وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة كربلاء

كلية القانون

(الالتزام بالتسبيب في العقد – دِراسة مُـقارنـة)

رسالة إلى مجلس كلية القانون- جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل دَرجة الماجستير في القانون الخاص

كتبت بواسطة الطالب

حيدر عبد الزهرة صكر

بإشراف

أستاذ القانون المدنـــــي الدكــتور

علي شاكر عبد القادر البدري

شباط / ٢٠٢٥ م شعبان ١٤٤٦هـ

بِسمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

رُّسُلا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةُۢ بَعدَ ٱلرُّسُلِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَزِيزًا حَكِيما

صدقَ اللّٰهُ العليُّ العظيم

سورة النساء الآية (١٦٥)

إقرار المشرف

أشـهد إن رسـالة الماجسـتير الموسـومة بـ (الالتـزام بالتسـبيب فـي العقـد) (دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (حيدر عبد الزهرة صكر) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص قد جرت تحت إشرافي ورُشحت للمناقشة... مع التقدير .

التوقيع :

الاسم : أ. د. علي شاكرعبد القادر البدري

الدرجة العلمية : استاذ

الاختصاص: القانون المدني

جامعة كربلاء – كلية القانون

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أني قرأت رسالة الماجستير الموسومة بـ (الالتزام بالتسبيب في العقد) (دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (حيدر عبد الزهرة صكر) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء ، وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة.

التوقيع :

الاسم : أ. د. صفاء حسين لطيف

الاختصاص العام : لغة عربية

مكان العمل: جامعة كربلاء- كلية العلوم الاسلامية

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (الالتزام بالتسبيب في العقد "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (حيدر عبد الزهرة صكر) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (امتياز).

التوقيع :
الاسم: أ.د عادل شمران حميد
(رئيساً)
التاريخ: ٢٥/ ٩ / ٢٠٢٥

التوقيع :
الاسم: أ.م.د. لبنى عبد الحسين
(عضواً)
التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع :
الاسم:.أ.م.د. معتز محمود حمزه
(عضواً)
التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع :
الاسم: أ.د. علي شاكر عبد القادر
(عضواً ومشرفاً)
التاريخ: / / ٢٠٢٥

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:
أ.د. احمد شاكر سلمان
عميد كلية القانون / جامعة كربلاء
التاريخ: / / ٢٠٢٥

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الإهـــداء

إلـــــى

- مصــباحِ الهُــدى والنُّــورِ المُبــينِ محمــد وآلِــهِ الغُــرِّ الميــامينِ,هُــمُ الَّــذينَ بِنُــورِهِمْ اهْتَــدَيْنا وَلَــوْلاهُمْ لَكُنَّــا في ضَلالٍ مُبينِ.

- مــن قــال فــيهم الله " وَقُــل رَّبِّ ارْحَمْهُمَــا كَمَــا رَبَّيَــانِي صَــغِيراً" والــدي عرفانــاً بفضــله وتقــديراً لــه, والــدتي يــامن علمتنــي أوائــل حــروف المعرفــة وغرســت فــي نفســي حــب العلــم والــتعلم , فلــكِ أيتهــا المربيــة الفاضلة فخري وإعتزازي.

- إخوتي سَندي وقوتي ,و (جعفر) منهم خيرُ معين.

- مــن شــاركتني دربَ الحيــاةِ ورفيقتــي فــي الســراءِ والضراءِ رمز الوفاء الغالية ... زوجتي.

- مهــد الحضــارات والشــرائع، منــارة العلــم والمعرفــة وطني ,عراق المجد والتاريخ العريق.

أُهدي ثمرة جهدي هذا

الباحث

شكر وعرفان

حمدًا لله والشكر له على فضله وكرمه، والصلاة والسلام على خير بريته محمد وعلى عترته أُمناء الله وصفوته، أما بعد فإنَّ الشكر من لوازم الإيمان وأسباب دوام النعمة واستمرارها، طبقا لقوله تعالى:(لئن شكرتم لأزيدنكم)صدق الله العلي العظيم وقد روي عن الثامن من أئمة أهل البيت الإمام الرضا (عليه السلام) قال: مَن لَم يَشكُرِ المُنعِمَ مِنَ المَخلوقينَ لَم يَشكُرِ اللَّهَ عَزَّوجلّ.

وانطلاقا من واجبي العلمي والأدبي، ووفاء وعرفانا بالفضل، فإنه لزاما عليَّ بعد إتمام هذا البحث، أن أتقدم بجزيل شكري وعظيم تقديري لأستاذي الفاضل الدكتور(**علي شاكر عبد القادر البدري**) ، الذي تفضل مشكورا بقبوله الإشراف على رسالتي على الرغمِ مِنْ كثرة أعبائه ومشاغله، ، فلقد كان لي نعم المعلم المتواضع، والإنسان الخلوق، الذي لطالما آزرني وتعهدني بنصحه الثمين خلال مسيرة البحث، فأسال الله العلي القدير أن يحفظه ويبارك له في عمره ووقته، وأن يجعل ذلك في ميزان حسناته وأدام الله عليه الصحة والعافية، فله مني جزيل الشكر والعرفان وخالص التقدير والاحترام، وجزاه الله عني وعن جميع طلاب العلم خير الجزاء كما وأتوجه بالشكر والعرفان الى كل من السادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة لما سيقدموه من توجيهات قيمة ترتقي بمستوى هذه الدراسة ويُشَرفني أن أسجل وافر الشكر وعظيم التقدير إلى أساتذتي الأفاضل في السنة التحضيرية في كلية القانون جامعة كربلاء.

كما أتقدم بخالص الشكر وجزيل العرفان إلى كل أساتذتي في كلية القانون جامعة المثنى في الدراسات الاولية، كما أتقدم بوافر المحبة إلى زملائي طلبة الدراسات العليا متمنياً لهم النجاح والموفقية، وشكري وتقديري الى كل من مد لي يد العون والمساعدة، ولو بالدعاء، فجزى الله عني الجميع خير الجزاء، وأسال الله للجميع العافية وللقارئ المتعة والفائدة وللمتفحص المعذرة، فإن كنت قد أحسنت فذلك بفضل الله سبحانه، وإن كان فيه خلل، فذلك مبلغ علمي، ورحم الله إمْرأً أهدى إليّ عيوبي كما أسأله سبحانه وتعالى أن يعلمنا ما ينفعنا، وأن ينفعنا بما علمنا وعلى الله قصد السبيل، إنه نعم المولى ونعم النصير.

الباحث

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمـــة	١ - ٥
الفصل الأول: مفهوم الالتزام بالتسبيب في العقد	٦-٧١
المبحث الأول: ماهية الالتزام بالتسبيب في العقد	٧-٤١
المطلب الأول: تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد وأهميته	٧-١٩
الفرع الأول: تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد	٨-١٥
الفرع الثاني: أهمية الالتزام بالتسبيب في العقد	١٥-١٩
المطلب الثاني: تمييز الالتزام بالتسبيب في العقد عما يشتبه به	٢٠-٤١
الفرع الأول: تمييز الالتزام بالتسبيب في العقد عن ركن السبب	٢٠-٣١
الفرع الثاني: تمييز الالتزام بالتسبيب في العقد عن الالتزام بالتسبيب في الحكم القضائي	٣٢-٤١
المبحث الثاني: الموقف من الالتزام بالتسبيب في العقد	٤٢-٧١
المطلب الأول: الموقف الفقهي من الالتزام بالتسبيب في العقد	٤٢-٥٦
الفرع الأول: موقف الفقه الفرنسي من الالتزام بالتسبيب في العقد	٤٣ - ٤٨
الفرع الثاني: الوسائل البديلة للالتزام بالتسبيب في العقد	٤٨-٥٦
المطلب الثاني : الموقف التشريعي والقضائي من الالتزام بالتسبيب في العقد	٥٦-٧١
الفرع الأول: الموقف التشريعي من الالتزام بالتسبيب في العقد	٥٦-٦٣
الفرع الثاني : الموقف القضائي من الالتزام بالتسبيب في العقد	٦٣-٧١
الفصل الثاني: تطبيقات وأحكام الالتزام بالتسبيب في العقد	٧٣-١٧٧

المبحث الأول : تطبيقات الالتزام بالتسبيب في العقد	٧٤-١٣٣
المطلب الأول: الالتزام بالتسبيب في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه	٧٤-١٠٣
الفرع الأول: الالتزام بالتسبيب في مرحلة إبرام العقد	٧٥-٨٦
الفرع الثاني: الالتزام بالتسبيب في مرحلة تنفيذ العقد	٨٦-١٠٥
المطلب الثاني: تطبيقات الالتزام بالتسبيب في مرحلة إنحلال العقد	١٠٦-١٣٣
الفرع الأول: الإشتراط الصريح للالتزام بالتسبيب	١٠٧-١١٨
الفرع الثاني: الإشتراط الضمني للالتزام بالتسبيب	١١٩-١٣٣
المبحث الثاني: أحكام الالتزام بالتسبيب في العقد	١٣٤-١٧٧
المطلب الأول : وقت التسبيب وشكله	١٣٤-١٥٣
الفرع الأول: وقت الالتزام بالتسبيب	١٣٥-١٤٢
الفرع الثاني: شكل التسبيب	١٤٣-١٥٣
المطلب الثاني : المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالتسبيب	١٥٤-١٧٧
الفرع الأول: غياب التسبيب	١٥٤-١٦٨
الفرع الثاني: التعويض	١٦٨-١٧٨
الخاتمة	١٧٩-١٨٧
قائمة المصادر	١٨٨- ٢٠٥
ملخص اللغة الإنكليزية	A-B

المستخلص.

عندما نتعرض لموضوع التسبيب فأغلب الدراسات القانونية تُشير إليه ضمن القوانين الإجرائية كونه من الضمانات المهمة عند إصدار الحكم القضائي، لكن إقراره في العلاقات العقدية ، أثار جدلاً فقهيا وقضائيا وخصوصاً لدى الفقه والقضاء الفرنسي لعَدّهِ أصل فكرة هذا الالتزام، وكذلك للغموض الذي يُحيط بفكرة التسبيب فضلا عن إشتباهها مع غيرها من الأوضاع القانونية وخصوصا ركن السبب، وفيما إذا كنا بحاجة إلى وجوده خصوصا مع وجود وسائل بديلة كمبدأ حسن النية والتعسف في إستعمال الحق، ويُعد الالتزام بالتسبيب واحداً من المفاهيم والأفكار الجديدة والمستحدثة التي ظهرت مؤخرا في العلاقات العقدية، وهو من الالتزامات المهمة من أجل إضفاء الطابع المتوازن على العقد ، والسيطرة على سلوك أطرافه وتقليل النزاع فيما بينهم وحماية المصالح العقدية ،و ظهور الالتزامات القانونية الجديدة في القوانين المدنية هو أمر مألوف وطبيعي لإحتواء المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، وكذلك سد الفراغ التشريعي الذي لم تعالجه القواعد العامة ،وتحقيق العدالة العقدية بين المتعاقدين.

وتَعرضنا إلى تطبيقات هذا الالتزام ، فلهذا الالتزام تطبيقات عدة في مراحل العقد المختلفة بدءاً من مرحلة إبرام العقد إلى تنفيذه إلى إنحلاله ، سواء ما ظهر منها بشكل صريح، أم ضمني من خلال سياق ومقاصد النص القانوني، وتبيّن لنا من خلال تطبيقاته ، بأنه أحد الآليات الحمائية لتحقيق الأمان والاستقرار القانوني، من خلال منع الطرف الذي لديه صلاحيات عقدية من أن يستغل مركزه ليعفي نفسه أو يتنصل من الالتزام العقدي دون مبرر أو مسوغ مشروع.

وفيما يتعلق بأحكام هذا الالتزام ، فواضع الالتزام بالتسبيب (المشرع الفرنسي) لم يتعدى دوره من إيراد بعض التطبيقات التي تتضمن الإشارة إليه فلم يضع تنظيما لضوابط إعماله، ولم يبين الجزاء المترتب على مخالفته، وهو مرجح لحداثته وكونه فكرة في طور التكَون القانوني، وبناءً على ماتقدم فقد بحثنا في هذا الموضوع (الالتزام بالتسبيب في العقد – دراسة مقارنة) وقد اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والأراء الفقهية والأحكام القضائية المتعلقة بموضوع البحث، والمنهج المقارن وتمت المقارنة بين القانون المدني الفرنسي كأساس لفكرة هذا الالتزام ، مع ما عليه الوضع في القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي مع الإشارة إلى القوانين الخاصة التي تضمنت نصوصا لهذا الالتزام، آخذاً بالأهمية موقف الفقه الإسلامي وطرحنا عدة أسئلة محورية ، وبيّنا موقف الفقه والقضاء في أغلب المسائل وإنتهينا بخاتمة متضمنة مجموعة من الإستنتاجات والمقترحات.

المُقدمـــــة

بسم الله الرحمن الرحيم

حمدا لله وشكراً، وصلاةً دائمة على رسوله الكريم محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وأصحابه المنتجبين وبعد.

المُقدمـــة.

بحكم أهمية موضوع الدراسة، من الضروري البدء بمقدمة تُوضح لمحة عامة عنه وتُمهد لفهم محتواه بشكل دقيق، وتتضمن الفقرات الآتية:

أولا- فكرة الدراسة.

تسعى أغلب التشريعات والنظم القانونية،إلى إرساء العدالة والتوازن العقدي من خلال منظومة العقد وفي جميع مراحله، فالعقد من الوسائل القانونية والإقتصادية الذي من خلاله تتحقق الغاية الاقتصادية التي يهدف إليها الأشخاص، وله دوره في تثبيت الحقوق والإلتزامات ونتيجة تطورالحياة في مختلف مجالاتها الاجتماعية والإقتصادية والتقنية، لم تُعد القواعد والأسس التقليدية ضمن نظرية العقد، قادرة على المحافظة على العدالة والتوازن العقدي، مما سمح بالمخالفات التي تهدد الغاية المرجوة للأطراف.

وهذا ما دفع الفقه والقضاء إلى البحث عن وسائل تحفظ للعقد توازنه ، وتحمي مصلحة أطرافه في مراحله المختلفة، ونتج عن ذلك إيجاد التزامات جديدة في العلاقات العقدية، وهذه الإلتزامات ذات طابع حمائي ووقائي، تضمن تحقيق العدالة والتوازن العقدي، وظهور هذه الالتزامات في القوانين المدنية هو أمر مألوف لإحتواء المتغيرات الاجتماعية والإقتصادية، وسد الفراغ التشريعي الذي تعاني منه القواعد العامة، وواحد من هذه الالتزامات هو الالتزام بالتسبيب والذي يُعد أحد المفاهيم والافكارالمستحدثة التي ظهرت مؤخرا، على الرغم إن فكرة التسبيب بمفهومها العام ليست بجديدة خصوصا في القوانين الإجرائية عند إصدار الأحكام القضائية وكذلك في القرارات الإدارية، لكن طرح هذه الفكرة ضمن القانون الموضوعي وتحديدا في العقد أثار جدلا فقهيا وقضائيا، وخصوصا لدى الفقه والقضاء الفرنسي أساس فكرة هذا الالتزام وقد جاء إقراره من أجل إضفاء الطابع المتوازن في العقد، وللسيطرة على سلوك أطرافه من الصلاحيات العقدية التي يمنحها القانون لأحد المتعاقدين لممارستها بإرادته المنفردة.

ثانيا- أهمية الدراسة.

تَكمن اهمية الدراسة من خلال الآتي:

١- يُعَدْ الالتزام بالتسبيب أحد الأفكار الجديدة والمستحدثة التي ظهرت مؤخرا في إطار العلاقات العقدية وما له من دور في تحقيق الموازنة بين مصلحة المتعاقدين، وتقليل النزاع بين أطرافه، وكذلك من أجل سد الفراغ التشريعي الذي لم تعالجه القواعد العامة وخصوصا مع وجود علاقات عقدية ينعدم فيها التوازن، ووجود طرف قوي يملك مقومات القوة التعاقدية تمكنه من تحديد وتقرير العلاقة العقدية بإرادته المنفردة .

٢- إن لهذا الموضوع أهمية من الناحية النظرية والعملية، فالأهمية النظرية تأتي من خلال تسليط الضوء على هذا الالتزام، إذ حُظي باهتمام قليل من الباحثين يكاد يكون نادراً فلا بد من التعرف على موقف الفقه من الالتزام بالتسبيب وتحديدا في العقد ،وفيما اذا كان وجوده أصبح ضرورة في العلاقات العقدية ، أما الاهمية العملية تأتي من خلال الوقوف على القرارات القضائية وموقف القضاء من الالتزام بالتسبيب، فضلا عن بيان النصوص القانونية المنظمة له.

ثالثا: إشكالية الدراسة.

تتمثل إشكالية الدراسة في الآتي :

١- الغموض الذي يحيط بفكرة التسبيب في إطار العلاقات العقدية ، فطرح فكرة التسبيب في إطار العقد اثار نقاشا وجدلا وخصوصا من جانب الفقه والقضاء الفرنسي، بإعتباره أصل فكرة هذا الالتزام المستحدث علما إن فكرة التسبيب بمفهومها العام ليست بجديدة وخصوصا في القوانين الإجرائية عند إصدار الحكم القضائي، فضلا عما يُثيره هذا المصطلح من لبس وتداخل مع ركن السبب في العقد.

٢- بإقرار المشرع الفرنسي فكرة الالتزام بالتسبيب في بعض النصوص القانونية ،إلا أن المشرع العراقي لم ينظم أحكام هذا الالتزام بشكل صريح، فالقضاء عموما يستند في رقابة توازن العقد وحماية مصلحة المتعاقدين إلى مبدأ حسن النية وعدم التعسف في إستعمال الحق، وهذه الوسائل التقليدية قد لا تواكب تقنيات التعاقد، والتفاوت المعرفي بين المتعاقين بالشكل المطلوب، فلا بُد من آليات تصحيحية حمائية ووقائية، وفي الوقت نفسه تحافظ على

المصالح المشروعة لطرفي العقد، و تحفظ للعقد توازنـه، وتتطلبها طبيعـة التعاقد والقواعد الاخلاقية .

٣- على الرغم من إقرار المشرع الفرنسي الالتزام بالتسبيب في بعض النصـوص في القـانون المدني الفرنسي، إلا أنه لم يُفصّل في تنظيمه وضوابط إعماله، ولم يتعدى الأمر سوى إيراد بعـض النصـوص تتضـمن الإشـارة إلـى هـذا الالتـزام، كـذلك مـع غيـاب الـنص الصـريح المتضمن تحديد الجزاء المترتب على الاخلال به، فيقتضي الأمرتوضيح معالم هذا الالتزام للخروج بدراسة متكاملة تخدم النظام القانوني العراقي.

رابعا- أسئلة الدراسة.

تُعد الإحاطة بموضوع البحث أمراً ضرورياً لفهم أبعاده وتحديد مساره، ومن هذا المنطلق نطرح الأسئلة الآتية للإجابة عنها في متن البحث.

١- مالمقصود بالالتزام بالتسبيب في العقد؟

٢- هل توجد وسائل بديلة لهذا الالتزام ؟ إذا كانت الإجابة (نعم)، هل ثمة حاجـة تدعو لإقراره في العلاقات التعاقدية؟ وفيما إذا كانت هنالك حاجة لإقراره، هل يستلزم فرضـه علـى جميـع التصرفات التي تصدر من أحد المتعاقدين في حـال قيامـه بتصـرف مرتبط بالعقد؟ ومـاهي تطبيقاته في المسائل التعاقدية؟

٣- ماهي اللحظة الزمنية التي يلتزم بها المتعاقد بالتسبيب تجاه المتعاقد الآخر؟ وهل هنالك شكلا معينا لهذا الالتزام؟

٤- هل يُعد الالتزام بالتسبيب التزاما ببذل عناية؟ أم التزاما بتحقيق غايـة، ومـا الجـزاء المترتـب على الإخلال به؟

خامسا- منهجية الدراسة.

إن البحث في موضـوع (الالتزام بالتسبيب في العقد) يتطلب أن تستند هذه الدراسة إلـى المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والأراء الفقهيـة والأحكـام القضـائية المتعلقة بموضوع البحث، والمنهج المقارن وسنعتمد المقارنة بين كل من القـانون المـدني الفرنسـي لسنة ١٨٠٤ المعـدل بإعتبـاره مـن القـوانين التـي أقـرت فكـرة الالتـزام بالتسـبيب، والقـانون المـدني المصـري رقم (١٣١) لسنة١٩٤٨ المعدل ، والقـانون المـدني العراقـي رقم (٤٠) لسـنة ١٩٥١ المعدل مع الإشارة إلى القوانين الخاصة التي تضمنت الالتزام بالتسبيب في العقد في التشريعات الفرنسية والعراقية والمصرية ، مع الآخذ بنظر الأهتمام موقف الفقه الإسلامي.

سادسا- هيكلية الدراسة.

لغرض معالجة موضوع الدراسة بصورة تامة (الالتزام بالتسبيب في العقد) سنقسم هذه الرسالة على فصلين، يكون عنوان الفصل الأول هو (مفهوم الالتزام بالتسبيب في العقد) وسنقسمه على مبحثين، نتناول في المبحث الأول ماهية الالتزام بالتسبيب في العقد ، وذلك بتقسيمه على مطلبين، نبين في المطلب الأول تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد وأهميته، وفي المطلب الثاني تمييزه عما يشتبه به، ونخصص المبحث الثاني للموقف من الالتزام بالتسبيب في العقد، وذلك بتقسيمه على مطلبين، نتناول في المطلب الأول الموقف الفقهي من الالتزام بالتسبيب في العقد ، ونجعل المطلب الثاني للموقف التشريعي والقضائي من هذا الالتزام، أما الفصل الثاني فسنخصصه لتطبيقات وأحكام الالتزام بالتسبيب في العقد ،وبدوره ينقسم على مبحثين نبين في المبحث الأول تطبيقات الالتزام بالتسبيب في العقد، وذلك بتقسيمه على مطلبين نخصص المطلب الأول لبيان الالتزام بالتسبيب في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه،ونتكلم في المطلب الثاني عن تطبيقات الالتزام بالتسبيب في مرحلة إنحلال العقد، أما في المبحث الثاني سنتناول أحكام الالتزام بالتسبيب في العقد، والذي بدوره ينقسم على مطلبين، نبين في المطلب الأول وقت التسبيب وشكله، ونخصص المطلب الثاني للمسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالتسبيب.

وننتهي بخاتمة تتضمن ماتوصلنا إليه من نتائج ومقترحات، والله الموفق أولا وآخرا

الفصل الأول

مفهوم الالتزام بالتسبيب في العقد

الفصل الأول

مفهوم الالتزام بالتسبيب في العقد

تمهيد وتقسيم:-

إن من أهم التصرفات القانونية في المعاملات المالية، وأكثرها شيوعا في الواقع العملي هو العقد ، فهو من أهم المصادر التي تنشئ الالتزام، ووفقا لقاعدة القوة الملزمة للعقد فهو يكتسب قوته الملزمة بمجرد إنعقاده والتي تفرض على المتعاقد تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، وقد تكون هذه الالتزامات رئيسية بطبيعتها ، أو تكون بإرادة طرفيه ، فجميع العقود تتضمن التزامات تُوجب على المتعاقد بأن يقوم بتنفيذها ، ففي عقد الايجار مثلا ، يكون التزام المستأجر بدفع الأجرة ، والتزام المؤجر بوضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر، كذلك في عقد البيع على البائع أن يُنفذ التزامه ، بتسليم المبيع والمشتري يُنفذ التزامه بدفع الثمن.

فهذه الالتزامات تكون جوهرية بطبيعتها ، لكن مع تطور الحياة الاقتصادية وتشعبها ، أدى ذلك إلى إختلال التوازن في العلاقة العقدية ولم تعد القوة الملزمة للعقد ،والمنصوص عليها في أغلب القوانين المدنية على إطلاقها، نتيجة لوجود طرف قوي يفرض سلطته على طرف ضعيف ويفرض عليه شروطَ العقدِ ويقرر مصيره ، ولمعالجة هذا التفاوت ومآخذ مبدأ القوة الملزمة للعقد ظهرت التزامات جديدة ، تم فرضها على المتعاقدين ، تقتضيها طبيعة العقد ، ومستنبطة من مبدأ أخلاقي وقانوني ، وهو مبدأ حسن النية ومن هذه الالتزامات ، الالتزام بالإعلام والالتزام بضمان السلامة ، والالتزام بالتعاون وغيرها .

ويُشير الفقه الحديث الى ظهور التزام عقدي جديد تستلزمه السلوكيات العقدية ، وعدم التكافؤ بين المتعاقدين ، وتتطلبه القواعد الاخلاقية ، وهو الالتزام بتسبيب التصرف القانوني ، والذي يُعد واحداً من الالتزامات المهمة ، من أجل إضفاء الطابع المتوازن على العقد ، والسيطرة على سلوك أطرافه.

ولأن موضوع البحث ينصب على ما سبق (الالتزام بالتسبيب في العقد) فالأمر يتطلب بيان مفهوم هذا الالتزام من حيث توضيح المقصود به، وأهميته، وموقف الفقه والتشريع والقضاء منه، فضلا عن إنه قد يختلط مع مفاهيم قانونية أخرى ، من الضروري تمييزه عنها من أجل رفع الغموض واللبس بصورة جلية، ووجدنا أن هذا الفصل هو مقصد بحثنا.

وبناءً على ما تقدم ، سنبحث هذا الفصل في مبحثين ، نكرس المبحث الأول منه الى بيان ماهية الالتزام بالتسبيب في العقد ، ونخصص المبحث الثاني الى الموقف من هذا الالتزام.

المبحث الأول

ماهية الالتزام بالتسبيب في العقد

أغلب الدراسات القانونية عندما تتعرض لموضوع التسبيب يكون ذلك ضمن القوانين الاجرائية (المدنية والجزائية) كونه أحد الضمانات المهمة، عند إصدار الحكم القضائي، لكن القانون المدني لم يستخدم هذا المصطلح، وخصوصا ضمن نظرية العقد ، سواء في تكوين العقد أو تنفيذه ، أو عند انتهائه ، فهناك غياب تام للتسبيب غير القضائي ، لذلك من أجل الإحاطة بموضوع البحث ، لا بد لنا من معرفة المقصود بالالتزام بالتسبيب كمصطلح في القانون الموضوعي، وتحديدا في العقد وبيان أهميته وتمييزه عن غيره من الأوضاع المشابهة له، وفي ضوء ماتقدم سنقسم المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد وأهميته، وفي المطلب الثاني سنتناول تمييز الالتزام بالتسبيب في العقد عما يشتبه به.

المطلب الأول

تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد وأهميته

إن الأساس في معرفة الشيء ، يكون في الإحاطة والالمام به بصورة صحيحة ، حتى يمكننا بعد ذلك ، من بيان أهميته في الواقع التطبيقي، وإذا كان السائد في العلاقات العقدية ، هو عدم إلزام طرفي العقد بتقديم مبررات بخصوص تصرف قانوني معين بشأن العقد ، إضافة الى ذلك عدم رغبة طرفي العقد في الكشف عن هذه الأسباب لإعتبارات تتعلق بالخصوصية والسرية فهذا لا يَمنع من قيام أطراف العقد بالكشف عن الأسباب بشكل طوعي ، أو يتطلب ذلك بموجب القانون[1].

وبناءً على ما تقدم ، سيتم التطرق الى تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد في الفرع الأول وبيان أهميته في الفرع الثاني.

1- HOUTCIEFF (Dimitri) La motivation en droit des contrats, Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas, 12 place du Panthéon - 75005 Paris, en partenariat avec Lextenso éditions-, n 19. Décembre 2019, , p. 36.

الفرع الأول

تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد

لغرض توضيح موضوع البحث والتوصل إلى تعريف الالتزام بالتسبيب[١] في العقد بوصفه مصطلحاً مركباً تركيبا إضافيا ، يقتضي بنا أن نبين التعريف الفقهي والتشريعي لهذا الالتزام وذلك ضمن فقرتين وعلى النحو الآتي:

أولا : التعريف الفقهي للالتزام بالتسبيب في العقد.

عند رجوعنا الى موقف الفقه القانوني، من تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد ، نجد إن أغلب فقهاء القانون المدني المصري والعراقي، بعد أن عَرّفوا الالتزام[٢] والعقد[٣] إلا أنهم لم يشيروا إلى تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد كمصطلح مركب

---

١ - التسبيب في اللغة : عند البحث في معاجم اللغة القديمة فإن التسبيب في اللغة مصدر كلمة (سبب) وهو ما يتوصل به الى الاستعلاء ، وأُستعير لكل شيئ يراد به التوصل إلى أمر من الأمور، فالقول هذا سَّبب هذا ومسبِّب عن هذا، والتسبيب هو أن يقوم الشخص بفعل تولّد منه شيئ آخر يترتب عليه. يُنظر: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ،ج٢،المكتبة العلمية ، بيروت ،دون سنة نشر،ص ٢٦٢. وكذلك أحمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري، مصطلحات ومفردات فقهية، ط١، مطابع المدوخل،الدمام،١٩٩٥،ص١٠٩.
أما في معاجم اللغة الحديثة فأن التسبيب هو مصدر الفعل (سَبَّبَ ، يُسبِّب، تسبيبا) سبَّب الأسباب أوجدها ، أي كان سببا لها ويقال سبَّب الحكم ، أي علّله و ذكر أسبابه وبرّره، سبَّب رأيه في القضية ، قدم استقالة مسبَّبة.يُنظر: أحمد مختار عبد الحميد وآخرون ،معجم اللغة العربية المعاصرة ،ج ٢، ط،١،عالم الكتب ، ٢٠٠٨ ، ص ١٠٢٢. أما في معجم كورنو (cornu) الفرنسي للمصطلحات القانونية ، فأن كلمة (Motivation) والتي تعني التسبيب فهي مشتقة من الفعل (Motiver)، ومعناه يسبب ،ومن الكلمة الفرنسية (Motif) والتي تعني (السبب) أو (الباعث) وللإشارة الى مجموعة الأسباب، التي تبرر اتخاذ قرار معين. يُنظر:
CORNU(Gérard) Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, QUADRIGE,PUF, Paris, édition mise à jour Quadrige: 2018,p1427.
وظهر لفظ (Motiver) لأول مرة كأصطلاح لغوي في فرنسا ،في القرن الثامن عشر وإن الأصل اللغوي لهذه المفردة هي مشتقة من كلمتين الأولى يحرك أو يدفع (Mouvoir)، والثانية أسباب (Motifs) وهو مايدفع الشخص للقيام بإجراء معين. يُنظر : د. عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ،ط٤،دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٨ ص ١٤.
٢- عُرّف الالتزام بأنه (رابطة قانونية محلها عمل أو إمتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية بمقتضاها يلتزم شخص نحو شخص آخر موجود أو سيوجد) يُنظر:د.أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد،ط٢، مطبعة مصر ١٩٥٤ ص ٢٢. وفي تعريف الالتزام بأنه رابطة في الفقه العراقي، يُنظر:د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ،بغداد، ١٩٧٠،ص٣.
٣ - توافق إرادتين على إنشاء التزام ، أو على نقله ، يُنظر ، د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج١،نظرية الالتزام ،دار احياء التراث العربي، بيروت،لبنان، ص ،١٣٧.ويُعرف (العقد) بأنه(تلاقي إرادتين أو أكثر ، على ترتيب آثار قانونية ، سواء كانت هذه الاثار ، هي إنشاء التزام أو نقله أو تعديله ، أو انهاؤه) د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج١، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٤، ص ٢٨.

في فقه القانون المدني ، على الرغم من كونها (فكرة التسبيب) ليست بجديدة ، فقد اتصلت منذ زمن بعيد بالأحكام القضائية ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بتسبيب القرارات الإدارية والذي أصبح ركيزة أساسية من ضمانات تحقيق العدالة.

أما بالنسبة لتعريف الالتزام بالتسبيب في العقد لدى الفقهاء المسلمين، فعند الرجوع الى كتب الفقه الإسلامي فإننا ، لم نجد تعريفا محددا له، كونه من المصطلحات المستحدثة[١].

وبما إن فكرة الالتزام بالتسبيب في العقد حديثة النشأة وفي طور التكوّن القانوني، وتعتمد على قاعدة فقهية غالبيتها القانون الفرنسي، نجد إن الفقه الفرنسي ، قد أشاراليه بتعريفات متباينة توضح المقصود من هذا الالتزام، إذ عرّفه رأي من الفقه الفرنسي بأنه (توضيح المتعاقد الأسباب الكامنة لقيامه بتصرف معين)[٢].

ويذهب رأي فقهي آخرإلى تعريفه بأنه **(** تقديم الأسباب والمبررات للتصرف أو القرار الغرض منه توضيح دوافع الشخص الذي قام بهذا التصرف أو الذي اتخذ القرار**)**[٣].

ومنهم من عرف الالتزام بالتسبيب بأنه **(** التزام قانوني على شخص ما ، بتقديم الأسباب أو التبرير الفعلي ، لقرار أو تصرف معين**)**[٤] .

١- فالفقه الإسلامي القديم لم يستخدم أو ورد فيه مصطلح الالتزام بالتسبيب فهذا اللفظ مأخوذ من الفقه الغربي وتحديدا الفرنسي ، وإن ما يسمى (الالتزام) أو الحق الشخصي ، يتضمن في الفقه الإسلامي روابط قانونية تتميز بعضها عن البعض الآخر، ولم يحاول الفقهاء المسلمين دمج هذه الروابط في وحدة تنظمها، ليعبروا عنها بالالتزام أو الحق الشخصي، لذا فإن فقهاء الشريعة الإسلامية استخدموا لفظ (الحق) وأرادوا به جميع الحقوق المالية وغير المالية ، واستعملوا أحيانا لفظ الالتزام وأرادوا الحالات ، التي يُلزم بها الشخص نفسه بالارادة المنفردة. يُنظر بخصوص مصطلح الالتزام: د.عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ط١، ج١،دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان ، ص١٢,١٣. أما بالنسبة لمصطلح التسبيب وبما إن أصل التسبيب في اللغة من السبب، ولفظ السبب، مرادف الى لفظ العلة ،والتسبيب لفظ مرادف الى لفظ التعليل وفضل الفقهاء المسلمين استخدام لفظ العلة على لفظ السبب وقد استخدموا مصطلح (تعليل الحكم) وخصوصا في الأحكام القضائية. لمزيد من التفصيل يُنظر : د. حسن خميس سعيد الملخ، نظرية التعليل في النحو العربي بين القدماء والمحدثين ،ط١ ،دار الشروق للنشر والتوزيع ، عمان، الاردن ، ٢٠٠٠،ص ٢٩. وكذلك د. يونس عبد مرزوك الجنابي، أسلوب التعليل وطرائقه في القرآن الكريم ،ط١،دار المدار الاسلامي ،بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٤، ص٢٠. وكذلك، د.عبد الله محمد سعد ، تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية ، ط١ ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، ص ١٨,١٩.

2 - AYNÈS (Laurent) Motivation et justification ،Revue des contrats ،LGDJ n° 2, 1 avril 2004, p. 555.

3 -FABRE-MAGNAN ،L'obligation de motivation en droit des contrats, in Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIeme siècle, LGDJ, 2001, p. 306.

4- Nicolas Leblond. La motivation de l'exercice des prérogatives contractuelles L'exemple de la résiliation du contrat d'assurance par=

والمُلاحَظ على التعريفات السابقة بأنها تتفق من حيث مقصدها بإلزام المتعاقد في حال قيامه بتصرف أو إتخاذه قرار معين بشأن العقد تقديم الأسباب والتبريرات لهذا التصرف أو القرار.
وثمة رأي آخرمن الفقه الفرنسي ينبري بتعريف الالتزام بالتسبيب لكن بشكل موسع ويُعَرّفه على أنه (خطاب بلاغي هدفه إقناع المخاطب بعقلانية قرار خاص أو عام ، من خلال عرض منظم لجميع الاعتبارات ، التي تستلزم حسب رأي صاحب القرار، بأن يتخذ هذا الخيار،دون غيره، فهو ظاهرة اجتماعية بارزة، تبرر أو تفسر ، أو تدافع عن تصرف ما ويساهم في العلاقات التي يقيمها المتعاقد مع الآخرين فيما يتعلق بهذا التصرف)[١].

ويمكننا أن نَلمسْ من هذا التعريف الجانب الفلسفي للالتزام بالتسبيب، فالتسبيب له مفهوم فلسفي أيضا ، ويقصد به عبارة عن مقدمات تؤدي إلى نتائج محددة تترتب عليها، فإذا كانت المقدمة صحيحة فأن النتيجة تكون أيضا صحيحة، فالمقدمات الواقعة والنص القانوني الذي تخضع له، هما شرطان في حصول النتيجة ، ومتى ماجتمعت في الفعل تحدث النتيجة[٢].
وَيُفهم مما سبق، إن التسبيب وفقا للمفهوم الفلسفي يساعد على فهم العلاقة بين الحدث والنتيجة المترتبة عليه ، ويحدد المسؤول عن حدوث النتيجة .

ومن جهة أخرى، يشير بعض الفقه الفرنسي إلى نوعين من التسبيب ضمن نطاق العقد أولهما هو التسبيب القطعي أو الحاسم ، والثاني هو التسبيب الدافع ،ويقصد بالأول (التسبيب الحاسم أو القطعي) الدلائل اللازمة لدعم التصرف القانوني المتخذ بالإرادة المنفردة ،وهو شرط ضروري من أجل الحفاظ على التوازن العقدي بين الطرفين ، فهو يحدد الآثر الذي يترتب عليه التصرف ووجوده يقتصر على الحالات التي يسمح فيها القانون ، بالقيام بتصرف قانوني بالإرادة المنفردة، أما التسبيب الدافع فيقصد به إعلام الغير بأسباب التصرف من خلال تقديم الحجج التي تبين عدم وجود إساءة أو خطأ، وقد يكون أساس القرار المتخذ لكن لا يترتب عليه أي أثر فالهدف منه توضيحي أو تفسير الأسباب التي بني عليها التصرف ، كما هو الحال في

=l'assureur: Vers une nouvelle fonction sociale de l'assurance.,Droit. Université Polytechnique Hauts-de-France, 2023, p,7.

1 - REVET (Thierry) L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de Pautre partie, Revue des contrats, LGDJ, n٢ , I avril 2004, p. 579, spec nº, , 7

٢ - د. خالد منصور إسماعيل ، تسبيب أحكام التحكيم التجاري ، دراسة معمقة وفق التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم الدولي ، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٥،ص٣٠.

حالة تحديد الثمن من قبل أحد طرفي العقد ، إذ يتطلب منه تبرير مقداره في حالة حدوث نزاع[١].

وتفصيلنا لذلك وفقا للتقسيم المتقدم، لمفهوم التسبيب، بأنه لو فرضنا في حالة الاتفاق على تحديد الثمن من قبل أحد أطراف العقد كما هو الحال في العقد الاطاري ، سيكون التسبيب حاسما في حال إن كان تبرير وضع الثمن، من قبل أحد طرفي العقد يرتكز على أوضاع معينة تم الاتفاق عليها على سبيل المثال (جودة الخدمة ، أو سعر السوق) وفي حالة حصول نزاع بشأن تحديد الثمن، فيكون دور القاضي في التأكد من إن الثمن يتوافق مع هذه الأوضاع .

أما بالنسبة الى التسبيب الدافع ، فيكون في حال الاتفاق بين طرفي العقد بأن يتم تحديد الثمن من قبل جانب واحد مع الالتزام بتبرير مقداره ، ويتم وضع الثمن بناءً على أوضاع معينة غير متفق عليها يدعيها من يقوم بتحديد الثمن فهي لاتُعد تسبيبا حاسماً؛ بل تسبيبا دافعا هدفه تفسيري يشير الى البواعث التي تدفع للقيام بالتصرف القانوني .

ولا يخلو هذا التقسيم من الوجاهة، لكنه تَعرضَ للنقد فالتسبيب بغض النظر عن نوعه يضم النوعين المذكورين ويتضمن التعبير عن البواعث والأسباب وتوضيحها وإبراز دورها في دفع المتعاقد ، لإتباع سبيل التصرف القانوني بالإرادة المنفردة [٢].

ونحن نستصوب الرأي القائل بعدم الحاجة لمثل هذا التقسيم بالنسبة للتسبيب ، فعند التعمق في ثنايا الكلام وفي بعض الأحيان قد يكون التسبيب دافعا وحاسما في الوقت نفسه، ومثال ذلك لو فرضنا أن تنصُ فقرة في عقد الايجار المبرم بين المؤجر والمستأجر على أن للمؤجرالحق بإنهاء العقد في حال قيام المستأجر بخطأً جسيم و وتسبّب بضرر بالعين المؤجرة ، وحَصَل الضررمن جانب المستأجر، وسَبّب المؤجر إنهاء العقد من جانبه، بسبب خطأ المستأجر،فهذا يُعد تسبيباً حاسما لإنهاء العقد .

وفي المثال المذكور نفسه،إذا قام المؤجر بإنهاء عقد الايجار،دون أن يكون هناك خطأ من جانب المستأجرأو ضرر بالعين المؤجرة ، كما لو أراد المؤجر أضافة بناء وكانت تخلية المأجور ضرورة تقتضيها طبيعة العمل ، فهذا التسبيب الدافع الذي دفع المؤجر الى إنهاء العقد يكون أيضا حاسما في إنهائه فهنا يقع الخلط بينهما، وعليه، لا ضرورة لهذا التقسيم للتسبيب فهو

1 - HOUTCIEFF ،La motivation en droit des contrats, op. cit., n° 1, p. 35 et s.

٢- د. تامر محمد الدمياطي ، الالتزام بالتسبيب في إطار النظرية العامة للعقد ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الرابع والتسعون ،كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٢١ ،ص ١٥٦.

ببساطة يُقصد به توضيح المتعاقد أسباب قيامه بتصرف صادر بالارادة المنفردة سواء كان هذا التسبيب دافعا أم حاسما .

وإن كنا قد المحنا إلى القول، بعدم تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد من قبل فقهاء القانون المدني العراقي والمصري ممن لهم الفضل في بيان شروحات القانون المدني ، ينبغي أن لاتفوتنا الإشارة، الى من إنبرى بتعريفه حديث بالقول(يقصد بالالتزام بالتسبيب في الاطار التعاقدي بأنه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها أحد المتعاقدين بإيراد الأسباب أو الحجج القانونية والواقعية التي دفعته لمباشرة تصرفه الإرادي بخصوص العقد والغاية منه ، على نحو يعتد به القانون، سواء أكان ذلك بموجب نص قانوني أو اتفاق)[1].

ويُمكن القول بأن هذا التعريف جاء واضحا في تحديد الالتزام بالتسبيب في العقد ، إلا إنه لا يختلف في مضمونه عما جاءت به تعريفات الفقه الفرنسي ممن لهم قدم السبق في بيان تعريف الالتزام بالتسبيب، وذَكرَ بأنه حالة قانونية ، وهنا جاء متأثرا بتعريف الالتزام الذي أورده الفقيه السنهوري[2] وبين إن التسبيب هو بيان الحجج والأسباب التي دفعت المتعاقد لقيامه بتصرف إنفرادي بخصوص العقد، وأضاف على ماسبقه من التعريفات بأن الالتزام بالتسبيب يكون إما بموجب نص القانون أو الاتفاق.

ثانيا- التعريف التشريعي للالتزام بالتسبيب في العقد .

من أجل الإحاطة بموضوع البحث ، جدير بنا أن نبين الموقف التشريعي للقوانين المقارنة من تعريف الالتزام بالتسبيب، لكن قبل ذلك يتطلب الأمر توضيح أمر معين ، هو أن القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة تضمنت إشارات لهذا الالتزام ، سواء وردت بشكل صريح أومن خلال نصوص ، يستشف منها على فرض هذا الالتزام .

وفيما يتعلق بتعريف الالتزام بالتسبيب في القوانين المدنية ، فلم تتضمن القوانين محل الدراسة (الفرنسي ، والمصري ، العراقي) تعريفا لهذا الالتزام ، فلم يتعدى دور المشرع بشأن فكرة الالتزام بالتسبيب من إيراد تطبيقات في نصوص قانونية معينة ،ومثال على ذلك مانص عليه المشرع العراقي بأنه

---

[1] - د. تامر محمد الدمياطي، مصدر سابق ، ص١٥٧

٢ - عرف الفقيه السنهوري الالتزام بشكل عام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها، شخص معين بنقل حق عيني ، أو القيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل. يُنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج١، نظرية الالتزام، مصدر سابق ، ص ١١٤.

(١- لا ينتهي الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.٢ - ومع ذلك اذا مات المستأجر، جاز لورثته أن يطلبوا فسخ العقد اذا اثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الايجار مجاوزاً لحدود حاجتهم**...)**[١].

من خلال هذا النص المتقدم يظهر لنا ، إن المشرع العراقي لم يُبين تعريف الالتزام بالتسبيب بل أشار إليه من خلال النص أعلاه، بأن عقد الايجار لاينتهي بموت المؤجرولا المستأجر وأورد المشرع استثناء على ذلك ، بأنه يجوز لورثة المستأجر طلب فسخ العقد بسبب موت مورثهم، مع إلزامهم بتسبيب الفسخ ، مثلا كأن يكون المورث (المستأجر) هو المعيل الوحيد للأسرة وبعد وفاته فقدت الأسرة دخلها الرئيسي ، وأصبح دفع الأجرة مرهقا بالنسبة لهم ، أو إن العين المؤجرة تتطلب ، نفقات وتكلفة مرتفعة لغرض صيانتها وإن هذه التكلفة تكون مرهقة أثقل من أن تتحملها مواردهم.ويقابل هذا النص في القانون العراقي نص المادة (٦٠١) من القانون المدني المصري[٢].

أما بشأن القانون المدني الفرنسي ، فقد أشارصراحة على أنه **(** يحق للدائن وعلى مسؤوليته فسخ العقد عن طريق الإخطار،عدا حالة الضرورة، وعليه أولاً أن يَعذر المدين العاجز عن الوفاء بإلتزامه خلال ميعاد معقول... عند إستمرار عدم التنفيذ، يَخطر الدائن المدين بفسخ العقد **وبالأسباب التي تبرره...)**[٣].

ويتبين لنا من خلال النص المذكور آنفا ،إن المشرع الفرنسي لم يُعرّف الالتزام بالتسبيب ، بل أشارإلى الزام الدائن في حال قيامه بفسخ العقد ، لعدم الوفاء بالالتزام من قبل المدين أن يخطر المدين الممتنع مع الزام الدائن بتبرير قرار الفسخ .

---

١ - المادة (٧٨٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢ - نصت المادة (٦٠١) من القانون المدني المصري رفم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل على أنه**(**١- لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.٢- ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم....**)** وهذا هو موقف القوانين الأخرى ، المادة (٧٠٩من القانون المدني الأردني) (المادة ٦٠٠ من القانون المدني الليبي) (المادة ٥٦٨ من القانون المدني السوري) (المادة ٧٩٣ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي).

٣- المادة (١٢٢٦) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في ١٠ فبراير لسنة ٢٠١٦ والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١١ فبراير ٢٠١٦، والنص باللغة الفرنسية

Art.(1226)(Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable….Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent)

ومن خلال ما تقدم،إن عدم وضع تعريف للالتزام بالتسبيب من قبل المشرع يُمكن تبريره بالآتي:-

أ- إن وضع التعريفات هي ليست من مهام المشرع، ومن غير المستساغ أن يتضمن النص القانوني أموراً تشتمل على الشرح والتفسير فهذه من مهام الفقه والقضاء .

ب- إن وضع تعريف لمصطلح قانوني معين من الممكن أن يؤدي الى تعقيد النص ،وصعوبة في فهمه وتطبيقه بالإضافة الى ذلك إن تفسير النص القانوني قد يختلف من قاضي إلى آخر مما يؤدي الى التناقض في تطبيقه ، كذلك التطور والتقدم الحاصل في جميع المجالات يجعل من الصعب وضع تعريف معين لمصطلح يبقى ملائما بمرور الزمن.

وصفوة القول ، بعد بيان تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد ، وتوضيحه من منظور الفقه والتشريع يظهر لنا إن مدلول التسبيب يختلف بإختلاف الوضع الذي يستعمل فيه حتى في علم القانون نفسه وما يهمنا توظيف هذا المصطلح بما يخدم موضوع الدراسة (الالتزام بالتسبيب في العقد) فلم نجد في النصوص التشريعية محل البحث تعريفا له على الرغم إن هناك تطبيقات قانونية أشارت إليه صراحة أو ضمنا، و هذا الالتزام من الأفكار المستحدثة التي أدخلها المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون العقود عام ٢٠١٦ إستناداً إلى قاعدة فقهية أساسها فقه القانون الفرنسي، فقد أشار إليه الفقه في عدة تعريفات مختلفة ، منهم من إقتصر تعريفه بتقديم الأسباب والمبررات، ومنهم من توسع في تعريفه بتقسيمه إلى أنواع تم ذكرها ومنهم من أعطاه بعداً فلسفيا ،لذا نستطيع القول بأنه لايوجد تعريف جامعا في أصله مانعا عن غيره للالتزام بالتسبيب.

ومن جملة الكلام ، يُمكن لنا تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد بأنه**(قيام المتعاقد بتوضيح وتقديم الأسباب والمبررات الواقعية ، التي تدفعه لإتخاذ تصرف إنفرادي مرتبط بالعقد ، سواء كان فرض هذا الالتزام بموجب القانون ، أو الاتفاق ، أو بناء على طلب المحكمة)**

ويقصد بالأسباب والمبررات الواقعية هي الأدلة والحجج التي يستند عليها المتعاقد لإتخاذه تصرف قانوني معين بشأن العقد صادر بالإرادة المنفردة من خلال إثبات الحاجات الفعلية دون التوقعات والافتراضات ، وأن تكون هذه التصرفات لها مسوغات منطقية ، وهذه المسوغات المنطقية هي التي دفعت المتعاقد للقيام بالتصرف الإنفرادي، وتختلف هذه الأسباب والمبررات بإختلاف نوع العقد وأطرافه وما يتخذونه من إجراء.

أما توضيح مصطلح (التصرف الإنفرادي) الذي أوردناه في التعريف فيحمل في طياته معنيين، إما أن يتخذ الشخص تصرفاً معيناً بإرادته المنفردة ، فيكون أثره منشئ للالتزام دون أن تكون هناك علاقة بين هذا التصرف وبين عقد من العقود والمثال على ذلك ، الوصية والوعد بجائزة [١] فهذا التصرف الانفرادي هدفه إنشاء الالتزام أو التحكم به، ويطلق عليه التصرف القانوني الذي أنشأ الالتزام ، أو التصرف القانوني غير العقدي[٢] وهذا لا صلة له بمجال بحثنا والمعنى الثاني للتصرف الانفرادي، وهذا التصرف يكون بإرادة أحد المتعاقدين وينتج أثراً قانوني في العقد ، ويكون في ظل علاقة عقدية ، فإرادة أحد المتعاقدين يكون لها دور في العقد وتؤثر فيه[٣] ويكون هذا التصرف الانفرادي في نطاق تعاقدي وهو مايتصل بموضوع بحثنا.

وعن بيان فرض الالتزام بالتسبيب في العقد ، فهو إما يكون بموجب نص القانون وسوف نؤجل بيانه عند حديثنا عن تطبيقات هذا الالتزام ، أو يكون بإتفاق المتعاقدين وفق مقتضيات الحرية العقدية " العقد شريعة المتعاقدين" ، ومثال ذلك إتفاق المتعاقدين، في حال قيام أحد الطرفين بفسخ العقد بإرادته المنفردة تقديم الأسباب والمبررات قبل الفسخ، أو يكون الالتزام بالتسبيب مفروض من قبل المحكمة عندما يطلب القاضي ذلك .

الفرع الثاني

أهمية الالتزام بالتسبيب في العقد

بعد إن أتضح لنا أن المقصود من تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد بأنه إجراء يقوم به المتعاقد يعبر من خلاله عن الأسباب والمبررات ، التي دفعته إلى قيامه بتصرف معين بشأن العقد،ويكون الغرض من هذا الالتزام هو تمكين المخاطب به من الإطلاع على هذه الأسباب والمبررات ، حتى يستطيع فهمها وقبولها أو الاعتراض عليها لذا تظهر أهمية الالتزام بالتسبيب بالنسبة الى المتعاقد الذي وجه اليه التسبيب ، وكذلك من جهة صاحب التسبيب وأهميته بالنسبة للقاضي .

---

١ - د. عايد فايد عبد الفتاح ، تعديل العقد بالارادة المنفردة ، دراسة تطبيقية على عقود السفر والسياحة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص ٥١.

٢ - د. صلاح الدين الناهي ، النظرية العامة للالتزامات ، بغداد ، ١٩٥٠، ص ١٨٥.

٣ - د. علاء حسين علي ، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية ،ط١، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١، ص ١٩.

أولا- أهميته بالنسبة الى من وجه اليه التسبيب :

يؤدي الالتزام بالتسبيب وظيفة (إعلامية) للمتعاقد الذي وجه إليه التسبيب ، بأن يكون على معرفة ودراية بالأسباب الموجهة إليه ، من قبل المتعاقد الآخر، وبهذا يمكنه من فهم سبب التصرف المتخذ وقبوله ،و هذا الأمر يعزز من تنفيذه وإحترامه، أو الاعتراض عليه ، فالاعتراض وسيلة قانونية يلجأ اليها من وجه إليه التسبيب في حال عدم قبوله تصرف المتعاقد الآخر ، ولا يمكن أن يكون الاعتراض ممكنا ، إذا كان لايعرف الأسباب ففي حال عدم قيام المتعاقد ببيان الأسباب التي دفعته لإتخاذ تصرف معين بشأن العقد من الممكن أن يؤدي الى حصول النزاع بين الطرفين نتيجة عدم فهم وقبول القرار التعاقدي الصادر بالارادة المنفردة.

كما تظهر أهمية الالتزام بالتسبيب بالنسبة الى من يوجه إليه من أنه يؤدي وظيفة(وقائية) من التعسف في إستعمال الحق من خلال منع المتعاقد الذي يملك صلاحيات عقدية بالإرادة المنفردة[1] من الاستعمال التعسفي، فإن إضفاء الطابع الرسمي ، من خلال تقديم الأسباب والحجج التي تدعم القرار العقدي ، تجعل من يملك هذه الصلاحيات العقدية أكثر حرصاً وعناية فتقديم المبررات اللازمة للقرار المتخذ بشأن العقد يجعله على دراية وإدراك ، بأن تلك المبررات والحجج المقدمة والقرار المتخذ يخضع للتدقيق من الآخرين ، ومن ثم إحتمالية الطعن فيه فبيان

١- لو تمعّنا في العديد من النصوص التشريعية ، نجدها تمنح أحد المتعاقدين صلاحيات عقدية بالارادة المنفردة سواء ماينضوي منها في تعديل العقد أو إنهاءه، ومثال ذلك مانص عليه مشرعنا المدني في نص المادة (٩٤٧) على إنه (١- للموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته وللوكيل أن يعزل نفسه ، ولا عبرة بأي إتفاق يخالف ذلك ، لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير ، فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضاء هذا الغير) فعزل الموكل للوكيل أو تقييد وكالته هو تصرف بالارادة المنفردة لايحتاج الى قبول الموكل إلا إذا تعلقت الوكالة بحق الغير
وكذلك مانصت عليه المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي على أنه (للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول، وله كذلك أن يتنازل لغير المؤجرعن الاجارة كل هذا مالم يقضي الاتفاق أو العرف بغيره) فتنازل المستأجر عن عقد الايجار هو تصرف بالارادة المنفردة ، ولايحتاج الى موافقة المؤجر إلا إذا تم الاتفاق على مايخالف ذلك .
وأيضا ماورد في المادة(٢٢٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل والتي نصت على أنه (١- لصاحب الحقوق العينية الاصلية في الأرض المعقورة إجراء جميع التصرفات العقارية بعوض أو بدون عوض ،**دون الحاجة لموافقة صاحب العقر** ، على أن ينقل هذا الحق الى السجل الجديد) فهذا النص يعطي لصاحب حق العقر، التصرف بحقه بالارادة المنفردة، دون الحاجة لموافقة صاحب العقر.
وفي مجال إنهاء العقد مانصت عليه المادة (١٠١٠) من القانون المدني العراقي على أنه (ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة ، ولكن له ذلك قبل ترتّب الدين في ذمة الأصيل في الكفالة المعلقة والكفالة المضافة) ووفقا للنص المتقدم إن الكفيل لايمكنه إخراج نفسه من العقد ، إلا أنه بإستطاعته ذلك وبإرادته المنفردة فيما إذا كان الدين لم يترتب في ذمة الأصيل ، ولم تكن الكفالة معلقة على شرط أو مضافة الى أجل . فهذه عدد من النصوص التي أوردناها ،توضح الصلاحيات العقدية الانفرادية التي تمنح للمتعاقد.

الأسباب التي دفعت المتعاقد لإتخاذ قرار معين بشأن العقد، يُسهم في ضمانة أن يتم إستعمال الصلاحيات العقدية بطريقة موضوعية وعادلة [١].

ثانيا- أهميته بالنسبة لصاحب التسبيب :

تظهر أهمية الالتزام بالتسبيب من جهة صاحب التسبيب ، بأنه يمنعه من الاستعجال في إتخاذ القرار، من أجل أن يكون قراره المتخذ أكثر موضوعية ، كما إن إلزامهِ بوضع المبررات لتصرفه الإرادي من شأنه أن يضعه محل الطرف الآخر ، فلا ينظر إلى دوافع التصرف وفق منظوره الشخصي ،و يكون أكثر إدراكا للعواقب التي تنشئ عن تصرفه ، وعليه يكون للالتزام بالتسبيب مهمة مزدوجة ، فهو بالنسبة إلى من وجه إليه التسبيب يمكنه من فهمه وإدراك حكمته وبالنسبة لصاحب التسبيب يتفادى به إندفاعه من أن يتخذ قرار معين بشأن العقد [٢]وبهذا من الممكن أن يكون الالتزام بالتسبيب آحد الآليات التصحيحية إلى جانب مبدأ حسن النية وعدم التعسف في إستعمال الحق يمّكن القاضي من خلاله أن يتحقق من أن التصرف بالارادة المنفردة مبررا بما فيه الكفاية[٣].

وأكد جانب من الفقه الفرنسي من أنصار نظرية (التضامن العقدي) إذ يرون أنَّ العقد ليس مجرد إتفاق،بل هو علاقة تعاون يكون فيه الطرفان متساويان في الحقوق والواجبات ويجب تفسيرالعقد بما يخدم مصلحة الطرفين، وأحد الأدوات التي يستخدمها أنصار هذا الاتجاه من أجل تعزيز نظرية التضامن العقدي هو الالتزام بالتسبيب ، من خلال إلزام المتعاقد بتقديم أسباب لقراره الارادي[٤] فتبادل الموافقة بين المتعاقدين أمرا ضروريا ، خصوصا في حالة التصرفات الإنفرادية التي تحرم الطرف الآخر في العقد من حق ما ، كما هو الحال في فسخ العقد قبل إنتهاء مدته ،تعديل العقد من جانب واحد ، رفض الموافقة على التنازل عن عقد يقبل التنازل ،رفض تجديد العقد مع وجود حق التجديد[٥].

---

1 - CASSIÈDE (Marc) Les pouvoirs contractuel, étude de droit privateé, Thèse Université de Bordeaux, 2018, p. 581.

٢- AYNÈS (L.): Motivation et justification, op. cit., p. 555 et s.

٣-FABRE-MAGNAN (Muriel): Pour la reconnaissance obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique, Revue des contrats, nº 2, 1 avril 2004, p. 573 et s.

4- MAZEAUD (Denis): Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel. Dalloz 2003,p.93.

٥- AYNÈS (L.): Motivation et justification, op. cit., p. 555 , n°2.

ثالثا - أهمية الالتزام بالتسبيب بالنسبة للقضاء:

إن تسبيب المتعاقد لقراره الإرادي من الممكن أن يخضع لمراجعة القضاء ، إذ تقوم المحكمة بالتحقق من صحة المبررات والأسباب المقدمة وملائمتها مع الواقع ، والتأكد من مشروعية التصرف ، فإذا رأت المحكمة إن الأسباب المقدمة غير صحيحة ، فمن الممكن أن يؤدي ذلك الى بطلان التصرف وإلغاء القرار العقدي من قبل المحكمة .

ويمكن تقسيم مراجعة القضاء للأسباب والمبررات على قسمين الأول يشتمل على مراجعة الشكل ويطلق عليها المراجعة (الشكلية) والثانية مراجعة من ناحية الموضوع ويطلق عليها (المراجعة الموضوعية) والمقصود بمراجعة الشكل ، هو إن التصرف الإنفرادي مقترن بأسباب ومبررات الغرض منها التأكد من الوفاء بهذا الالتزام ، أما بالنسبة إلى المراجعة الموضوعية ، فهي تستلزم من القضاء أن يقييم هذه الأسباب والمبررات فيما يتعلق بملائمتها وواقعيتها وجديتها ، وبهذا يعني إن الالتزام بالتسبيب شرط شكلي وموضوعي لصحة التصرف الانفرادي ، إذ يشترط أن توجد هذه الأسباب والمبررات حتى يكون التصرف مقبولا ، أما تقييم هذه المبررات والأسباب فهو أمر يعود تقديره إلى المحكمة ، ويمكن للقاضي أن يعيد النظر في الحجج والوقائع التي بني عليها التصرف ، وتحديد فيما إذا كان القرار الإنفرادي تم إتخاذه بناءعلى أسس واقعية وصحيحة[١].

وكذلك تظهر لنا أهمية الالتزام بالتسبيب في مرحلة إنهاء العقد ، إذ إن ممارسة التصرف الإنفرادي بإنهاء العقد لا يمكن أن يكون حقا تقديريا كما هو الحال في الدخول في إبرام عقد أو عدم إبرامه فهناك متطلبات ثلاثة يستلزم وجودها ،وأكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك بأن إنهاء العقد يكون غير عادل ،إذا لم يسبقه حوار على فرض إمكانية هذا الحوار،فإنه يصبح ممكنا بمنح مدة زمنية وبالإخطار وبيان الأسباب ، وإن إلزام من إتخذ القرار العقدي ببيان الأسباب هو بمثابة فحص ذاتي ، وهذه العملية تسبق المراجعة من قبل القاضي في حال حدوث نزاع[٢].

1 - Salim Diabate. Les procédures contractuelles. Droit. Université Paris-Saclay, 2021. Français.pp 333, 334.

2 - Laurent Aynès, Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspectives , Droit et Patrimoine, N 126, 1er avril 2004, p4.

وبهذا الصدد أكدت بعض من قرارات محكمة النقض الفرنسية على ضرورة التسبيب عند ممارسة حق معين وفي قضية تتلخص وقائعها بأنه تم توقيع عقد بين السيد (يانسن) للعمل بصفته طبيب مع شركة (Clinique) في سنة ١٩٨٩ وكانت مدة العقد ٢٥ عاماً ، وفي عام ١٩٩٥ قامت الشركة بإنهاء عقده، بعدها أقام السيد (يانسن) دعوى قضائية يطلب فيها التعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء إنهاء العقد ، فأصدرت محكمة الاستئناف حكمها لصالح المدعي ، وطعنت الشركة بالقرار وجاء حكم محكمة النقض مؤيداً للحكم الاستئنافي وتضمن ، إن العقد بين المدعي وشركة (Clinique) هو عقد محدد المدة ، كما إنها لم تقدم سبباً مشروعاً للإنهاء ، وعليه تكون الشركة مسؤولة عن الاضرار التي لحقت بالمدعي[١].

