف الضرر، وتختلف تلك الوسائل حسب مرحلة العقد، فهناك وسائل في المدة السابقة للتعاقد أي في مرحلة المفاوضات، والتي يمكن من خلالها إن تمنع الضرر أي تسبق مرحلة الضرر، بوصفها من أهم المراحل التي عن طريقها يتم تأسيس الأرضية الأولى للعقد والتي تؤثر على حياة العقد، لهذا لا بد من وجود وسائل تقي هذه الفترة المهمة وتمنع كل ما قد يصيبها، و بالتالي التحوط من الأضرار التي قد تمسها عن طريق الوسائل الوقائية في المدة السابقة على التعاقد، لكن هذا بدوره لا يمنع أن تتواجد الأضرار في مرحلة تنفيذ العقد وبالتالي لابد من وسائل يتم العمل بها للحد من تفاقم الأضرار وعدم تواتره فيلجأ إليها المضرور للتقليل من الضرر أو منعه، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل من خلال تقسيمه على مبحثين،سنتطرق في المبحث الأول الوسيلة الوقائية في المدة، وفي المبحث الثاني الوسائل الوقائية في مرحلة التنفيذ وعلى النحو الآتي :

المبحث الأول

ماهية الوسيلة الوقائية في المدة السابقة على التعاقد

تعد الوسيلة الوقائية في المدة السابقة على التعاقد من الوسائل القانونية المستحدثة في مجال حماية المتعاقد، وهذه الوسائل تؤدي إلى الحفاظ على العقد، ومنح أكبر حماية حقيقية للمتعاقدين في ضوء التطور الحاصل في مفهوم العقود، من خلال إعطاء معالجة وقائية جديدة لعدم التوازن العقدي، وكنتيجة لبروز أنواع جديدة من العقود لم تكن في حيز الوجود، مما أدى إلى تطور في أنواع الحماية القانونية، والتي تعتبر حصانة ضد أي حائل يزيل العقد وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث من خلال تقسيمه على مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول التعريف بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وفي المطلب الثاني أساس الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

المطلب الأول

التعريف بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد

حتى يتم التوقي من الأضرار التي تنتج نتيجة تطور العمليات الحاصلة في التعاقد، لهذا لابد من ترتيب بعض الالتزامات التي تعد حصانة حقيقية من الضرر في العقد، وهذه الالتزامات ظهرت، كنتيجة لمجاراة ما يظهر من تطور في العقود، إذ يعد الالتزام بالإعلام وسيلة وقائية لتجنب أكبر عدد من الأضرار في المدة السابقة على العقد، بسبب تشعب وتطور في العقود وهذا بدوره يزيد الأمر من التعقيد،لهذا لا بد من وجود آلية وقائية تحمي المتعاقد في المدة السابقة على التعاقد، وهذا ما سنبينه في هذا المطلب من خلال تقسيمه على فرعين، سنبين في الفرع الأول تعريف الالتزام بالإعلام وفي الفرع الثاني شروطه .

الفرع الأول

تعريف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

لمْ تنل دراسة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد حظها من الرعاية والاهتمام إلا منذ وقت قريب، ولدى تعاظم الحاجة لتحقيق قدر من الحماية للمتعاقد بصورة جدية وموضوعية في مواجهة ألأخطار التي تنشأ في ظل المتغيرات الاقتصادية والتحولات الاجتماعية والتطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة، ولاسيما جوانب الحماية المتعلقة بإرادة المتعاقد لدى إقباله على التعاقد وخاصة في المدة

قبل التعاقد، وفي هذه الأهمية البالغة لهكذا التزام[١]، فقد كانت الريادة في تطوير هكذا التزام ترجع إلى القضاء الفرنسي الذي قدم أحكامًا جريئة فيما عُرض عليه من منازعات، وسانده في ذلك فقهًا متطوراً، ونتيجة لقصور النصوص عن توفير الحماية المنشودة في التطبيق، والسبب في ذلك يعود الى إنّ تلك النصوص قد وضعت في غير الزمان الذي تطورت فيه معطيات الواقع[٢]، لهذا لابد من ذكر الآراء بخصوص تعريفه وبيان خصائصه كآلية وقائية لدرء الضرر قبل العقد وعلى النحو الآتي:

أولا: تعريف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

اختلفت تعريفات الفقهاء بالنسبة للالتزام بالإعلام كوقاية من الضرر، وحسب منظور كل منهم، فقد عرفه البعض بأنّه: ((التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين، بأنْ يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضًا سليم كامل متنور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما، إن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على هذه الاعتبارات بالتزام بالإدلاء بالبيانات))[٣]، كما عُرف بأنّه: ((نوع من الوقاية من عيوب الرضا ويمكن بالتالي إلى توسيع عيوب الرضا))[٤] وعرفه بعضٌ آخر على إنّه: ((تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون الطالب على بينه من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبًا على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد))[٥]، وأيضًا

(١) د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

(٢) أشار إلى ذلك د. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١، ص٩٤.

(٣) د. خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص٨١.

(٤) د.هادي حسين الكعبي، د.محمد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الخامسة، ٢٠١٣، ص١٩.

(٥) د. أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مصدر سابق، ص ١٠١. ينظر د. كذلك عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٢، ص٨٦.

عرف على إنّه: ((تزويد المتعاقد بالعقود الرضائية بالمعلومات الضرورية التي تسمح له باتخاذ قراره النهائي بالموافقة أو رفض التعاقد بإرادة حرة مستنيرة))[١].

وبعد بيان آراء الفقهاء لتعريف الالتزام بالإعلام فقد عرفوه من ألفاظ مختلفة، لكن المعنى الذي يصبو اليه الالتزام هو وقاية للمتعاقد من أي شائبة قد تشوب إرادته، سواء عن طريق تنبيه المتعاقد، أو تزويده بالمعلومات الخاصة بالعقد، وكذلك أن الالتزام بالوقاية لا تتحدد بعقد معين، فبعد التطورات الحاصلة في المجتمع قد تطورت كذلك أنواع العقود وبالتالي فلابد من بيان التزامات جديدة تراعي هذا التطور، ولهذا تتوصل الباحثة إلى أن الالتزام بالإعلام هو:((وقاية قانونية تسبق المدة السابقة على العقد، يلتزم من خلاله المدين بإعلام الدائن إعلامًا صادقًا وافيًا بخصوص العقد، ليتوقى من كل الأضرار التي قد تلحق بالتعاقد)).

وأما موقف المشرع العراقي فإنّه يخلو من نص ينظم المدة قبل التعاقد،أي مرحلة المفاوضات بشكل عام، والالتزام بالإعلام بشكل خاص، أي تخلو هذه المدة من وسائل وقائية تقي المقبل على التعاقد من الضرر، لذلك ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة في نظرية الغلط، ولا سيما المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص:((لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده))، فعلى وفق هذه المادة ولأجل التمسك بالغلط أن يكون مشترك بين الطرفين أو يكون الطرف الذي لم يقع في الغلط على علم به، أو كان في وسعه أن يعلم ففي الحالتين يكون الغلط فرديا وكان الطرف الآخر على علم به، فليس له أن يتذمر من التمسك بإبطال العقد فهو سيء النية، إذ كان على علم بان الطرف الآخر قد وقع في الغلط ولم يوجه نظره اليه، فهو مقصر في عدم إدراك انه يتفاوض مع طرف آخر واقع في الغلط[٢]، على إعتبار إتصال هكذا إلتزام بسلامة الرضا فعيوب فعيوب الإرادة شأنها شأن الالتزام باعلام قبل التعاقد فأن نطاقهما يكون في الفترة السابقة على إبرام العقد، فأنه يلزم لإنعقاد القعد وجود رضاً مستنير، ولن يكون ذلك إلا إذا تحقق المتعاقد خلال هذه المرحلة إمكانية الالمام بالعقد المزمع إبرامه [٣]، وهذا النص مماثل لما جاءت به التشريعات

(١) د.عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال بها (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٠٥.

(٢) د.يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص١٧٥ وما بعدها.

(٣) د. هادي حسين الكعبي ، د. محمد ، جعفر هادي ، مصدر سابق ، ص٧٨ .

المقارنة [١]، والتي تشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة داخلًا في نطاق التعاقد، أي إن الطرف الآخر يكون واقع في نفس الغلط أو على علم به، أو من السهل أن يتبينه، ويذهب جانب من الفقه المصري إلى إنّ المشرع المصري قد نص على الالتزام بالإعلام ولو بصورة ضمنية عندما نص في المادة (١٢٥/ ٢) إن السكوت العمدي عن واقعة يعتبر تدليسًا، وهو ما أعده هذا الجانب إقرار من قبل المشرع لفكرة الالتزام بالإعلام سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه[٢].

أما القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، فإنه لم يعالج الالتزام بالإعلام بنص خاص، ولكن الفقه والقضاء في فرنسا متفق على وجود التزام سابق على التعاقد[٣].

لكن القضاء الفرنسي أقر في آخر مراحل تطوره بوجود التزام عام بالمصارحة والشفافية في التفاوض، وقد أيده في ذلك الفقه الفرنسي الحديث، وبديهي إن مضمون البيانات والمعلومات التي يجب الإفضاء أثناء التفاوض، يختلف باختلاف الشيء الذي يرد عليه العقد المتفاوض عليه[٤].

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على وجود الالتزام بالإعلام في جانب البائع، حيث نقضت حكم لمحكمة الاستئناف قد صدر ضد بائع مجوهرات كان يطلب فيه فسخ عقد البيع لنظام امن ضد السرقة لكونه غير متفق مع الشروط المفروضة في كراسة الشروط المفروضة في كراسة الشروط المفروضة من جانب شركة التامين و أكدت في هذا الحكم على وجود التزام بالإعلام والنصح في جانب البائع ولاسيما انه متخصص في مجال أجهزة الإنذار[٥].

وفي ظل تحقيق الحماية القانونية والتي يكون لها دور فعال في الفترة قبل التعاقدية ودور الالتزام بالإعلام كدور يقي المراكز القانونية من عوامل الانهيار فقد أشار المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ٢٠١٦إلى الالتزام بالإعلام، وبيان حدوده، وعبئ إثباته[٦]،

---

(١) ينظر نص المادة (١٢٠) من القانون المدني المصري، والمادة (١١١٠) قبل التعديل من القانون المدني الفرنسي، والمادة (١١٣٠) الخاصة بعيوب الرضا من تعديل القانون الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٢) د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص ١٨٠.

(٣)أشار الى ذلك د. طارق كاظم عجيل، المصدر نفسه، ص ١٧٩.

(٤)أشار الى ذلك د. عبد العزيز المرسي، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٥)أشار الى ذلك د. إبراهيم سيد احمد، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٦) ينظر نص المادة (١/١١١٢) من قانون التعديل الفرنسي ٢٠١٦.

وبذلك أصبح التزامًا قانونيًا بنص القانون[١]، وإعتبارهتقنية أساسية وفعالة لتحقيق التوازن الذي يمكن من خلاله للطرف الضعيف من الوقوف على ملائمة العقد لمصالحه[٢].

فتدخل المشرع لحماية المتعاقد من خلال فرض التزامات على عاتق المدين بها، من شأنه تنوير رضاء المتعاقد، وتوفير حماية وقائية من التلآعبات والحيل التي قد يلجأ بها الدائن بها ومتى ما أخل بها عن طريق تقديم معلومات كاذبة أو ناقصة، يحق للمتعاقد رفع دعوى الإبطال، على أساس المساس بالنظام التشريعي الوقائي[٣]، لذلك نوصي المشرع العراقي أن ينظم هكذا التزام وقائي يحافظ على مصلحة المتعاقدين، وينور إرادتهم فيما يخدم مصالحهم، إسوةً مع ما اتجه إلى المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني الفرنسي، ونقترح نص يبين هكذا التزام على إنه: ((يجب على المتعاقد إعلام المتعاقد الآخر بكل ما يخص العقد إبتداء من مرحلة المفاوضات وإنتهاء بمرحلة التنفيذ)).

كونه وسيلة قانونية وقائية تهدف إلى الحد من السرعة التي تجري بالمعاملات على نحو يستطيع معه المتعاقد من إعمال التدبر والتأني لدى أبرام العقد، بما يتضمن منحه فرصة كافية للإطلاع على العقد ودراسة شروطه وإزالة غموض بنوده[٤]. والوقاية من أضراره.

ثانيا: خصائص الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

بوصف إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد إحدى الوسائل الوقائية، لابد من توفر عدة خصائص به تجعله يتمتع بالوقائية في العقود، وهذا ما نتطرق إليه في هذا البند وعلى النحو الآتي:

١- تحوط الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

ليس ثمة شك في إن الالتزام بالوقاية، عن طريق الإعلام قبل التعاقد في مجال التعامل، والتزام المدينين به، من شأنه أن يحفظ العقود من عوامل الانهيار ودواعي الإبطال بعد قيامها، لهذا

(١) د. شحاته غريب محمد شلقامي، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٥.

(٢) د.محمد جاسم محمد العتابي، مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية (دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة الى القانونين الأمريكي والفرنسي)، الطبعة الأولى، مكتبة القانون المقارن للنشر والتوزيع، بغداد، العراق، ٢٠٢١، ص١٤٢.

(٣) تماني جميلة، الغش في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٩، ص٤٠٤ وما بعدها.

(٤) د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص٣١٦.

فقد أشار رأي في الفقه الفرنسي إلى الدور الوقائي الذي يلعبه هذا الالتزام في مجال العقود بقوله إن أداء المدين لالتزامه بالإعلام قبل التعاقد من شأنه إن يؤدي إلى تفادي الحكم بإبطال العقد للغلط أو التدليس، حيث يترتب على احترامه ومراعاته، تنوير رضاء الطرف الآخر فيضحى رضاًء حرًا مستنيرًا، وبالتالي فقد بات وفاء المدين بهذا الالتزام عنصرًا جوهريًا في رضاء الدائن بالعقد وفي مدى صحته ونزاهته[١].

ويذهب رأي في الفقه إن شرط العلم بالمبيع شرط مستقل لصحة رضاء المشتري، ويرجع إلى هذا الرأي الفضل في تنبيه الأذهان إلى إن المشرع أراد في ذلك إضفاء قدرًا اكبر من الحماية على رضاء المشتري يتجاوز القدر الذي تكفله القواعد العامة، فالمشتري لاشك انه الطرف الضعيف في علاقات البيع مثلًا، بصفة خاصة في المرحلة الحالية التي تتسم فيها ظروف التعاقد على البيع بانعدام المساواة بين البائع والمشتري سواء المساواة الاقتصادية أو المساواة الفنية أي في مواجهة المعلومات، فالبائع أصبح بائعًا محترفًا أو مهنيًا يعلم دقائق السلعة التي يعرضها للبيع بينما المشتري مجرد مستهلك لهذه السلعة يجهل خصائصها ومكوناتها، ومن هنا تبدوا أهمية القول بتجاوز الحماية التقليدية لرضاء المشتري عن طريق عيوب الرضا المعروفة واشتراط علمه بالمبيع لضمان سلامة الرضاء الصادر منه وجعله أكثر تنويرًا، وهذا في الواقع يتفق مع الاتجاهات الحديثة في القضاء والتشريع المقارن والتي تسعى إلى مواجهة انعدام المساواة المشار إليها خارج النطاق التقليدي لعيوب الرضا كوسيلة تقليدية لحماية الإرادة التعاقدية[٢].

لهذا فالهدف الأسمى والرئيسي لهذه الحماية هو وقاية المتعاقد، كسياسة تشريعية، أن يكون القضاء على مصدر الضرر، أي على الأسباب التي يؤدي إجتماعها تحققه، وليس مجرد التعويض عنه[٣].

٢- الالتزام بالإعلام التزام عام

إن التطور الهائل الذي يشهده الالتزام بالإعلام في الوقت الحاضر، والاهتمام الخاص الذي يوليه القضاء إياه جعل نطاقه يمتد بحيث يشمل مجالات متعددة، ويغطي مجالات متعددة، ويغطي

---

(١) أشار الى ذلك د.خالد جمال احمد، مصدر سابق، ص ٣٣٨.

(٢) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (العقود المسماة ، البيع ، التامين، الإيجار)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥، ص ٩٧ وما بعدها.

(٣) عبد الحميد الديسطي عبد الحميد، آليات حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٨ ، ص٢٨٦ .

علاقات قانونية من كل نوع[١]، فلجوء المشرع إلى تدابير وقائية من خلال تقنينه لنظام عام حمائي، والوقاية تنتج من تدخل المشرع من خلال تحقيق التوازن وتوقي الاختلال، فالتعاقد بالطريقة التقليدية يكاد يتجاوزه الزمن ولم يعد الطريقة الوحيدة والمثلى فشروط وظروف العملية التعاقدية تغيرت، وأصبحت معقدة كونها متعلقة بسلع وخدمات فنية وتقنية لا تسمح للمتعاقد التعرف عليها والاختيار بمحض إرادته في شأنها والوقوف على محتواها، لهذا ساهمت هذه العوامل على فرض التزام وقائي وجعلته واجب التعميم على كل العقود من أجل التوازن والشفافية في العلاقات العقدية[٢]،والذي يعبر عن إرادة المشرع في إستعادة التوازن الذي قد يختل بسبب غياب المعلومات التي لها دور في محتوى العقد[٣].

لهذا فقد حاز هذا الالتزام على نسبة كبيرة من الشمولية في جميع المعاملات[٤]، فالالتزام بالإعلام هو التزام سابق على إبرام كل أنواع العقود فهو ليس التزام بعقد معين[٥]، متى توافرت شروطه وعناصر نشأته و قيامه في المدة السابقة على إنشاء هذه العقود[٦] .

وذلك من أجل تحقيق حماية حقيقية للمتعاقدين، ويجب أن تكون هذه القواعد لها طابع قانوني شامل، وقائي في المقام الأول للحد من الأضرار[٧] .

ولقد أشار رأي في الفقه إلى عمومية وشمولية هذا الالتزام، لكل العقود في المراحل السابقة على إبرامها ففي الفقه الفرنسي فقد أشارت إحدى الباحثات الفرنسية إلى تلك الصفة بقولها:((انه يقع على عاتق عارض الإيجاب في أي عقد بصفة عامة، وفي عقود الإذعان بصفة خاصة، التزام بالإعلام قبل التعاقد في مواجهة الطرف الآخر، فيلتزم بمقتضاه في بعض الحالات بالتزام سلبي

---

(١) د. ثروت عبد الحميد، الأضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد أو الملوث (وسائل الحماية منها ومشكلات التعويض عنها)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٩٧.

(٢)عرعارة عسالي، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(3)M. Mohamed LACHACHI , L'Équilibre du contract de consummation (Etude comparative) , Mèmoireprèsentè et soutenu pour l'obtention du diplòme de Magister en droitprivè , UNIVERSITÉDORAN , 2012- 2013 , p.63

(٤) د. عبد المنعم موسى إبراهيم، مصدر سابق، ص٧.

(٥) بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٨، ص ٢٩.

(٦) د.خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص ٨٧.

(٧) عبد الحميد الديسيوطي عبد الحميد، مصدر سابق، ص٣٠٥.

بعدم إخفاء أي شرط من الشروط الجوهرية في العقد عن الطرف الآخر، وبالتزام ايجابي في خالات أخرى بجذب انتباهه إلى بعض أو كل الشروط الجوهرية في العقد المزمع إبرامه))[١].

لذلك ساهمت عوامل عدة للجوء إلى وسيلة وقائية عامة تقي المتعاقد من الأضرار التي تلحق به في المدة السابقة على التعاقد.