وكذلك جاء في أحد قرارات محاكم الاستئناف الفرنسية الصادرة عام ٢٠١٥ والتي قضت فيه **(** إذا كانت إتفاقية الحساب المصرفي بين المصرف والعميل تنص على تعهد المصرف بتقديم أسباب رفضه في حالة عدم تجديد دفتر الشيكات، فإن تقديم الأسباب بعد الرفض، يُعد إخلالا يُوجب مسؤوليته المدنية ، كونه قد فوت الفرصة على العميل للبحث عن وسيلة أخرى أو مصرف آخر**)**[٢].

نستخلص مما تقدم ، إن الالتزام بالتسبيب له دور مهم في حماية حقوق المتعاقدين ويمثل قيداً على إستعمال الحقوق ، فصاحب الحق لايتمكن من إستعمال حقه إلا في الحالات التي يجوّزها القانون، وعند وجود الأسباب المبررة والتي يتطلب منه بيانها وتوضيحها وخاصة عند حصول نزاع حول تنفيذ هذا الحق .

١ - ينظر تفاصيل القضية متاحة على الرابط الالكتروني https://www.legifrance.gouv.fr تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٢/١٩.

2 - Jérôme Lasserre Capdeville, Obligation de motiver le refus d'un renouvellement de chéquier, L'ESSENTIEL Droit bancaire, LEDB sept 2015,n° EDBA-815126-81508. p.2.

المطلب الثاني

تمييز الالتزام بالتسبيب في العقد عما يشتبه به

إن موضوع الالتزام بالتسبيب في العقد ، قد يكون موضع لبس وتداخل مع فكرة معينة أو أكثر ،وهذا الأمر يتطلب منا توضيحه وإزالة الغموض ،ومن أكثر الموضوعات التي يُحتمل أن تتداخل مع الالتزام بالتسبيب في العقد هو ركن السبب إضافة الى غيرها من الموضوعات ، فمن الضروري لنا أن نبين أوجه الشبه والاختلاف بين هذه الأوضاع القانونية مع فكرة الالتزام بالتسبيب في العقد ؛ لغرض الوصول الى صورة جلية لمفهوم هذا الالتزام ومن أجل توضيح ذلك لابد لنا أولا من بيان موقف الفقه والقانون في كل وضع من الأوضاع المقصودة.

لذا ، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول منه لتمييز الالتزام بالتسبيب في العقد من ركن السبب، ونوضح في الفرع الثاني تمييز الالتزام بالتسبيب في العقد عن الالتزام بالتسبيب في الحكم القضائي.

الفرع الأول

تمييز الالتزام بالتسبيب في العقد عن ركن السبب

إن للالتزام بالتسبيب في العقد مظاهر شبه وإختلاف مع ركن السبب ، وقبل توضيح ذلك من المهم أن نتطرق الى ركن السبب في العقد من حيث موقف الفقه والقانون منه ،كون نظرية السبب أخذت مكانة مهمة في الدراسات القانونية، فالسبب ركن جوهري بدونه لا ينعقد العقد، لذا سوف نختصر الأمر على بيان المرتكزات الأساسية لنظرية السبب من جانب الفقه والتشريع والقضاء ، فتفاصيلها يضيق بها نطاق هذه الدراسة. ومن ثم نبين أوجه الشبه والإختلاف .

أولا- الموقف الفقهي من نظرية السبب

يُعرف السبب في اصطلاح الفقهاء[1] (الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه) والاختلاف بينه وبين المحل ، هو أن المحل يكون جواب للسؤال: بماذا يلتزم المدين ، والسبب جواب للسائل لماذا يلتزم المدين، وبهذا لايكون السبب عنصرا في كل إلتزام

١ - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام ، مصدر سابق ،ص ٤١٣,٤١٤.

بل ينحصر في الالتزام العقدي ، فالالتزام غير العقدي لم يقوم على إرادة الملتزم حتى يكون السؤال عن الغرض المباشر الذي يقصده الملتزم من وراء إلتزامه .

وفي تعريف آخرله ،المقصود بإصطلاح السبب هو أحد المعاني الثلاثة ، الأول (السبب المنشئ) وبهذا يكون مصدر الالتزام ، كالعقد والإرادة المنفردة ، وحكم القاضي والقانون ، والاثراء بلا سبب ،أما الثاني (السبب الدافع) يكون هو السبب الباعث الذي يدفع المتعاقد الى ابرام العقد ،أما بالنسبة الى المعنى الثاث (السبب القصدي) ويقصد به الغرض المباشر الذي قصد المتعاقد الوصول اليه من وراء التزامه ،ويتنازع حول فكرة السبب نظريتان الأولى النظرية التقليدية في السبب والتي أخذت بالمعنى الثالث (السبب القصدي) والنظرية الحديثة والتي أخذت بالمعنى الثاني (السبب الدافع)[1].

والمقصود بالسبب القصدي هو الباعث الذي يدفع المتعاقد الى التعاقد، أو هو الغاية التي يقصد إليها المتعاقد من وراء إلتزامه وهو لايكون إلا في الالتزامات الارادية، أما الالتزامات غير الارادية كالالتزام برد الاثراء والالتزام بالتعويض عن الضرر،فلا يتصور وجود السبب القصدي فيها ، ويتميز هذا السبب (القصدي)بأنه لايختلف من شخص الى آخر في النوع الواحد من الالتزام، فهو واحد في الالتزامات التي هي من نوع واحد ، فإلتزام البائع بنقل ملكية المبيع يكون سببه واحداً عند جميع البائعين، وهو الرغبة في الحصول على الثمن وكذلك إلتزام المشتري بدفع الثمن سببه عند جميع المشترين هو واحد الرغبة في الحصول على ملكية المبيع فقيام شخص بشراء أرض معينة يكون سبب إلتزامه هو الرغبة في الحصول على هذه الأرض وهذا هو السبب القصدي الذي لايختلف من مشتري لآخر، أما السبب الدافع فهو يختلف من متعاقد لآخر في النوع الواحد من الالتزام ، فقد يقوم شخص بشراء أرض ليبني عليها منزلا بينما يقصد مشتري آخر أن يقيم عليها مصنعاً ، أو يبيعها بثمن أعلى ،وبهذا يسمى السبب وفقا للفكرة الأولى (سبب الالتزام) لأنه لايختلف بإختلاف المتعاقدين في النوع الواحد من الالتزامات ، أما وفق الفكرة الثانية يطلق عليه (سبب العقد) لأنه يختلف بإختلاف المتعاقدين في نوع الالتزام الواحد ، وفي هذه الحالة يكون للالتزام سبب وللعقد سبب وإن سبب الالتزام مختلف عن سبب العقد ، فسبب الالتزام تستلزمه ضرورات فنية ، وسبب العقد ضرورات مصلحية ،وبذلك يمكن تسمية سبب الالتزام بالسبب الفني، وتسمية سبب العقد بالسبب المصلحي[2].

---

١ - د. سمير تناغو ، مصادر الالتزام ، ط١، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩، ص ٧٧.

٢- د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج١، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٠، ص ١٠٠ ومابعدها.

وبالنسبة للنظرية التقليدية في السبب ، فهي تفرق بين الغرض القريب المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه ، وبين الغرض البعيد أو غير المباشر ، فهي تعتد بالأول وترى فيه سبب الالتزام ، أما الثاني فهو مجرد باعث إلى قبول الالتزام ، فالبائع يلتزم بنقل ملكية المبيع ، مقابل أن يلتزم المشتري بدفع الثمن ، وهذا هو الغرض المباشر الذي قصد البائع الوصول إليه من وراء التزامه هو الحصول على الثمن ، أما الباعث الذي دفع البائع ، فهو مختلف من شخص لآخر ، قد يقصد البائع في إستغلال الثمن الذي دفعه إليه المشتري في إنفاقه في سفر أو علاج أو شراء مال آخر إلى غير ذلك من المقاصد التي لاتنتهي ، أما بالنسبة للمشتري فالغرض المباشر له مقابل دفع الثمن هو الحصول على ملكية المبيع، أما الباعث الذي دفعه للحصول على المبيع فهو مختلف بإختلاف الظروف والأحوال ، فإذا كان منزلا فقد يقوم بتأجيره لسكنى الغير ، أو يسكنه بنفسه ، أو يفتتح فيه متجراً ، إلى غير ذلك من الأمور التي لايمكن حصرها ، وبهذا السبب يكون وفقا للنظرية التقليدية أمراً موضوعياً يتعلق بموضوع العقد ، دون شخصية المتعاقد كما إنه أمر يدخل ضمن العقد مستمداً من طبيعته، فهو ثابت لايتغير في العقود التي تكون من طبيعة واحدة [١].

ففي عقد البيع من العقود الملزمة لجانبيين،فإلتزام البائع بنقل ملكية المبيع سببه إلتزام المشتري بدفع الثمن والعكس هو كذلك،أما في العقود العينية فإلتزام المودع برد الوديعة سببه هو تسليم الشيئ إليه ، وفي عقود التبرع يكون سبب التزام المتبرع هو نية التبرع[٢] وتشترط هذه النظرية لصحة العقد أن تتوفر في السبب ثلاثة شروط وهي:-

أ- أن يكون موجودا.

فيما يتعلق بشرط الوجود فهذه النظرية تشترط وجود السبب حتى يقوم العقد ،ففي عقد التبرع لابد من وجود النية (نية التبرع) وفي حال عدم وجوده ينعدم السبب ويبطل العقد ، أما في العقود العينية فيستلزم واقعة التسليم ، ففي حال قيام المقترض بالتعهد برد القرض ولم يتسلم القرض يبطل التعهد لعدم وجود السبب لإلتزامه، وهو الأمر كذلك في العقد الملزم لجانبين فإذا لم يوجد الالتزام المقابل ، فإن الالتزام الآخر يكون بدون سبب ويبطل العقد [٣] .

---

١ - د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي ، ج١،دون مكان طبع ، ١٩٨٤، ص ٤٣٣ وما بعدها.

٢ - د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي ، ج١،ط٢،شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٣، ص ١٩٦.

٣ - د. نبيل إبراهيم سعد ، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي ، دار الجامعة الجديدة ، ص ٢١٨.

ب- أن يكون صحيحا.

بالنسبة لشرط الصحة يكون العقد غير صحيح في حالة الغلط في السبب أو ما يسمى (السبب المغلوط) أو يكون لاوجود له ويسمى السبب الصوري ،ومثاله قيام المورث بالتعهد بوفاء الدين الذي كان على مورثه لكي يسمح الدائن له بالتصرف في التركة، ثم يتبين إن المورث قد قام بتسديده قبل وفاته [١]، أما صورية السبب فلا تُعد من أسباب البطلان إذا وجد سبب حقيقي ، ويفترض إن السبب الذي تم ذكره في العقد هو السبب الحقيقي فإذا تبين أن هذا السبب هو صوري فيبطل العقد لعدم صحة السبب[٢].

ج- أن يكون مشروعا.

يشترط في السبب أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب، فالعقد يكون باطلا إذا كان غرضه غير مشروع ، كأن يلتزم شخص لآخر بأن يدفع له مبلغ من النقود مقابل أن يقوم بإرتكاب جريمة ، ففي هذه الحالة إن محل إلتزام الأول وهو دفع مبلغ النقود هو مشروع لكن سبب العقد غير مشروع فالعقد باطل في هذه الحالة [٣] ، وعند التدقيق في المثال المتقدم فإن العقد يبطل لعدم مشروعية محل الالتزام بإرتكاب جريمة؛لأن السبب في النظرية التقليدية والمقصود به سبب الالتزام لايكون غير مشروع ، ففي عقد البيع قيام المشتري بدفع الثمن هو سبب قيام البائع بتسليم المبيع والعكس كذلك وكذلك هو الحال في العقد العيني فواقعة التسليم هي عمل مشروع دائما،والأمر نفسه في عقد التبرع فنية التبرع تعتبر عملا مشروعا ، فعدم مشروعية السبب لايمكن أن نتصورها إلا إذا تم الآخذ بالمعنى الدافع(سبب العقد) وهذا ماتستبعده هذه النظرية، ففي هذه الحالة لا يمكن إشتراط مشروعية السبب لأنه مشروع دائما[٤].

وعلى أعقاب النظرية التقليدية في السبب أنشأ القضاء في فرنسا نظرية إختص بها في السبب أطلق عليها (نظرية السبب الدافع) وهي النظرية الحديثة في السبب والتي تأخذ بالباعث الدافع إلى التعاقد وإعتد بالباعث الرئيسي، وتم تطبيقها من قبل القضاء الفرنسي في الكثير من

---

١ - د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، ج٢، ط٤،دون ذكر مكان وسنة طبع، ص ٢٩٢.

٢ - د. عبد المجيد الحكيم،عبد الباقي البكري،محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام ،مصادر الالتزام ، ج١،مكتبة السنهوري ،بيروت، ٢٠١٥.، ص ١٠٣.

٣ - د.أحمد حشمت أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص ٢١٨ ومابعدها.

٤ - د. أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،٢٠٠٧،ص١٢٢.

المجالات منها التبرع لولد غير شرعي ، وإبطال عقد القرض ، والعقود التي تؤثر على سير الانتخابات ،كذلك تبرع الزوج لزوجته من أجل حملها على الانفصال[١].

فالنظرية الحديثة في السبب تنظر إلى السبب من منظور ذاتي بإعتباره الباعث الدافع إلى إبرام العقد [٢] فهذه النظرية حاولت أن تعطي مفهوماً شخصياً للسبب من خلال البحث عن الباعث الشخصي الدافع الى إبرام العقد ، أي الدافع البعيد الذي يهدف إليه المتعاقد، فحماية المجتمع تستلزم إبطال بعض العقود حتى لو كانت صحيحة من جهة الموضوع ، إذا كان المتعاقد غرضه تحقيق غاية شخصية غير مشروعة في العقود الملزمة لجانبين،فإذا قام شخص بإستئجار عقار معين فالإيجار والبدل وفق مفهوم النظرية التقليدية لايتحقق عنهما بطلان العقد لكن وفق النظرية الحديثة ،فإن عدم المشروعية تتمثل في الباعث الدافع عند المستأجر، أي الغاية التي يسعى الوصول اليها[٣].

وحتى يكون الباعث الدافع الى التعاقد داخلا ضمن عنصر السبب يلزم أن يكون من الأمور الجوهرية التي أدت بالمتعاقد الى تحمل الالتزام ، وأن يكون المتعاقد الآخر على علم من هذا الباعث ، ففي حال بقاء الباعث مضمرا في نفس المتعاقد ولم يعلم به المتعاقد الآخرأو بإستطاعته أن يعلم به لايدخل عنصرا في تكوين السبب ، فقيام شخص بشراء منزل لغرض استعماله كناد للقمار لا يُعد البيع باطلا إلا إذا كان البائع يعلم بذلك أو بإستطاعته العلم به[٤].

أما موقف الفقهاء المسلمين من نظرية السبب فقد ذهبوا في إتجاهين، الأول يمثله الأحناف والشافعية[٥] فهم لايأخذون بنظرية السبب الباعث كونه يختلف من شخص الى آخر وهو عنصر داخلي ذاتي يهدد إستقرار المعاملات وهو ما يسير عليه الفقه الجرماني أيضا ولايكون للسبب الباعث تأثير على العقد إلا في حال التصريح به في صيغة العقد كالاستئجار لأجل الغناء ،أما إذا كانت الإرادة الظاهرة لم تتضمن باعث غير مشروع مصرح به في صيغة العقد ، فالعقد صحيح في هذه الحالة لأنه يتضمن الأركان الأساسية

---

١ - د. عصمت عبد المجيد ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، ط١،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٧،ص ٢٨٦.

٢ -يُنظر : د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، مصدر سابق ، ص ٢١٤. وكذلك د. أحمد حشمت أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

٣ - د. محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ، لبنان، ٢٠٠٤، ص٦٨.

٤ - د. محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ص ٢٢٧.

٥ - أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي ، مختصر الطحاوي ، لجنة إحياء المعارف النعمانية، مصر، بلا سنة نشر ص ٢٨٠، ويُنظر كذلك، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٢،ط١، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧، ص ٣٧.

(الايجاب والقبول وأهلية المحل للعقد) وقد لاتحصل المعصية بعد العقد ،فظاهر العقد صحيح دون البحث في القصد أو النية لكنه حرام مكروه بسبب النية غير المشروعة ، ومن أمثلة ذلك بيع العنب لعاصر الخمر فظن البائع ظناً غالباً إنه سيتخذه خمراً، فإذا شك في إتخاذه خمرا فالبيع مكروه وكذلك هو الحال في إيجار بيت للعب القمار وبيع الخشب لإتخاذه آلات للغناء وغيرذلك [١].

وبناء على هذا فإن الأحناف والشافعية يقولون بصحة العقد دون الحاجة للبحث عن الباعث أو النية حفاظا على إستقرار المعاملات ، فهم لايأخذون بالباعث إلا في حال التصريح به ضمن صيغة العقد.

أما الإتجاه الثاني ، فيمثله الإمامية والمالكية والحنابلة ، فهم يأخذون بالباعث على التعاقد ويعتدون به فإذا كان الباعث غير مشروع ظاهرا في العقد أو كان بإستطاعة المتعاقد الآخر العلم به، ففقهاء هذه المذاهب يَعِدوّن العقد باطلا، ومثال ذلك بيع أرض بقصد بناء كنيسة وبيع العنب لمن يعصره خمراً ، فنظرية السبب وفق هذه المذاهب أقرب الى الفقه اللاتيني[٢] .

وسبب الاختلاف في المذاهب الإسلامية حول نظرية السبب يكمن في عاملين الأول إن الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعية يأخذ بالتعبير عن الإرادة الظاهرة ، وهو بهذا الحال أقرب الى الفقه الجرماني منه الى الفقه اللاتيني ، والعامل الثاني هي عوامل أخلاقية وأدبية ودينية وهذه العوامل تستلزم أن يأخذ الفقه الإسلامي بالباعث الدافع الذي يقاس به شرف النوايا ، وبهذا نجد إن بعض مذاهبه لاتأخذ بالباعث إلا حينما يتضمنه التعبير عن الإرادة ، بينما في مذاهب أخرى تتقدم العوامل الأخلاقية والأدبية والدينية ،فهي تأخذ بالاعتبار الباعث فيكون العقد صحيحا أو باطلا تبعا فيما إذا كان الباعث مشروعاً أو غير مشروع[٣].

ثانيا- موقف التشريع والقضاء من نظرية السبب.

تبين لنا من خلال عرض النظرية التقليدية والحديثة للسبب ظهور مفهومين مختلفين للسبب ، ركزت النظرية الأولى على سبب الالتزام وعَدّتُهُ عنصراً داخلياً لايتغير في العقود

١ - د. وهبة الزحيلي ،الفقه الأسلامي وأدلته ،ج٤، ط٢، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ، دمشق،١٩٨٥ ص١٨٦.

٢ - يُنظر: د. حسن علي ذنون ، أصول الالتزام، مصدر سابق ،ص ١١٨. وكذلك د. وهبة الزحيلي، المصدر نفسه، ص ١٨٧. وكذلك د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، مصدر سابق،ص٢٢٦ .

٣ - د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،ج٤،ط١،دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ص ٣٦,٣٧.

ذات النوع الواحد في حين أخذت النظرية الحديثة بالباعث الدافع للتعاقد وهو يختلف من شخص لآخر وإنعكس هذا على موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة لها وبالرجوع الى القانون المدني العراقي نجده قد نص على إنه **(**١ – يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام أو للآداب ٢ – ويفترض في كل التزام، أن له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك.٣ – أما اذا ذكر السبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك**)**[١].

ويتضح من النص المتقدم ، إن المشرع العراقي أخذ بالنظريتين، أي أخذ بسبب الالتزام (النظرية التقليدية للسبب) وإشترط بأن يكون لكل التزام سبب موجود ومشروع وصحيح واخذ أيضا بسبب العقد (النظرية الحديثة في السبب) بمعنى الباعث الدافع وأشترط فيه أن يكون الباعث مشروعا[٢].

وتعرض موقف المشرع العراقي هذا الى انتقاد من جانب الفقه لعدم تحديده المقصود بالسبب وإنعكس ذلك على موقف القضاء العراقي وفتح الباب للإجتهاد القضائي والفقهي وأصدر قرارات متناقضة في هذا الجانب ،إذ أخذ القضاء العراقي بنظرية السبب بمفهوم الباعث الدافع للتعاقد ، وتبنى في قرارات أخرى النظرية التقليدية للسبب[٣].

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فالمادة(١٣٦)من القانون المدني المصري نصت على أنه **(** إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام كان العقد باطلا**)** ويرى جانب من الفقه المصري بأن المشرع المصري قد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب ،شأنه شأن القانون القديم [٤] أي أخذ بسبب العقد والمقصود بسبب العقد الباعث المستحث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد [٥] في حين ذهب إتجاه آخر بأن المقصود بالسبب في المادة (١٣٦) هو السبب الغائي أو القصدي وفقا لما تحدده النظرية التقليدية وأن القانون الجديد لم يتحول عن هذه النظرية، وإن أخذه بالباعث على التعاقد لا يعني ذلك إستغنائه عن النظرية التقليدية فلا يكتفي بسبب العقد بل

---

١ - المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي.

٢ - د. عبد المجيد الحكيم،عبد الباقي البكري،محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام ،مصادر الالتزام ، مصدرسابق، ص١٠٥.

٣ - للتفصيل : يُنظر :د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ط١، دار ئاراس للطباعة والنشر ، أربيل ، العراق ،٢٠٠٦،ص ١٧٣.

٤ - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام، مصدر سابق ، ص ٤٧١,٤٧٢.

٥ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٢، مطبعة دار الكتاب العربي ، ص ٢٢٧.

يستلزم أن يتوفر سبب الالتزام (السبب القصدي) إلى جانبه فنصوص القانون وإن لم تصرح بذلك ، إلا إن هذا هو المستفاد من معنى المادة (١٣٦)[١] .

أما موقف القانون المدني الفرنسي من السبب ، فإن النصوص الواردة في تقنين نابليون قبل التعديل أشارت الى السبب ، فتضمنت المادة (١١٣١) من القانون المدني الفرنسي بأن الالتزام لاينتج أثر إذا لم يكن مبني على سبب ، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح أو غير مشروع وكذلك المادة (١١٣٢) أشارت إلى أن السبب يكون غير مشروع إذا كان ممنوعاً قانونا أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب [٢] .

وبعد صدور قانون العقود الفرنسي في ١٠ فبراير بموجب المرسوم المرقم ١٣١ لعام ٢٠١٦ إذ تضمن تعديل العديد من النصوص القانونية الراسخة في هذا القانون ، ومنها مفهوم المحل والسبب وانقسم الفقه الفرنسي على ثلاث إتجاهات بهذا الخصوص ، منهم من يرى بأن قانون العقود الفرنسي الجديد تخلى عن فكرة المحل والسبب وأستبدلهما بفكرة مضمون العقد (فكرة الاستعاضة) ، في حين ذهب إتجاه آخر إلى خلاف ذلك ويؤكد بأن المرسوم التشريعي الخاص بتعديل قانون العقود الفرنسي وإن كان قد الغى الإشارة إلى ركن السبب إلا إنه إحتفظ بخصائصه التي أسندها إليه القضاء من خلال إستخدام مصطلحات مرادفة، أما الإتجاه الثالث ذهب إلى إن فكرة السبب لاتقف الى جانب فكرة المضمون ولم تُلغَ من القانون المدني و القول بغير ذلك هو تحايل على القانون، وإنما قام المشرع بدمج الفكرتين معا في فكرة واحدة هي (مضمون العقد)، وسبب هذا الاختلاف يعود إلى مشروعي تعديل قانون العقود الفرنسي مشروع كاتلا(catala) في عام ٢٠٠٥، ومشروع وزارة العدل الفرنسية عام ٢٠٠٨ بأنهما لم ينظرا إلى السبب نظرة واحدة ، فمشروع كاتلا لم يُلغِ ركن السبب إلا إنه غير ملامحه، في حين إن مشروع وزارة العدل لم يضمّنه في أركان العقد [٣].

---

١ - وهذا ما أستقرعليه أغلب الفقه المصري يُنظر بهذا الخصوص، د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ص ٢٥٦. وكذلك د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص ١٣٢.كذلك د. محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ،دارالنهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦-١٩٧٧، ص٢١٠.

٢ - د. محمد علي عبده ، مصدر سابق ، ص ٩٥.

٣- لمزيد من التفصيل يُنظر:د. نبيل ابراهيم سعد مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي ،مصدرسابق ، ص ٢٢٩ ومابعدها. كذلك د.حسين عبد الله الكلابي ،مضمون العقد بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بالمرسوم التشريعي الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد ١٧ ، العدد ١، ٢٠١٨، ص ٦٧٢ ومابعدها. كذلك د.حيدر فليح حسن ، مضمون العقد ، دراسة في ضوء المرسوم التشريعي الفرنسي رقم ١٣١- ٢٠١٦، بحث منشورفي مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين ، المجلد ٢١،العدد ١، ٢٠١٩،ص٦٢ ومابعدها. وكذلك محبوب غفران ، مكيد نعيمة ، مضمون العقد بديل لركني المحل والسبب في قانون العقود الفرنسي الجديد، بحث منشور في مجلة صوت القانون ، المجلد الثامن ، ٢٠٢٢، ص ٤٥٠ ومابعدها.

وبعد بيان ركن السبب في العقد والنظريات التي قيلت بصدده وموقف التشريعات والقضاء منه **وجدنا وجه الشبه في فكرة السبب مع فكرة الالتزام بالتسبيب في العقد** تكمن في إستخدام مفهوم السبب أداة لتحقيق التوازن العقدي والمقصود به ، توازن أدءات أطراف العقد ومن ثم تحقيق العدالة العقدية ، ويظهر ذلك من خلال الأحكام الحديثة للقضاء الفرنسي في هذا المجال فقد توسع القضاء الفرنسي حديثا في مفهوم السبب ولم يَكتفِ بالتحقيق في مجرد تواجده في العقد بل إمتدت رقابته إلى التحقق من كفايته ،وهذا التوسع في مفهوم السبب دفع القضاء الفرنسي إلى إستخدامه كأداة لإستبعاد الشروط التعسفية، ويظهر هذا من خلال العديد من أحكام محكمة النقض الفرنسية التي من بينها قرارها الشهير (chronopost)[١] فالهدف من ركن السبب هو ضمان تكوين العقد بصورة صحيحة ومشروعة ، بحيث تتحدد فيه الالتزامات بالاستناد إلى أسباب تبرر الالتزام[٢] وهو الأمر كذلك بالنسبة للالتزام بالتسبيب في العقد،فبعد تطور الممارسات والصلاحيات العقدية بالإرادة المنفردة أصبح هذا الالتزام أداة لمواجهة إختلال التوازن العقدي بين طرفيه [٣].

أما عن أوجه الاختلاف بين الالتزام بالتسبيب في العقد وركن السبب فتتمثل بالاتي :

١- الاختلاف من حيث التعريف .

يُعرف الالتزام بالتسبيب بأنه إجراء يلتزم المتعاقد بمقتضاه في حال ممارسة صلاحية عقدية أن يبين الأسباب التي دفعته للقيام بهذا التصرف [٤] في حين إن السبب في العقد له معنيان إما يراد به الغرض المباشر الذي يقصده المتعاقد من وراء التزامه ، فسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو حصوله على المبيع ، أما سبب التزام البائع بتسليم المبيع هو حصوله على الثمن أو يراد به الباعث الدافع للتعاقد الذي يسعى إلبه الملتزم من وراء التزامه فسبب التزام المشتري

١- لمزيد من التفصيل يُنظر :د. محمد حسن قاسم ، الالتزامات ، المصادر ، المجلد الأول ، دراسة فقهية قضائية في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد (٢٠١٦)، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص ص ٢٣٥,٢٣٦.

٢ - د. مصطفى العوجي ، القانوني المدني ، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص ٣١٨.

٣- يُنظر بهذا الخصوص

GAUDU (François.): L'exigence de motivation en droit du travail, Revue des contrats, LGDJ, nº 2, 1 avril 2004, , p. 569.

٤ - د. تامر محمد الدمياطي، مصدر سابق ، ص،١٥٨.

بشراء العقار هو لسكناه او تأجيره وهكذا [١] ومن خلال التعريف يتبين لنا إن السبب هو سبب إبرام العقد فهو سؤال لماذا التزم المتعاقد؟ في حين إن الالتزام بالتسبيب مضمونه بيان المبررات والأسباب التي دفعت المتعاقد لقيامه بتصرف معين فهو توضيح وتبرير لتصرف معين مرتبط بالعقد.

٢- من حيث المصدر.

إن مصدر ركن السبب هو القانون، وهو ركن جوهري من أركان العقد إلى جانب التراضي والمحل وبدونه يُعد العقد باطلا ، هذا ما أشارت اليه المادة(١/١٣٢) من القانون المدني العراقي إذ أعتبرت العقد باطلا في حال التزام المتعاقدين دون سبب، وهو موقف المشرع المصري في المادة ١٣٦ من القانون المدني وهو كذلك موقف المشرع الفرنسي قبل التعديل في المادة ١١٠٨ عندما أشارت إلى أركان العقد واعتبرت السبب أحد الأركان الأساسية لقيام العقد[٢] بينما الالتزام بالتسبيب مصدره إما نص القانون في حال فرضه من قبل المشرع ويكون التسبيب هنا وجوبي[٣] أو بإتفاق المتعاقدين [٤] أو من قبل القضاء عندما يطلب القاضي توضيح الأسباب التي دفعت المتعاقد للقيام بتصرف معين.

---

١ - د. خالد جمال أحمد ، الوسيط في مصادر الالتزام ، دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري ، بلا مكان وسنة طبع ، ص ٨٤.

٢ - نصت المادة(١/١٣٢) من القانون المدني العراقي على أنه (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقدون دون سبب ...) وكذلك المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه(إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا) والمادة ١١٠٨ من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والتي نصت على أنه

Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une conven- tion : 1- Le consentement de la partie qui s'oblige2- Sa capacité de contracter3- Un objet certain qui forme la matière de l'engagement **4-Une cause licite dans l'obligation.**

٣ - كما هو الحال بإقرار المشرع الفرنسي الالتزام بالتسبيب في بعض النصوص القانونية بعد تعديل قانون العقود كما هو الحال في المواد (١١٦٤,١١٦٥,١٢٢٦)

٤ - نصت المادة(١٣١) من القانون المدني العراقي على إنه (١– يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة.٢ – كما يجوز أن يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب وإلا لغى الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضا).

٣- من حيث الزمن .

تعد فكرة السبب من الأفكار الراسخة والقديمة منذ العهد القديم في القانون الكنسي والقانون الفرنسي القديم ومنها انتقلت إلى قانون نابليون ومنها إلى قوانين الدول المتأثرة[١] ،أما الالتزام بالتسبيب فهو من الأفكار المستحدثة التي أدخلها المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون العقود الفرنسي[٢].

٤- من حيث ذكر السبب والتسبيب.

لايتطلب القانون ذكر السبب في العقد [٣] بخلاف الالتزام بالتسبيب إذ يلتزم المتعاقد بتوضيح الأسباب والمبررات التي دفعته للقيام بتصرف قانوني معين بشأن العقد فهذا يحقق الغاية من هذا الالتزام .

٥- من حيث الباعث .

الباعث في ركن السبب هو أمر خارج عن العقد وليس شيئاً داخلياً فيه ولا يتم ذكره فهو شيئ خاص بالمتعاقد ،ولايمكن معرفته إلا بالرجوع إلى النوايا[٤]خلاف الالتزام بالتسبيب يستلزم إرتباط الباعث الدافع إلى تقديم الأسباب والمبررات بالعقد بعيدا عن البواعث الشخصية الخارجة عن العقد ، وهذا الباعث ليس له قيمة عملية إلا إذا كان مرتبطاً بالظروف الواقعية؛ لأن كل ما هو شخصي فهو متغير حتما [٥]أي في حال عدم وجود هذا الترابط يفقد الالتزام بالتسبيب قيمته العملية ولا يحقق الغاية المرجوة منه، ومثال ذلك قيام شخص بإستئجار منزل بالقرب من شخصية مشهورة لغرض التقرب منه والحصول على منفعة أو مكاسب إجتماعية أو سياسية فالباعث الدافع للتعاقد أمر شخصي غير مرتبط بالعقد ، في حين قيام المتعاقد بفسخ العقد بإرادته

---

١ - يُنظر : كيف نشأت نظرية السبب ، د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام ،مصدر سابق ، ص ٤١٧ وما بعدها. كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ٤٢٩ وما بعدها.

٢ - يُنظر: التقرير المتعلق بالمرسوم الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦ المتضمن تعديل القانون المدني الفرنسي والمنشور في الجريدة الرسمية في ١١ شباط ٢٠١٦ .

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O, nº0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

٣- وهذا مانصت عليه المادة (١٣٢/ف٢) من القانون المدني العراقي بأنه (ويفترض في كل التزام أن له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك).

٤ - د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، مصدر سابق ، ص١٩٧

٥ - محمود أبو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن رسالة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق ، جامعة فاروق الاول ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، ١٩٤٧، ص ١٠٢.

المنفردة وقدم أسباباً ومبررات الفسخ فيتطلب أن تكون هذه الأسباب والمبررات مرتبطة بالعقد وليست أمراً خارجا عنه وهذا هو التسبيب.

٦- الاختلاف من حيث الجزاء.

الجزاء المترتب على عدم وجود و مشروعية السبب هو بطلان العقد [١] في حين تنهض المسؤولية المدنية في حال الإخلال بالإلتزام بالتسبيب في العقد، ويستشف ذلك من خلال نص المادة (١٢٢٦) من القانون المدني الفرنسي ،والتي تضمنت في حال قيام الدائن بفسخ العقد إخطار المتعاقد بفسخ العقد وبالأسباب التي تبرره على إعتبار إن التسبيب شرط لوقوع الفسخ وعند غيابه أو عدم مشروعيته يعني عدم وقوع الفسخ [٢].

٧- الاختلاف من حيث النطاق.

يكون نطاق ركن السبب أوسع من نطاق الالتزام بالتسبيب ، فنطاق ركن السبب يشمل التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)[٣] أما الالتزام بالتسبيب فهو نطاقه محصور في الحالات التي نص عليها القانون[٤].

١- وهذا مانصت عليه المادة (١٣٢/ف١) القانون المدني العراقي بأنه (يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا أو مخالف للنظام العام او للآداب.) وهو موقف المشرع المصري في المادة (١٣٦) والمشرع الاردني في نص المادة (١٦٥) والمشرع الكويتي في نص المادة (١٧٦/ف١) والمشرع الليبي في نص المادة (١٣٦) والمشرع العماني في نص المادة (١٢١) والمشرع القطري في نص المادة (١٥٥) والمشرع الاماراتي في نص المادة (٢٠٧) والمشرع السوري في نص المادة (١٣٧) أما بالنسبة للمشرع الفرنسي بعد تعديل قانون العقود، فقد نصت المادة (١١٢٨) من قانون العقود الفرنسي المعدل على أنه (يكون ضروريا بصحة العقد ١- رضاء الأطراف ٢- أهليتهم للتعاقد ٣- مضمون او محتوى مشروع ومؤكد) وإذا كان النص لم يذكر صراحة ركن السبب من بين شروط صحة العقد ، فليس معنى ذلك إختفاء هذه الفكرة، ولا يملك أحد أن يمحو هذه الوظائف بمجرد جرة قلم ، كما إن كلمة المضمون والمحتوى في النص تشمل كل من محل العقد وسببه، والدليل على ذلك ما ورد في نص المادة (١١٦٢) من التعديلات والتي نصت على أنه (لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام، لا بشروطه ولا بهدفه، سواء كان الهدف معلوم أو غير معلوم من جانب جميع الأطراف) فكلمة الهدف تشير إلى البواعث الحاسمة التي يبسط القضاء الفرنسي الرقابة على مشروعيتها وفقا للنظرية الحديثة في السبب. يُنظر : د. نبيل إبراهيم السعد ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٢٩.

٢ - المادة (١٢٢٦) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أنه (يحق للدائن فسخ العقد على مسؤوليته عن طريق الإخطار. فيما عدا حالة الضرورة، يجب عليه أولاً أن يعذر المدين العاجز عن الوفاء بالتزامه في ميعاد معقول. يبين الإخطار بشكل صريح أنه في حال تخلف المدين بالوفاء بالتزامه فللدائن الحق بفسخ العقد. عند استمرار عدم التنفيذ، يخطر الدائن المدين بفسخ العقد وبالأسباب التي تبرره...).

٣ - المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي أشارت الى أنه ويسري عليها (الارادة المنفردة) ما يسري على العقد من أحكام.

٤ - مثال ذلك ينظر نصوص المواد (١١٦٤,١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الثاني

تمييزالالتزام بالتسبيب في العقد عن الالتزام بالتسبيب في الحكم القضائي

لتحديد أوجه التمييز بين الالتزام بالتسبيب في العقد عن الالتزام بالتسبيب في الحكم القضائي لا بد لنا من بيان مفهوم الالتزام بالتسبيب في القانون الاجرائي، فهذا الالتزام المفروض في العمل القضائي لايقتصر من كونه التزاما قانونيا فقط ، بل أصبح في بعض الدول التزاماً دستورياً[١] وأخرى تراه أمراً مسّلَّماً به لايحتاج نصا قانونيا للالتزام به، ومن أجل أن نصل إلى صورة واضحة تحيط بذلك المفهوم سنبين مفهوم التسبيب في الحكم القضائي أولاً حتى يمكننا بعدها تحديد أوجه التمييز بين الالتزامين المذكورين.

أولا:- مفهوم التسبيب في الحكم القضائي.

مادرج عليه الفقه من معالجة موضوع التسبيب في القوانين الإجرائية ومنها قانون المرافعات المدنية هو تسبيب الأحكام القضائية، بإعتبار التسبيب أحد البيانات التي يستلزم وجودها في الحكم القضائي[٢]

فقد عرف جانب من فقه المرافعات العراقي (تسبيب الحكم) (هو إيراد الحجج الواقعية والقانونية التي إنبنى عليها الحكم)[٣]، ويقصد به أيضا (بيان الأسباب القانونية والواقعية التي دفعت القاضي إلى إصدار الحكم أو التي إستخلص منها الحكم منطوقه)[٤] .

---

١ - يُنظر : المادة (١٢٥) من الدستور المغربي ، والمادة (١٧٠) من الدستور الجزائري.

٢ - يقصد بالحكم القضائي بأنه القرار الذي تصدره المحكمة وفقا لقواعد قانون المرافعات والذي يتم بمقتضاه حسم النزاع المعروض على المحكمة ، وهو قرار نهائي يعلنه القاضي في نطاق خصومة معروضة عليه يتبع في ذلك إجراءات شكلية معينة ، بقصد واقعة تجهيل تكتنف عائدية حق يدعيه طرف وينكره طرف آخر. يُنظر:د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، بلا مكان طبع ، ١٩٨٨ ، ص ٣٢٧. وكذلك يُنظرفي معنى الحكم ،د. عبد الحميد أبو هيف ، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ، ط٢،مطبعة الاعتماد ،١٩٢١،ص٧٦٦.

٣- د. ضياء شيت خطاب ، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٧٠، ص ٢٦٢.

٤ - د. ضياء شيت خطاب ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي ، مطبعة العاني ، بغداد ، العراق، ١٩٦٧، ص ٣٥٢. ومن ناحية أخرى يُقصد بتسبيب الأحكام القضائية بأنه (مجموعة الحجج القانونية والواقعية التي استخلص منها الحكم منطوقه) يُنظر: د. علي حمزه عسل ،محمد سامي مظلوم، اثر غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل السنة التاسعة، العدد الثالث ،٢٠١٧ ص، ١٣٥. وكذلك يُقصد به (مجموعة من الأسباب القانونية والواقعية وأسباب الرد على الطلبات والدفوع الجوهرية التي استندت إليها المحكمة في النتيجة التي توصلت إليها في الدعوى المنظورة امامها) يُنظر : د.حسون عبد هجيج ، نسرين محمد نعمة ، الاجراءات الجزائية المؤثرة في الحكم الجزائي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ، ٢٠١٢، ص٧٨.

أما بالنسبة لفقه المرافعات المصري فقد عرف تسبيب الحكم بأنه (مظهر قيام القاضي بما عليه من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر ، للتعرف على الحقيقة التي يستشف عنها حكمه)[١]. ومن ذهب إلى تعريفه [٢] (تسبيب الحكم القضائي) بأنه (بيان الأدلة الواقعية والأسانيد القانونية التي إعتمدتها المحكمة ، وأقامت عليها قضائها واقتنعت بها وجعلتها تصدر حكمها على النحو الذي صدرت به) أو هو (هو إيراد الحجج الواقعية والقانونية المبنى هو عليها والنتيجة هي لها) [٣] ،ويقصد به أيضا (بيان الأدلة الواقعية والقانونية التي بنى عليها القاضي حكمه)[٤] وقد أراد المشرع بتسبيبه للأحكام إشتمالها على الحجج الواقعية والقانونية التي تبنى عليها ؛ لضمان عدم التحيز من جانب القضاة في قضائهم، وكذلك عنايتهم بتمحيص إدعاءات الخصوم ودراسة نقاط النزاع دراسة وافية تمكنهم من تقييم الحجج التي يبنون عليها آراءهم لضمان عدم إصدار أحكام وهم متأثرين بعاطفة أو شعور مؤقت ، وحتى يطمئن الخصوم للحكم ويتمكنوا من مناقشة هذه الأسباب والتظلم منها بكافة طرق الطعن[٥].

ولو إطلعنا على موقف الفقه الفرنسي، فالمقصود بكلمة يسبب (هو إحتواء الحكم على الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت إلى صدوره) وهو مصطلح حديث لم يظهر إلا في القرن العشرين[٦].

وهناك من يرى إن التسبيب بأنه (بيان طبيعة الواقعة والنص القانوني المطبق عليها) [٧].
[٧].

وهذا التعريف يخلط بين التسبيب والتكييف ، فذكر الوصف القانوني للحكم والاشارة إلى النص يجعل التسبيب يختلط بالتكييف[١]، وإن ما أجمع عليه الفقه ومن خلال أغلب التعريفات

---

١ - د. أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، القسم الأول، ط٤، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ص ١٦٨.

٢ - د. محمود السيد عمر التحيوى، النظرية العامة لأحكام القضاء ،ط١،شركة الجلال للطباعة ، ٢٠٠١،ص٤٥.

٣ - د. عبد الحميد الشواربي ، تسبيب الأحكام المدنية والجنائية والطعن فيها في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي ، دون ذكر سنة الطبع، ص ١٢.

٤- د. أحمد سيد الصاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، بلا مكان طبع ، ٢٠١٠ ، ص ٨٣٠.

٥- د. محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية ، بلامكان طبع ، ١٩٣٨، ص٩٧٢.

6 - Geneviéve GUIDICELLI. DELAGE, La motivation des décisionsjustice. Thése, Poitiers 1979. Tom. I. P. 57.

أشار إليه د. عزمي عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص ١٥.

٧ - أشار اليه د. محمود السيد عمر التحيوي ، إصدار الحكم القضائي على ضوء الفقه وأحكام القضاء ، دراسة دراسة تحليلية تطبيقية ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، ٢٠١١،ص ١٦.

التـي أوردهـا إن التسـبيب لايعنـي بيـان طبيعـة الواقعـة والـنص القـانوني بـل المقصـود بـه (بيان الاعتبارات أو الأسباب القانونية والواقعية التي دفعت القاضي إلى إصدار الحكم)[٢] . والمقصود بالأسباب الواقعية ذكر الوقائع والأدلة التي يرتكز إليها الحكم في بيان وجود أو عدم وجود الواقعة الأساسية للدعوى أما الأسباب القانونية فالمراد بها بيان السند القانوني والحجج القانونية التي يستند اليها القاضي في إصدار الحكم بعد تكييف الوقائع اللازمة من أجل تطبيق هذه القاعدة القانونية دون أن يلتزم أو يتقيد بما تمسك به الخصوم ،أي يستنتج العناصر الواقعة ويختار النص القانوني الذي تخضع له ،من خلال تطبيق النص القانوني على الواقعة من أجل الوصول إلى الحكم الذي يصدره[٣].

وهناك من يرى إن الأسباب القانونية والواقعية لا تكفي لوحدها لتسبيب الأحكام ويضيف إليها الأسباب الاقتصادية والاجتماعية دون النفسية التي تقود القاضي إلى إصدار حكم معين وهذا ما سارت عليه المحاكم الأمريكية والإنكليزية، وأُنتِقدَ هذا الرأي كون الزام القاضي بتضمين الحكم عرضا للاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية يؤدي إلى صعوبة التمييز بين الواقع والقانون ؛ لأن الأسباب الاقتصادية والاجتماعية قد تتعلق بالواقع وقد تتعلق بالقانون بالإضافة إلى ذلك إن الاخذ بهذا الاتجاه يصبح الحكم القضائي بدوره إجراءً سياسياً وليس إجراء فني[٤].

ونتفق مع الرأي القائل بعدم إلزام القاضي بعرض الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية في الحكم القضائي في جميع الحالات ، لو فرضنا قيام شخص بالطعن بقرار عدم منحه إجازة لإنشاء مصنع في منطقة سكنية ، فعلى الرغم من أن ذلك يحقق إعتبارات اقتصادية من دعم

---

١ - وهذا المدلول للتسبيب ظهر في القرن الثامن عشر عندما صدر المرسوم ١٧٨٨/٥/٨قبل الثورة في فرنسا وقد فرضت المادة الخامسة من المرسوم على القضاة ذكر الوصف القانوني للفعل والاشارة الى النص ولم يكن التسبيب عرضا للاسباب الواقعية. يُنظر : د. عزمي عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص ٣٠.

٢ - يُنظر : د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون إصول المحاكمات المدنية ، ط١،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٧،ص٣٤٠. وأيضا ، د. خالد منصور إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣١ . وكذلك د.نبيل إسماعيل عمر ، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦، ص ٤٦. وكذلك ،د.محمود السيد عمر التحيوي، النظام القانوني لأوامر وأحكام القضاء وطرق الطعن فيها وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية ، بلا مكان وسنة طبع ، ص١٢٦ وكذلك د. مأمون الكزبري ، د. إدريس العلوي العبدلاوي ، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي ، ج١،المعهد العالي للقضاء ، المملكة المغربية ، بلا مكان وسنة طبع ، ص ١٢٥.

٣ - يوسف المصاروة ، تسبيب الأحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية ، دراسة تحليلية ، ط١،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٢، ص ص ٢٤,٢٣.

٤ - د. عزمي عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص ١٩.

الاقتصاد الوطني وغيرها إلا أن الآخذ بها يؤدي إلى مخالفة القواعد القانونية المتعلقة بحماية البيئة ،ويؤدي إلى إصدار أحكام غير متوافقة مع القانون ، لكن هذا لايعني تجاهل هذه الاعتبارات بشكل كامل بل الآخذ بها في حالات استثنائية كما هو الحال عند إصدار أحكام قضائية تتعلق بحقوق العاملين أو الأحكام القضائية الصادرة في قضايا الأحوال الشخصية في حال إيقاع الطلاق أو التفريق بين الزوجين .

ومن جهة أخرى، يرى الفقه إن للتسبيب معنيان أحدهما نفسي والآخر موضوعي فالتسبيب وفق معناه النفسي يرتبط ببواطن النفس البشرية وهي من تحرك الأنسان وتدفعه إلى فعل معين ولغرض معرفة السبب الدافع والمحفز على تصرف معين يتطلب ذلك البحث في داخل الإنسان فهذا التسبيب لايلتزم القاضي ببيانه ، كونه متروكا لقناعته الشخصية ويسميها البعض أسباب الأسباب التي تحمل القاضي إلى الرأي الذي إنتهى إليه، أما المعنى الثاني (التسبيب الموضوعي) ويقصد به بيان الأسباب التي كوّن منها القاضي قناعته، فهو يتصل بالاعتبارات القانونية والواقعية التي هي أساس العمل القضائي ، بحيث يكون التسبيب رابطة بين العمل وبين من أصدره والذي يستلزم عدم إتمام العمل إلا بعد الرجوع إلى قاعدة سابقة تحدد سلطة من أصدر هذا العمل [١].

ولو إنتقلنا إلى موقف الفقه الإسلامي من تسبيب الحكم القضائي، فقد عرف الفقهاء المسلمين مصطلح (سبب الحكم) والمقصود به أدلة ثبوت الوقائع القضائية من إقرار وشهادة وغيرها ،كما أطلقوا على التسبيب مصطلحات أخرى منها تعليل الحكم ، مستند الحكم ، الوجه الذي ثبت به الحق ،وجه الحكم وغيرها من المسميات[٢] وكذلك يقصد بالأسباب الموجبة هي (المسألة الشرعية التي بني عليها الحكم والشهادة ، والإقرار ، واليمين أو النكول عن اليمين والمبتنى عليه الحكم الواقع)[٣]، وقد إختلف الفقهاء المسلمين بشأن وجوب تسبيب القاضي لحكمه القضائي من عدمه ، إذ يرى البعض من الأحناف إن من أُمرهُ قاضي أن ينفذ حكم جنائي في حد أو تعزير يجب عليه أن يسبب حكمه إن كان عدلا جاهلا ، وإن كان عدلا عالما

١ - يوسف المصاروة ، مصدر سابق ، ص ٢٤.
٢ - د. عبد الله محمد سعد ، مصدر سابق ، ص١٧.
٣ - علي حيدر ، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام ، تعريب فهمي الحسيني ،ج٤،دار عالم الكتب،المملكة العربية السعودية،٢٠٠٣،ص٦٦٢.

فيقبل قوله في الحجة [١] وكذلك بعض المالكية[٢] بأنه في حال قيام القاضي بإصداره حكما في قضية معينة يقتضي ذكر الحجة التي أعتمد عليها في حكمه، أي يسبب حكمه.

أما الحنابلة [٣] فقد ذهب أكثرهم إلى تحريم الاعتراض على القاضي في حال عدم بيان مستند الحكم من بينة أو نكول أو إقرار، أي يقولوا بعدم وجوب التسبيب ،أما الشافعية [٤] فقد ذهبوا بالقول: أحب للقاضي إن أراد الحكم على رجل أجلسه ويبين له إحتججت عندي بكذا ، وأحتج خصمك بكذا ، والبينة عليك كذا ، فهذا أطيب لنفس المحكوم عليه أي إن التسبيب لديهم ليس بواجب وهو كذلك على الأغلب موقف الإمامية [٥] .

وعن موقف التشريعات من فرض الالتزام بالتسبيب في الأحكام القضائية ، فقد أشار قانون المرافعات المدنية العراقي إلى وجوب تسبيب الأحكام القضائية وأن يستند الحكم على أحد الأسباب التي بينها القانون وكذلك الزم المحكمة أن تبين في حكمها مادفعها إلى قبول أو إداعاءات الخصوم [٦] وهو كذلك موقف المشرع المصري إذ أوجب تسبيب

---

١ - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن همام الحنفي ، فتح القدير على الهداية ج٧،ط١، مطبعة مصفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٩٧٠، ص٣٥٩ ، ومن الفقه الحنفي من قال بوجوب تسبيب القاضي لحكمه. يُنظر:أبو الحسن علاء الدين الطرابلسي الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، دار الفكر ، دون مكان وسنة طبع ، ص٣٠. وكذلك تنص المادة (١٨٢٧) من مجلة الأحكام العدلية المستمدة أحكامها من الفقه الحنفي على أنه (بعد ما يتم القاضي المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك أو ينظم إعلاما حاويا للحكم والبينة ،مع الأسباب الموجبة له فيعطيه للحكومة له ويعطي لدى الأيجاب نسخة منه للمحكوم عليه أيضا) يُنظر : علي حيدر ، مصدر سابق ، ص ٦٥٨.

٢ - يُنظر : أبو عبد الله محمد بن احمد بن محمد الفاسي ، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة ، ج١، دار المعرفة ، بلا مكان وسنة نشر ، ص ٤٢.

٣ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي ، شرح منتهى الارادات، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، ج٣،ط١،عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة نشر، ص٥١٨.

٤ - أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ،ج ٦، ط ٢، دار الفكر ،بيروت ، بلاسنة نشر ، ص٢٣٤.

٥- من خلال إستعراض الروايات الكثيرة الواردة في المرافعات المعروضة على المعصومين عليهم السلام وخاصة الإمام أمير المؤمنين عليه السلام ، لا نجد فيها إطلاقا معنى الحكم ، بل كان الإمام عليه السلام ينفذ الحكم دون تلفظ بمضمونه أو إلباسه أهمية خاصة ، كما هو المركوز فقهيا مما يتبين أن حال القضاء كغيره من الأمور الشرعية ، فكما أنه إذا ثبت دخول وقت الصلاة وجبت الصلاة كذلك إذا ثبت لدي القاضي أن هذا دائن وهذا مدين ، وجب على المدين أن يدفع المال إلى الدائن ، كأي موضوع ومحمول في الشريعة ولا يحتاج إلى توسط ما يسمى بالحكم وهذا لا يعني عدم جوازه بل يعني عدم وجوبه وعدم الضرورة إليه . يُنظر : محمد صادق الصدر، ما وراء الفقه ، ج٩، ط٣، دار المحبين للطباعة والنشر ، قم ، إيران، ٢٠٠٧ ،ص٤٧. ومن الفقهاء المحدثين من المذهب الإمامي ذهب بأنه يجب على القاضي كتابة الحكم وكل حيثياته، المتعلقة من إقرار المدعى به والأدلة الأخرى، إذا طلب المدعي ذلك وكان إحقاق الحق يتوقف عليه ، أما في غير هذه الحالة فلا تجب الكتابة ، يُنظر: محمد تقي المدرسي ، فقه القضاء وأحكام الشهادات ، ط١،قم ، ايران ،٢٠٠٧،ص٨١.

٦ - نصت المادة(١٥٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه (١- يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون ٢- على المحكمة أن تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الادعاءات والدفوع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت إليها).

الأحكام القضائية من خلال تضمين الحكم الأسباب التي بنيت عليها وبخلافه تُعد باطلة [١] وأكد المشرع المصري على وجوب التسبيب في المادة (١٧٦) من قانون المرافعات بإشتمال الحكم على الأسباب التي بنيت عليه[٢] ،أما المشرع الفرنسي فهو أيضا أوجب على القاضي تسبيب حكمه من خلال إتباع أجراءات معينة، لكي يضمن وجود التسبيب وصحته إذ أشارت المادة (٤٥٦) من قانون المرافعات الفرنسي إلى توقيع رئيس الدائرة القضائية والسكرتير على مسودة الحكم وهذا الأجراء وسيلة من أجل إثبات وجود الأسباب[٣].

وقد أكدت العديد من الأحكام القضائية على ضرورة الالتزام بالتسبيب ، ومنها ما جاء بقرار محكمة التمييز الإتحادية والذي أشار إلى أن (الحكم المميز غير صحيح، ومخالف للقانون لأن محكمة الأحوال الشخصية في بغداد الجديدة قد أصدرت الحكم ،دون بيان الأسباب التي دعتها إلى ذلك كما أوجبته المادة ١٥٩ من قانون المرافعات العراقي)[٤] ،وكذلك هو الحال في أحكام القضاء المصري إذ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية (إن المقررفي قضاء محكمة النقض أن نقض الحكم للقصور في التسبيب، أياً كان وجهه ، لايعدو أن يكون تعييّب للحكم لإخلاله بقاعدة تفرضها المادة (١٧٦) من قانون المرافعات والتي توجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب وإلا كانت باطلة)[٥].

---

١ - نصت المادة(١٧٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل على أنه (ينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه، ويكون النطق به علانية وإلا كان الحكم باطلاً) كما جاء في المادة (١٧٥) النص على أنه: (يجب في جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم، وإلا كان الحكم باطلاً...).

٢- نصت المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المصري على انه (يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة) وهذا هو موقف قوانين المرافعات في الدول الأخرى كما هو الحال في المواد (١٦٠/إردني) (٢٠٦/سوري) (١١٥/قطري) (١٨٩/بحريني)(٢/١١٥/كويتي) (٢٧٣/ليبي) (٤١٢/لبناني) (٤/١٢٣/تونسي).

٣ - د. سمية صلاح الدين محمد ، تسبيب الأحكام القضائية ، دراسة قانونية فلسفية ، بحث منشور في مجلة روح القانون ، العدد التاسع والتسعون ،٢٠٢٢، ص ٣٦١.

٤ - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٣٢٤٣/شخصية أولى /٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/١١/١٥ أشار أليه د.حسن حنتوش رشيد ، علي شمران حميد ، التسبيب في الأعمال القضائية ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون ، جامعة كربلاء ،السنة الخامسة ، العدد الثاني، ٢٠١٣، ص١٧٠.

وكذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها (الأحكام يجب أن تكون مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون ، وعلى المحكمة أن تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الادعاءات والدفوع التي أوردها الخصوم، والمواد القانونية التي استندت عليها، حَيثُ إن التسبيب هو حجة القاضي للناس) وجاء قرار آخر نصه (تسبيب الأحكام يُعد شرطا من شروط صحتها وخلو الحكم منها يُعد عيب شكلي) يُنظر: القرار المرقم (٤٧٣٢) هيئة مدنية، ٢٠١٥ والقرار المرقم(٢١٥٠) الهيئة المدنية ، ٢٠١٨ أشار إليهما ، القاضي لفته هامل العجيلي ، قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، م١، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٢٠، ص ٣٠٥ وما بعدها.

٥ - يُنظر: حكم محكمة النقض المصرية المرقم (٨٦) في ١٩٩٧/١/١٥، السنة القضائية ١٩٦٣ االصادرة عن عن المكتب الفني رقم ٤٨، ص١٢٨.

ومن الجدير بالذكر إن تسبيب الأحكام القضائية أصبح في بعض الدول التزاماً دستورياً أما التشريعات اللاتينية كفرنسا والدول المتأثرة بها فأن التسبيب يعد بالنسبة لهذه الدول التزاماً قانونياً[١] .

ثانيا- مقارنة إختلاف الالتزام بالتسبيب في العقد مع الالتزام بالتسبيب في الحكم القضائي.

إن للالتزام بالتسبيب في العقد شبه وإختلاف ،مع الالتزام بالتسبيب في الأحكام القضائية وهذا ماسنبينه بالآتي:-

١- أوجه الشبه .

أ- من حيث المفهوم العام.

يتشابه الالتزام بالتسبيب في العقد مع الالتزام بالتسبيب في الحكم القضائي من حيث المفهوم العام، فالمفهوم العام للتسبيب هو إبلاغ الغير بالقرار، بمعنى أن يكون القرار مسببا سواء كان القرار صادرا من أحد المتعاقدين في الرابطة العقدية ، أو كان القرارصادرا من قبل القاضي[٢].

ب- من حيث القصد من التسبيب.

قيام المتعاقد بتوضيح أسباب قراره هو ضمان لمراعاة مصالح المتعاقد الآخر وبث الاطمئنان في نفسه ،كذلك هو الحال قصد المشرع بالنسبة إلى تسبيب الحكم القضائي بالنسبة للخصوم هو توليد القناعة لديهم ، وبعث الإطمئنان في نفوسهم ولحماية مصالحهم وحقوقهم[٣]

ج- من حيث الموضوعية.

التسبيب في الالتزام العقدي يستلزم أن يرتبط بالظروف الواقعية المرتبطة بالعقد بعيدا عن البواعث الشخصية الخارجة عن العقد كذلك هو الحال بالنسبة إلى تسبيب الأحكام القضائية فلا

---

١ - كما هو الحال في المادة (١١١) من الدستور الإيطالي والمادة (٩٧)من الدستور البلجيكي ، إذ أشارتا إلى ضرورة تسبيب الحكم القضائي ، وكذلك في الدستور اليوناني والأرجنتيني. لمزيد من التفصيل بخصوص الاتجاهات يُنظر : د. عزمي عبد الفتاح ، مصدر سابق ص٣٦ومابعدها. أما بالنسبة للمشرع العراقي إذ يُعد الالتزام بتسبيب الأحكام القضائية ، إلتزام قانوني وقد تقرر ذلك من خلال نص المادة(١٥٩) من قانون المرافعات العراقي ، وهو كذلك موقف المشرع المصري في نص المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

٢ - د. تامر محمد الدمياطي ، مصدر سابق ، ص ١٣٩.

٣ - علي شمران حميد، تسبيب الأعمال القضائية في الدعوى المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٣ ، ص ١٣.

يجوز للقاضي أن يصدر حكماً مبنياً على علمه الشخصي ، فالمصدر الذي يستمد منه القاضي معطيات قناعته هو الدعوى[١] .

٢- أوجه الأختلاف.

أ- من حيث التعريف.

يقصد بالالتزام بتسبيب الحكم القضائي بيان الأسباب القانونية والواقعية التي قادت القاضي إلى الحكم الذي نطق به[٢] في حين يُعرف الالتزام بالتسبيب في العقد هو إجراء يلتزم المتعاقد بمقتضاه بعرض الأسباب التي دفعته لمباشرة تصرف معين في حال ممارسة صلاحياته العقدية [٣]وبهذا يختلف بأن من يقوم بتسبيب الحكم القضائي هو القاضي من خلال بيان الأسباب الواقعية المتمثلة بذكر الوقائع والأدلة التي يرتكز إليها الحكم والأسباب القانونية المتمثلة ببيان السند القانوني ، والحجج القانونية التي يستند إليها القاضي في إصدار الحكم، أما من يقوم بالتسبيب في الالتزام العقدي هو المتعاقد الذي يملك صلاحيات عقدية بأن يذكر الحجج الواقعية التي بُنِيَ على أساسها تصرفه الإرادي .

ب- من حيث التنظيم وأساس الالتزام.

التنظيم القانوني لتسبيب الأحكام القضائية يكون عادة في قوانين المرافعات ، كما هو الحال في قانون المرافعات العراقي والمصري والفرنسي وأغلب قوانين المرافعات للدول الأخرى وأساس هذا الالتزام هو إلتزام قانوني نصت عليه النصوص القانونية الواردة في قانون المرافعات [٤] ، في حين تنظيم الالتزام بالتسبيب في العقد يكون ضمن أحكام القانون المدني والقوانين الخاصة وأساس هذا الالتزام قد يكون القانون[٥] أو الاتفاق وفق مقتضيات الحرية التعاقدية أو من قبل القضاء.

---

١ - يُنظر: د. عباس العبودي، مصدر سابق ، ص ٣٨٥. وكذلك المادة (٨) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩المعدل والتي نصت على إنه(ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي ، الذي حصل عليه خارج المحكمة ، ومع ذلك فله أن يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض إلمام الكافة بها)

٢ - يوسف محمد المصاروة ، مصدر سابق ، ص ٢٣.

٣ - د. تامر محمد الدمايطي ، مصدر سابق ، ص ١٥٧.

٤ - يُنظر: المواد (١٥٩من قانون المرافعات العراقي) و (١٧٦من قانون المرافعات المصري) و (٤٥٥ من قانون المرافعات الفرنسي).

٥ - يُنظر: نصوص المواد (١١٦٤، ١١٦٥، ١٢٢٦) من القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ المعدل بالامر التشريعي المرقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.

ج- من حيث صدور التسبيب ووجوده.