٣- الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي التزام مستقل

أصبح لهذا الالتزام أهمية كبيرة، وهي في تزايد والذي يصاغ بهدف توجيه قرار الطرف الآخر، وقد كان هذا الالتزام لوقت قريب، منظورًا إليه على أنه مجرد مظهر من مظاهر ضمان العيوب الخفية، أما اليوم فقد تأكدت استقلاليته بصورة جلية[٢].

فالمكانة العظمى التي تحظى بها هذه الخاصية من بين خصائص الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، إذ إنها تبرز وتسوغ فكرة المناداة بحتمية وضرورة إيجاد نظرية عامة جديدة في مجال الالتزامات لالتزام جديد، مع إمكانية إدخاله وإدراجه في بوتقة أحد النظريات القائمة كنظرية عيوب الرضا أو الضمان، فخاصية الاستقلال التي يتسم بها هذا الالتزام تفرده وتميزه عن غيره من الالتزامات التي قد تقترب منه أو تتشابه معه في جوانب ما من الجوانب، بالقدر الذي يبرز له ذاتيته الخاصة، ولقد كان الرأي السائد في الفقه الفرنسي يميل في بداية الأمر إلى دراسة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في إطار نظرية عيوب الرضا، على أساس أنه يمكن من خلاله تفادى وقوع المتعاقد في الغلط، إذا ما بادر المتعاقد الآخر إلى تحذيره من الوهم الذي قد يثور في ذهنه حول الصفة الجوهرية في الشيء أو الشخص، والتي هي كانت الدافع إلى تعاقده[٣].

إلا أن هذا الرأي جدير بالانتقاد، لأن ما يكمن وراء هذه النصوص التقليدية لا يستقيم مع فكرة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية إلا بطريقة جزئية وغير مقصودة في حد ذاتها، فالنظرية التقليدية في القانون المدني تحمي المتعاقد إذا تصادف وجوده في مركز من مراكز الحماية القانونية العامة التي حددتها وفقاً لأوصافها وشروطها، فضلًا عما تقدم فأن هذه النظرية التقليدية قاصرة عن توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف بسبب شدة شروط تطبيقها وصعوبة الإثبات، لهذا نجد أن

(١) أشار إلى ذلك د.خالد جمال احمد، مصدر سابق ،ص ٣٣٦ وما بعدها،

(٢) د. عبد المنعم موسى إبراهيم،حسن النية في العقود، مصدر السابق، ص ١٥٧ وما بعدها.

(٣) أشار الى ذلك د. خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص ٣٤٧ وما بعدها.

الالتزام بالإعلام قبل التعاقد قد يزيل هذه الصعوبة[١]، نتيجة الدور الوقائي المخول له في مواجهة التفاوت الاقتصادي والمعرفي والعمل على استقرار العقد[٢].

لهذا قد يتبادر للوهلة الأولى بان نظرية عيوب الإرادة وضمان العيوب الخفية تكفلان قدراً من الحماية مما يغني عن فرض هذا الالتزام، تأسيساً على إن المتعاقد الذي دفع في الغلط أو التغرير يمكن أن يطلب نقض العقد للغلط أو التغرير بحجة أن المتعاقد الأول لم يزوده عمدًا (الكتمان الغشي) بمعلومات تعد مؤثرة في رضائه، ورغم وجاهة هذا الرأي إلا إن تقرير هذا الالتزام يسهم إلى حد كبير في توفير الحماية الكافية للدائن بهذا الالتزام والتي يصعب توفيرها له من خلال تلك النظريات التقليدية وذلك لصعوبة إثبات شروطها من حيث أقدمية العيب وجسامته وكونه مؤثرًا وخفيًا كما في نظرية العيوب الخفية، في حين يكفي الدائن أن يثبت إخلال المدين التزامه بالإعلام عن البيانات الأساسية للشيء محل التعاقد، وإن كان إهمالا، حتى تترتب مسؤوليته، فضلا عن أن تلك النظريات التقليدية تعالج الحالات عند إبرام العقد وليس قبله، أي إن الالتزام به في مرحلة المفاوضات السابقة على العقد يؤدي الدور الوقائي يترتب على الوفاء به استقرار المراكز القانونية[٣].

وتؤيد الباحثة الرأي الذي يرى إن الالتزام بالإعلام أو بتقديم المعلومات كوقاية من الضرر، هو مستقل له ذاتية مستقلة وهو التزام ايجابي ينشأ في فترة التفاوض على العقد ويقف إلى جانب الالتزام السلبي بعدم الغش أو التضليل وهو يلعب دورًا ايجابيًا في تكملة نظرية عيوب الإرادة بعد أن ثبت قصورها عن تحقيق الحماية الفعالة للأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد وهو يستند على مبدأ حسن النية[٤]، فنطاقه يتسع ليشمل كل شيء نزولا من مبدأ حسن النية واحتراما لقواعد العدالة وارتضاء للاتجاه الحمائي المتنامي[٥]، لحماية حقوق الأطراف في ظل تطور أنواع العقود.

---

(١) ماجستير. إسراء خضير مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، بابل، العراق، ٢٠١٩، ص ٨٩.

(٢) د.محمد جاسم محمد العتابي، مصدر سابق، ص١٤٣.

(٣) د.هلدير أسعد أحمد، محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص١٥٨.

(٤) د.يونس صلاح الدين علي، مصدرسابق، ص ١٨٠.

(٥) د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، بلا دار نشر، ١٩٩٥، القاهرة، ص٢٢.

الفرع الثاني

شروط الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

أن ألالتزام بالأعلام قبل التعاقد كوسيلة وقائية لا ينهض إلا إذا توافرت به شروط معينة تتمثل في أهمية المعلومات بالنسبة للعاقد، ومشروعية جهل الدائن بحقيقة المعلومات المتصلة بالعقد، وهذا ما سنتطرق له في هذا الفرع:

أولا: معرفة المدين بالمعلومات ومدى أهميتها بالنسبة لرضاء للدائن

يلزم أن يكون المدين عالمًا بالبيانات و المعلومات التي يلزمه المشرع بتقديمها للدائن، ولاشك هنا أن العلم المطلوب هنا هو العلم السابق على التعاقد أو على الأقل لحظة إبرام العقد، وهذا الأمر لا يتحقق إلا بفرض التزام سابق على التعاقد، مما يهيئ للطرف الآخر علمًا نافيًا للجهالة الفاحشة[١]، للتوقي من أي ضرر قد يلحق بالعقد.

وهنا على البائع تبصير المشتري بكل المعلومات التي تتعلق بالخصائص والأوصاف المادية للشيء المبيع حتى تكون صورته واضحة وصحيحة في ذهن المشتري، بما يمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد عن إرادة متبصرة بمدى ملائمة المبيع لتحقيق احتياجاته[٢]، بحيث إذا قرر التعاقد فإن إرادته تكون كاملة للتنوير[٣].

ولقد أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية على ضرورة توافر شرط العلم والمعرفة لدى المدين بالمعلومات كشرطُ لازم وضروري لوجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد على عاتقه، حيث أعلنت في واحدة من أحكامها على:((أن الالتزام بالإعلام الواجب على مختبرات أو معامل الأدوية فيما يتعلق بموانع الاستعمال والآثار الجانبية الخاصة بالأدوية لا يمكن أن يوجد إلا فيما يتعلق بما هو معروف فعلاً لديها من هذه المعلومات لحظة دخول هذه الأدوية بالأسواق، فمنذ هذا التاريخ تكون مختبرات ومعامل الأدوية مسؤلة عن الإخلال الواقع منها بخصوص أدائها لدورها الإعلامي عن هذه المعلومات))[٤].

---

(١) د.حامد شاكر محمود الطائي، مصدر سابق، ص١٤٦.

(٢) أمل كاظم سعود، الالتزام بالتعاون بالعقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٧، ص١٥٠.

(٣) د.فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك (دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد إلكترونيا)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص ٦١.

(٤) أشار الى ذلك د. خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص٢٧٧.

لهذا فإنّ هناك نوعين من البيانات الواجب توافرها للوقاية من الضرر وهما:

١- علم البائع ببيانات والأوصاف المتعلقة بالمبيع

إن معرفة المدين بمضمون المعلومات المتصلة بالعقد تمثل جانبًا مهمًا من جانبي الشرط الأول اللازم لنشأة وميلاد الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في مجال التعامل، فمن غير المقبول أن نلزم أحد الراغبين في التعاقد بإعلام الطرف الآخر عن معلومات هو يجهلها في الأصل[١].

فيجب على البائعأن يكون عالمًا ببيانات وأوصاف المبيع، ومن ثم إذا كان كلا المتعاقدين جاهلًا بحقيقة المبيع فلا يمكن تحميل أحدهما بالالتزام بالإعلام وبالتالي إذا أراد المشتري التمسك بطلب الإبطال للغلط الجوهري[٢].

٢- استعلام البائع عن البيانات المتعلقة بالعقد

قد لا يكون البائع في بعض الأحيان عالماً ببيانات ومواصفات المبيع، ولكن من السهل عليه تحصيل ذلك، ومن ثم يقع عليه الالتزام بالاستعلام عن هذه البيانات والمواصفات[٣].

فإذا كان المدين بالالتزام بالإعلام شخصًا مهنيًا فانه يكون ملتزمًا تجاه دائنه بالاستعلام عن جميع المعلومات التي يريدها هذا الدائن سواء أكانت هذه المعلومات جوهرية أم غير جوهرية، فنية أم غير فنية، بسيطة أم معقدة، وذلك على أساس أن المدين يفترض فيه الأصل،إنّه يحيط علمًا بكل المعلومات المتصلة بموضوع التعاقد الذي يدخل في نطاق مهنته[٤] .

ثانيًا: جهل الدائن بحقيقة المبيع جهلًا مشروعًا

يمثل جهل الدائن بالمعلومات المتصلة بموضوع التعاقد المزمع إبرامه الشرط الثاني لنشأة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ووجوده في محيط التعامل، فلا يكفي لقيام هذا الالتزام علم أحد الراغبين في التعاقد ومعرفته بالمعلومات المتصلة بالعقد ومدى أهميتها للطرف الآخر، بل ينبغي أيضاً الى جانب ذلك أن يكون الطرف الآخر جاهلًا بها، حيث إنّه لا ينبغي أن تكون للراغب في التعاقد صفة الدائن بالالتزام قبل التعاقد بشأن معلومات يعرفها أو يمكنه معرفتها عن طريق الاستعلام عنها، فالالتزام بالإعلام قبل التعاقد قصد به وقاية لمعالجة حالات الاختلال الكبير في

---

(١) د. خالد جمال أحمد، مصدر سابق ، ص٢٧٧.

(٢) د. أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٣) المصدر نفسه ، ص١٤١.

(٤) د.خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص٢٨٦.

مستوى الدراية والمعرفة بين الراغبين بالتعاقد بشأن العلم بموضوع التعاقد، ولهذا ينبغي لوجوده أن يحوز أحدهما معلومات هامة لها اتصال بالعقد ويجهلها الآخر، والإحاطة بكل المعلومات الجوهرية المتصلة بموضوع التعاقد ويكون الآخر في مستوى أدنى بحيث يجهل جميع أو معظم هذه المعلومات، ومن ثم فأنه إذا انتفت هذه الفجوة وتوافرت لدى الطرفين معا وسائل العلم ومنافذ المعرفة بالمعلومات المتصلة بالعقد، وتوافرت لدى الطرفيين معًا وسائل العلم ومنافذ المعرفة بالمعلومات المتصلة بالعقد فانه عند ذلك تنتفي الحكمة من فرض هذا الالتزام(١).

فالقاعدة العامة في هذا المجال إنّه لا يجوز للمتعاقد أن يتذرع بالجهل في أي حالة ليلقي على الطرف ألآخر الالتزام بالإعلام ويحمله جزاء الإخلال به، بل الأصل أن كل متعاقد عليه أن يبذل جهده المعقول للتحري عن البيانات والمعلومات التي تتعلق بالعقد الذي يريد إبرامه، أي عليه الاستعلام عن ذلك، ومع ذلك فان هذا الاستعلام المطلوب من المتعاقد قد تحول من دونه اعتبارات وحالات تجعله مستحيلًا إذ يكون جهل المتعاقد بالبيانات جهلًا مشروعًا يسوغ التزام المتعاقد ألآخر في هذه الحالات بإعلامه البيانات إلا كان مسؤلًا(٢).

وقد يثار في هذا الشأن تساؤل فيما إذا كان في إمكان المتضرر أن يستعلم ويتقصى بنفسه عن المعلومات قبل التعاقد، والتي يقدم من خلالها على التعاقد؟ وحول ما إذا كان تقاعسه عن الاستعلام يفسر على كونه تقصير يتحمل هو تبعته؟

أن الإجابة عن التساؤلات المارة الذكر لابد أن نبين أن هناك استحالة تحول دون أن يستعلم المتعاقد عن المعلومات تبرر جهله المشروع وكذلك الجهل المستند إلى الثقة المشروعة وهذا ما سنبينه في الاعتبارات الآتية:

الاعتبار الأول: الجهل المستند إلى استحالة علم المتعاقد بالمعلومات المطلوبة وهذه الاستحالة قد تكون استحالة موضوعية أو استحالة شخصية(٣).

ويقصد بالاستحالة الموضوعية هي: ((الحالات التي يستحيل على المتعاقد أن يعلم كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالشئ محل العقد المراد إبرامه، والمجال الخصب لهذا التطبيق هو

(١)د.خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص٢٩٤ وما بعدها.

(٢) د. محمد صديق محمد عبد الله، حسان علي مسلم، الالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثامن عشر، العدد الثالث والستين، السنة العشرين، ٢٠١٣، ص٢٢٨.

(٣) د.سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ ، ص٢٤.

العقود التي تكون محلها إعطاء شيء كعقدي البيع والإيجار))[١]، أي العقود التي تكون محلها وموضوعاتها من الأشياء التي تكون في حيازة المتعاقد وتحت سيطرته وهيمنته بالقدر الذي يحجب عن الطرف الآخر سبيل الاستعلام عنها لمعرفة المعلومات الهامة والجوهرية المتصلة بها، أي في العقود التي يلتزم فيها أحد الراغبين في التعاقد وإعطاء شيء في حيازته للطرف ألآخر، فيقع على عاتق الأول التزام بالإعطاء في مواجهة الثاني[٢].

فوجود محل التعاقد في حيازة أحد الطرفين قد يعوق قيام الآخر بواجبه بالاستعلام عنه[٣]، فلا يكون البائع موفيًا بالتزامه بالإعلام، لمجرد قيامه بإخبار المشتري عن الطريقة المثلى لاستعمال الشيء، بل يلزم فضلًا عن ذلك، بأن يحيط المشتري بالمخاطر التي قد تترتب عن استعمال الشيء أو على حيازته، و الإحتياطات الكفيلة بالوقاية من هذه المخاطر[٤]؛ لأنه في بعض الأحيان ان طبيعة الشيء محل العقد المرتقب أو الظروف المحيطة بالعقد قد تفرض عليه فضلا عن ذلك ان يقوم بتحذير الطرف الآخر أو يلفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية مرتبة على العقد، وذلك من أجل أن يتمكن الطرف الآخر من اتخاذ الأوضاع الوقائية المناسبة لتفادي مثل تلك الأوضاع الخطرة[٥].

ومن التطبيقات على هذا النوع كذلك التي تحول دون علم المتعاقد بالبيانات، كما في عقود الإذعان التي يكون فيها الطرف القوي يحوز أو يحتكر حكماً أو قانوناً للسلع أو الخدمات التي يصبح من الصعب و العسير جداً أن لمْ يكن مستحيلاً أن يتمكن المتعاقد كطرف ضعيف من معرفة الصفات والمميزات وخصائص السلع والخدمات محل التعاقد، فكما هو معروف أن الطرف القوي في هذه العقود هو في وضع يمكنه من فرض شروطه الخاصة، بحيث لا تتيح للطرف الضعيف التعرف على خصائصه وأوصافه أساسية[٦]، لكي يتوقى من ضررها.

---

(١)د.سعيد سعد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص ٢٤.

(٢) د.خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص٣٠١ وما بعدها.

(٣) د.شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني،(دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في النظاميين القانونيين المصري والفرنسي)، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٤٨.

(٤) سماهر منصور عبد الله صوان، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٩، ص٨٢.

(٥) د.يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص ١٨٢.

(٦) ماجستير.إسراء خضير مظلوم الشمري، مصدر سابق، ص١١٠ وما بعدها.

أما الاستحالة الشخصية فإذا كان في الأصل أن كل من يرغب في التعامل مع الغير على شيء ما من ألأشياء عليه أن يستعلم بنفسه عن كل ما يتصل به من المعلومات الجوهرية، وليس له الحق في التقاعس عن أداء واجبه في الاستعلام عن مثل هذه المعلومات، منتظرًا من الطرف الآخر أن يبادره يتقدم هذه المعلومات اليه، ما دام أنه يملك معرفة هذه المعلومات أو يملك وسائل الاستعلام عنها، بيد أن الأمر يختلف، إذا ما حالت دون الراغب في التعاقد ظروف شخصية أو أسباب خاصة تمنع أو تبرر لنا عدم قيامه بالاستعلام عن هذه المعلومات[١].

فتتحقق الاستحالة الشخصية في حالة وجود ظروف شخصية أو أسباب خاصة بالمتعاقد تبرر عدم قيامه بالاستعلام عن البيانات والمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المزمع إبرامها، وتجد هذه الإستحالة خير تطبيق لها عندما يكون المقبل على التعاقد عديم الدراية أو قليل الخبرة بموضوع المعاملة[٢]، فالشخص البسيط لا يمكنه الإلمام بجميع البيانات والمعلومات الجوهرية في العقود التي تبرمها، وخاصة ما تعلق بالبيانات الفنية الدقيقة لكل عقد[٣].

الاعتبار الثاني: الجهل المستند إلى الثقة المشروعة

أن الثقة المشروعة في هذا الصدد، إما بسبب طبيعة العقد أو بسبب صفة أو اعتبار أحد المتعاقدين[٤]، إلا إنها غالباً ما تكون بسبب أحد العاقدين حيث إن ذلك هو المجال الخصب لقيام الالتزام بالإعلام والإفصاح بالمعلومات المتعلقة بالعقد حيث لا يوجد تعادل في المراكز العقدية بين الطرفين وخاصة حينما يكون أحد الطرفين محترفاً أو صانعاً أو فنياً[٥]، فالعقد ليس هو مصدر الالتزام ذاته، ولكنه يعبر عن وجود رابطة ثقة، فعندما أثق بالمتعاقد الآخر، إذن فأنا أتعاقد معه، فالثقة هي الواقعة المولدة للالتزام الجديد حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد[٦].

فالفقه والقضاء قد استقرا على ألاعتراف بوجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في العقود التي تفرض ثقة خاصة بين أطرافها،والتي تفرضها طبيعة التعاقد مثل عقد الوكالة، والتي ينبغي فيها

---

(١) د.خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص٣١٩ وما بعدها.

(٢) ماجستير. إسراء خضير مظلوم الشمري، مصدر سابق، ص ١١١.

(٣) بن سالم المختار، مصدر سابق، ص ٤١.

(٤) د.سعيد سعد عبد السلام، مصدر سابق، ص٢٧.

(٥) د. أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مصدر سابق، ص١٣٩ وما بعدها.

(٦) د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، (دراسة قضائية فقهية مقارنة، بين القانون الفرنسي والبلجيكي والمصري)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٢٢٣.

على كل متعاقد أن يفضي بالمعلومات الجوهرية التي تهمه من تلقاء نفسه، ولا يطالب ألآخر بالاستعلام عن مثل هذه المعلومات، نظرًا لما تقتضيه طبيعة هذه العقود من ثقة متبادلة، وأمانة في تقديم المعلومات من جانب أطرافها إلى بعضهم البعض، فهنالك نوع من العقود المستندة إلى صفة أطرافها، أي ما يحدث في محيط التعامل عندما يودع أحد الراغبين في التعاقد ثقته مراعاة الطرف الآخر مراعاة لصفة خاصة به، كالوضع المتميز الذي يتمتع به الطرف الأقوى في عقود الإذعان نتيجة لمركزه الاقتصادي القوي وقدرته الفائقة على الإحاطة والإلمام بمضامين العقود التي يبرمها، فقد أضاف التقدم العلمي الذي لحق جوانب حياة التعامل لأصحاب المراكز الاقتصادية قوة جديدة إلى جوار قوتهم الاقتصادية، ألا وهي القوة العلمية التي تكفل لهم الإلمام الشامل والدراية الكافية بكل ما يتصل بموضوعات العقود لتي يبرمونها من معلومات، مما ساعد أن يتخذ ألإذعان طابعًا مزدوجًا يكون فيه أحد طرفي العقد المزمع إبرامه شخصا طبيعيًا أم اعتباريًا على مستوى عال من المعرفة التامة بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد، الى جانب مركزه الاقتصادي المرتفع، في حين الطرف الآخر شخص ذو مكانة ضعيفة من حيث مركزه، وأيضًا في مستوى الدراية بالمعلومات المتصلة بالعقد، لهذا من الطبيعي أن يودع الطرف المذعن ثقته في الطرف الآخر نظرًا لما يحظى به الأخير من مقومات العلم والدراية[١]، لذلك بدأ القضاء حديثا يتجه نحو الإقرار بأن للمتعاقد ان يشكو أن من قبوله للتعاقد قد افتقد الأساس، وذلك في مرة يثبت فيها ان المتعاقد الآخر قد خان الثقة التي وضعها فيها المتعاقد الآخر[٢] .

(١) د.خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص٣٢٥ وما بعدها.

(٢) د.عبد المنعم موسى إبراهيم،حسن النية في العقود، مصدر سابق، ص٣٨.

المطلب الثاني

أساس الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وأثره

ليس هناك شك ان تحديد الأساس للالتزام بالإعلام أهمية كبيرة، إذ إنه يمثل الإسناد لما يمثله هذه الالتزام، وتظهر أهميته الأساس لبيان تقريره إلى حيز الوجود في الحياة القانونية، كوقاية من الضرر الذي يصيب العقد، أما اذا خالف المتعاقد هذه الإجراءات وعدم الالتزام بها فان ذلك يرتب عليه آثرا، لذلك فانه من الأهمية بيان الأساس القانوني له في الفرع الأول، في الفرع الثاني الأثر المترتب عليه وعلى هذا النحو الآتي:

الفرع الأول

أساس الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

إنّ لكل التزام ينشأ لابد من أساس يستند عليه، وخاصة في مرحلة المفاوضات التي لا يوجد نص قانوني يلزم الأطراف بالقيام بإعلام المتعاقد بالبيانات والمعلومات التي تدفع الضرر، لهذا من المهم التطرق لأساس هذه الوسيلة الوقائية في المرحلة السابقة على التعاقد، وهذا ما سنتطرق له في هذا الفرع من خلال تقسيمه إلى فقرتين، وعلى النحو الآتي:

أولا:الأساس الأخلاقي للالتزام بالإعلام قبل التعاقد

توجد في كل مجتمع عدة أفكار،(مصدرها ما استقر في ضمير الجماعة)، عن الخير والشر، ويسهم في تكوين هذه الأفكار عوامل مختلفة وبحيث تكون هذه الأفكار المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع، وهذه المثل العليا هي الأخلاق[١].

ويرى البعض إنّ ألأخلاق هي: ((مجموعة القواعد التي تحكم سلوك ألأفراد على أساس التمييز بين الخير والشر))[٢]، أي إنها تعني القيم الفاضلة بالمجتمع، أو القيم التي تقرها الأكثرية الخيرة من أبناء المجتمع وتهدف تجريد الإنسان من الأنانية و الإستغلال والتحلي بالصدق وحسن

(١) د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الطبعة الرابعة عشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٣، ص٣٠.

(٢) د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مصدر سابق، ص٦٧.

النية[١]، فلقد اعتبر واحدًا من الفقهاء إنّ تقيم تصرفات الإنسان من وجهة نظر الأخلاق لا يكون فقط بالنسبة للشخص نفسه، أي بعبارة أخرى ما يجب عليه وما لا يجب، بل تقييم القانون لأفعال الشخص يجري عن طريق مقارنته بأشخاص آخرين، بحيث نبحث عن قيمة أفعاله مقارنة بالآخرين وهذا ما يمثل الأخلاق، ففكرة الالتزام بالإعلام تستمد أساسها من روح المجتمع المبني على التعاون، والنزاهة والأمانة [٢].

ولعل مما لا يمكن أن ننكره أو نجحده أنّ أي التزام من الالتزامات التي تفرض على عاتق الأفراد لأجل تحقيق مصلحة مشروعة في أي مجتمع من المجتمعات قديمًا وحديثًا، إلا و الأخلاق ركنٌ هام في قيامه وسبب أساسي ودعامة قوية في وجوده ونشأته، ولاشك أن هذا أمر طبيعي ومنطقي على أساس أن الحياة القانونية بين الأفراد يصعب إن لم يستحيل سيرها سيرًا عادلًا ومنظمًا، دون أن تكون الأخلاق نواة في بناء نواتها، وأساسًا قويًا في تنظيم شئونها، ومن ثم يعد وجود القواعد الأخلاقية في أي حياة ضرورة حتمية في بناء أنظمتها وتقنين شرائعها، ذلك أن الأفراد مهما حاولوا بشتى الطرق هدم تلك القواعد وتعطيل تطبيقها وإعمالها فيما بينهم، فإنهم عادة في نهاية المطاف يستسلمون في جانب من جوانب الحياة قل أو كثر لاحترامها ومراعاتها، فيضحى وجود الأخلاق فيهم وجود قهر وجبر لا وجود رغبة وقبول[٣].

فليس ثمة شك في أن القواعد الوضعية تتجه من وقت إلى آخر صوب إقرار الكثير من القواعد الأخلاقية ورفعها في مصاف القواعد القانونية، ومن ثم إكسابها صفة الإلزام والقهر وتوقيع جزاء رادع على كل من يخرج على مقتضياتها، ففي مجال التعاقد يسعى كل طرف في العقد إلى تحقيق غاياته ومصالحه ويبذل كل واحد منهما جل جهده ليصل من خلال تعاقده إلى تحقيق أقصى ربح ونفع في مقابل أدنى جهد وأبخس عطاء، لهذا يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الالتزام بالإعلام في مجال العقود يعكس تأثير الأخلاق أو بعض القواعد الأخلاقية في قانون العقود[٤]، فمن خلال العملبها يؤدي إلى بث روح التعاون بين المتعاقدين، وأيضًا يضمن توافر السلوك الأخلاقي فيؤدي

---

(١) د.يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، كوميت للتوزيع، ١٩٩٧، ص٢٦.

(٢) للتفصيل ينظر بن سالم المختار، مصدر سابق، ص٩٠ وما بعدها.

(٣) د.خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص١٥٤ وما بعدها.

(٤) أشار إلى ذلك المصدر نفسه، ص ١٥٨ وما بعدها.

لسلامة الرضا لحظة إبرام العقد، كما يضمن التعاون لحظة تنفيذه، ولاشك إن من ذلك ضمان استقرار المعاملات وازدهارها[١].

لهذا تتعد مظاهر الواجبات الأخلاقية في مجال الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، حيث تتخذ صور مختلفة، تمثل في حد ذاتها مراتب للواجبات الأخلاقية في مجال الوقاية وهي :

١- الالتزام بالصدق والأمانة

من القيم الرئيسية في التبادل قيمة الصدق، وهو رأسمال الأخلاق[٢]،فإنّه التزام يشير إلى الصدق قبل التعاقدي[٣]؛ لان سلامة العقد رهن بسلامة المفاوضات، وأحد مقومات هذه السلامة المحافظة على الثقة المتبادلة بين المتفاوضين والأمانة في التعامل لأنّ العقد وسيلة مدنية لتحقيق منافع متبادلة لا يجوز أنْ تتحقق إلا بالاستناد إلى دعائم خلقية شريفة، ولا يخفى التأثير الإيجابي الذي يخلقه هذا العامل من حيث خلق الانطباع الصادق والسليم واطمئنانًا بين الأطراف المتفاوضة فيما أفصحت عنه الإرادة بأنّ ظاهرها يطابق باطنها، فإذا ما تحققت كان للمتفاوض أنْ يتخذ قراره عن دراية ووعي بكل الجوانب المتعلقة بالتفاوض[٤]، ويعد الالتزام بالأمانة التزامًا يقع على كل من المدين والدائن على حد سواء، فيلتزم المدين بمقتضاه بأنْ يمتنع عن القيام بأي عمل من شأنه أنْ يعوق الدائن في تحقيق مصالحه المرجوة من التعاقد، كما يلتزم الدائن بموجبه بأن يمتنع عن القيام بعمل أي شيء من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقًا وأكثر صعوبَة وحملًا على المدين[٥].

٢-الالتزام بالثقة والنزاهة بالتعامل

يرى جانب من الفقه أن أساس الالتزامات المساعدة والمكملة قبل التعاقد هو الثقة التي يوليها كل من المتعاقدين للآخر، إذ يسلم أحدهما زمام أموره للأخر تقوم في شخصه تلك الثقة، فعلى سبيل المثال إذا اشترى شخص لوحَة من تاجر بوصفه خبيرًا في هذا الشأن فإنّ كل ما يصدر من هذا الخبير يكون محلًا للثقة من جانبه، وكذلك الحال بالنسبة إلى ثقة الشخص بمحاميه الذي ينصحه باستبدال صيغة معينة للتعاقد بصيغة أخرى، فعند إبرام عقد بين طرفين غير متساويين في القدرة

(١) زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، ٢٠١٧، ص ٣٧٨.

(٢) بن سالم المختار، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٣) د.خالد جمال احمد، مصدر سابق، ص١٦٣.

(٤) د.هلدير أسعد أحمد، محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٥) د.خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص ١٦٣.

على المناقشة والحصول على الحقائق، وبحكم الضرورة يضع الطرف الأقل قدرة ثقته في الطرف الأخر ويأتمنه ويعتمد عليه، حينئذ يجوز للمحكمة أن تفرض واجبًا أشد على الطرف الأكثر قدرة في مطالبته بإيضاح كامل للمعلومات المتصلة بمحل العقد، ولاسيما تلك التي لا يتاح العمل بها للطرف الأقل قدرة على استنباطها، وأصبحت المصطلحات التي تعني الثقة والائتمان مرنة بقدر أعطى للمحاكم أمكانية معقولة للعمل على امتداد واجب الإيضاح والإفصاح عن طريق صياغة علاقات ائتمانية خاصة بكل حالة على حده[١].

لهذا أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى هذا ألالتزام في واحدة من أحكامها إذ أبرزت ذلك في حكم صدر عن الدائرة المدنية في ٢٦ فبراير عام ١٩٩١ قالت فيه: ((أن محكمة الاستئناف قد أعلنت أن الخطأ الصادر عن الوكيل ببيع العقار والمتمثل بعدم إعلانه عن المرهون المثقلة به الأراضي المباعة أو العناصر الأخرى المماثلة، ينطوي على مخالفة لحسن النية ولواجب الشرف والنزاهة))[٢].

ثانيا: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام قبل التعاقد

لا يخفى على الباحثين بالقانون مدى الأهمية التي تحتلها دراسة الأساس القانوني لالتزام البائع بإعلام المشتري، والوقاية من حقيقة المبيع، فإذا كان أساس تقرير الحق للمشتري في العلم الكافي للمبيع قد لا يثير أي صعوبات، لكن هذه الصعوبات قد تظهر في حالة تعلق الأمر بالأساس الذي من خلاله يلزم البائع بإعلامه للمشتري[٣]، إذ يبدو غريبًا للوهلة الأولى في مجال القانون أن نطالب واحدًا من المتعاقدين بإعلام المتعاقد الآخر قبل التعاقد بما يحتاجه من معلومات مهمة وضرورية كالتزام قانوني يوجبه القانون على عاتقه وذلك على أساس الاعتقاد بعدم وجود نص قانوني يوجب هذا الالتزام، وإنّ الإعلام قبل التعاقد والحالة هذه لا يعدو من إنّه واجبًا أخلاقيًا توجيه القواعد والمبادئ الأخلاقية في مجال التعامل يفتقر إلى عنصر القهر والإلزام فلا يمكننا من ثم أن نلزم به متعاقدا إلا إذا تحول هذا الواجب الأخلاقي إلى التزام قانوني بموجب نص قانوني يتدخل واضع

---

(١) د. أكرم محمود حسين البدو، د.محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (الثالث عشر)، العدد (التاسع و الاربعين)، السنة (السادسة عشر)، ٢٠١١، ص ٤١٩ وما بعدها.

(٢) أشار إلى ذلك،د. خالد جمال أحمد، مصدر سابق،ص ١٦٤.

(٣) د.محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات الخطرة (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ٢٥٣.

القانون بوضعه وتقنينه ضمن النصوص والقواعد القانونية[١]، ولهذا كان دور المشرع في البحث في الأسس التي يتضمنها في نصوص القانون، والتي من شأنها أن تحقق حماية وقائية للطرف الضعيف وخلق نوع من التوازن العقدي وهذه ما سنركز عليه من خلال آراءعدة بشأن الأساس القانوني، تبعًا لتنوع وجهات النظر .

١- الالتزام بمبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام قبل التعاقد

إنّ أسس هذه الاتجاه بالإعلام على أساس التزامه الرئيس بالتفاوض بحسن النية، إذ إنّ هذا الأخير بفرض على كل متفاوض منذ اللحظة الأولى لبدء المفاوضات أن يتخذ موقفًا إيجابيًا تجاه المتفاوض الآخر فيطلعه على البيانات والمعلومات كافة المتعلقة بالعقد المراد إبرامه ولاسيما في ظل عدم التعادل البين في المعلومات التي يحوزها الطرفان والذي نتج بدوره عن التعقيد الفني المتزايد في العقود الحديثة[٢].

إذ تُعد فكرة حسن النية مبدأ مهمًا في القانون بصفة عامة، إذ جاءت لتجمع بين أساس قانوني وأخلاقي، إذ إنه يحقق نوع من العدالة والإنصاف بين المتعاقدين، ويتمثل في الالتزام بالتعاون ويسعى من خلاله المتعاقد إلى كل فعل من شأنه تيسير تنفيذ العقد، وتقديم المساعدة للمتعاقد الآخر، فهو فعل إيجابي فرضته التطورات الجديدة للمتعاقد، وهذا كنتيجة لاختلاف المراكز القانونية لطرفي التعاقد، من خلال عمله لمراعاة التوازن العقدي بين التزامات الرابطة العقدية[٣]، وتأسيس هذا يعود إلى المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي والتي نصت على:((١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية))، وأيضا هذا ما جاء به المشرع المصري والفرنسي[٤]، فمبدأ حسن النية في تنفيذ يوجب على البائع أن يدلي بكل البيانات المتعلقة باستعمال الشيء المبيع، وتنبيهه إلى المخاطر التي قد تنجم عن استعماله[٥].

ونتيجة لهذا إتجه رأي في الفقه القانوني إلى بسط ردائه، ومد نطاقه إلى مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه على حد سواء، كما عدّوا هذا المبدأ (مبدأ حسن النية قبل التعاقد)، أساسًا ومصدرًا للالتزام

---

(١) د.خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

(٢) د.أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٣) بن سالم المختار، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٤) ينظر نص المادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي.

(٥) د.عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسئولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسوب (دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية)، بلا دار نشر، القاهرة، ١٩٩٤، ص١٥٣.

بالإعلام قبل التعاقد، وتطبيقا لذلك فقد أعلنت إحدى المحاكم الفرنسية عن ذلك قائلة: ((إن مبدأ حسن نية البائع يلزمه بأن يفضي إلى المشتري لحظة إبرام العقد بجميع البيانات والمعلوماتكافة، التي تتمثل عناصر تقدير يتوقف عليها رضاءه بالعقد))[١]، وإيضًايسهم في منع حصول المنازعات المستقبلية أو يساعد في حلها، فإذا كان الأصل أنه يجب مراعاته عند التنفيذ، فيكون من الأولى أن يراعى هذا المبدأ في المراحل السابقة لتكوين العقد[٢] .

ولأهمية هذا المبدأ في المدة السابقة للتعاقد بوصف أن الالتزامات المنبثقة منها كالالتزام بالإعلام تُعد التزامات تقي المتفاوض من الأضرار التي قد تهدد العقد، فقد أشار إليه المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني، على وجوب التفاوض على العقد وإبرامه طبقًا لحسن النية، أي جعله مبدأ وجوبي من مرحلة المفوضات مرورًا بمرحلة التنفيذ من خلال ما جاء في نص المادة (١١٠٤)[٣].

٢- الالتزام بالضمان كأساس للالتزام بالإعلام قبل التعاقد

يرى بعض الفقهاء إن الزام البائع للمشتري على أساس التزامه الأصلي بالضمان حيث أن نطاق الضمان لا يقتصر على ضمان التعرض أو ضمان الاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية بل يشمل كل الالتزامات التي تهدف ضمان تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا ولاشك أن من أهم هذه الالتزامات التزام البائع بإعلام المشتري بجميع البيانات المتعلقة بالعقد، كذا قيامه بتسليم منتج مطابق وملائم للمواصفات[٤].

إذ كان القضاء الفرنسي يسمح للمشتري في حالة الضرر الناشيء عن عدم صلاحية الشيء لتحقيق الغاية المقصودة منه نتيجة لإخلال البائع بالالتزام بالإعلام أن يطلب فسخ العقد او تعويضه[٥]، على اعتبار أن الضمان لا يقتصر على العيوب الخفية فقط، وإنما يمتد ليشمل كل

(١) أشار الى ذلك د.خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٢) أيسر عصام داود، الإفصاح عن ألأخطار في مرحلة المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(التاسع عشر)، العدد (الخامس والستون)، السنة (الواحدة والعشرون)، ٢٠١٨، ص١٢٢.

(٣) ينظر إلى نص المادة في تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٤) د.أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٥) أشار الى ذلك د. محمد أحمد المعداوي عبد ربه، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

الالتزامات التي تستهدف تقوية فرص تنفيذ العقد، فالبائع وحده هو الذي يعلم بمخاطر الشيء المبيع و يلتزم بتعويض المشتري عن الضرر الذي يلحقه من جراء عدم إحاطته علما بها[١].

ورغم اقتراب نظرية الضمان مع الالتزام بالإعلام لكن الباحثة تذهب مع الرأي، الذي يذهب في إن الالتزام بالإعلام له ذاتيه واستقلالًا بعيدًا عن نظرية ضمان العيوب الخفية، فأحكام الضمان لا تطبق إلا إذا كان المبيع مشوبًا بأحد العيوب الخفية في حين إن الالتزام بالإعلام يشمل إلى جانب ذلك كل الفروض التي يتسم فيها المبيع بصفة الخطورة، فان هذا الالتزام قد ارتبط بالتقدم التكنولوجي وما صاحب ذلك من شيوع استعمال المنتجات و الأجهزة المعقدة [٢].

وكذلك هناك صعوبات أخرى، فالمشتري لا يعرف عادة بوجود الالتزام بضمان العيوب الخفية، وإذا علم بها فهو مضطر أن يلجأ إلى القضاء، مما يستتبعه هذا الرجوع من تكلفة ووقت يحجبانه عن ذلك[٣].