التسبيب في الحكم القضائي يصدر من قبل القاضي بعد تلاوة منطوق الحكم وكتابة أسبابه[١] بينما التسبيب في العقد يصدر من أحد المتعاقدين ممن يمتلك صلاحيات عقدية بالارادة المنفردة[٢] أما من حيث وجود التسبيب بالنسبة إلى الحكم القضائي يجب أن يكون مشتملا على الأسباب وإلا كان باطلا[٣] وبالنسبة للعقد فعدم الالتزام بالتسبيب الواجب بنص القانون أو الاتفاق تترتب عليه قيام المسؤولية المدنية.

ه- من حيث الأسبقية والارتباط .

فمن حيث الاسبقية فإن فكرة تسبيب الأحكام القضائية هي فكرة قديمة تعود نشأتها إلى القرن الثالث عشر من خلال الزام المحاكم الملكية في فرنسا بإيداع أحكامها في أدارة كتاب البرلمان من أجل أن تساهم في تكوين الأحكام القضائية حتى ولد هذا المبدأ بعد القرن السادس عشر [٤] ومن حيث الارتباط فقد ارتبط مصطلح التسبيب إرتباطا وثيقا باالأحكام القضائية وهو إفصاح عن فكر القاضي ، وقناعته المستمدة من وقائع النزاع ، من خلال فهم النصوص القانونية الواجبة الإعمال والتطبيق [٥] إذ يُعد التزام القاضي بالتسبيب ضماناً جوهرياً للمتداعيين للمتداعيين لان التسبيب يوفر الحماية للمتقاضيين، ويعطي لهم الدليل على أن دفوعهم وطلباتهم كانت محل تدقيق كما إن هذا الالتزام يضع عائقا أمام القاضي الذي يسعى إلى أن يتخطى حكمه من رقابة المحاكم الأعلى درجة ، وهذا الالتزام الذي يقع على كاهل القضاة هو من

---

١ - وهذا مانصت عليه المادة (١٦١) من قانون المرافعات المدنية العراقي بأنه (يتلى منطوق الحكم علنا بعد تحرير مسودته ، وكتابة أسبابه الموجبة في الجلسة المحددة لذلك ويعتبر الطرفان مبلغين به تلقائيا ، إذا كانت المرافعة قد جرت حضوريا حضر الطرفان ، أم لم يحضرا في الموعد الذي عين لتلاوة القرار).

٢ - يُنظر نص المادة (١٢٢٦) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

٣ - يُنظر نص المادة (١٧٦)من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري. وكذلك في حال القصور في أسباب الحكم الواقعية يجعل الحكم قابلا للإبطال أو الفسخ أو النقض ، أنظر :ادم وهيب النداوي ، مصدر سابق، ص ٣٣٨.

4 - Norah Alshatti. La motivation des décisions judiciaires civiles et la Cour de cassation étude de droit compare franco-koweïtien. Droit. Université de Strasbourg, Français،2019،p24.

وكذلك يُنظر : د. عزمي عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص ٢٥ وما بعدها.

٥ -حسام أحمد العطار ، تسبيب الأحكام القضائية ، دراسة في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد الثاني ، ج٢، السنة الثامنة والخمسون ، ٢٠١٦ ، ص ٦٥٢.

النظام العام[١] ، أما الالتزام بالتسبيب في العقد فهي فكرة حديثة أدخلها المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون العقود الفرنسي .

و- من حيث الأهمية

تظهر أهمية تسبيب الأحكام القضائية بالنسبة للخصوم في ضمان حق الدفاع كونه وسيلة لإقناع الخصوم بصحة وعدالة الحكم القضائي وإقناع الرأي العام وحماية الخصوم من الخطأ الشخصي للقاضي فيكون بذلك قد حقق توازناً أخلاقياً وقانونياً في المجتمع[٢] أما الالتزام بالتسبيب في العقد فإطلاع المتعاقد على الأسباب التي تبرر التصرف الإنفرادي الذي يتخذه المتعاقد الآخر يجنبه الممارسات الخفية ،وبإمكانه إدراك وفهم سبب التصرف المتخذ وتقدير مدى قبوله أو الاعتراض عليه وهو بذلك أداة لضبط توازن العقد وتجنب التعسف في ممارسة السلطة التعاقدية[٣].

ويتضح مما تقدم أن تسبيب الأحكام القضائية أكثر أهمية من التسبيب في العقد كونه يهدف إلى حماية المصالح العامة والخاصة ؛ بينما الالتزام بالتسبيب في العقد يحمي المصلحة الخاصة للمتعاقد الآخر بالإضافة إلى أن تسبيب الأحكام القضائية أوسع مجالا فهو لايقتصر على عمل القاضي إذ يشمل عمل القاضي والمحكّم ،كذلك يجب أن يتضمن التسبيب جميع الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية والجنائية وأحكام محاكم القضاء الإداري[٤] كما إن تسبيب الحكم القضائي يكون بعد حسم النزاع وصدور قرار الحكم (خاتمة الحكم) بينما التسبيب في العقد من الممكن أن يكون في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه أو إنهائه[٥].

---

١ - د. حسن كيره ، النقض المدني ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٢، ص ٤٩٣.

٢ - محمد المصاروة ، مصدر سابق ، ص ٢٧.

٣ - د. تامر محمد الدمياطي ، مصدر سابق. ص ١٦٠,١٦١.

٤ - وهذا ما نصت عليه المادة (٢٧٠) من قانون المرافعات العراقي بأنه (١- يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو بأكثرية الاراء ... ٢- يجب أن يشتمل القرار بوجه خاص ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين) وكذلك نصت المادة (١) من نفس القانون على أنه (يكون هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والاجراءات إذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة).

٥ - يُنظر: نصوص المواد (١٦١/مرافعات عراقي) (١٢٢٦,١٢٦٤/ مدني فرنسي).

المبحث الثاني

الموقف من الالتزام بالتسبيب في العقد

إن الغاية من إقرار الالتزامات العقدية هو تحقيق الموازنة بين المتعاقدين وحماية مصالحهم ، وهذا من شأنه تسهيل تنفيذ العقد والمحافظة على إستقراره ، وتقليل النزاع بين أطرافه، وإن ظهور الالتزامات القانونية الجديدة في القوانين المدنية هوأمرمألوف وطبيعي لإحتواء المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، وكذلك سد الفراغ التشريعي الذي لم تعالجه القواعد العامة وتحقيق العدالة العقدية بين المتعاقدين ، ويُعد الالتزام بالتسبيب واحداً من المفاهيم والأفكار الجديدة والمستحدثة التي ظهرت مؤخرا، وأثارت جدلا فقهيا وقضائيا وإنقسم الفقه والقضاء وتحديدا (الفرنسي) إلى إتجاهين بين مؤيد ومعارض، وللدخول في تفاصيل هذا الموضوع من هذا الجانب، سنقوم بدراسة هذا المبحث من خلال تقسيمه على مطلبين ،نخصص المطلب الأول للموقف الفقهي من الالتزام بالتسبيب في العقد ، ونكرس المطلب الثاني للموقف التشريعي والقضائي من هذا الالتزام .

المطلب الأول

الموقف الفقهي من الالتزام بالتسبيب في العقد

نظرا للغموض الذي يحيط بفكرة التسبيب فقد أثارتسبيب التصرفات القانونية جدلا فقهيا خصوصا في فرنسا، فمنهم من عارض فكرة هذا الالتزام إلى درجة رفض فكرة الالتزام بالتسبيب ،والآخر دعا إلى الحاجة إلى إقرار هذا الالتزام في البيئة التعاقدية، وفي هذا المطلب سنبين حجج وأدلة كل فريق منهم ، ثم نَخلصْ في نهاية المطلب إلى موقف مدروس حول الحاجة إلى إقرار الالتزام بالتسبيب في المسائل التعاقدية.

ولغرض الإحاطة بما ذكرناه سنقسم هذا المطلب على فرعين،نتناول في الفرع الأول موقف الفقه الفرنسي من الالتزام بالتسبيب في العقد ،ونخصص الفرع الثاني للوسائل البديلة للالتزام بالتسبيب.

الفرع الأول

موقف الفقه الفرنسي من الالتزام بالتسبيب في العقد

إنقسم الفقه الفرنسي بشأن موقفه من الالتزام بالتسبيب في المسائل التعاقدية على إتجاهين لذا سنبين موقفه من خلال تقسيم هذا الفرع على فقرتين الأولى المؤيدون لفكرة التسبيب في العقد والثانية المعارضون للالتزام به في المسائل العقدية وعلى النحو الآتي :-

أولا- المؤيدون لفكرة الالتزام بالتسبيب في العقد.

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تأييد الالتزام بالتسبيب في العقد على الرغم من الاعتراضات التي أخذت مأخذها من إقرار هذا الالتزام لعدة أسباب:

أ- إن الالتزام بالتسبيب هو جزء من السياسة القانونية التي تتطلب من أحد المتعاقدين توضيح الأسباب التي دفعته إلى إتخاذ قرار مؤثر على مصلحة الطرف الآخرإستنادا إلى فكرة إن العقد يهدف إلى تحقيق الموازنة بين مصلحة طرفيه، ولا يجوز لأحد منهم التصرف بطريقة مؤثرة على مصلحة الطرف الآخر ، وإن هدف هذا الالتزام هو حماية الطرف الضعيف في العقد ، من إستغلال الطرف القوي من خلال منحه الحق في معرفة السبب الذي دفعه إلى إتخاذ قرار معين ، ومواجهته في حال إعتقاده بعدم عدالته إضافةً إلى ذلك إن الالتزام بالتسبيب يسهل من التحقق من جدية التبريرات المقدمة التي إستند إليها المتعاقد في إتخاذه قراره العقدي؛لأن المتعاقد الآخر يمكنه طلب تقديم التسبيب لقراره في الوقت نفسه الذي تم إخطاره فيه ،ومن شأن ذلك يمكنه من مراجعة الأسباب قبل الطعن بها [1].

ب- إن ظهور الالتزام بالتسبيب يعكس التحول في قانون العقود ، فلم يعد العقد بمفهومه التقليدي قائم على المساواة بين طرفيه ، فمع إنتشار العقود في الحياة اليومية أصبح من الصعب المحافظة على المفهوم التقليدي للعقد ، ففي أغلب الأحيان يكون أحد الأطراف في موضع قوة يسمح له بإتخاذ قرار معين دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر ، مما يصعب تحقيق المساواة بين الطرفين ، لكن ليس بمعنى إن الطرف القوي في العقد يتمتع بسلطة مطلقة فواقعا القانون يضع ضوابط على ممارسة هذه السلطة وواحدة من هذه الضوابط

1 - REVET (Th.): L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, op. cit., p. 579, n"٤,6.

هو الالتزام بالتسبيب ، الذي يلزم بمقتضاه المتعاقد (الطرف القوي في العقد) بتقديم الأسباب المنطقية لتصرفاته، لغرض إقناع الطرف الآخر إن هذه التصرفات مبررة وضرورية[١].

ج- إن من برروا الحاجة إلى الالتزام بالتسبيب من أجل إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية ،نتيجة ظهور الانفرادية في التصرفات العقدية ، ومن ثم يكون للالتزام بتقديم الأسباب هذه الميزة أو على الأقل هو نوع من التحضر داخل العقد ؛لأن شرط التسبيب يتطلب من صاحب التصرف الانفرادي ممارسة هذا الحق بطريقة أكثر تفكيرا في مصلحة المتعاقد معه ومن جانب المتعاقد الآخر، يسمح له فهم الأسباب بشكل أفضل وهذا ماذهب اليه الفقيه الفرنسي(Laurent Aynes)((لوران أينز) بأن التسبيب يؤدي وظيفة مزدوجة فهو ينقل إلى متلقي الفعل أسبابه مما يسمح له بإدراك عقلانيته وفهمه وقبوله أو رفضه أما بالنسبة لصاحب التصرف فأنه يجنبه الاندفاع في إتخاذ القرار، مما يجبره على جعل أسباب قراره أكثر موضوعية وفهما من قبل الآخرين ووضع نفسه في محل متلقي الفعل[٢].

د- إن ظهور الالتزام بالتسبيب يدل على تأثير الحركة التضامنية على نظام العقود ، سابقا كان صاحب الحق يتمتع بحرية التصرف دون الحاجة إلى التسبيب، لكن مع ظهور هذا الالتزام أصبح ملزما بتوضيح وتبرير الأسباب التي دفعته إلى ممارسة حقه[٣] وفكرة التضامن العقدي تعد فقها فلسفيا اجتماعيا وسياسيا نشأ نتيجة التقدم الصناعي وظهور الشركات الكبيرة والمشاريع الضخمة [٤] وإستنادا لهذا المفهوم لايعُد العقد أداة يُعبر من خلاله عن مصالح متعارضة بين الطرفين بل أداة للتعاون ونتاج ثقة متبادلة ، وإتحاد بين المصالح المتوازنة فهو مؤسسة صغيرة ، يتم العمل فيها من أجل هدف يسعى إليه كل فرد وخير، مثال على ذلك الشركات المدنية والتجارية[٥] فالاتجاهات الاجتماعية تنظر إلى العقد بشكل مختلف عن الاتجاهات ذات النزعة الفردية فهم يتمسكون (الاتجاه الاجتماعي) بأسبقية الحق الموضوعي على الحق الشخصي، ويؤكدون إن الإرادة الفردية ليس لها الدورالوحيد في مجال العقود، وإذا

---

1 - FABRE-MAGNAN (M.): L'obligation de motivation en droit des contrats, op. cit. p. ٣٢٧ et s.

2- Nicolas Leblond. La motivation de l'exercice des prérogatives contractuelles L'exemple de la résiliation du contrat d'assurance par l'assureur op. cit.,p 10.

3 - Nicolas Leblond. op. cit.,p ٦.

٤ - بكر عبد السعيد محمد ، أزمة العقد ، دراسة مقارنة ، إطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، مصر ، ٢٠٢٠،ص٢٣٢.

٥ - د. أيمن إبراهيم العشماوي ،مفهوم العقد وتطوره ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص ١٦٣.

كان من الضرورة أن يكون للإرادة مكان بهذا الصدد فإن حسن النية والعدالة والسلم الاجتماعي هي من الأمور التي لا تقل أهمية عنها ويقتضي أن تشغل مكانا مناسبا داخل النظام القانوني[١].

ثانيا- المعارضون لفكرة التسبيب في العقد.

في مقابل الإتجاه المؤيد، فقد أبدى جانب من الفقه الفرنسي إعتراضه على تعميم الالتزام بالتسبيب في العقد وذلك لعدة أسباب:

أ- ليس من البديهي والضروري تقديم الأسباب للتصرفات القانونية ، كونها تتعارض مع الحق في السرية وخصوصية المداولات وهما من شروط الحرية الشخصية ،وكذلك يمكن أن يتعارض تقديم الأسباب مع الشفافية ، والتي من المفترض أن يخدمها ،ويتساءلون كيف يكون شكل العالم حين يُفرض على الجميع تقديم الأسباب لتصرفاتهم في ظل عالم من المتحدثيين بالإضافة إلى أن بعض الأسباب لايمكن تحديدها وخصوصا تلك التي تؤثربشكل كبيرعلى العلاقة مع الآخرين مثل (الثقة ، الحياة الاقتصادية ، طبيعة عمل الأسواق ، الحب والكراهية) وعليه لايمكن جعل التسبيب مطلباً عاماً؛ لأنه يؤدي إلى خلق فوضى كبيرة فالأسباب تكون عادة خارج نطاق العقد إلا في حال تحولها إلى شروط صريحة ، وحتى الأحكام القضائية لمحكمة النقض الفرنسية تبدو مترددة في هذا الامر ففي حكم صادر في ٢٥ أبريل ٢٠٠١ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن رفض تجديد عقد محدد المدة لايجب أن يكون مبرراً، وإن الأسباب المقدمة حتى لو كانت غير جدية أو واهية لاتشكل إساءة في حد ذاتها[٢].

ب- إن الإهتمام بالشفافية والذي يعد أمرا مشروعا في أغلب الأحيان يصبح مفرطا في حال فرض الالتزام بقول كل شيئ ، فالسرية والغموض أمر مطلوب في العلاقات الإنسانية وهذا الأمر الذي يبدو لم تعد تفهمه بعض الفلسفات الحديثة التي تحدد التواصل وأخلاقيات المناقشة كقيمة مطلقة ،إضافة إلى ذلك إن الالتزام بالتسبيب يشكل إنتهاكا للحرية التعاقدية ، فإذا كان هذا الالتزام يتوافق مع الحق في إنهاء العقد أو عدم تجديده، فبالإمكان عدم مطالبة المتعاقد بتقديم أسباب قراره العقدي مقابل تحمله عواقب الضرر التي تصيب الطرف الآخر، لكن من العيوب لهذا الحل بأنه يعطي الحق في إنهاء العقد بطريقة تضر بالطرف الآخر ، ومع هذا لايمكن لنا أن نفرض الالتزام بالتسبيب في جميع العقود وخصوصا العقود طويلة الأجل لكن من الممكن النظر في ما قد يبرر وجود هذا الالتزام وفقا للنهج العام المبين في القول المأثور

---

١ - د. أيمن إبراهيم العشماوي ،مصدر سابق، ص٧.

2 - AYNÈS (Laurent) Motivation et justification, op.cit, p555. n ,1.

"cessat ejus disposition،Cessante ratione lawis"[1] لذا فإن المجال الرئيسي الذي يوجد فيه الالتزام بالتسبيب هو في عقد العمل ، إذ يجب أن يستند فصل العامل إلى سبب حقيقي وخطير ويعود تقديره للقاضي، ويتم تبرير هذه القاعدة من خلال إعتماد الوضع الاقتصادي للعامل، وهذا الاعتماد هو الذي يبرر الحفاظ على إستقرار العلاقة العقدية وبالتالي فرض الالتزام بالتسبيب عند إنهاء العقد ، وكذلك هو الحال تحديد السعر من جانب واحد المسموح به في العقود طويلة الآجل ، والتي تضع أحد اطراف العقد في حالة تبعية إقتصادية وهو أيضا مبرر لواجب الالتزام بالتسبيب، كون هذه العقود(عقود التبعية الاقتصادية) إن أحد المتعاقدين يستمد وسائل عيشه من العقد كما هو الحال الراتب الشهري للعامل أو بشكل عام المال الذي يحتاجه للعيش ، أو قد يكون مسكنه في عقد الايجار،فعلى سبيل المثال يجعل القانون أيضا إنهاء العقد من قبل المؤجر خاضعا للتسبيب ويتم تقييم هذا الوضع من قبل القاضي على أساس كل حالة[2].

ج- إن تأييد الالتزام بالتسبيب يعني دعم فكرة التعسف في إستعمال الحق من خلال إلزام المتعاقد بتقديم الأسباب التي تبرر تصرفه للدلالة على عدم التعسف من خلال نقل عبء الاثبات بينما وفق القواعد العامة عبء الاثبات يقع على من يدعي وجود التعسف فعليه يقع إثبات هذه الأسباب[3].

د- ليس من المؤكد إن تعميم الالتزام بالتسبيب أمر عملي على نطاق العقد ، كما إن بعض القوانين قد عملت على حماية الطرف المستضعف من الإنهاء التعسفي أو الشروط غير العادلة كما هو الحال في عقود حماية المستهلك أو عقد الايجار أو عقود توزيع السيارات وهنالك رأيٌ من الفقه الفرنسي يطرح تساؤلاً بشأن الالتزام بالتسبيب ،فيما إذا تم رفع هذا

---

١ - يعني هذا المبدأ إن القانون لايمكن تطبيقه إلا إذا كان هناك سبب وجيه لذلك ، فإذا إختفت الأسباب التي أدت الى سن القانون يجب إلغاءه أو تعديله.

2 - FABRE-MAGNAN (Muriel) Pour la reconnaissance obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique, Revue des contrats, nº 2, 1 avril 2004, p. 573,n 2.

٣ - يُنظر بهذا الخصوص

FABRE-MAGNAN .: Droit des obligations. 1. Contrat et,. engagement unilatéral,P,611.

يبدو إنه أمر منطقي أن يقع عبء الاثبات على عاتق الطرف القوي في العقد فمن يملك إنهاء العقد ، وحده يملك وسيلة. إثبات ذلك،. يُنظر :

FABRE-MAGNAN .: Droit des obligations. 1. Contrat et .،engagement unilatéral,P,611.

الالتزام كمبدأ عام فلن يتم الاستعانة به لصالح الطرفين(الطرف الضعيف والقوي في العقد) فهل نطلب مثلا من المستهلك تقديم أسباب قراره بإنهاء العقد أو عدم تجديد عقد الاشتراك في القنوات الفضائية؟ أو عقد هاتفه المحمول؟ أو خدمة الوصول إلى الانترنيت ؟ وهل نتوقع من مستأجر أن يحدد أسباب إنهائه لعقد الايجار؟ وهل يتعين على شركة صغيرة، أن تقدم إلى المؤسسة الأئتمانية ، أو شركة التأمين الخاصة بها أومزود خدمات تكنولوجيا المعلومات أسباباً عن تغيير المتعاقدين معها ؟

كل هذا يصعب تحقيقه إذا أردنا الحفاظ على الحرية التعاقدية وسيولة المعاملات، وقبل هذا سيكون من الضروري تسبيب جميع الخيارات التعاقدية ليس فقط قرارات إنهاء العقد ، ولكن أيضا خيارات انعقاد العقد، التخلي عن المفاوضات، الوعد الانفرادي ، الحق في الإلغاء استمرار التحكيم ، الخيار للدائن في التنفيذ العيني أوفسخ العقد ، التنازل عن حق؟

الإجابة على هذا التساؤل هو سلبي؛ لأن الحق الذي يتمتع به أحد المتعاقدين لايلزم أن يأخذ بعين الاعتبار مصالح المتعاقد الآخر عند إستعماله لهذا الحق وهذه هي حقوق أحادية الجانب ولايمكن للطرف الآخر الاعتراض على ممارستها ، لكن يمكنهم في حدود الحرية التعاقدية تسوية النزاع الذي قد ينشأ عند ممارسة هذا الحق ، وبهذا يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق صراحة أن هذا الامتياز لصاحب الحق سيتم ممارسته وفقا لحسن نية صاحبه دون الحاجة إلى مبرر[1].

وبعد بيان أدلة المعارضين للالتزام بالتسبيب، **السؤال الذي يرد هنا، هل يُمكن لهذه الحجج أن تأخذ مآخذها من إقرار هذا الإلتزام؟** وللإجابة على ذلك نبين الآتي:

إذا كان الإلتزام بالتسبيب وكما يراه المعارضون له يُشكل إنتهاكا للحرية التعاقدية وإن السرية والغموض أمر مطلوب في العلاقات الإنسانية ، فهذا لا يعني بأن يتم الكشف عن الدوافع الشخصية لصاحب التسبيب، وإلى ما يسعى لتحقيقه من أغراض خاصة ، فثمة رأي في الفقه الفرنسي يُشير إلى الحاجة لتحقيق توازن عادل بين الضرورة لتحقيق شفافية القرار المتخذ من ناحية وإلى المحافظة على جزء من السرية من ناحية أخرى،و بتعبير آخر يجب أن يكون التسبيب دقيقا بما فيه الكفاية من أجل أن يؤدي دوره الإعلامي في منع التعسف في الصلاحيات العقدية، لكن دون إفراط والقول بكل شيئ، فهذا من شأنه أن يؤثر سلبا على ممارسة

1 - FAGES (Bertrand): Des motifs de débat, Revue des contrats, LGDJ, n' 2, 1 avril 2004, p. 563,n,4.

هذه الصلاحيات ،ومعنى ذلك إستبعاد الكشف عن الدوافع الشخصية لصاحب التسبيب وإلى ما يسعى لتحقيقه من أغراض خاصة، وأن يقتصر التسبيب على عرض عناصر موضوعية، فعلى من يقع عليه عبء هذا الالتزام تقديم بيانا دقيقا للعناصر الواقعية والقانونية المبررة المقررة للقيام بتنفيذ صلاحياته العقدية[١]، وأما الحجة القائلة بأن إقرار هذا الالتزام يعني دعم فكرة التعسف في إستعمال الحق من خلال إلزام المتعاقد تقديم الأسباب التي تبرر تصرفه للدلالة على عدم التعسف الذي يبدو لنا أنه أمر منطقي أن يقع عبء الإثبات على يمتلك الصلاحيات العقدية لأنه في وضع يسمح له بأن يقدم دليلا على عدم التعسف في إتخاذ القرار وبيان الأسباب الجدية والحقيقية لذلك[٢].

ومن خلال العرض المتقدم ، نُرجح الإتجاه المؤيد للالتزام بالتسبيب في العقد خصوصا مع تطور الممارسات العقدية ، فلا بد من وسائل حمائية ووقائية تحفظ للعقد توازنه، وواحد منها هو الالتزام بالتسبيب عند ممارسة الصلاحيات العقدية بالإرادة المنفردة.

الفرع الثاني

الوسائل البديلة للالتزام بالتسبيب في العقد

إذا كان الالتزام بالتسبيب هو أسلوب جديد للتحكم في سلوك المتعاقدين من خلاله يجعل طرفي العقد يتصرفان بالشكل الذي يحقق الغرض المنشود منه [٣]وإذا كان أحد الأدوات المهمة لضبط التوازن العقدي والتحكم في سلوك الأفراد ، **فهل أصبح وجوده ضرورة في البيئة التعاقدية؟** خصوصا مع وجود وسائل بديلة كمبدأ حسن النية والتعسف في إستعمال الحق والتي تُعد من الحلول التي نصت عليها القواعد القانونية ،لحماية الطرف الضعيف وضبط توازن العقد.

سنتدرج في الإجابة على السؤال من خلال التطرق إلى مبدأ حسن النية ، ونظرية التعسف في استعمال الحق بشيئ من الايجاز.

1- CASSIÈDE (Marc) Les pouvoirs contractuel, étude de droit privateé, Thèse Université de Bordeaux, op. cit.,, p. 595, et.s.

٢ - د. تامر محمد الدمياطي ، مصدر سابق ، ص ١٧٦.

3 - FABRE-MAGNAN (M.): L'obligation de motivation en droit des contrats, op. cit. p.٣٠٥.

وبخصوص مبدأ حسن النية ،يُعد هذا المبدأ من المبادئ الأخلاقية والذي يفرض على المتعاقدين التعاون فيما بينهم ، ويُعد من الأسس التي يقوم عليها العقد ، فالعلاقة بين القانون والأخلاق هي علاقة مباشرة ، فالعديد من القواعد الأخلاقية تحولت إلى قواعد قانونية.

ويُعرّف مبدأ حسن النية لدى الفقه القانوني بأنه (هو أن يقوم المدين ، بتنفيذ التزامه على نحو يطابق نية المتعاقدين عند إبرام العقد ، وبطريقة يتوخى ماقصده الدائن من مصلحة عند التعاقد وأن لايُفوّت مثل هذه المصلحة للدائن ، أو يجعلها أكثر كلفة دون مبرر أو مسوغ قانوني)[١] ويقصد به أيضا(قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون)[٢] وثمة تعريف آخر لمبدأ حسن النية بأنه (إنتفاء الخطأ العمدي ، وإنتفاء الغش وإنتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء نية وانتفاء الخطأ الجسيم)[٣].

أما من جانب الفقه الإسلامي، فعلى الرغم من عدم إستعمال الفقهاء المسلمين هذا المصطلح[٤] إلا إن مضمونه ودوره كان حاضرا فهو أوسع نطاقا وأكثر عمقا على ما هو موجودعليه في الأنظمة القانونية، فإلى جانب دوره في تحقيق المصلحة الشخصية للأطراف فهو يهدف إلى تحقيق المصلحة الشرعية ، ويجعل من كمال إيمان المرء أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه ، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح ،وكذلك النهي عن الضرر والضرار

---

١ - د. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج٢، دار الثقافة ، الاردن ، ٢٠٠٦،ص ٤٠.

٢ - د. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠١٥ ، ص ٤٠.

٣ - د. شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، دراسة في ضوء القوانين والاتفاقيات الدولية ، ط١، دار دجلة ، الاردن ، ٢٠٠٨،ص ١٢٣.

٤ - أشارالفقهاء المسلمين الى تعريف مصطلح النية ، فذهب الأحناف في تعريفهم للنية هي (عزم القلب على شيئ) و شرعا (قصد الطاعة والتقرب الى الله) أما المالكية عرفوا النية هي (قصد المكلف الشيئ المأمور به) وذهب الشافعية في تعريفهم للنية (قصد الشيئ مقترنا بفعله ، فإن قصده وتراخى عنه فهو عزم) وعرفها الحنابلة (عزم القلب) أما الإمامية فقد عرفوا النية بإنها (إرادة إيجاد الفعل على الوجه المامور به شرعا) وسميت النية نية لمقارنتها بالفعل وحلولها بالقلب ، وكذلك هي (إرادة الشيئ والعزم عليه والقصد إليه) فيقال نواك الله بخير ، أي قصدك، ويتبين من خلال هذه التعريفات التي أوردها الفقهاء المسلمين إن النية هي القصد والإرادة . يُنظر: بشأن تعريف النية عند الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة ، دبيان محمد الدبيان ، أحكام الطهارة ، م٩، ط١،مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٤، ص٨٤. وعند الامامية يُنظر :محمد جواد العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج٢،ط١،مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ،١٤١٩ه، ص٢٧٤، وكذلك مرتضى الانصاري ، الطهارة ، ج٢،ط١، مؤسسة الهادي ، قم ، ١٤١٨ه، ص ١٥. و معنى القصد في الاصطلاح بأنه (إنعقاد العزم وتوجهه نحو القيام بعمل من الأعمال خيرا كان أو شرا) فالقصد لفظ عام يدخل فيه قصد الطاعة والمعصية ، وقد جرى الفقهاء على استعمال القصد والنية بمعنى واحد، فمقاصد الشريعة الإسلامية هي العلل التي شرعت الأحكام وحددت الحدود من أجلها، وقد ثبت الدليل العقلي والنقلي أن هذا الحكم هو مصالح العباد في العاجل والآجل. لمزيد من التفصيل يُنظر : عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، إطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، قسم الشريعة الإسلامية ، جامعة المنوفية، ١٩٩٧، ص ٧٦,٧٥.

والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ، فذلك يُعد من أرقى درجات حسن النية تجاه الآخرين[١] فالشريعة الإسلامية أوجبت مراعاة حسن النية في التعاقد [٢] فهذا المبدأ مجاله واسع في الشريعة الإسلامية ، فالالتزام الأخلاقي يحظى بإعتبارخاص غيرموجود في القوانين الوضعية ومخالفته تُعد مخالفة للمقاصد السامية التي يحث عليها التشريع[٣].

ويؤدي مبدأ حسن النية دورا كبيراً ويفترض أن يسود في جميع مراحل العقد(التفاوض الابرام ، التنفيذ) ففي مرحلة التفاوض يعني التزام كل متعاقد بالاخلاص والأمانة والتقيد بما فرضه هذا المبدأ في هذه المرحلة من التزام بالاعلام والالتزام بالسرية، وكذلك في مرحلة إبرام العقد يظهر دور هذا المبدأ من خلال عيوب الإرادة والذي يعني أن يلتزم المتعاقد بالاخلاص والأمانة من خلال الإدلاء بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد ، والتي تُعد لازمة لرضائه دون أن يترتب عليه وقوع أحد المتعاقدين في إكراه أو غلط أو تدليس أو إستغلال ، أما مرحلة تنفيذ العقد فيعني ضرورة الامتناع عن أي سلوك سيئ النية والسعي إلى التعاون في أداء الالتزامات التي تنشئ عن العقد بإستقامة وأمانة[٤].

وقد أقرت أغلب التشريعات هذا المبدأ ضمن قوانينها المدنية،وهذا ما فعله مشرعنا المدني إذ نص على أنه (١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية ٢- ولايقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)[٥] وهو كذلك موقف المشرع المصري [٦].

---

١ - د. خديجة عبد الله أحمد ، مبدأ حسن النية في المعاملات ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، القاهرة ، العدد ، الثامن والثلاثون ، ٢٠٢١، ص ٤٢٠.

٢ - العديد من الآيات القرآنية يستدل بها على مفهوم حسن النية في القرآن الكريم منها قوله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) سورة النساء آية رقم ٥٨ ، وقوله تعالى (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا) سورة الإسراء آية ٣٤، وقوله تعالى (وأوفوا الكيل والميزان بالقسط) سورة الأنعام آية ١٥٢.

٣ - د. شيرزاد عزيز سليمان ، مصدر سابق ، ص ٣٢,٣١.

٤ - د. محمد ربيع أنور فتح الباب،أثر مبدأ حسن النية في إنهاء عقود المدة ، دراسة تحليلية مقارنة ، بحث منشور في المجلة القانونية،كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد(١) ،المجلد(١١)،٢٠٢٢، ص١٧٤وما بعدها.

٥ - المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي .

٦ - تنص المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري، على أنه (١ - يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه؛ ولكن يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)

أما موقف المشرع الفرنسي بعد تعديل القانون المدني عام ٢٠١٦ أشار إلى مبدأ حسن النية وفرضه في جميع مراحل العقد من تفاوض وإبرام وتنفيذ وعد ذلك من النظام العام [١].

فمبدأ حسن النية وإن كان قاعدة أخلاقية ،إلا أنه تحول إلى قاعدة قانونية ملزمة توجب تنفيذ العقد وتفسيره بحسن نية وكذلك الّمَ القضاء بمنع التعسف في إستعمال الحق؛ لتجاوز حسن النية كونه مبدأً عاماً يتسع لمختلف المعاملات القانونية ويشمل العديد من النظريات السائدة والتي منها نظرية التعسف في استعمال الحق [٢] فهذه النظرية التي عرفها الرومان ومنها انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم ، وكان للقضاء والفقه الفرنسي دور في إحياء هذه النظرية كذلك تشبع بها الفقه الإسلامي [٣] فقد سبق للفقه الإسلامي بتبني هذه النظرية؛ ليجعل نوع من التوازن بين الحقوق فالحرية التي منحها الشارع للفرد لايجب أن تطغى على حساب الآخر، وقد وردت العديد من التطبيقات لهذه النظرية في المذاهب الإسلامية فقد طبق الجعفرية والحنابلة و الأحناف هذه النظرية على حق الملكية من خلال منع المالك من إستعمال حقه بقصد الإضرار بالغير ،والمالكية أشاروا إليها من خلال منع سماع الدعاوى الكيدية ، وكذلك الشافعية من قال منهم بعدم جواز قيام المالك بالاضرار بغيره في حال ظهر منه قصد الفساد أما الزيدية فقد حرموا مراجعة الزوجة إضرارا بها وعلل الأباضية بأن المبتوتة تستحق الميراث لأن الزوج قد طبقها إضرارا بها[٤] فالفقه الإسلامي بنيت أحكامه على مبادئ أخلاقية دون أن تفصلها عن القيم الدينية ونتج عن ذلك مبادئ قانونية لاشبيه لها

---

١ - نصت المادة (١١٠٤) من القانون المدني الفرنسي (يجب التفاوص على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية ويُعد هذا الحكم من النظام العام).

٢ - فاطمة الزهراء زيتوني ، مبدأ حسن النية في العقود ، دراسة مقارنة ، إطروحة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر،٢٠١٨، ص ٣.

٣ - ولم تسلم النظرية من خصوم ، ومن الذين انتقدوا هذه النظرية هو الفقيه الفرنسي بلانيول، إذ ذهب إلى أن التعسف في استعمال الحق هو خروج عن الحق ، ويقول في ذلك : (ينتهى الحق حيث يبدأ التعسف) ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف في استعمال حق ما ، لسبب هو أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون في وقت واحد متفقاً مع القانون ومخالفاً له ، وظاهر أن هذا النقد شكلي، ويرد أنصار هذه النظرية على نقد بلانيول بأن هناك نوعين من الخروج عن الحق، خروج صريح عن حدود الحق وخروج عن الحق بالتعسف في استعماله . ولا يعترض بلانيول على امتداد المسؤولية إلى هذا النوع الثاني ، وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاً في استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق ، لأن التعسف في رأيه هو خروج عن حدود الحق ، فالفرق في التسمية لا في الحكم ، فالعمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفا له ،لكن هناك من يخالف هذا الرأي ويذهب الى التفرقة بين الخروج عن الحق والتعسف في استعمال الحق ، فالخروج عن الحق هو خروج عن حدود الحق وتجاوز لسلطاته ، أما التعسف في استعمال الحق فهو انحراف مباشرة سلطة من السلطات الداخلة في حدود الحق . يُنظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام ،مصدر سابق ، ص ٨٥٣ وما بعدها. وكذلك د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص٢٤١.

٤ - محمد تقي الحكيم ، القواعد العامة في الفقه المقارن ، قواعد الضرر والحرج والنية نموذجا، ط١، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ، مطبعة نكار، طهران ، إيران ، ٢٠٠٨ ، ص ١٤٨.

في القانون الروماني [١]واستمدت أغلب القوانين العربية هذه النظرية من الفقه الإسلامي، ومنها المشرع العراقي وأشار إلى من يستعمل حقه إستعمالاً غير جائز وذكر حالاته، وكذلك هو موقف المشرع المصري والقوانين العربية الأخرى[٢] وتتلخص هذه الضوابط الثلاثة بما يأتي:-

١- قصد الضرر بالغير.

فإذا ثبت أن صاحب الحق قصد بإستعماله لحقه ضرر الغير يتحمل مسؤولية فعله الضار، وهذا الضابط يعتد بمعيار نفسي هو قصد الضرر، وعلى المتضرر إثبات إن الفاعل قصد الاضرار به ، ويُعد عدم وجود المصلحة أو تفاهتها قرينة على قصد الاضرار[٣].

٢- المصلحة قليلة الأهمية عن الضرر الذي يصيب الغير .

فإذا كانت المصلحة قليلة الأهمية بالنسبة إلى الضرر الذي يصيب الغير من جراء استعمال الحق فإن ذلك يضع صاحب الحق تحت طائلة المسؤولية ، وهذا الضابط لايعتد بالباعث النفسي، فهو معيار موضوعي ، فهذه الصورة تأتي من باب الموازنة بين المصلحة

---

١ - يرى الفقيه بوسكيه (Bousquet) بأنه صعوبة الحديث عن قانون إسلامي لأن مفهوم القانون لم يكن واضحا في ذهن الفقهاء المسلمين خاصة أنهم يرون أن القواعد الدينية هي التي يجب أن تحكم الجماعة الإسلامية ، فكل فعل سواء أكان متعلقا بالمعاملات أو الشعائر يجب أن يتحلى بالمبادئ الخلقية والدينية على حد سواء ، وهذا أمر يتعارض بشدة مع روح القانون الروماني الذي يفصل بين القانون والدين الأمر الذي يرفضه الفقهاء المسلمين لأنه يتعارض وجوهر نظامهم ، ويذهب بوسكيه إلى القول باختلاف الفقه الإسلامي عن القانون الروماني من حيث طرح الأول للمسائل الفقهية المفترضة والتخيلية ، والبحث عن حلول لها مع إثرائها بالمناقشات، أما بالنسبة إلى اللغة الفقهية الإسلامية فإنه لا يكاد يوجد لفظ واحد مستعار من اللاتينية أو الإغريقية في جميع القاموس الضخم للفقه الإسلامي ، كما أنه لا يوجد في الأدب الفقهي الإسلامي أدنى ذكر لمصدر روماني علمي ، وهذا وحده ينفي فكرة كل استعارة مباشرة أو مقصودة من القانون الروماني. لمزيد من التفصيل يُنظر : د. ساسي سالم الحاج ، نقد الخطاب الاستشراقي ، الظاهرة الاستشراقية وأثرها في الدراسات الاسلامية، ج٢،ط١، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ، ليبيا ، ٢٠٠٢، ص ٤٧٦.

٢ - نصت المادة (٧) من القانون المدني العراقي بأنه(١ – من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان.٢ – ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية: ا – اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير.ب – اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج – إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة) وهو كذلك موقف المشرع المصري في نص المادة (٥) من القانون المدني المصري وذكر الأحوال الثلاث المشار إليها أعلاه، وهو أيضا موقف القوانين المدنية العربية الأخرى (المادة ٦٦/اردني) و (المادة ١٠٦/اماراتي) و (٦٢/قطري) و (٢٨/بحريني) و(المادة ٦/سوري)

٣ - كمن يبنى جداراعاليا أو يزرع أشجارا باسقة ،ولا يكون له من قصد سوى حجب النورعن جاره. للتفصيل يُنظر : د. أحمد حشمت أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص ٤٣٣. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ص ٢٣١. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام ،مصدر سابق ص ٨٤٤.

التي يهدف إليها صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير من وراء إستعمال الحق فإذا زاد الضرر على المصلحة وانعدم التوازن وجبت المسؤولية [١].

٣- عدم مشروعية المصلحة التي يهدف صاحب الحق إلى تحقيقها

وهذا معيار موضوعي يخضع لرقابة القضاء، ففي قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه (إذا كان الثابت ، إن المطعون عليه قد انقطع عن العمل وأرسلت له الطاعنة إنذار كتابي ومن ثم أعقبته بخطاب الفصل ، فإن الحكم المطعون فيه إعتبر فصل المطعون عليه تعسفيا وقضى بتعويضه إستناداً على إن غيابه عن العمل كان بعذر قهري بسبب المرض ولم يقطع في أسبابه بأن الطاعنة أتصل علمها بهذا المرض قبل أن تستعمل حقها المقرر قانونا في فسخ العقد بالارادة المنفردة ، وبهذا يكون الحكم معيبا بالقصور ويتوجب نقضه)[٢] .

وتجدر الإشارة إن لنظرية التعسف في استعمال الحق تطبيقات في العقد وقد أشار إليها المشرع المدني العراقي والمصري في إطار عقد العمل في حالة فسخ العقد بشكل تعسفي[٣] وكذلك بالنسبة للتصرفات المالية التي يبرمها ناقص الاهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لايمكن للمتعاقد الآخر كشفه فطلب ناقص الأهلية بإبطال العقد يكون متعسفا وجزاء التعسف هو لمنع وقوع الضرر بالمتعاقد الآخر[٤].

---

١ - من التطبيقات لهذه الصورة مانصت عليه المادة ١٠٩٢/ف٢ من القانون المدني العراقي (٢ – ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط.) وكذلك المادة(١٢٨٤) والتي نصت على أنه (لصاحب العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه، اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، ولم تبق له غير فائدة محددة لا تتناسب مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به) يُنظر بهذا الخصوص، د. حسن علي ذنون ،اصول الالتزام، مصدر سابق ، ص ٢٦٤. ونرى إن ماورد في نص المادتين المذكورتين هو التزام ضمني بالتسبيب ففي الفقرة (٢) من نص المادة ١٠٩٢ لايجوز لمالك الحائط هدمه إلا في حال وجود مبررات وأسباب يتطلب بيانها وتكون كافية لإثبات إن هدم الحائط لايلحق ضررا بالجار المستتر به ، وكذلك هو الأمر بالنسب لزوال فائدة حق الارتفاق أن يبين صاحب العقار المرتفق به المبررات والأسباب التي أدت الى زوال منفعة العقار المرتفق، كعدم وجود حاجة فعلية للعقار المرتفق لوجود بدائل أخرى تحقق نفس الفائدة ، أوأنه أصبح عديم الفائدة ، فحتى يتمكن القاضي من فهم الظروف وتقدير تأثيرها على العقار المرتفق به ، فإنه يقتضي التزام صاحب العقار المرتفق به بيان هذه الأسباب والمبررات.

٢ - قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١١٥٧) في ١٩٨١/١٢/٢٨، أشار اليه القاضي إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء ، ط١، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ،٢٠٠٠، ص ٦٨.

٣ - نصت المادة (٢/٩١٨) من القانون المدني العراقي على إنه (وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الاخر، فضلا عن التعويض الذي يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الانذار بإنهاء التعاقد الحق في التعويض عما أصابه من ضرر) ويقابلها نص المادة ٦٩٥ من القانون المدني المصري .

٤ - يُنظر : د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام ،مصدر سابق، ص ٨٥٢ . وتنص المادة (١١) من القانون المدني المصري على انه (الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ، ومع ذلك التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان احد الطرفين أجنبياً، ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع ، الى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب ، لايؤثر في أهليته) ويقابلها نص (٢/١٨) من القانون المدني العراقي.

وبعد تسليط الضوء بشكل موجز على مبدأ حسن النية، ونظرية التعسف في استعمال الحق بأعتبارهما من الأفكار الراسخة في أغلب القوانين المدنية ، وما يقومان به من دور في تنظيم العلاقات العقدية ،وحماية حقوق المتعاقدين، وبإعتبارهما من الأدوات التي يستند عليها الفقه والقضاء لضمان تطبيق العقد بشكل عادل ، وعدم إستغلال الحق والسلطة الانفرادية لأحد المتعاقدين بطرق غير مشروعة، **هل تكمن ضرورة لوجود الالتزام بالتسبيب في البيئة التعاقدية؟ أم إن دوره ينصهر ضمن نظرية التعسف في استعمال الحق و مبدأ حسن النية بأعتباره ركيزة أساسية للعديد من الالتزامات كالالتزام بالاعلام والتعاون والضمان؟**

نستطيع الإجابة عن السؤال المتقدم (إن تسبيب التصرفات التعاقدية أصبحت ضرورة لا بد من العمل بها في البيئة العقدية) وإستكمالا للإجابة نقدم المبررات الآتية :-

أ- إن العقد من الوسائل القانونية التي يلجأ اليها الأفراد لحماية حقوقهم وتنفيذ التزاماتهم، فلا بد من التعديل التشريعي لمبادئه التي مر عليها مدة من الزمن، والتي لم تعد تواكب العديد من المعاملات العقدية فالتحول الاقتصادي وتأثيره في تغيير معالم نظرية العقد من شأنه أن ينعكس على المتعاقدين، ويخل بتوازن المراكز العقدية مما يتطلب من المشرع أن يتدخل بالتنظيم التشريعي من أجل تجنب الممارسات التعسفية.

ب- على الرغم من إن مبدأ حسن النية يُعد من الركائز الأساسية في العقد من حيث ضمان تنفيذه واستمراه إلا أنه لا يمكن الركون اليه فقط ، فالنية المقصود بها هي النية الحقيقية وفي حال بقيت النية كامنة في النفس ، ولم يتم الإفصاح عنها فلا يكون لها أي أثر قانوني، فالنية لاحاجة لإظهارها فطبيعتها ذاتية بحتة نابعة من داخل الإنسان يصعب التعرف عليها ، أما الإرادة وإن كانت ظاهرة نفسية إلا إنه يجب إظهارها للعالم الخارجي ؛ ليترتب عليها آثار قانونية[1] ،والالتزام بالتسبيب بما إنه المقصود منه الإبلاغ بالأسباب التي دفعت المتعاقد لمباشرة تصرف معين صادر بالارادة المنفردة فهذا يعني الاستغناء عن البحث في نوايا المتعاقدين الكامنة والتحول من مرحلة البحث عن النية إلى مرحلة مراجعة وتقدير الأسباب والمبررات .

ج- إن مبدأ حسن النية يختلط مع الكثير من الأوضاع القانونية ، ويتقاطع معها مثل نظرية التعسف في استعمال الحق ، والنظام العام ، والآداب، والغش والخطأ الجسيم والأوضاع الظاهرة ، إضافة إن القانون قد ترك للقضاء حرية كاملة في تقدير هذا المبدأ والكشف عنه

١ - لمزيد من التفصيل يُنظر: عبد الحليم عبد اللطيف القويني، مصدر سابق ، ص٥٧. د. شيرزاد عزيز سليمان، مصدرسابق ، ص ١٣٦.

مما سبب إهمالاً إلى المبادئ القانونية المستقرة مثل مبدأ سلطان الإرادة [١]،والذي يشكل رمزا لقانون العقود من خلال حكمه للعلاقة العقدية في جميع مراحلها ، أما الالتزام بالتسبيب فتطبيقه لايؤدي إلى إهمال هذه المبادئ كما هو الحال في تحديد الثمن بالارادة المنفردة في عقد البيع الاطاري مع فرض الالتزام بالتسبيب، ففرض الالتزام بالتسبيب لايتعارض مع إستخدام الصلاحيات الانفرادية لكن بشرط أن تكون مبررة ، فهو بذلك يحقق غايتين من عدم إهداره للمبادئ المستقرة قانونا وكذلك دوره بضبط التوازن العقدي من خلال فرض هذا الالتزام [٢].

د- فيما يتعلق بإساءة استعمال الحق ، فإن الانتقال من إساءة استعمال الحق إلى الالتزام بالتسبيب يعكس انقلاب في المبدأ، فعندما يكون الحق مقيدا فقط بإساءة استعمالهِ، هذا يعني إن الشخص حر في استعماله الا في بعض الاستثناءات بينما في الالتزام بالتسبيب، يعني إن استعمال الحق محدود الا في الظروف والفرضيات المنصوص عليها قانونا، وعليه فإن وجود الالتزام بالتسبيب يكون أضيق نطاقا فهو يكشف إن الحق لايمكن استعماله الا لهدف معين ووجود مبررات معينة يتطلب توضيحها، وبهذا يكون للالتزام بالتسبيب مراقبة أكثر شمولاً من إساءة استعمال الحق [٣].

ه- فيما يخص المعايير الثلاثة لنظرية التعسف في إستعمال الحق نجد إن المعيارالأول (قصد الإضرار) هو معيار نفسي، والذي ينبغي على المتضرر اثباته أو يستخلص القضاء هذه النية في حال إنعدام كل مصلحة من استعمال الحق [٤]،والمعياران الآخران موضوعيان يعطيان للقضاء سلطة تقديرية في رقابة استعمال الحق[٥]بينما الالتزام بالتسبيب يُجنب السلطة التقديرية للقاضي من خلال الحكم على صحة المبررات والأسباب المقدمة فممارسة الحقوق يجب أن

---

١ - د. نوري حمد خاطر ، وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الاماراتي ،دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد (١) السنة الخامسة ، ٢٠١٧، ص ٤٢.

٢ - بشأن تحديد الثمن بالارادة المنفردة لأحد المتعاقدين يُنظرنص المادة ١١٦٤ من القانون المدني الفرنسي.

3 - FABRE-MAGNAN (M.): L'obligation de motivation en droit des contrats, op. cit. p.٣٢٤, p.326 .

٤ - عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص ٢٣١.

٥ - محمد طه البشير، د.غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ،المكتبة القانونية ، بغداد،٢٠١٧، ص ٩٢.

تخضع لقاعدة أخلاقية ، وإذا لم يكن للقاضي فكرة عن هذه القاعدة فلا يمكنه تقدير فيما إذا كان يوجد سوء استعمال للحق [١].

من خلال العرض المتقدم ، نرى ضرورة الحاجة لوجود مثل هذا الالتزام في التشريعات المدنية ومنها القانون المدني العراقي بشكل صريح فالوسائل التقليدية الراسخة في نظرية العقد لم تعد تواكب تطور تقنيات التعاقد والتفاوت المعرفي بين المتعاقدين ،فالتوازن العقدي له دور وأهمية كبيرة في الحفاظ على ثبات المعاملات العقدية، وتقليل الخصومات القضائية، وحماية المتعاقد الضعيف، وهذا يتطلب وجود اليات تصحيحية تسد الفراغ التشريعي الذي تعاني منه القواعد العامة[٢]، وتتطلبها طبيعة العقد والقواعد الأخلاقية وواحد من هذه الالتزامات هو الالتزام بالتسبيب في العقد ، والذي يعتبر أحد الآليات الوقائية لتحقيق التوازن العقدي ومواجهة سلطة المتعاقد القانونية والاقتصادية عن طريق إلزام المتعاقد بتقديم المبررات والأسباب الواقعية التي تدفعه إلى القيام بتصرف عقدي صادربالارادة المنفردة.

المطلب الثاني

الموقف التشريعي والقضائي من الالتزام بالتسبيب في العقد

على الرغم من الانتقادات الفقهية للالتزام بالتسبيب والتي صمد في مواجهتها ، يُثير الموقف التشريعي والقضائي جدلا وإختلافا بشأنه ، وخصوصا في الأحكام القضائية، إذ تباينت الأحكام القضائية في الآخذ بالالتزام بالتسبيب، إذ ذهبت بعض أحكام القضاء إلى تطبيق الالتزام بالتسبيب، وأخرى إلى عدم الآخذ به، وهذا الاختلاف والإشكال في الموقف القضائي من الالتزام بالتسبيب ، هو أمر طبيعي كونها فكرة في طور التكوّن القانوني، ولحداثة هذا الالتزام في البيئة التعاقدية، وبغية الإحاطة بما تقدم، سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نخصص الفرع

---

١ -عبد الجبار ناجي صالح ، مبدأحسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٧٢، ص ١٧٩.

٢ - لم يعرف المشرع العراقي مبدأ حسن النية إلا في مرحلة تنفيذ العقد ، وهو الأمر كذلك بالنسبة للمشرع المصري، ينظر المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري ، خلاف قوانين مدنية أخرى كالقانون المدني لمقاطعة كيبيك (Quebec) في كندا إذ نصت المادة (١٣٧٥) منه على إنه (يجب على الاطراف التصرف بحسن نية في وقت نشوء الالتزام ووقت تنفيذه وإنهائه) والنص باللغة الانكليزية.

وكذلك القانون الامريكي، فقد أقر قانون العقود الامريكي مبدأ حسن النية كمبدأ عام يجب الالتزام به في تكوين العقد وتنفيذه وخاصة بعد صدور القانون التجاري الموحد الذي فرض حسن النية في جميع المعاملات التي تتم وفقا له . يُنظر بهذا الخصوص :د. محمد ربيع أنور فتح الباب ، مصدر سابق ، ص ص١٧٦,١٧٧، وكذلك علاء حسين الجوعاني ، مبدأ حسن النية في تكوين العقود ، دراسة قانونية مقارنة ، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٢، ص ١٧.

الأول منه للموقف التشريعي من الالتزام بالتسبيب في العقد ونبين في الفرع الثاني الموقف القضائي من هذا الالتزام.

الفرع الأول

الموقف التشريعي من الالتزام بالتسبيب في العقد

تباينت مواقف التشريعات المدنية من فرض الالتزام بالتسبيب في التصرفات الصادرة بالارادة المنفردة، وقد المحنا القول سابقا إن التسبيب من الأفكار الراسخة في القانون الاجرائي فتسبيب الأحكام القضائية من المبادئ الإجرائية العامة ، لكن هذه الفكرة ليست مقتصرة أو حصرا على القوانين الإجرائية ، فالقانون الموضوعي هو أيضا يعرف التسبيب وإن ضاق نطاقه وإختلف مدلوله [١] و تعددت النصوص التشريعية التي تفرض تسبيب التصرفات القانونية الصادرة بالارادة المنفردة وخصوصا تللك المتعلقة بإنهاء العقد وكانت بدايتها في القوانين الخاصة ويمكن أن نستمد الالهام في فرض الالتزام بالتسبيب من الأحكام المنصوص عليها في العقود الخاصة كما هو الحال عقد العمل إذ فرض قانون العمل الفرنسي الصادر في ١٣ يوليو ١٩٧٣ قبل التعديل على صاحب العمل أن يستند قراره في فصل العامل الى سبب حقيقي ويعود تقديره للقاضي [٢].

وكذلك ما أشارت إليه المادة ١٥ /١ من قانون عقد الايجار السكني الفرنسي الصادر في ٦ يوليو ١٩٨٩ بقيام المؤجر في حالة قيامه بإنهاء عقد الايجار التقيد بالأسباب المحددة بموجب القانون ، وكذلك ما أشارت إليه لائحة المفوضية الاوربية رقم (١٤٠٠/٢٠٠٢) المؤرخة ٣١ يوليو ٢٠٠٢ في المادة (٣) و (٤) بشان إنهاء عقد توزيع السيارات أن يوضح المورد الأسباب الموضوعية التي تبرر قراره [٣] ، وقد تضمنت المادة (l1232-6) من قانون العمل الفرنسي بأنه في حال قرار صاحب العمل بفصل العامل أن يبلغه بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ويتضمن بيان السبب أو الأسباب التي يستند عليها صاحب العمل [٤] أما بالنسبة للمشرع

---

١ - د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالارادة المنفردة ، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعات الحديثة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٦، ص ١٨٧.

2 - FABRE-MAGNAN (Muriel): Pour la reconnaissance obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique, Revue des contrats, op. cit.,p573,n2.

3 - REVET (Th.): L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, op. cit., p. 579, n"2.

٤ - المعدلة بالمادة (١١) من القانون رقم ٢١٧ لسنة ٢٠١٨ الفرنسي الصادر في ٢٩ مارس ٢٠١٨.

المصري فقد اشارت المادة (١١٠) من قانون العمل المصري بعدم الجواز لصاحب العمل بإنهاء عقد العمل غير محدد المدة، إلا في حدود ماورد في المادة (٦٩) من القانون وكذلك أوجبت ذلك بالنسبة للعامل أن يستند في إنهاء العقد الى مبرر مشروع [١].

وقد أشار المشرع العراقي الى الالتزام بالتسبيب في المادة (١/٩٢٢) من القانون المدني العراقي بشأن عقد العمل والتي نصت على أنه **(** يجوز لكل من المتعاقدين عند قيام أسباب مبررة فسخ عقد العمل قبل إنقصاء المدة المتفق عليها ، ودون مراعاة مواعيد الإنذار من غير أن يحكم عليه بتعويض ما **)**،فالاصل عدم جواز فسخ العقد من قبل الطرفين قبل انتهاء مدته لكن الجواز في حالة وجود أسباب مبررة ، وبهذا يوجب النص الالتزام بالتسبيب في حالة فسخ العقد قبل إنتهاء مدته من قبل أحد الطرفين [٢].

وقد كان الظهور الحقيقي للالتزام بالتسبيب عندما نظمه المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون العقود عام ٢٠١٦ عندما أشار اليه في بعض النصوص القانونية ، كما في حالة فسخ العقد بالارادة المنفردة والتي اوجبت على المتعاقد في حال قيامه بفسخ العقد بالارادة المنفردة إخطار المتعاقد الآخر بالقرار وبالاسباب التي تبرره ، وكذلك في حالة تحديد الثمن بالارادة المنفردة في عقود الاطار وعقود أداء الخدمات[٣].

ونُلاحظ أن أغلب النصوص القانونية وحتى أحكام القضاء التي سيرد ذكرها تشير الى مصطلح **التبرير، والسؤال الذي يَرد هنا،هل التبرير هو نفسه التسبيب ؟**

يمكننا أن نلمس الإجابة على هذا التساؤل من خلال مايذهب إليه الفقيه الفرنسي(Laurent AYNES) لوران أينز، إذ يرى بأن هناك فرقا بين التسبيب والتبرير، فالتبريريتضمن حكما على العلاقة بين القرار وسببه، فهذا القرار قد يكون متوافقا مع القانون أوالعقل أو العدل وقد لايكون متوافقا معه ، فهو يتضمن رأي القائم بالحكم ، أما التسبيب فهو توضيح لأسباب القرار وإبلاغ الطرف الآخر به، فالتسبيب يعني التحدث والشرح للمتلقي وليس بالضرورة أن يكون موافقا مع وجة نظر الذي يوضح التسبيب لكن بلاشك إن التسبيب يسهل التبرير[٤].

---

١ - ينظر : المادة(١١٠) من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ المعدل بموجب القانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٨.وسنبين التطبيقات العملية للالتزام بالتسبيب بشكل مفصل في الفصل الثاني.

٢ - المادة(٩٢٢) من القانون المدني العراقي . وكذلك مانصت عليه المادة(٦٥٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر بتاريخ ١٩٣٢/٣/٩ المعدل بأنه (إذا كان فسخ العقد صادرا عن رب العمل ولم يكن مسببا عن مخالفات لموجب العقد أو خطأ ارتكبه الأجير يستحق عند ذلك لهذا الأجير تعويض ...).

٣ - ينظر المواد(١٢٢٦,١١٦٤، ١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي .

4 - Nicolas Leblond: op. cit.,p7. ، AYNÈS (Laurent), op.cit, p555. n ,1

بينما ذهب رأي آخر من الفقه الفرنسي خلاف ذلك، فالتبرير هو أحد مكونات التسبيب وعنصر من عناصره، فالتسبيب هو علاقة الفعل بالأسباب التي تفسره أو تبرره فالتسبيب يعني تبرير الأسباب وإن التمييز الذي أبداه الفقيه (Laurent AYNES) لوران أينزهو مثير للدهشة عند ملاحظة الأهداف التي تنسب الى التسبيب[١].

ونؤيد ماذهب اليه الاتجاه الثاني، ولاحاجة لنا بهذا التمييز فالتسبيب الذي يقدمه أحد المتعاقدين هو في الواقع تبرير، فعلى سبيل المثال لو قدم أحد المتعاقدين أسبابا للثمن الذي وضعه بإرادته المنفردة وبإتفاق المتعاقدين فهو يحاول الاقناع بإن الثمن الذي وضعه يستند الى معايير معينة فهو يعتقد إن هذا الثمن هو ثمن مبرر ، فليس هناك فرق جوهري بين التسبيب والتبرير ، وعليه إن هذا التمييز لا ضرورة له .

وكذلك نطرح سؤالا ونتدرج في الإجابة عنه ، هل الالتزام بالتسبيب يستلزم فرضه في جميع التصرفات التي تصدر من المتعاقد بالارادة المنفردة ممن يمتلك صلاحيات عقدية ؟

إذا ما قلنا إن الالتزام بالتسبيب هو قيد على إرادة المتعاقد في حال قيامه بتصرف معين بإرادته المنفردة فإنه يستلزم منه تبرير هذا التصرف ، وأصبح وجوده ضرورة نتيجة ظهور علاقات عقدية تتسم بعدم التوازن بين طرفيها ، فالعقد وفق المفهوم الشخصي رابطة بين طرفين دائن ومدين فهو رابطة شخصية بينهما[٢] وحتى تحقق هذه الرابطة أهدافها فلا بد من التعاون على تنفيذها على إعتبار ذلك من متطلبات حسن النية في العقد ومن مستلزمات هذا التعاون الإقرار بحق إجراء بعض التصرفات الانفرادية طالما لاتسبب ضرر[٣].

وعلى سبيل المثال لايستلزم فرض الالتزام بالتسبيب في عقد الرهن في حال التنازل من قبل الدائن المرتهن عن حق الرهن التأميني فالمادة (١٣١٨) من القانون المدني العراقي أجازت تنازل الدائن المرتهن عن الرهن التأميني ، وكما يمكنه أن يتنازل عن حقه في الدين ، فينقضي بذلك الرهن التأميني بالتنازل عنه بصفة أصلية ويمكن أن يكون هذا التنازل صريحا أو ضمنيا

1 - NICOLLE (Marie): Essai sur le droit au crédit, Thèse, université Paris Descartes, 2014, p167, marge 671.

٢ - د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٨.

٣ - د. حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، ط١ ، القاهرة ، ١٩٤٩، ص ٥٣.

ويشترط بأن يكون للمتنازل أهلية التصرف في العقارات [١] فعدم الحاجة الى فرض الالتزام بالتسبيب في حال التنازل عن الرهن من قبل الدائن المرتهن يظهر من خلال إن من خصائص عقد الرهن التاميني كونه من العقود الملزمة لجانب واحد، فالمدين الراهن هو من يلتزم به بالإضافة الى أنه من عقود الضمان ،الغرض منه الحصول على مبلغ الدين من ثمن المرهون في حالة عدم التمكن من استيفاؤه من الراهن [٢] وفي حالة تنازل الدائن المرتهن عن الرهن فمن غير المعقول حصول الضرر للراهن بل يُعد عملا نافعا بالنسبة له كونه يخلص عقاره من الرهن ، وكذلك هو الأمر بالنسبة للرهن الحيازي[٣].