لهذا أعلنت محكمة النقض الفرنسية في واحدة من أحكامها عن فكرة استقلال هذا الالتزام عن الالتزام بضمان العيوب الخفية، والتي عابت فيها على قضاة الموضوع تأسيسهم مسؤولية الصانع عن إخلاله بالتزامه بالتحذير، على أساس التزامه بضمان العيوب الخفية، وعدم تأسيسها على أساس التزامه بالإعلام، بالرغم أن المستعمل لم يتضرر ولو يدعي وجود عيب كامن في الشيء محل العقد، ولكنه تضرر من إخلال الصانع بواجب التحذير[٤].

الفرع الثاني

الأثر المترتب على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

أولا: حق المشتري في إبطال العقد

إن قانوننا المدني يخلو من نص ينظم المدة قبل التعاقد، أي فترة المفاوضات ولاسيما الالتزام بالإعلام كوقاية في الضرر في العقد ، لهذا لابد لنا من الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني، ومدى تطرق القوانين لهذاالالتزام وعلى النحو التالي:

---

(١) د.سعيد سعد عبد السلام، مصدر سابق، ص٥٩.

(٢) د.أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مصدر سابق، ص ١٢٩.

(٣) د.غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد(دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ٤٠ وما بعدها.

(٤) نقلا عن د. خالد جمال احمد، مصدر سابق، ص ٣١٦.

١-نظرية الغلط

من المتفق عليه في القانون المدني العراقي، أن الغلط هو أحد العيوب التي يترتب عليها فساد رضاء العاقد [١]، فقد عرفه أحد الفقهاء بأنه: ((حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم صحتها))[٢].

فقد خصص القانون المدني العراقي له المواد من (١١٧ إلى ١٢٠)، باعتباره عيبًا من عيوب الإرادة[٣]، ويشترط لإمكانية نقض العقد بسبب الغلط المعيب للرضا، هو أن يكون الغلط جوهريًا، أي إذا وقع الغلط في صفة الشيء، وكذلك إذا وقع في ذات المتعاقد أو في أي صفة من صفاته، وكذلك إذا وقع في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط[٤]، وأن كانت الشروط القانونية اللازمة لإبطال العقد تقيد كثيراً من إمكانية تمسك المتعاقد لإبطال العقد، فإن وجود الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يؤدي إلى تيسير مهمة المتعاقد في الطعن بإبطال العقد بسبب الغلط، فبالنسبة لشرط جوهرية الغلط، فإن وجود الالتزام بالإعلام في حد ذاته يعد قرينة على أن الغلط كان جوهرياً، انطلاقًا من أن محل هذا الالتزام هو البيانات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد وشروطه اللازمة لتبصير رضا المتعاقد وتنوير إرادته، إذ يترتب على عدم إعلام المتعاقد بها من قبل البائع إما أنه ما كان ليبرم العقد أصلًا أو أنه كان ليبرم العقد ولكن بشروط أخرى إذ يقتصر البطلان للغلط على الحالة الأولى دون الثانية لتحقق حالة الغلط الدافع الى التعاقد[٥].

وبعد أن بينا مدلول الغلط في القانون لابُد من بيان العلاقة بين الالتزام بالإعلام وأحكام الغلط، فمما لاشك فيه أن مراعاة واحترام المدين لالتزامه بالإعلام قبل التعاقد، وذلك من خلال

---

(١) د.محمد أحمد المعداوي عبد ربه، مصدر سابق، ص٢٦٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام)، المصدر السابق، ص٢٨٩، وعرفه آخرون على انه :((وهم يقوم بذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد، فالغلط الذي يعيب الرضا هو ما يصيب الإرادة وقت تكوين العقد))، ينظر د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية الأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء)، الطبعة الأولى، دار ئاراس للطباعة والنشر، أربيل، ٢٠٠٦، ص١٤٠.

(٣) ينظر نص المواد (١٢٠ الى ١٢٤) من القانون المدني المصري، ونص المادة(١١١٠) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، وتناولت المواد من (١١٣٢ الى ١١٣٦) من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د.محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٨٢.

(٥) د.محمد صديق محمد عبد الله، حسان علي محمد، مصدر سابق، ص٢٩٨ وما بعدها.

تقديم كل المعلومات والبيانات الجوهرية المتصلة بالعقد، والتي يعجز الدائن بهذا الالتزام عن العلم بها أو الاستعلام عنها بوسائله الخاصة، من شأنه أن يقلل من احتمالية وقوعه في الغلط بعد أن هيأ له الإعلام السابق على التعاقد سبيل العلم والدراية بكل ما يحتاج إليه من معلومات تكشف له كل الجوانب الجوهرية بالعقد، ولعل هذا يظهر لنا بجلاء وضوح الدور الهام للالتزام بالإعلام قبل التعاقد، ألا وهو الدورالوقائي، وعلى الجانب الآخر فان امتناع المدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد أو تقاعسه عن أدائه وتنفيذه، من شأنه أن يؤدي في غالب الأحوال، إلى اختلاط الأمور المتصلة بالعقد، لاسيما الجوهرية منها، والتباسها في ذهن العاقد، مما يعرضه للوقوع في الغلط حول أمر جوهري في العقد المزمع إبرامه، ومن هنا تظهر حيوية الدور البارز الذي يلعبه الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كوسيلة وقائية، تدرأ عن العاقد مغبة الوقوع في الغلط، ولاسيما أن هذا الالتزام سيكشف عند تنفيذ المدين له، للعاقد ستار الغموض والالتباس الذي قد يتصل بالمسائل الجوهرية في العقد المزمع إبرامه[١].

٢- التدليس

لا يُعدّ التغرير(التدليس) وحده عيبًا مستقلًا من عيوب الإرادة يترتب عليه توقف العقد، بل لابد أن يقترن بالغبن في القانون المدني العراقي، بخلاف المشرع المصري والمشرع الفرنسي، اللذان اعتبراه عيبًا مستقلًا ولو لم يقترن بالغبن.

ويُعرف التغرير على انه:((إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد))[٢]، وكذلك عُرف على انه:((استعمال الحيلة (الغش أو الكذب أو الكتمان)، بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد))[٣].

إن القانون المدني العراقي قد عالج التغرير مع الغبن، وبيان أحكامه من المواد (١٢١ إلى ١٢٥)، فأن قد جعل الغبن مرتبط بالتغرير وذلك من خلال نص المادة (١/١٢١) والتي نصت على: ((إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبنا فاحشًا كان العقد موقوفًا على إجازة

(١) د. خالد جمال احمد، مصدر سابق، ص٤٥١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام)، مصدر سابق، ص٣١٨.

(٣) د. خالد جمال أحمد، مصدر سابق، ص٤٥٦.

العاقد المغبون، فإذا مات من غرر بغبن تنتقل دعوى التغرير لوارثه))، ثم بين بعد ذلك في المادة (١/١٢٤) ، إن مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد مادام الغبن لو يصحبه تغرير، فالمشرع العراقي اعتد بالتغرير إذا صاحبه غبن فاحش، بخلاف المشرع المصري والفرنسي، اللذان اعتبرا التدليس كعيب وحده يجيز نقض العقد(١).

ولهذا فإن الغبن لوحده ولو كان فاحشًا ليس عيبًا من عيوب الرضا بل من عيوب العقد، ففي حالة اجتماع الغبن الفاحش مع التغرير كان ذلك مانعًا من نفاذ العقد وعَدّه المشرع العراقي في هذه الحالة عيبًا من عيوب الإرادة يفسد الرضا كما يفسد الغلط والإكراه(٢).وهذا حسب ما أشارت إليه المادة (١٢٤) من القانون المدني العراقي.

وبالرجوع إلى القواعد العامة لابد من توافرعناصرعدة لكي يستطيع المتعاقد أن يطلب نقض العقد للتغرير(٣)، أحدهما العنصر المعنوي والذي يتمثل في استخدام الطرق الاحتيالية، والثاني العنصر المعنوي والنفسي، والذي يتمثل في نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع(٤).

و نذهب مع التساؤل الذي يثار في هذا الصدد، هل يمكن اعتبار الامتناع الإرادي عن الإدلاء بعض المعلومات اللازمة للمتعاقد، قد يرتب أحد الحيل التدليسية، والتي قد يترتب عليها بطلان العقد؟(٥).

في الحقيقة فأنه يمكن الإجابة عن هذا التساؤل من خلال المثال على ذلك، فانه ينبغي تخيل حالات مخالفة البائع للالتزام بالإعلام ثم تطبيق الأحكام المتعلقة بالتدليس عليها، ويمكن حصر هذه الحالات في حالة مخالفة البائع لالتزامه بالإعلام عن طريق استعمال طرقاً احتيالية، أي بمعنى إن يلجأ احد العاقدين إلى تصرفات مادية بقصد تضليل المتعاقد الآخر، فليس هناك شك في إن استخدام الطرق الاحتيالية بجانب إنها تمثل أعمالًاتدليسية، فإنها في ذات الوقت تمثل مخالفة إيجابية لالتزام بالإعلام وخاصة في المدة ما قبل التعاقد، ومن ثم إذا خالف البائع التزامه بالإعلام وباشر إحدى

---

(١) ينظر نص المادة (١٢٥) من القانون المدني المصري، والمادة (١١١٦) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (١١٣٧) من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، والتي عرف فيها التدليس على انه:((هو حصول أحد المتعاقدين على رضاء الآخر باستخدام الطرق الاحتيالية أو الأكاذيب))

(٢) د.حامد شاكر محمود الطائي، مصدر سابق، ص١٦٨.

(٣) ماجستير. أسراء خضير مظلوم الشمري، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٤) د. أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مصدر سابق، ص١٩٤.

(٥) د.محمد أحمد المعداوي عبد ربه، مصدر سابق، ص ٢٧٥.

الوسائل الاحتيالية بما ترتب عليها من إيهام المشتري بغير الحقيقة وإيقاعه في الغلط فانه يحق للمشتري طلب إبطال العقد للتدليس[١].

ومن الحالات الأخركذلك في حالة كتمان أحد العاقدين ببيانات ضرورية توهم المتعاقد الآخر وتدفعه إلى إبرام العقد[٢]، والذي يمكن أن يكون مشكله بواسطة صمت أحد الأطراف، وهو بهذه الطريقة يخفي على المتعاقد الآخر حدثًا، لو كان قد عرفه لامتنع عن التعاقد، خاصة عندما يكون هناك عدم تساوٍ بين الأطراف والذي يكون نتيجة الاختلاف في المستوى الاقتصادي أو الكفاءة المهنية لأحدهم، فإذا سكت المدين ولو يقم بتزويد دائنه بالمعلومات الضرورية فأنه يقوم بمناورات تدليسيه[٣].

وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن السكوت أو الكتمان التدليس يعتبر تدليسًا متى كان هناك التزاما على عاتق أحد الطرفين بإعلام المتعاقد الآخر أيًا كان مصدر هذا الالتزام سواء نص القانون أو اتفاق الأطراف أو مبدأ الثقة المشروعة في المعاملات، كما أن تعيب الإرادة بالتغرير كما يتحقق بالسلوك الايجابي يتحقق بالسلوك السلبي كأن يتعمد أحد المتعاقدين في المدة السابقة على التعاقد التزام الصمت عن واقعة هامة جوهرية بالنسبة للآخر بقصد خداعه أو دفعه إلى التعاقد[٤].

وكذلك أقر الاجتهاد الفرنسي بأن الكتمان يعد خداعًا، فمحكمة النقض قد ذهبت اليوم إلى أبعد من ذلك فقررت أن الخداع يمكن أن يستخلص من سكوت أحد المتعاقدين الذي أخفى واقعة مهمة على عاقده لو علم بها هذا الأخير لما أقدم على التعاقد[٥] .

وأيضًا ربطت المحكمة العليا الفرنسية الكتمان الخادع بموجب الإعلام السابق للتعاقد، فاعتبرت أن موجب الإعلام يترتب لاسيما إذا كان العقد يخلق نوعًا من الثقة الشخصية المتبادلة[٦].

---

(١) د.أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مصدر سابق، ص ١٩٤ وما بعدها.

(٢) م.غزوان عبد الحميد شويش الجبوري، التدليس بالكتمان للإخلال بالالتزام بالإعلام في عقد البيع الالكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد الرابع، العدد الأول، الجزء الأول، السنة الرابعة، ٢٠١٩. ص٢٧١.

(٣) د.أكرم محمود حسين البدو،د. محمد صديق محمد عبد الله، مصدر سابق، ص٤٢٠ وما بعدها.

(٤) أشارت إلى ذلك ماجستير. أسراء خضير مظلوم الشمري، مصدر سابق، ص١١٩ وما بعدها.

(٥) أشار إلى ذلك د. بيار أميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص(الإطار العقدي والإطار التقصيري)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٩، ص ٦٩ وما بعدها.

(٦) أشار إلى ذلك، المصدر نفسه، ص ٧٦.

أما القانون المدني العراقي، فلم ينص صراحة على الكتمان من قبيل التغرير كما فعل المشرع المصري والفرنسي[١]، بل تطرق إلى ذلك في المادة (٢/١٢١) إذ نصت على: ((ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان، كالخيانة في المرابحة والتولية والاشتراك والوضيعة))، والتي يطلق عليها بعقود الأمانة؛ لأنها مبنية على الأمانة بالبائع في مقدار الثمن والتصديق بقوله، فإذا تبين انه غير صحيح كان خائنا وكان غارا على ذلك فإذا تحقق الغبن الفاحش في العقد، أصبح معيبا غير نافذ[٢].

فالمشرع العراقي عَدّ الكتمان من الطرق الاحتيالية لكنه قصره على بيوع الأمانة، ونذهب مع الرأي الذي يرى انه ليس هناك ما يمنع من الأخذ بحكم القانون المدني في التشريعات المقارنة، واعتبار الملتزم بالإعلام استخدم طرقًا احتيالية بكتمانه معلومات عن العاقد الآخر دفعته إلى التعاقد[٣]، لهذا أضحى الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في نظر الفقه الفرنسي المعيار الحاسم في مدى اعتبار الكتمان تدليسًا أو معيارًا فاصلًا بين التدليس الطيب والتدليس الخبيث، ومن ثم فلم يعد الفيصل في تقدير التدليس، البحث عن العنصر المعنوي المتمثل في نية التضليل، في موقف المدلس عليه، بل صار المعيار في هذا المقام هو مدى التزام المتعاقد بالإدلاء بالمعلومات عند إبرام العقد، وبذلك يمكن من خلال هذا الالتزام ضبط حدود نظرية التدليس وحمايتها من أي توسعات محتملة، يمكن أن تكون عرضة للانتقاد[٤].

فأصالة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد تعني ببساطة الإستغناء عن العنصر المعنوي في نظرية التدليس و إعتبار أن المدين بالالتزام بالإعلام قد أخل بالتزامه بمجرد كتم البيانات والمعلومات مما يمكن للمتعاقد المطالبة بإبطال العقد، دون حاجة، إلى إثبات نية التضليل[٥].

لهذا تؤيد الباحثة الرأي الفقهي الذي يرى بأن الالتزام بالإعلام أو بتقديم المعلومات هو التزام مستقل له ذاتية مستقلة وهو التزام ايجابي ينشأ في فترة التفاوض على العقد ويقف إلى جانب

---

(١) ينظر نص المادة (٢/١٢٥) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٣٧) من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٢) د.عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د.محمد طه البشير مصدر سابق، ص٨٩.

(٣) م.غزوان عبد الحميد شويش الجبوري، مصدر سابق، ص٢٧٢.

(٤) د.خالد جمال احمد، مصدر سابق، ص ٤٦٠ وما بعدها.

(٥) د.حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص٢٦.

الالتزام السلبي بعدم الغش أو التضليل وهو يلعب دورًا ايجابيًا في تكملة نظرية عيوب الرضا بعد إن ثبت قصورها عن تحقيق الحماية الفعالة للأطراف في المدة ما قبل التعاقد[١].

لذلك أوجبت هذه الظروف تدخل المشرع لفرض حماية للمتعاقد من خلال فرض التزامات على عاتق المتعاقد الدائن به، فمن شأن هذا الالتزام تنوير رضاء المتعاقد وتوفير حماية وقائية من التلآعب والحيل التي قد يلجا لها المدين بها، ومتى أخل هذا الأخير بالتزامه بالإعلام عن طريق تقديم معلومات كاذبة أو ناقصة، يحق للمتعاقد رفع دعوى الإبطال[٢] .

ثانيا: التعويض

قد لا يكون إبطال العقد جزاءً كافيًا لإرضاء المتعاقد عما لحقه من ضرر نتيجة إخلال المدين بالإعلام قبل التعاقد، فاللجوء إلى التعويض في هذه الحالة يمثل الجزاء المدني الرئيس للإخلال بهذا الالتزام[٣].

إلا أن ثمة خلاف بين نوع هذه المسؤولية، وهذا ما سنتطرق له من خلال بيان أنواع هذه المسؤولية:

١- المسؤولية العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقد

حتى نكون أمام التزام عقدي لابد أن تتجه إرادة الأطراف إلى إبرام العقد، وذلك حفاظًا على مبدأ حرية الأطراف في التعاقد، واعتبارًا إلى أن العقد وليد إرادة المتعاقدين التي يجوز لها كما أنشأت الحق في تعديل مضمونه وآثاره، إذ يرى هذا الاتجاه انه ينبغي من الناحية الواقعية إهمال التفرقة بين الالتزام غير العقدي والالتزام العقدي؛ لأنه لا يستند إلى أساس من الواقع فكان من الأفضل بسط الطبيعة العقدية على كل منهما، ذلك أن عدم تنفيذ الالتزام الأول يؤدي إلى عدم تنفيذ

(١) د.يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص١٨٠.

(٢) تماني جميلة، مصدر سابق، ص٤٠٥.

(٣) ماجستير. إسراء خضير مظلوم الشمري، مصدر سابق، ص١٢٣. كذلك ينظر د. محمد صديق محمد عبد الله، حسان علي مسلم، المصدر السابق، ص ٣٠٠.

الالتزام الثاني، فلو أن البائع أخل بالتزامه عن عيوب الشيء المبيع قبل أبرام العقد فستترتب مسؤوليته عن إخلاله هذا ويكون ملزمًا أيضا بالعيوب الخفية وهو التزام عقدي[١].

ويذهب رأي آخر إلى إضفاء الصفة العقدية؛ لأنه التزام ناشئ عن العقد أو من طبيعة عقدية، وهكذا فهو يخضع إلى أحكام المسؤولية العقدية؛ ذلك أن المعلومات تشارك في معظمها خلال المدة السابقة على التعاقد، وإنها تبرر هنا بواجب عام وهو واجب الولاء وحسن النية، والذي ينبغي وجوده في كل مراحل التعاقد ومنذ المدة السابقة على التعاقد حتى تنفيذ العقد[٢].

فمثلًا على البائع أن يقدم للمشتري منذ إبرام العقد وحتى قبل ذلك أي في مرحلة المفاوضات، معلومات تضمن الانتفاع بالمبيع وتحقيق الغاية من إبرام العقد وتساعد على تنفيذه من خلال إعلامه بطريقة استعمال المبيع والتحذير من مخاطره والاحتياط الواجب لتجنب الأخطار المحتملة إثناء الانتفاع من المبيع، لهذا يترتب على نفسه هذا الالتزام المسؤولية العقدية، إذ ينتظر المشتري من البائع الإدلاء بالبيانات اللازمة عن المبيع ومدى ملائمتها لرغباته الشخصية وتندمج كل هذه المعلومات في المرحلة العقدية[٣]، فهو التزام يوجد قبل إبرام العقد وإثناء تنفيذه، والهدف منه هو تمكين المتعاقد من كافة البيانات الجوهرية التي تنور إرادته[٤].