كذلك يبدو إن الالتزام بالتسبيب غير مطلوب في عقد القرض[٤] بدون فائدة في حالة قيام المقترض بإلغاء القرض بدون فائدة بإرادته المنفردة من خلال رد المثل الى المقرض فالأصل في عقد القرض هو من عقود التبرع ، فالفائدة غير واجبة على المقترض إلا في حالة الاتفاق بين المقرض والمقترض[٥] وهذا ما نص عليه مشرعنا المدني العراقي في نص المادة (١/٦٩٢) بأنه (لاتجب الفائدة في القرض، إلا إذا اشترطت في العقد)[٦].

وبما إن عقد القرض يُعد من عقود التبرع إذا كان من غير فائدة ، فهو معقود لصالح المقترض وبإمكانه رد القرض قبل حلول الآجل وإلغاء العقد دون أن يسبب ضرر للمقرض فتصرفه لايوجب التسبيب.

---

١ - محمد طه البشير، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية التبعية ، ج٢، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٧،ص، ١٦٦,١٦٧. وتنص المادة (١٣١٨) من القانون المدني العراقي على إنه (يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التأميني دون الدين)
أما بالنسبة للقانون المصري فالمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد نص في المادة (١٥٠٧) المحذوفة بأنه (يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي صراحة أو ضمنا ، وفي كل الأحوال لايجوز للدائن أن يتنازل عن الرهن إذا لم تتوفر فيه الأهلية ، في إبراء ذمة المدين من الدين) وجاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري فيما يتعلق بهذا النص بأنه ينقضي حق الرهن بطريقة أصلية أيضا بالتنازل ممن لديه أهلية التنازل عن نفس الدين. يُنظر: د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ،ج١٠ ، دار إحياء التراث بيروت ، لبنان، بلا سنة نشر ،ص ٦٤٣.
٢ - .محمد طه البشير ، د.غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٩.
٣ - يُنظر المواد (١٣٤٩) من القانون المدني العراقي والمادة (١١١٣) من القانون المدني المصري .
٤ - عرفت المادة (٦٨٤) من القانون المدني العراقي عقد القرض هو (أن يدفع شخص لأخر عينا معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها) ، كما عرفته المادة (٥٣٨) من القانون المدني المصري بأنه (عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيئ مثلي آخر على ان يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته).
٥ - د.عبد الزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٥ ، م٢، دار إحياء التراث بيروت ، لبنان ، ص ٤٣٣.
٦ - وهو موقف القانون المدني المصري في نص المادة (٥٤٢) والتي نصت على إنه (فإذا لم يكن هناك إتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر)

ويمكن كذلك عدم تصور التسبيب في حال زيادة المشتري في الثمن أو تنزيل البائع من الثمن بإرادته المنفردة ، كذلك في حال إن أبرأ البائع المشتري من الثمن قبل القبض بإرادته المنفردة ، فلا ضرورة للتسبيب لأنه جاء في مصلحة الطرفين مصلحة البائع في حال زيادة المشتري الثمن ، ومصلحة المشتري في حال تنقيص الثمن او إبراءه منه [١].

وأيضا يبدو التسبيب غير مطلوب في حالة التنازل عن الأجل الواقف فيجوز إقتران العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد أو انقضاءه، وإذا كان هذا الأجل لمصلحة أحد الطرفين يجوز له أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة [٢] والأصل إن الأجل هو مقرر لمصلحة المدين إلا إذا تبين العكس من ظروف التعاقد أو طبيعة العقد أو نص القانون [٣] فيمكن لأحد المتعاقدين الذي تقرر الأجل لمصلحته أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة[٤] فمثلا إذا كان الثمن مؤجلا في عقد البيع وقام المشتري بدفع الثمن قبل حلول الأجل، فتنازل المشتري عن الأجل المقرر لمصلحته أيضا في مصلحة البائع في الحصول على الثمن ، وكذلك الحال بالنسبة في التنازل عن الأجل الفاسخ وكان التنازل لايضر بمصلحة المتعاقد الآخر[٥] .

---

١ - تنص المادة (٥٢٩) من القانون المدني العراقي على إنه (١ – زيادة المشتري في الثمن وتنزيل البائع من الثمن أو زيادته في المبيع بعد العقد، يصح وتلتحق الزيادة والتنزيل بأصل العقد....٣ – وللبائع أن يحط جميع الثمن قبل القبض، لكن لا يلحق هذا الحط بأصل العقد، فلو أبرأ البائع المشتري من جميع الثمن وأخذ الشفيع المبيع وجب أن ياخذه بالثمن المسمى) وهذه النصوص مستسقاة من مجلة الأحكام العدلية من المواد ٢٥٤، ٢٥٧، ٢٦١ وبخصوص البائع بعد تمام العقد وقبل قبض ثمن المبيع وبعد قبضه جميعه أو بعضه يجوز له أن يحط ثمن المبيع دفعة واحدة وأن يهبه للمشتري أو أن يبرى المشتري منه ويسقط الثمن بذلك ولا يطرأ خلل على عقد البيع أما إذا حط الثمن قبل تمام عقد البيع فغير صحيح مثال ذلك أن يقول البائع للمشتري قد بعتك هذا المال بمائة قرش وقد وهبتك هذه المائة أو أبرأتك منها فيجيبه المشتري بالقبول فيصح البيع ولكن لا يكون المشتري بريئاً من الثمن، لأن الثمن لا يثبت للبائع بمجرد إيجابه، فالإبراء من الثمن قبل القبول إبراء قبل السبب فلا يكون صحيحاً ،وحط جميع الثمن لا يلتحق بأصل العقد لأن مقصد الطرفين المعاوضة فلو التحق حط الكل بأصل العقد لإنقلب عقد المعاوضة إلى عقد هبة وتبرع أو بيعاً بلا ثمن فيكون عقداً باطلا. يُنظر : في بيان التزييد والتنزييل في الثمن والمبيع بعد العقد . علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، م١ ، البيع ، الإجارة ، الوكالة ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر ، الرياض ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٣٩ ومابعدها.

٢ - يُنظر : المواد ٢٩١ ، ٢/٢٩٤ من القانون المدني العراقي .

٣ - د.عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، ج٢ ، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ١٨١.

٤ - إلا إذا كان الأجل مقررا لمصلحة الدائن والمدين ففي هذه الحالة لايجوز لأحدهما أن ينفرد بالتنازل عنه بل بل يشترط التراضي ، وبهذا لاتجوز الاقالة من الاجارة قبل إنتهاء الأجل إلا بتراضي الطرفين لانه مقرر لمصلحة الطرفين المؤجر والمستأجر . ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، ج٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص ١٢٦.

٥ - تنص المادة (٨٦١) من القانون المدني العراقي على أنه (١ – تنتهي الاعارة بإنقضاء الأجل المتفق عليه فإذا لم يحدد لها أجل إنتهت بإستعمال الشيء فيما أُعير من أجله، فان لم تكن الإعارة محددة بأي طريقة جاز للمعير أن يطلب انهاءها في أي وقت.٢ – وفي كل حال، يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء الاعارة غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير، فلا يرغم على قبوله).

ومن الأمثلة على عدم لزوم التسبيب في التصرف الانفرادي في عقد نقل الأشياء في حال قيام المرسل في توجيه الشيئ محل النقل من خلال إصدار تعليماته للناقل ، كعدم القيام بالنقل أو بوقفه أو توجيه الشيئ محل النقل الى مكان آخر مادام في حيازة الناقل على أن يدفع المرسل الى الناقل ماترتب من تعويض ومصروفات لحقت بالناقل بسبب هذه التعليمات [١] فهذا التصرف الانفرادي من قبل المرسل لايتطلب موافقة الناقل كون المرسل هو صاحب الحق في نقل الشيئ ويرغب في وصوله بأمان الى الجهة المقصودة .

كذلك نتصور عدم فرض الالتزام بالتسبيب في حق المؤلف في الامتناع عن تسليم مصنفه فقد يتعاقد مؤلف مع ناشر بأن يؤلف له كتاباً ، أو يقوم بوضع لحن موسيقي ، أو رسمِ صورةٍ وفي حال رفضه تسليم العمل فإنه غير مكلف بتقديم الأسباب التي دعته الى عدم التسليم بعد إتمام العمل ، فالمصنف يُعد ممثلا لأراء وأفكار المؤلف ولا يمكن أن ينتج تحت ضغط الإكراه المالي فيكفي أن يحتج بحقه الأدبي وبعدم رضاءه عن العمل حتى لو رآه المتعاقد الآخر بأنه مرضيا ، فللمؤلف وحده القرار بأن ما أنجزه من عمل يليق بسمعته[٢] وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي في ظل قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل إذ نصت المادة (٧) منه على إنه (للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة هذا النشر وله أيضا الحق في الانتفاع من مصنفه بأية طريقة مشروعة يختارها ، ولايجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن مسبق منه، أو ممن يؤول إليه هذا الحق)[٣] .

فهذه أمثلة لبعض التصرفات العقدية الانفرادية التي لاتستوجب التسبيب مادامت تصب في مصلحة الطرف الآخر في العقد .

---

١ - د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، النظرية العامة ، المكتبة القانونية ، بغداد، ص ١٩٢. وينظر كذلك نص المادة ٦٤ من قانون النقل العراقي قم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

٢ - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨، دار إحياء التراث بيروت ، لبنان ، ص ٤١١,٤١٠.

٣ - يقابلها نص المادة (١٤٣) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ المعدل وكذلك المادة (L.121-2)من قانون الملكية الفكرية الفرنسي رقم ٥٩٧ لسنة ١٩٩٢. وتجدر الاشارة إلى ضرورة عدم الخلط بين هذا الحق وبين حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول ، فالأخير إن المؤلف قد أذن في النشر ، أما في الحق الاول فإن المؤلف على الرغم من تعاقده المسبق لم يأذن بعد بنشر مصنفه ، فلايمكن القول إن المؤلف عندما أبرم هذا العقد ، قرر نشره في نفس اللحظة ، وإن رفضه لتسليم مصنفه هو بمثابة ممارسة حقه في سحب مصنفه من التداول ، فهذا الرأي لايمكن قبوله، إلا إذا كان عقد المؤلف تم بعد إن انتهى من مصنفه ،أما في حالة المصنف لم يكتمل بعد فلا يمكن القول بأن المؤلف قد قرر نشره،فهذا لايمكن إلا بعد تمام المصنف وليس قبله .يُنظر : د. .ياسر أحمد الصيرفي ، إلغاء التصرف القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،دون سنة نشر، ص ١٤٤.

وبناءً على ماتَقدّم، فإننا نذهب إلى تأييد الرأي الفقهي القائل بفرض الالتزام بالتسبيب وتعميمه بالنسبة للتصرفات العقدية التي لها تأثير على الشخص أو الذمة المالية للغير[١].

ويمكن القول:إذا كان الالتزام بالتسبيب بإعتباره من الأفكار الحديثة ويساهم في إستعادة التوازن العقدي عن طريق الزام من لديه صلاحيات عقدية تقديم المبررات للتصرف الإنفرادي الصادر بإرادته المنفردة ، وأصبح له وجود في القانون المدني الفرنسي بتنظيمه في بعض النصوص القانونية ، إلا إنه لم يحظى بعد بالتنظيم من قبل المشرع العراقي والمصري[٢] والقوانين المتأثرة بالقانون الفرنسي على الرغم من أهميته ،فالعقد هو توافق إرادتين وهاتين الإرادتين تتطلب الموازنة بينهما ، وفي حالة إختلال التوازن لابد من التدخل من خلال آليات تحفظ للعقد توازنه، فمعالجة إختلال توازن العقد ليس من السهولة، خصوصا مع تطور الممارسات العقدية وعدم إمكانية القواعد العامة على مجاراة التطور الحاصل ، وقد ثبت من خلال العديد من التطبيقات العملية إفتقاد بعض العقود للتوازن، الذي يؤدي إلى الضرر بمصلحة أحد طرفيه، لذلك لا بد من وسائل وقائية تحفظ للعقد توازنه ، وتحمي حقوق العاقد الضعيف وواحد منها هو الالتزام بالتسبيب.

الفرع الثاني

الموقف القضائي من الالتزام بالتسبيب في العقد

يُعد هذا الالتزام وليد الاجتهاد القضائي وهدفه حماية المتعاقد بالزام من يمتلك الصلاحيات التعاقدية بتبربر تصرفه وخصوصا في عقود التوزيع التي تعد سبب السلطة في العقد والتبعية الاقتصادية [٣].

وفيما يتعلق بموقف القضاء الفرنسي فقد تباينت مواقفه في العديد من القضايا ، فمن جهة أيد قضاء محكمة النقض الفرنسية في بعض الأحكام الصادرة وجود الالتزام بالتسبيب ، ورفض في بعض الأحكام الآخذ به.

---

1 -LAGARDE (Xavier): La motivation des actes juridiques, in La motivation, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées nationales, Limoges, t. III, LGDJ, 2000, p ٦٨.

٢ - وإن كانت هنالك تطبيقات قانونية أشارت ضمنا الى فرض هذا الالتزام .

٣ - تامر محمد الدمياطي ، مصدر سابق ، ص١٤٣.

أولاً- الإتجاه القضائي المؤيد للإلتزام بالتسبيب.

بداية أخذ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٩ يناير ١٩٨٥ بمفهوم صارم في التعسف في إنهاء العقد من جانب واحد عندما يكون السبب المقدم غير دقيق ، وكذلك في حكم محكمة النقض الصادر في ٦ يناير ١٩٩٨ الذي جاء فيه وبما إن المرخص لم يقدم سبباً وجيهاً لإنهاء العقد ، فقد بررت محكمة الاستئناف قرارها قانونا[١].

وتتلخص وقائع قضية الحكم الصادر في ٦ يناير ١٩٩٨ بقيام شركة(Pégaso France) بيغاسوس فرنسا بإنهاء عقد الامتياز بينها وبين شركة (Wiame) وايمز؛لعدم قيامها بتسديد المبلغ المترتب بذمتها ،بعدها أقامت شركة (Wiame) دعوى قضائية ضد شركة Pégaso (France) وأيدت محكمة استئناف باريس دعوى شركة Wiame ، والزمت شركة Pégaso France بدفع التعويض، بعدها طعنت الشركة الأخيرة بالحكم الاستئنافي ووجدت محكمة النقض إن شركة Pégaso France لم تقدم سبب وجيه لإنهاء العقد وإن الدين المترتب بذمة المطعون ضده لم يكن سببا حقيقيا لإنهائه ، وإنما لعدم الامتثال لالتزامات مالية فيما بينهم ، وحيث إن كل من الطرفين دائن ومدين للآخر، ولم يثبت الطاعن إن المطعون ضده قد خالف العقد المبرم لتبرير الإنهاء ، وبما إن المرخص لم يقدم سببا وجيها للإنهاء ، لذا فأن محكمة الاستئناف قد بررت حكمها قانون[٢].

وكذلك في سياق آخر ملفت للإنتباه ،نجد إن محكمة النقض الفرنسية قد اعترفت بالالتزام بالتسبيب في قرارها الصادر ٢ يوليو ٢٠٠٢ ، إذ كان العقد يتضمن شرطا في أحد بنوده في حال قيام المتعاقد (صاحب الامتياز) بالتنازل عن الامتياز يجب عليه أخذ الموافقة المسبقة من المانح ، واستنتجت محكمة النقض الفرنسية إن تفسير هذا الشرط بأنه في حال رفض المانح فعليه تقديم أسباب الرفض .

وتعليقا على هذا الحكم هناك من الفقه الفرنسي المؤيد للالتزام بالتسبيب يرى بأن هذا الالتزام هو مفروض على المتعاقد ؛ لأن العقد الذي تم إبرامه قد تضمن في أحد بنوده شرطا بموافقة المانح في حال قيام صاحب الامتياز بالتنازل عنه ، وحتى إن هذا الشرط لم يذكر صراحة ، لكن يُفهم منه ضمنا إنه خلق التزاما بالتسبيب بأن يقع على المانح في حال رفضه

---

1 - MEHANNA (Myriam): La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, Thèse de doctorat, Université Paris II - Panthéon- Assas, 2014, p. ٢٧٥.

٢ - . يُنظر تفاصيل القضية على الموقع الالكتروني https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007379347 تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/١/١١.

الموافقة تبرير قرار الرفض، لكن في تفسير متفائل لهذا الحكم يعكس إهتمام القضاء بحماية المتعاقد من الممارسات التعسفية للسلطة الانفرادية التي يتمتع بها المتعاقد الآخر،ويستنتجون من هذا القرار إن الالتزام بالتسبيب يُفرض حتى في حال عدم وجود أي شرط بهذا المعنى على أي متعاقد يملك صلاحيات إنفرادية يتسبب بها في إنهاء العقد[١].

وأقرت محكمة النقض الفرنسية أيضا في قرارها الصادر ٣نوفمبر ٢٠٠٤ الالتزام بالتسبيب في قضية تتلخص وقائعها بقيام شركة (Manitou) (مانتيو) المانحة في عام ١٩٩٠ بمنح شركة (CMG) حق الامتياز في توزيع منتجاتها في مقاطعة(نيفر) الفرنسية لمدة سنة واستمرت العلاقة بين الطرفين بعد انتهاء المدة وفي عام ١٩٩٣ قامت الشركة المانحة بإنهاء العقد بسبب عدم قيام الشركة صاحبة الامتياز بدفع المبالغ المترتبة بذمتها ، لكن تم استئناف العلاقة بين الطرفين بموجب عقد شفهي بعد الوصول إلى اتفاق تسوية بينهما ، وتمت تسوية الدين في عام ١٩٩٥ بموجب جدول زمني للسداد، وحاولت شركة CMG بعدها أن تنقل عقد الامتياز إلى شركة أخرى، لكن الشركة المانحة رفضت ذلك ،بعدها قامت الشركة المانحة في عام ١٩٩٨ بإنهاء العقد كون لم تعد هناك أي روابط عقدية بينهما ، فأدى ذلك إلى خسارة الشركة صاحبة الامتياز من عدم قيامها بتطويرأعمالها وعلى أثرها أقامت الشركة صاحبة الامتياز CMG دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض عن الانهاء غير المشروع لعقد الامتياز الشفهي ، وقضت بذلك محكمة النقض الفرنسية بأن الشركة المانحة قد أنهت العقد دون أي سبب إضافة إلى ذلك ،إن الشركة صاحبة الامتياز قد طورت نشاطها في توزيع منتجات الشركة المانحة بشكل ملحوظ كذلك إنها لم تحترم حقوق الامتياز من خلال منح شركة (ABM) حق توزيع منتجاتها في المنطقة المخصصة للشركة صاحبة الامتياز[٢].

ثانياً- الإتجاه القضائي المُستبعِد للالتزام بالتسبيب.

ذهبت العديد من أحكام القضاء الفرنسي إلى عدم الإلزام بالتسبيب ،ومنها ما جاء بقرار محكمة النقض الفرنسية الصادرفي ٢٦ مارس ١٩٩٩ ، والتي ذهبت فيه (إن شركة توزيع السيارات التي منحت إمتياز بيع حصري لمنتجاتها لفترة محدودة ، لايمكن انتقادها كونها استبعدت التجديد الضمني للعقد ؛ لأنها أخطرت صاحب الامتياز برغبتها بعدم تجديد العقد قبل

1 - Denis Mazcaud, Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel, Recueil Dalloz 2003 p.93, n2.

2 - Martine Behar-Touchais ،Du juste dosage de l'exigence de motivation dans les contrats de distribution, Revue des contrats n 4-page ,' RDCO2005-4-046, p. 1130, n1 et s.

تسعة أشهر من إنتهائه ، في حين كان عليها أن تقوم بالاخطار قبل ستة أشهر ولم يكن عليها تبرير قرارها ، لكن يتعين على المانح تنفيذ التزاماته بأمانة وأن يتحمل المسؤولية عن إساءة استعمال الحق في عدم تجديده العقد عن أخطاء تسبب عند قيامه بتنفيذ إنهاء العلاقة العقدية وبما إنه ثبت كان من الممكن رفع الحصرية عن صاحب الامتياز والسماح له ببيع سيارات من ماركات أخرى ،ورفض المانح طلبه بهذا الخصوص والنتيجة التي ترتبت على هذا الأمر خسارة صاحب الامتياز الفرصة الضئيلة لتحوله إلى نشاط آخر ، فيكون صاحب الامتياز له الحق بالمطالبة بالتعويض)[1].

ونستخلص من حكم محكمة النقض الفرنسية هذا بأن المانح غير ملزم بتقديم مبرر لإنهاء العقد وله الحق في عدم تجديده طالما أخطر صاحب الامتياز ، وإن التعويض المقرر لصاحب الامتياز عن الضرر الذي لحق به بسبب عدم السماح له ببيع مركبات من ماركات أخرى كان عن عدم الالتزام بالأمانة في تنفيذ العقد وإساءة استعمال الحق من قبل المانح من دون أن تأخذ المحكمة بالالتزام بالتسبيب في إنهاء العقد.

وأكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٥ أبريل ٢٠٠١ بأن المتعاقد غير ملزم بتبرير قراره بعدم تجديد العقد ، فهذه الأسباب حتى لو كانت غير جدية أو كاذبة ، لايمكن أن تشكل إساءة بذاتها ، وإن دراسة أسباب الإنهاء التي تذرع بها المتعاقد غير ضرورية وكذلك هو الأمر بالنسبة للحكم الصادر في ٣٠ يونيو ٢٠٠٤ في قضية تأجير الغرف الحديدية من قبل البنك ، إذ أقام العميل دعوى قضائية بعد تجديد العقد للمطالبة بالتعويض عن التعسف بسبب زيادة ثمن الايجار، إذ رأت محكمة استئناف باريس إن الزيادة هي شذوذ ظاهر لم يبرره البنك لا من ناحية تطور الرسوم التي ظلت على حالها ، ولا من جهة الغرف التي تم تأهيلها إذ لم يكن هناك مبرر معقول للزيادة ،إلا أنه تم نقض الحكم من قبل محكمة النقض ورفضت تعليل محكمة الاستئناف للحكم وإن البنك له الحرية في تحصيل الأسعارالتي يقصدها[2] ومن خلال هذين الحكمين المذكوريين يتبين إن القضاء الفرنسي لم يأخذ بالالتزام بالتسبيب.

وانتقد جانب من الفقه الفرنسي موقف القضاء من عدم أخذه بالالتزام بالتسبيب بخصوص عقود الامتياز ،كونها عقود ذات مصالح مشتركة ، وهذا يعني ضمنا وجود التضامن بين الأطراف المتعاقدة ، وهذا التضامن يؤدي إلى نوع من الايثار والذي يجب على أحد الأطراف

1- Henry Vray, Jurisprudence - Concessions de vente ،de Gazette du Palais - n°348-1999, p. 31,n 1,2.

2 MEHANNA Myriam, op.cit,p275.

أن يأخذ بالاعتبار مصالح الطرف الآخر ، وعلى صاحب الامتياز أو المرخص الذي يقوم بإنهاء العقد أن يقدم أسباب قراره وإلا يكون متعسفا في إنهاء العقد من جانب واحد ، ويرون إن وجود هذا الالتزام يمكن تبريره بسببين الأول : حالة التبعية والتي يجد فيها المرخص له أو صاحب الامتياز نفسه فيها ، فإذا كان كذلك ، فهذا يعني إن المرخص له أو صاحب الامتياز ليس لديهما أي وسيلة إثبات في حال إساءة التصرف من قبل المرخص أو المانح كونه غير ملزم على أقل تقدير بذكر الأسباب التي دفعته إلى إنهاء العقد، أما فيما يتعلق بالسبب الثاني فهو من خلال إن إنهاء عقد الامتياز يؤدي إلى عواقب اقتصادية تؤدي إلى أضرار اقتصادية خطيرة لدرجة إلى نهاية الوجود الاقتصادي[١].

والتوجه ذاته لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في ١٠ نوفمبر ٢٠٠٩ في قضية تتلخص وقائعها بقيام المدعي في عام ١٩٩٦ بإبرام عقد لفترة غير محددة مع شركة (pridim) من أجل قيامها بخدمات إدارة الايجار للمدعي ، وفي عام ٢٠٠٦ طلبت الشركة زيادة في الرسوم التي تتقاضاها مقابل الخدمة ، إلا إن المدعي رفض الزيادة مما دعا الشركة إلى إنهاء العقد ، وتم رفع دعوى قضائية لإنهاء العقد بشكل تعسفي من قبل شركة (pridim) وجاء قرار محكمة الاستئناف لصالح المدعي بإعتبار أن المدعى عليه قد تعسف في إنهاء عقد إدارة الايجار والسعي إلى استغلال المدعي عن طريق زيادة الرسوم المفروضة دون مبرر وطعن المدعى عليه بالحكم ، وجاء قرار محكمة النقض بإلغاء قرار محكمة الاستئناف وتضمن قرارها بأنه يحق للطرفين إنهاء العقد من جانب واحد دون الحاجة إلى تقديم سبب وبهذا يلغى الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس [٢] .

كما تضمن قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٩ فبراير ٢٠١٧ (إن المؤجر غير ملزم بتبرير رفضه لطلب المستأجر لإضافة نشاط جديد إلى الأنشطة المصرح بها، طالما أبدى إعتراضه لإضافة هذا النشاط) وتتلخص وقائع هذه القضية بقيام شركة (Midas) ميداس بإستئجار عقار لغرض ممارسة أعمال صيانة السيارات وكانت قد التزمت تجاه المؤجر بشرط عدم المنافسة بالنشاط المتعلق بالإطارات، وقد قدمت طلبا بإلغاء هذا التخصص للقيام بهذا النشاط إلا أنه تم رفضه من قبل المؤجر، وتعليقا على ما تقدم فثمة رأيٌ من الفقه الفرنسي يرى بشأن ما ورد في المادة (L145-47) من قانون التجارة الفرنسي الواردة في الأحكام الخاصة بالإيجار

1 -Yasser AL SURAIHY: La fin du contrat de franchise, Thèse Université de Poitiers. 2008, p. 98,99.

2- Olivier Roumelian , Résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée, Petites affiches - n°99 - LPA 19 mai 2010, p. 20 n 2 et s.

التجاري والتي أشارت إلى أنه يجوز للمستأجر إضافة أنشطة مرتبطة أو مكملة للنشاط المنصوص عليه في عقد الإيجار على أن يعلن للمؤجر نيته من خلال إجراء خارج القضاء، أو بكتاب مضمون الوصول يبين فيه النشاط المراد القيام به، ويعد هذا إشعار رسمي للمؤجر ليبين رفضه أو قبوله خلال شهرين على النشاط التكميلي، ويطرح تساؤلا بشأن ما ورد بنص المادة المذكور في حال إعتراض المؤجر على الأنشطة ذات الصلة أو الطبيعة التكميلية، **ألا يعني هذا ضمنا بأن يجب عليه توضيح السبب في الأعتراض؟** وينتهي بالقول إن شرط عدم المنافسة لا يعني التنازل عن الحق بإلغاء التخصص[١].

وتجدر الإشارة إلى ذكر موقف القضاء في الدول ذات النظم القانونية المختلفة بهذا الشأن والتي اخذت بما يسمي بالسبب المعقول عند إنهاء عقد الفرنشايز، وقد اتجهت العديد من تشريعاتها إلى ضرورة توافر سبب وجيه لعدم تجديد عقد الفرنشايز[٢] وعند الرجوع للأحكام

---

1 - Marie Caffin-Moi Bail commercial: le bailleur n'a pas à motiver son refus de déspécialisation partielle ، Droit des contrats - n°04 - page 2، Réf : LEDC avril 2017, n° 110p2, p. 2.

٢ - ويطلق على عقد الفرانشيز بعقد (السماح) ويقصد به العقد الذي يسمح أو يجيز فيه أحد المنتجين أو أحد التجار الموردين الى تاجر ويطلق عليه (franchise) حق إستخدام طرق البيع ووسائل الخدمة والمعرفة الفنية المقدمة بواسطة مانح الاذن أو المجيز ، ويعتبر هذا العقد صورة معدلة من عقد الامتياز التجاري . يُنظر بهذا الخصوص : د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ، ج٢، ط٥، دار النهضة العربية ،القاهرة، ٢٠٠٧ ، ص ١٦٨,١٦٧. وعرّفت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢٨ ابريل ١٩٧٨ عقد الفرنشايز بأنه عقد تعاون بين طرفين ، يتضمن قيام مانح الامتياز والذي يمتلك الاسم التجاري أو العلامة التجارية أو علامات الخدمة إضافة الى المعرفة الفنية بمنح المرخص له حق إستخدام هذه المنتجات والخدمات مقابل رسوم مالية، ويقوم باستغلالها وفق إجراءات محددة ، من أجل تحقيق منفعة متبادلة . ينظر :
Khamis AL MUHAIRI , du savoir faire et contrat de franchise, Transmission Doctorat , FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ PARIS I-PANTHEON SORBONNE, 2013 p,16

لقد حظي السبب المعقول في عدم تجديد العقود بدعم من قبل المحاكم العليا في الولايات المتحدة الامريكية وإنتشر إستخدام هذا المصطلح ، وتضمنت العديد من احكام القضاء الأمريكي على عدم شرعية إنهاء أو عدم تجديد العقد إلا لسبب وجيه ومعقول ، ومثال ذلك قضية (Arnott) المشهورة والمنظورة من قبل محكمة الاستئناف الامريكية (الدائرة الثامنة)وذهبت المحكمة الى شرح سياسة التشريعات المنظمة لتجديد عقد الفرنشايز إذ تضمن قرارها ، إن هدف هذه التشريعات هو حماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، من الخطر الذي يلحق به من جراء عدم تجديد العقد ، إضافة الى إن هذه التشريعات تحظر الالتزامات غير المنصفة في مثل هذه العقود. يُنظر: د. أحمد محمد الصاوي ، مدى مسؤولية المانح عن رفض تجديد عقد الفرانشيز محدد المدة ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة،المجلد (٦)العدد ٦٠، ٢٠١٦، ص ٥٨٦,٥٨٥ .

وتتلخص وقائع قضية(Arnott) بأنه (تم توقيع عقد إيجار محطة خدمة بين شركة النفط الامريكية (AMOCO) و(Arnott) (أرنوت) بتاريخ ١٨ فبراير عام ١٩٧٢ لمدة سنة واحدة يتم تجديده دوريا يتضمن العقد بقيام الأخير تشغيل محطة خدمة، قامت الشركة بإبلاغه بإنهاء العقد لمخالفته بعدم بقاء المحطة مفتوحة على مدار ٢٤ ساعة ،أقام بعدها (Arnott) دعوى قضائية ، لمخالفة الشركة العقد المبرم بينهما=

القضائية الصادرة من القضاء الفرنسي التي تفرض الالتزام بالتسبيب من خلال وجود السبب المبرر إلا أنها لم تتصدى أو تبين السبب المبرر أو المعقول الذي أخذت به بعض النظم القضائية ذات التوجه الانكلوسكسوني[١].

وفي ظل هذا التوجه القضائي الفرنسي وموقفه من الالتزام بالتسبيب نجد إن أحكام القضاء العراقي والمصري تكاد تكون خالية من الإشارة بشكل صريح إلى فكرة الالتزام بتسبيب التصرفات العقدية التي تصدر بالارادة المنفردة ، علما إنها فكرة ليست بجديدة على صعيد العمل القضائي والذي يلزم تسبيب الأحكام القضائية .

=وفرضها شروط غير عادلة وجاء حكم المحكمة الأولية لصالح (Arnott) وتم استئناف الحكم من قبل شركة (AMOCO) إلا إن الحكم الاستئنافي جاء مؤيدا للحكم البدائي ووجدت المحكمة ، إن العلاقة بين الطرفين هي ليست علاقة تقليدية بين المالك والمستأجر، فالممارسات الفعلية بين الطرفين تشير الى وجود علاقة امتياز بينهما بدليل إن مستأجر المحطة لايسعى لتحقيق مصالحه الخاصة ، كما إنه باع المنتجات وفقا للأساليب التي حددتها الشركة، كذلك إن وجود العلاقة الأئتمانية بين الطرفين يقتضي أن لايمارس أيا منهم تأثيرا أو ضغطا غير مبرر ، وبهذا تكون شركة (AMOCO) قد أنهت العقد دون سبب أو مبرر وجيه) يُنظر تفاصيل قضية Arnott ضد شركة النفط الأمريكية AMOCO ، متاحة على الرابط الالكتروني
/https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/609/873/106961

١ - إتجه الفقه الأمريكي لبيان الأسباب التي تصلح مبررا معقولا لإنهاء العقد أو عدم تجديده ، ومنها تقديم معلومات ائتمانية خاطئة وأسعار شراء غير صحيحة ، أو إدراج عمليات تجارية وهمية ، فقد سمح القانون في ولاية (ميشغان) الأمريكية بإنهاء عقد الامتياز التجاري في حال فشل المرخص له في دفع المبالغ المترتبة عليه أو رسوم الإعلان أوعدم تقديمه تقارير شهرية عن المبيعات ، كذلك قانون ولاية (كاليفورنيا) الذي اعتبر الدفعات المتاخرة تشكل سببا وجيها ومبررا لإنهاء العقد ، كذلك يعتبر من قبل السبب الوجيه أو المعقول الفشل في الحفاظ على المعايير والمتطلبات العقدية ، فخرق الالتزام المفروض بموجب العقد بين الطرفين عادة مايدعم الانهاء ، وهذا ما أشار اليه قرار محكمة (الينوي)(إن لدى ماكدونالدز، سببا مبررا ووجيها لإنهاء العقد عندما فشل المرخص له في الحفاظ على المعايير المطلوبة للنظافة والجودة والخدمة) وكذلك وجدت محكمة (مينسوتا)(بأن للمانح سببا وجيها في إنهاء العقد عندما فشل المرخص له في الحفاظ على معايير الجودة) وكذلك تجد المحاكم الامريكية إن الاضرار بالشهرة المرتبط بالعلامة التجارية يكون سببا وجيها لإنهاء العقد و أيضا من قبل السبب المعقول أو الوجيه خرق متطلبات العقد المادية ، ففشل المتعاقد المرخص له بعدم قيامه ببناء صالة عرض منفصلة للسيارات يعتبر سببا وجيها للإنهاء بموجب قانون ولاية (نيوجيرسي) ويعد من قبل السبب الوجيه والمبرر تضارب المصالح ، أو بيع المنتجات المنافسة ، كون هذا السلوك يمثل إخلالا جوهريا في الالتزام بشروط العقد في حال تضمنه التعامل الحصري وكذلك الإضرار بسمعة المانح من خلال تشويه سمعة العلامة التجارية وهذا ماذهبت إليه إحدى المحاكم في ولاية (مينسوتا)(بأن المرخص له قد باع منتجات غير مصرح بها تحت اسم العلامة التجارية للمانح ، وبهذا يكون سببا وجيها في إنهاء العقد) ويعتبر أيضا من قبيل السبب الوجيه والمبرر إنسحاب مانح الامتياز من السوق ، في حال قيامه بوقف العمل بالكامل أو في خط معين من منتجاته ، أو في منطقة جغرافية معينة ، على أن لايكون على أساس تمييزي. للتفصيل ، يُنظر:
Rupert M. Barkoff et al,FUNDAMENTALS OF FRANCHISING, FOURTH EDITION Library of Congress Cataloging-in-Publication Data , United States of America , 2015, p197 et s.

ففي قرار صادر عن محكمة التمييز الاتحادية، نجده بحاجة لمثل فرض هذا الالتزام وتتلخص وقائعه بأنه سبق للمدعي في عام ٢٠١٦ وأن أستأجر من المدعى عليه إضافة لوظيفته مساحة من الأرض داخل الحرم الجامعي ؛ لغرض إنشاء مركز تجاري من ثلاثة طوابق ولمدة سنتين وتسعة اشهر وبلغت تكلفت المشروع أكثر من ثلاثة مليارات وكانت التسعة أشهر الأولى هي فترة تأهيل للموقع ، وتضمن العقد في أحد بنوده بأنه يحق للمستأجر بمطالبة المؤجر تمديد العقد بما لايتجاوز عن عشر سنوات وفق الاليات المحددة قانونا، ولرجوع المدعى عليه عن تمديد عقد الايجاربعد انتهائه ، لذا طلب المدعي المدعى عليه للمرافعة طالبا تمديد عقد الايجار وحسب بنود العقد المبرم ، فأصدرت محكمة بداءة الكرادة حكما يقضي برد دعوى المدعي وتم استئناف الحكم ، وجاء قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة مؤيدا للحكم البدائي ، وميّز المستأنف الحكم ، وجاء قرار محكمة التمييز الاتحادية مؤيدا لما قضى به الحكم البدائي والمؤيد من قبل محكمة الاستئناف إذ تضمن(إن موضوع تجديد عقد الايجار هو مرهون بموافقة المؤجر ، ولا يمكن إجباره على الموافقة كونه يعد تدخلا في إرادته ومن ثم لا يمكن الزام المميز عليه بتجديد العقد حسب طلب المميز وتكون الدعوى واجبة الرد)[١].

ونرى، بأنه مع التسليم بحرية المؤجر في عدم تجديده للعقد، وعلى الرغم من عدم وجود نص تشريعي صريح يفرض الالتزام بالتسبيب، إلا إن مقتضيات تحقيق الموازنة بين مصلحة الطرفين تتطلب ذلك من خلال مطالبة المؤجر بتقديم أسباب عدم تجديد العقد وخصوصا مع الاتفاق عليه ضمن بنوده، إضافة إلى قيام المستأجر بوضع أستثمارات ضخمة في المشروع وبهذا يمكن لنا القول: بأنه لايمكن تخويل المؤجر عدم تجديد العقد دون قيامه بتقديم أسباب ومبررات واقعية كون الزامه بالتسبيب يعني حثه على التفكير السليم وعدم التعسف في إتخاذ قرار عدم التجديد.

وصفوة القول : إن أحكام القضاء الفرنسي جاءت متناقضة من حيث فرض الالتزام بالتسبيب وخصوصا في مرحلة إنهاء العقد ، فتارة تذهب إلى الزام المتعاقد بإبداء لاسباب المبررة ، وأخرى ذهبت بعدم الحاجة إلى وجود هذا الالتزام، وسبب ذلك يعود إلى عدم وجود السند القانوني الملزم ،وقد ظهر لنا إن وجوده يؤدي إلى إقامة التوازن العقدي والعادل بين مصلحة الطرفين وخصوصا مع عقود الامتياز التجاري ، فهذه العقود يرتبط أطرافها بمصالح مشتركة وفكرة المصلحة المشتركة صِيغت من خلال الأحكام القضائية ،وفحوى هذه الفكرة بأن يكون لطرفي العقد مصالح مشتركة ويساهمان من خلال نشاطهما المتبادل وتعاونهما المستمر

١ - قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم القرار (٣٠٢٤) الهيئة الاستئنافية /عقار / ٢٠٢١ غير منشور .

في زيادة شيئ هو ملكهما ،وهذا لايمكن تحقيقه إلا من خلال إستقرار العقد ،وعليه لايمكن إنهاءه إلا بإتفاقهما وإلا يكون الطرف الذي فسخ العقد ملزما بالتعويض ،وهذا ما أيده جانب من الفقه الفرنسي إذ ذهب الفقيه (Brunet) ويؤيده الفقيه (Hasslar) بأن المصلحة المشتركة في مثل هكذا عقود ، يرتب على المانح الالتزام بتجديد العقد بمجرد انتهاءه وإلا يكون ملزما بدفع التعويض [١].

ومع وجاهة هذا الرأي المتقدم الذي أساسه المصلحة المشتركة، إلا إننا نراه محل نظر إذا ما علمنا إن القاعدة العامة في العقد هي شريعة المتعاقدين ، وبإنتهاء المدة المحددة فإنه ينتهي من تلقاء نفسه ، ومع عدم وجود النص القانوني لايمكن الزام المتعاقد (المانح) بتجديد العقد، لكن من خلال فرض الالتزام بالتسبيب يمكن التحقق بأن المبررات التي قدمها المانح كافية من عدمه، وعليه يكون التعويض من خلال عدم كفاية المبررات أو عدم الالتزام بالتسبيب والذي يعد بدوره دليلا على التعسف في إستعمال الحق ، فإنهاء العقد أو عدم تجديده ليست سلطة تقديرية للمتعاقد بل يقتضي أن تكون هناك أسباب موضوعية مبررة ، وهذا لايكون إلا من خلال فرض هذا الالتزام في التصرف العقدي الانفرادي[٢]

أما بالنسبة للقضاء العراقي والمصري فجاءت أحكامه خالية من الإشارة الصريحة للالتزام بالتسبيب ، ونأمل من القضاء العراقي الخروج من حالة السكون والتقيّد بحرفية النص والإلتفات إلى هذا الالتزام ضمن أحكامه القضائية بوصفه أحد الوسائل التصحيحية لضبط التوازن العقدي ومواجهة التعسف في إستخدام الصلاحيات الإنفرادية في التصرفات العقدية .

1 - Yasser AL SURAIHY, op.cit,pp39,40.

٢ - وحسنا فعل القضاء الأمريكي بالآخذ باالسبب المعقول والذي أصبح من المبادئ التي تحظى بتأييد المحاكم العليا في الولايات المتحدة الامريكية ، وخصوصا مع توضيح السبب الوجيه من قبل الفقه الأمريكي .يُنظر : ص ٦٨,٦٩ من هذه الرسالة

الفصل الثاني

تطبيقات وأحكام الالتزام بالتسبيب في العقد

الفصل الثاني

تطبيقات وأحكام الإلتزام بالتسبيب في العقد

تمهيد وتقسيم:-

العلاقة العقدية بمختلف الصور والأشكال تُعد من الركائز الأساسية للنشاط الاجتماعي والإقتصادي، فالعقد هو من يُنظم العلاقات بين المتعاقدين ويحدد لكل متعاقد الحقوق والإلتزامات، ومن أجل ضمان سير العلاقات التعاقدية وإستقرارها ذهب المشرع إلى توفير الحماية القانونية للمتعاقدين من خلال النصوص القانونية، كما هو الحال في التراضي وأحكام العلم الكافي ومبدأ سلطان الإرادة، والأحكام المتعلقة بالعيوب الخفية وغيرها، لكن مايشهده العالم الحديث من متغيرات في مجال التعاقد وعدم التكافؤ بين المتعاقدين قد يؤدي بدوره إلى إختلال التوازن العقدي، ولا بد للمشرع أن يتدخل من خلال إستحداث آليات جديدة من أجل إضفاء الثقة في المعاملات العقدية.

ومن أجل فهم ومعرفة أي موضوع قانوني لا بد لنا من دراسة التطبيقات المرتبطة به فلهذا الإلتزام تطبيقات عدة تظهر في مراحل العقد المختلفة بدءاً من مرحلة إبرام العقد إلى مرحلة تنفيذه وإنهاءه، سواء ما أوجدها المشرع بشكل صريح أو تلك التي تظهر من خلال مقاصد النص القانوني، أما أحكام هذا الإلتزام ، فواضعوا الإلتزام بالتسبيب لم يبينوا بشكل جلي الأحكام المتعلقة به وهو أمر نُرجحه لحداثته، وكما ذكرنا إن هذا الإلتزام هو وليد الأحكام القضائية في قضاء محكمة النقض الفرنسية، وإن من أسباب وأهداف الإصلاحات التي جاء بها المشرع الفرنسي هو تكريس العديد من المبادئ والأحكام القضائية، فالممارسات الواقعية أدت إلى إيجاد قواعد مقبولة متعلقة بالإلتزامات والعقود إستجابة للتطور الاقتصادي

وبناءً على ما تقدم ، سنبحث هذا الفصل في مبحثين، نُكرس المبحث الأول منه إلى بيان تطبيقات الالتزام بالتسبيب في العقد ، ونخصص المبحث الثاني إلى أحكام هذا الإلتزام.

المبحث الأول

تطبيقات الالتزام بالتسبيب في العقد

كي نكون أمام عقد معين لابد أن تكون هناك إرادتان أو أكثر تتوافقان على إحداث أثر قانوني سواء كان إنشاء التزام ، نقله ، تعديله ، أو إنهاؤه ، فالتصرف القانوني الذي يصدر من جانبين وتتجه إرادتهما إلى إحداث أثر قانوني معين يسمى عقداً ، الغرض منه إنشاء التزام فأساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه ، وهذه الإرادة تنشئه وتحدد أثاره كقاعدة عامة ثم يأتي بعدها القانون ليعمل على تحقيق الهدف الذي قصدته هذه الإرادة المشتركة[1].

وعليه، يُمكن لطرفي العقد أن يتفقا على الالتزام بالتسبيب صراحة ضمن بنود العقد ويكون الالتزام بالتسبيب التزام إتفاقي ، أو أن يفرضه المشرع بنص القانون صراحة أو ضمناً وسنركز في هذا المبحث بالتحليل والدراسة على تطبيقات الالتزام بالتسبيب في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه وإنهاءه، وبغية تسليط الضوء على جوانب الموضوع سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول الالتزام بالتسبيب في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، وفي المطلب الثاني تطبيقات الالتزام بالتسبيب في مرحلة إنحلال العقد.

المطلب الأول

الالتزام بالتسبيب في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه

إذا ما علمنا إن الإلتزام بالتسبيب من الإلتزامات التي تُرسّخ لمبدأ حسن النية في العلاقات العقدية من خلال إلزام المتعاقد الذي يروم إستخدام الصلاحيات العقدية بالإرادة المنفردة ببيان المبررات الواقعية التي دفعته لتصرف قانوني معين، ولهذا الإلتزام تطبيقات تظهر في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، وفي هذا المطلب سنقوم بدراسة تطبيقاته في هاتين المرحلتين سواء ماظهر منها بشكل صريح أو تلك التي تظهر من خلال مقاصد النص القانوني ، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول الالتزام بالتسبيب في مرحلة إبرام العقد ، ونخصص الفرع الثاني للإلتزام بالتسبيب في مرحلة تنفيذ العقد.

---

١ - د. محمد صبري السعدي ، مصدر سابق ، ص٣٩ وما بعدها.

الفرع الأول

الالتزام بالتسبيب في مرحلة إبرام العقد

إن ما يحكم العقد في تكوينه وإنتاج آثاره وإنحلاله هو مبدأ سلطان الإرادة، فإرادة الفرد هي صاحبة السلطان في إنشاء العقد وفي تحديد آثاره فتضيّق أو توسّع و تُخفف أو تُشدّد في الآثار التي رتبها القانون، كذلك في تعديل هذه الآثار و إنهائها ولايقيد من سلطانها إلا الإعتبارات المتعلقة بالنظام العام ، ولما كان العقد هو وليد إرادتين حرتين ، فالعلاقة القانونية التي تنشئ عنه هي أيضا تكون صادرة عن إرادة حرة ، وهو بذلك يكون المصدر الذي تتولد منه الالتزامات والحقوق ، والأساس الذي يستند عليه كل تنظيم، وبهذا يعتبر مبدأ سلطان الإرادة في نظر مؤيديه الركيزة الأساسية في النظام القانوني ، فالقانون بمعناه الواسع وفقا لمؤيدي هذا المذهب هي الحرية التي يحظى بها كل إنسان[1] فالارادة لها سلطان ذاتي فهي تكفي وحدها لتنشئ عقد أو تصرف قانوني معين وهذه هي قاعدة التراضي[2].

ومن مقتضى هذا المبدأ(سلطان الإرادة) إن الالتزام العقدي يستند على إرادة المتعاقدين فقط فإرادة المتعاقدين هي من تحدد نطاق ومصدر الحقوق والالتزامات، فدور الإرادة على إعتبارها مصدر منشئ للالتزام يظهر بشكل واضح في مرحلة إبرام العقد وفي تحديد مضمونه وفيما يتعلق بإبرام العقد فالتراضي يُعد نتيجة طبيعية ومباشرة لمبدأ سلطان الإرادة ، وهو بدوره كافيا لإبرام العقد دون إشتراط شكلية معينة إلا في الحالات المستثناة بنص القانون ،أما بخصوص مضمون العقد فللمتعاقدين الحرية المطلقة في تحديد مضمون العقد أي لهم الحرية في

---

١ - نشأ مبدأ سلطان الارادة في القرن الثامن عشر عند المذاهب الفردية ،والتي جعلت مهمة القانون تقتصر على دور سلبي في منع الفرد من تجاوز حريته حماية لحرية غيره ، ويعتبر هذا المبدأ من الناحية القانونية إنعكاسا لمبادئ الحرية التي نادت بها ويرتكز البناء الاجتماعي والقانوني على إرادة حرة ، فالحرية تقيم الفرد سيدا لنفسه ، وتجعل منه غاية في ذاته ، ولايوجد هذا الفرد منعزلا ، بل يعيش في مجتمع مختلف العلاقات بين الافراد وتنشأ هذه العلاقات من إرادة حرة ومن ثم يجب أن تتأسس على الحرية ،وهذا المبدأ ما لبث إن تقلص بعد تغير الظروف الاجتماعية والعوامل الاقتصادية التي كانت في حينها جوا مناسبا لإزدهاره ،وأصبحت خيالية في أكثر الفروض ، فكيف يمكن للعامل في حال التعاقد أن يتساوى مع صاحب العمل وهو الأمر كذلك بالنسبة للمستهلك. لمزيد من التفصيل يُنظر : د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، ج١،ط٢، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، ١٩٧٦، ص ٣٧ وما بعدها.

٢ - ينبغي أن يكون التراضي موجودا وصحيحا حتى يستقر العقد من ناحية وجوده القانوني . د. أحمد شوقي محمد النظرية العامة للالتزام ، المصادر الإرادية وغير الإرادية للالتزام ، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٨ ، ص ١٧.

تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد[١] وبناءً على هذا المبدأ فالإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد وهي من تتحكم بمضمونه، فالالتزامات العقدية لاتتولد إلا إذا إتجهت الإرادة إلى إنشائها.

ويذهب رأيٌ من الفقه بالقول (لايمكن أن تتوجه إرادة الإنسان إلا لما فيه مصلحته، وعليه فالإرادة التي تنشئ هذه الالتزامات لايمكن إلا أن تكون عادلة) ومن أجل دعم المذهب الفردي ذهب الفقهاء المؤيدون له في تعزيز موقفهم في الدفاع عن الإرادة الفردية الى التأكيد الى إن قيام المجتمع يكون من خلال أفراده ، ولا يجوز تنظيم العلاقات بين الافراد إلا من خلال الإتفاقات الإرادية ، لذلك إعتبر فقهاء القانون بأن الظاهرة الأساسية التي يقوم عليها نظام المعاملات الجارية في أي مجتمع من المجتمعات هو العقد القائم على الإرادة الفردية ، ومن أجل إستقرار المجتمع يكون مبدأ سلطان الإرادة من أهم قوانين النظام الاقتصادي على أساس إن السوق تحكمه قوانين العرض والطلب ومن أجل تشجيع النشاط الاقتصادي وتحقيق النفع لا بد من إزالة العقبات أمام حرية الإرادة، وبهذا ظهر مبدأ (دَعهُ يعمل ، دَعهُ يمر) بما معناه (دعه يتعاقد بلا قيود) وحسب وجهة نظر هذا الفقه بأن إظهار العدالة والتوازن في العقد من غير المقبول أن يكون خارج الإطار التعاقدي، فالتعاقد ذاته هو الذي يحقق التوازن المطلوب[٢] لذلك ذهب الفقه التقليدي ،إن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أسس إقتصادية وفلسفية[٣].

وبهذا في ظل مبدأ سلطان الإرادة ظهرت ثلاث مبادئ مستقر العمل عليها في الفقه التقليدي المعاصر،وهذه المبادئ هي مبدأ الحرية التعاقدية ، ومبدأ القوة الملزمة للعقد ، ومبدأ نسبية أثر العقد، والذي يهمنا مبدأ حرية التعاقد ، ووفقا لهذا المبدأ يمكن الاتفاق على تحديد شروط التعاقد ومضمون العقد طالما كان مشروعا ، فلا يتقيدوا بالتنظيم القانوني لبعض العقود فهذا إنما وضع للعقود المسماة وقواعد هذا التنظيم معظمها هي قواعد مكملة وليست آمرة[٤].

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فهو أيضا أقر مبدأ حرية التعاقد ، فيمكن للأشخاص إبرام ما يشاؤون من عقود وتضمينها ما يشاؤون من الشروط ، ويرجع السبب الرئيسي في تقرير الفقه الإسلامي لهذا المبدأ هو إن القوة الملزمة للعقد ترتكز الى الوفاء بالعهد الذي تقرر في القرآن الكريم

---

١ - د. محمد صبري السعدي ، مصدر سابق، ص ٣٤,٣٣.

٢ - د. حسن عبد الباسط جميعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٦،ص ١٠ ومابعدها.

٣ - لمزيد من التفصيل، يُنظر: د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٤٣ وما بعدها.

٤ - د. حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق ، ص١٤.

والسنة النبوية لكنه أيضا وضع قيودا لإعتبارات تتطلبها مصلحة الجماعة وقواعد الشريعة العامة المتمثلة ،عدم الجواز للأشخاص أن يتفقوا أموراً تحل الحرام أو تحرم الحلال، أو أموراً تؤدي إلى الإضرار بالغير، وبهذا يكون الفقه الإسلامي قد يشترك مع القانون المدني في وضع القيود على مبدأ الحرية التعاقدية ، إلا إن الاختلاف بينهما إن طبيعة القيود في القانون المدني تتطلبها إعتبارات النظام العام والآداب، أما طبيعة القيود في الفقه الإسلامي تتطلبها قواعد الشريعة العامة ومصلحة الجماعة[١].

فالتشريعات المدنية أخذت بمبدأ سلطان الإرادة لكنها قيدته بقيود المحافظة على النظام العام والآداب، ومن هذه القيود مايتعلق بالشكل كركن لأنعقاد العقد [٢] ومنها ما لاينعقد إلا بالقبض [٣] ومنها مايفرض لحماية الطرف الضعيف [٤].

وإذا كان الأصل في القوانين المدنية المقارنة هي الحرية التعاقدية إستنادا الى مبدأ سلطان الإرادة نستطيع القول بأنه وفقا لمقتضيات حرية التعاقد يمكن إتفاق المتعاقدين على الالتزام بالتسبيب في مرحلة إبرام العقد بإدراجه كشرط في العقد على إعتبار إن حرية الاشتراط تنبع من هذا المبدأ.

- **التسبيب شرط في العقد**

يُعرَّف الشرط في الاصطلاح الشرعي أو القانوني هو(ما يتوقف عليه الشيئ وجودا، أو صفة دون أن يكون جزءا من حقيقته، بحيث يلزم من عدمه العدم، ولايلزم من وجوده الوجود)[٥].

١ - د. وليد صلاح مرسي، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩، ص ٨٢,٨١.

٢ - كما هو الحال في المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة وإستوفى الشكل الذي نص عليه القانون).

٣ - ما نصت عليه المادة(٩٥١) من القانون المدني العراقي (الايداع عقد يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله الى آخر ولا يتم إلا بالقبض).

٤ - هذا ما أشارت إليه المادة (٢/١٦٧) من القانون المدني العراقي والمادة(١٤٩) من القانون المدني المصري والتي أعطت الجواز للمحكمة بأن تعدل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة.

٥ - د.مصطفى إبراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد، دار السنهوري ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٥ ص٢٤٧.

وقد قسم الفقهاء الشروط إلى ثلاثة معاني،الأول المعنى الفني للشرط والمقصود به غير المحقق الوقوع ويترتب عليه وجود الالتزام أو زواله وينقسم الى قسمين : الشرط الواقف والشرط الفاسخ ، والثاني والذي يقصد بالشرط أركان العقد وشروط صحته والثالث مايتفق عليه بين المتعاقدين في العقد ، ويطلق عليها بنود العقد بمعنى إن الشرط في الاصطلاح القانوني المقصود به إما الشرط الذي يأتي على شكل بند في العقد ، أو الشرط بمعنى الركن أو الشرط الذي يلحق بالالتزام فيجعله موصوف، سواء كان شرط واقف أو شرط فاسخ[١].

وما يهمنا هوذلك الشرط الذي يتفق عليه المتعاقدان والذي يُضيف التزام على الالتزام المفروض عند إبرام العقد ويطلق عليه الشرط التقييدي،أوالشرط المقترن بالعقد فقدعَرّفهُ جانب من فقه القانون المدني العراقي بأنه (شرط يضاف الى العقد ليغير بعض أحكامه العامة)[٢] وعرّفه جانب آخر[٣] المقصود بالشرط التقييدي (هو الشرط الذي يقترن به العقد، ويقييد من حكمه في المعقود عليه) والذي يختلف بدوره عن الشرط التعليقي الذي يعلق عليه إنشاء العقد فالشرط التقييدي لايمنع من نشوء العقد وترتيب الآثار عليه مع مراعاة ما قُيّد به العقد من شروط، وهو يختلف عن شرط التعليق الذي يكون بإحدى أدوات الشرط وهو بهذا يعتبر وصفا من أوصاف الالتزام، وعُرّف أيضا (هو ما اتفق عليه المتعاقدين دون إستعمال أداة الشرط لتحديد علاقتهما وتعيين موجباتها وتغيير أحكام العقد العادية زيادة أو نقصانا، وسمي بشرط التقييد لإنه يقيد أحكام العقد)[٤].

---

١ - لمطاعي نور الدين ،الشرط المقترن بالعقد ، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر ، ١٩٩٦، ص ٢١.

٢ - د. حسن علي الذنون ، اصول الإلتزام ، مصدر سابق ، ص ١٣٤.

٣ - د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ، ١٩٦٧، ص ٤٠٧. وتجدر الاشارة الى إن الفقه الإنكليزي قد عرف أيضا الشرط المقترن بالعقد (الشرط التقييدي) وأطلق عليه (بنود العقد) وتُعرّف بأنها(مجموعة بيانات أو وعود أو إشتراطات قد تكون صريحة أو ضمنية يجري إدراجها في العقد وبدورها تحدد بيانات أو وعود أو اشتراطات قد تكون صريحة أو ضمنية يجري إدراجها في العقد وبدورها تحدد نطاق حقوق وإلتزامات الطرفين المتعاقدين فضلا عن المعالجات أي التعويضات المتاحة في حال الإخلال بتلك البنود التي تحدد المعالجات وفقا لأهمية كل بند من بنود العقد) يُنظر : د. يونس صلاح الدين علي ، بنود العقد في القانون الانكليزي ، دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد(١٦) العدد (٥٨) ، ٢٠١٣، ص .٧٠.

٤ - د. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج٢، بلا طبعة، مكتبة الكشاف، بيروت، ١٩٤٨، ص ٢٠٦.

وعن موقف الفقه الإسلامي من الشرط المقترن بالعقد، نجد الشريعة الإسلامية لاتحمي كل الشروط في العقود وإنما تعطي الحماية لما يلائمها من الشروط وتمنع ما يخالفها مثلها مثل القوانين الحديثة في منع الشروط المخالفة للنظام العام ، لكن المذاهب الإسلامية مختلفة فيما بينها في هذا الجانب ، فذهب الظاهرية إلى عدم جواز تقييد العقد بالشروط ، فلا يُعد شرطا إلا إذا ورد نصا بإثباته ، فالالتزام الشرعي لا يأخذ قوته من قول المتعاقدين وإرادتهم بل مما يُرَتبهُ الشارع على قولهم ويحكم بأنه أثر لتصرفهم ، فإذا لم يرد دليل من الشارع على إعتبارها شروطا فإنها لاتنال قوة التنفيذ[١].

ويتفق الشافعية مع الظاهرية في حظر الشروط المقترنة بالعقد لكنهم أختلفوا عنهم في التوسع في دائرة الشروط الصحيحة والتي منها ما يكون ملائم لمقتضى العقد ومحقق لمصلحته على إعتبار إن هذا الشرط مما تدعوا الحاجة إليه وهو في مصلحة المتعاقدين والعقد وغير مخالف للشرع ومن أمثلة ذلك شرط الشهادة والكفيل والرهن والأمر الثاني الذي أضافوه أيضا إذا تضمن الشرط معنى من معاني البر ومثاله عتق العبد الذي يشتريه[٢].

أما الأحناف فهم متفقون أيضا مع الشافعية والظاهرية في إن الأصل هو حظر الشروط المقترنة بالعقد ويتفقوا مع الشافعية في الشروط الصحيحة والتي منها ملائما لمقتضى العقد فهم قسموا الشروط الى صحيحة وشروط فاسدة وباطلة وأعتبروا الشرط صحيحا ما كان موافقا لمقتضى العقد أو ما جاء به الشارع أو جرى به العرف ، فهم بذلك توسعوا في الشروط الصحيحة عن الشافعية بإضافة الشرط الذي جرى التعامل به عرفا وبإقرارهم هذا الشرط أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط وأصبحت الشروط صحيحة كلها بالعرف إلا إذا إصطدم مع مبادئ الشريعة الإسلامية[٣].

وبالنسبة للمالكية فهم متفقون مع الأحناف والشافعية والظاهرية بأن الأصل في الشروط هي الفساد لكن إتسعت لديهم دائرة الشروط الصحيحة أكثر من المذاهب الأخرى والتي منها مايترتب عليه توثيق موجب العقد،أومافيه منفعة يسيرة لمدة معلومة أومافيه معنى من معاني البر،والجامع بين هذه الشروط هي المصلحة سواء كانت للعقد،أو لأحد المتعاقدين [٤].

---

١ - محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي،القاهرة،١٩٩٦، ص ٢٣٥,٢٣٦.

٢ - د. محمد عثمان شبير ، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ، جامعة قطر ، العدد ٢٢، ٢٠٠٤، ص ٦٩،.

٣ - د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق، ص ٢٠٣,٢٠٤.

٤ - د. حسن علي الشاذلي ، نظرية الشرط في الفقه الاسلامي ، ط١، دار كنوز أشبيلية للنشر والتوزيع ،المملكة العربية السعودية ، ٢٠٠٩، ص ٢٦٢.

ودون الخوض في الجدل الفقهي عن موقف الفقهاء المسلمين من الشروط المقترنة بالعقد نستنتج إن هذه المذاهب (الظاهرية ، الشافعية ، الحنفية ، المالكية) قد ضيقوا من دور الإرادة في الاشتراط خلاف المذهب الحنبلي ومذهب الشيعة الإمامية والذين وسعوا منها ،فالحنابلة أخذوا بحرية الاشتراط، فالأصل عندهم في الشروط الإباحة والاطلاق فكل شرط فيه مصلحة ومنفعة لأحد المتعاقدين فهو شرط صحيح يجب الوفاء به سواء كان ذلك في عقود المعاوضات المالية ، أو في التبرعات أو في التأمينات [١].

أما الشيعة الامامية فقد أجازوا الاشتراط في العقود وبينوا صحة الشروط الواقعة ضمن العقود وهي بأن يكون الشرط داخلا تحت قدرة المشروط عليه وأن يكون سائغا من ناحية الشرع وله أهمية وقيمة يُعتد بها عند العقلاء، سواء كانت هذه القيمة مادية أو معنوية وكذلك أن لا يخالف الكتاب والسنة [٢].

وقد أخذت القوانين المدنية [٣] ومنها القانون المدني العراقي بحرية الاشتراط في العقد حيث جاء بنص المادة (١٣١) منه على أنه **(**١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه، أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة ٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو الغير إذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام أو الآداب...**)**[٤].