ويذهب رأي كذلك بأنه إذا كان صحيحًا أن عقد البيع لا يتعلق بأشخاص المتعاقدين فإن الضرر الذي ينتج عن عيب الشيء يشكل إخلالًا بالتزام أساسي ناشيء عن البيع، لأنه ينتج عن سوء تنفيذ الأداء الذي كان محلًا له، فالضرر الذي يرتبط مباشرة بالعقد والمسؤولية الناشئة عنه يتعين تكيفها بأنها مسؤولية عقدية [٥]، وبالتالي يملك المتعاقد الذي أصابه ضرر أن يطالب بالتعويض[٦]. كنتيجة لعدم التزام المتعاقد المدين بوسائل الوقاية.

---

(١) بن سالم المختار، مصدر سابق، ص ١٢٩ وما بعدها.

(٢) د.حامد شاكر محمود الطائي، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٣) ثامر كشيدة، الالتزام بالإعلام كوسيلة لحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بو ضياف، ٢٠١٨، وما بعدها.

(٤) م.غزوان عبد الحميد شويش الجبوري، مصدر سابق، ص ٢٦٣.

(٥) د.عبد القادر أقصاي، ألالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص١٤٤ وما بعدها.

(٦) د.عبد الفتاح بيومي حجازي، مصدر سابق، ص ٨٥ وما بعدها.

٢- المسؤولية التقصيرية

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تكييف المفاوضات على اعتبار إنها مجرد أعمال مادية تقوم على أساس الواجب القانوني العام بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد أو المألوف على نحو لا يلحق ضررا بالغير، وبذلك لا تتمخض عن المفاوض أية رابطة عقدية بين الأطراف فهي مجرد عمل مادي[١].

لهذا يدخل في نطاق الالتزام غير العقدي، كافة أنواع الالتزامات الواجبة خارج النطاق العقدي، ومنها الالتزامات القانونية وشبه العقدية، والالتزامات الواجبة إثناء المفاوضات العقدية، وكذلك الالتزامات الناشئة عن واقعة أو فعل معيب، ومنطق القائلين بالطبيعة التقصيرية لهذا الالتزام هو عدم نشوء عقد بين الطرفين أساساً، إذ يهدف الالتزام بالإدلاء بالبيانات اللازمة لإبرام العقد لتبصير المتعاقد وتنوير إرادته، فهو يستند إلى أحكام المسؤولية المدنية، ولاسيما التقصيرية منها، ذلك إن عدم إدلاء أحد المتعاقدين للأخر بالبيانات المطلوبة اللازمة ليكون رضاءه السليم والمتبصر لإبرام العقد، يعتبر في حد ذاته تقصيراً يوجب مسؤوليته قبل التعاقدية[٢].

وهناك رأي يرى بأن الالتزام بالإعلام هو التزام ينشأ قبل إبرام العقد بشكله النهائي، ويترتب على ذلك أن الإخلال الذي ينشأ عنه المسؤولية التقصيرية للطرف المتفاوض وليس العقدية، لذا فإن الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام هي طبيعة سابقة على التعاقد، فهكذا هو يخضع إلى إحكام المسؤولية التقصيرية؛ لان المعلومات يجب إعطاءها قبل تكوين العقد، ولا تصبح المسؤولية تعاقدية إلا من اللحظة التي يتشكل فيها العقد، ويتجه بعض الفقه الفرنسي بأن الخداع، وبعبارة أدق الوسائل الخداعية التي توقع بالمتعاقد أضرار تستوجب التعويض، بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية [٣].

وبعد بيان الطبيعة العقدية والتقصيرية للالتزام بالإعلام قبل التعاقد، لمعرفة المسؤولية المترتبة على ذلك، لكن الباحثة تذهب مع الرأي الذي يرى بالطبيعة المستقلة له، فهو وسيلة قانونية تدعم الثقة المشروعة في الروابط العقدية، ومن ناحية يؤدي إلى امتداد حسن النية في مجال تنفيذ العقد إلى مجال إبرامه، بحيث يمكن أن يترتب بطلان العقد على مخالفته، وبهذا يصبح وسيلة لحماية الإرادة بجانب نظرية عيوب الرضا، ويكمل كل نقص وعدم فعالية هذه

(١) د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٤٣.

(٢) بن سالم المختار، مصدر سابق، ص ١٣٣ وما بعدها.

(٣) د.حامد شاكر محمود الطائي، مصدر سابق،، ص ١٣٩ وما بعدها.

النظرية ويعالج ضيق دائرة هذه النظرية بسبب شدة شروطها، فهو يجمع بين البطلان والتعويض في مجال واحد مع التقريب بين الغلط والتدليس في عيب مشترك يعتد بعيب الإرادة بسبب مسلك المتعاقد الآخر[١]، وبالتالي يعد نوع من الوقاية من عيوب الرضا[٢].

وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون المدني لسنة ٢٠١٦، حيث نظم في المادة (١١١٢) من خلال بيان حدود الالتزام بالإعلام، وبيان إمكانية بطلان العقد كجزاء للإخلال به، بوصفه وسيلة تقي من الضرر في المدة السابقة للعقد.

المبحث الثاني

الوسائل الوقائية في مرحلة تنفيذ العقد

لا تقتصر حماية المتعاقد على المدة السابقة على التعاقد، وإنما تمتد هذه الحماية الوقائية إلى مرحلة وتنفيذ العقد، إذ تتنوع أوجه وآليات هذه الحماية تماشيًا مع التطور التكنولوجي الذي غير من أساليب العقود[٣]،فمع ازدياد دعاوي التعويض في السنوات الأخيرة، إذ أصبح انفجارًا كبيرًا في التقاضي شائعًا مع زيادة التكنولوجيا والصناعة مما زاد في عدد الدعاوي القضائية بشكل كبير، مما زاد تركيز القانون[٤]، على مظاهر للضرر إثناء مرحلة تنفيذ العقد مما يوجب على المتعاقد أن يتمسك بوسائل يستطيع من خلالها الوقاية من الضررالحد منه، لهذا سنتطرق في هذا المبحث الوسائل التي يسلكها المتضرر من أجل تقليل الضرر، وذلك من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين،سنتطرق في المطلب الأول الدفع بعدم التنفيذ، وفي المطلب الثاني الإخطار وعلى النحو الآتي:

---

(١) د.سعيد سعد عبد السلام، مصدر سابق، ص ١٩ وما بعدها.

(٢) د.أنس محمد عبد الغفار،الالتزام بالتبصير في العقد الطبي(دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٣، ص٤٤.

(٣) د.علاء عمر محمد الجاف، مصدر سابق، ص٢٥٧.

(4)Walston –Dunham , Beth , Op. cit , P. 329 .

المطلب الأول

مفهوم الدفع بعدم التنفيذ

عندما يتم التعاقد فعلى الأطراف تنفيذ العقد بحسب الاتفاق والشروط التي أملاها المتعاقدان حسب إرادتهم، فكل طرف يرجو الحصول على المنافع المتوخاه من التعاقد، لكن قد يتنصل واحدًا من أطرافه عن التنفيذ، وبالتالي ليتوقى المتعاقد الأضرارأو الحد منها، لابد أن يلجأ الى وسيله ينبه بها المتعاقد عن عدم تنفيذ التزامه، فيمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتم تنفيذها من الطرف الآخر ولمعرفة نية المتعاقد المخل بذلك، وهذا ما سنتطرق اليه في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين :

الفرع الأول

التعريف الدفع بعدم التنفيذ

أنّ الدفع بعدم التنفيذ يقوم على أسس تمليها العدالة وحسن النية ومقتضيات المنطق القانوني التي يجب أن تسود المعاملات القانونية بين أفراد المجتمع، فليس من العدل أنْ يمتنع شخص عن القيام بتنفيذ التزامه، ونجده يطالب مدينه بالوفاء بالالتزام الذي في ذمته، وليس من المنطق القانوني أنْ نجبر شخصًا على أن يوفي بالتزامه، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ارتبط المدين نحوه ونشأ بسببه، أي إنه من الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ[١]، ووقاية من تفاقم الضرر إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ ما عليه، وهذا ما سنبينه في هذا الفرع :

أولا : تعريف الدفع بعدم التنفيذ

يُعرف الدفع بعدم التنفيذ بأنه: ((حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين، في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا طالبه المتعاقد الآخر بذلك، حتى يقوم هذا المتعاقد بتنفيذ ما التزم به، وهو ما يؤدي عملًا، إلى وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد إلى أن يتم تنفيذها أو أن يتم فسخ العقد))[٢].

---

(١) د.عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشه، المختصر في شرح القانون المدني الأردني آثار الحق الشخصي(أحكام الالتزام)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، ٢٠١٠، ص١٢١ وما بعدها.

(٢) د.جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٢٨٥ وما بعدها.

وكذلك عرّف بأنّه: ((وسيلة دفاعية يقررها القانون للمتعاقد في العقود الملزمة لجانبين، يستطيع بموجبها أن يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه مشروعًا حتى يفي الطرف الآخر بالالتزام الواجب عليه قانونا))[١].

وقد تبدو هذه الفكرة خروجًا على القاعدة الأساس التي لا تجيز للإنسان الاقتصاص لنفسه، من دون اللجوء إلى القضاء المخول فقط بمساعدته في الحصول على حقه على وفق اجراءات معينة نص عليها القانون، لكن المشرع أجاز هذه الفكرة ليحاول جهد المستطاع التقليل من حالات الفسخ التي تؤدي إلى إهدار العقد وضياع الجهود والمفاوضات التي سبقته، وبهذا وضع بديلًا مقنعًا للفسخ[٢]، أي بمعنى أنه وسيلة دفاعية وليست هجومية، يقررها القانون للمتعاقد، وأيضًا وسيلة ضمان في يد المتعاقد تجعله يضغط على الطرف الآخر ليفي بما عليه وقد منحها القانون به بغية تحقيق العدالة والمساواة بين طرفي العقد، أي إنه اختبارًا لنوايا المتعاقد الآخر، فإما أن يبادر بالتنفيذ، وإما أن يستمر في عدم التنفيذ فيتجه من يتمسك بالدفع إلى البحث عن حل آخر[٣]، ليقي نفسه من الضرر وتفاقمه.

ويتبين مما تقدم إنّ الامتناع عن الوفاء (الدفع بعدم التنفيذ) لا يقوم إلا إذا أخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه بأن لم يقم بتنفيذ ما التزام به في عقد تبادلي ملزم للجانبين وكان حقًا للمتعاقد الآخر في هذه الحالة ان يمتنع عن تنفيذ التزامه المقابل، وهذا هو نطاق أو حدود الامتناع عن الوفاء حيث لا يكون الا في عقد تبادلي ملزم لجانبين ولا يمكن إثباته إلا إذا طالبه من لم يوفه بالتزامه للطرف الآخر لتنفيذ التزامه المقابل، ومن ثم كان بديهياً للأخير أن يمتنع عن التنفيذ مادام الأول لم ينفذ التزامه[٤].

وقد أشار القانون المدني العراقي إليه في المادة (١/٢٨٢) إذ نصت على: ((١- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به))، وكانت إشارته لها ضمن النصوص الخاصة بالحق في الحبس للضمان، بخلاف

---

(١) د. بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنيت (دراسة مقارنة)، عالم الكتب الحديث، إربد، الأردن، ٢٠٠٤،ص ٢٢٩.

(٢) د.صاحب عبيد الفتلاوي،مصدر سابق، ص ٣٤١.

(٣) د.سعيد السيد، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ بالعقد، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، الجيزة، مصر، ٢٠٠٦، ص٩ وما بعدها.

(٤) د.إسماعيل عبد النبي عبد الجواد شاهين، مصدر سابق، ص٦٢.

ما ذهب إليه المشرع المصري[١]، الذي كانت صياغته دقيقة، أدق من المشرع العراقي في بيان الدفع بعدم التنفيذ، وأما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يضع نصًا عامًا يشير الدفع بعدم التنفيذ، لكنه أشار إليه بصورة صريحة في تعديله للقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، إذ عدّه واحدًا من الوسائل الوقائية التي من خلالها يستطيع المتعاقدان تجنب المنازعات المتعلقة بالعقد، قبل اللجوء إلى القضاء[٢].

لهذا فهو من الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ، وأجاز القانون اللجوء اليه في حالة أن المدين لا ينفذ التزامه أو قد يتأخر في التنفيذ[٣]، لذلك يستطيع الدائن أن يتوقى من الأضرار في حالة قيام الطرف الآخر بعدم تنفيذه للالتزام وتقاعسه عن ذلك، فيستعمل الدفع كوسيلة لتوقي فسخ العقد أولًاوالحصول من خلاله على تنفيذ العقد، فإذا ما استمر المتعاقد المخل بعدم تنفيذه يستطيع المتعاقد اللجوء إلى فسخ العقد.

فالبائع مثلًا يلتزم بمقتضى عقد البيع بتسليم العين المبيعة، فهو مدين بالتسليم، وله بمقتضى العقد نفسه الحق في اقتضاء الثمن من المشتري، فهو دائن بالثمن، وكل من الالتزامين ناشئين عن مصدر واحد ومرتبط بالثاني، وعلى هذا يحق للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع ما دام المشتري لم يقم بدفع الثمن المستحق، وهذا بطبيعته يرجع إلى أسس العدالة وحسن النية التي يجب أن تسود المعاملات جميعًا، فليس من العدل أن يلزم شخص بأداء ما عليه دون أن يلزم من يطالبه بالوفاء بما هو مدين له به[٤].

فالدفع بعدم التنفيذ تبرز أهميته بأن له طابعًا تهديديًا فعالًا للغاية، إذ بواسطته يحرم أحد المتعاقدين، بوصفه دائنا، المتعاقد معه الذي يتملص من تنفيذ التزامه، فيحرمه من الأداء الذي ينتظره فيضغط بذلك على إرادته على نحو فعال، وهنا تكون أداة الدفع بعدم التنفيذ محققة للأمان، فهي، دون سعي نحو تدمير العقد، تفيد كالغرامة التهديدية في الحصول على تنفيذ هذا العقد تنفيذًا كاملًا، لذلك فأن مجال الدفع بعدم التنفيذ واسع وحيوي في المعاملات المدنية، أي أنه يرتبط أكمل ارتباط في الوقاية أيضًا من تفريق العقد، لأنّه لا غنى لتحقيق تلك الفعالية لذلك الطابع التهديدي من

---

(١) ينظر نص المادة (١٦١) من القانون المدني المصري.

(٢) د.محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المصدر السابق، ص١١، وينظر نص المادة (١٢١٩) ، و(١٢٢٠) ، من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٣) د.عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٧.

(٤) د.حسن علي الذنون، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١١١.

أن ينصرف حق العاقد المتمسك به إلى الامتناع عن تنفيذ كل ما هو واجب في الحال بموجب العقد الملزم بينهما[١]، لهذا فهو ذو طابع وقائي يهدف الى كفالة استمرار التعاصر الزمني بين الالتزامات الحالة المتقابلة[٢].

أي أنه وسيلة لتحقيق المساواة والعدالة بين طرفي العقد[٣]، وبعبارة أخرى إذا كان للدائن في العقد الملزم لجانبين أن يطلب فسخ العقد في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فيتحلل الدائن من تنفيذ ما ترتب بذمته من التزام فله من باب أولى أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه وهو أخف من الفسخ كما عبر عنه رأي من الفقه[٤].

ثانيًا: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، كوقاية من تزايد الضرر أن تتوافر شروطعدة لكي يستطيع المتعاقد التمسك بالدفع، والاستفادة منه للحصول على تطبيق سليم للعقد وهذا ما سنتطرق له على النحو ألآتي:

١- أن يكون العقد من العقود الملزمة لجانبين

حتى يعطى واحدًا من المتعاقدين الحق في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن ينفذ المتعاقد الآخر يجب أن نكون بصدد عقد ملزم لجانبين ويكون فيه التزام كل متعاقد مرتبط بالتزام المتعاقد الاخر، لهذا يمنح القانون لكل من المتعاقدين في المعاوضات المالية بوجه عام في الحق أن يحبس المعقود عليه حتى يقبض البدل المستحق[٥]، اذ لا يجبر طرف من المتعاقدين على تنفيذ التزامه ما

(١) د.عصام أنور سليم، عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة نشر، ص ٤٨٣.

(٢) حسين بلعيد عبد السلام الحربي ، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني ، رسالة ماجستير ، جامعة الاسكندرية ، ٢٠٢١ ، ص١٥.

(٣) د.عمر علي الشامسي، مصدر سابق، ص٣٤٧.

(٤) عبد المهدي كاظم ناصر، مصدر سابق، ص ١٠٧ وما بعدها.

(٥) د.يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام(دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، دار المسيرة، عمان، ٢٠٠٩، ص٢٧٠ وما بعدها.

لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه[١]، وعلى ذلك لا يسري الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة لجانب واحد، فهو يُعد أضيق نطاقًا من الحق في الحبس، لأنه قد يتحقق الحبس في العقود الملزمة لجانب واحد، كعقد الوديعة، فالمودع لديه أن يحبس الشيء حتى يسترد ما أنفق عليه من مصروفات لحفظه، فإذا كان الالتزامان متقابلين، ولكنها غير ناشئين عن عقد ملزم لجانبين، امتنع الدفع بعدم التنفيذ، بيد أنه يمكن في هذه الحالة قيام الحق في الحبس، و اذا فسخ أو أبطل العقد الملزم للجانبين الذي نشا عنه الالتزامان، وقام واجب الرد في حق المتعاقدين كان سند أحدهما في الامتناع عن الرد حتى يقوم الآخر بالرد هو الحق في الحبس وليس الدفع بعدم التنفيذ[٢]، ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ فرعًا عن الحق في الحبس، فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم لجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ، فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقُا في الحبس لا دفعًا بعد تنفيذ العقد[٣].

٢- أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء

يجب أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء، فإذا كان أحد الالتزامين المتقابلين قد أصبح التزامًا طبيعيا، كما لو تمسك بالتقادم المسقط، فإن الدفع بعدم التنفيذ يُعد غير جائز لأنه غير واجب التنفيذ، كذلك لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ إذا كان الالتزام المقابل غير مستحق الأداء لاقترانه بأجل، فلا يحق للبائع أن يحبس المبيع اذا كان الثمن مؤجلًا، إلا إذا كان الأجل قد سقط لسبب من الأسباب القانونية، و الأجل الذي لا يجوز معه الدفع بعدم التنفيذ هو الذي يتقرر بمقتضى الاتفاق، وأما الأجل الممنوح من القاضي فلا يحول دون إمكان الدفع[٤] .

وقد يقضي العرف بأن يكون أحد العاقدين هو البادئ في التنفيذ، كما في عقد النزول في فندق، إذ يجري العرف على أن يدفع النزيل المقابل بعد انتهاء صاحب الفندق من تقديم خدماته، أو بعد انتهاء مدة معينة من الإقامة، وقد تستوجب طبيعة العقد بأن يبدأ احد العاقدين في تنفيذ التزامه، كما في العقود الزمنية، كعقد العمل، إذ يلزم العامل بأن يقدم الأداء الزمني أولا في المدة المعينة لدفع

---

(١) د. إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد(دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٨، ص١٣٦.

(٢) د.عمر علي الشامسي، مصدر سابق، ص٣٣٨ وما بعدها.

(٣) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصدر سابق، ص٨٢٩.

(٤) د.إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، بلا دار نشر، ١٩٩٣، ص٣٤٠.

الأجرة، فليس للعامل أن يتمسك بعدم حصوله على أجرة كمبرر لعدم قيامه بالعمل خلال المدة الزمنية المحددة[١].