ونستنتج من ذلك إن المشرع العراقي أخذ بما عليه في المذهب الإمامي والحنبلي بأن يجوز للمتعاقدين حرية الاشتراط وأورد قيودا بأن لايكون الشرط مخالفا للنظام العام والآداب .
أما بالنسبة للمشرع المصري ، فلم تتضمن نصوصه إشارة صريحة على جواز إقتران العقد بالشرط مثلما فعل المشرع العراقي، لكن هذا لايعني بأنه لم يأخذ به فأورد بعض التطبيقات للشرط المقترن بالعقد[٥]وكذلك هو المشرع الفرنسي فلم يأتي بقاعدة عامة للشرط المقترن بالعقد لكنه نص على أنه (لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وفي أن يختار من يتعاقد

---

١ - د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦.
٢ - لمزيد من التفصيل ، يُنظر:محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية ، تحقيق: محمد حسين الدرايتي، مهدي المهريزي ج٣، ط١، مطبعة الهادي ، قم ، ص ٢٥٧ ومابعدها.
٣ - يُنظر المادة (١٦٤) من القانون المدني الاردني والمادة (٢٠٦) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
٤ - ونص هذه المادة في القانون المدني العراقي مستسقاة من المواد (١٨٦- ١٨٩) من مجلة الأحكام العدلية، يُنظربخصوص المواد (١٨٦-١٨٩) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، م١، البيع ، الاجارة ، الوكالة، مصدر سابق،ص ١٥٧ وما بعدها.
٥ - منها مانصت عليه المادة (٥٨٦) من القانون المدني المصري بأنه (١- يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة في المواعيد المتفق عليها فإذا لم يكن هناك إتفاق وجب وفاء الأجرة في المواعيد التي يُعَّينها عرف الجهة ٢- ويكون الوفاء في موطن المستاجر مالم يكن هناك إتفاق أو عرف يقضي بذلك).

معه وأن يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يقررها القانون ولا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام)[١] .

وبهذا وفقا لمقتضيات حرية الاشتراط والتعاقد يجوز الأتفاق بين الطرفين على الالتزام بالتسبيب، ومثال ذلك أن يشترط بائع مرخص ببيع المواد الخطرة كأن تكون (مادة كيمياوية مذيبة) على المشتري ، بأنه من أجل الحصول على هذه المواد أن يلتزم ببيان الأسباب والمبررات اللازمة والإحتياج الحقيقي للحصول عليها، كأن يكون إستخدمها لأغراض البحث العلمي، أو لأغراض الصناعة وتقديم الخدمات وغيرها.
وتطبيقا لما يُسمى بالتكوين المتتابع للعقد، يمكن لإطراف العقد الاتفاق على عناصره الجوهرية على أن يتم تحديد عناصره الثانوية لاحقا[٢]

والسؤال الذي يُثار في هذا السياق ، في حال إتفاق المتعاقدين على الالتزام بالتسبيب عند إبرام العقد ، هل يرتقي هذا الالتزام بوصفه شرطا يترتب عليه حال الإخلال به إقامة دعوى الاخلال بالعقد ؟

لو رجعنا الى موقف محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في ٢ يوليو ٢٠٠٢ والذي أقرت فيه الالتزام بالتسبيب؛ لوجود بند تعاقدي يُلزم الشركة المصنعة بدراسة التغيير بشكل عادل وعناية وإبلاغ قرارها بسرعة إلى صاحب الامتياز وإعتبرت محكمة الموضوع بأن المانح كان مخطئا لأنه لم يبرر رفضه ومع ذلك تم نقض القرارمن قبل محكمة النقض[٣].

نستنتج من هذا القرار بأن الالتزام بالتسبيب لم يرتقي الى مستوى الشرط على الرغم من الاتفاق عليه ، وإنما يمكن إعتباره على وصف الاتجاه الانكلوسكسوني بند ضامن وثانوي لجوهر العقد[٤]

---

١ - المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

٢ - د. بن أحمد الحاج، القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، الجزائر، العدد (٢)، ٢٠١٥، ص١٧.

3 - MEHANNA Myriam, op.cit,p276.

٤ - يبدو إن الدول ذات النهج الانكلوسكسوني أكثر وضوحا من الدول ذات النهج اللاتيني ،إذا إنها صنفت بنود العقد من حيث أهميتها الى شروط (conditions) والى بنود ضامنة (warranties) وبنود غير مسماة (in nominate terms) والشرط لديهم ما كان يتصل بجوهر العقد وهو أمر أساسي لتحقيق الغرض الرئيسي للعقد ، وفي حال الاخلال به فللطرف المتضرر الحق في المطالبة بفسخ العقد وكذلك التعويض ، أما بالنسبة الى البنود الضامنة فهي أقل أهمية من الشرط ولا تعد أمر أساسي لتحقيق الغرض الرئيسي للعقد، بل ثانوي لجوهر العقد، وفي حال الإخلال به يكون الحق للمتضرر المطالبة بالتعويض فقط ، وكذلك الأمر للبنود غير المسماة فهي لا تُصنف الى شروط تعاقدية أو بنود ضامنة وليس للمحكمة التعرف عليها إلا بعد معرفة الآثر المترتب على الاخلال بها، وهذا مادرج عليه القانون الانكليزي ففي إحدى السوابق القضائية لدى=

أما بالنسبة لموقف القضاء العراقي والمصري فعلى الرغم من أن القانون المدني العراقي والمصري لم يأخذ بالالتزام بالتسبيب كقاعدة عامة ، إلا إنه يجوز الاتفاق عليه عند إبرام العقد إستنادا الى نص المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي والتي أشارت إلى أنه(يجوز أن يقترن العقد بشرط ...) وكذلك للجواز القانوني لإدراج الشرط التقييدي في العقد في القانون المصري .

وبذلك قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها (العقد شريعة المتعاقدين وكل شرط وارد فيه معتبر، مالم يكن مخالفا للنظام العام أو للآداب)[١] وكذلك قضت محكمة النقض المصرية (بأن العقد هو قانون المتعاقدين ، ولازمه، وإن ما يتفق عليه العاقدين هو ملزم للطرفين متى وقع صحيحا ولا يخالف النظام العام أو الآداب)[٢].

ونستطيع القول: بأن إشتراط الالتزام بالتسبيب عند إبرام العقد هو شرط ملائما للعقد، وفيه نفع للمتعاقدين فإذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على أن يلتزم أحدهما بالتسبيب فهذا الشرط ملائمٌ للعقد فهو يفرض التزاما على أحد العاقدين بتقديم الأسباب المبررة كذلك هو شرط فيه نفع للمتعاقدين لأنه من الممكن أن يساهم في حل النزاع العقدي.

وقد يرد سؤالا نتدرج في الإجابة عليه، ومقتضاه إذا كان الالتزام بالتسبيب يمكن الاتفاق عليه عند إبرام العقد، فهل يمكن تطبيق هذا الالتزام بالنسبة لعقود الإذعان؟

وللإجابة على ذلك نقول: إذا ماعرفنا بإجماع فقه القانون بأن عقد الإذعان هو (عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل فيها مناقشة ، ويكون ذلك متعلق بسلعة أو مرفق ضروري محل إحتكار قانوني أو فعلي وموضع منافسة محدودة النطاق)[٣] وبما إن غاية

=المحاكم الانكليزية، بأن تقرر قيام فنان بالأداء الفني موسم كامل في مسارح متعددة، وتم إدراج بند بالعقد يستلزم منه الحضور قبل بدء الموسم بستة أيام، للقيام ببروفات على المسرح ، إلا أنه حضر قبل بدء الموسم بثلاثة أيام أقام المنتج دعوى يطلب اعتبار غيابه إخلال بشرط عقدي ويطالب بفسخ العقد، إلا أن المحكمة قررت في حكمها بإن البند الذي جرى الإخلال به ليس شرط تعاقدي بل بند ضامن وعليه يحق له طلب التعويض وليس الفسخ ، لأن حضور البروفات يعد أمر ثانوي بالنسبة لتحقيق الغرض الرئيسي من العقد . يُنظر : د. يونس صلاح الدين علي ، الوجيز في شرح قانون العقد الانكليزي ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٢٤، ص٢٠٦ ومابعدها.

١ - قرارها المرقم (٤١٠/ب/١٩٤٩) في ١٩٤٩/١٢/١٩ مجلة القضاء ، السنة ٥٤-ع ، بلا تاريخ نشر، ص ٢٧٤. أشار إليه ، سهير حسن هادي ، الشرط المألوف في العقد ،رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، ٢٠٠٨، ص ٣٧.

٢ - قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٢٥٥٨) لسنة ٧٢ القضائية ، بتاريخ ٢٠٢١/٢/١٧ منشور على الموقع الالكتروني https://kanonmisr.com/ar/B تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/١/٢٩.

٣ - يطلق عليها في فرنسا عقود الانضمام ، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة ، ومن أطلق عليه عقد الاذعان هو الفقيه السنهوري ، ويرى إتجاه من الفقه المصري هي أصح من التسمية الفرنسية التي قال بها الاستاذ (سالي) لأن الاذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الاذعان فيشمل عقد الاذعان وغيره من العقود، التي ينضم إليها دون مناقشة ؛ بينما ينتقد جانب آخر من الفقه هذه التسمية بعقود الاذعان ، التي هي من إختيار الفقيه السنهوري، وهي الترجمة العربية للعبارة الفرنسية= =(contract dadghesion) فلفظ الاذعان تأباه النفوس وهو مرتبط بمعاني الذل والاكراه والانصياع، وهي

الالتزام بالتسبيب هي تحقيق التوازن العقدي، وحماية العاقد الضعيف فإن الأمر يقتضي فرض هذا الالتزام بنص القانون من خلال الزام(الموجب) الطرف القوي الذي يملك مقومات القوة التعاقدية والتنظيمية تقديم الأسباب، والمبررات للشروط الموضوعة من قبله والتي تفرض التزامات على الطرف المذعن ،ففرض هذا الالتزام يحقق التوزان العقدي، ويحمي العاقد الضعيف،ويُجنب السلطة التقديرية للقاضي وهذا من شأنه تدعيم النصوص القانونية الواردة في القوانين المدنية الخاصة بحماية الطرف المذعن.

وبالرجوع الى نص المادة (٢/١٦٧) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (٢- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) ويقابلها نص المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري [١].

والمُلاحَظ على النص المتقدم نجده يشوبه بعض الثغرات والتي منها عدم تحديد معنى الشرط التعسفي وإعطاء القاضي سلطة تقديرية في تحديد الشروط التعسفية وتعديلها أو الغاءها وفقا لمقتضيات العدالة، وفيما يتعلق بالشرط التعسفي لو تمعنا في المواقف التشريعية فإن أغلب التشريعات ومنها المشرع العراقي وحتى المصري لم يورد تعريفا له[٢].

أما من جهة الفقه فقد عرف الشرط التعسفي بتعريفات متعددة ومنها (الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر)[٣]

ويذهب رأي فقهي آخرالى تعريفه بأنه(كل شرط تعاقدي يحقق منفعة أو ميزة لمصلحة المشترط على حساب المتعاقد الضعيف)[١]ويرى رأيا من الفقه المصري ، بأن عدم وضع تعريف من قبل المشرع للشرط التعسفي يخشى منه إساءة القاضي لسلطته التقديرية[٢]

مسؤولة الى يومنا هذا عن كثير من اللبس والغموض والخطأ في المواقف الفقهية المعاصرة ،وإتخاذ موقف نفسي يميل الى النفور والتحريم ، وليس هناك حاجة للعدول عن معنى اللفظ الفرنسي(عقود الانضمام) وتسميتها بعقود الاذعان ، لأن الاذعان يكون في حالة خاصة من الانضمام .وبرر جانبا من الفقه العراقي التسمية التي جاء بها الفقيه السنهوري بعقود الاذعان لما يشعر به من معنى الاضطرار في القبول ، وقد راجت هذه التسمية في لغة القانون فقها وقضاءً وتشريعا. يُنظر بخصوص ذلك ،د.عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية ،١٩٧٤،ص١٣٥. وكذلك، د. رفيق يونس المصري ، الخطر والتأمين ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠١، ص ٧٩,٨٠. وكذلك ، د.حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ٥٨.

١ - أما المشرع الفرنسي فقد نصت المادة (١١٧١) من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل على إنه (كل شرط في عقد إذعان ينشئ عدم تعادل واضح بين حقوق والتزامات الأطراف يعتبر كأن لم يكن).

٢ - أورد المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك تعريفا للشروط التعسفية في المادة (L.132- 10) ويقصد بها (الشروط التي تنشئ بحسب موضوعها أو اثرها، بالنسبة لغير المهني أو المستهلك، عدم تعادل واضح بين حقوق والتزامات الطرفين في العقد) يُنظر : د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٧٦.

٣ - د. سعيد سعد عبد السلام ، التوازن الاقتصادي في نطاق عقد الاذعان ، دراسة فقهية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص ٢٣٥.

وعن موقف الفقه العراقي فثمة رأيٌ منه[٣] ذهب بأن عدم تحديد المشرع العراقي معنى الشرط التعسفي ترتب عليه مَنَحْ القاضي صلاحية مطلقة في أن يستخلص الشرط التعسفي وفقا لظروف وملابسات كل حالة ، وينتهي بالرأي إن المشرع العراقي عند منحه القاضي هذه السلطة في الغاء الشرط التعسفي قد جعل معيار إعمال هذه السلطة هو العدالة وأراد من خلال عدم تعريف الشرط التعسفي التوسع في حماية الطرف المذعن وبالتالي تحقيق حماية إضافية له.

لكن السؤال الذي يُثار في هذا السياق، وهومتى يكون الشرط تعسفيا؟

ثمة رأيٌ من الفقه المصري[٤] يُجيب على ذلك من خلال نص المادة الخامسة من القانون المدني المصري بالنص على حالات ثلاث يكون إستعمال الحق فيها تعسفيا[٥] فيُعد الشرط تعسفيا إذا قصد به الحاق الضرر بالغير ويُعد تعسفيا أيضاً إذا كانت المصلحة من إدراج الشرط قليلة الأهمية ولاتتناسب مع الضرر الذي يصيب الطرف المذعن ، وكذلك إذا كانت المصلحة التي يهدف صاحب الشرط من تحقيقها غير مشروعة فكل شرط مخالف للنصوص القانونية الآمرة هو شرط تعسفي، وإتجاه آخر منه يذهب الى إن الشرط تعسفي إذا جاء منافياً لما يستوجب أن يسود التعامل من روح العدل والحق وتقدير فيما إذا كان الشرط تعسفياً أو غيره أمر يعود للقضاء[٦].

أما بالنسبة الى فقه القانون المدني العراقي فقد ذهب رأياً منه[٧]الى أن تقدير فيما إذا كان الشرط تعسفياً يعود الى القاضي إذا كانت عبارات العقد تحتمل المعنى الذي أخذ به ، وقراره غير خاضع لرقابة محكمة التمييز ولم يقيد المشرع سلطة القاضي إلا في حدود ما تقضي به

---

١ - سليمان براك الجميلي، الشروط التعسفية في العقود ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٢، ص ١١.

٢ - د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، الالتزامات ، العقد ، ج١،مصدر سابق ، ص ص ٥٧، ٥٨.

٣ - د.موفق حماد عبد ، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية ، دراسة مقارنة ،ط١، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١، ص،٢٦٦.

٤- د. رشوان حسن رشوان ، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ،عرض لفكرة ملائمة العقد للظروف الاقتصادية ، ط١، دار الهاني للطباعة ،بلا مكان نشر، ١٩٩٤، ص،٢٨٨ ومابعدها.

٥ - يقابلها نص المادة ٧ من القانون المدني العراقي.، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أخذ بنظام القائمة في تحديد الشروط التعسفية بموجب المادة (٢١٢-١) من قانون الاستهلاك الصادر بالمرسوم رقم ٢١٠٦_ ٣٠١ بتاريخ ٢٠١٦/٣/١٤ ونظام القوائم أخذ به المشرع الفرنسي منذ تشريع القانون ١٩٩٥ وبحسب الفقرة الخامسة من المادة المذكورة ، يتم تحديد قائمة الشروط وتعتبر الشروط الواردة ضمن هذه القائمة تعسفية أي يفترض إن الشرط المدرج ضمن هذه القائمة تعسفيا وهذا النظام سبق وإن أخذ به القانون الألماني الصادر عام ١٩٧٦ بشأن الشروط العامة للعقد ، لمزيد من التفصيل يُنظر : د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، الالتزامات ، العقد ، ج١،مصدر سابق، ص ص ٦٢ ،٦٣.

٦ - د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ٢١٢.

٧ - د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ،مصدر سابق ، ص١٥٩.

العدالة، فإذا وجد شرطا تعسفياً فله الجواز في أن يلغيه أو يخفف من أثره، وأي إتفاق للمتعاقدين على نزع سلطة القاضي يقع باطلا لمخالفته النظام العام.

ومما يعزز دور الالتزام بالتسبيب في عقود الإذعان، فلو نظرنا لأراء الفقه مجتمعة فإنها تعطي السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الشروط التعسفية ،هذه السلطة على حد تعبير إتجاه من الفقه هي ليست تقديرية بل هي مقيدة بالغاية من العمل القضائي، ومنح هذه السلطة للقاضي يؤدي الى ظهور أحكام متباينة ومختلفة وهو بطبيعته يؤثر على سيرالعمل القضائي ويؤدي الى فسح المجال لتحكم القاضي في إصدار أحكام مؤثرة على سير العدل، ومن جانب آخر،إن مصطلح العدالة الوارد في النص، فالقانون قد أقر للقاضي سلطة التعديل لكن لم يحدد له الوسيلة وأكتفى بالقول لما تقضي به العدالة وعلى الرغم من هذا المصطلح هو مبدأ أخلاقي،لكن يحيط به الغموض والاطلاق، ويتغير بإختلاف الزمان والمكان [1].

لذا، فالمتحصل لدينا إن فرض الالتزام بالتسبيب في عقود الإذعان على الطرف الذي يتمتع بالقوة الاقتصادية والتنظيمية يساعد القاضي على فهم الأسباب والمبررات للشروط المفروضة على الطرف المذعن، **ومثال ذلك** كأن تقوم شركة متخصصة بتقديم الخدمات العقارية بإدراج بند ضمن العقد المعد من قبلها متضمنا حق فرض رسوم إضافية ، ودون سابق إخطار، فمن خلال فرض الالتزام بالتسبيب يقع على الشركة في حال إدراجها مثل هكذا شرط في الإنموذج المعد من قبلها بيان الأسباب والمبررات الواقعية المتضمن حقها في فرض رسوم إضافية ودون سابق إخطار للمتعاقد،أو كأن يقوم مجهز خدمة الأنترنت بإدراج بند في العقد يتضمن تحديد السرعة لهذه الخدمة وحجم البيانات دون إعطاء الحق للمشترك بالتعديل، أو يتضمن عقد إستخدام تطبيق الكتروني معين صلاحية الوصول إلى البيانات الشخصية للمستخدم وموقعه الجغرافي ولو لم يصرح بالموافقة على ذلك، ففي حال فرض الالتزام على الموجب ببيان الأسباب والمبررات الدافعة لوضع شروط العقد بإرادته المنفردة يدفعه إلى التروي والتفكّر قبل إدراجها وكذلك يمكن للطرف المذعن من فهم الشروط ومبرراتها بدقة ، وأيضا

دوره بالنسبة للقضاء فإذاما إتضح للقاضي عدم وجود أسباب ومبررات واقعية للشرط الوارد بالعقد فيقرر حينها عدم إلزام الطرف المذعن بها، أو إعادة النظر فيها بما يحقق العدالة العقدية وهو بدوره أيضا يُجنّب السلطة التقديرية للقاضي ويساعده على إتخاذ قرار عادل

١- يُنظر: علي مصبح صالح ، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الاذعان ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة الشرق الاوسط ، الاردن ،٢٠١١، ص ٣٦ وما بعدها.

ومنصف ويساهم في تحقيق التوازن العقدي ويمكّنه من تقدير مدى كفاية الأسباب والمبررات المقدمة، فيما إذا كانت تحقق مصالح حقيقية أم كونها مجرد شروط تعسفية[١]

ونقترح على المشرع العراقي رفد نظرية العقد بآليات ووسائل جديدة،فتضمين الالتزم بالتسبيب ضمن عقود الاذعان يساهم في إرساء الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف وضمانة حقوقه أثناء إبرام العقد وذلك من خلال تعديل الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي بإدراج الالتزام بالتسبيب الذي يفرض على (الموجب) الطرف القوي الذي لديه مقومات القوة العقدية ، بيان الأسباب والمبررات لكل شرط في العقد يفرض التزاما على الطرف المذعن ويجوز للمحكمة أن تُعدّل من هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها من خلال تقدير الأسباب والمبررات المقدمة وكفايتها ويقع باطلا كل إتفاق خلاف ذلك.

الفرع الثاني

الالتزام بالتسبيب في مرحلة تنفيذ العقد

بعد أن بيّنا دور الالتزام بالتسبيب في مرحلة إبرام العقد حريٌّ بنا أن نوضح دوره في مرحلة تنفيذ العقد، فهناك عدد من التطبيقات القانونية لرفد موضوع البحث من هذا الجانب، منها ماتظهر ملامحها بشكل صريح، ومنها مايمكن استنتاجه من خلال فهم مقاصد النص التشريعي وهذا يتطلب تقسيم الفرع على فقرتين، خصصنا الفقرة الأولى للتصرفات القانونية التي توجب صراحة الالتزام بالتسبيب في العقد، ونفرّد الفقرة الثانية للتصرفات القانونية التي توجب ضمنا الالتزام بالتسبيب في العقد.

أولا- التصرفات التي توجب صراحة الالتزام بالتسبيب في العقد.

تُعد التصرفات القانونية الصادرة بالارادة المنفردة هي مرتكز تطبيق هذا الالتزام، ويظهر الالتزام بالتسبيب في مرحلة تنفيذ العقد بشكل صريح في حال الاتفاق على تحديد الثمن بالارادة

١ - وقد يحتج من يقول، هل إلزام الموجب الذي يمتلك القوة الإقتصادية والتنظيمية بتقديم الاسباب والمبررات كافيا لحماية الطرف المذعن، ولديه من المقومات التي تُرجح كفته على المتعاقد الضعيف؟ وإجابة ذلك إن تقديم التسبيب لا يكون محل تقدير للمتعاقد وإنما يتطلب شروطا معينة وسيتم بحثها عند الحديث عن شكل التسبيب.

المنفردة في العقود الاطارية ، وعقود أداء الخدمات، هذه العقود أصبحت في العصر الحديث مرتكزا أساسيا في مباشرة النشاط الاقتصادي وتوزيع المنتجات والسلع وإنتشار هذه العقود بشكل واسع في كافة المجالات، وقبل الشروع في بيان النصوص القانونية للالتزام بالتسبيب في هذا النوع من العقود، ينبغي أن لاتفوتنا الإشارة الى مشكلة تحديد الثمن في العقد الاطاري وإننا لوإطلعنا على موقف القانون المقارن نجد إن هذه المشكلة تحظى بإهتمام الفقه والقضاء الفرنسي وبهذا الصدد يقودنا الكلام الى تعريف العقود الاطارية ، وبيان مشكلة تحديد الثمن في هذه العقود،فللموضوع ترابط منطقي فأحدهما مكمل للآخر.

١- مشكلة تحديد الثمن في العقود طويلة الآجل

تثير مسألة تحديد الثمن في العقود طويلة الآجل صعوبات عديدة في الحياة العمليةعلى إعتبار إن تنفيذ هذه العقود يستغرق وقتاً طويلا عادة، وبدأ ظهور هذه المشكلة أمام القضاء الفرنسي بخصوص عقود إطار توريد الوقود، وكانت هذه العقود لاتتضمن تحديد الثمن، الأمر الذي دفع محكمة النقض الفرنسية إلى إعتبار هذه العقود باطلة إستنادا لنص المادة(1591) من القانون المدني الفرنسي والتي توجب تحديد الثمن في عقد البيع، مما دفع الفقه الفرنسي الى إنتقاد موقف القضاء بإبطاله لعقود الاطار،على إعتبار إن عقود الإطار وخصوصا عقود التوريد التطبيقية لايمكن تكيفها على إنها عقد بيع، وعليه من غير الصحيح أن تخضع لأحكام المادة (١٥٩١)[١].

أدى إنتقاد الفقه لموقف محكمة النقض الفرنسية الى عدولها عن تطبيق نص المادة (١٥٩١) والعمل بموجب نص المادة (١٢٢٩) من القانون المدني وتطبيقها على عقود الإطار والتي أشارت بأن يكون محل الالتزام على الأقل شيئاً محددا في نوعه ، أما مقداره يمكن أن يكون غير محدد مادام بالإمكان تحديده، وبذلك يتعين تحديد الثمن في هذه العقود، وأُنتقد أيضا موقف المحكمة من جانب الفقه الفرنسي لإعمالها نص المادة (١٢٢٩) فنص المادة المذكور

١ - د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٠، ص ٤٨٦ ومابعدها.

أشارإلى الشيئ ومن الصعب التوسع في نطاقه ليشمل الثمن، فالثمن مختلف عن الشيئ والقول خلاف ذلك يعني تحميل النص ما لا يحتمل[١].

ودفع إنتقاد الفقه الفرنسي لموقف محكمة النقض من تطبيق نص المادة (١٢٢٩) على العقود الإطارية إلى العدول عن موقفها السابق، وتجلى ذلك من خلال أحكام الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية الصادرة في الأول من ديسمبر عام ١٩٩٥ وقضت بأنه لايؤثر على صحة الاتفاق عدم تحديد الثمن في هذه العقود، إلا في حال وجود نص خاص بذلك وإن الإجراء المتخذ في حال التعسف في تحديد الثمن هو إما إنهاء العقد أو التعويض[٢].

وبهذا الصدد، تأكيدا لدور الاجتهاد القضائي في ظل أحكام الجمعية العمومية لمحكمة النقض إستحدث المشرع الفرنسي نوعين من العقود طويلة المدة بعد تعديل قانون العقود عام ٢٠١٦ هما عقد الإطار وعقد أداء الخدمات.

٢- عقد الاطار وعقد أداء الخدمات.

تعددت التعريفات للعقد الاطاري، فيذهب رأياً من الفقه إلى تعريفه بأنه (عقد يستهدف به الطرفين تحديد الشروط الأساسية التي يلتزمان بإتباعها، فيما يتم إبرامه من عقود لاحقة والتي تعرف بأسم عقود التطبيق أو التنفيذ، فهو يمهد ويهيئ لقيام هذه العقود،ومن ثم يظل مستقلا عنها فلا يكفي الاتفاق عليه لقيام عقود التطبيق، بل يجب إتفاق الطرفين، على كل عقد مراد إبرامه من هذه العقود)[٣].

فهذا التعريف ينسب الى العقود الاطارية صفة العقود التمهيدية ، إذ يتم عن طريق هذه العقود الممهدة إتفاق الطرفين على الشروط الأساسية التي يلتزم الطرفان بأتباعها في عقود التطبيق . وذهب رأي فقهي آخر الى تعريفه بالقول (مجموعة عقدية تتألف من إتفاق يتضمن قواعد تحدد مقدما كيفية إبرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة ، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بمراعاة هذه القواعد)[٤].

---

١ - د. محمد عبد الظاهرحسين، تحديد الاثمان في العقود الاولية،دراسة في بعض الانظمة القانونية، دارالنهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨، ص،٨٦.

٢ - لمزيد من التفصيل بخصوص أحكام الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية ، يُنظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مشكلة عدم تحديد الثمن في بعض العقود طويلة المدة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص ٥٥ ومابعدها.

٣ - د. عبد العزيز المرسى حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي، دراسة مقارنة ،بلا مكان وسنة نشر ، ص ٢٣٨,٢٣٩.

٤ - د. جعفر الفضلي، عقد الإطار، دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثامن، السنة الحادية عشرة ،العدد،٢٨، ٢٠٠٦،ص١.

ونميل الى التعريف المتقدم، والذي يَصِفُ عقد الاطار بأنه مجموعة عقدية ، فهو حسب رأي جانب من الفقه[١] مجموعة عقدية يتضمن إتفاق أساسي تتبعه عقود أخرى يتم إبرامها تطبيقا للعقد الإطاري، فدوره متممٌ لباقي العقود التطبيقية، وليس ممهدا كما ذهب إليه التعريف الأول فالعقود الاطارية ترتبط فيما بينها إرتباطا وثيق الصلة ، وتساهم كلها في تحقيق أو تنفيذ مشروع معين.

ولو إنتقلنا الى موقف التشريع من تعريفه للعقد الاطاري نجد إن المشرعين العراقي والمصري لم ينظما هذا النوع من العقود خلاف المشرع الفرنسي الذي أشار الى تعريفه بعد تعديل قانون العقود الفرنسي بالنص على أنه عقد الإطار (هوإتفاق يحدد الأطراف بموجبه الخصائص العامة لعلاقتهم التعاقدية المستقبلية، وتحدد عقود التطبيق شروط تنفيذ هذا الاتفاق)[٢].

ووفقا للنص المتقدم، أُثير خلاف في الفقه الفرنسي فيما إذا كان العقد الإطاري يُعد عقداً من عدمه، فثمة رأياً من الفقه الفرنسي ذهب إلى نفي صفة العقد بالنسبة للعقودالاطارية وهذه الفكرة مدعومة من خلال مصطلحات نص المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي والتي عَرّفَتْ العقد بأنه (إتفاق إرادت بين شخصين أو أكثر، يهدف إلى إنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه) فإذا لم يكن هناك إلتزام، فلا يوجد عقد، بينما يذهب إتجاه آخر بأن الحجة المستمدة من نص المادة (١١٠١) لايمكن الركون إليها وإن القانون المدني في نظرتهِ إلى عقد الإطار ضمن التصنيفات العقدية الرئيسية، وإذا كان عقد الإطار لاينشئ التزاماً صريحاً على عاتق أطرافه فهو من غير المستبعد أن يفعل ذلك كما هو الحال في العقود الاطارية المتعلقة بالتوزيع، إذ تتضمن تفاصيلا أخرى مثل طرق التموين من المورد وكذلك طرق نقل المعرفة الفنية ، وشرط الحصرية وغيرها، فضلا عن إن عقد الإطار يتضمن التزاماً أقله إبرام عقود التطبيق متى ماتضمنها العقد وإن كان هذا الالتزام كما يراه البعض طبيعته إقتصادية،ُيمكن الذهاب الى أبعد من ذلك وإعتبارالعقد الإطاري يفرض التزام قانوني وإن كان ليس التزاماً بإبرام عقود التطبيق لكن أقلها التزام بالتفاوض بشأنها[٣].

---

١ - لمزيد من التفصيل، يُنظر: أُستاذنا الدكتور، علي شاكر عبد القادر البدري، العقود التطبيقية في العقد الإطاري، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، جامعة القادسية،المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الأول لطلبة الدراسات العليا في كليات القانون، بالتعاون مع جامعة بتسبيرغ، الولايات المتحدة،٢٠٢١، ص٥٥ ومابعدها.

٢ - يُنظر نص المادة (١١١١) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

3 -JuliaheinIch,herveLecuter,Jacquesmestre,Lespactesd'affaires,2021,p175,et.s

ويبدو لنا ترجيح بأن عقد الإطار ضمن التصنيفات العقدية وفقا لنص للمادة (١١١١) من القانون المدني الفرنسي ، وما يؤيد التحليل السابق إن نص المادة المذكور لاينفي الصفة العقدية عن العقد الإطاري، فما يتفق عليه الطرفان لا يشمل جميع العناصر الأساسية للعقود التطبيقية (المحل والثمن في البيع) فلو قلنا بذلك فهذا يعني إن العقود تكون مبرمة فعلا، لكن الاتفاق يشير الى الخصائص العامة ، أي الشروط الفرعية أو الثانوية للعقود التطبيقية مثل (مواعيد تسديد الثمن ، تسوية المنازعات، توزيع المخاطر)[١].

أما بالنسبة لعقد أداء الخدمات فلم يورد المشرع الفرنسي تعريفا له كما هو الحال في العقدالاطاري[٢] ونوقش موقف المشرع الفرنسي من جانب الفقه للغموض الذي يحل بهذه العقود فعدم توضيح المقصود بهذه العقود إنعكس ذلك على الفئة التي تندرج تحتها، فإذا كانت عقود الوكالة والوديعة لاشك بإعتبارها من عقود أداء الخدمات فإن الجدل قائما من أن تشمل عقودا أخرى كالقرض والايجار[٣].

٣- الالتزام بالتسبيب عند تعين الثمن بالارادة المنفردة في العقود الإطارية

أوضحنا فيما سبق موقف محكمة النقض الفرنسية بإبطالها عقود الاطار لعدم تحديد الثمن عند إبرام العقد، ثم عدلت عن موقفها بموجب أحكام الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسي التي خرجت فيه عن الثوابت التقليدية في تعيين الثمن ، فتنبه المشرع الفرنسي لهذا الأمر تكريسا للاجتهاد القضائي وأقر في مرسوم تعديل قانون العقود الصادر عام ٢٠١٦ الى إمكانية الاتفاق على تحديد الثمن بالارادة المنفردة ، إذ نص على أنه (يجوز في عقود الإطار

1-JuliaheinIch,herveLecuter,Jacquesmestre,Lespactesd'affaires,2021,p 177.
ويذهب إتجاه في الفقه الفرنسي، فيما يتعلق بنص المادة (١١١١) من القانون المدني الفرنسي ويطرح بشأنه تساؤلاً، هل الاتفاق على الخصائص العامة للعقود المستقبلية ينشئ التزاما ؟ وهل تقتصر العقود التطبيقية على تحديد كيفية تنفيذ عقد الإطار؟إذا كان الامر كذلك، فهل يشكلون وحدة متكاملة، وماهي النتائج التي استخلصها المشرع من هذا التكريس القانوني ؟ وينتهي بالقول على الرغم من الدراسات العديدة والعلمية، فإن مفهوم العقد الاطاري يظل محاطاً بهالة من الغموض ويثير تساؤلات بشأنه، أي عقد؟ وأي إطار؟ لمزيد من التفصيل يُنظر:Dissaux (N.) Les mystères du contrat cadre, AJ contrat 2017, 104,n1

٢ - عُرف عقد أداء الخدمة في المادة (٦٩) من مشروع إصلاح قانون العقود الخاصة الفرنسي على أنه (عقد يلتزم بموجبه مقدم الخدمة، القيام بالعمل بشكل مستقل لصالح العميل) وأشارت المادة ٧٧ منه الى إنه (يكون بمقابل أو دون مقابل) للاستزادة والاطلاع على مشروع تعديل قانون العقود، متاح على الرابط الآتي
http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/contrats-spe def-2020.pdf

٣ - د. منى أبو بكر الصديق محمد، إشكالية عدم تحديد الثمن في عقود التوزيع الإطارية، دراسة تحليلية في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق، جامعة المنصورة،المجلد ١٢،العدد٧٩، ٢٠٢٢، ص ٤٥٢.

الاتفاق على أن ينفرد أحد المتعاقدين بتحديد الثمن ، وإلزامه بتبرير مقداره ، وفي حال التعسف يجوز اللجوء الى القاضي للمطالبة بالتعويض وفسخ العقد عند الاقتضاء)[١].

من خلال نص المادة المتقدم ، جوّز المشرع الفرنسي في العقود الاطارية لأحد المتعاقدين تحديد الثمن بإرادته المنفردة، فهذه العقود يرغب أطراف العقد بأن يحتفظوا بالمرونة في تحديد الثمن على إعتبارها مرتبطة بتقلبات الأسعار للمواد الاولية وتكلفة الأنتاج والزيادة في أجرة اليد العاملة، وكون المسألة تتعلق بعقد إطاري تليها تنفيذ عقود تطبيقية لذلك من الصعوبة قيام أطرافه بتحديد مضمون العقد عند إبرامه، فيتفق طرفا العقد على الموجبات الأساسية ، ويتركان تحديد الثمن لإرادة أحدهم وغالبا ما يكون المورّد، ويحدد عادة بالعودة الى سعر المورّد يوم التسليم[٢].

ومن جانب آخر يفرض النص المذكورالتزاما بالتسبيب على المتعاقد الذي يقوم بتحديد الثمن بإرادته المنفردة في حال الاعتراض عليه من قبل المتعاقد الآخر،وهذا مايجسد قصد المشرع بإقراره مفهوم (الانفرادية المتزنة) في قانون العقود [٣].

ويوضح مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي المنشور في الجريدة الرسمية بشأن ماجاء بنص المادة (١١٦٤) بأنه يمكن تحديد الثمن من جانب واحد من قبل أحد المتعاقدين في حال اتفاقهما على ذلك ووفقا لما تسمح به معظم الدول الاوربية بشرط الالتزام بتقديم الأسباب، أي توضيح كيفية حساب الثمن مع الآخذ بنظر الاعتبار توقعات الأطراف في حالة حدوث نزاع ونظراً للخطر الذي قد ينجم من السماح بتحديد الثمن من جانب واحد،فقد اقتصر نطاق هذا النص على العقود الاطارية(العقود طويلة الأجل التي تحدد الاطار العام للعلاقة بين الأطراف)

ويشير النص في حالة التعسف في تحديد الثمن يمكن المطالبة بالتعويض أوإنهاء العقد عند الاقتضاء وهو مايتفق مع القضاء الحديث[٤].

---

١ - المادة (١١٦٤) من القانون المدني الفرنسي المعدل، والنص باللغة الفرنسية هو

Art :(1164)(Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat)

٢ - د.ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة،ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان، ٢٠١١،ص١٦٢.

٣ - د. منى أبو بكر الصديق محمد، إشكالية عدم تحديد الثمن في عقود التوزيع الإطارية، مصدرسابق،ص٤٦٠.

4 - Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O, nº0035 du 11 février 2016, texte n° ١١.

ويتبين إن التسبيب في حال تعين الثمن بالارادة المنفردة هو وجوبي، ولايمكن للمتعاقد التحلل منه بالاتفاق مع المتعاقد الآخر، إذ يُفرض على من يقوم بتحديد الثمن مسؤولية تبرير مقداره وبهذا يكون تسبيب القرار العقدي هو إجراء وقائي لتفادي النزاع المتوقع بشأن تحديد الثمن[١].

والسؤال الذي يُطرح هنا،من يقوم بتحديد الثمن الدائن أم المدين؟، والإجابة على ذلك بأنه وفقا للتحديد المتقدم في نص المادة (١١٦٤) فإنها سمحت بفرضيتين وهما ، إما إن الثمن سيتم الاتفاق على تحديده من قبل أحد أطراف العقد لكن دون أن يتم تعينه وهذا نادر الوقوع، أو يتم تعيين المتعاقد الذي يقوم بتحديد الثمن في العقد، وهو إما أن يكون المدين أو الدائن، لكن غالبا ما يكون الدائن[٢] فالذي يقع عليه عبء الالتزام بالتسبيب غالبا ما يكون الدائن بالثمن وهو ماينسجم مع الواقع العملي.

وفي السياق ذاته نظم المشرع الفرنسي الالتزام بالتسبيب في نص المادة (١١٦٥) في عقود أداء الخدمات في حالة عدم وجود اتفاق سابق بين الطرفين على تحديد الثمن، إذ أجاز للدائن تحديد الثمن المقابل للخدمة المقدمة مع التزامه بالتسبيب أي تبرير مقدار الثمن في حال المنازعة، وللمدين أيضا في حالة التعسف في تحديد الثمن أن يلجأ للقضاء ويطالب بالتعويض أو إنهاء العقد عند الاقتضاء[٣].

والمتفحص لنص المادة المذكوريَجِدُ إن المشرع الفرنسي جعل تحديد الثمن بالارادة المنفردة للدائن وحده،دون ان يُلزم الاتفاق عليه عند إبرام العقد كما هو الحال عليه في نص المادة (١١٦٤) الخاصة بالعقود الإطارية، وتبرير ذلك بأنه يُصعب في كثير من الأحيان الحساب الدقيق لمقابل أداء الخدمات في هذا النوع من العقود، لذلك جوّز النص للدائن(مقدم الخدمة)

1- Moury (J.) La détermination du prix dans le (nouveau) droit commun des contrats, D. 2016. 1013 nº,14.

2 - Ibid, nº,13.

٣ - المادة (١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل والتي نصت على أنه (في عقود أداء الخدمات وعند عدم وجود اتفاق بين الاطراف قبل تنفيذها، يمكن للدائن تحديد الثمن، مع الزامه بتبرير مقداره وفي حال التعسف في تحديد الثمن، يجوز اللجوء الى القاضي للمطالبة بالتعويض) والنص باللغة الفرنسية هو

Art :(١١٦٥)(Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation.En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat).

تحديد الثمن بإرادته المنفردة في حالة عدم إتفاق الأطراف على تحديدهِ مع إلزامهِ بتبرير مقدارهُ في حال المنازعة[١].

ويرى إتجاه من الفقه الفرنسي[٢]بأنه ليس من الغريب عدم التسبيب في حال إستخدام الصلاحيات الإنفرادية من أحد المتعاقدين على إعتبار إن العلاقة العقدية يسودها الثقة والتوافق بين الطرفين وهذا من شانه إنجاز العقد بسرعة وسهولة، لكن من ناحية أخرى بمجرد الاعتراض من المتعاقد الآخر على تحديد الثمن هنا يقع سوء الفهم،وحلّه عن طريق التسبيب فالتسبيب يؤدي وظيفتين في هذا الجانب، الأولى إنه يمنع النزاع من التحول الى القضاء؛ لأنه بالإمكان إقناع المدين بمشروعية الثمن المحدد من قبل الدائن، أو على أقل تقدير يضع أسساً معينةً للمفاوضة بين الطرفين، والثانية إذا كان اللجوء الى القضاء أمر لابد منه في حال عدم قناعة المدين ، فإن التسبيب يسهل على المدين إثبات إساءة إستعمال الحق في تحديد الثمن من قبل الدائن، وبهذا يكون الالتزام بالتسبيب يخفف عبء الاثبات على عاتق المدين الى حد كبير.

وثمة سؤالا يتبادر الى الذهن ، في ظل القانون المدني الفرنسي، هل عدم تحديد الثمن لم يعد يشكل عائقا أمام تكوين العقد؟ بمعنى هل يعتبر العقد صحيحا حتى في حال عدم تحديد الثمن وقت إبرامه؟

ينبري رأيٌ من الفقه الفرنسي[٣] بالقول إن تحديد الثمن من قبل أحد المتعاقدين لايقتصرعلى عقود الإطار وعقود أداء الخدمات، فالمواد (١١٦٣,١١٦٤,١١٦٥) فيها إشارات واضحة الى أنه عدم تحديد الثمن وقت إبرام العقد لايؤثر على صحته، فمفهوم نص المادة (١١٦٣)[٤] لايشير الى إن تحديد الثمن أو قابليته للتحديد شرط لصحة العقد، والتفسير الذي

---

١ - د. منى أبو بكر الصديق محمد ، مصدر سابق ، ص٤٥٤.

2 - HAMELIN (Jean-François): L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant, Revue des contrats, nº 3, 2018, p. 518.

وُيضيف قائلا، لماذا يجب الالتزام بالتسبيب على من يقوم بوضع الثمن بإرادته المنفردة؟ هل سبب ذلك من أجل الحفاظ على القوة الملزمة للعقد بدلا من اللجوء للقضاء؟ إذا كان الأمر كذلك، لماذا لايُفرض هذا الالتزام على من يقوم بتنفيذ العقد من خلال شخص ثالث دون موافقة مسبقة من المحكمة؟ ويخلص في النهاية من الصعوبة فهم المنطق وراء هذه النصوص، وبما أن قانون العقود لم يعالج هذه التناقضات ، فإن مسألة حلها على عاتق القضاء، نظرا لحداثتها.

3 - Moury (J.), Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil, D. 2017. 1209.

٤ - نصت المادة(١١٦٣) من القانون المدني الفرنسي على أنه(يكون محل الالتزام أداء حالاً أو مستقبلاً، يجب أن يكون هذا الأداء ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين...) والنص باللغة الفرنسية هو

Art:(1163)(L'obligation a pour objet une prestation présente ou future .Celle-ci doit être possible et déterminée ou determinable.)

يخضع صحة العقد الى تحديد الثمن وقت إنعقاده يتعارض مع الإصلاح الذي جاء بالمرسوم٢٠١٦

مع مراعاة القواعد التي جاءت بها النصوص الخاصة والتي توجب تحديد الثمن عند إنعقاد العقد[١].

ولو أخذنا بالرأي المتقدم ، معنى ذلك حتى الالتزام بالتسبيب لايقتصر على العقود الإطارية وعقود أداء الخدمات وإنما في أي عقد لم يأتي به نص خاص بتحديد الثمن.

ويبدو لنا بأنه لايمكن الركون الى الرأي سالف الذكر، فعدم تحديد الثمن إقتصره المشرع الفرنسي على نوع العقود المذكورة بموجب المواد (١١٦٤) و(١١٦٥) والزم المتعاقد الذي يقوم بوضع الثمن بتبرير مقداره، ونشيرفي هذا المجال الى مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي المنشور في الجريدة الرسمية الذي قصر تحديد الثمن من جانب واحد على العقود الإطارية لخصوصية هذه العقود ، ولو أراد المشرع غير ذلك لنص صراحة، والقول بخلافه يعني تأويل النصوص القانونية على غير وجهها،فكما نص على وجوب تحديد الثمن في بعض العقود الخاصة عند انعقاد العقد ،نص أيضا على جواز تحديد الثمن من جانب واحد بالارادة المنفردة وفرض قيدا هو الالتزام بتبرير مقداره.

ونستطيع القول إن الزام المتعاقد بالتسبيب في العقود التي تسمح بوضع الثمن من جانب واحد بالارادة المنفردة يُحقق التوازن العقدي، ويُجنب التعسف من قبل الدائن في تحديد الثمن.

وعن موقف المشرع العراقي ، فإن نصوصه جاءت خالية من الأحكام التي جاء بها القانون المدني الفرنسي ، فهو لم يشير صراحة إلى الالتزام بالتسبيب كما فعل المشرع الفرنسي ولم يرد في متن القانون المدني العراقي نصا يشير صراحة إلى إمكانية قيام أحد المتعاقدين بتعيين الثمن بإرادته المنفردة ، وهو كذلك موقف المشرع المصري.

ففي عقد البيع ،أشار المشرع العراقي الى الثمن يجب أن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير وبدونه لا ينعقد العقد[٢] ومن جانب الفقه القانوني لايجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بتحديد الثمن؛لأنه

---

١ - ومثال ذلك تحديد الثمن في عقد التطوير العقاري، إذ نصت المادة (١/١٨٣١) من القانون المدني الفرنسي (عقد التطوير العقاري، هو تفويض ذو مصلحة مشتركة، يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المطور العقاري، تجاه صاحب المشروع أن يقوم مقابل **ثمن** متفق عليه...) وكذلك ما نصت عليه المادة(١٥٩٢) الخاصة بعقد البيع بأنه(يجب تحديد ثمن المبيع وتعيينه من قبل الطرفين).

٢ - نصت المادة (٢/٥٢٦) من القانون المدني العراقي على أنه (ويلزم أن يكون الثمن معلوما بأن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة) وكذلك نصت المادة (١/٥٢٧) من القانون المذكور على أنه (في البيع المطلق يجب أن

يجعل أحدالمتعاقدين تحت رحمة المتعاقد الآخر، ويكون بإستطاعته إبطال العقد بأمتناعه عن تحديده[١] ولو أن هنالك رأيّ فقهي[٢] جوّزترك تقدير الثمن لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون الثمن عادلا وأن يُعجل في تحديده.

ولو إطلعنا على موقف الفقه الأسلامي نجد إن فكرة الالتزام بالتسبيب في تحديد الثمن بالارادة المنفردة لم يرد لها ذكر عند الفقهاء المسلمين، ولم يجوّز الفقه الإسلامي تحديد الثمن من جانب واحد، ففي إطار عقد البيع ، فبإجماع الفقهاء المسلمين من الحنابلة و الشافعية و المالكية والحنفية يجب أن يكون الثمن معروفا ومعلوما للمتعاقدين عند إبرام العقد[٣].

وهو كذلك عليه الأمر عند الشيعة الإمامية، فهم بعد أن ذكروا شروط المبيع بأن يكون مملوكا وأن يكون طلقاً(أي للمالك له مطلق التصرف فيه) وأن يكون مقدوراً على تسليمه، أشاروا إلى الثمن بأن يكون معلوما قدراً وجنسا ووصفا، ولايجوز البيع بحكم أحدهما كأن يقول البائع بعتك بما تحكم به من الثمن أو بما سأحكم به من الثمن ، فلا ينعقد العقد[٤].

لكن وجدنا رأياً فقهيا لدى الإمامية يذهب بالقول الى صحة البيع مع الجهل بالثمن إجمالاً وعَوّلَ عليه جمع من فقهاء المذهب الإمامي[٥].

وبعد تسليط الضوء على الالتزام بالتسبيب في مرحلة تنفيذ العقد وبيان موقف المشرع الفرنسي من تنظيمه بإعتباره أحد الضوابط للتحديد الانفرادي للثمن في العقود الإطارية ،نقترح على المشرع العراقي أن يأخذ بالأحكام الجديدة التي جاء بها القانون المدني الفرنسي في إشارته

يكون الثمن مقدرا بالنقد ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الاسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد) ووردت أحكام تحديد أو تقدير الثمن في القانون المدني المصري في المواد (٤٢٣) و (٤٢٤).

١ - د. سعيد مبارك، د.طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية بغداد،٢٠١٧-٢٠١٨ ص٧٥.

٢ - د. سليمان مرقس، العقود المسماة ، عقد البيع، ط٤، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٠،الفقرة ٩٧، ص،١٦٥.

٣ - د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مصدر سابق، ص ٣٧٩ ومابعدها.

٤ - لمزيد من التفصيل ، يُنظر:المحقق الحلي ، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، شرائع الأسلام في مسائل الحلال والحرام، م١,٢،ط١١، دار القارئ، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٢٨٠ ومابعدها.

٥ - من النصوص التي يظهر منها صحة البيع مع الجهل بالثمن ماجاء في صحيفة رفاعة النخّاس قال: قلت لأبي عبد الله(عليه السلام) (ساومت رجلا بجارية، فباعنيها بحكمي، فقضبتها منه على ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم، فقلت هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها،فأبى أن يقبلها مني... فقال أرى ان تقوّم الجارية قيمة عادلة فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه، كان عليك ان تردّ عليه مانقص من القيمة، وإن كان ثمنها أقل مما بعثت إليه فهو له...) وهذا دليل على صحة البيع مع الجهل بالثمن ومال الى الأخذ به جماعة من فقهاء الإمامية كالأردبيلي، والسبزوراي، وصاحب الحدائق، والسيد الخوئي. للتفصيل ، يُنظر: محمد علي الأنصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة،ج٧، ط١، مجمع الفكر الإسلامي، مطبعة ظهور،قم،١٤٢٧ه، ص ١٩٨.

للالتزام بالتسبيب، كما ندعوه إلى ضرورة تنظيم العقود الإطارية وعقود أداء الخدمات لأهمية هذا النوع من العقود وإنتشار هذه الصيغة العقدية في العديد من دول العالم، وأن يتبنى موقف المشرع الفرنسي الذي خرج عن الثوابت التقليدية التي جاء بها قانون نابليون والتي أغلب الدول

ذات النهج اللاتيني ومنها المشرع العراقي جاءت متأثرة به وسمح بتحديد الثمن من جانب واحد فيما يتعلق بهذا النوع من العقود لاسيما إن تحديد الثمن من أحد المتعاقدين له سند في الفقه الإسلامي وهو أيضاً يواكب أغلب تشريعات دول العالم[١].

ثانيا- التصرفات التي توجب ضمنا الالتزام بالتسبيب في العقد

من الصعوبة على أي نص قانوني أن يشمل جميع الحالات بشكل مفصل، وعدم تنظيم المشرع لمسألة معينة لايعني ذلك عدم وجود التطبيقات العملية له، والقوانين غالبا ماتشير إلى نصوص صريحة مباشرة ، وأخرى ضمنية يُستنبط المعنى والدلالة لتطبيق عملي معين من سياق ومقاصد النص القانوني، وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني والقوانين الأخرى نستطيع أن نَلمَسْ تطبيقات للالتزام بالتسبيب في العقد في هذا المجال.

١- حق المشتري في حبس الثمن.

من التطبيقات العملية التي تشير إلى الالتزام بالتسبيب ماورد في المادة (١/٥٧٦) من القانون المدني العراقي والتي أعطت للمشتري حق حبس الثمن في حالات ثلاث، ومن ضمنها عند وجود أسباب جدية يخشى المشتري إنتزاع المبيع من يده[٢] فإذا تَبيّن للمشتري وجود سبب من الأسباب التي تؤدي إلى إنتزاع الملكية كلها أو بعضها من يده فله أن يمتنع عن دفع الثمن

١ - العديد من الأنظمة القانونية، لم تعد تشترط من أجل صحة العقد تحديد الثمن أو إمكانية تحديده،كما هو الحال في القانون المدني السويسري والقانون المدني البرتغالي والقانون المدني اليوناني وغيرها ، وكذلك هو الأمر في القوانين الانكلوسكسونية فالمادة (٨) من قانون بيع البضائع الانكليزي لعام ١٩٧٩ أشارت في الفقرة (٢) (إذا لم يحدد الثمن كما هو مذكور في الفقرة (١) وجب على المشتري أن يدفع ثمنا معقولا) وكذلك هو الحال في المادة (٣٠٥-٢) من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الامريكية والتي أشارت بجواز إبرام عقد بيع ولو لم يكن الثمن محددا وفي هذه الحالة يكون الثمن هو الثمن المعقول وقت التسليم. يُنظر:
Moury (J.), Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil, D. 2017. 1209, op.cit. n°3.

٢ - نصت المادة ٥٧٦ من القانون المدني العراقي على أنه(١– إذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق على عقد البيع او آيل من البائع، أو إذا **خيف لاسباب جِدّية** على المبيع أن يستحق، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق، ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا).

ويكفي للمشتري أن يكون هناك إحتمالية إنتزاع الملكية كلها أو بعضها، لكن هذا الأحتمال يجب أن يكون له مبررا وله سبب جدي[١] كما في حالة عدم قيام البائع بدفع الثمن وخَشيَ المشتري

فسخ البائع الأول للعقد، أو ظهر للمشتري إن المبيع مثقلاً بحق عيني كالرهن وخِيف من التعرض له من قبل صاحب الحق ، أو إذا كانت ملكية البائع معلقة على شرط فاسخ أو واقف ويخشى المشتري من تحققهما،وتقدير الأسباب فيما إذا كانت جدية من عدمه مسألة وقائع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع حسب ظروف كل قضية[٢].

فحق المشتري في حبس الثمن في حال وجود أسباب معينة ليس حقا مطلقاً، فبإمكان المشتري الاحتفاظ بالثمن لكن يجب أن تكون هذه الأسباب المقدمة مبررة ، فخوف المشتري من إستحقاق المبيع يجب أن يكون له مبرر أو حجة قوية ، وهو مانراه التزاماً ضمنياً بالتسبيب [٣].

٢- تَعذّر الوفاء للدائن (العرض والإيداع)

المقصود بالعرض بأنه (إبداء المدين إستعداده بإرادته المنفردة الوفاء ما التزم به من أداء قِبَل الدائن)[٤] ،أما الإيداع فيقصد به (تسليم ما عَرَض المدين الوفاء به للدائن لدى الكاتب

---

١ - والحق في حبس الثمن للمشتري يستلزم ألا يكون قد قام بدفعه، وإذا كان قد أوفى به فلا يحق له إسترداده وإنما يحق له الرجوع على البائع بالضمان عند تحقق شروطه. للتفصيل ،يُنظر: د. عبد المنعم البدراوي،الوجيز في عقد البيع، بلا مكان طبع ، ١٩٩٨، ص٣٩٥.

٢ - د. كمال ثروت الونداوي، شرح احكام عقد البيع ، دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والاجنبية، ط١، مطبعة دار السلام ، بغداد، ١٩٧٣، ص ٢٨٩. وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية (إن المميز يستند في حقه في حبس الثمن على أسباب واهية لاترقى الى الجدية التي افترضها المشرع في الفقرة الأولى من المادة (٥٧٦) والمتمثلة بخوف قيام البائع(المميز عليه) بأستعمال حقه بالشفعة في تملك جزء من العقار المبيع، لأن إستعمال حق الشفعة مقرر بحكم القانون، ولايوجد إتفاق يمنع من إستعماله، ولايُعد هذا تعرض شخصي صادراً عن البائع موجباً للضمان، وعليه للأسباب المذكورة تقرر رد طلب التمييز) يُنظر: القرار المرقم (٧١١/عقار/١٩٩٨) في ١٩٩٩/٩/٣ غير منشور، أشار إليه د. عبد العالي صالح العكيدي، أحكام حق حبس الثمن للضمان، بحث منشور في مجلة البحوث المستقبلية، كلية الحدباء الجامعة،العدد الواحد والعشرون،٢٠٠٨،ص٧٩.

٣ - وأحكام حق المشتري في حبس الثمن في القانون العراقي، يقابلها نص المادة (٤٥٧) من القانون المدني المصري والمادة (١٦٥٣) من القانون المدني الفرنسي، وعن موقف الفقه الإسلامي فقد عرف الفقهاء المسلمين كلاً من حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ وعالجوهما تحت عنوان واحد هو حق الحبس، وتطبيقاته في الفقه الإسلامي واردة في عقود المعاوضات ، فإرتباط الالتزامين في عقود المعاوضة هو الأساس الذي يقوم عليه الحق في الحبس، فعدم تنفيذ أحد الطرفين لألتزامهما يترتب عليه أن يمتنع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه. يُنظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي،ج٢، ط١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد،١٩٦٥،ص١٠٣. وكذلك ،د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،ج٦، مصدر سابق، ص١٧٠ ومابعدها.

٤ - د. آدم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص ٢٦٢.

العدل، أو في صندوق المحكمة عند رفض الدائن تسلّم ما تم العرض عليه)[١] ومن خلال الرجوع إلى نصوص القانون المدني العراقي وجدنا إشارات إلى التسبيب من خلال أحكام المادة (٣٨٥) والتي نصت على أنه بأنه (إذا رفض الدائن **دون مبرر** قبول الوفاء

المعروض عليه عرضا صحيحا أو اذا رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها...)[٢] ففي حال رفض الدائن قبول الوفاء من قبل المدين دون مبرر وكان قد عُرض عليه عرضا صحيحا وقد أبلغه المدين بذلك، فيحق للأخير مباشرة إجراءات العرض من أجل تنبيه الدائن بالنتائج المترتبة على رفضه ومن ثم الإيداع بعد إعذارالدائن، والقيام بإجراءات العرض لا يقوم بها المدين إلا بعد ثبوت إمتناع الدائن قبوله الوفاء الذي عُرض عليه عرضا صحيحا ودون مسوغ [٣].

والسؤال هنا، من خلال نص المادة المذكور آنفا ، أين يظهر الزام الدائن بالتسبيب؟ وللإجابة على ذلك نرى بما إن إجراءات العرض لا يمكن القيام بها إلا بعد ثبوت إمتناع الدائن قبول الوفاء غير المبرر، فنستطيع القول إذا ما أراد الدائن وقف إجراءات العرض يقع عليه بيان الأسباب المبررة للرفض، وهذا يتضح من المفهوم المخالف لنص المادة (٣٨٥) بأنه يُمكن للدائن رفض الوفاء إذا كان لديه مبرر، ويقع عليه تقديم الأسباب والمبررات.

وما يؤيد المعنى المتقدم القرار الصادر من محكمة التمييز العراقية والمتضمن بأنه (على المحكمة التحقق من أن العرض قد تم صحيحا، وعليها أن تقف على أسباب رفض العرض وفي ضوء ذلك تقضي بصحة العرض والإيداع أو بطلانهما ، فإذا تأيد لها أن العرض كان صحيحا وإن الأسباب التي إستندت عليها المدعية غير جديرة بالقبول فعند ذلك تصدر حكمها بصحة العرض... وحيث إن الحكم المميز قد صدر خلاف ذلك لذا تقرر نقضه)[٤].

وفي السياق ذاته ،الأصل أن يتم الوفاء للدائن ، لكن في حالات معينة قد يتعذّر على المدين الوفاء للدائن بشكل مباشر،وهذا ما أشارت إليه المادة (٣٨٨) من القانون المدني العراقي

---

١ - د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص ٤١٥.

٢ - نصت المادة (٣٨٥)من القانون المدني العراقي(١– اذا رفض الدائن **دون مبرر** قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا أو اذا رفض القيام بالاعمال التي لا يتم الوفاء بدونها أو إذا اعلن أنه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الانذار).

٣ - يُنظر:د. عباس العبودي ، مصدر سابق،ص ص٤١٦,٤١٧.

٤ - يُنظر: قرار محكمة التمييز العراقية رقم القرار (٩٢/ تمييز) تاريخ الحكم (١٩٨٨/٢/١٠) منشور في قاعدة التشريعات العراقية على الرابط الإلكتروني https://n9.cl/gqziz4 تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٥/٢٩.

وأوردت حالات يكون الإيداع فيها جائزاً[١] والتي منها إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء، فإذا ما أراد المدين الوفاء ووجدت هناك أسباب جدية تمنعه من الوفاء، فله إيداع الدين على ذمة الدائن،ومثال ذلك إذا ما أراد المشتري أن يوفي الثمن للبائع لكن يمتنع البائع القيام

بما يجب عليه من تصديقه على إمضائه في عقد البيع أو إن المدين يرغب بالوفاء بدين يكون لغير الدائن حق فيه، ولايحصل من هذا الغير على مخالصة[٢] فيستطيع المدين إيداع مبلغ الدين إذا أراد الوفاء وكانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الأجراء عليه تقديم هذه الأسباب وهذا التزام ضمني بالتسبيب[٣] ويُمكن القول إذا كان الحكم في المادة المذكورة إن الإيداع أو ما يقوم مقامه جائزا من قبل المدين، فإن الفرض يشترط في النص المذكور شروطا معينا وواحد منها إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء ،فمن أجل أن يكون الإيداع صحيحا ، على المدين تقديم الأسباب والمبررات لهذا الإجراء

وإن كنا قد المحنا القول سابقا عند بحثنا تعريف الالتزام بالتسبيب، بما ذهب إليه رأياً من الفقه الفرنسي بتقسيمهِ التسبيب إلى نوعين، التسبيب الحاسم أو القطعي والتسبيب الدافع، ونرى إن التسبيب المذكور في الحالتين آنفا يُعد مصداقا للتسبيب الدافع المقصود منه إعلام الغير بالأسباب والهدف منها توضيحي من خلال تقديم الحجج التي تبين عدم وجود إساءة او خطأ.

٣- الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار.

طبقا للقواعد العامة ، يمكن للمستأجر، أن يتصرف بحقه الشخصي، و من الناحية العملية يُعد التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن من أهم التصرفات التي يقوم بها المستأجر،وهذا ما سمحت به أغلب التشريعات ومنها المشرع العراقي[٤] ويمكن أن نَلمسْ الالتزام بالتسبيب في حالة الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجاربما نص عليه مشرعنا المدني على أنه (١- للمستأجرأن يؤجر المأجوركله أو بعضه بعد قبضه،أو قبله في العقاروفي المنقول،وله كذلك أن يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة كل هذا ما لم يقضِ الاتفاق أو العرف

---

١ - نصت المادة (٣٨٨) من القانون المدني العراقي (يكون الايداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزا أيضا إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه أو كان الدائن محجورا وليس له نائب يقبل عنه الوفاء أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة اشخاص **أو كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الاجراء**).

٢ - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٣، مصدر سابق ، ص ٧٣١ وما بعدها

٣ - ويقابل نص المادتين (٣٨٥) و (٣٨٨) من القانون العراقي ، المادتين (٣٣٤) و (٣٣٨) من القانون المدني المصري، اما القانون المدني الفرنسي فإن نصوص المواد من (١٢٥٧-١٢٦٤) المتعلقة بالعرض والإيداع أُلغيت بموجب المادة (٢) من الأمر رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦.

٤ - د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية، البيع والإيجار،ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان، ٢٠١٥،ص ٥٢٤.

بغيره٢- فاذا اشترط إيجار المستأجر أو تنازله عن الإيجار لا يكون إلا بموافقة المؤجر، فلا يجوز لهذا أن يمتنع عن الموافقة الا لسبب مشروع)[١] و يتبين لنا من النص المذكور سلفاً بأنه يمكن للمستأجر أن يؤجر المأجور، أو يتنازل عنه إلا في حال إشتراط العقد موافقة المؤجر على

ذلك فيتطلب حصول هذه الموافقة، وفي حال رفض المؤجر طلب المستأجر يقع عليه بيان الأسباب التي تبرر الرفض، فإذا كان الفرض هو موافقة المؤجر على طلب المستأجر التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار، فإن الحكم بأنه لا يجوز للمؤجر الإمتناع عن الموافقة دون بيان الأسباب المبررة للرفض

وقد ينبري من يسأل ماهو الجزاء المترتب على المؤجر في حال رفضهِ طلب المستأجر الإيجار من الباطن، دون تقديم التسبيب لهذا الرفض؟

من الجانب العملي لم نجد عند بحثنا قرارا صادرا من القضاء العراقي يتضح منه الإشارة إلى وجود التسبيب من عدمه ، لكن هناك رأيٌّ من الفقه العراقي يشير إلى أنه في حال عدم وجود المصلحة للمؤجرمن التمسك بالشرط المانع، وثبت للمحكمة ذلك ، كان لها أن تمنعه من التعسف في إستعمال الحق بأن تُجيز للمستأجر الإيجار من الباطن[٢]، ونعتقد بأنه لا يمكن للمحكمة التحقق من مصلحة المؤجر دون قيامه ببيان الأسباب والمبررات التي تدعم موقفه.

أما على مستوى القضاء الفرنسي وجدنا قراراً لمحكمة النقض الفرنسية الصادر عام ٢٠١١ يتعلق بالتنازل عن الإيجار[٣] إذ تضمن بأن رفض المؤجر طلب المستأجر التنازل عن عقد الايجار إلى شخص ثالث دون تقديم سبب مبرر يعتبر تعسفا يجوز للشخص الثالث المتنازل اليه أن يطلب التعويض ، وتتلخص وقائع هذه القضية إن عقد الايجار بين المؤجروالمستأجر تضمن في أحد بنوده بأنه يحق للمستأجر أن يتنازل عن عقد الايجار الى شخص ثالث شرط الحصول على موافقة المؤجر، وقدم المستأجر طلبا بذلك غير إن المؤجر رفض الطلب دون تقديم أي سبب مبرر ، وبينت محكمة النقض بأن يحق للمؤجر رفض طلب المستاجر التنازل

---

١ - المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي، أما المشرع المصري فلم ينص في حال رفض المؤجر طلب المستأجرالإيجار من الباطن على تقديم السبب المشروع ، إذ نصت المادة (٥٩٣) من القانون المدني المصري= =على أنه (للمستأجر حق التنازل عن الإيجار، أو الإيجار من الباطن ،وذلك عن كل ما أستأجره أو بعضه، مالم يقضِ الاتفاق بغير ذلك) وهو أيضا موقف المشرع الفرنسي في نص المادة (١٧١٧) من القانون المدني .

٢ - د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مصدر سابق ، ص ٢٧٧.

٣ - من الجدير بالذكر إن الفقه يُشير إلى معايير للفرق ما بين الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار، لكن هذه المعايير وإن كانت عونا للقاضي إلا أنها ليست حاسمة، بل دلائل تقريبية قد توصله الى إعطاء تكييف قانوني صحيح ، وقد لا تجديه نفعا وعندها يُرجح القاضي التأجير من الباطن وفقا لنية المتعاقدين كونه أكثر شيوعا وأقرب إلى أذهان الناس من التنازل عن الإيجار. لمزيد من التفصيل ، يُنظر :د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، مصدر سابق ، ص ص ٢٣٠,٣١٩.

عن عقد الايجار الى شخص ثالث لكن عليه أن يُسبب رفضه ، وإن عدم تقديمه سببا لرفض طلب المستأجر يُعد تعسفا يحق للمتنازل اليه المطالبة بالتعويض[١].

ويمكن القول: إن إشتراط عقد الإيجار موافقة المؤجر على طلب المستأجر للتنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن، فيتعين عليه في حال الرفض تقديم الأسباب المبررة لرفضه طلب المستأجر، وهو ما يمكن عَدهُ فرض التزام ضمني بالتسبيب[٢].

٤- التنفيذ العيني على حساب المدين.

لعل سؤالا يُطرح في إطار هذا التوصيف ومقتضاه ، هل يمكن ان نَلَمسْ تطبيقا لفكرة الالتزام بالتسبيب في حالة التنفيذ العيني على حساب المدين ؟

بداية لا يُعد ضروريا أن يكون تنفيذ الالتزام مرتبطا بشخص المدين، مثل ما هو الحال بالقيام بإصلاحات في المأجور، أو التعهد من المقاول ببناء منزل، ففي حال إمتناعه عن التنفيذ يمكن للدائن اللجوء إلى القضاء، للسماح له بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين فيتعاقد الدائن مع شخص آخر من أجل تنفيذ العمل، وله الرجوع بالنفقات على المدين[٣] وفي حالات أخرى قد يقتضي التنفيذ العيني الاستعجال وعدم الإبطاء، ويترتب على إقامة الدعوى وصدور الحكم حصول ضرر جسيم للدائن، فله تنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون الرجوع الى القضاء والحصول على إذن، ثم الرجوع على المدين بما أنفقه بدعوى يقيمها لهذا الغرض وللقاضي التأكد من المبررات المقدمة التي دفعت الدائن إلى تنفيذ الالتزام دون الحصول على إذن المحكمة و الحكم بما طالب به الدائن أوأقل من ذلك في حال عدم القناعة بسلامة التصرف[٤] .

---

١ - ينظرتفاصيل القضية متاحة على الرابط الالكتروني https://www.legifrance.gouv.fr تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/٢٨.

٢ - في قرار صادر من محكمة التمييز المدنية في بيروت والمتضمن (إن الشرط الوارد في عقد الإيجار الذي يمنع المستأجر من أن يتنازل عن حقوقه بالإيجار أو يؤجر المحل بدون إذن خطي من المؤجر لا يُعد منعا مطلقا عن التأجير أو التنازل عن الإجارة ، **ولا يجوز للمؤجر أن يرفض الإذن بدون سبب مشروع**، وعلى المحكمة أن تتحقق من نية الطرفين المتعاقدين بقصد معرفة فيما إذا كان المؤجر أجازللمستأجر التنازل عن المأجور أو التأجير من الباطن بشرط التعليق أو الإلغاء بحيث يمكن للمؤجر من الغاء العقد بعد إجرائه فيما لو رفض الموافقة **وأبدى أسبابا مشروعة).** يُنظر تفاصيل الحكم متاح على الرابط الإلكتروني https://n9.cl/0gkvn تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٥/٢٨.

٣ - د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،٢٠٠٦، ص٣٤.

٤ - د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري،محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت ، ٢٠١٥، ص ٢٧.

وقد تتضح فكرة هذا الإلتزام في الحالة المذكورة بما ذهب إليه رأيٌ من الفقه الفرنسي المؤيد إلى تقسيم التسبيب إلى نوعين الدافع والحاسم ، ويُشير بأن الأمر يتعلق بالأساس بمسألة الاستعداد مقدما لنزاع محتمل من خلال تقديم الحجج والأسباب الكامنة وراء قيامه بهذا التصرف إلى المتعاقد أو القاضي التي تُقنع بعدم الخطأ أو التجاوز ،ويعطي مثالا على ذلك كما هو الحال قيام المستأجر الراغب في تحميل المؤجر التكلفة للأعمال التي قام بإنجازها أو في حالة قيام صاحب الحق بإستغلال العلامة المسجلة بإبلاغ صاحب الإمتياز بالنفقات التي يجب عليه تخصيصها من أجل تنمية وزيادة العملاء وينتهي بالحديث إن هذا التسبيب هو تسبيباً دافعا يتعلق بحماية الشخص لحقه[١].

وفي ضوء ما تقدم يُمكن القول : في حال قيام الدائن بالتنفيذ العيني على نفقة المدين، ودون إستئذان المحكمة في حالة الاستعجال، وأراد الرجوع بما أنفقه على المدين فعليه تقديم أسباب ومبررات الاستعجال التي تثبت حُسن التصرف، وهو مانراه التزاماً ضمنياً بالتسبيب[٢].

٥- تعذّر تنفيذ تعليمات المرسل في عقد النقل

قبل أن نُبَيّن تطبيق الالتزام بالتسبيب في هذه الحالة نُشير إلى أنه في بعض الحالات السابقة ذكرنا مصطلحي (الفرض والحكم) دون أن نتعرض لدورهما في بنية القاعدة القانونية.

يتكون البناء المنطقي لأية قاعدة قانونية من عنصرين وهما الفرضية والحكم ، وفيما يتعلق بعنصر الفرضية فهو شرط أساسي من أجل تطبيق القاعدة القانونية فإذا تحققت حالة معينة يليها حكم يجب إتباعه، أما الحكم فهو النتيجة المترتبة على الفرضية، وهذه النتيجة قد تكون سلبية أو إيجابية، ويمكن أن يكون الحكم إلزاماً بالقيام بعمل معين أو الإمتناع عن عمل معين أو يكون الحكم تقريرا للمسؤولية، أو يحدد وضعاً قانونياً معيناً، فإذا ما تمت الفرضية بتحديد حالة أو

1 - HOUTCIEFF (D.): La motivation en droit des contrats, op. cit., n° 20 p. 42.

٢ - نصت المادة (٢٥٠) الفقرة(٢) من القانون المدني العراقي على أنه (٢- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا إذن من المحكمة) وهو أيضا موقف المشرع المصري في نص المادة (٢/٢٠٩) وتطبيقا لذلك أشارت المادة (٥٦٨) من القانون المدني المصري على أنه (إذا تأخر المؤجر بعداعذاره عن القيام بتنفيذ التزامه بصيانة العين المؤجرة ، جاز للمستأجر أن يحصل على ترخيص من القضاء في إجراء ذلك بنفسه وفي استيفاء ما أنفقه خصما من الأجرة...٢- ويجوز للمستأجر دون حاجة إلى ترخيص من القضاء أن يقوم بإجراء الترميمات المستعجلة أو الترميمات البسيطة مما يلتزم به المؤجر...) و تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (٢٥٠) من القانون المدني العراقي ، يجوز للمستأجر في حالة الأستعجال وبعد إعذار المدين، أن يقوم بهذه الترميمات على نفقة المدين ، بلا إذن من المحكمة. يُنظر د. سعدون العامري، مذكرات في العقود المسماة،البيع والإيجار، محاظرات أُلقيت على طلبة الماجستير، كلية الحقوق ، جامعة بغداد، السنة الدراسية ١٩٦٥,١٩٦٦، ص١٦٢.

وضع أو واقعة يُطبق الحكم[١] ومثال ذلك ما نص عليه المشرع العراقي في إطار عقد النقل على أنه (على الناقل الذي لايتمكن من تنفيذ التعليمات الجديدة، أن يخطر الجهة التي أصدرتها حال تسلمه لها مع بيان الأسباب الداعية إلى ذلك) فإذا كان توجيه الشيئ محل النقل حقاً للمرسل مادام الشيئ في حيازة الناقل وتكون التعليمات الصادرة

منه نافذة بحق الناقل، فيمكن للناقل عدم تنفيذ هذه التعليمات في حال عدم إستطاعته تنفيذها لكن يقع عليه تقديم الأسباب والمبررات الداعية إلى ذلك ، فالفرض في النص المذكورهو عدم تمّكن الناقل من تنفيذ التعليمات الجديدة ، والحكم إخطار الجهة المصدرة للتعليمات مع بيان الأسباب[٢] وهو ما يمكن عده التزاماً ضمنياً بالتسبيب بأنه يمكن للناقل عدم تنفيذ التعليمات في حال عدم إستطاعته لكن يقع عليه بيان الأسباب.

وإذا كان البناء المنطقي للقاعدة القانونية تكون فيه الفرضية سابقة للحكم، فيمكن أن يحدث العكس، وأن يأتي الحكم قبل الفرضية [٣]، ومثال ذلك مانص عليه المشرع العراقي أيضا في إطار عقد النقل بأنه **(لايجوز للناقل الامتناع عن تنفيذ التعليمات الصادرة إليه ممن له الحق في إصدارها إلا إذا كانت مخالفة لشروط النقل أو تعذر عليه تنفيذها لسبب مشروع)**[٤]، فإذا كان الحكم بأنه عدم جواز الناقل الإمتناع عن تنفيذ تعليمات النقل فإنه يمكن له مخالفة شروط النقل في حالة تعذر عليه تنفيذها لكن يقع عليه بيان الأسباب المشروعة،وهذا ما يمكن عَدهُ التزام ضمني بالتسبيب.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أشار أيضا بأنه على الناقل أن يقوم بتنفيذ التعليمات الصادرة إليه إلا في حال مخالفتها شروط النقل أو تعذر عليها تنفيذها ، وفي هذه الأحوال يجب عليه إخطار من أصدر التعليمات بالإمتناع عن التنفيذ مع بيان سبب هذا الإمتناع، وتنهض مسؤوليته في حال إمتناعه عن التنفيذ دون مسوغ[٥].

وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية في إطار عقد النقل ومضمونه (عدم الاعتداد بالتحفظ الذي يدرجه الناقل في سند الشحن للتدليل على جهله فيما يتعلق بصحة البيانات المدونة

---

١ - د.منذر الشاوي ،مدخل في فلسفة القانون، ط١، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١١، ص١٥٣ ومابعدها.

٢ - نصت المادة (١٠٨) من قانون النقل العراقي على أنه (١- تكون التعليمات الصادرة من المرسل وفقا لأحكام المادة ١٠٤ من هذا القانون نافذة بحق الناقل بتوافر الشروط اللآتية ...٢- على الناقل الذي لايتمكن من تنفيذ التعليمات الجديدة أن يخطر الجهة التي أصدرتها حال تسلمه لها مع بيان **الاسباب الداعية** الى ذلك).

٣ - د. منذر الشاوي ، مصدر سابق ، ص١٥٤.

٤ - يُنظر المادة (٣٧) من قانون النقل العراقي.

٥ - يُنظر المادة (٢٣٣) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المعدل.

بسند الشحن إلا إذا وجدت أسباب جدية للشك في صحتها، أو لاتوجد لديه الوسائل الكافية للتحقق من صحتها، ويقع على الناقل عبء إثبات مبررات التحفظ)[1].

١ - أشار إليه القاضي ،إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية فقها وقضاءً،ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٩، ص ٥٦.

وتجدر الاشارة إن للالتزام بالتسبيب تطبيقات في نصوص القانون المدني العراقي تتضح من خلال مقاصد النص القانوني، لكن ليس في نطاق التصرفات الإنفرادية، ومثال ذلك مانص عليه مشرعنا المدني على أنه **(...** ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا **اثبت** المدين إن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين إن التقدير كان فادحا أو أن الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة**)** وكذلك جاء بالنص على أنه **(** إذا إستحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم **يثبت** إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه،وكذلك يكون الحكم إذا تاخر الملتزم في تنفيذ التزامه **)** وأيضا نص في نطاق عقد البيع على أنه **(** لايضمن البائع عيبا قديما كان للمشتري يعرفه أو كان يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا **أثبت** أن البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب، أوأخفى العيب غشاً منه**)**[1]

ومايُهِمُنا هو مصطلح (الإثبات) الوارد في النصوص المذكورة آنفا، فلو رجعنا الى تعريفهِ في اللغة ، هو تأكيد الحق بالبينة، والبينة في اللغة فهي أي دليل وأي حجة، أما المعنى القانوني للإثبات فهو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات بعض الحقوق، والمقصود بالدليل هو وسيلة الإقناع الذهني، وإقامته يعني تقديمه الى من يراد إقناعه بالأمر ويستعمل في الشريعة الاسلامية بمعنى الحجة أو البرهان[2]. فهنالك علاقة وثيقة بين الالتزام بالتسبيب أمام القضاء وبين الإثبات، فيجب على كل طرف في الدعوى أن يقدم الحجج والأسباب الداعمة لموقفه وإدعائه، فالتسبيب المقنع، يجعل القضاء أكثر تقبّلا للإثباتات والأدلة المقدمة، وللمحكمة أن تطلب أي حجة أو دليل تثبت صحة إدعاء الخصم، فبالرجوع الى نص المادة (١٧) من قانون الاثبات العراقي والتي نصت على أنه (أولا- للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم، إتخاذ أي إجراء من إجراءات الاثبات تراه لازما لكشف الحقيقة) ويتبين لنا مما تقدم إن التسبيب يُسّهل الإثبات

١ - يُنظر نصوص المواد (٢/١٧٠) (١٦٨) (٥٥٩) من القانون المدني العراقي.

٢ - يُنظر: د. حسن عبد الباسط جميعى، الإثبات في المواد المدنية والتجارية،بلا مكان وسنة طبع ، ص ٥

ونستطيع أن نَلمسْ الالتزام بالتسبيب بما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها ومضمونه (إن ما إستند المميز عليه من أسباب موافقة لأصول وأحكام القانون، إذ تأيد بأن المدعي (المميز عليه) اضطر لقطع دراسته في كورس تعليم اللغة الانكليزية ومن ثم عدم إكمال دراسته الاكاديمية المبتعث من أجلها بسبب نفاذ اقامته في بريطانيا وعودته الى العراق ومن ثم رفضت السفارة البريطانية منحه سمة دخول جديدة (فيزا) إلى بريطانيا لأن الحكومة العراقية قررت تخفيض الرواتب الممنوحة لطلاب البعثات الدراسية، وبذلك يكون عدم تنفيذ المدعي لإلتزاماته بموجب عقد البعثة الدراسية، لأسباب خارجة عن إرادته تطبيقا لنص المادة (١٦٨) من القانون المدني)[١].

١ - يُنظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم القرار(٢٤٢٩-٢٤٣٠ –س م-٢٠١٩) الهيئة الاستئنافية، منقول. منشور في قاعدة التشريعات العراقية على الرابط الالكتروني-https://iraqld.e-sjc services.iq/VerdictsTextResults.aspx .

المطلب الثاني

تطبيقات الالتزام بالتسبيب في مرحلة إنحلال العقد

بعد أن تعرفنا على تطبيقات الالتزام بالتسبيب في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه لا بد لنا من دراسة تطبيقات هذا الالتزام في مرحلة إنحلال العقد.

من الأمور المسّلم بها إن إنقضاء الرابطة العقدية وزوالها يكون عن طريق تنفيذ العقد إلا أنه قد تحدث أمور تؤدي الى زوال العقد منها ما ينسحب أثرها إلى الماضي ويسمى الفسخ أو يقتصر أثرها بالنسبة للمستقبل ويسمى الإلغاء،أو يتفق المتعاقدان على إنهاء العقد، وإرجاع الحال الى ماكان عليه ويطلق عليه بالتقايل (الإقالة)[١] وجملة الكلام إن الرابطة العقدية تنحل في ثلاث صور وهي إما بالفسخ[٢] أو بالتقايل[٣] أو بالإلغاء[٤].

وللإلتزام بالتسبيب تطبيقات عملية في مرحلة إنحلال العقد وخصوصا في حالة الفسخ وإلغاء العقد بالإرادة المنفردة، سواء مايظهر منها بشكل صريح أو ضمني، وبغية الوقوف على تطبيقات هذا الالتزام في مرحلة إنحلال العقد، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول للإشتراط الصريح للالتزام بالتسبيب نبيّن تطبيقات هذا الالتزام التي حُظيت بالتنظيم القانوني، ونجعل الفرع الثاني للإشتراط الضمني للتسبيب، نوضح فيه التطبيقات العملية لهذا الالتزام في مختلف أنواع العقود.

---

١ - د. أحمد سلمان شهيب، د. جواد كاظم سميسم، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والفقه الإسلامي، ط٢،منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان،٢٠١٧، ص٢٢٣.

٢ - يُعرف الفسخ من جانب الفقه (هو إنحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي ، وهو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، ويفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه، فيطلب الآخر فسخه ليقال بذلك من تنفيذ ماالتزم به) يُنظر:د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء،منشأة معارف الاسكندرية،بلا سنة نشر،ص١٨.

٣ - ويطلق عليه أيضا بالتفاسخ والمقصود به (إتفاق طرفي العقد من بعد إبرامه على إزالته، ويقع بتراضي الطرفين بعد إبرام العقد، ولايُلزم لوقوعه الإخلال بالالتزام من أحد طرفي العقد) يُنظر: د. عبد الحميد الشواربي، المصدر نفسه،ص،١٩.

٤ - المقصود بالإلغاء هو حل الرابطة العقدية بإرادة أحد المتعاقدين بالنسبة للمستقبل، دون أن ينسحب أثر الالغاء إلى الماضي، ويكون في العقود التي يحددها القانون. د. عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، بلا سنة نشر ، ص ٣٤.

الفرع الأول

الإشتراط الصريح للالتزام بالتسبيب

تظهر لنا النصوص القانونية المنظمة للالتزام بالتسبيب في العقد بشكل صريح في حالة فسخ العقد بالارادة المنفردة، وإنهاء عقد العمل غير محدد المدة بالإرادة المنفردة .

أولا- الالتزام بالتسبيب في حالة فسخ العقد بالارادة المنفردة

بمقتضى مبدأ القوة الملزمة للعقد، هو التقيد بأحكامه ولا يجوز لأحد أطرافه إذا ما أراد التحلل من الرابطة العقدية أن يستقل بنقضه، فالطريق الأول لحل الرابطة العقدية هو فسخه عن طريق القضاء عند عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ إلتزامه العقدي عن طريق دعوى يقيمها الدائن أمام القضاء طالبا الحكم بفسخ العقد، والهدف من ذلك حماية العقد فالقاضي هو من يقدر جسامة الإخلال بالالتزام العقدي، ويتمتع بسلطة تقديرية بالحكم بالفسخ من عدمه، فاللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ هو التزام يقع على الدائن حال قيامه بفسخ العقد وليس رخصة ويتجلى ذلك بوضوح من خلال موقف المشرع الفرنسي في المادة (١١٨٤/مدني فرنسي) قبل التعديل والمادة(١/١٥٧ مدني مصري) [١] وهو أيضا موقف القانون المدني العراقي[٢].

وإذا كان فسخ العقد عن طريق القضاء هو موقف المشرع الفرنسي قبل التعديل والقوانين المتأثرة به فقد إستحدث المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون العقود آلية جديدة للفسخ من خلال نص المادة (١٢٢٦/ مدني فرنسي) ،وأجاز للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة[٣].

فالفسخ وفقا لنص المادة(١٢٢٦) ليس إستثناء على مبدأ الفسخ القضائي وإنما خيار مستقل للدائن لكن لايعني إلغاء دور القاضي في هذا المجال وإنما جعل رقابة القضاء على الفسخ

---

١ - د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، مصدر سابق، ص ٣٣ ومابعدها.

٢ - يُنظر المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي. وإذا كان هذا الأصل، فقد جوّز القانون إستثناءً إتفاق المتعاقدين على إعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم قضائي في حالة عدم الوفاء بالالتزام العقدي ولا يعفي ذلك من الإعذار، إذ نصت المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي على أنه(يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه، دون الحاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لايعفي من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته).

٣ - نصت المادة (١٢٢٦) من القانون المدني الفرنسي على انه (١- يحق للدائن فسخ العقد على مسؤوليته، عن طريق الإخطار فيما عدا حالة الضرورة، ويجب عليه أولا أن يعذر المدين العاجز عن الوفاء في ميعاد معقول2 - يبين الإخطار بشكل صريح، أنه في حال تخلف المدين بالوفاء بالتزامه، فللدائن الحق في فسخ العقد،٣- إذا استمر عدم التنفيذ يخطر الدائن المدين بفسخ العقد **وبالأسباب التي تبرره**).

رقابة لاحقة وليست سابقة ، أي يُمكن للمدين بعد إتخاذ قرار الفسخ من قبل الدائن اللجوء إلى القضاء، وهذا توجه جديد في مفهوم الفسخ يختلف عما كان مؤسساً عليه في الفسخ القضائي[١].

وعلى الرغم ما يحققه الفسخ بالإرادة المنفردة من مزايا متعددة كونه أكثر فعالية من الناحية الاقتصادية عند مقارنته بالفسخ القضائي بالإضافة الى تقليل الدعاوى القضائية إلا أنه يثير مخاوفا من تعسف الدائن حال إتخاذه قرار فسخ العقد متحججا بأي إخلال من جانب المدين وهذا يترتب عليه الاخلال بمصالح المدين[٢] فتنبه المشرع الفرنسي لذلك، ووضع ضوابط لإعمال نص المادة (١٢٢٦) ومن أهمها ما جاء في الفقرة (٣) بإلزام الدائن في حال إستمرار المدين بعدم تنفيذه للعقد أن يقوم الدائن بإخطار المدين مع إلزامه بتسبيب قرار الفسخ[٣].

ويظهر دور الالتزام بالتسبيب في حالة فسخ العقد بالارادة المنفردة في عدة أمور منها أنه يُعد من الوسائل التي تهدف إلى ضمان قدر معين من حسن النية للمدين، من خلال السماح للدائن بفسخ العقد إذا كان له ما يبرره مسبقا، ، وكذلك من شأنه نقل عبء الاثبات فعلى الدائن في حال قيامه بفسخ العقد أن يثبت صحة الأسباب والمبررات التي يعترض عليها الطرف الآخر بدلا من أن يضطر الأخيرتحمّل عبء الإثبات في حال إساءة إستعمال الحق في فسخ العقد من قبل الدائن، كذلك إن الالتزام بالتسبيب يجعل دور القاضي مقتصرا على التحقق من وجود الأسباب والمبررات اللازمة التي يدعي بها الدائن، ومن ثم يكتفي بالتحقق من وجود أسباب

---

١ - ماهر علوان الجميلي، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ٢٠١٩، ص٦٨. وتنص المادة (١٢٢٧) من القانون المدني الفرنسي (يجوز في جميع الأحوال طلب الفسخ من القضاء) ومفاد ذلك إن مرسوم ٢٠١٦ لم يستبعد الفسخ القضائي؛ وإنما أبقى عليه ضمن أنواع الفسخ المختلفة التي يقررها وهي الفسخ الإتفاقي، والفسخ بالإرادة المنفردة ، والفسخ القضائي. يُنظر ، د. منى أبو بكر،فسخ العقد بالارادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل ٢٠١٦، بحث منشور في مجلة روح القانون، كلية الحقوق ، جامعة طنطا، العدد الخامس والثمانون ، ٢٠١٩، ص١١٨.

٢ - د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص ١٣٣.

٣ - يقصد بتسبيب قرار الفسخ هو (إجراء لغرض حماية المدين، من خلال تقييد حق الدائن في إجراء الفسخ بإرادته المنفردة، فلا يعود حقا مطلقا، وإنما حق مقيد بالغاية منه، ولا يمكن إستعماله إلا لهدف معين وبالتالي عند توفر أسباب معينة) يُنظر

FABRE-MAGNAN (M.): L'obligation de motivation en droit des contrats, op. cit.p.٣٠٧.

أشار إليه د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، مصدر سابق ، ص١٨٩.

تكون كافية بشكل مبرر للضرر الناجم من فسخ العقد بالنسبة إلى الطرف الآخر الذي يمثل له العقد مصلحة إقتصادية[١].

ومن جانب آخر، إن الزام الدائن بتسبيب فسخه للعقد، يعني حثه على التروي عند إتخاذه قرار بحل الرابطة العقدية من خلال البحث في جدية الأسباب، وهذا من شأنه الحد من أن يكون قراره تحكمياً، إضافة الى ما يتضمنه التسبيب من بيان خطورة وجسامة إخلال المدين في تنفيذ إلتزامه العقدي، وقد يكون له تأثير في إقناع المدين إن إيقاع الفسخ مبرراً، وهو بدوره قد يقلل من إحتمالية إثارة النزاع أمام القضاء، ويكون قرار الدائن في هذه الحالة بفسخ العقد نهائيا[٢].

وفي ضوء ماتقدم ، أبدى جانب من الفقه الفرنسي عدة أسباب تُعزّز دور الالتزام بالتسبيب في فسخ العقد بالارادة المنفردة ومنها:

أ - لايمكن لأحد طرفي العقد أن يُكوّن حكماً، ويُقدّر مدى جسامة الإخلال المنسوب إلى الطرف الآخر فليس لأحد المتعاقدين تقدير الجزاء المناسب الذي يستحقه ذلك الإخلال، فقيام أحد الطرفين بفسخ العقد بالاستناد إلى حكمه الشخصي فإنه دائما يوقع أقصى الجزاءات العقدية على إخلال قد لايكون جسيما أو حتى مؤكداً.

ب - لايمكن لأحد المتعاقدين أن يجعل من نفسه قاضيا ،ويحكم بصفة نهائية على عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه العقدي، وعليه فقيام أحد المتعاقدين بفسخ العقد تحت تأثير الغضب والسخط على المتعاقد الآخر جراء عدم قيامه بتنفيذ التزامه يلغي كل فرصة للمدين من الممكن الحصول عليها من قبل القاضي[٣].

ونستطيع القول: إن فسخ العقد بالارادة المنفردة يحقق نفعا للدائن ، لكن في الوقت نفسه يكون من خلال شروطه الإجرائية[٤] وأهمها تسبيب الفسخ والذي بدوره يُؤمّن عدم التعسف في فسخ

---

1 - DELOBEL (C): L'unilatéralisme en droit des contrats: estai de rationalisation, Thèse Doctorat, Université Nice Sophia,2011, p. 543.

٢ - د. منى أبو بكر، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل، مصدر سابق، ص١١٨.

3 - HOUTCIEFF (D.): La motivation en droit des contrats, op. cit., n° 8 p. 34.

٤ - يُشير الفقه إن لفسخ العقد بالارادة المنفردة شروطا موضوعية وشروط إجرائية، ومن خلال العرض السابق لقضاء محكمة النقض الفرنسية، أن هناك شرطا موضوعيا واحدا فرضه القضاء، حتى يتمكن الدائن من فسخ العقد بإرادته المنفردة، والمتمثل في مسلك جسيم من قبل المدين، ليكون للدائن الحق في الفسخ، أما الشروط الإجرائية تتمثل في ضرورة إعذار المدين من ناحية ، وإخطاره بقرار الفسخ من ناحية ثانية ، وتسبيب قرار الفسخ من ناحية ثالثة. يُنظر، د. محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، مصدر سابق، ص١٣٥ ومابعدها.

الرابطة العقدية فجسامة الإخلال من المتعاقد الآخر لاينبغي أن تترك للتقدير الشخصي للدائن،والذي من المحتمل أن يفرض أقصى الجزاءات العقدية في حال الإخلال من المتعاقد الآخر حتى لو كان إخلالاً غير جوهري، فمن خلال الالتزام بالتسبيب يُمكن للقضاء التدخل والتحقق من مشروعية فسخ العلاقة العقدية، ومدى ملائمة التسبيب المقدّم مع الإخلال المزعوم من قبل الدائن، فالالتزام بالتسبيب يُمكن إعتباره ضماناً لعدم التعسف في إساءة إستعمال حق الفسخ الإنفرادي وهو بدوره يصب في تحقيق التوازن بين مصالح المتعاقدين.

وعن موقف المشرع العراقي، فلم ينظم الالتزام بالتسبيب في حالة فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، بل إن الأصل إن فسخ العقد هو إجراء قضائي ،ويتضح ذلك من خلال نص المادة (١/١٧٧) من القانون المدني العراقي [١] وهو كذلك موقف المشرع المصري[٢] ففسخ العقد إجراء قضائي حسب الأصل ، وإذا ما أراد المتعاقد الانسحاب من العقد حتى في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه فلا يكون ذلك إلا من خلال القضاء وهذا يتضح من خلال مضمون وعبارات النص (أن يطلب الفسخ) فالمطالبة تكون أمام القضاء كما إن السلطة التقديرية للقاضي في الإجابة إلى طلب الفسخ من عدمه تجعل حل العلاقة العقدية مقرراً بحكم القضاء[٣].

وحري بنا أن نُبَيّن موقف الفقه الإسلامي من الالتزام بالتسبيب في فسخ العقد بالارادة المنفردة وقد المحنا القول فيما مضى إن مصطلح الالتزام بالتسبيب ليس معروفا لدى الفقهاء المسلمين ويرى البعض[٤] إن الفسخ في الفقه الإسلامي يقع بمجرد أن يفصح المتعاقد بفسخ العقد والتحلل من العلاقة العقدية بل إن القاضي الشرعي لايملك السلطة التقديرية التي يملكها القاضي المدني ولم يستلزموا (الفقهاء المسلمون) رفع الأمرالى القضاء إلا في حال خفاء سبب الفسخ فإذا إتضح سبب الخفاء فينطق القاضي بفسخ العقد حتى لو ثبت للقاضي إن المتعاقد لم يلحقه ضرر أو إن الضرر الذي لحق به قليل لاأهمية له ولا يبرر فسخ العقد.

---

١ - نصت المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه (١- في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوفي أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد، جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، على أنه يجوز للمحكمة أن تُنْظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ...).

٢ - يُنظر نص المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري.

٣ - ماهر علوان الجميلي، مصدر سابق ، ص ٧٢. بخلاف الفسخ الاتفاقي ، أو الانفساخ القانوني ، فالأول يقع بإتفاق المتعاقدين ، والثاني بحكم القانون، وفي حال قيام نزاع بشأنهما أمام القضاء، فيكون حكم القاضي كاشفا وليس منشئا كما هو عليه الحال في الفسخ القضائي. يُنظر : د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق ، ص١٩١.

٤ - د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر،١٩٤٦، ص٤١٦.

يُخلص مما تقدم، إن فسخ العقد في الفقه الإسلامي يقع بالارادة المنفردة، ولايتطلب رفعه إلى القضاء إلا في حال خفاء سبب الفسخ كما إن الفقهاء المسلمين لم يُلزموا التسبيب في حال فسخ العقد، ونراه راجعا لبساطة العقود سابقا لكن مع تطور الممارسات العقدية وتشعبها ووجود طرف قوي يستطيع أن يتحكم بمصير الرابطة العقدية بالإضافة إلى صعوبة تحديد مدى الإخلال ، فلا بد من التزام يؤمن مصلحة الطرفين دون أن يتركها للتقدير الشخصي ويكون من خلال تقديم الأسباب والمبررات اللازمة لحل الرابطة العقدية.

وينبغي أن لاتفوتنا الإشارة الى قضاء محكمة النقض الفرنسية، فطابع الفسخ كان قضائيا قبل تعديل القانون المدني الفرنسي وطبقا للمادة (١١٨٤/ مدني فرنسي) ومع هذا إجتهد القضاء الفرنسي وأقر بجواز فسخ العقد بالإرادة المنفردة من خلال العديد من القرارات التي قضت بذلك ونستطيع أن نَلمسْ منها الإشارة الى التسبيب كمبرر للفسخ.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في إحدى القرارات الصادرة لها عام ٢٠٠٢ بأن (الامتناع المتكرر من إحدى السيدات، المتعاقدة مع شركة غاز وكهرباء فرنسا عن الوفاء بقيمة الفواتير المستحقة يعتبر مبرراً لقيام الشركة إنهاء عقود التوريد بإرادتها المنفردة المبرمة معها وقضت في قرار آخرفي عام ٢٠٠٩ في قضية تتعلق بعقد إيجار وصيانة معدات بالغزل والنسيج (إن جسامة الإخلال بالالتزام العقدي يبرر للآخر إنهاء العقد بإرادته المنفردة وعلى مسؤوليته وفي أي وقت وأيا كانت المدة المتفق عليها وكذلك إجراءات إنهاء العقد)[1].

وفي ضوء ماتقدم ، يتسنى لنا القول: بأنه ماكان لقضاء محكمة النقض أن يُجيز فسخ العقد بالارادة المنفردة دون تقديم التسبيب المبررلفسخ العقد وإن كانت الإشارة إليه بشكل غير مباشر لكن يُستشف ذلك من خلال مضمون القرارين المذكورين.

والمُلاحظ إن التعديلات التي أقرها المشرع الفرنسي في قانون العقود عام ٢٠١٦ كما هو الحال في المادة (١٢٢٦) والمادة (١١٦٤) سابقة الذكر هي تكريسا للإجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية، وبهذا نأمل من القضاء العراقي أن يمارس إجتهادا خلاقا بإلتفاته الى الالتزام بالتسبيب وإعمال هذا الالتزام في التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة،وندعو مشرعنا المدني الى النص على جواز فسخ العقد بالارادة المنفردة مع إحاطته بضابط الالتزام بالتسبيب ومواكبة تشريعات

١ - أورد هذين القرارين د. منى أبو بكر، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل ٢٠١٦، مصدر سابق، ص ٧٠ وما بعدها. ومن الجدير بالذكر إننا أشرنا الى قراري محكمة النقض الفرنسية بما يخدم موضوع الدراسة ، وإن أولى الأحكام لقضاء هذه المحكمة والتي أقرت فيها البداية الحقيقية لفسخ العقد بالإرادة المنفردة من خلال قراراها الصادرعام ١٩٩٨ والمعروف بحكم (Tocqueville) لمزيد من التفصيل، يُنظر، د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد باالإرادة المنفردة ، مصدرسابق، ص ٩٧ وما بعدها.

الدول الأخرى، فغالبية التشريعات في الدول المختلفة أجازت فسخ العقد بالإرادة المنفردة[١] ولم تجعل من الفسخ القضائي هو الأصل وهومن تقاليد القانون الفرنسي الذي غادرها لمواكبة تشريعات دول العالم.

ثانيا- الالتزام بالتسبيب في حالة إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بالارادة المنفردة.

يكون العقد غير محدد المدة عندما لايتفق طرفيه صراحة ولاضمنا على مدة معينة لإنتهائه كما لايتم تحديد عمل معين لإتمامه[٢] لكن عدم تحديد مدة للعقد لايعني كونه مؤبداً ففكرة تأبيد العقد الزمني مثل عقد العمل ليست مقبولة لدى المشرع لما لها من أثر في تقييد حرية الفرد، لذا أجاز المشرع لكل من طرفي عقد العمل إنهائه بالإرادة المنفردة، و إقرار المشرع لهذا الأمر هو من أجل تفادي الضرر المترتب على تأبيد عقد العمل سواء كان هذا الضرر يصيب العامل أو صاحب العمل، فمن جانب العامل تظهر الفائدة في إنهاء العقد لحصوله على فرصة عمل تكون أفضل من حيث الأجر أو غيرها من المزايا، وكذلك لضمان إستقلاليته وحريته إذا ما أراد العمل في مشروع لحسابه الخاص ، ومن جهة صاحب العمل فإن إنهاء عقد العامل يتيح له الفرصة لجلب عمال آخرين بما يخدم مصلحة العمل والظرف الاقتصادي السائد، وعليه إن إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بالإرادة المنفردة يحقق مصلحة الطرفين لكن ترك الأمر دون ضوابط أو قيود محددة لايحقق المصلحة المرجوة، ويؤدي الى خلق الفوضى والإضطراب في علاقات العمل، ويُلحق الضرر بالطرفين فيأتي دور المشرع ليضع الأحكام بما يؤمن مصلحة الطرفين؛ لضمان إستعمال هذا الحق بما يحقق الغاية المقصود تحقيقها[٣].

---

١ - القانون الامريكي، الانكليزي ،الالماني ،الإيطالي، وقانون الالتزامات السويسري، والقانون المدني الهولندي،والقانون المدني لمقاطعة كيبيك، والقانون المدني الكوري،والقانون المدني الياباني ، والقانون المدني الصيني. لمزيد من التفاصيل، يُنظر، د. محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالارادة المنفردة ، مصدر سابق، ص١٢ وما بعدها. ومن الجدير بالذكر، إن من أسباب الإصلاحات في قانون العقود الفرنسي ، هو فقدان التأثير الدولي للقانون المدني الفرنسي إذ إنخفض هذا التأثير بشكل كبير في مطلع القرن الحادي والعشرين، حتى إن دول مثل المانيا وهولندا وكندا لم تستند إلى مبادئه في الإصلاحات التي أُدخلت على قوانينها، فضلا إن من أسباب الإصلاحات هوعدم جاذبية القانون الفرنسي في مجال التجارة الدولية ، حيث إن العقود في مجال التجارة الدولية يحكمها غالبا القواعد المعمول بها في دول الكومون- لو خاصة القوانين الإنكليزية إذ تم تصنيف فرنسا في المرتبة (٤٤) من حيث السهولة والتيسير في ممارسة الأعمال التجارية، وأُنتقدت نصوص القانون المدني الفرنسي كونها تتصف بفقدانها للكفاءة الإقتصادية وبالتعقيد وتحمل عوامل جذب قليلة. للتفصيل، يُنظر: د. مصطفى عبد الحميد عدوى الوجيز في قانون العقود الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٢٠، ص ٨ وما بعدها.

٢- خلاف عقد العمل محدد المدة الذي يُحدد لإنتهائه تاريخ معين، أو يحدد سريانه بمدة معينة كسنة مثلا من تاريخ إبرام العقد، أو يتم تحديده بموسم معين إذا كانت مدة الموسم محددة تحديدا دقيقا من قبل المتعاقدين وكذلك يُعد العقد محدد المدة إذا أُبرم لإنجاز عمل معين كتركيب آلات أو تشييد بناء، وينتهي عقد العمل محدد المدة بإنتهاء المدة المحددة، أو إنقضاء العمل المتفق عليه ويتم الانتهاء بطريقة عادية ولايشترط تقديم الإخطار ولامبرر مشروع للإنهاء. لمزيد من التفصيل يُنظر: د. السيد عيد نايل، شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٥- ٢٠٠٦، ص٤١٢ ومابعدها.

٣- د. هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح قانون العمل ، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ص٢٦٢,٢٦٣. وقد نصت المادة (٩١٧) من القانون المدني العراقي على أنه (١- إذا لم تحدد مدة للعقد=

ومن خلال البحث في موقف القوانين المقارنة نجد بأنها قيدت إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بالإرادة المنفردة بقيود الأول، هو الإخطار والثاني، أن يكون لدى من يرغب بإنهاء العقد بإرادته المنفردة مبرر مشروع للإنهاء، وبالرجوع الى أحكام قانون العمل الفرنسي نجده قد أجاز إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة من قبل صاحب العمل أو العامل إذ نص على أنه (يجوز إنهاء عقد العمل غير محدد المدة من قبل صاحب العمل أو العامل أو بإتفاقهما المتبادل وفقا للشروط المنصوص عليها وفق احكام هذا القانون)[١] وأشار المشرع الفرنسي بأنه في حال قيام صاحب العمل بفصل العامل أن يتم تبرير (أي تسبيب قرار الفصل) بذكر الأسباب الحقيقية والجدية سواء كان فصل العامل لأسباب شخصية أو إقتصادية[٢] وأكد المشرع الفرنسي صراحة على الالتزام بالتسبيب ونص على أنه (عندما يقرر صاحب العمل فصل العامل، يُبلغه بقراره بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول يتضمن بياناً بالسبب(الأسباب) الذي قدمه صاحب العمل...)[٣].

وكذلك أوجب المشرع الفرنسي على صاحب العمل الذي يروم فصل العامل وقبل أن يتخذ أي قرار بأن يدعوه الى مقابلة أولية بكتاب مسجل أوبخطاب مسلم باليد يشير إلى الغرض من الاستدعاء، ويشير من خلال هذه المقابلة إلى أسباب القرار المراد إتخاذه [٤] وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد أوجب التسبيب في حال قيام صاحب العمل بفصل العامل بأن يكون لديه مبررحقيقي وكذلك هو الحال عندما يقرر صاحب العمل فصل العامل لأسباب إقتصادية ، إذ نص على أنه(يتضمن خطاب الفصل بياناً بالأسباب الأقتصادية التي ذكرها صاحب العمل)[٥].

=لا بالاتفاق ولا بنوع العمل، جاز لكل من المتعاقدين أن يضع نهاية لعلاقته مع المتعاقد الآخربإنذار تُبيّنُ مدته القوانين الخاصة،أو الاتفاق أوالعرف)وهوموقف المشرع المصري في نص المادة(٢/٦٩٤/مدني مصري).

١ - المادة (L1231-1) من قانون العمل الفرنسي الجديد المعدل بالمرسوم رقم (١٣٨٧) لسنة ٢٠١٧ والنص باللغة الفرنسية

Art : L1231-1(Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre).

٢ - يُنظر نص المادة (L1232-1) و نص المادة (L1233-2) من قانون العمل الفرنسي.

3 - Art :L1232-6 (Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception.Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur...).

٤ - يُنظر نص المادة(L1232-2) ونص المادة (L1232-3) من قانون العمل الفرنسي.

5 - Art: L1233-16 (La lettre de licenciement comporte l'énoncé des motifs économiques invoqués par l'employeur).

وإنهاء عقد العمل لأسباب إقتصادية هو الأكثر شيوعا أي ما يُعرف بالتسريح الاقتصادي وهويتطلب أيضا توافر المبرر الحقيقي والجدي وأن يكون موجودا وقائما وأن لايكون مبرراً وهميا، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها (إن قيام صاحب العمل بإنهاء العقد متحججا بتغير الظروف الاقتصادية للمنشأة بين الاستقرار وعدمه ،لا يمكن إعتباره مبرراً مشروعا للإنهاء، فما يعول عليه هو النظر الى هذه الظروف وقت التسريح)[١]،وإذا كان المشرع الفرنسي قد أجاز لصاحب العمل والعامل إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة و أوجب على صاحب العمل التسبيب في حال إنهاء العقد إلا إننا لم نجد نصا في قانون العمل الفرنسي يفرض على العامل تقديم المبرر(التسبيب) المشروع لإنهاء العقد.

ولا نرى ذلك نقصا، فأغلب حالات إنهاء العقد تقع من جانب صاحب العمل، وحالات نادرة يقع فيها الإنهاء من قبل العامل، وفي حالة وقوعها من العامل قد لاتتوفر لديه الإمكانات المادية في حال الحكم عليه بتعويض صاحب العمل[٢].

ولو إطلعنا على موقف المشرع المصري نجد إن المادة (١١٠) من قانون العمل المصري نصت على أنه(...إذا كان عقد العمل غير محدد المدة ،جاز لكل من طرفيه إنهاءه، بشرط أن يخطر الطرف الآخر كتابة قبل الإنهاء، ولايجوز لصاحب العمل أن ينهي هذا العقد إلا في حدود ماورد في المادة (٦٩) من هذا القانون، أو ثبوت عدم كفاءة العامل طبقا لما تنص عليه اللوائح المعتمدة، كما يجب أن يستند العامل في الإنهاء إلى مبرر مشروع وكافٍ يتعلق بظروفه الصحية أو، الاجتماعية أو، الاقتصادية...)[٣].

والمتفحص للنص المتقدم نجده قد أشار صراحة الى أنه في حال قيام العامل بإنهاء عقد العمل محدد المدة بإرادته المنفردة أن يستند الى مبررات مشروعة، بمعنى تسبيب إنهاء العقد،سواء كانت الأسباب متعلقة بالوضع الصحي أو الاقتصادي أو الاجتماعي للعامل ،فهل يعني ذلك إن المشرع المصري أوجب بيان التسبيب على العامل دون صاحب العامل ؟

بقراءة متمعنة لنص المادة (١٢٠) من قانون العمل المصري نجد إنها أشارت بأن لاتعتبر من المبررات المشروعة والكافية لإنهاء عقد العامل وذكرت عدة أسباب ومنها اللون والجنس

١ - للتفصيل، يُنظر د. عُلا فاروق صلاح، إنهاء عقد العمل غير المنفذ، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة حلوان،المجلد التسعون، العدد التسعون،٢٠١٧،ص ص ٦٤٣,٦٤٢.

٢ - يُنظر، د.عماد حسن سلمان، الوجيز في شرح قانون العمل، ط١،مكتبة القانون المقارن،بغداد،٢٠١٩،ص١٢٥.

٣ - المادة (١١٠) من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ المعدل.

والحالة الاجتماعية والرأي السياسي أو الانتساب الى منظمة نقابية أو السعي إلى تمثيل العمال وغيرها من الأسباب[١] وهذا يعني عدم جواز قيام صاحب العمل بإنهاء العقد إلا عند توفر التسبيب المشروع، ومايؤيد وجوب تقديم التسبيب من قبل صاحب العمل نص المادة (١٢٢) من نفس القانون التي قضت بفرض التعويض على أحد الطرفين الذي يقوم بإنهاء العقد دون مبرر[٢] وهو ما يؤيد فرض التسبيب على صاحب العمل أيضاً.

وبالعودة الى نص المادة (١١٠) من قانون العمل المصري والتي إشترطت عدم الجواز لصاحب العمل إنهاء العقد إلا في حدود المادة (٦٩) أو في حالة ثبوت عدم كفاءة العامل، وبهذا يكون المشرع المصري قد حصر ما يُعد مبررا مشروعا للإنهاء، وكانت المادة المذكورة قد إبتدأت بعبارة (لايجوز فصل العامل...) وهنا وقع المشرع المصري في خلط مابين الفصل والإنهاء[٣] فجعل الحالات التي تبرر الفصل هي أيضا مبررة للإنهاء علما هناك إختلافاً بين المصطلحين، فإنهاء عقد العمل يكون بالإرادة المنفردة لصاحب العمل في عقد العمل غير محدد المدة ؛ بينما الفصل عقوبة تأدبية يستلزم إيقاعها إجراءات قانونية معينة.

وفي جميع الأحوال، إشترط المشرع المصري لإنهاء عقد العمل غير محدد المدة بالإرادة المنفردة للعامل أو لصاحب العمل أن يستند الإنهاء الى قيد موضوعي[٤] وهو (المبرر المشروع) وهو مايعني ضرورة التسبيب سواء كانت المبررات من جانب صاحب العمل كالإنهاء بسبب إغلاق المنشأة وإعتزال صاحب العمل مزاولة النشاط المباشر من قبله بشكل نهائي، وهذا السبب يصلح مبرر مشروع للإنهاء(وهو السبب الاقتصادي لإنهاء العقد من قبل صاحب العمل) أو تتعلق هذه المبررات بخطأ من قبل العامل في حال إرتكابه خطأ جسيم، وهذه الأخطاء ذكرتها المادة (٦٩) من قانون العمل المصري، وكذلك يُعد من المبررات والتسبيب المشروع إذا أثبت صاحب العمل عدم كفاءة العامل، وحتى لايكون الأمر محل لتقدير صاحب العمل ويستغل ظرفاً يمر به العامل لفصله بناءً على عدم كفاءته، جعلت الفقرة الثانية

---

١ - يُنظر نص المادة (١٢٠) من قانون العمل المصري.

٢ - نصت المادة (١٢٢) من قانون العمل المصري على أنه (إذا أنهى أحد الطرفين العقد دون مبرر مشروع التزم بأن يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذي يصيبه من جراء هذا الإنهاء...).

٣ - د. السيد عيد نايل ، مصدر سابق ، ص ٤٣٢. ويُحسب للمشرع العراقي عدم وقوعه في مثل هذا الخلط إذ حدد قانون العمل العراقي جزاء الفصل بموجب المادة (١٣٨/أولا/ه) وحالاته في المادة (١٤١) للتفصيل ، يُنظر: د. عماد حسن سلمان، مصدر سابق، ص ١٠٣. ويبدو لنا إن المشرع الفرنسي قد وقع في هذا الخلط أيضا.

٤ - د. أحمد السعيد الزقرد، شرح قانون العمل،ط٢،دارأم القرى، المنصورة،١٩٩٣،ص ٣٧٣.

من المادة (١١٠) قيداً على صاحب العمل، بأن تُثبت عدم كفاءة العامل وفقاً لما تنص عليه اللوائح المعتمدة،ومن الأمثلة على عدم كفاءة العامل تأخره في أداء عمله ، كثرة الأغلاط وغباء التصرف وعدم مواكبة الطرق الحديثة في العمل، أو منها ما تَحدث أثناء تنفيذ العقد، كتقدمه في السن ولايوجد عمل آخر يناسبه [١] وهذا يُعد تسبيبا مشروعا للإنهاء.

ولا تفوتنا الإشارة في هذا الصدد إلى موقف محكمة النقض المصرية فنجدها قضت بضرورة التسبيب لإنهاء عقد العمل وذهبت هذه المحكمة في قرار لها (على الطرف الذي يقوم بإنهاء العقد، الإفصاح عن الأسباب التي أدت إلى هذا الإنهاء فإذا لم يذكرها قامت قرينة كافية لصالح الطرف الآخر على أن إنهاء العقد وقع بلا مبرر) وقضت في قرار آخر لها (إذا أثبت العامل عدم صحة المبرر، الذي يستند إليه صاحب العمل في فصله، فيُعد دليلاً كافيا على التعسف كونه يُرجح ما يدعيه العامل من أن فصله لم يكن مبرراً)[٢].

وقد إستقر قضاء محكمة النقض المصرية على ضرورة توافر المبرر للإنهاء وجاء في أحد قراراتها(بما إن الحكم قد قرر بأنه ليس لصاحب العمل في العقد غير محدد المدة ،أن يقوم بفصل العامل المستخدم متى شاء،ولا يكفي مراعاة المهلة ما بين الإخطار والفصل،بل يلزم توفر ما يبرر الفصل، فإن ما قرره الحكم هو التطبيق السليم لنص القانون)[٣].

ويتضح مما سبق، أنه على من يقوم بإنهاء العقد بإرادته المنفردة يقع عليه تقديم المبررات أي التسبيب اللازم لهذا الإنهاء، وفي حال عدم ذكرهِ تقوم قرينة على أن الإنهاء قد وقع بلا تسبيب.

وبالإنتقال الى موقف المشرع العراقي نجد إن قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ قد أجاز لصاحب العمل وللعامل إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة[٤] ،وهو مايُعد تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (٩١٧) من القانون المدني العراقي بأنه في حالة عدم تحديد مدة للعقد جاز لأحد المتعاقدين إنهائه بعد إنذار المتعاقد الآخر.

وبصدد بيان الالتزام بالتسبيب في حال إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة وبالإطلاع على نصوص قانون العمل العراقي المُلاحَظ عليها عدم الإشارة الصريحة للتسبيب أو المبرر المشروع عند إنهاء عقد العمل سواء من جانب صاحب العمل أو العامل.

---

١ - د.عبد الله مبروك النجار،مبادئ تشريع العمل، ط٥، دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٦،ص٤٠٦ ومابعدها.

٢ - د. أحمد حسن البرعي، شرح قانون العمل،دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٣، ص ٦٧١.

٣ - د. أحمد حسن البرعي، المصدر نفسه، ص ٦٧٤.

٤ - يُنظر نص المادة (٤٣/ثانياً) ونص المادة (٤٩) من قانون العمل العراقي.

لكن يتضح لدينا وجود التسبيب عند إنهاء عقد العمل من خلال ما ورد في نص المادة (٤٣/ ثانياً)[١] والمادة (٤٩)[٢] من قانون العمل العراقي، وما يؤيد وجوب التسبيب وخصوصا من جانب صاحب العمل ما جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية (إنهاء خدمات العامل من دون سند من القانون أو توافر أي سبب من الأسباب الواردة في المادة (٤٣) ودون إتباع الاجراء المنصوص عليه في المادة (٤٤) من قانون العمل رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ ، لذا إن مطالبة العامل بمستحقاته المالية لها سند من القانون بما فيها مكافأة نهاية خدمته والتي تم تقديرها بمعرفة خبير قضائي)[٣].

وفي السياق ذاته قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها (وحيث تبين إن إنهاء خدمات المميز عليه لم تكن لأحد الأسباب القانونية التي وردت في المادة (٤٣) من قانون العمل مما يقتضي إعادة العامل إلى عمله السابق، ودفع الأجور من تاريخ إنهاء خدماته إلى تاريخ مباشرته فعلاً)[٤].

ويستفاد من هذا القضاء بأنه يقتضي على صاحب العمل في حال قيامه بإنهاء عقد العامل بالإرادة المنفردة تسبيب قرار الإنهاء، وبما إن المشرع العراقي قد حدد حالات إنهاء عقد العامل طبقا لما جاء بنص المادة (٤٣) وبهذا يكون قد حصر ما يُعد مبرراً مشروعا لإنهاء العقد.

أما بالنسبة لإنهاء عقد العمل من جانب العامل، فلم يشير المشرع العراقي صراحة مثل مافعل المشرع المصري الى إستناد العامل الى مبرر مشروع وكافٍ أي أن يسبب

---

١ - نصت المادة(٤٣/ثانيا) من قانون العمل العراقي على أنه (ثانيا- لصاحب العمل إنهاء عقد العمل في احدى الحالات الاتية :ا- إذا اصيب العامل بمرض أقعده عن العمل ولم يشف منه خلال ٦ ستة اشهر من تاريخ الاصابة به وثبت ذلك بشهادة طبية رسمية. ب- إذا اصيب العامل بعجز أقعده عن العمل وبلغت نسبته ٧٥% خمسة وسبعين من المئة فأكثر من العجز الكلي وثبت ذلك بشهادة طبية رسمية. ج - إذا اكمل العامل سن التقاعد ويستحق عندها مكافاة نهاية خدمته وفق احكام قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال. د - إذا اقتضت ظروف العمل في المشروع تقليص حجمه شرط موافقة الوزير. هـ - عندما يرتكب العامل سلوكا مخلا بواجباته بموجب عقد العمل. وـ إذا انتحل العامل شخصية كاذبة أو قدم مستندات مزورة. ز - إذا كان العامل تحت التجربة ولم يظهر كفاءة مقبولة خلالها. ح - إذا ارتكب العامل خطأ جسيما نشأت عنه خسارة فادحة أضرت بالعمل أو بالعمال أو بالانتاج بقرار قضائي بات) .

٢ - نصت المادة (٤٩) من قانون العمل العراقي على أنه (أولا - للعامل إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة دون سابق انذار في إحدى الحالات الاتية :أ - إذا أخل صاحب العمل بأحد التزاماته المقررة في هذا القانون أو في النظام الداخلي للعمل أو في عقد العمل الفردي ب - اذا إرتكب صاحب العمل جناية أو جنحة ضد العامل أو أحد أفراد اسرته في أثناء العمل أو خارجه ج - إذا وجد خطر جسيم يهدد سلامة العامل أو صحته بشرط أن يكون صاحب العمل على علم بوجود الخطر ولم يعمل على ازالته)

٣ - قرار محكمة التمييز الاتحادية،رقم (٤٩٨/ الهيئة المدنية/٢٠١٧) قرار غير منشور ، أشار إليه د. عماد حسن سلمان ، مصدر سابق، ص١٢٤.

٤ - قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم القرار(٣٠٩٨/ الهيئة المدنية/٢٠٢١) غير منشور.

قرار الإنهاء لكن ماورد في نص المادة (٤٩) من قانون العمل العراقي من حالات تتضمن أن يقدم العامل الأسباب اللازمة لإنهاء العقد.

أما عن موقف الفقه الإسلامي من الالتزام بالتسبيب في حال إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة فمفهوم عقد العمل لدى الفقهاء المسلمين يقع ضمن عقد الإجارة، وعرفت المذاهب الإسلامية الإجارة عقد على المنافع بعوض، وجاء تعريفها لدى الإمامية (تمليك منفعة معلومة ،بعوض معلوم) ودون الخوض في جدل فقهي في حكم الإجارة التي ليس لها نهاية(عقد العمل غير محدد المدة) ، ففقهاء المذاهب الإسلامية مختلفون في ذلك والذي يبدو لنا صحة عقد الإجارة التي ليس لها نهاية فليس للمدة ذكر من خلال تعريف الإجارة لدى الفقهاء المسلمين والمدة مقياس وضابط لكي تُحدد بها المنفعة، وأنَّ ذِكر المدة في عقد الإجارة هو لإبعاد الغرر ولبيان المنفعة المستفيد منها فالمدة تخرج عن العقد وإن ذُكرت فهي ضابط لتحديد مدى المنفعة من العقد[١].

وما يتعلق بوجود التسبيب عند فسخ عقد الإجارة لدى الفقهاء المسلمين نجد إن الأحناف قد إستخدموا العذر المخصوص، فالإجارة لديهم تُفسخ بالأعذار المخصوصة وحتى لو كانت صحيحة لازمة، وضرب بعض الحنفية أمثلة لذلك، مرض الحمّال والجمّال بحيث يضره الحمل، أما الشافعية لا تفسخ الإجارة لديهم[٢] وكذلك هو عليه الأمر لدى الشيعة الإمامية فسخ الإجارة لتعذر إستيفاء المنفعة [٣].

ويُفهم مما تقدم ، لايجوز فسخ عقد العمل (عقد الإجارة في الفقه الإسلامي) لدى بعض فقهاء المذاهب الإسلامية دون وجود التسبيب اللازم.

١ - للتفصيل، يُنظر: صاحب محمد حسين نصار،الأجل في الفقه الإسلامي،ط١، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية،مركز الدراسات العلمية ، ٢٠٠٩، ص ١٢٥.

٢ - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء،ج٢، ط٢، دار الكتب العلمية ، بيروت، بلا سنة نشر ، ص ٣٦٠.

٣ - أبي جعفرمحمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية،ج٣،دار الكتاب الإسلامي، بيروت ، لبنان،بلا سنة نشر، ص ٢٢٢.

الفرع الثاني

الاشتراط الضمني للالتزام بالتسبيب

أشرنا سابقاً إن الالتزام بالتسبيب في العقد من الالتزامات الحديثة نسبيا ظهر من خلال الإجتهاد الفقهي والقضائي بإعتباره من الضرورات العملية لمسايرة التطور الحاصل في المعاملات العقدية، ولضمان عدم إساءة إستعمال الصلاحيات الإنفرادية الممنوحة لأحد المتعاقدين، وللالتزام بالتسبيب تطبيقات ضمنية تظهر من خلال مقاصد النص القانوني وسنتناولها بالآتي.

أولاً- تخلية العقار.