٣- مراعاة عدم التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ

إنّ الدفع بعدم التنفيذ شرع في العقود الملزمة للجانبين من أجل أهداف معينة بينت كما لاحظنا على أساس العدالة في تنظيم العلاقة العقدية، ولهذا يجب استعمال هذه الوسيلة بما لا ينطوي على التعسف في استعمالها، فإذا كان ما بقي من التزام الطرف الآخر يسيرا بالمقارنة مع كل التزام الطرف الآخر يسيرا بالمقارنة مع كل الالتزام وطبيعته وظروفه، فأنه لا يحق للمتعاقد التمسك بالدفع، و الأ عد متعسفا في استعمال حقه[٢].

ففي عقد المقاولة يكون الامتناع عن دفع مستحقات المقاول في حدود قيمة الإصلاحات اللازمة للتنفيذ المعيب، و الإخلال بالوفاء بجزء ضئيل جدا من الثمن لا يبرر التمسك بالدفع، فمثلا لا يجوز لشركة الكهرباء أن تقطع التيار عن مشترك بحجة أنه لم يدفع مبلغا تافها[٣].

٤- مراعاة حسن النية للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ

لا يخرج هذا الموضوع عن القاعدة الأساس المعمول بها في القوانين المدنية التي توجب تنفيذ العقد مع ما يوجبه حسن النية في التعامل، وعلى هذا الأساس يجب أن يراعي من يروم التمسك بحق الدفع بهذا المبدأ، فإذا كان من يتمسك بالدفع هو الذي تسبب متعمدًا في تأخير تنفيذ الطرف الآخر، كأن يغيب متقصدًا عرقلة قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المستحق مع استعداد هذا الطرف وسعيه فعلًا لتنفيذ التزامه، في محاولة لا ظهار تقصير هذا الطرف وتبرير قيامه بالدفع بعدم التنفيذ للتخلص من هذه العلاقة التعاقدية التي قرر التراجع عنها بعد حين[٤]، ففي هذه الحالة لا يمكن أن يعد أنه يريد التوقي من الضرر، وإنما يريد التراجع بسوء نية عن العقد.

---

(١) د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (العقد والارادة المنفردة)، بلا دار نشر، بلا سنة نشر، ص٢٣٦.

(٢) د.صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص٣٥٥.

(٣) د.سعيد السيد، مصدر سابق، ص٣٩.

(٤) د.صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص٣٥٤وما بعدها.

الفرع الثاني

الأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ

لما كان الدفع بعدم التنفيذ من الوسائل التي يستطيع بها إجبار المتعاقد على تنفيذ العقد، ووقاية لنفسه من مماطلة الطرف الآخر من عدم التنفيذ، وللحصول على المنفعة المستوحاة من العقد، فالدفع بعدم التنفيذ يؤدي إلى الضغط على إرادة المتعاقد لتنفيذ العقد، من أجل تحقيق المساواة والعدالة بين أطراف الالتزام ، فليس من العدل إجبار طرف في العقد على تنفيذ شروط العقد ، من دون حصوله من الطرف الآخر على تنفيذ التزامه، بالتالي فالدفع يؤدي إلى ترتيب ثلاثة آثار منها، الدفع بعدم التنفيذ حقًا، ومن ثم وقف العقد للوصول إلى تنفيذه بين المتعاقدين، و بالنسبة للغير، وهذا ما سنتطرق إليه :

أولًا:الدفع بعدم التنفيذ بوصفه حقًا للمتعاقد

إن المتعاقد الذي يتمسك بعدم التنفيذ يباشره بوصفه حقًا، ولا يرتكب خطأ ولا يلزم بتعويض المتعاقد الآخر عما أصابه من ضرر، ولا تسري في موجهته فوائد التأخير، ولا يجوز اتخاذ إجراءات تنفيذية ضده ولو كان دينه مستحق الأداء[١]، ويجوز التمسك بعدم التنفيذ في مواجهة المتعاقد أو أي شخص من الغير يطالب بحق ناشيء عن العقد ذاته، ومن ذلك الدائن الذي يرفع دعواه غير المباشرة للمطالبة بحق مدينه المخل بالتزامه، أو الدائن الذي يباشر حقه في الضمان العام باتخاذ إجراءات تنفيذية على الشيء تحت يد المتعاقد مع مدينه[٢].

ثانيًا: وقف تنفيذ العقد بين المتعاقدين

من المسلم به لدى الفقه القانوني، إنّ أثر الدفع بعدم تنفيذ العقد، هو وقف التنفيذ ويظل الالتزام في حد ذاته موجودًامن دون نقص في كمه أو كيفه فلا ينقضي الالتزام أو يزول لأنّ ما وقف هو آثار تنفيذ العقد فقط[٣]، فإذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ، فإنّ المتمسك به لا يجبر على تنفيذ التزامه، بل يبقى هذا الالتزام موقوفًا، دون أن يزول كما في الفسخ، فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بنقل

(١) د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٣٩.

(٢) عبد المهدي كاظم ناصر، مصدر سابق، ص١١٣.

(٣) د.إسماعيل عبد النبي عبد الجواد شاهين، مصدر سابق، ص٦٩.

حق عيني، كالتزام البائع بنقل الملكية، كان للبائع أن يمتنع عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد، حتى لا تنتقل الملكية إليه، وإن كان التزام بعمل، كالتزام المقاول بإقامة مبنى، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء، وإذا كان التزامًا بامتناع عن عمل كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حي معين منعًا للمزاحمة، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحي(١).

وقد يتخذ الدفع بعدم التنفيذ موقفا إيجابيًا في ظروف خاصة، كما لو أساء المستأجر استعمال المأجور،فأحدث تخريبا فادحا، فيجوز عندئذ للمالك طلب إخراجه من المأجور بواسطة قاضي الأمور المستعجلة، فيكون أثر قرار الإخلاء مقتصرًا على وقف مفعول الإجارة مؤقتا، ولا يركزعلى فسخها، ويمكن بعد زوال علة الإخلاء أن يعود المستأجر إلى المأجور(٢).

و أما بالنسبة للعقود الزمنية فليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فيجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة، وكل وقف في تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصًا في مقدار هذا الالتزام، فإذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة، وتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمن، عدّ المؤجر أنه لم ينفذ نهائيًا، لا مؤقتًا، التزامه في حدود المدة التي منع فيها المستأجر من الانتفاع، فينقص بهذا المقدار، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التي وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد(٣).

ثالثًا: الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير

١- إنّ الدفع بعدم التنفيذ يسري في حق الغير متى كسب الغير حقه بعد قيام حق المتعاقد في التمسك به، ويقصد بالغير، من كان غير المدين وخلفه العام و دائنيه العاديين، لأن الدفع يسري بحقهم جميعًا، وعليه فإن للمشتري أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة المحال له، وأن يمتنع عن دفع الثمن، إذا كان البائع قد أحال شخصا ثالثًا بالثمن ولم يكن قد سلم المبيع إلى المشتري وللبائع أنْ يدفع بعدم تنفيذ التزامه بتسليم المبيع في مواجهة كل من كسب حقًا من المشتري على العين المبيعة، كالمشتري الثاني والموهوب له، إذا كان المشتري لو ينفذ التزامه بدفع الثمن(٤).

---

(١) أ. د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص٥٣٨.

(٢) د.الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ٣٤٧.

(٣) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٨٣٧.

(٤) د.عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص١٧٣ وما بعدها.

٢- إنّ الدفع بعدم التنفيذ لا يسري في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع، فإذا فرض أنّ شخصا بعد أنْ رهن منزله رهنًا رسميًا، سلمه إلى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ، ثم باعه، وأراد المشتري تسلم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار، فان للمستأجر أنْ يرجع بالتعويض على المؤجر وأن يحبس العين في مواجهة المشتري، ولكن حقه في الحبس لا يسري في مواجهة الدائن المرتهن لأنّ حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الحق في الحبس[١] .

المطلب الثاني

الأعذار كوسيلة للوقاية من الضرر

يُعد الأعذار وسيلة من وسائل الوقاية من الضرر، فهو إجراء فرضته القوانين على واحد من أطراف العلاقة القانونية اتجاه الآخر، ويعد كذلك قيدًا قانونيًا على استحقاق التعويض إذ لا يمكن المطالبة بهذا التعويض لا بعد قيام المتضرر من الإخلال بالعلاقة العقدية بتوجيه إنذار إلى الطرف الثاني ينذره بضرورة تنفيذ البنود العقدية وكل ذلك في غير الحالات التي استثناها القانون من ضرورة توجيه ذلك الأعذار[٢] .

الفرع الأول

التعريف بالأعذار

يُعد الأعذار من الإجراءات التي تبين أنّ الدائن معرض للضرر نتيجة عدم وفاء المتعاقد ألآخر، وبالتالي وجب الحصول على حقه، فمن خلاله يتوقى المتعاقد زيادة الأضرار عن طريق الأعذار خلال مرحلة تنفيذ العقد، وهذا ما سنتطرق إليه في ها الفرع :

أولًا : تعريف الأعذار

لا يكون المدين متأخرا في تنفيذ التزامه العقدي بمجرد حلول أجل الدين، إذ إن سكوت الدائن، وعدم مطالبته بحقه يفيد منحه أجلًا إضافيًا على سبيل التسامح[٣].

---

(١) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٨٣٨.

(٢) د.رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص٢٥٠.

(٣) د.أحمد شوقي محمد، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية العقدية و التقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٧.

قد يطلق على الأعذار (الإنذار)أو (التنبيه) أو (الإخطار) ويقصد به:((تنبيه المدين بأنه متهاون في التنفيذ عند الأجل))[١].

ويُعرّف الأعذار بأنه: ((وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه إن لم يوف به فورا، فالتأخر في التنفيذ حالة قانونية، الأصل فيها إنه لا يكفي لقيامها مجرد التأخر الفعلي، فمجرد حلول أجل الألتزام لا يكفي لوضع المدين في هذه الحالة القانونية بل لا بد من أعذاره))[٢] .

وعلى وفق القواعد العامة، لا يجوز للدائن طلب الفسخ لمجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه الناشيء عن العقد، وإنما يجب أن يقوم الدائن قبل ذلك بأعذار المدين[٣].

وترى الباحثة إن الأعذار إجراء يتوقى به الدائن تفاقم الأضرار للمحافظة على حقوقه نتيجة تأخر المدين في تنفيذ التزامه او عدم تنفيذه، حتى وإنْ فسخ العقد بالإرادة المنفردة؛ للتخفيف من الضرر .

وأما تشريعيًا فقد أشار إليه المشرع العراقي في المادة (٢٥٦) والتي نصت على: ((لا يستحق التعويض إلا بعد أعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك))، وهو موقف مشابه لما ذهبت إليه التشريعات المقارنة[٤].

لهذا فإن مجرد تأخر المدين في القيام بتنفيذ ما عليه من الالتزام لا يكفي لعدّه مقصرًا، وبعبارة أخرى فإنه لا يُعدّ مجرد تأخر المدين حالًة من حالات الأعذار بالمعنى القانوني لهذه الكلمة، اذ يحمل سكوت الدائن عن المطالبة يحقه عند حلول الأجل المضروب له على محمل التساهل والتسامح ولا بد للدائن إذا ما أراد نفي هذه القرينة البسيطة من أن يعلن عن إرادة صريحة واضحة في أنه يريد اقتضاء حقه في الموعد المحدد له، وإنه لا يتسامح في تأخر المدين في الوفاء يعد هذا الموعد وهو يعلن إرادته بهذا الإجراء الذي هو الأعذار[٥].

---

(١) د.عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان، ٢٠١٧،ص ١٢٦.

(٢) د.رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٤، ص٧٧.

(٣) د.محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص٢٠٣.

(٤) ينظر نص المادة (٢١٨) من القانون المدني المصري، ونص المادة(١١٤٦) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، والمادة (١٢٢٥) والمادة (١٢٢٦) من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٥) د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٣٥.

وقد ذهبت محكمة التمييز الإتحادية:((بأن الإنذار يعتبر غير مستوفي الشروط القانونية، ولا يمكن أن يكون مقدمة لطلب الفسخ ، في حالة أن الإنذار الموجه من طالب الفسخ في العقد الملزم لجانبين بأنه لم يبلغ الطرف المخل بالتزامه فأنه يعتبر إنذار غير مستوفي الشروط القانونية))[١].

وبالتالي فالمتضرر لكي يتوقى من زيادة الأضرار فعليه أن يتبع الإجراءات من خلال إنذار المدين، وفي حالة عدم لجوئه إلى الإنذار لا يدل بطبيعة الحال على تضرره من التأخر في التنفيذ.

و أما ضرورات الأعذار فإنها ترجع إلى أساسين:

الأساس الأخلاقي: ومفاده أن تنبيه المدين إلى تقصيره ودعوته إلى وجوب تنفيذ التزامه، إجراء تقتضيه القيم الخلقية قبل مفاجأة المدين بالتنفيذ الجبري وما ينطوي عليه من إجراءات قد تمس كرامته وسمعته، فلعل المدين قد ركن إلى تساهل الدائن والى افتراض عدم تضرره من التأخر في التنفيذ، فلم يبادر إلى الوفاء بالتزامه عند حلول أجله، وفي الأعذار قطع لدابر المدين باستعداده للتنفيذ لو طلب الدائن منه[٢].

أما الاساس القانوني: فمفاده يرجع إلى التسامح فاحتمال عدم تضرر الدائن من التأخير في التنفيذ وتسامحه مع المدين بمد أجل الوفاء بالالتزام، ولهذا يكون على الدائن نفي هذا الاحتمال بأعذار المدين ووضعه موضع المتأخر من التنفيذ، ويتعين على المدين بالمقابل أن يسارع إلى التنفيذ وإلا ترتب على تأخره نتائج قانونية صعبة[٣].

ثانيًا: شروط الإعذار

١- أن يكون الأعذار عن طرق الإنذار

القاعدة العامة أن الدائن يلزم بإنذار المدين لطلب التنفيذ، سواء أكان التأخير في تنفيذ كامل الالتزام أم في جزء منه[٤].

---

(١) محكمة التمييز الاتحادية، العدد ٣٣٧١، التسلسل ٣٤٠١، الهيئة المدنية، ٢٠١٩، ينظر القاضي. قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية(القسم المدني)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٢١، ص١٧١.

(٢) د.عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٥٤ وما بعدها.

(٣) د.رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ٢٥٢.

(٤) د.علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش، تونس، ٢٠١٢، ص ٤١٣.

إن أعذار المدين يكون بإنذاره، و الإنذار:((هو ورقه رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن في وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه))[١].

ويسمى الإنذار في العراق بالتبليغ ويتم بواسطة كاتب العدل، وتتم إجراءات التبليغ طبقًا لما يحدده قانون المرافعات المدنية[٢] .

وقد أشارت المادة ((٢٥٧)) إلى ذلك إذ نصت على: ((يكون أعذار المدين بإنذاره، ويجوز أن يتم الأعذار بأي طلب كتابي آخر كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجه إلى إنذار)) وهذه المادة موافقة لما ذهبت إليه التشريعات المقارنة[٣] .

ولهذا يجب أن يقوم طالب الفسخ بأعذار المتعاقد الآخر بدعوته إلى تنفيذ التزامه، وهو ما يكفي لتوافر مقومات الأعذار، ومن ثم فلا يلزم تهديد المدين باتخاذ الإجراءات القضائية ضده وفسخ العقد في حالة عدم التنفيذ، ولكن إذا تضمن الأعذار ذلك فلا يبطله فجوهر الأعذار يتمثل في تكليف المدين بالتزامه أيا ما كانت الصيغة التي تدل على ذلك[٤]

أي يجوز أن يتم بأي طلب كتابي آخر، فيقع في صورة ورقة رسمية أو في صورة أي طلب كتابي آخر لا يرد في ورقة رسمية، كبرقية أو رسالة مسجلة أو رسالة عادية، إلا إن الرسالة العادية تثير فقط مشكلة في الإثبات، تتعلق بإثبات واقعة تسلمها من قبل المدين وإثبات محتواها، ويجوز إثبات أي صورة أخرى يحددها اتفاق الطرفين ، أي يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل، كأن يكون بإخطار شفوي، وليس بطلب كتابي لكن الإخطار أيضا يثير مشكلة في الإثبات[٥].

---

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، أحمد مدحت المراغي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٨٧٩.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د.محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٥٦.

(٣) ينظر نص المادة(٢١٩) من القانون المدني المصري، والمادة (١٣٤٤) من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٤) د.أنور طلبة، نفاذ و انحلال العقد، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٧، ص ٧٩٠.

(٥) د.عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٥٦.

وبذلك فالدائن لكي يطالب بالتعويض عن تأخر المدين لابد له من أعذار المدين، وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي في المادة (٢٥٦) على إنه: ((لا يستحق التعويض إلا بعد أعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك)) وهو موقف مشابه لما ذهبت إليه التشريعات المقارنة[١].

ولكي يقي الدائن تفاقم الأضرار من جان المدين لابد له من أعذار المدين ، وأعذار المدين هي وسيلة يتوقى بها المتضرر في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه، و التأخير قد يعرضه للضرر.

٢- أن لا يكون هناك استثناء من وجوب الأعذار

وهذا بحسب ما أشارت إليه المادة (٢٥٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على إنه: ((لا ضرورة لأعذار المدين في الحالات الآتية :

أ - إذا أصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ممكن بفعل المدين وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو القيام بعمل وكان لابد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم أو كان الالتزام امتناعا عن عمل وأخل به المدين.

ب- اذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل وأخل به المدين.

ج- اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

د- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.))

بذلك يفهم أن الاستثناء من الاعذار منه اتفاقي ومنه قانوني:

١- الاستثناء بحكم الاتفاق

قد يتفق الطرفان على إن مجرد عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه أو إخلال به أو تأخيره كافٍ لاستحقاق التعويض دون حاجة إلى إنذار، وهذا اتفاق صريح يمكن العمل به [٢].

ولذلك يجب أنْ يكون قاطعًا في دلالته من دون أنْ يحمل شكًا[٣]، أما إذا أثار شكًا حول الاتفاق على الإعفاء من الأعذار، فإن الدائن لا يعفى من واجب أعذار مدينه، تطبيقًا لقاعدة الشك يفسر

(١) ينظر نص المادة(٢١٨) من القانون المدني المصري، ونص المادة (١١٤٦) من القانون المدني الفرنسي.
(٢) د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٣٩ وما بعدها.
(٣) د.عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٥٨.

لمصلحة المدين، إذ لا يكفي للإعفاء من الأعذار الاتفاق على أن يكون الوفاء في موطن الدائن ، أو الاتفاق على أن يكون الوفاء في موطن الدائن، أو الاتفاق على شرط جزائي، أو الاتفاق على إن عدم سداد القسط يؤدي إلى حلول الأقساط المتبقية[١].

٢- الاستثناء بنص القانون

أ – إذا كان محل الالتزام ترتب على عمل غير مشروع، ويقال تبريرًا لهذا الحالة أن العمل غير المشروع إنّما هو إخلال بالتزام الشخص باتخاذ الحيطة الواجبة بعدم الإضرار بالغير، وكلما أخل شخص بهذا الالتزام فأضر الغير، لم يعد التنفيذ العيني للالتزام ممكنًا، فلا جدوى إذن من الإعذار، بينما يذهب رأي آخرإلى إنّ الالتزام الذي نص المشرع على إعفاء الدائن به من الأعذار، ليس التزامًا باتخاذ الحيطة منعا للإضرار بالغير، و إنما هو التزام بتعويض الضرر الناتج عن الخطأ[٢].