من خلال الرجوع الى النصوص القانونية في قانون إيجار العقار العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل، نجد إن المادة (١٧) منه قد نصت على أنه (لايجوز للمؤجر أن يطلب تخلية العقارالخاضع لأحكام القانون إلا لأحد الأسباب الاتية ....) إذ أجاز النص المذكور للمؤجر طلب تخلية المأجور في حال تحقق أحد الأسباب المنصوص عليها في النص المذكور[١] والمشرع أراد بذلك إيجاد نوع من التوازن في عقد إيجار العقار، وهذه الأسباب منها مايعود للمؤجر ومنها ما يتعلق بالمستأجر ومنها ماهو مرتبط بالمأجور وقد وردت هذه الأسباب على سبيل الحصر وهو ما أكده قرار محكمة إستئناف بغداد الرصافة الإتحادية بالقول (إن أسباب التخلية وردت حصرا في المادة (١٧) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل وليس من بينها الاتفاق الرضائي فلا يكون سببا للتخلية وفق أحكام القانون المشار إليه)[٢] ومن قبيل التسبيب الذي أشارت إليه نص المادة المذكورة عدم قيام المستأجر دفع قسط الإيجار على الرغم من مرور سبعة أيام على الأستحقاق أو في حال تنازل المستأجر عن الإيجار دون موافقة

---

١ - المادة ١٧ من قانون إيجار العقار العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل .أما المشرع المصري ورد النص على ذلك في المادة (١٨) من البند خامسا من القانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨١ في الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر حيث جاء فيها في شأن تحقيق التوازن في العلاقات الإيجارية (لايجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية...) يُنظر: المادة (١٨)، قانون تأجير وبيع الأماكن المصري رقم (١٣٦) لسنة١٩٨١ المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (٣١) في ٣٠ يوليو ١٩٨١.وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص صراحة على التسبيب في القانون المتعلق بتحسين العلاقات الإيجارية بين المؤجر والمستأجر رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٨٩ المعدل على أنه (عندما يقوم المؤجر بإخطار المستأجر يجب أن يكون هذا الإخطار مبررا إما بقراره بإستعادة المسكن أو بيعه أو بسبب مشروع، وعلى الاخص عدم قيام المستأجر بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه ... ويجب أن يشير الإخطار إلى السبب المزعوم). يُنظر نص المادة (١/١٥) من القانون المذكور والمنشور في الجريدة الرسمية العدد(٠١٥٨) بتاريخ ١٩٨٩/٨/٧.

٢ - أشار إليه د. عزيز كاظم جبر ، أحكام عقد الإيجار، مكتبة السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨، ص،٣٤٣.

تحريرية من قبل المستأجرأو إحداث ضرر جسيم بالمأجورأو ترتب على إستعمال المأجورالإساءة الى سمعة المستأجرأو منها مايتعلق بالمؤجر كحالة الضرورة الملجئة، وجاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية ومضمونه (إن السبب المذكور في طلب تخلية الدار، لايُعد بحكم الضرورة الملجئة، وأن تاريخ عقد الإيجار كان بعد تحقق حالة الضرورة التي من أجلها عاد المدعي من الهجرة لتدهور الأوضاع في بلد إقامته، أي إن الضرورة متحققة قبل إبرام عقد الإيجار، وإن إبرام عقد الإيجار هو رضاء بالضرورة من قبل المدعي المؤجر، والضرورة الملجئة التي إعتمدتها المادة(١٧/فقرة ١٢) من قانون إيجار العقار التي تكون قد إستجدت بعد العقد)[١] ويتوضح أيضا تطبيق الالتزام بالتسبيب بما ذهب إليه قرارمحكمة التمييز الإتحادية(إن المدعى عليه قد قام بإنهاء عقد الإيجار مع المدعين قبل إنتهاء مدته والمتفق عليها بثلاث سنوات ومن دون سبب وحيث لايوجد في العقد المذكور نص يجيز له بإنهاء العقد من جانب واحد، وبهذا تكون دعوى المدعين لها سند من القانون)[٢].

ويستفاد من هذا القضاء، إن طلب المؤجر إخلاء العقار من قبل المستاجر يجب أن يكون مسبباً وفي حدود القانون وإن التسبيب غير المشروع لا يمكن الركون إليه لإجابة طلب المؤجر بالإخلاء، فوجود التسبيب المقبول قانونا يُعد ضمانة لحماية حقوق المستأجر ويُجنبه الآثار السلبية المترتبة على إنهاء العقد دون وجود مبررات مشروعة.

ثانياً- فسخ ورثة المستأجر عقد الإيجار.

تقضي القاعدة العامة إن أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين والخلف العام[٣] فإذا مات المستأجر يجوز لورثته طلب فسخ العقد، مع الالتزام بتسبيب الفسخ بأن الإيجار أصبح مجاوزا لحاجتهم ، مثلا كأن يكون المورث (المستأجر) هو المعيل الوحيد للاسرة ، وبعد وفاته فقدت الأسرة دخلها الرئيسي ، وأصبح دفع الأجرة مرهقا بالنسبة لهم أو إن العين المؤجرة تتطلب نفقات وتكلفة مرتفعة لغرض صيانتها وإن هذه التكلفة تكون مرهقة أثقل من أن تتحملها

١ - محسن حسن الجابري، علي عبد الستارالمالكي، قرارات تمييزية مختارة مدنية متخصصة بالدعاوى التجارية، ط١،ج٢، مكتبة فكر،بغداد،٢٠٢٤، ص١٨٨.

٢ - رقم القرار(٦٣٥٤/ ٢٠١٢) تاريخ القرار(٢٠١٢/١١/٢٢) ، أشار إليه القاضي هادي عزيز علي ،أحكام العقد في القانون المدني العراقي مع رؤية مقارنة وجيزة لقانون العقود الفرنسي الجديد وتطبيقات قضائية وافية، مكتبة صباح ، بغداد،٢٠٢١ ، ص٨٥٧.

٣ - هذا مانصت عليه المادة (١/١٤٢) من القانون المدني العراقي على أنه (ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، مالم يتبين من العقد، أو من نص القانون إن هذا الأثر لاينصرف إلى الخلف العام) ويقابلها نص المادة (١٤٥) من القانون المدني المصري.

مواردهم [١]أو كان المورث مستأجر داراً كبيرة يدفع أُجرتها من راتبه في الوظيفة، ولم يستطع ورثته بعد موت مورثهم دفع الأجرة لإنقطاع المكسب أو كان الإيجار منعقداً بسبب حرفة المستأجر، أو لإعتبار متعلق بشخصية المورث المستأجر[٢] فالأصل هو عقد الإيجار لاينتهي بموت المستأجر ويستمر مع ورثته لكن يمكن للورثة في حال تقديم مبررات معينة فسخ عقد الإيجار مع المؤجر، وهذا تطبيقا للالتزام بالتسبيب، وينطبق الأمر كذلك عند قيام الورثة بفسخ عقد المساقاة وعقد المزراعة[٣].

---

١ - نصت المادة (٧٨٣) من القانون المدني العراقي على أنه (١- لا ينتهي الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستاجر.٢ - ومع ذلك إذا مات المستاجر، جاز لورثته أن يطلبوا فسخ العقد إذا اثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت، أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الايجار مجاوزا لحدود حاجتهم...) وتنص المادة (٧٨٤) على أنه(إذا لم يعقد الايجار إلا بسبب حرفة المستأجر، أو لأعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات جاز لورثته، أو للمؤجر أن يطلبوا فسخ العقد) ويقابل نص المادة (٧٨٣) و (٧٨٤) من القانون المدني العراقي نص المادة (٦٠١) والمادة (٦٠٢) من القانون المدني المصري، أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة (١٧٤٢/ مدني) على أنه (لاينتهي عقد الإيجار بموت المؤجرولا بموت المستأجر) ودون أن يشير الى حق الورثة في فسخ عقد الإيجار من عدمه.

٢ - د.جعفر الفضلي ،الوجيز في العقود المدنية ، البيع ، الإيجار،المقاولة،ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة،٢٠٠٩،ص ٣٠٠. ويُعد نصي المادتين (٧٨٣) و (٧٨٤) من تطبيقات العذر الطارئ التي أخذ بها المشرع العراقي في نص المادة (٧٩٢) والتي نصت على أنه (إذا كان عقد الإيجار محدد المدة، جاز لكل من المتعاقدين، أن يطلب فسخ العقد قبل إنتهاء مدته إذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقا....) يُنظر، د. صالح أحمد اللهيبي، حالة الضرورة في التصرف القانوني، دراسة مقارنة ، ط١،المركز القومي للإصدارات القانونية،٢٠١٠، ص ١٦٠.

ونشير في هذا المجال إلى موقف الفقه الإسلامي من فسخ العقد بموت أحد المتعاقدين ، فذهب الأحناف إلى إن الإجارة باطلة مع الإمكان من إستيفاء المنفعة ، أما الشافعية والمالكية قالوا بأنها لاتنفسخ بموت أحد المتعاقدين ولا بموتهما جميعا ويقوم الوارث مقام مورثه في ذلك، يُنظر ، شمس الدين الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود،ج١، ط٢، بلا مكان وسنة نشر،ص ٢٦٩.

وبالنسبة لموقف الإمامية فالمسألة لديهم مختلف فيها فالمشهور بين القدماء هو بطلان الإجارة بالموت ومنهم من قال ببطلان الإجارة بموت المستأجر دون المؤجر ، لكن لم يُعرف مستند لهذين القولين، و هناك من يرجح وهو الأقوى عدم بطلان الإجارة بموت المؤجر ولا المستأجر فالحكم بالبطلان يحتاج الى دليل ولا دليل على ذلك، بل إن المقتضى هو صحة العقد ولزومه والاستمرار به الى ما بعد الموت. يُنظر، مرتضى البروجردي، مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة، محاضرات السيد أبو القاسم الخوئي، المطبعة العلمية، قم،١٣٦٥ه، ص ١٣٠.

ويُفهم مما سبق، ليس للتسبيب تطبيق في فسخ عقد الإجارة من قبل الورثة لدى الفقهاء المسلمين، فالأحناف وإن أخذوا بالعذر الطارئ للفسخ، إلا أنهم إعتبروا عقد الإجارة باطلا بالموت، وبقية المذاهب لاتنفسخ الإجارة بموت المتعاقدين، فالإجارة عندهم كالبيع ، والبيع لاينفسخ بعد الإنعقاد، لو توفي البائع أو المشتري أو الإثنان معا، فإذا توفي المؤجر قام وارثه مقامه في قبض الأجرة، وإذا توفي المستأجر يقوم وارثه في إستيفاء المنفعة من نفس المأجور، والواقع إذا إنتقل المأجور الى الورثة ولم يرضوا بعقد الإجارة، فيكون العقد ذي ضرر مسلوب المنفعة. يُنظر، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، م١ ، البيع ، الاجارة ، الوكالة ، مصدر سابق، ص ٤٩٠ وما بعدها.

٣ - نصت المادة (٢/٨١٢) من القانون المدني العراقي (٢- ومع ذلك إذا مات المزارع، جاز لورثته أن يطلبوا فسخ العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مقدرتهم) وكذلك مانصت عليه (٢/٨٢٣) على أنه (٢- ... إذا مات المساقي، جاز لورثته أن يطلبوا فسخ العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباؤه أثقل من أن تتحملها مقدرتهم).

ثالثاً- الرجوع في الهبة

يجوز الرجوع في الهبة وإسترداد الموهوب إلا في حال وجود مانع من الرجوع، تصبح الهبة فيها لازمة، ولا يُمكن للواهب الرجوع فيها[١] والرجوع بالهبة إما يكون بالتراضي أو بالتقاضي، ففي حالة تراضي الطرفين يجوز الرجوع في الهبة من قبل الواهب، حتى لو كان هناك مانع من الرجوع، والتراضي على الرجوع في الهبة هو إقالة من الهبة يتم بإيجاب وقبول مثل أي عقد آخر[٢].

أما الرجوع عن طريق القضاء فلا يمكن ذلك إلا في حال وجودعذر مقبول وعدم وجود مانع من الرجوع[٣] وهذا ما نص عليه المشرع العراقي (للواهب أن يرجع في الهبة، برضاء الموهوب، فإن لم يرض، كان للواهب حق الرجوع، عند تحقق سبب مقبول مالم يوجد مانع من الرجوع)[٤] وأورد المشرع العراقي الأعذار التي تبرر الرجوع في الهبة ومنها جحود الموهوب له[٥] وكذلك عجز الواهب عن توفير سبب المعيشة، وفي حالة التقصير من قبل الموهوب له في تنفيذ التزاماته في عقد الهبة ، ومن الأسباب المقبولة كذلك رزق الواهب بولد، أوقيام الموهوب له بقتل الواهب عمداً فلورثته الحق في إبطال الهبة[٦] وذِكر المشرع لهذه الأعذار لا بمعنى تقييد الرجوع في الهبة بتوفر الأعذار المذكورة، فهي ليست على سبيل الحصر ، وإنما هي أعذار غالبة تبرر الرجوع في الهبة فلا يمنع من الرجوع في الهبة في حال توافر أعذار مبررة أخرى

---

١ - في موانع الرجوع في الهبة ، يُنظر نص المادة (٦٢٣) من القانون المدني العراقي، والمادة (٥٠٢) من القانون المدني المصري.

٢ - يُنظر، د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة، المقايضة، الهبة، الدخل الدائم، الصلح، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٩، ص١٥١.

٣ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥، مصدر سابق، ص ١٨٢.

٤ - نص المادة (٦٢٠) من القانون المدني العراقي، وهو موقف المشرع المصري في نص المادة (٥٠٠) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (يجوز للواهب أن يرجع في الهبة، إذا قبل الموهوب له ذلك، فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع).

٥ - عُرف الجحود بأنه (العمل غير المشروع الذي يرتكبه الموهوب له عامداً إتجاه الواهب) أشار إليه د. عصمت عبد المجيد، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، مصدر سابق ، ص ١٥٧.

٦ - يُنظر في الأسباب المقبولة للرجوع في الهبة نص المادة (٦٢١) و(٦٢٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٥٠١) من القانون المدني المصري، أما المشرع الفرنسي فقد جاءت أسباب الرجوع في المادة (٩٥٣) وهي عدم إستيفاء الشروط التي تم بموجبها عقد الهبة ، أو بسبب الجحود ، أو ولادة أولاد للواهب، وذكر المشرع الفرنسي حالات الجحود في المادة (٩٥٥) من القانون المدني وهي، إعتداء الموهوب له على حياة الواهب، أو في حال إرتكاب الموهوب له إهانة جسيمة للواهب، كذلك في حالة الامتناع عن الانفاق.

غير المذكورة في حال إقرارها من قبل القضاء ، فالرجوع في الهبة واقعاً هو فسخ قضائي متروك تقديره للقضاء [١].

ومن خلال ما تقدم ، يُمكن إعتبار العذر المقبول التزاما بالتسبيب، يبرر الرجوع في الهبة وتقدير التسبيب فيما إذا كان مقبولا من عدمه أمر متروك للقضاء، وجاء في قرار لمحكمة تمييز العراق بأنه(لايجوز للواهب الرجوع عن الهبة ، مالم يوجد سبب مقبول للرجوع، ومن الأسباب المقبولة للرجوع، إخلال الموهوب له إخلالاً خطيرا، بما يجب عليه نحو الواهب)[٢] وكذلك في قرارلمحكمة التمييز الاتحادية جاء في مضمونه (وحيث إن السبب المذكور، ليس من شروط الرجوع في الهبة المنصوص عليها في أحكام المادة (٦٢١) إذ ليس للمدعي طلب الرجوع في هبة العقار بحجة قيام الموهوب له بالإنتحار، فأحكام المادة (٦٢٣/ب) ذكرت إن موت أحد المتعاقدين مانع من الرجوع في الهبة، لذا تكون رد دعوى المدعي في طلبه الرجوع عن الهبة للسبب المذكور متفق مع أحكام القانون)[٣] أما موقف محكمة النقض المصرية فقد جاء في قرار لها مضمونه(ماجرى عليه قضاء هذه المحكمة في أحكام الرجوع في الهبة التي وردت في نص المادة (٥٠٠) إذ اشترطت في حال عدم قبول الموهوب له في الرجوع من قبل الواهب، أن يستند الواهب الى عذر يقبله القضاء، وعدم وجود مانع من الرجوع، ومجرد فسخ الخطبة، ليس بذاته عذراً يسوغ للخاطب الرجوع في الهبة، إلا إذا كان الفسخ يقوم على أسباب مبررة)[٤].

---

١ - يُنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق، ج٥، ص١٩٩.
أما الفقهاء المسلمين فقد أختلفوا في حكم الرجوع في الهبة، وفرقوا فيما إذا كان الرجوع للأجنبي ، أو كان الرجوع في هبة الأصل للفرع، فذهب الإمامية والحنفية والزيدية الى جواز الرجوع في الهبة للأجنبي، مالم يوجد هناك مانع في الرجوع، وخالفهم الشافعية والمالكية والحنابلة والإباضية والظاهرية وقولهم بأن الهبة عقد لازم لا يصح الرجوع فيها وإن لم يعوض عنها، أما بالنسبة لرجوع هبة الوالد الى ولده، فالإمامية والأحناف قالوا بعدم الجواز في الرجوع فيما يهب الوالد لولده، وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء. يُنظر، د. علي محمد الابياني، الآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة ،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،٢٠١٠،ص ١٠٨ ومابعدها.
وما يستدل به على موقف الإمامية عن أبي عبد الله(عليه السلام) عن أبيه عن آبائه، عن أمير المؤمنين (عليهم السلام) أنه قال (من وهب هبة يريد بها وجه الله والدار الآخرة، أو صلة الرحم فلا رجعة فيها) وعنه قال (والهبة يرجع فيها،"صاحبها" حيزت ، أو لم تحز، إلا لذي قرابة) يُنظر، ميرزا حسين النوري الطبرسي، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل،ج١٤، ط٢، بلا مكان نشر ، ١٩٨٨، ص ٧٠.

٢ - القرار المرقم (٨٩٧ح/١٠٥٤/١٩٥٤) أشار إليه سناء جواد السلامي ، دعوى الهبة في القانون المدني العراقي، العقد والتطبيق، مكتبة صباح،بغداد،بلا سنة نشر ، ص١٢٧.

٣ - القرار المرقم (٢٠٧٣/ الهيئة الاستئنافية/عقار/٢٠١٩) أورد القرار المذكور، القاضي ليث راسم هندي،درر الأحكام القانونية المستخلصة من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ط١، مكتبة صباح القانونية،بغداد، ٢٠٢٣، ص٢٤٨.

٤ - قرار محكمة النقض المصرية، الطعن (٢٠٠٣ في ١٩٨٥/١٢/٢٥) منشور على الرابط الالكتروني https://ahmedazimelgamel.blogspot.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٣/٢.

ويستفاد من هذا القضاء، بأن الرجوع في الهبة الذي يقع عن طريق القضاء في حالة عدم وجود مانع من الرجوع يتطلب وجود التسبيب والمبررات التي تسوغ الرجوع، ويخضع تقدير التسبيب المقدم للرجوع في الهبة الى القضاء، فهو المرجع في تقدير صحة المبررات والأسباب المقدمة.

رابعا- إنهاء المودع عنده عقد الوديعة بأجر.

يُمكن أن نلمس الالتزام بالتسبيب بما نص عليه القانون المدني العراقي على أنه (١- للمودع في كل وقت أن يطلب رد الوديعة مع زوائدها، كما أن للوديع أن يطلب ردها متى شاء. ٢- وإذا كان الإيداع بإجرة فليس للوديع أن يردها قبل الأجل المعين إلا إذا كان له عذر مشروع...)[١]

فالأصل يمكن للمودع عنده في عقد الوديعة إنهاء العقد ورد الشيئ المودع متى شاء، وإذا كان المشرع قد اعطى للمودع عنده حق رد الوديعة وإنهاء العقد متى شاء بإرادته فلا يحق له ذلك إذا كانت الوديعة بأجر فلا يجوز للمودع عنده رد الوديعة قبل إنتهاء الأجل المحدد في العقد إلا في حال وجود عذر مشروع يجيز له ذلك، وبذلك يقتضي تقديم التسبيب اللازم لرد الوديعة قبل إنتهاء الاجل المحدد في العقد، فإشتراط المشرع إستناد المودع عنده الى عذر مشروع لإنهاء عقد الوديعة بأجر قبل إنتهاء المدة في العقد يُعد التزاماً ضمنياً بالتسبيب بأن يقع على المودع عنده بيان الأسباب التي تدعوه الى رد الوديعة.

خامساً- سحب المؤلف مصنفه من التداول.

قد يقوم المؤلف بنشر مصنفه ، وبعد تداوله وإنتقال حق الإنتفاع المالي للغير تحدث أسباب تدعو المؤلف إلى سحب مصنفه من التداول قد تكون متعلقة بمكانته الفنية أو الأدبية ويراها مؤثرةً على سمعته العلمية أو لإجراء تعديلات ضرورية وجوهرية على المصنف، لكن قيام المؤلف بهذا العمل يتعارض مع حقوق الغير ممن إنتقل إليه حق الإنتفاع المالي كأن يكون المؤلف مرتبط بعقد نشر محدد المدة من خلال هذا العقد يمكن للناشر الإستئثار بنشر المصنف

---

١ - نص المادة (٩٦٩) من القانون المدني العراقي. وهذا النص في قانوننا المدني لا مقابل له في القانون المدني المصري والفرنسي ، لكن جانب من الفقه المصري، يرى بأنه يجوز للمودع عنده الرجوع بالوديعة بإرادته المنفردة في حالتين إحداها إذا كانت الوديعة في مصلحة المودع لكن طرأت على الوديع أسباب مشروعة يتعذر معها أن يستمر في الحفاظ على الوديعة، بشرط أن تكون الوديعة بدون أجر، وفي هذه الحالة يكون الوديع متبرعا ومن غير الصحيح أن يضار بتبرعه فللمودع عنده الرجوع عن عقد الوديعة بإرادته المنفردة بمجرد وجود الأسباب المشروعة وفي أي وقت لأن الأجل تقرر لمصلحته. يُنظر، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، م١، ج٧،دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان،١٩٦٤،ص ٧٥١.

وتقديمه، ولما كان للمؤلف حق أدبي على مصنفه أقوى من الحق المالي فقد أجازت أغلب القوانين للمؤلف في حال إن طرات أسباب أدبية خطيرة الطلب من المحكمة سحب مصنفه من التداول، ومن أجل حماية حقوق الناشر، لا يلجأ المؤلف الى سحب المصنف، إلا بعد قيام أسباب جدية تبرر ذلك لا مجرد أسباب وهمية راجعة الى المزاج والهوى، وفي حال حصول خلاف حول جدية الأسباب فأمر تقديرها يعود للقضاء[١] ومن خلال ماتقدم يتبين إن قيام المؤلف بسحب مصنفه من التداول يتطلب التسبيب بأن تكون لديه أسباب جدية مبررة ، وهذا ما أخذ به قانون حق المؤلف العراقي وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري[٢].

أما المشرع الفرنسي فلم يشير في حال قيام المؤلف بسحب المصنف من التداول إلى تقديم المبرر (أي لايتطلب تقديم التسبيب من المؤلف لسحب المصنف) لكن لايجوز له إستعمال هذا الحق دون تعويض من إنتقلت إليه حقوق الاستغلال عما لحقه من ضرر، والزم المؤلف في حال قيامه بإعادة نشر مصنفه من جديد، بإعطاء الاولوية الى المتنازل إليه الذي إختاره قبل قراره بسحب المصنف[٣].

وفي السياق ذاته **قد يُطرح سؤالٌ، في حال تعاقد شخص كأن يكون فنان أو لاعب أو مودل مع ناشر على القيام بنشر صورته، ويستخدم الناشر هذه الصورة في إعلان معين، فهل يُمكن سحب الموافقة على نشر الصورة قياسا مع حق المؤلف؟**

ينبري جانب من الفقه الفرنسي بالإجابة بأنه لايمكن قياس سحب موافقة الشخص على نشر صورته مع حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول فهذا قياس مع الفارق فقد تظهر للمؤلف حقيقة علمية جديدة، تستوجب سحب المصنف، ومثل هذه الاعتبار ليس موجوداً في الصورة إضافة إن الأمر يستوجب استقرار العلاقة العقدية بين الطرفين في حين يرى جانب آخربأنه يمكن للشخص سحب الموافقة على نشر صورته بإعتبار طبيعة الحق في الصورة هو حق لصيق بالشخصية بل هي الشخصية ذاتها.

---

١ - د. عبد الله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الاسلامي والقانون المقارن، دار المريخ للنشر ، الرياض ، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٠، ص ١٢٢ ومابعدها.

٢ - نصت المادة (٤٣) من قانون حماية حق المؤلف العراقي على أنه (للمؤلف وحده إذا طرأت أسباب أدبية خطيرة أن يطلب من محكمة البداءة الحكم بسحب مصنفه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق الإنتفاع المالي ويلتزم المؤلف في هذه الحالة بتعويض من آلت اليه حقوق الانتفاع المالي....) ويُنظر كذلك نص المادة (١٤٤) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

٣ - يُنظر، نص المادة (L.121-4) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي رقم ٥٩٧ لسنة١٩٩٢.

وبهذا الصدد فنحن نستصوب رأيا فقهيا يميز فيما إذا كان الشخص قد قبل بنشر صورته على سبيل المجاملة أو إذا كان النشر تم بوجود مقابل ففي الحالة الأولى، يمكن للشخص سحب الموافقة على نشر صورته،فقد تحدث أمور من خلالها يرفض الشخص أن يستمر في المجاملة،أما في الحالة الثانية،فيتطلب الأمرتوفر المبرر اللازم لسحب الصورة، وهذا ماأيده قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية (مودل) طلبت سحب صورتها بعد نشرها، ورفضت المحكمة ذلك لعدم توفر المبرر الجدي، وكونها كانت تربطها علاقة صداقة مع الرسام ثم حدثت القطيعة وقضت المحكمةإن تغير العلاقة لايمكن عده مبررا لسحب الموافقة على نشر الصورة فهو ليس بحق مطلق يعود الى تقدير الشخص[١]

ويتضح مما تقدم، بأنه يمكن للشخص الذي تعاقد على نشر صورته سحب الموافقة على النشر في حال قيامه بالتسبيب ووجود المبرر الجدي والمشروع.

سادساً- إنهاء العقد المنشئ لحق الإرتفاق

يمكن لصاحب العقار الخادم (المرتفق به) أن يُنهي العقد الذي بموجبه تم إنشاء حق الإرتفاق في حال فقدان العقار(المخدوم) المرتفق المنفعة المتحققة من نشوء حق الإرتفاق أو أصبح هذا الحق فائدته قليلة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار الخادم (المرتفق به)[٢]

كما هو الحال لو كان العقد المنشئ لحق الإرتفاق حق مجرى ، وكان العقار المخدوم (المرتفق) أرض زراعية تُسقى من خلال مجرى يمر في أرض الغير ثم يقوم صاحب العقار المرتفق بإنشاء بئر فتزول الفائدة للعقار الخادم أو تصبح الفائدة محدودة غير متناسبة مع الأعباء التي تقع على العقار المرتفق به كأن يكون الماء الذي يمر في المجرى الذي يشغل جزءً كبيراً من أرض الغير قليل ولا يكفي لزراعة الأرض المتقرر لها الإرتفاق، فيمكن لصاحب العقار الخادم (المرتفق به) اللجوء إلى القضاء لإزالة الإرتفاق[٣].

ويُفهم مما سبق في حال زوال فائدة حق الارتفاق أن يبين صاحب العقار المرتفق به المبررات والأسباب التي أدت الى زوال منفعة العقار المرتفق، كعدم وجود حاجة فعلية للعقار المرتفق لوجود بدائل أخرى تحقق نفس الفائدة أوأنه أصبح عديم الفائدة ، فحتى يتمكن القاضي من فهم الظروف وتقدير تأثيرها على العقار المرتفق به ، فإنه يقتضي التزام صاحب العقار المرتفق به بيان هذه الأسباب والمبررات.

---

١ - يُنظر: د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، مصدر سابق، ص١٦٠ ومابعدها.

٢ - نصت المادة (١٢٨٤) من القانون المدني العراقي على أنه (لصاحب العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، ولم تبق له غير فائدة محددة لا تتناسب مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به) وهو موقف المشرع المصري في نص المادة (١٠٢٩/مدني مصري)

٣ - د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،٢٠٠٧،ص٣٢٣.

سابعاً- رجوع المستهلك عن التعاقد.

تذهب أغلب تشريعات حماية المستهلك وخاصة العربية منها الى الربط مابين العدول عن العقد وبين النقص في الخدمة المقدمة أو وجود العيب في السلعة خلاف توجهات وتشريعات الدول الأوربية، فهي تمنح المستهلك حق العدول عن التعاقد دون ضرورة تقديم المبررات والأسباب وراء العدول[١].

وبالإطلاع على موقف المشرع العراقي نجد إن قانون حماية المستهلك العراقي تبنى حق المستهلك في الرجوع عن العقد[٢] فقد نص على أنه (للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة إعادة السلع كلاً أو جزءاً الى المجهز)[٣] وإذا تمعنا في النص السابق نجده أعطى المستهلك وكل من له مصلحة الحق في إعادة السلع الى المجهز لكن يقع عليه بيان المبرر الذي يسوغ الرجوع ، كأن يكون عدم حصوله على معلومات كافية عن مواصفات السلعة أو طريقة إستعمالها، أو عددها ،نوعها وكميتها، وكذلك الضمانات المقدمة للسلعة أي يقع عليه بيان التسبيب اللازم للرجوع عن التعاقد[٤].

---

١ - بإستثناء قانون حماية المستهلك المغربي وقانون المبادلات والتجارة التونسي، إذ منحا المستهلك حق العدول عن التعاقد دون تقديم الاسباب والمبررات لهذا العدول . يُنظر د. سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،٢٠١٨ ،ص ١٣٥ وما بعدها. ومن قوانين الدول الاوربية نجد أن قانون الإستهلاك الفرنسي، أشار صراحة الى عدم إلزام المستهلك بتقديم التسبيب في حال العدول عن العقد، ويظهر ذلك في العديد من النصوص القانونية ،فالمادة (L221-18) من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٣٠١) لسنة ٢٠١٦ والمتعلقة بالعقود المبرمة عن بعد والمحلات التجارية نصت على انه (يمنح المستهلك مهلة أربعة عشر يوما لممارسة حقه في العدول عن العقد المبرم عن بعد، بعد إجراء إتصالات هاتفية أو خارج المحل التجاري، دون الحاجة الى إبداء أسباب قراره أو تحمل تكاليف أخرى...) وكذلك نصت المادة (L222-7) المتعلقة بالعقود المبرمة عن بعد والخدمات المالية على أنه (لدى المستهلك فترة أربعة عشر يوما كاملة لممارسة حقه في العدول، دون الحاجة الى تقديم سبب...) وأيضا نصت المادة (L224-99) المتعلقة بعقود شراء المعادن الثمينة على أنه (لدى المستهلك فترة ثمانية وأربعين ساعة من تاريخ توقيع العقد لمارسة حقه في العدول، دون الحاجة الى إبداء الأسباب...)

٢ - إلا أنه لم يبلغ من الشمول والوضوح والدقة على ما هو عليه في تشريعات حماية المستهلك . يُنظر، د. فاروق إبراهيم جاسم ، د. أمل كاظم سعود، الوجيز في شرح أحكام قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠١٦، ص٨٠.

٣ - المادة (٦/ الفقرة ثانيا) من قانون حماية المستهلك العراقي.

٤ - نصت الفقرة الأولى من المادة (٦) من قانون حماية المستهلك العراقي على أنه (أولا- للمستهلك الحق في الحصول على ما يأتي: أ- جميع المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة ب- المعلومات الكاملة عن مواصفات السلع والتعرف على الطرق السليمة لإستعمالها أو لكيفية تلقي الخدمة بالشكل واللغة الرسمية المعتمدة ج- ما يثبت شراؤه أي سلعة أو تلقيه أي خدمة مبيناً فيها قيمة وتاريخ= =ومواصفات السلعة وعددها وكميتها ونوعها وسعرها. د- الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان وللمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز دون تحميلها نفقات إضافية)

أما بالنسبة الى موقف المشرع المصري، نجد إن قانون حماية المستهلك المصري قد نص على أنه (للمستهلك الحق خلال (٣٠) يوم من تسلم السلعة في إستبدالها أو إعادتها مع إسترداد قيمتها النقدية، إذا شابها عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات، أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله...)[١] .

ويتوضح من خلال هذا النص بأنه يقع إلتزام على المستهلك بذكر أسباب ومبررات العدول عن التعاقد وبيان عيوب السلعة ودلائل عدم مطابقة السلعة للمواصفات التي تم التعاقد لأجلها[٢] ومن جهة أخرى إن قانون حماية المستهلك المصري أشار في المادة(١٧) منه الى عدم الزام المستهلك بتقديم الأسباب في حال قيامه،بإستبدال السلعة أو إعادتها، وكذلك أخذ بالحكم نفسه في المادة (٣٢) من القانون نفسه والخاصة بالتعاقد بنظام إقتسام الوقت (التايم شير) (المشاركة الجزئية في الملكية) وأُنتقد مسلك المشرع المصري هذا بالنص على عدم لزوم التسبيب فثمة رأياً من الفقه المصري عَدَهُ مسلكا غريباً كونه يراعي مصلحة المستهلك لأقصى درجة ويضر بحق المورّد في معرفة أسباب العدول، ليتمكن من بناء قراراته في المستقبل بما يعود بالفائدة على جودة السلعة، إضافة إن حق العدول يُعد إستثناءً على مبدأ القوة الملزمة للعقد وكان من الأجدر إلزام المستهلك بإعلام المورد عن أسباب العدول[٣].

ونحن نستصوب ماتمت الإشارة إليه بإلزام المستهلك بتقديم التسبيب اللازم في حال عدوله عن التعاقد، فضلا عن تأييد الرأي الفقهي القائل[٤]بعدم وجود حق تقديري مطلق من كل ضابط أو قيد، فإطلاق يد المستهلك بالحق في العدول عن العقد دون قيد أو ضابط قد يدفعه الى إساءة إستعمال هذا الحق، فإذا كان الحق له صفة تقديرية لايعني كونه مطلقا.

---

١ - نص المادة (٢١) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٨.

٢ - وهذا هو موقف المشرع المصري في قانون الاستهلاك المصري رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ قبل التعديل في نص المادة الثامنة إذ نصت على أنه (... للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في إستبدالها أو إعادتها أو إسترداد قيمتها وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله...) وتعقيبا على النص المذكور، يرى جانب من الفقه المصري أن ما ورد بنص المادة الثامنة لايُعد تطبيقا لحق العدول بالمفهوم الدقيق، يباشره المستهلك دون تقديم المبررات ، وإنما هو ترديد للقواعد العامة التي تمنح المتعاقد اللجوء الى فكرة العيب الخفي أو الإستبدال أو الإرجاع لعدم المطابقة. يُنظر، د. سالم يوسف العمدة، مصدر سابق ، ص ٢٧٤.

٣ - د. تامرمحمد الدمياطي، مصدر سابق، ص ١٨٦ وما بعدها.

٤ - أشار إليه ، د. سالم يوسف العمدة، مصدر سابق، ص ٣٨٥.

ثامناً- إنهاء عقد الوكالة التجارية.

يُعد عقد الوكالة التجارية من العقود التي تستمر ويمتد أثرها حتى بعد إنتهاء مدته لأن الوكيل التجاري يكون قد روج للسلع وأبرم الصفقات وشاع ذكرها في الأسواق، وحتى لايُقلل الموكل الجهود التي بذلها الوكيل أو يحاول أن يتعاقد مع وكيل آخر الأمر الذي يؤدي الى الأثراء على حساب الوكيل الأول، وقد إتجهت التشريعات الى حماية الوكيل التجاري في حال قيام الموكل بعزله أو عدم تجديد العقد معه على الرغم من النجاح الذي حققه الوكيل في إستقطاب العملاء وترويج السلع [١] فلا يجوز للموكل إنهاء عقد الوكالة التجارية مالم يكن هناك مبرر للإنهاء ، وهذا ما اخذ به قانون تنظيم الوكالة التجارية العراقي إذ الزم الموكل بعدم إنهاء عقد الوكالة التجارية أو عدم تجديده مالم يسبب قراره[٢] وهذا تطبيق للالتزام بالتسبيب.

وكذلك ما ورد بقانون التجارة المصري، في حال إنهاء عقد الوكالة التجارية محدد المدة ، إذ يجب أن يستند أحد الطرفين الذي يروم إنهاء العقد الى سبب جدي ومقبول يبررالإنهاء وإلا وجب عليه دفع التعويض للطرف الآخر[٣] أما المشرع الفرنسي فلم يوجب التسبيب في إنهاء عقد الوكالة التجارية[٤].

---

١ - د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، التشريعات التجارية والإلكترونية، المجلد الثاني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩، ص ١٣٢,١٣٣.

٢ - نصت المادة (٢٠) من قانون تنظيم الوكالة التجارية العراقي رقم (٧٩) لسنة ٢٠١٧ على أنه (لايجوز للموكل إنهاء عقد الوكالة أو عدم تجديده مالم يكن هناك سبب يبرر إنهاءه أو عدم تجديده...).

٣ - نصت المادة (١٦٣) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ على أنه (يجوز لكل من طرفي عقد الوكالة التجارية إنهاء العقد في كل وقت.... وإذا كان العقد معين المدة وجب أن يستند إنهاؤه إلى سبب جدي ومقبول وإلا استحق التعويض) وهو كذلك موقف القانون التجاري الاماراتي في المادة (٢١٤) .

٤ - ويظهر ذلك من خلال نص المادة (L134-11) من قانون التجارة الفرنسي النافذ والتي نصت على أنه (... عندما يكون عقد الوكالة غير محدد المدة، يجوز لأي من الطرفين إنهاؤه عن طريق تقديم إشعار، وتسري أحكام هذه المادة على العقود محددة المدة التي تتحول إلى عقود غير محددة المدة ...) .

وعن موقف الفقهاء المسلمين فعقد الوكالة من العقود الجائزة ، ولكل من المتعاقدين فسخه في أي وقت ولم يشترطوا الفقهاء المسلمين، في حال قيام الموكل بإنهاء الوكالة تسبيب قراره بالعزل أو الإنهاء ، فذهب جمهور الفقهاء بأنه يشترط لصحة عزل الوكيل شرطان الأول ، أن لا يتعلق بالوكالة حق للغير يضيع بالعزل ، والثاني علم الوكيل بالعزل. يُنظر محمد صادق الأنصاري، عقد الوكالة في الفقه الإسلامي ، ط١، مكتبة جدّة، ١٩٨٧، ص٢٢٣ وما بعدها. وهو كذلك عليه الأمر عند الشيعة الإمامية، فعن الامام الصادق عليه السلام قال: من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور المهمة، فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه في الدخول فيها. يُنظر، الحر العاملي، الفصول المهمة في أصول الائمة، ط١، ج٢، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم ١٤١٨ه، ص ٣٠٣.

تاسعاً- عدول المريض عن عقد العلاج الطبي

لعل سؤالا يرد في هذا المجال وهو، هل يمكن فرض الالتزام بالتسبيب في حالة عدول المريض عن عقد العلاج الطبي بإرادته المنفردة؟

قبل الإجابة حري بنا ان نبين الرأي الفقهي في عدول الشخص عن التصرفات العلاجية ، فثمة رأيٌ من الفقه يذهب بعدم مسؤولية الشخص عن عدوله مطلقا؛ لأن الحقوق الشخصية مرجحة على الحقوق المالية، فهو بهذا العدول لم يرتكب خطأ، في حين ذهب رأيٌ آخر بإلزام الشخص برد المصروفات وإن كان لا يلتزم بالتعويض، فهناك مصروفات تم إنفاقها تحضيراً للعلاج الطبي، وهذا الالزام برد المصروفات ليس أساسه عدول المريض؛ لأن عدوله لا يُعد خطأ بذاته وإنما أساسه في قبول المريض المتسرع والرضا بالعلاج الطبي، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه خلافا لمن يذهب إلى ضرورة التعويض ، لكن لا يختلف من الناحية العملية بمن قال بضرورة التعويض، فإلزام المريض بدفع المصروفات قد يدفعه الى قبول التدخل الطبي كونه يُعد ضغطا على إرادته، وخصوصا إذا كانت تفوق قدرته المالية[1].

ويتراءى لنا في حال فرض الالتزام بالتسبيب على المريض عند عدوله عن عقد العلاج الطبي يحقق التوازن بين الطرفين، فالقول بعدم مسؤولية المريض مطلقا في حال العدول كما إنتهى إليه أصحاب الرأي الأول قد يحدث ضررا للطرف الآخر (الطبيب المتعاقد) وإن ماانتهى إليه أصحاب الرأي الثاني والثالث لايختلف من الناحية العملية وربما يشكل ضغطا على إرادة المريض وقد يؤدي الى دفع المريض تعويض أو مصروفات غير مستحقة ، وعليه يمكن القول بأن التسبيب يحقق الغاية المرجوة بما يؤمن مصلحة الطرفين فقد يكون سبباً رجوع المريض مبررا لظروف صحية طارئة، أو ظهرت معلومات جديدة عن خطر التدخل الطبي ولم يتم إبلاغه بها، أو إن المريض فقد ثقته بالطبيب لأسباب تعود لكفاءته أو يحصل المريض على أراء طبية مغايرة، فإذا كان التسبيب المقدم مسوغا، فللمريض العدول عن العقد دون إلزامه بالتعويض أو دفع المصروفات العلاجية، فسلامة جسد الإنسان من أهم مظاهر شخصيته.

١ - يُنظر : د. ياسر أحمد الصيرفي ، مصدر سابق، ص١٠٦ ومابعدها.

يتحصل لدينا مما سبق ، إن للالتزام بالتسبيب في العقد تطبيقات ضمنية ظهرت من خلال عبارات أو مقاصد النصوص القانونية، ووجدناه قيداً على إرادة المتعاقد الذي يروم التحلل من الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، من خلال إلزامه بتقديم المبررات والمسوغات لتصرفه الإنفرادي، فهو أحد الآليات الحمائية يساهم في الحد من حالات الإنهاء غيرالمبرر والإنهاء التعسفي لضمان توازن العقد وحماية المصالح العقدية للطرفين، فضلا من إنه يحقق الأمان والإستقرار القانوني من خلال منع الطرف الذي لديه الصلاحيات العقدية من أن يستغل مركزه القوي، ليعفي نفسه أو يتنصل من الالتزام العقدي دون مسوغ ومبرر مشروع.

وعلى الرغم من التطبيقات التي اشارت للالتزام بالتسبيب سواء جاءت بشكل صريح أو ضمني إلا أن هناك العديد من الأوضاع القانونية التي تمنح أحد المتعاقدين صلاحية إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة، تنعدم فيها الإشارة الى الالتزام بالتسبيب.

ففي عقد الوكالة يمكن للموكل أن يعزل الوكيل، وللوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة ولو وجد إتفاق خلاف ذلك دون أن يلتزم أحدهما بتقديم التسبيب لأنهاء العقد[١].

ومن ناحية أخرى، يظهر عدم لزوم التسبيب في حالة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانبين، في حالة عدم وفاء أحد المتعاقدين بما يجب عليه في العقد ،يجوز للمتعاقد الآخرأن يطلب فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض[٢].

وفي السياق ذاته، يظهر عدوم لزوم التسبيب في حال تحلل المؤمن له على الحياة من عقد التأمين بإرادته المنفردة عن طريق إخطار كتابي يرسله إلى المؤمن وتبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة[٣].

ومن الحالات التي جاءت خالية من الالتزام بالتسبيب، تحلل الكفيل من عقد الكفالة فالأصل لايستطيع الكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة لكن يُمكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة الأصيل، فالكفيل ينهي العقد بإرادته المنفردة دون تقديم مبرر للإنهاء[١].

---

١ - يُنظر نص المادة (١/٩٤٧) من القانون المدني العراقي، وهو موقف المشرع المصري في نص المادتين (٧١٦,٧١٥) وكذلك المشرع الفرنسي في المادة (٢٠٠٧/مدني فرنسي) غير إن المشرع المصري في الفقرة (٢) من المادة (٧١٦) أشار الى عدم جواز الوكيل أن ينزل عن الوكالة إذا كانت صادرة لصالح اجنبي ، إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك.

٢ - يُنظر نص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي . وهو كذلك موقف القانون المدني المصري في المادة (١٦١) والقانون المدني الفرنسي في المادة (١٢١٩).

٣ - يُنظر ، نص المادة (٩٩٦) من القانون المدني العراقي. والمادة (٧٥٩/مدني مصري).

كذلك في عقد المقاولة ، يمكن لرب العمل وقف التنفيذ والتحلل من العقد قبل إتمامه وفي أي وقت بإرادته المنفردة على أن يقوم بتعويض المقاول ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من عمل وما يستطيع كسبه في حال إتمام العمل[٢] دون الالزام بتقديم التسبيب اللازم للإنهاء.

وقد جرى العمل في عقد المقاولة على إدراج شرط فسخ العقد لملائمة ظروف صاحب العمل،والغرض من إدراج هكذا شرط هو تقييد المقاول في مطالبته رب العمل بالتعويض إستنادا للقواعد العامة، فيرد نص في العقد من حق صاحب العمل فسخ العقد لأسباب يرى معها إن الاستمرار في تنفيذ المقاولة لا يخدم مصلحته، وفي حال تلقي المقاول إشعارا بذلك يتوقف عن العمل وتتم تسوية حقوق المقاول بما أنجزه من عمل وما تكبده من خسارة[٣].

وتعليقا على ما تقدم، فثمة رأيٌ من الفقه يرى بأن إدراج مثل هذا الشرط يجعل من فسخ عقد المقاولة من جانب صاحب العمل أمراً متوقعاً، والغرض منه هو أن يُجنب صاحب العمل دفع التعويض الكامل إلى المقاول عما يلحقه من خسارة ، لكن إعمال هذا الشرط يتطلب وجود المبرر المشروع، كما في حالة حصول ظروف إقتصادية لايمكن لصاحب العمل معها من إتمام العمل أو يرتكب المقاول خطأ معين في تنفيذ العقد فلا يطمئن معه صاحب العمل بأن يظهر العمل الإنشائي متطابقاً لما تم الاتفاق عليه، وفي حال عدم وجود المبرر المشروع فَيُعد صاحب العمل متعسفا في فسخ العقد، ويستحق المقاول تعويضا عما لحقه من أضرار وما فاته من كسب، ولقاضي الموضوع سلطة تقدير المبرر المقدم [٤].

ومن الحالات التي لم يُلزم المشرع فيها بالتسبيب لإنهاء العقد هوعقد الايجار غير محدد المدة فيعتبر الإيجار منعقد لمدة دفع الأجرة ، وينتهي بإنتهائها أو بناءً على طلب أحد المتعاقدين عند قيامه بتنبيه المتعاقد الآخر بالاخلاء وحسب المواعيد المحددة قانوناً.

---

١ - المادة (١٠١٠) من القانون المدني العراقي.

٢ - المادة (٨٨٥) من القانون المدني العراقي . (١/٦٦٣/ مدني مصري) (١٧٩٤/ مدني فرنسي).

٣ - المادة (٨٠) من الشروط العامة لعقد المقاولة الصادرة عن وزارة الاشغال الأردنية ، أشار إليها د. أحمد عبد العال أبو قرين، الاحكام العامة لعقد المقاولة، دراسة تطبيقية لمقاولا المنشآت المعمارية في ضوء الفقه واحكام القضاء مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين(FIDIC)، ط١، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص٢٥٥.

٤ - د. أحمد عبد العال أبو قرين، المصدر نفسه، ص٢٥٥.

كما أشار القانون المدني العراقي والمصري، أو الميعاد الذي يعينه العرف وهو موقف القانون المدني الفرنسي، وبهذا يكون إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون الحاجة إلى تقديم المبرر[١].

وفي عقد التدريب المهني أجاز قانون العمل العراقي لكل من الطرفين إنهاء العقد بالإرادة المنفردة دون الزام أي من طرفي العقد بتقديم التسبيب لإنهاء العقد[٢].

ويتحصل لدينا مما سبق، إن هناك العديد من الأوضاع القانونية سمح المشرع فيها لأحد الطرفين التحلل من الرابطة العقدية بإرادته المنفردة دون الإلزام بتقديم التسبيب المبرر للإنهاء وكنا قد أيدنا رأياً فقهيا يدعو إلى فرض الالتزام بالتسبيب وتعميمه بالنسبة للتصرفات العقدية التي لها تأثير على الشخص أو الذمة المالية للغير، وأغلب الأوضاع المذكورة آنفاً ممكن أن تسبب ضررا للمتعاقد الآخرأوتؤثرعلى ذمته المالية، لذا حماية المصلحة العقدية والحفاظ على حقوق المتعاقدين تقتضي أن يلتزم من يقوم بإنهاء العقد بإرادته المنفردة تقديم الأسباب التي تبرر الإنهاء، وحتى يكون المتعاقد الآخر على معرفة وبينة من الأسباب المقدمة ويمكن أن يكون مانعا من النزاع.

١ - المادة (٧٤١) من القانون المدني العراقي. (٥٦٣/ مدني مصري)(١٧٦٣/ مدني فرنسي).
٢ - المادة (٢٨) من قانون العمل العراقي.

المبحث الثاني

أحكام الإلتزام بالتسبيب في العقد

بعد بيان تطبيقات الالتزام بالتسبيب، وكيف ظهر هذا الالتزام داخل منظومة العقد في مراحله المختلفة سواء بشكل صريح أو ضمني، وبإعتباره من الضمانات التي تمنع أحد المتعاقدين الذي لديه السيطرة الاقتصادية والمعرفية من إستخدام الصلاحيات العقدية بالإرادة المنفردة ، وللوقوف على فائدة دراسة الإلتزام بالتسبيب يتعين علينا في مجال البحث أن نورد الأحكام المتعلقة به على الرغم من أن واضعوا فكرة هذا الإلتزام لم يبينوا ضوابط إعماله.

لذا سنقوم بدراسة هذا المبحث من خلال تقسيمه على مطلبين ، نخصص المطلب الأول لوقت التسبيب وشكله، ونكرس المطلب الثاني للمسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالإلتزام بالتسبيب.

المطلب الأول

وقت التسبيب وشكله

طالما تفرض بعض النصوص القانونية الالتزام بالتسبيب صراحة أو ضمنا عند قيام المتعاقد بممارسة الصلاحيات العقدية بإرادته المنفردة، فلا يكفي القول بوجود تطبيقات لهذا الالتزام المستحدث بل يتعين علينا بيان كيفية تطبيقه من الناحية العملية، فمن الضروري تحديد وقت الالتزام بالتسبيب أي تحديد اللحظة الزمنية التي يجب على المتعاقد الوفاء بهذا الالتزام ومن ثم بيان شكل التسبيب، وفيما إذا إشترط القانون شكلا معين للوفاء بهذاالالتزام.

لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول وقت الإلتزام بالتسبيب، ونخصص الفرع الثاني لشكل التسبيب.

الفرع الأول

وقت الالتزام بالتسبيب

لعل سؤالاً يُطرح وهو، متى يكون التسبيب؟ أي الوقت الذي يجب على المتعاقد الذي يملك الصلاحيات العقدية بأن يلتزم بالتسبيب تجاه المتعاقد الآخر، فعلى سبيبل المثال قيام المتعاقد فسخ العقد بإرادته المنفردة، ماهو الوقت الذي يلتزم فيه بتقديم التسبيب؟ هل يكون قبل إيقاع الفسخ، أم بعده؟ أو في حالة قيام صاحب العمل بإنهاء عقد العامل غير محدد المدة متى يقع عليه بيان المبرر، وهل بالإمكان أن يكون التسبيب بعد ممارسة الصلاحيات التعاقدية.

لو إطلعنا على موقف الفقه الفرنسي، فيرى جانب منه[١] عندما يكون التسبيب مطلوباً فإن هذا الإجراء الشكلي يجب أن يتم بالتزامن مع ممارسة الصلاحيات التعاقدية أي في الوقت الذي ترتب فيه آثارها، وبهذا الصدد من المفيد التذكير بما أن الصلاحيات العقدية لاتنتج آثارها القانونية إلا بعد تبليغ المتعاقد الآخر، لذلك يقتضي إلزام من يمتلك هذه الصلاحيات العقدية تسبيب قراره بالتزامن مع وقت الإخطار.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية التي نظمت الالتزام بالتسبيب في القانون المدني الفرنسي نجد إن المادة (١٢٢٦) والتي نصت على أنه (... يتضمن الإخطار صراحة في حال تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه يكون للدائن الحق في فسخ العقد، وعند استمرار عدم التنفيذ ، يخطر الدائن المدين بفسخ العقد وبالأسباب التي تبرره...) ويتضح من النص المذكور إن التزام الدائن بالتسبيب يكون وقت إخطار المدين بفسخ العقد وهو الوقت الذي يقدم الدائن مبررات اللجوء الى فسخ العقد[٢].

وفي قانون العمل الفرنسي، في حال قيام صاحب العمل بفصل العامل، يتعين على صاحب العمل تسبيب قرار الفصل بالتزامن مع إخطار العامل وقد نص على أنه (إذا قرر صاحب العمل فصل العامل فإنه يخطره بقراره بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول يتضمن بياناً بالسبب الذي قدمه صاحب العمل[٣].

---

1 - CASSIEDE (Marc): Les pouvoirs contractuel, étude de droit private, op.cit, p 590.

٢ - المادة (١٢٢٦) من القانون المدني الفرنسي.

٣ - نص المادة (L1232-6) من قانون العمل الفرنسي.

وتعليقا على ماتقدم يؤكد رأياً من الفقه الفرنسي[١] على ضرورة تسبيب قرار فصل العامل وقت إخطاره بالقرار، فالتسبيب المتزامن مع الإخطار يُجبر صاحب العمل على إعادة النظر في القرار المتخذ من قبله وهذا الأمر يُعزز من شرعية القرار المتخذ، ومن جهة أخرى إن وصول التسبيب إلى المخاطَب به وقت ممارسة الصلاحيات العقدية وإتخاذ القرار هو ضمانة لفهمهِ وربما قبوله والقناعة به، فوجود الفاصل الزمني بين إتخاذ قرار الفصل والتسبيب من الممكن أن يؤدي إلى عدم فهم أبعاده والقصد منه، فضلا عن أهمية وجود التسبيب بالتزامن مع وقت إتخاذ القرار من المنظور القضائي فتقديم الأسباب والمبررات في الوقت الذي يتم فيه إخطار العامل بقرار الفصل يُمكّن العامل من تقييمه لنجاح الطعن القضائي، وفي هذا الصدد ترى محكمة النقض الفرنسية بأن قيام صاحب العمل بإبلاغ العامل بقرار فرض العقوبة من شأنه تحديد نطاق النزاع، فعلى المحكمة رفض أي تسبيب إضافي آخر يقوم صاحب العمل بإدراجه لاحقا وهذا ما يعزز أهمية التسبيب وقت ممارسة الصلاحيات العقدية.

ويتبين مما تقدم إن المشرع الفرنسي جعل وقت التسبيب بالتزامن مع الإخطاربإستخدام الصلاحيات العقدية في حالة فسخ العقد بالإرادة المنفردة أو في حالة فصل العامل في عقد العمل غير محدد المدة.

ولو إنتقلنا الى موقف المشرع العراقي في إطار علاقات عقد العمل، نجد إن قانون العمل العراقي وإن أشار إلى قيام صاحب العمل بإنذار العامل تحريريا عند إنهاء عقد العمل في حال تحقق الحالات المنصوص عليها في البند (ثانيا) من المادة (٤٣)[٢] إلا أنه لم يحدد وقتاً معين للتسبيب، وهو أيضا موقف المشرع المصري في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة.

---

1 - JAQUEN (Magali): La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, Economica, Paris, 2013,p278 ,279.

٢ - يُنظر المادة (٤٤) من قانون العمل العراقي. وجاء في أحد قرارات قضاء محكمة العمل العليا العراقية (إن ما استند إليه المستأنف في إنهاء خدمة المستأنف عليه العامل لايجيز له استعمال سلطته في إنهاء عقد عمل العامل المتغيب، قبل إنذاره بشكل كتابي الى محل إقامته في اليوم الثالث من أيام غيابه المتواصل وإشعاره بالنتائج المترتبةعلى الاستمرار بالغياب، فإذا استمر في غيابه بعد الإنذار، فلا تقصير من الإدارة إذا قامت بإنهاء عقد عمل الغائب) يُنظر القرار المرقم (٢٦٢/ عليا/ ٩٧٢/ ١٩٧٢) قضاء محكمة العمل العليا، المجلد الثاني لسنة ١٩٧٣، أشار إليه، فوزي كاظم المياحي،حالات الإنذار والتنبيه في القانون المدني العراقي، مكتبة صباح القانونية ، بغداد، بلا سنة نشر، ص٢٨.

ويمكننا القول إن وقت التسبيب بالتزامن مع الإنذار بإنهاء عقد العامل عند وجود المبررات المشروعة أمر ينسجم مع الواقع العملي، ويتفق مع القانون لا سيما إن الحقوق الواردة التي أشار إليها قانون العمل العراقي تمثل الحد الأدنى[١]، وفي حال إن ترتب للعامل حقوقا أفضل من الحقوق الواردة في القانون لا مانع من الآخذ بها وهذا ما يحققه تزامن التسبيب مع الإنذار، فالتسبيب ضمانا إجرائيا يتطلب أن يكون موجودا بالتزامن مع ممارسة الصلاحيات العقدية بالإرادة المنفردة.

وفي الواقع إن إشتراط التسبيب بالتزامن مع الإخطار يحقق الفائدة لطرفي العلاقة العقدية، فمن جهة مقدم التسبيب، فتزامن التسبيب مع الإخطار يدفعه الى التفكّر والتروي قبل ممارسة صلاحياته العقدية مما يحول دون التعسف في إستخدامها، أما من جهة متلقي التسبيب فهو ضمانة لفهم أسباب التصرف الذي أتخذه المتعاقد الآخر، فضلا إن التسبيب المتزامن مع إستخدام الصلاحيات العقدية يمكّن متلقي التسبيب من أن يُقييم الجدوى من ممارسة الطعن القضائي ويكون مستعدا لأي نزاع قضائي محتمل، وهذا ينسجم مع الغرض الإعلامي والتوضيحي من التسبيب[٢].

وإذا كان التسبيب المتزامن مع إستخدام الصلاحيات العقدية قد نال تأييد الفقه الفرنسي، **فهل يرد إستثناء على هذه القاعدة بأن يكون هناك فاصل زمني بين ممارسة الصلاحيات العقدية الإنفرادية ووقت التسبيب؟**

يجيب على ذلك رأيٌ من الفقه الفرنسي بأنه على الرغم من العديد من المزايا لهذه القاعدة التي بموجبها أن يكون التسبيب مصاحبا لإستخدام الصلاحيات العقدية إلا أنه ترد عليها بعض الاستثناءات في الواقع فمن الممكن ملاحظة بأنه في سياق تنفيذ بعض الصلاحيات العقدية بالإمكان تأجيل التسبيب في بعض الأحيان، فقد يُلزم من لديه الصلاحيات العقدية تقديم التسبيب قبل إخطار المتعاقد الآخر بتنفيذ هذه الصلاحيات، كما هو عليه الحال عند وجود شرط فاسخ، إذ كان القضاء الفرنسي وأيده المشرع حاليا يُلزم الدائن أن يبين في الإخطار أي المرحلة التي تسبق الفسخ من خلال تذكير المتعاقد بوجود الشرط الفاسخ، وتحديد الإخلال المنسوب الى المتعاقد الآخر[٣].

---

١ - المادة (١٤) من قانون العمل العراقي.

2 - CASSIEDE (Marc): Les pouvoirs contractuel, étude de droit private, op.cit, p 591 et s.

3 - Ibid.p.592,n495.

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض الفرنسية (إن محكمة الاستئناف لم تتحقق فيما إذا كان الإنذار قد منح المستأجرين مهلة صريحة للإمتثال الى الالتزام العقدي قبل إعمال الشرط الفاسخ والقيام بإنهاء العقد من جانب واحد)[١].

وفيما يرتبط بوقت التسبيب في فسخ العقد بالإرادة المنفردة ينبغي أن لاتفوتنا الإشارة الى ضرورة عدم الخلط بين التسبيب (الشكلية الإعلامية) وبين الأعمال القانونية التي يتطلبها القانون والتي تسبق ممارسة الصلاحيات العقدية كالإعذار، والإخطار وغيرها، والمتفحص لنص المادة (١٢٢٦/ مدني فرنسي) يستطيع ملاحظة ذلك، فالمادة المذكورة أشارت في حال قيام الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة يستلزم عليه أولا إعذار المدين وعُرف الإعذاربتعريفات متعددة ومنها بأنه(دعوة المدين من قبل دائنه إلى تنفيذ التزامه وتنبيهه إلى أن تأخره في التنفيذ يوجب مسؤوليته عن تعويض الدائن عن الضرر الذي سيصيبه نتيجة هذا التأخير)[٢].

وكذلك أشار المشرع الفرنسي من خلال نص المادة (١٢٢٦) إلى قيام الدائن بإخطار المدين صراحة في حال التخلف عن تنفيذ الالتزام يكون له (للدائن) الحق في فسخ العقد ويُعرف الإخطار بأنه (عمل قانوني غرضه إبلاغ وإعلام المتعاقد الآخر بمصير العلاقة العقدية، من أجل التحلل منها أو دفع مسؤولية أو اكتساب حق)[٣].

---

١ - تتلخص وقائع هذه القضية بقيام مالك العقار بتوجيه إنذار الى المستاجر بضرورة تخصيص المحل الذي استأجره لغايته المحددة في عقد الإيجار وأشار الى التمسك بالشرط الفاسخ الوارد في العقد، ففقضت محكمة استئناف باريس بصحة إنهاء عقد الإيجار وبررت ذلك إن الانذار الموجه كان قد أشار بشكل كافي لوجود الشرط الفاسخ، إلا أن محكمة النقض قضت إن ما استندت إليه محكمة الاستئناف لم يحدد فيما إذا كان الانذار قد حدد مدة صريحة للإمتثال إلى الالتزام العقدي، وعليه إن قرارها جاء دون وجود السند القانوني الصحيح. يُنظر تفاصيل القضية على الموقع الالكتروني
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007024045تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٣/١٣.

٢ - القاضي شوان محي الدين ، نظرية الإعذار المدني ، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ، لبنان، ٢٠١٩، ص ١٩.

٣ - مؤيد حبيب الحسيني، موسوعة الإنذارات، فكرة الإنذار وحالاته في القوانين العراقية ، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٣، ص٣٠. والجدير بالذكر إن المشرع العراقي في نصوص القانون أشار الى العديد من الأعمال القانونية وهي (الإعذار والإخطار والتنبيه والإخباروالإعلان والإبلاغ والإحتجاج) وهذه الأعمال القانونية التي نص عليها المشرع العراقي في نصوص القانون المختلفة هي الموضوع والغاية والمضمون الذي يكون مكتوبا في الورقة القانونية الرسمية أو العادية (الإنذار) وقد وضعها المشرع لغاية معينة ومحددة فالإعذار مثلا الغاية منه هو إعطاء مهلة وفرصة للمتعاقد الآخرمن أجل عودته الى تنفيذ شروط العقد و تصحيح أخطاءه وتصرفه قبل المطالبة القضائية. للتفصيل يُنظر، مؤيد حبيب الحسيني، المصدر نفسه ، ص ٤٥٠ ومابعدها.

وبعد الإخطار في حال إستمرارالمدين بعدم التنفيذ يخطرالدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره، ويتضح من خلال المادة (١٢٢٦/ مدني فرنسي) إذا ما أراد الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة أن يقوم بالأعمال القانونية كالإعذار والإخطار التي تسبق إيقاع الفسخ وفي حال إستمرار المدين بعدم تنفيذه للعقد يخطره بفسخ العقد متضمنا أسباب الفسخ ، وعليه يكون الإخطار بفسخ العقدالمتضمن بيان الأسباب غير الإخطار الذي يسبق الفسخ المراد منه تحذير المدين، وهذا ما أيده رأيٌ من الفقه الفرنسي[١] إذ ذهب إلى وجوب عدم الخلط بين الإجراءات الشكلية المصاحبة لممارسة الصلاحيات العقدية والتي تتضمن التسبيب وبين الإجراءات التي تسبق القيام بممارسة هذه الصلاحيات، فالتسبيب يوضح دوافع التصرف في حين إن الإجراءات السابقة على الفسخ توضح الآثار، فالتسبيب إجابة على سؤال لماذا تم القيام بهذا التصرف أما الأعمال القانونية السابقة على الفسخ توضح النتائج التي تترتب على عدم القيام بتنفيذ العقد، وبهذا تكون اللحظة الزمنية للتسبيب مصاحبة للإخطار المتضمن بممارسة الصلاحية العقدية، وليس في الإخطار الذي يسبق فسخ الرابطة العقدية ، وإذا لم يكن التسبيب متزامنا مع ممارسة الصلاحيات العقدية فهذا استثناء كما في حالة وجود الشرط الفاسخ المذكورة آنفا.