ب- إذاكان تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، وهذا بحسب ما تقتضيه طبيعة الأشياء، فالأعذار دعوة إلى المدين لكي ينفذ التزامه، وإلا أصبح مسؤولًا عن تعويض الضرر الذي يترتب على عدم التنفيذ أو التأخيرية فيه، فإذا كان هذا التنفيذ غير ممكن، أو غير مفيد بفعل المدين نفسه،وهذا التنفيذ أصبح غير ممكن، أو غير مفيد بفعل المدين نفسه، فإن الأعذار يصبح لا فائدة منه[٣]، كما في حالة إرتكاب المقاول أخطاًء فنية لا يمكن تداركها، إخلالًا بعقد المقاولة[٤].

ت- إذا صرح المدين إنّه لا يريد القيام بالتزامه، فالإنذار لا يلزم لعدم فائدته، فقد رد المدين سلفا بأنه لا يريد القيام بالتزامه، ويذهب البعض في تفسير هذا الحكم إلى إنه ليس من المقبول أنْ يحمل سكوت الدائن بعد هذا التصريح محمل التسامح، ولهذا لا يجب على الدائن أعذار المدين، ويلاحظ إنّ الإعفاء من الأعذار لا يكون إلا من وقت تصريح الدين بأنه لا يريد تنفيذ التزامه، فإذا عاد المدين بعد هذا التصريح إلى تنفيذ التزامه كان مسؤولًا عن التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام من وقت التصريحمن دون حاجة إلى أعذاره، أما المدة السابقة فلا يستحق عنها تعويض عن التأخير ما دام لم يعذر[٥].

---

(١) د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٣٨.

(٢) د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص٧١.

(٣) د. عبد الودود يحيى، مصدر سابق، ص ٣٨ وما بعدها.

(٤) د.عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص١٣٠.

(٥) د.رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٧٢.

فبعد إن بينا مفهوم الأعذار وشروطه في القانون، نبين دوره الذي يبرز في تخفيف الضرر، من خلال ما يرجع إلى إشاعة روح التسامح مع المدين، و الذي هي ذات أهمية فقيام الدائن بتوجيه إنذار إلى مدينه يتضمن تخفيفًا للأضرار التي يمكن أن تلحق بالمدين[١] .

فضلًا عن إنّتسجيل تقصير المدين عليه ودعوته للتنفيذ، وذلك من خلال الزامه بمنح مهلة للمدين، للقيام بتنفيذ التزامه، خلال مهلة الأعذار، أو خلال مهلة معقولة، فإن مؤدى ذلك أن هذا الإجراء في حالة الفسخ القضائي، بل وعند الاتفاق على شرط فاسخ صريح، ما لم يتفق على الإعفاء منه، ويكون متطلبا من باب أولى في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة؛ ليعوض بذلك الرقابة المسبقة على فسخ العقد، وهذا في الواقع ما جعل الفقه الفرنسي يجمع على ضرورة الأعذار، كإجراء يسبق فسخ العقد من قبل الدائن[٢].والذي يستطيع من خلاله الوقاية من الضرر وزيادته.

الفرع الثاني

الأثر المترتب على الأعذار

إن الأعذاركوسيلة وقائية تنبه المتعاقد المتاخر عن تنفيذ التزامه، وما قد يصيب المتعاقد من ضرر نتيجة هذا التأخير، لهذا فالمتعاقد اذ ما أخذ به فهناك آثار تترتب عليه، وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع :

أولاً: يلتزم المدين بالتعويض عن تأخيره في التنفيذ من وقت أعذاره

يترتب على الأعذار ثبوت تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وبالتالي بتعويض الدائن عن أضرار التأخير التي لحقته بعد الأعذار، إذ إنه في الوقت الذيسبق الأعذار لا يكون المدين فيها متأخرًا في التنفيذ، وبالتالي فإنّه لا يلزم بالتعويض عنها[٣]، وهذا طبقًا لنص المادة (٢٥٦) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه: ((لا يستحق التعويض إلا بعد أعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك)) وهو نص مشابهه مع ما ذهبت إليه التشريعات المقارنة[٤].

(١) د.رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص٢٥٤.

(٢) د.محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص٢٠٤ وما بعدها.

(٣) د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص٣٦.

(٤) ينظر نص المادة (٢١٨) من القانون المدني المصري

هذا مع ملاحظة إنّه إذا كان محل الالتزام مبلغًا من النقود، فالتعويض عن التأخير (الفوائد) لا يستحق بمجرد الأعذار وإنما من وقت المطالبة القضائية أي من وقت رفع الدعوى[١] .

بحسب ما نصت عليه المادة (١/٥٧٢) من القانون المدني العراقي على إنه :((لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء، إلا إذا أعذر المشتري ألمشتري أو ...)) وذهبت هذه المادة إلى ما ذهبت التشريعات المقارنة[٢].

ثانيًا: انتقال تبعة الهلاك إلى المتعاقد الآخر بالأعذار

في حالة تعلق الأمر بالتزام بتسليم شيء محدد بالذات، فإن الأعذار بالتنفيذ يؤدي إلى انتقال تحمل تعبة المخاطر به إلى الطرف الآخر[٣].

فإذا كانت يد المدين يد أمانة، كيد الوديع والمستعير، وهلك الشيء بسبب أجنبي، فإن الشيء يهلك على مالكه وهو الدائن، أي على المودع أو المعير، غير أن الدائن إذا أعذر مدينه بوجوب التسليم، تحولت يد الأمانة إلى يد ضمان ويتحمل عندئذ المدين بالتسليم تبعة الهلاك، فيتحمل الوديع أو المستعير أو المستأجر تبعة هلاك الوديعة أو العارية أو المأجور بسبب أجنبي بعد الأعذار، أما إذا أعذر البائع مدينه بوجوب تسلم الشيء وأمتنع المشتري عن تسلمه وهلك الشيء بسبب أجنبي في يد البائع تحمل المشتري تبعة الهلاك[٤].

وهذا بحسب ما ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (١/٥٤٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على: ((إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يهلك على البائع ولاشيء على المشتري، إلا إذا حدث الهلاك بعد أعذار المشتري لتسلم المبيع ...))

أي إنّ البائع عن طريق الأعذار قد قام بدفع أي ضرر قد يصيبه نتيجة تأخر المشتري لالتزامه، وذلك عن طريق هذا الإجراء يستطيع أن يتوقى من الضرر فيما لو أخل الطرف الآخر بالتزامه.

---

(١) د.رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٧٥.

(٢) ينظر نص المادة (١/٤٥٨) من القانون المدني المصري، وينظر نص المادة(١/١٣٤٤) من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٣) د.عبد الحق صافي، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(٤) د.عبد الحكيم المجيد، مصدر سابق، ص ٦٤.

ثالثا: فسخ العقد في حالة عدم التنفيذ

على وفق القواعد العامة، لا يجوز للدائن طلب الفسخ لمجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه الناشيء عن العقد، وإنما يجب أن يقوم الدائن قبل ذلك بأعذار المدين[١].

فالفسخ في فقه القانون المدني هو: ((حل الرابطة العقدية التبادلية بعد نشوءها صحيحة كحق يعطى لكل من المتعاقدين كي يتحلل من التزامه متى ما تخلف المتعاقد الآخر عن الوفاء بالتزامه المقابل))[٢].

وهذا ما نصت عليه (١٧٧) من القانون المدني العراقي على إنّه: ((في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى...)) وهذا النص مشابهه مع ذهب إليه المشرع المصري[٣].

وعلى وفق هذا النص فإنّ فسخ العقود لا يقوم إلا في العقود الملزمة لجانبين، ويرجع ذلك إلى فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة، فالتزام كل من الطرفين يرتبط بالتزام الطرف الآخر، ومن ثم فإن لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه كان للمتعاقد الآخر إذا لم يطلب التنفيذ العيني، أن يتحلل نهائيا من هذا الالتزام، وهذا أمر تقتضيه العدالة بين المتعاقدين، فلا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه إلا إذا قام الآخر بالتنفيذ، وإلا كان من العدالة أن يتحلل من التزامه عن طريق فسخ العقد[٤].

أما المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) فإنّه لم يتطلب الأعذار قبل المطالبة بفسخ العقد.

لكن في ضوء التطورات الحاصلة، يبدو في نظر الفقه الفرنسي إنّه بحق إجراء ضروري ولازمًا، متى ما سمح للدائن بأن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، وبعيدًا عن تدخل القضاء، وهذا بحسب ما أكدته التوجيهات التشريعية الحديثة في القانون الفرنسي، والتي تتضح من خلال مشروع (كاتالا)، و من مشروع وزارة العدل الفرنسية، فعلى وفقنص الفقرة الثانية من المادة (١١٥٨) من مشروع كاتالا، فعندما يختار الدائن فسخ العقد؛ نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، يمكنه ذلك من خلال أعذار المدين، بأن يوفي تعهده خلال مهلة معقولة، وإلا كان له حق فسخ العقد، وإعمالا لهذا النص

---

(١) د.محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالارادة المنفردة، مصدر سابق، ص٢٠٣.

(٢) د.إسماعيل عبد النبي عبد الجواد شاهين، مصدر سابق، ص ٩٧.

(٣) ينظر نص المادة (١/١٥٧) من القانون المدني المصري

(٤) د.أحمد سلمان شهيب السعداوي، د.جواد كاظم جواد سميسم، مصدر سابق، ص٢٢٣ وما بعدها.

فإن إعمال الفسخ يقضي أولًا قيام الدائن بأعذار المدين، وأن يقوم التنفيذ خلال مهلة معقولة، وبذلك وبحسب هذا المشروع فقد جعل الأعذار القيد الإجرائي الأول في ممارسة الدائن حقه في فسخ العقد، فعند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه خلال المهلة، يخول الدائن الحق في فسخ العقد على مسؤوليته، ولاشك إن لهذا أثره عند إجراء القاضي مراقبته اللاحقة على الفسخ، الذي وقع بعيدًا عنه، ومن ناحية أخرى يتم تعويض المدين عن المهلة التي كان من الممكن أن يمنحها القاضي لها[١].

لهذا فقد أشار التقرير إلى مبدأ((الوقاية خير من العلاج))، عندما أتاح إلى المتعاقدين من مزايا جديدة تسمح لهم بتجنب المنازعات المتعلقة بالعقد أو حلها دون اللجوء إلى القضاء ومنها إمكانية فسخ العقد عن طرق الإخطار[٢].

وهذا ما أشار إليه المشرع الفرنسي في تعديله الأخير لسنة ٢٠١٦ والذي أكدّه في باب الفسخ كإجراء وقائي يتوقى به الدائن إجراءات التقاضي الطويل،إذ أشارتإلى ذلك المادة (١٢٢٦) من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ على إنه: ((يجوز للدائن، وعلى مسؤوليته، فسخ العقد عن طريق الإخطار، وفي حالة غير الاستعجال، يجب عليه أولا أعذار المدين المقصر بتنفيذ تعهده خلال مدة معقولة. يتضمن الإخطار صراحة أنه في حالة تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه يكون للدائن الحق في فسخ العقد إذا استمر عدم التنفيذ، يخطر الدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره. يحق للمدين في أي وقت اللجوء إلى القضاء للاعتراض على الفسخ، ويكون على الدائن حينئذ إثبات جسامة عدم التنفيذ)).

فالفسخ بالإرادة المنفردة لا يقع بانتهاء المهلة المقررة في الأعذار، و إنّما لابد أيضًا من إخطار المدين بإيقاع هذا الفسخ، إذا ما استمر عدم التنفيذ من قبل المدين بعد أعذار، وفوات مهلة الأعذار المعقولة، ويكون على الدائن إذا ما اختار فسخ العقد، أن يخطر البائع بفسخ العقد، ويصبح الفسخ نافذًا، عند استلام المدين الإخطار المذكور[٣].

أي إنّه أتاح للمتعاقدين تجنب الضرر عن طريق الأعذار عندما أتاح لهم فسخ العقد بالإرادة المنفردة، لتجنب إجراءات التقاضي الطويلة وسرعة في إتمام المعاملات.

---

(١) أشار الى ذلك د.محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، مصدر سابق، ٢٠٥.

(٢) د.محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة الفرنسية، مصدر سابق، ص١١ وما قبلها.

(٣) د.محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بإلارادة المنفردة، مصدر سابق، ص٢١١ وما بعدها.

وبهذا نتوصل إلى أن الوسائل الوقاية تختلف بحسب مرحلة العقد، فهنالك وسائل في مرحلة الإبرام اذا ما تم التمسك بها فإنّ العقد يأتي ثماره من خلال وقاية المتعاقد من أي ضرر عن طريق توعيته وتبصيره فيما يخص شروط العقد المبرم، بخلاف في حالة عدم إتباع هذه الإجراءات لابد من وجود أثر على ذلك، وهناك من الوسائل التي تُتبع في مرحلة تنفيذ العقد التي تعمل على منع أو تقليص الضرر ومنع تفاقمه عن طريق الدفع بعدم التنفيذ و الأعذار، واللذان عدّهما المشرع الفرنسي في تعديله الأخير كوقاية من الضرر من خلال دون اللجوء إلى إجراءات التقاضي الطويلة قدر الإمكان، وندعو المشرع العراقي إلى مجاراة القوانين المقارنة فيما يخص تعديل بعض النصوص لمجاراة التطور السريع في العقود.

الخاتمة

الخاتمة

إن دراسة موضوع رسالتنا الموسومة: (الوقاية من الضرر في العقد– دراسة مقارنة)، إنتهت إلى أبرز النتائج والتوصيات الاتية :

أولًا: النتائج :

١- إن الوقاية من المصطلحات التي تطرقت لها المجالات الأخرى، بخلاف القانون المدني الذي لم يورد تعريف مباشر للوقاية، وإنما تطرق لمضمونها في نصوص متناثرة، ولهذا توصل البحث الى إن الوقاية من الضرر في العقد: ((كل الإجراءات التحوطية التي تتخذ عندما توجد مبررات معقولة، لمنع الضرر في أي مرحلة مراحل العقد)).

٢- تبين لنا من خلال الدراسة إن الوقاية من الضرر، تختص بخصائص منها ، دورها الإستباقي لمرحلة الضرر، أي إن وجودها يسبق الضرر الذي قد يصيب العقد، وكذلك إنها تختص بالعمومية فهي ليس منحصرة بعقود محددة أي يمكن تطبيقها على جميع العقود للتخلص من الضرر،وأيضًا يكون اللجوء اليها عن وجود مبررات معقوله لذلك.

٣- ظهر لنا من خلال البحث، إن الاساس الذي إعتمدت عليه الوقاية من الضرر هو مبدأ حسن النية في العقود، فهو مبدأ عام لا يحكم مرحلة التنفيذ فقط ، وإنما مرحلة الإبرام فالالتزامات المنبثقة من هذا المبدأ هو عدم ألإضرار بالغير كالتزام بالاعلام قبل التعاقد، ولاسيما بعد ماتم النص عليه من قبل القوانين كالقانون المدني الفرنسي المعدل، إذ الزم عليه في مرحلة المفاوضات أيضا.

٤- توصل البحث، إلى إن اللجوء إلى الوقاية من الضرر ليس إعتباطًا، وإنما إستندت إلى عدة مبررات منها، المبرر التكنولوجي وأيضا المبرر القانوني.

٥- لتطبيق الإجراءات الوقاية شروط منها، منها توقع الضررإذ يعد توقع الضرر من القواعد المهمه في نطاق المسؤولية العقدية، بإعتبار إن العقد هو أداة الفعلية للتوقعات الأطراف، والوقاية ما هي إلا وسيلة متممة لحماية مصالح المتعاقدين المتوقعة، أيضًا أن يكون هناك تناسب بين الاجراءا الوقائي ومرحلة الضرر.

٦- يعد الإلتزام بالإعلام من الألتزامات الوقائية التي دعت الحاجة إلى ظهورها، فأمام التقدم التكنولوجي والصناعي الكبير، مع زيادة تعرض المتعاقدين لأضرارها لقة المعرفة والمعلومات بالعقود الحديثة، فهو يعمل على تنوير المتعاقد بكل أوجه العقد، وهذا ما دعى المشرع الفرنسي إلى النص اليه بتعديلة لسنة ٢٠١٦.

٧- لا يوجد نص صريح في القانون المدني العراقي ولا القانون المدني المصري يشير إلى الالتزام بالإعلام بخلاف المشرع الفرنسي الذي أشار اليه بنص صريح في المادة (١/١١١٢) ولا يجوز للاطراف المتعاقده إستبعاده، وجزاء الاخلال به يؤدي الى بطلان العقد.

٨- يخلو القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري من نص يوجب حسن النية في مرحلة التفاوض على الرغم من الدور الكبير الذي يحققه في هذه المرحلة ، بخلاف المشرع الفرنسي الذي ألزم إعتماد حسن النية من مرحلة الإبرام حسب ماجاء بتعديله للقانون المدني لسنة ٢٠١٦.

٩- لم ينص المشرع الفرنسي على الدفع بعدم التنفيذ بصورة مباشرة، الا بعد التعديل لسنة ٢٠١٦، حيث أفرد له نصوص صريحة في المواد (١٢١٩) والمادة (١٢٢٠)، لكنه لم يبين معنى الجسامة في هذه النصوص.

١٠- أجاز المشرع الفرنسي في تعديله للقانون الفرنسي للمتعاقدين عن الدفع بعدم التنفيذ والاعذار بالتحلل من العقد بصورة منفردة، لدفع الضرر عن المتعاقد المتضرر، وجعل رقابة القضاء لاحقة في ذلك عند مطالبة المدين في ذلك.

١١- أجاز المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني لسنة ٢٠١٦، للدائن فسخ العقد عن طرق إعذار المدين المتأخر عن تنفيذ التزامه وعلى مسؤولية اذا كان هناك ضرر يهدد بالعقد،ويحق للمدين الاعتراض على ذلك.

ثانيًا: التوصيات

١- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٥٠/ ١)من القانون المدني العراقي، والتي نصت على: ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما بوجبه حسن النية)) واعتماد مبدأ حسن النية في مرحلة الإبرام وعدم اقتصاره على مرحلة التنفيذ لدوره الكبير في تنفيذ العقد، لتصبح ((يجب التفاوض على العقد وتنفيذه طبقاً لما إشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية))

٢- نوصي المشرع العراقي بضرورة إدراج نص يشير بصورة مباشرة إلى الالتزام بالإعلام ووجوبه في المدة السابقة على التعاقد لمنع الضرر،فلا بد من جود التزام قانوني ينظم هذه المدة ونقترح نص يشير الى ذلك:((يجب على المتعاقد إعلام المتعاقد الآخر بكل ما يخص العقد إبتداًء من مرحلة المفاوضات وانتهاءًبمرحلة التنفيذ)).

٣- للأهمية الكبيرة التي تتمتع بها عقود الإذعان، نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (٢/١٦٧) من القانون المدني العراقي والتي نصت على: ((إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك))،لتصبح: ((إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفيه، تعد الشروط كأن لم تكن، إذا سببت خللًا كبيرًا في التوازن بين حقوق الطرفيين والتزاماتهما))

٤- نوصي المشرع العراقي إيراد نص يبين به مهلة الرجوع ونقترح النص الآتي: ((يجوز أن ينص القانون أو العقد على مهلة الرجوع، وهي مهلة يجوز لمن تقررت لصالحه الرجوع عن رضائه قبل إنتهائها))

٥- نوصي المشرع أن يحذو حذوا المشرع الفرنسي السماح في ضرورة بيان الدور الوقائي للدفع بعدم التنفيذ كوقاية من الضرر في العقد، وأيضًا السماح للدائن بفسخ العقد عن طريق إعذار المدين و إخطاره في حالة وجود ضرر يهدد المتعاقد، في ذلك، بوصفها واحدة من الوسائل التي يستطيع بموجبها المتعاقد من تخفيف الضرر قدر الامكان، ونقترح النص على ذلك: ((يجوز للمتعاقد فسخ العقد عن طريق الاخطار كذلك من خلال إعذار المدين ، ويجوز للمدين اللجوء للقضاء للاعتراض على الفسخ ، وعلى الدائن إثبات الضرر وجسامتهُ)).

الـمـصادر

المصادر

القران الكريم

أولًا: الكتب اللغوية

١. عصام حداد، حسان جعفر، المنبع الموسع، الطبعة الأولى، دار صبح، بيروت، لبنان، ٢٠١١.
٢. الشيخ. فخر الدين الطريحي، مجمع البحرين، الطبعة الأولى، مؤسسة الأعلمي للطباعة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
٣. الشيخ.مجد الدين بن يعقوب الفيروزي أبادي، مجمع البحرين، الطبعة الأولى، مؤسسة الأعلمي للطباعة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

ثانيًا: الكتب القانونية

١. د.إبراهيم سيد أحمد، الوقاية التشريعية والقضائية في الغش من المعاملات، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٢. د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، بلا طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٣. _____، مدى التعويض عن تغيير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية العقدية والتقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٤. _____، المدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للقانون)، منشأة المعرف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٥. د.أحمد خالد الناصر، المسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة البحرية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
٦. د.أحمد سلمان شهيب السعداوي، د.جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٥.
٧. د.أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد (دراسة قضائية فقهية مقارنة بين القانون الفرنسي والبلجيكي والمصري)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

٨. د.إدريس فتاحي، الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي والمقارن، مطبعة الأمنية، الرباط، ٢٠٠٤.

٩. إسراء خضير مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مؤسسة الصادق الثقافية، بابل، العراق، ٢٠١٩.

١٠. د.إسماعيل عبد النبي عبد الجواد شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية(نظرية الحق)، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٣.

١١. _____، إنقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣.

١٢. ماجستير.إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية(القانون المدني إنوذجًا، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، بلا طبعة، دار الكتب القانونية، دار شتات، مصر، ٢٠١١.

١٣. د.أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

١٤. د.أنس محمد عبد الغفار، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي(دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٣.

١٥. د.أنور طلبة، نفاذ وانحلال العقد، بلا طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠١٧.

١٦. القاضي د.آوات عمر حاجي، محمد سليمان الحمد، مبدأ استقرار المعاملات (دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٧.

١٧. د.إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٨.

١٨. د.بشار عدنان ملكاوي، مصادر الإلتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٢.

١٩. د.بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنيت (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، عالم الكتب الحديث، إربد، الاردن، ٢٠٠٤.

٢٠. د.بيار أميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص (الإطار العقدي، والإطار التقصيري)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٩.

٢١. د.ثروت عبد الحميد، الضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد أو الملوث (وسائل الحماية منها ومشكلات التعويض عنها)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٢٢. جاك غستان، المطول في القانون المدني(تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.

٢٣. د.جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

٢٤. د.جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص(دراسة تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.

٢٥. د.حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المنشورات الحقوقية صادر، ٢٠١٦،

٢٦. د.حسن حسين البراوي، التزام المؤمن بالأمانة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٢٧. د.حسن حسين البراوي، مخاطر التطور بين قيام المسؤولية والإعفاء منها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٢٨. د.حسن حنتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٧.

٢٩. د.حسن عبد الباسط ، حماية المستهلك(الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٣٠. د.حسن علي الذنون، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٧.

٣١. _____، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، التايمس للطبع والنشر، بلا سنة طبع.

٣٢. _____، فلسفة القانون، الطبعة الأولى، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥.

٣٣. المستشار.حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الثانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٨.

٣٤. د.خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.

٣٥. د.خالد مجيد عبد الحميد الجبوري، النظرية العامة للتجريم الوقائي، الطبعة الأولى، المركز العربي، مصر، القاهرة، ٢٠١٨.

٣٦. د.راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد (دراسة قانونية مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٧.

٣٧. د.رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٧.

٣٨. د.رمضان محمد أبو السعود،محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣.

٣٩. ماجستير.ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٦.

٤٠. د.ريما فرج مكي، تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.

٤١. د.سعد سالم العسبلي، الأصول العامة علم القانون، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الفضيل للنشر، ليبيا، ٢٠١٢.

٤٢. د.سعيد السيد، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ بالعقد، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة، الجيزة، مصر، ٢٠٠٦.

٤٣. د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٤٤. د. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٤٥. د.سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية على ضوء التشريعات في دولة الإمارات العربية مقارنة بالقوانين العربية، بلا طبعة، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٠.

٤٦. د.سمير سهيل دنون، المسؤولية المدنية عن نقل الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها(دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٥.

٤٧. د. سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون (دراسة مقارنة بين نظريتي القانون والحق)، الطبعة الثانية، مكتبة الذاكرة، بغداد، ٢٠٠٠.

٤٨. د.شحاته غريب محمد شلقامي، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٤٩. د. شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في النظاميين القانونيين المصري والفرنسي)، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٢.

٥٠. د. صاحب عبيد الفتلاوي، السهل في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة دار الجمال، عمان، الأردن، ٢٠١٤.

٥١. د.طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات و إنعكاساتها على القانون المدني (دراسات وبحوث)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١١.

٥٢. د. عابد فايد عبد الفتاح، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٥٣. د.عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتب، بيروت، بلا سنة طبع.

٥٤. د.عبد الحفيظ علي الشيمي، مبدأ الحيطة في المجال البيئي على بعض الحقوق والحريات، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.

٥٥. د.عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بلا دار نشر، ٢٠٠٧.

٥٦. د.عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، المختصر في شرح القانون الأردني آثار الحق الشخصي (أحكام الالتزام)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، ٢٠١٠.

٥٧. د. عبد الرزاق السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف للترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠.

٥٨. د.عبد الرزاق السنهوري، أحمد مدحت المراغي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٥٩. د.عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي (دراسة مقارنة)، بلا دار نشر، ٢٠٠٥.

٦٠. د.عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.

٦١. د.عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الطبعة الرابعة عشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٣.

٦٢. د.عبد القادر أقصاصي، الإلتزام بضمان السلامة في العقود(نحو نظرية عامة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠.

٦٣. د.عبد القادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون الليبي، الطبعة السادسة، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا، ٢٠١٣.

٦٤. د.عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال بها(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٦٥. د.عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٢.

٦٦. عبد الله عبد الأمير طه، المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الآبار المنتجة للنفط، الطبعة الأولى، مؤسسة حروف عراقية، ٢٠١٦.

٦٧. د. عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د.محمد طه البشير، أحكام الالتزام، شركة العاتك لصناعة الكتب، ٢٠١٧.

٦٨. د.عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د.محمد طه البشير، الوجيز في نظرية التزام، الجزء الأول، العاتك لصناعة الكتاب، بلا سنة نشر.

٦٩. د.عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦.

٧٠. د.عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

٧١. د.عدنان نعمة، مبادئ العدالة والإنصاف (أصول الفكرة وتجلياتها في الحقليين الانساني والقانوني)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٦.

٧٢. د.عربي سيد عبد السلام محمد، أحكام تقدير التعويض وأثره تغير القوة الشرائية للنقود على تقديره (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٧٣. د. عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسوب (دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية)، بلا دار نشر، القاهرة، ١٩٩٤.

٧٤. د.عصام أنور سليم، عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة نشر.

٧٥. د.عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٧.

٧٦. د.عطا سعد محمود حواس، الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١.

٧٧. د.علاء حسين علي، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية (دراسة في دور الإرادة المنفردة في النطاق العقدي)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.

٧٨. د.علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٧.

٧٩. د.علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش، تونس، ٢٠١٢.

٨٠. د.علي مجيد العكيلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩.

٨١. د.علي محمد خلف الفتلاوي، مسؤولية الإنتاج، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٨.

٨٢. د.عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٨٣. د.غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، الطبعة السابعة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٤.

٨٤. د.غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.

٨٥. د.فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك (دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.

٨٦. د. فايز أحمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

٨٧. د. فايز محسن حسين محمد، فلسفة القانون والمنطق القانوني، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٧.

٨٨. القاضي.لفته هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد، العاتك لصناعة الكتب، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٤.

٨٩. د.محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات الخطرة (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢.

٩٠. د.محمد المنجي، دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية بصورة عامة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩.

٩١. د. محمد جاسم محمد العتابي، مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية(دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانونيين الأمريكي والفرنسي)، الطبعة الأولى، مكتبة القانون المقارن للنشر والتوزيع، بغداد، العراق، ٢٠٢١.

٩٢. د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، بلا دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٧.

٩٣. د.محمد حسن قاسم، القانون المدني(العقود المسماة، البيع، التأمين، الإيجار)،(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.

٩٤. _____، المدخل لدراسة القانون(القاعدة القانونية، نظرية الحق)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦.

٩٥. _____، المدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦.

٩٦. د.محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٠.

٩٧. د.محمد شكري سرور، التأمين ضد المخاطر التكنولوجية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٧.

٩٨. محمد صافي يوسف، مبدأ الاحتياط لوقوع الأضرار البيئية (دراسة في إطار القانون الدولي للبيئة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٩٩. د.محمد عبد الله الوريكات، أثر الردع الخاص في الوقاية من الجريمة في القانون الأردني (دراسة مقارنة مع القانون الإيطالي والقانون المصري)، الطبعة الأولى، المكتبة الوطنية، عمان، ٢٠٠٧.

١٠٠. د.محمد عبد محمد الزيدي، تدرج القواعد القانونية(دراسة في معيارية العقود)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٨.

١٠١. د.محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني(دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

١٠٢. د.محمد مراد المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠.

١٠٣. د.محمود علي رحمة، مدى المسؤولية المترتبة على المقاول من الباطن عن تنفيذ الأعمال وأحكامها وخصائص عقد المقاولة من الباطن وتميزه علن العقود الأخرى(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٨.

١٠٤. د.مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

١٠٥. د.مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون في الفكر الاوربي، الطبعة الأولى، دار نيوز للطباعة والنشر، العراق، ٢٠١٦.

١٠٦. د.مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي،(مصادر الالتزام)، الطبعة الأولى، بلا دار نشر، بلا سنة نشر.

١٠٧. د.منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون، الطبعة الأولى، الذاكرة للنشر، ٢٠١١.

١٠٨. د.منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية والأجنبية معززة بآراء الفقهاء وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار ئاراس للطباعة والنشر، أربيل، ٢٠٠٦.

١٠٩. د.منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالنزام وأحكامها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٢.

١١٠. د.منصور حلتم محسن، إيمان طارق الشكري، العدالة التعاقدية في الرهن(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، ٢٠١٧.

١١١. د.موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.

١١٢. د.ناطق المشرقاوي ، التدابير الاحترازية بين الفقه الإمامي والقانون العراقي ، الطبعة الأولى ، مركز الإمام الصادق (ع) للدراسات الإسلامية التخصصيصة ، ٢٠١١ ، النجف ، العراق .

١١٣. د.هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٤.

١١٤. د.هلدير أسعد أحمد، محمد سليمان الأحمد، نظرية الغش في العقود (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٢.

١١٥. د.وليد خالد عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٥.

١١٦. د.وليد خالد عطية، نحو نظرية عامة لقاعدة توقع الأضرار في العقود(دراية مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٦.

١١٧. د.وليد علي ماهر، التبصير في عقود نقل التكنولوجيا(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٨.

١١٨. د.يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، كوميت للتوزيع، ١٩٩٧.

١١٩. د.يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون (دراسة قانونية)، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢،

١٢٠. د.يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان، ٢٠٠٩.

١٢١. د.يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٠.

ثالثا: الكتب المتفرقة

١- د. أحمد حميد عجم البديري، الحماية الدولية للبيئة إثناء النزاعات المسلحة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٥.

٢- الشيخ فاضل الصفار، المهذب في أصول الفقه، الطبعة الأولى، مؤسسة الفكر الإسلامي، بيروت،لبنان، ٢٠١٠.

٣- د.محمد معروف عبد الله، علم العقاب، مطبعة التعليم العالي، ١٩٩٠.

رابعًا: الأطاريح والرسائل الجامعية

١. إسلام هاشم عبد المقصود سعد، قواعد الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة المنوفية، ٢٠١١.

٢. أمل كاظم سعود، الالتزام بالتعاون بالعقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٧.

٣. بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام، كآلية لحماية المستهلك، إطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٨.

٤. بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١٣.

٥. تماني جميلة، الغش في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٩.

٦. ثامر كشيدة، الالتزام بالإعلام كوسيلة لحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بو ضياف، الجزائر، ٢٠١٨.

٧. حسين بلعيد عبد السلام الحربي، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٢١.

٨. زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٧.

٩. سماهر منصور عبد الله صوان، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٩.

١٠. عبد الحميد الديسطي عبد الحميد، آليات حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج،اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٨.

١١. عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٧.

١٢. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الجزائر، ٢٠١٥.

١٣. علي حسين منهل، نظرية الإخلال الفعال بالعقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٧.

١٤. علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية (دراسة مقارنة)، أطروحته دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٤.

١٥. العيد هلالي، الوقاية الصحية في السنة النبوية(دراسة موضوعية)، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر، ٢٠١١.
١٦. محمد مردان علي محمد البياتي، المصلحة المعتبرة بالتجريم، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢.
١٧. منى سمير محمد، تدابير الدولة للوقاية من الجريمة (دراسة فقهية)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٦.
١٨. هديل كاظم البديري، المعقولية في الالتزام العقدي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٨.
١٩. هشام خضير حسين حلاوين، التدابير الوقائية الصحية والبيئية في السنة النبوية (دراسة موضوعية)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، ٢٠١٨.

خامساً : البحوث العلمية

١. د.أكرم محمود حسين البدو، د.محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثالث عشر، العدد التاسع والأربعين، السنة السادسة عشر، ٢٠١١.
٢. المحامي. أمير الموسوي، التعديل في أحكام المسؤولية العقدية، بحث منشور في مجلة القضاء،السنةالستون، مطبعة الوقف الحديثة، ٢٠٢٠.
٣. د.أيسر عصام داود، الإفصاح عن الإخطار في مرحلة المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد التاسع عشر، العدد الخامس والستون، السنة الواحدة والعشرون، ٢٠١٨.
٤. د.صباح مصباح محمود الحمداني، نادية عبد اللطيف أحمد، ماهية السياسة الوقائية ، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق، الجزء الأول، المجلد الثاني، العدد الأول، ٢٠١٧.
٥. د.ظافر حبيب جبارة، د.عماد حسن سلمان، واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية وكيفية إعماله (دراسة مقارنة في ضوء النظام الانكلو امريكي وإتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠)، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، المجلد مئتان وستة عشر، العدد الثاني عشر، ٢٠١٦.

٦. عبد الأمير جفات كروان، إختلال التوازن المادي في تكوين عقد المعاوضة وأثره في القوة الملزمة للعقد، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد السادس والعشرون، العدد الخامس، ٢٠١٨.

٧. د.عبد الله عبد الأمير، فكرة عقد المعاوضة، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد السادس، العدد الرابع، إنساني، ٢٠٠٨.

٨. د.عبد المجيد خلف منصور العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد الثاني، العدد التسلسلي إثنان وعشرون، ٢٠١٨.

٩. م.غزوان عبد الحميد شويش الجبوري، التدليس بالكتمان للإخلال بالالتزام بالإعلام في عقد البيع الالكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد الرابع، العدد الأول، الجزء الأول، السنة الرابعة، ٢٠١٩.

١٠. د.محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجيهات القضائية والتشريعية الحديثة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.

١١. د.محمد صديق محمد عبد الله، حسان علي مسلم، الالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثامن عشر، العدد الثالث والستين، السنة العشرين، ٢٠١٣.

١٢. نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد (التاسع والعشرون)، العدد (الثاني)، ٢٠١٣.

١٣. نساخ فطيمة، النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة، فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، بحث منشور في جامعة الجزائر، الجزء الأول، العدد الرابع عشر، ٢٠٢٠.

١٤. د.هادي حسين الكعبي، د.محمد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقد بالاعلام، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الخامسة، ٢٠١٣.

١٥. د.وليد خالد عطية، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثالثة، ٢٠١٠.

١٦. د.ياسر باسم ذنون السبعاوي، د. صون كل عزيز عبد الكريم، الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد التاسع والعشرون، المجلد الثامن، السنة الحادية عشر، ٢٠٠٦.

سادساً : القرارات القضائية

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، العدد ٣٣٧١، التسلسل ٣٤٠١، الهيئة المدنية، ٢٠١٩، القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية(القسم المدني)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٢١.

٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، العدد ٥١٧٤/٥١٧٣ ، التسلسل ٥١٧٠/ ٥١٧١، الهيئة الإستئنافية، عقار، ٢٠١٧، القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الإتحادية (القسم المدني)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٩.

سابعاً : التشريعات

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل والنافذ.

٢- القانون المدني المصري رقم (١٣٨)، لسنة ١٩٤٨ المعدل والنافذ.

٣- القانون المدني العراقي رقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١ المعدل والنافذ.

٤- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل والنافذ.

٥- قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢)، لسنة ١٩٨٦ المعدل.

٦- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ النافذ.

ثامناً : المصادر باللغة الأجنبية

1. BANQUE DES MÉMOIES , Le dèsèquilibrecontractueldû au changementimprèvisible des circonstances et sesremèdesÉtude de droitcomprè : Espagne – Pologne – France , UNIVERSITÉ PANTHÉON ASSAS – PARIS II - , Master , 2013 .
2. faustine JACOMINO , Le contrôleobjectif de l'èquilibrecontractuel , UNIVERSITĒ COTE ḊAZUR, 2020
3. M. Mohamed LACHACHI , L'Équilibre du contract de consummation (Etude comparative) , Mèmoireprèsentè et soutenu pour l'obtention du diplòme de Magister en droitprivè , UNIVERSITÉḊORAN , 2012- 2013 .
4. Walston – Dunham , Beth: Introduction to Law . USA. Thomson Delmar Learning publishing , (2004).

Abstract

In this current study, the prevention of harm in the contract will be discussed, and the importance of prevention in law, because prevention is not specific in some areas, its important role is also centred in civil law, through what preventive means play to avoid harm in the contract, given that the law and its existence stems from the existence of society Therefore, it has to provide the greatest possible protection for the legal centres among the contractors through prevention and work to address the imbalance that occurs between the contractors, as a result of the development in contracts, which have created new methods if they were in existence when organizing laws.

The researcher explains the topic of prevention and its role in providing legal stability, which in turn also achieves stability of transactions and achieving contractual balance between the contracting parties. To resort to deception that may lead to harming others, there is a legal deficiency of the most important stage of the contract, which is the stage of negotiations. It is necessary to have a preventive that means to be resorted to implement the contract on the most completed way and address the damage that may rule this stage or the contract that may be done correctly, but it faces obstacles that lead to the generation of harm, thus resorting to means that reduce the damage and prevent its exacerbation, to move away as possible without resorting to filing liability claims and confronting the momentum of cases, so the researcher has shown the extent of the discussion of the Iraqi civil law for the prevention of harm in the contract, with comparison with other laws, which is the Egyptian civil law and the French civil law and its amendments.

The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
UniversityofKarbala
college of Law

Prevention of Harm in Contracts

(A Comparative Study)

A Thesis presented by

Farah Abbas Jassim Al-Refai

To the Council of the College of Law / Kerbala University

in Partial Fulfilment

of the Requirements for the Degree of Master in Private Law

Supervised by:

Prof. Dr.

Ali Shaker Abdul Qadir Al-Badri

1443 A.H. **2021 A.D.**