أما الاستثناء الثاني الذي يرد على قاعدة تزامن التسبيب مع الإخطار بممارسة الصلاحيات العقدية حالة تحديد الثمن بالإرادة المنفردة في عقد الإطار وعقد أداء الخدمات، ويكون التسبيب هنا لاحقا لممارسة الصلاحيات العقدية بتحديد الثمن [٢]، وعلى الرغم من أهمية التسبيب في منع التعسف في تحديد الثمن من طرف واحد إلا أن هناك من يرى قد تبدو له ضئيلة بسبب التأخير في تقديم التسبيب الذي يبرر تحديد الثمن ، لكن هذا لايمنع المتعاقد من تقييم المبررات المقدمة ومدى نجاح الاعتراض في حال الطعن أمام القضاء مما يسهل إثبات عدم مشروعية المبررات[٣].

1 - CASSIEDE (Marc): Les pouvoirs contractuel, étude de droit private, op.cit, p.582, marge n,6.

٢ - د. تامر محمد الدمياطي ، مصدر سابق، ص١٩٧.

3 - CASSIEDE (Marc): Les pouvoirs contractuel, étude de droit private, op.cit, p.593.

وكذلك يبدو التسبيب اللاحق يكون أثناء النظر في الدعوى أمام المحكمة وهذا ما إستطاعت محكمة النقض الفرنسية إستنتاجه من خلال قضية شركة سوفكو(sofco) للسيارات ضد شركة أوبل فرنسا (opel france)[١].

وتعليقا على ما تقدّم، يذهب رأياً من الفقه الفرنسي بالقول: إن التسبيب أثناء الدعوى القضائية لا يمكن معه قياس فرص النجاح في أي طعن قضائي محتمل والتحضير له بشكل فعال وينتهي بالحديث بأنه يجب إستيفاء شرط التسبيب من حيث الأصل بالتزامن مع الإخطار بممارسة الصلاحيات العقدية إلا إن هذه القاعدة يرد عليها بعض الاستثناءات، ففي بعض الحالات يكون التسبيب قبل الإخطار الذي يشير إلى إيقاع آثار التصرف العقدي الإنفرادي كما في حالة وجود الشرط الفاسخ أو يكون بعد ممارسة الصلاحيات العقدية كما في حالة تحديد الثمن في عقود الإطار وعقود أداء الخدمات[٢].

والتسبيب المتزامن مع إستخدام الصلاحيات العقدية يتفق مع ما أخذ به القانون الإداري، فهذا القانون له السبق في الأخذ بالتسبيب وخصوصا في موضوعة تسبيب القرارات الإدارية ، فذهب فقه القانون الإداري الى أنه من الشروط الخارجية للتسبيب أن يكون معاصرا، والمقصود بالتسبيب المعاصر هو توفر الإعتبارات الواقعية والقانونية للقرار وقت إصداره فيجب أن يكون هناك تزامناً بين القرار والإفصاح عن السبب، فالحكم على شرعية القرار الإداري يكون بالنظر إليه وقت إصداره وليس في وقت سابق أو لاحق للقرار، فضلا إن عدم التسبيب بالتزامن مع

---

١ - في قضية تتلخص وقائعها(إن شركة "سوفكو للسيارات" تُديرمن خلال الشركات التابعة لها شبكة مكونة من (٢٢) وكالة للسيارات وكانت قد تعاقدت مع شركة (sonauto) سونتو بإلتزام الأخيرة بشراء (١٤) من هذه الوكالات من خلال الاستحواذ على رأس مال الشركات التابعة وتم تحديد موعد لإتمام العقد، من أجل تمكن شركة (سوفكو) من الحصول على موافقة الشركة المانحة (شركة أوبل فرنسا) وكانت الشركة المانحة قد رفضت الموافقة على أربع من هذه الوكالات، ولعدم إتمام العقد ، أقامت شركة (سوفكو) دعوى قضائية ضد الشركة المانحة تطلب التعويض عن الرفض التعسفي، فأصدرت محكمة الاستئناف قرارها لصالح المدعي من خلال إستنتاجها إن رفض الموافقة يجب ان يكون مبررا لضرورة متعلقة بحماية المصلحة التجارية ومن أجل تجنب التعسف كان على الشركة المانحة تبرير الرفض، لكي يُسمح للوكيل التأكد من أن قرار الرفض كان عادلا ومتوافق مع الالتزامات العقدية، إلا أن محكمة النقض أصدرت حكما برفض قرار محكمة الاستئناف وبينت إن حق الشركة المانحة في تعاملها مع الوكيل الذي تختاره هو من الحقوق التقديرية ولا إلزام عليها بتبرير السبب الدافع للرفض، وإن الالتزام الذي تعهدت به الشركة المانحة في عقد الوكالة المبرم بفحص بشكل عادل وعناية الخلف الذي قدمه الوكيل ليحل محله في العقد فهو لايعد سوى تذكير لتنفيذ العقد بحسن نية ، لكن بما إن محكمة الاستئناف إستنتجت إن الرفض يجب أن يكون مبرراً فإنه يتعين عليها التحقق من الأسباب المقدمة من قبل الشركة المانحة ولو كانت لاحقة). يُنظر تفاصيل القضية متاحة على الرابط الالكتروني https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007046198تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٣/١٤.

2 - CASSIEDE (Marc):, op.cit, p.593.

إصدارالقرار، قد يُعطي فرصة لإيجاد أسباب أخرى يتم إبتداعها للتمهيد لقرار محتمل أو التبرير لقرار يُفتعل ، و كما إن الإخطار لا يحل محل التسبيب ولا يقوم مقامه سواء كان سابقا أو لاحقا للقرار[1].

ويتحصل لدينا مما يأتي، إن تزامن وقت التسبيب مع الإخطار بممارسة الصلاحيات العقدية قد نال تأييد رأياً من الفقه الفرنسي من اللذين تعرضوا لفكرة هذا الالتزام، وجعل منه قاعدة وأورد عليها إستثناءات بأن يمكن أن يكون وقت التسبيب سابقا أو لاحقا كما في حالة وجود الشرط الفاسخ أو في حالة تحديد الثمن بالإرادة المنفردة في عقود الإطار وعقود أداء الخدمات.

والذي يبدو لنا ، إن الحديث عن قاعدة عامة لوقت التسبيب هو أمر محل نظر للأسباب الآتية:

١- إن ماذهب إليه رأيٌ من الفقه الفرنسي والتأييد الذي أبداه بتزامن التسبيب مع الإخطار بممارسة الصلاحيات العقدية نراه جاء تطبيقا لنص المادة (١٢٢٦/ مدني فرنسي) وهذا النص سمح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة على أن يقوم الدائن بإخطار المدين و يتضمن الإخطار صراحة في حال تخلف المدين عن الوفاء بإلتزامه يكون للدائن الحق في فسخ العقد، وعند استمرار عدم التنفيذ يخطر الدائن المدين بفسخ العقد وبالأسباب التي تبرره، فهذا النص جاء لحالة معينة وهي فسخ العقد بالإرادة المنفردة وأشار إلى إن وقت التسبيب يكون بالتزامن مع الإخطار بفسخ العقد.وعلى الرغم من أهمية هذه القاعدة والجديرة بالتأييد من الناحية العملية إلا أنه لا يصح القول بأن نجعل وقت التسبيب بالتزامن مع الإخطار بممارسة الصلاحيات العقدية هو الأصل مع وجود الاستثناء، فكما يتضح من موقف المشرع الفرنسي بأن وقت التسبيب يكون متزامنا مع الإخطار بفسخ العقد فإنه أشارأيضا إلى وقت التسبيب في تحديد الثمن بالإرادة المنفردة، فما قيل في وقت التسبيب من خلال نص المادة (١٢٢٦) يُقال أيضا في تحديد الثمن بالإرادة المنفردة فضلا إن المشرع الفرنسي لم يأتي بنص صريح يشير فيه الى وقت التسبيب وإنما يتضح من خلال النصوص المنظمة له (المواد ١٢٢٦، ١١٦٤,١١٦٥) إضافة إلى النصوص الخاصة في القوانين الأخرى.

---

١ - ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إن القرار يكون باطلا إذا جاء خاليا من الإعتبارات القانونية والواقعية التي تشكل أساس القرار، وإن مجرد أن العمدة قد أُحيط مسبقاً بالوقائع المنسوبة إليه ليس من شأنه إعفاء الإدارة من تسبيب القرار الصادر بالوقف. للتفاصيل يُنظر: د. محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦، ص١٤٤ ومابعدها.

٢- إذا كان وقت التسبيب يجب أن يكون معاصرا للقرار كما هو عليه العمل في القانون الإداري، فهذا التحديد نراه لاينسجم مع العمل في القانون المدني لتعدد وتنوع العلاقات العقدية خصوصا إن المشرع الفرنسي على الرغم من إقرارهُ الالتزام بالتسبيب إلا أنه لم يضع تنظيماً لضوابط إعماله[١] ومع التسليم بوجود تطبيقات ضمنية للالتزام بالتسبيب الذي يظهر لنا إن تحديد وقت التسبيب يتم النظر إليه تبعا لكل حالة ، فمثلا يكون وقت التسبيب في حالة رجوع المستهلك في عقد الاستهلاك في وقت الرجوع فهذه اللحظة الزمنية التي على المستهلك تقديم مبررات وأسباب الرجوع و كذلك في حالة رفض المؤجر طلب المستأجر الإيجار من الباطن فوقت تقديم التسبيب يكون متزامنا مع الرفض ، أو يكون التسبيب لاحقا كما في حالة تعيين الثمن بالإرادة المنفردة في عقود الإطار في القانون الفرنسي، وكذلك يمكن أن يكون وقت التسبيب عند إقامة الدعوى، كما في حالة الرجوع في الهبة قضاء فللواهب اللجوء إلى المحكمة المختصة لغرض إقامة الدعوى ضد الموهوب له بالرجوع ويشترط أن يتوفر لديه العذر المقبول الذي يرجع أمر تقديره للقاضي[٢] وعليه إن وقت التسبيب يتم تحديده بناءً للأحوال والوقائع لكل حالة، فيمكن أن يكون وقت التسبيب حال ممارسة الصلاحيات العقدية، أو يكون لاحقا عليها أو يتزامن مع وقت أو أثناء قيام الدعوى.

١ - يُنظر، د. منى أبو بكر، إشكالية تحديد الثمن في عقود التوزيع الإطارية، مصدر سابق، ص٤٦١.

٢ - نص المادة (٦٢٠) من القانون المدني العراقي، وهو موقف القوانين المدنية الأخرى كما هو الحال القانون المدني الكويتي في نص المادة (٢/٥٧٣) إذ يجوز الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء إذا كان هناك عذر مقبول، وكذلك القانون المدني الفلسطيني في المادة (٢/٥٣٦) إذا لم يقبل الموهوب له رجوع الواهب في هبته جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع والحكم بصحة الرجوع مرهون بوجود العذر الذي يخضع تقديره للقضاء، وينطبق الحال على القانون المدني السوداني في نص المادة (٢٤٠) وللواهب أن يرجع في الهبة بعد القبض بقبول الموهوب له، فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند الى سبب مقبول مالم يوجد مانع من الرجوع. يُنظر، د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، المقايضة، الهبة ، الدخل الدائم، الصلح ، مصدر سابق' ص ١٥٣ ومابعدها.

الفرع الثاني

شكل التسبيب

عندما يتعلق الأمر بتحديد شكل التسبيب **فإن السؤال الذي يُطرح هل يتطلب شكل التسبيب أن يكون مكتوباً، أم إن العرض الشفهي للأسباب يمكن إن يؤدي بالغرض؟**

للإجابة على السؤال المتقدم علينا أن نفرق بين حالتين ، حالة وجود النص الذي يفرض صراحة أن يكون التسبيب مكتوباً، وحالة عدم وجود نص يفرض الشكل الكتابي للتسبيب

في الحالة الأولى وعند الرجوع الى النصوص القانونية التي نظمت الالتزام بالتسبيب من قبل المشرع الفرنسي، فهناك من النصوص يفرض بشكل صريح أن يتم إبلاغ التسبيب كتابة، كما هو الحال عند إنهاء عقد العمل عندما يقرر صاحب العمل فصل العامل لأسباب شخصية إذ أشار قانون العمل الفرنسي بالنص على أنه (عندما يقرر صاحب العمل فصل العامل، يُبلغه بقراره بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، يتضمن بياناً بالأسباب المقدمة من قبل صاحب العمل، ولا يمكن إرسالها في أقل من يومي عمل بعد التاريخ المحدد للمقابلة ما قبل الفصل)[١]. وفي السياق ذاته، كذلك عندما يقرر صاحب العمل النطق بالفصل التأديبي والذي يُعد تعبيراً عن ممارسة الصلاحيات العقدية، فإن النموذج الكتابي يفرض نفسه أيضا[٢].

لكن كيف يُمكن الوفاء بالتسبيب عندما لايفرض النص القانوني التسبيب المكتوب بشكل مباشر؟

ينبري رأيٌ من الفقه الفرنسي[٣] بالإجابة بأنه في بعض الأحيان في حال غياب النص الذي يفرض إستخدام الكتابة بشكل مباشر، فإن الشكل المكتوب يفرض نفسه بشكل غير مباشر على التسبيب، كما هو عليه الحال عند وجود الشرط الفاسخ الذي أشارت إليه المادة (١٢٢٥/ مدني فرنسي) فأحكام هذه المادة لاتفرض بشكل مباشر الشكل المكتوب لعرض الأسباب المبررة لفسخ

---

١ - المادة (L1232-6) من قانون العمل الفرنسي.

٢ - نصت المادة (R.1332-2) من قانون العمل الفرنسي على أنه (تخضع الجزاءات المنصوص عليها في المادة (L.1332-2) لقرار مكتوب ومسبب، ويتم إخطار العامل بالقرار إما برسالة يتم تسليمها مقابل وصل إستلام، أو عن طريق رسالة مسجلة خلال مدة الشهر المنصوص عليها في نص المادة (L1332-2).

3 - CASSIEDE (Marc): Les pouvoirs contractuel,étude de droit private, op.cit,p.٥٩٤.

وتنص المادة (١٢٢٥) من القانون المدني الفرنسي على أنه (يحدد الشرط الفاسخ الالتزامات التي سَيُسبب عدم تنفيذها فسخ العقد ، وإذا لم يتم الاتفاق على أن الإعذار يتحقق بمجرد عدم التنفيذ، فيكون الفسخ مقترنا بإعذار باطل، ولا ينتج الإعذار أثراً إلا إذا ذكر الشرط الفاسخ صراحة).

العقد بل يجب أن يكون التسبيب حاضرا في الإعذار أي في إجراء شكلي يخضع من حيث المبدأ للكتابة مما يعني وبشكل غير مباشر إن التسبيب يكون مكتوبا أيضا.

ويضيف الفقه الفرنسي تساؤلا بهذا الصدد لايخلو من فائدة، **وهو كيف يكون شكل التسبيب عندما لا يكون الوفاء بالتسبيب المكتوب مطلوبا لا صراحة ولا يمكن إستنتاجه ضمنا كما هو الحال عند تحديد الثمن في عقود الإطار وأداء الخدمات وكذلك عند فسخ العقد بالإرادة المنفردة؟**

والإجابة على ذلك نقول:بأنه على الرغم من الأحكام الجديدة في القانون المدني الفرنسي والمخصصة لشرط التسبيب المفروضة على من لديه الصلاحيات العقدية ، إلا أنها لاتفرض صراحة الكتابة للقيام به، فضلا على ذلك إذا كان من بين هذه الأحكام، تستلزم من الدائن في حال قيامه بفسخ العقد بالإرادة المنفردة على مسؤوليته أن يقوم بإخطار المدين بالفسخ فلا يوجد ما يشير الى أن هذا الإخطار يجب أن يكون بالضرورة مكتوباً، وعليه نستنتج بأنه في ظل غياب أي نص يفرض بشكل صريح أو ضمني إستخدام الكتابة في بيان الأسباب ، فإن إيصال الأسباب بشكل شفهي يكون كافيا، لكن مع ذلك ومن الناحية العملية فإن التسبيب المكتوب هو الموصى به من أجل تمكين من يقوم بالتسبيب إثبات تقديمه فعليا للمتعاقد الآخر[1].

مما تقدم يتحصل لدينا، في حال وجود نص يشير صراحة أو ضمنا إلى أن التسبيب يكون مكتوبا فيجب في هذه الحالة تقديم الأسباب بالشكل المكتوب أما في حالة عدم إشارة النص القانوني صراحة ولا ضمناً إلى تقديم التسبيب بالشكل الكتابي، فإن إيصال الأسباب شفاها يمكن أن يفي بالغرض ونحن نؤيد تقديم الأسباب بالشكل الكتابي في الحالة الأخيرة على الرغم من عدم إلزامه من الناحية القانونية فالتسبيب المكتوب يتيح لمن عليه شرط الوفاء به إثبات تقديم التسبيب بشكل ملموس لا شك فيه للمتعاقد الآخر، وهذا من شأنه أن يُجنّب حصول النزاع حول تقديم التسبيب .

وقد يرد سؤالا مقتضاه، في ظل النصوص التي جاء بها القانون المدني الفرنسي المنظمة للالتزام بالتسبيب هل هناك شروطا معينة يتطلب توافرها في التسبيب؟

لم تتضمن النصوص القانونية المنظمة لهذا لالتزام شروطا معينة للتسبيب إلا أن الفقه يشير إلى إستبعاد أي شكل من أشكال التسبيب الذي لا يسمح للمتعاقد(الذي وجه إليه التسبيب) من فهم دقيق لممارسة الصلاحيات العقدية، ومن ثم إن هذا الاستبعاد يتعلق بأي تسبيب مصاغ بعبارات

1 - CASSIEDE (Marc): Les pouvoirs contractuel, étude de droit private, op.cit, p.٥٩٥.

عامة وغير دقيقة، وتشير الأحكام القضائية لمحكمة النقض الفرنسية بهذا الصدد في سياق عقد العمل في حال فصل العامل إذ تعتبر إن شرط التسبيب غير متحقق عندما تكون الأسباب التي قدمها صاحب العمل غير دقيقة ولا يمكن التحقق منها ماديا[١].

وجاء في قرار لهذه المحكمة في نقضها قرارا لمحكمة الاستئناف(وحيث إن المدعية كانت تعمل بصفة سكرتيرة طبية وتم فصلها من العمل دون سبب وطالبت بالحصول على تعويض للفصل دون سبب حقيقي، وقد جاء في خطاب الفصل الموجه من صاحب العمل إن فصل المدعية بسبب الخلاف ، وحيث إن الخلاف لايشكل سببا للفصل إلا إذا كان مبني على حقائق موضوعية، كذلك إن كتاب الرد إقتصر على الخلاف دون مزيد من التوضيح، وعليه يلغى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف)[٢].

وفي قرار آخر لهذه المحكمة في إطار علاقات العمل العقدية إذ جاء فيه (يتعين على صاحب العمل ذكر أسباب الفصل في خطاب الفصل وبخلافه يكون الفصل قد وقع بدون سبب حقيقي،وحيث إن المدعي قد عمل بصفة سائق شاحنة وتم فصله بموجب خطاب موجه إليه وحيث إن هذا الخطاب لا يستند على أي واقعة يمكن التحقق منها ماديا، وعليه يلغى قرارمحكمة الاستئناف ويُعاد الأطراف الى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم)[٣].

وأيضا جاء في قرار لمحكمة النقض (وحيث أنه وفقا للحكم المطعون فيه، إن سبب الفصل كان بسبب سوء السلوك الجسيم، وإن إدعاء الإهمال الذي ظلت طبيعته غير محددة رغم تأكيد طبيعته اليومية لاينهض سبباً دقيقا وكافيا لتمكين قضاة الموضوع من التحقق من خطورته)[٤].

ونستفاد من أحكام هذا القضاء بإستخلاص شروطاً للتسبيب من حيث مضمونه، وهي أن يكون دقيقا ومحددا ومستندأ على وقائع يمكن التحقق منها مادياً، وهذه الشروط تصلح أن تسري على جميع التطبيقات العملية التي تستوجب التسبيب صراحة أو ضمنا، وإن لم تشير إليها

1- CASSIEDE (Marc):Les pouvoirs contractuel,étude de droit private,op.cit,p.595.et s

٢ - يُنظر تفاصيل القضية ، متاحة على الرابط الالكتروني https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007044900 تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٣/١٦.

٣ - يُنظر تفاصيل القضية متاحة على الرابط الالكتروني https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007042423 تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٣/١٦.

٤ - يُنظر تفاصيل القضية متاحة على الرابط الالكتروني https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007415716 تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٣/١٧.

النصوص القانونية التي جاء بها المشرع الفرنسي بعد التعديل والمنظمة للالتزام بالتسبيب بشكل صريح فضلا عن ذلك يجب أن يكون التسبيب واضحا، فلا يجوزاللجوء إلى تسبيب غامض أو مبهم أو بذكر عبارات عامة أو مجملة أو أسباب واهية فعلى سبيل المثال رفض المؤجر طلب المستأجر الإيجار من الباطن فيكتفي بتسبيب عدم القدرة المالية للمستأجر من الباطن ودون تقديم مبرر موضوعي كما إنه لا يحدد ماهو المستوى المقبول ماليا، كذلك في عقد الإستهلاك في حالة رجوع المستهلك على المجهز ورفضه للخدمة المقدمة لوجود خلل، دون بيان تفاصيل الخلل فهذه لا تصلح أن تكون أسباباً مبررة للرفض أو الرجوع.

وكذلك يجب أن يكون التسبيب منطقيا وكافيا حتى يكون وسيلة للإقناع وهذا يتحقق إذا كانت المقدمات وفق منطق الأمور وقواعد اللزوم العقلي، و أيضا كافيا بما يسمح لتحقيق الهدف من التسبيب فالتسبيب الناقص مثل غيابه فيجب أن يكون التسبيب كافياً من أجل أن يحقق وظائفه وهو لا يكون كذلك إلا إذا كافياً من حيث الواقع والقانون[١].

أما فيما يتعلق بالهدف الثاني للتسبيب وهو الحفاظ على قدر معين من السرية ، فمعنى ذلك إستبعاد الكشف عن الدوافع الشخصية لصاحب التسبيب أو إلى ما يسعى إلى تحقيقه من أغراض خاصة، فيجب أن يقتصر التسبيب على عرض عناصر موضوعية ، فعلى من يقع عليه عبء هذا الالتزام تقديم بيانا دقيقا للعناصر الواقعية والقانونية المبررة للقيام بتنفيذ صلاحياته العقدية فعلى سبيل المثال فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، إذ يقع على الدائن أولاً الإشارة بدقة إلى الإخلال الذي إرتكبه المدين ومن ثم التذكير بأحكام المادتين (١٢٢٦) و (١٢٢٤)، وهذا البيان الموضوعي للأسباب الواقعية والقانونية والمصحوب بتوصيف قانوني لهذه الحقائق من شأنها أن تُعزز الشفافية بشكل كافي دون الكشف عن الدوافع الشخصية لصاحب التسبيب[٢].

والذي يبدو لنا، إذا كان من ضمن شروط التسبيب التي يقدمها المتعاقد بأن يكون محددا ودقيقا وواضحا وكافيا ومستندا على أدلة يمكن التحقق منها ماديا وهو ما يحقق الهدف من التسبيب،فإن ما طرحه رأيٌ من الفقه الفرنسي بالزام المتعاقد بيان الأسباب القانونية والمصحوبة بتوصيف قانوني والإشارة إلى النصوص القانونية هو أمر نراه محل نظر، ففي الحالات التي تستوجب التسبيب يقع على المتعاقد بيان الأسباب والمبررات الواقعية التي دفعته للقيام بتصرف قانوني صادر بالإرادة المنفردة، ولا نرى إشتراط أن تكون الأسباب المقدمة من المتعاقد قانونية، ولا

[١] - د. سامي الطوخي، الرقابة القضائية على تسبيب القرارات الإدارية، دراسة تطبيقية مقارنة، ط١، دائرة القضاء ، أبو ظبي، ٢٠١٣، ص ٢٥٥.

2 - CASSIEDE (Marc): Les pouvoirs contractuel,étude de droit private,op.cit,p.597.

يقع عليه إلزام بذكر السند القانوني، فالنظر في كون الأسباب قانونية من عدمه أمر يعود تقديره للقضاء.وإذا كان عرض الأسباب الواقعية والقانونية يتماشى مع سار عليه العمل في القانون الإداري[١] فحتى يكون القرار صحيحا تلتزم الإدارة أن تشير في صلب القرار الإداري إلى النصوص القانونية أو المبادئ القانونية التي إستند عليها القرار، فهذا العمل يبدو لنا لاينسجم مع التسبيب في إطار العلاقات العقدية ما بين الأشخاص.

وفي هذا المعنى المتقدم ، نرى إن على المتعاقد الذي يقع عليه التسبيب بيان الاعتبارات الواقعية وهي الأدلة والحجج التي يستند عليها دون التوقعات والافتراضات،أما الأسباب القانونية فبيان فيما إذا كانت الأسباب قانونية من عدمه أمر يعود تقديره للقضاء.

وبعد بيان ماتقدم من شروط التسبيب **ثمة تساؤلٌ في المنحى نفسه وهو مدى إعتبار التسبيب شكلية تعاقدية جديدة؟**

يقصد بالشكلية المظهر الخارجي الذي يفرض على الفرد إتباعها في التصرف لإمكان ترتيب أثر قانوني معين[٢] والشكلية في القانون المدني ،إما تكون شكلية مباشرة والتي بوجودها يُعد العقد عقداً شكلياً، فلا ينعقد بتوافر رضا طرفيه، بل يجب التقيد بالشكلية التي فرضها القانون[٣] فهي ركن في العقد وفي حال تخلفها يكون العقد باطلا، والنوع الثاني هي شكلية غير مباشرة للإثبات وليست للإنعقاد أي لإثبات وجود عقد أو إثبات مضمونه، وفي حال تخلفه يُصعب إثبات وجوده[٤]وهذا هو المفهوم التقليدي للشكلية أي الشكلية التقليدية، الغاية منها إستقرار المعاملات وحماية المصالح الخاصة، فهي تنبه المتعاقدين إلى خطر التصرف المراد إبرامه، وتقدير الأوضاع قبل التسرع في التعاقد، وهذه تتلائم مع الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية السائدة في تلك المدة وهذه ليست الشكلية المقصودة، فبعد التطور الذي مس نظرية العقد وتراجع دور سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية وظهور طرف قوي في العلاقة العقدية أدى إلى إختلال التوازن العقدي، ظهرت الشكلية مختلفة عن الرؤية التقليدية ،فلها دور وقائي وحمائي ويُطلق عليها الشكلية الحمائية بإعتبارها آلية لحماية الطرف الضعيف، ومن الأدوات الاقتصادية للنظام

١ - د. سامي الطوخي ، مصدر سابق ، ص٢٢٥.

٢ - د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ١٩٦٩، ص ١٨٩.

٣ - تنص المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي على أنه (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون).

٤ - عصام نجاح، الزهرة رزايقية، الشكلية في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد (١٠) العدد (٢)، ٢٠١٩، ص٩٦.

الاجتماعي والاقتصادي، فهذه الشكلية الغرض منها تحقيق مبدأ المساواة والتوازن العقدي بسبب عدم التكافؤ بين طرفي العقد[١].

وهذه الشكليات الحمائية، قد يفرض المشرع على مخالفتها جزاء يتنوع حسب طبيعة الشكلية،وتتعدد صور الشكلية الحمائية ، وهو بدوره إحياء للشكلية في العصر الحديث كما يراه البعض، ومع هذه الغاية الحمائية المتمثلة بحماية رضاء العاقد الضعيف تبقى القاعدة العامة في نظرية العقد هي مبدأ الرضائية والشكلية هي إستثناء والسبب في إحياء هذه التصور الجديد من الشكلية هو أن مبدأ الرضائية لا يكفي لتحقيق حماية رضا المتعاقد، مما دفع المشرع بالتدخل لإيجاد شكليات جديدة لحماية رضا المتعاقد الضعيف[٢]وما يميز هذه الشكليات الحمائية عن الشكلية التقليدية بأن هذه الشكلية الجديدة هي ليست كلية بل شكلية جزئية ترتبط ببعض أوجه التصرف القانوني،وكذلك تُوصف بإنها شكلية غائية ينصب تركيزها على الموضوع والمحتوى[٣].

ومن خلال توجه المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون العقود وإقراره الالتزام بالتسبيب نؤيده إعتبار الالتزام بالتسبيب نوع خاص من الشكليات الحمائية في البيئة العقدية، وخصوصا بعد التوسع في منح أحد المتعاقدين صلاحيات عقدية يُمكنه من خلالها القيام بالتصرف بإرادته المنفردة والتحكم بمصير الرابطة العقدية كما هو الحال بما سمح به المشرع الفرنسي من إنهاء العقد بالإرادة المنفردة وتحديد الثمن في عقود الإطار وأداء الخدمات، وهذه الشكلية الحمائية تستلزم لمن يمتلك هذه الصلاحيات العقدية تقديم الأسباب المبررة للقيام بالتصرف من جانب واحد والآلية المتبعة لعمل الالتزام بالتسبيب تستند على الشكل والمتمثلة إبلاغ المتعاقد الآخر بالأسباب، ويتم غالبا بالكتابة ، فإذا قام المتعاقد بالوفاء بالالتزام بالتسبيب وأبلغ المتعاقد الآخر بمبررات تصرفه الإنفرادي فهو حينئذ إحترم الشكلية المقررة، وهو يُدلل على إحتمال عدم التعسف، ولمن وجه إليه التسبيب يكون له إما قبول التسبيب المقدم أو رفضه واللجوء للقضاء[٤].

---

١ - عمار جعبوب، بدر الدين محمدي، الشكلية الاعلامية كآلية لحماية الطرف الضعيف، المستهلك في عقد الاستهلاك ، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد (٨)، العدد (١)، ٢٠٢١، ص٩٥٦ ومابعدها.

٢ - د. عابد فايد عبد الفتاح ، الشكلية الإلكترونية وحماية المستهلك في القانون الإماراتي والمقارن، بحث منشور في مجلة معهد دبي القضائي، العدد (٨) السنة الخامسة، ٢٠١٧، ص ص ٢٢,٢١.

٣ - عمار جعبوب، بدر الدين محمدي ، مصدر سابق ، ص٩٥٨.

٤ - د. تامر محمد الدمياطي ، مصدر سابق، ص ص٢٠٣,٢٠٢.

وثمة رأي لأحد الشُراح (والأشكال في القانون الحديث، كلها من النوع الذي له هدف ولا تتقرر إلا في حدود تُحقق أغراضا معينة يسعى إليها المشرع، ومقصد المشرع بخروجه على قاعدة الرضائية ورسمه شكلا معينا للتصرف هو لتحقيق أغراض عملية لها أهميتها الخاصة في حالة إستثنائية أو مستحيلة التحقق دون إتباع الشكل المرسوم)[١].

ولو إنتقلنا إلى موقف الفقهاء المسلمين من الشكلية في العقود ، فالعقد لديهم ينعقد بما يدل عليه قصد المتعاقدين من قول أو فعل يجري به العرف أولم يجرِ، وليس للشكل من أهمية لديهم وقصد المتعاقدين ليس له سوى المذكورلا في لغة ولا في شرع بل هو متعدد بتعدد الاصطلاحات وتنوعها كما في تنوع وتعدد اللغات، فللبيع والرهن والإجارة وغيرها من العقود الفاظ متعددة وكثيرة في جميع اللغات ولا موجب على الأشخاص الالتزام بلفظ، وكذلك دون التقيد بكتابة خاصة، ولاإشارة معينة والإشارة والكتابة والألفاظ هي دوال عليه، فالعبرة بالإفهام سواء كان كتابة او إشارة أو فعلا أو لفظا[٢] ومكان الشكل يظهر في العبادات لطبيعتها المخصوصة، ونجد ذلك واضحا في الفرائض كالصلاة والحج وهو عليه الأمر في قراءة القرآن فغير العربي المسلم لا يجوز له تلاوةالقرآن الكريم في الصلاة بغير العربية، فهو كلام الله الذي أنزله على رسولهِ(صلى الله عليه وآله وسلم) بلفظ عربي نُقل إلينا نقلاً متواتر[٣].

وعلى الرغم من أهمية الشكلية في العصر الحديث، إلا أنها محل خلاف أيضا في الفقه القانوني بين معارض ومؤيد لها، فالبعض يراها عراقيلَ وقيوداً تتعقد معها مسألة إثبات الحق ومن ثم ضياعه في هذه النصوص وآخر مؤيد لها ، فالشكلية المعاصرة على الرغم من تعددها وتطورها إلا أنها مصحوبة بالبساطة ، فهي ليست كالشكلية القديمة المعروفة في القوانين الرومانية والتي تتسم بالصرامة والتعقيد[٤] وبما إن الآلية المتبعة لعمل الالتزام بالتسبيب تستند على الشكل والمتمثلة إبلاغ المتعاقد الآخر بالأسباب، فمعنى ذلك إن مصلحة المتعاقد محمية من الممارسات التعسفية للمتعاقد الآخر، متى ما وقع عليه التزاما بذكرمبررات وأسباب دقيقة وكافية ، ومستندة على وقائع يمكن التحقق منها مادياً.

---

١ - يُنظر د. محمود أبو عافية ، مصدر سابق، ص ٥٥.

٢ - يُنظر،علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص٢١٠.

٣ ـ د.محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ١٩٩٨، ص٢٣.

٤ - د. عابد فايد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص ٢٢.

وبالإنتقال إلى موقف المشرع العراقي، فإذا كان قانوننا المدني لم يُنظم الالتزام بالتسبيب **فهل نستطيع أن نؤسس شكلا للتسبيب يبين آلية عمل هذا الالتزام؟**

بما إن المشرع العراقي لم ينظم الالتزام بالتسبيب، فمن أجل بيان شكل التسبيب يتم الرجوع إلى القواعد العامة بهذا الصدد ، فالتعبير عن الأسباب يتم بإرادة المتعاقد، والإرادة مسألة كامنة في النفس، وحتى يُعتد بها قانوناً لابد من الإفصاح والتعبير عنها، فالقانون لم يشترط شكلاً معينا للتعبير عن الإرادة، فالقاعدة في التعبير لاتخضع لشكل معين فالمتعاقد يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له إلا في بعض الإستثناءات[١] وهو كذلك موقف المشرع المصري والذي نص على أنه (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود)[٢]فالتعبير عن التسبيب يمكن أن يكون كتابة أو مشافهة، لكن من الناحية العملية التسبيب الشفهي يثير مشكلة في إثبات الوفاء بالالتزام بالتسبيب، لذا يُفضل أن يكون التسبيب مكتوباً لأنه يُجنّب حصول النزاع حول تقديم التسبيب .

وقد أورد المشرع العراقي العديد من المصطلحات القانونية كالإخطار والإعذار والإخبار والتنبيه والإبلاغ والإعلان، وهذه المصطلحات وإن كانت الغاية منها إيصال العلم للمتعاقد الآخر، إلا أن كل مصطلح يشير إلى دلالة لفظية معينة تقتضيها طبيعة العلاقة التعاقدية ليس رغبة من المشرع في التعدد، فهذه المصطلحات لها معناها وتأثيرها وهي متوافقة مع نوع العلاقة العقدية

لكن الواقع العملي لايراعي إستخدام هذه المصطلحات ونجدها تأخذ شكل الإنذار دون مراعاة ما يوجبه القانون من مصطلح مطلوب وحسب طبيعة العلاقة ، فالنص الذي يوجب على أن يكون الخطاب بصيغة إخطار فيجب أن يكون بهذه الصيغة ، وإذا ما فرض صيغة الإعذار أو الإخبارأو التنبيه فيجب أن يتم العمل بها[٣].

---

١ - د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص٣٢.

٢ - المادة (١/٩٠) من القانون المدني المصري.

٣ - لمزيد من التفاصيل، يُنظر، مؤيد حبيب الحسيني، مصدر سابق ، ص١٨ ومابعدها. ومن الأمثلة على هذه المصطلحات ما أورده المشرع العراقي في نص المادة (٩٩٦) من قانوننا المدني بخصوص مصطلح الإخطار على أنه (يجوز للمؤمن له على الحياة الذي التزام بدفع أقساط دورية ، أن يتحلل في أي وقت من العقد **بإخطار** كتابي يرسله إلى المؤمن قبل إنتهاء الفترة الجارية...) كذلك ما ورد في نص المادة (٢/٧٨٩) من قانوننا المدني في مصطلح التنبيه على انه (٢- فإذا إتفق على أنه يجوز للمؤجر أن يفسخ العقد إذا وجدت له حاجة شخصية للمأجور وجب عليه في إستعمال هذا الحق أن **ينبه** المستأجر بالإخلاء ...) وجاء مصطلح الإخبار في المادة (٢/٨٧٥ مدني عراقي) على انه (٢- أما إذا كانت العيوب خفية أو كانت المخالفة غير ظاهرة ولم=

ومما تقدم، بما إن الغاية من هذه الأعمال القانونية، هي إيصال العلم للمتعاقد الآخر، وعليه نرى بأن إيصال التسبيب يكون من خلال العمل القانوني الذي ينسجم مع التصرف الذي يقوم به صاحب التسبيب، فعلى سبيل المثال إذا كان التحلل من الرابطة العقدية فيكون بيان المبررات والأسباب عن طريق إخطار المتعاقد الآخر بها ، وإذا كان الرفض كما في حالة رفض المؤجر طلب المستأجر الإيجار من الباطن فيكون إيصال التسبيب عن طريق الإبلاغ[1].

و ثمة تساؤل يُثار في هذا السياق هل يمكن أن يتم إيصال التسبيب المكتوب عن طريق الوسائل الالكترونية؟

بالنسبة للمشرع الفرنسي لم يبين من خلال النصوص المنظمة للالتزام بالتسبيب جواز اللجوء إلى الوسائل الالكترونية للوفاء بهذا الالتزام، لكن القضاء الفرنسي أقر بصحة الكتابة الصادرة على دعامة غير مادية أو التي تتم على وسائط الكترونية ، فالمفهوم الموسع للكتابة يَضم كل أشكال الكتابة، بما فيها الكتابة الالكترونية ، ومتى ماكانت الكتابة في شكلها الالكتروني تؤدي المهمة أو الوظيفة التي أرادها المشرع فلها قُوة الدليل والحجية نفسها بالنسبة للكتابة في شكلها التقليدي في حال تحديد هوية الشخص مُصَدّر الكتابة، وتم حفظها بالطريقة التي تُحافظ عليها من التعديلِ والتحريف[2].

وإذا كانت الكتابة من الوسائل التي يتم من خلالها إنجاز المعلومات وخاصة القانونية منها فهما كان الوسيط المستخدم سواء كان وسيطا مادياً مثل الورق أو وسيط الكتروني كما هو عليه الأمر في التقنيات الحديثة فلا داعِ للتلازم بين الكتابة والوسيط الذي يُكتب عليه، وهذا هو المفهوم الحديث للكتابة، فليس هناك ما يلزم قانونا بأن تكون الكتابة على الورق وإن المشرع لم يشير إلى وسيلة معينة،فضلا إن الكتابة لا يتم النظر إليها بأنها ترتبط بالتدوين في وسيلة محددة ماديا، بل في الوظيفة التي تؤديها من حيث كونها دليلا على وجود التصرف القانوني وتحديد

=يلحظها رب العمل وقت التسليم، بل كشفها بعد ذلك ، وجب عليه أن **يخبر** المقاول بمجرد كشفها وإلا اعتبر أنه قد قبل العمل) وتضمن نص المادة (٩٣٣) من قانوننا المدني على مصطلح الإبلاغ في حال تجاوز الوكيل حدود الوكالة ، إذ نصت على أنه (... وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر **بإبلاغ** الموكل بما جاوز به حدود الوكالة)

١ -يقُصد بالإبلاغ عمل قانوني لإيصال العلم إلى الطرف الآخر وإبلاغه بالوضع القانوني للعقد، أو التصرف وعليه إتخاذ موقف منه بالقبول أو الرفض. يُنظر مؤيد حبيب الحسيني، المصدر نفسه، ص٣٧.

٢ - د. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني ، ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، ومدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ص١٧٦-١٧٧.

مضمونها من خلالها يستطيع الأطراف الرجوع إليها عند حصول النزاع[١] وقد أشارت المادة (١٣٦٥) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب الأمر التشريعي (١٣١) لسنة ٢٠١٦ إلى أن الكتابة تتكون من سلسلة من الحروف أو الأرقام أو رموز أخرى ذات معنى واضح أيا كانت دعاماتها وشكل إرسالها[٢] وأشارت المادة (1366/ مدني فرنسي) إلى أن الكتابة الالكترونية لها من القوة الثبوتية نفسها للكتابة على الورق بشرط أن يكون من الممكن التعرف على هوية الشخص الذي صدرت منه وأن تُثَبت وتُخزن في ظروف تَضمن سلامتها[٣]

ولو إنتقلنا إلى موقف المشرع العراقي، فمن خلال الرجوع إلى قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية نجده قد نص على أنه (تسري أحكام هذا القانون على المعاملات الالكترونية، التي ينفذها الأشخاص الطبيعيون والمعنويون...)[٤] والمشرع العراقي من خلال النص المذكور قد وضع قاعدة عامة وهي الجواز بإجراء جميع المعاملات بشكل الكتروني إلا في بعض الإستثناءات[٥].

ومما تقدم إذا كان على الملتزم بالتسبيب يمكن له أن يوجه التسبيب بالكتابة التقليدية وهي مستند كتابي، فالذي يبدو لنا جواز إيصال التسبيب الكترونيا على شكل مستند الكتروني والمقصود بالمستند الالكتروني (كل مستند ينشأ أو يرسل أو يستقبل أو يخزن بوسائل الكترونية)[٦] وقد استلزم المشرع العراقي في المستند الالكتروني أن يحمل توقيعا الكترونيا[٧].

---

١ - د. مصطفى أبو مندور موسى ، مفهوم المحرر الإلكتروني المعد للاثبات، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية ، العدد (٦٠) السنة ٢٠١٦، ص ٧٣١ وما بعدها.

2- ART 1365du code civil. Français: (L'écrit consiste en une suite de lettres. de caractères de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotes d'une signification intelligible. quel que soit leur support)

3 -ART 1366du code civil. Français : (L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité).

٤ - يُنظر نص المادة (٣/ أولا/أ) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.

٥ - يُنظر: القاضي شوان محي الدين ، مصدر سابق ، ص٣٥. وقد نصت المادة (٣/ الفقرة ثانيا) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي على أنه(لاتسري أحكام هذا القانون على ما يأتي : أ- المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمواد الشخصية . ب- إنشاء الوصية والوقف وتعديل أحكامهما. ج- المعاملات المتعلقة بالتصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها بإستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال. د. المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة. ه- إجراءات المحاكم والإعلانات القضائية والإعلانات بالحضور وأوامر التفتيش وأوامر القبض والأحكام القضائية. و- أي مستند يتطلب القانون توثيقه بوساطة الكاتب العدل).

٦ - د. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني ، مصدر سابق، ص٤٨.

٧ - نصت المادة (١/ الفقرة تاسعا) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي بتعريفها المستند الالكتروني (المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا= =بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونيا أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويحمل توقيعا الكترونيا).

والمقصود بالتوقيع الالكتروني (مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات،وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته)[١] وللتوقيع الالكتروني صورمتعددة من خلال ما أفرزته التعاملات الالكترونية فقد يكون التوقيع عن طريق الماسح الضوئي بنقل التوقيع الخطي إلى وثيقة الكترونية، أو بإستخدام بطاقات إئتمان ممغنطة تحمل رقم سري كذلك ما يسمى التوقيع البايومتري عن طريق بصمة الأصبع أو الصوت،أو التوقيع الرقمي الذي يعتمد على فكرة المفاتيح غير المتناسقة والرموز السرية[٢] وإذا ماتوفر في المستند الالكتروني، الكتابة الالكترونية، والتوقيع الالكتروني وتوافرت فيه شروط معينة، فإنه يحوز الحجية القانونية لمثيله الورقي[٣].

ومن خلال العرض المتقدم ، نصل إلى نتيجة مفادها بإنه يمكن إيصال التسبيب مكتوبا عن طريق وسيط الإلكتروني[٤]، لأن المشرع لم يشير إلى وسيلة معينة وليس هناك ما يلزم قانونا بأن تكون الكتابة على الورق،ويقتضي في التسبيب عن طريق الوسائل الإلكترونية إضافة إلى ما يستلزمه من الشروط أن تتوفر فيه شروط الكتابة الإلكترونية[٥] بأن يكون التسبيب قابلا للإستمرار بحيث يمكن للمتعاقدين الرجوع إليه وأن يُضمن بقاؤه وإستمراه وأن لايكون قابلا للتغيير بالتعديل والإضافة أو الحذف أو التبديل .

١ - د. حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص٣٤.

٢ - د. سعد السيد قنديل ، التوقيع الإلكتروني ، ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات بين التداول والإقتباس ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٦، ص٦٥ ومابعدها.

٣ - يُنظر المادة (١٣/ أولا) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي .

٤ - نصت المادة (١/ الفقرة ثامنا) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي على أنه (الوسيط الإلكتروني – برنامج أو نظام الكتروني لحاسوب أو أية وسيلة الكترونية أخرى تستخدم من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لأجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو إستلام رسالة معلومات).

٥- في بيان شروط الكتابة الإلكترونية ، يُنظر، د. مصطفى أبو مندور موسى، مصدر سابق، ص٧٣٦ومابعدها. ص٧٣٦ومابعدها.

المطلب الثاني

المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بالإلتزام بالتسبيب

تشغل قواعد المسؤولية المدنية مركزاً مهماً في النظام القانوني، فهي الأكثر إتساعا وتطوراً وتحاول أن تشغل مركز القانون المدني بل مركز القانون كله ويتم الرجوع إليها في كل مادة وفي جميع الإتجاهات في القانون العام والخاص، وفي نطاق الأموال والأشخاص وباتت لها أهمية في جميع الأنظمة القانونية[1] ولكي تكتمل معالم هذا الإلتزام لا بد لنا من بحث المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال به ؛ لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول غياب التسبيب ، ونخصص الفرع الثاني للتعويض.

الفرع الأول

غياب التسبيب

من الناحية العملية قد تتعارض مصالح الأفراد وخصوصاً تلك المتعلقة بالمعاملات المالية، لذا لا بد من نظام قانوني من أجل الموازنة بين هذه المصالح المتضاربة يقوم على إعتبارات إحترام الإلتزامات والوفاء بها، ويأتي هذا من خلال وسائل قانونية وفنية تؤسس لمبدأ إحترام الأفراد لإلتزاماتهم، وقد ألمحنا القول سابقاً إن المشرع الفرنسي عند تنظيمه للإلتزام بالتسبيب في بعض النصوص القانونية لم يضع ضوابط لإعمال هذا الإلتزام ولم يبين الجزاء المترتب على مخالفته، وبناءً على ماتقدم سيتم الرجوع للقواعد العامة لتوضيح المسؤولية والجزاء المترتب على مخالفة هذا الإلتزام.

ومن أجل بيان نوع المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالتسبيب، **يُثار سؤال في هذا السياق، عندما يتدخل القانون بين المتعاقدين ويفرض التزامات معينة[2] ما نوع المسؤولية التي تترتب على مخالفة هذا الالتزام هل هي مسؤولية عقدية ،أم تقصيرية؟**

---

١ - د. عباس حسن الصراف ،المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مطابع دار الكتاب العربي، مصر ، ١٩٥٤، ص١٢.

٢ - كما هو الحال في الالتزام بالتسبيب عند إستخدام الصلاحيات العقدية في فسخ العقد بالإرادة المنفردة وتحديد الثمن في عقد الإطار وأداء الخدمات وإنهاء العقد غير محدد المدة للعامل إضافة الى النصوص الضمنية في القوانين المدنية التي يستشف منها فرض الالتزام بالتسبيب.

هذه المسألة أثارت جدلا على مستوى القضاء والفقه، فمن جهة القضاء ذهبت بعض المحاكم إلى أن هذه الإلتزامات مصدرها القانون وليس العقد، وعليه تُعد هذه إلتزامات آمرة غير عقدية والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها هي مسؤولية تقصيرية و من جانب آخر إتجهت محاكم أخرى إلى أن هذه الالتزامات هي التزامات عقدية والمسؤولية المترتبة عن مخالفتها هي مسؤولية عقدية وليست تقصيرية[١].

أما من جهة الفقه، فالرأي الفقهي الغالب يذهب بالقول بأن الالتزام الناشئ عن نص القانون هو التزام عقدي، وحجتهم في ذلك إن هذه الأحكام أو الإلتزامات لا يتم توجيهها إلى جميع الأفراد بل قصدها المتعاقدين، فضلا من إن القانون لا يفرضها إلا لعقد أو عقود معينة، ومن ثم إن المسؤولية ليست لها وجود إلا إذا كان هنالك عقد بين طرفين ، وعليه يكون الإخلال بها إخلالاً عقدياً، والمسؤولية المترتبة عن هذا الإخلال هي مسؤولية عقدية، وما يؤيد المعنى المتقدم ، هو إن المتعاقدين لهما الخيار وقت التعاقد في قبول مايوجبه القانون فيتم إبرام العقد على أساس ذلك، أو يرفضان فلا يتعاقدان، وفي حال تعاقدهما فهما قد قَبِلا ضمنا كل الأحكام التي فرضها القانون، وعليه يكون من التناقض أن يُقرر التزاما ضمن دائرة عقدية ثم يتم إخراجه منها[٢].

ونحن نستصوب ما ذهب إليه أصحاب الرأي الفقهي الغالب بما إن الالتزام قد تم فرضه في دائرة العقد، فلا داعي لإخراجه منها، وهذا ما يصح قوله على الالتزام بالتسبيب، فالمشرع الفرنسي قد فرض هذا الالتزام بنص القانون في إطار علاقات عقدية، وعليه تكون المسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذا الألتزام هي مسؤولية عقدية.

ويُقصد بالمسؤولية العقدية، هي مسؤولية المتعاقد في عقد صحيح لازم عن عدم تنفيذ التزامه الناشئ عن العقد أو في حال التأخر في تنفيذه مما يتطلب تعويض المتعاقد الآخر عن الضرر الذي لحق به ، وعليه إن هذه المسؤولية تنهض في جانب أحد المتعاقدين في حال عدم القيام بتنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد أو التأخر في تنفيذه، وكذلك في حالة إستحالة التنفيذ فيما إذا كانت هذه الإستحالة ترجع إلى قصور المدين أو بفعله[٣] فالعقد شريعة المتعاقدين وأي إخلال بمضمون هذه العلاقة، فإن المسؤولية تقع على المتعاقد المتسبب في حصول هذا الإخلال، وهذا

---

١ - حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، ط٢، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٩، ص٧٩.

٢ - حسين عامر ، عبد الرحيم عامر، المصدر نفسه ، ص ٨٠.

٣ - د.محمود عبد الرحيم الديب،الوجيز في مصادر الإلتزام ،ج١، بلا دار نشر،الإسكندرية ، ١٩٩٨، ص٢٠١.

ما عبر عنه المشرع الفرنسي بالنص على أنه (يُحكم على المدين بالتعويض، إن كان له مقتضى ، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب التأخر في التنفيذ ما لم يثبت أن القوة القاهرة هي المانع من تنفيذه)[١] وهو كذلك موقف القانون المدني العراقي والمصري[٢].

ولو إطلعنا على موقف الفقه الإسلامي من نظرية المسؤولية العقدية ، فإن جانبا من الفقه القانوني[٣] يرى بأنه لا يمكن القول أن هنالك مسؤولية عقدية في الفقه الإسلامي كما هو عليه الحال في الفقه الغربي إلا أنه يمكننا أن نستخلص أحكاماً من الفقه الإسلامي تقابل نظرية المسؤولية العقدية لدى الفقه الغربي، فالفقه الإسلامي لا يكاد يعرف المسؤولية العقدية كما هو عليه الحال في القوانين الوضعية على الرغم ما ورد في كتبهم من تعبير ضمان العقد[٤].

وتعبير الضمان في الفقه الإسلامي يُقسم من حيث تحققه بالفعل أو العقد إلى قسمين ضمان عقد وضمان فعل ويُقصد بضمان العقد هو مايتوقف وجوده على تحقق عقد أو إنشاء أما ضمان الفعل هو ما يتوقف وجوده على حصول فعل خارجي كإتلاف مال الغير أوغصبه[٥].

من جانب آخر يستعمل الفقهاء المسلمين تعبيراً هو (ضمان العهدة) أو العهدة العقدية وهي ماتعرف في القانون المسؤولية العقدية وعند الأحناف هي ضمان النقص في المبيع عندما كان لدى البائع وهو حق في الرجوع بالثمن عند الاستحقاق ، وعند الشافعية فإن ضمان العهدة المؤاخذة والمطالبة على النقص أما الحنابلة فالعهدة لديهم هو الكتاب الذي يُكتب فيه وثيقة البيع ويتم فيه ذكر الثمن، وهو التزام رد الثمن أو عوضه[٦] أما الإمامية فضمان العهدة عن البائع والمشتري، فيكون عن البائع متى ظهر المبيع مستحقا وكان البائع قد قبض الثمن ،وعن المشتري فضمان الثمن هو واجب قبل التسليم أو في حال ظهوره مستحقا، فالعهدة اسم الكتاب الذي يُكتب فيه وثيقة البيع ويُذكر فيه الثمن، فلو ظهر المبيع مستحقا كان للمشتري أن يرجع على الضامن دون البائع، وللعهدة ألفاظ متعددة كالقول ضمنت عهدته أو ضمنت دركه

---

١ - يُنظر نص المادة (١٢٣١/ ١) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

٢ - يُنظر المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢١٥) من القانون المدني المصري.

٣ - د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج٦،ط١، دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان،بلا سنة نشر، ص٩٨.

٤ - د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، شركة التايمز للطبع والنشرالمساهمة ، بغداد، ١٩٩٠، ص٤١.

٥ - علي عبد الحكيم الصافي ، الضمان في الفقه الإسلامي ،دراسة مقارنة لأسبابه ومجالاته في العقود ،ط١، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، طهران ، ٢٠١٠، ص ص ٣٢,٣١.

٦ - د. رضا متولي وهدان ، الوجيز في المسؤولية المدنية (الضمان)، دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي ط١ ،دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ،المنصورة ،٢٠١١ ، ص١٩.

أو يقول المشتري خلاصك منه[١] ومما تقدم يتبين إن الفقه الإسلامي ، قد عرف المسؤولية العقدية ، لكن ليس بالتسمية التي عليها في القوانين الوضعية ، وإنما ورد إصطلاح (ضمان العهدة) أو تعبير الضمان[٢].

ولو إنتقلنا إلى نطاق المسؤولية العقدية فيتحدد من خلال وجود عقد صحيح[٣] مكتملة أركانه وشروط صحته وكذلك بالإخلال بإلتزام ناشئ من العقد، فيجب لقيام هذه المسؤولية نشوء الضرر من إخلال بإلتزام تولّد من العقد لا فرق من أن يكون هذا الإلتزام رئيسياً أو التزاما ثانوياً ، ويقع على المحكمة تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد من خلال تفسير بنوده، وفي حال عدم توافر شروط المسؤولية العقدية يكون للدائن اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية[٤] وإذا وإذا كانت المسؤولية العقدية هي الجزاء المترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي فإنها لاتنهض إلا بتوافر ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر ، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

١-الخطأ العقدي[٥]

يُقصد بالخطأ العقدي هو عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي أو قيامه بتنفيذه تنفيذا جزئياً أو معيبا أو أن يتأخرفي تنفيذه سواء كان ذلك الخطأ ناشئاً عن عمد أو إهمال وتقصير[٦] فالخطأ فالخطأ العقدي يتحقق في حال عدم قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزامه الناشئ عن العقد أو الذي يوجبه القانون

---

١ - العلامة الحلي ، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية ، تحقيق إبراهيم البهادري ، ط١ ، ج٢ مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام ، قم ،١٤٢٠ه، ص ص ٥٥٤,٥٥٥.

٢ - إستخدم المشرع العراقي تعبير "ضمان العقد" إلى جانب مصطلح المسؤولية التعاقدية كعنوان لنص المادة (١٦٨) المتعلقة بالجزاء المترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي.

٣ - عَرّف المشرع العراقي العقد الصحيح في المادة (١/١٣٣) من القانون المدني بأنه (العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفا، بأن يكون صادراً من اهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل)

٤ - د. أحمد السعيد الزقرد ، المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب ، دراسة في المصادر غير الإرادية للالتزام ، ، بلا ناشر،٢٠٠٦، ص١٧ ومابعدها.

٥ - جانب من الفقه يستخدم تعبير الإخلال بالإلتزام العقدي بديلاً عن الخطأ العقدي، لأن المسؤولية العقدية يمكن يمكن أن تتحقق دون أن يُنسب للمتعاقد خطأ، ثم إن الخطأ يعني الخطيئة، وهناك من إتجه في الفقه القانوني إلى إشتراط توافر عنصرين لتحقق الخطأ العقدي، الأول العنصر المادي المتمثل بواقعة عدم التنفيذ، والثاني العنصر الشخصي المتمثل إن المدين كان بإمكانه تنفيذ إلتزامه، أما ما ذهب إليه الإتجاه الغالب فيؤسس الخطأ على أساس موضوعي، وهو عدم تنفيذ الإلتزام، أو التنفيذ الجزئي أو المعيب أو المتأخر، فالخطأ وفق هذا الإتجاه يفقد طابعه الشخصي ويأخذ طابعه الموضوعي في واقعة مادية متمثلة بالإخلال بالإلتزام العقدي. يُنظر، د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الالتزام ، ج١، ط١، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل ،٢٠١١، ص ٤٤١.

٦ - د. جواد كاظم سميسم ، د. أحمد سلمان شهيب ، مصدر سابق ، ص٢٠٤.

وكذلك عند قيامه بتنفيذ التزامه خلافا لما هو متفق عليه[١]وقد أخذ الفقه الفرنسي القديم بفكرة تدرج الخطأ بتقسيمه إلى درجات، وهو الخطأ الجسيم وهو أقرب إلى العمد ولا يرتكبه من الناس من هو أشدُ إهمالاً ،وخطأ يسير لايُرتكب من قبل الشخص المتوسط أو المعتاد، وخطأ تافه لايرتكبه من هو حازم حريص في أموره، والفقه القانوني الحديث هجر هذه النظرية، إلا أن لها بعض التطبيقات في نصوص القوانين[٢] وتتعدد صور الإخلال بالالتزام العقدي وتتمثل بعدم قيام المتعاقد بتنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد كأن يمتنع البائع في عقد البيع عن تسليم المبيع إلى المشتري، أو يتأخر المتعاقد في تنفيذ التزامه العقدي ، كما هو الحال تأخر المقاول في إنجاز عمل معين خلال المدة المتفق عليها، أو يتم تنفيذ الالتزام العقدي بشكل جزئي كما هو الحال في إقامة بناء ووجود نواقص فيه أو تنفيذ الالتزام العقدي بشكل معيب، كأن يقوم طبيب بإجراء عملية جراحية تجميلية تؤدي إلى حصول تشوه في وجه المريض، وكذلك من صور الخطأ العقدي الإخلال بالإلتزام العقدي بالسلامة كعدم إلتزام صاحب العمل بتأمين سلامة العمال من أخطار العمل وأيضا الإخلال بالإلتزام العقدي بالإمتناع كأن يمتنع المتعاقد بتقديم معلومات لها من الضرورة ومرتبطة بموضوع العقد ومثاله الإمتناع عن تقديم المعلومات المتعلقة عن آلية إستخدام العلاج الطبي، وعدم تقديم هذه المعلومات من قبل الملتزم بها يؤدي إلى ترتب مسؤوليته العقدية وما يتبعها من التزام بتعويض الضرر[٣].

وقياسا على ما تقدم ذكره، نستطيع القول إن عدم التزام المتعاقد بتقديم الأسباب والمبررات عند إستخدام الصلاحيات العقدية بالإرادة المنفردة، وسواء كان هذا الإلتزام مفروضا بموجب نص القانون أو بناء على إتفاق المتعاقدين يُعد أحد صور الخطأ العقدي وإخلالاً بالالتزام العقدي بالتسبيب تترتب عليه قيام المسؤولية العقدية عن هذا الإخلال.

وإذا كان عدم قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزامه هو الخطأ العقدي بذاته، وليس سبباً لإفتراض وجوده أو دليلاً عليه ،**فثمة سؤالٌ يرد هنا، هو كيف يتم تحديد الخطأ العقدي ، أو متى يُعد المتعاقد مخلاً بالتزامه العقدي ؟**

---

١ - د. محمود عبد الرحيم الديب ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣.

٢ - ومثال ذلك ما أشارت إليه المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي والمتعلقة بالشرط الجزائي إذ أعطت الجواز للدائن مطالبة المدين بأكثر من قيمة الشرط في حال إذا أثبت إن المدين إرتكب غشا أو خطأ جسيما، وكذلك ماأشارت إليه المادة (٢٥٩/مدني عراقي) والمتضمنة جواز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التعاقدية إلا التي تنشأ عن غش أو خطا جسيم. يُنظر، د. حسن علي الذنون ، أصول الالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٧٤.

٣ - د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص٤٤٣.

يذهب الراي الفقهي إلى القول : إن عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه يتوقف على تحديد نوع هذا الالتزام ، فمن حيث الواجب الذي يقع على المدين ينقسم الالتزام إلى قسمين إما التزاما بتحقيق غاية أو نتيجة ، أو التزاما ببذل عناية[١]، وإذا كان الالتزام بتحقيق غاية، فإن المتعاقد يُعد مخلاً بإلتزامه العقدي في حال عدم تحقق النتيجة المطلوبة ومن ثم يتوافر الخطأ إلى جانبه ولا تنتفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي كفعل الغير وخطأ المتعاقد الآخرأو القوة القاهرة كما هو الحال في التزام المقاول بالبناء وفقا لمواصفات معينة أما إذا كان الإلتزام ببذل عناية فإن مسؤولية المتعاقد تنهض عند عدم قيامه ببذل جهد معين في تنفيذ الالتزام، فالمتعاقد يلتزم ببذل عناية، كإلتزام الطبيب في معالجة المريض ، فيقع عليه إلتزام ببذل عناية في شفاء المريض لكنه لا يلتزم بشفائه ومقدار العناية المطلوبة هي عناية الشخص المعتاد، وعليه يكون قد وفى بتنفيذ الالتزام في حال بذله هذا القدر من العناية ،وإن لم يتحقق الغرض المقصود[٢].

وإذا كان تحديد الخطأ العقدي ومعرفة متى يكون المتعاقد مخطأً يتوقف على تحديد نوع الالتزام، **لعل تساؤلا يطرح نفسه في هذا الصدد، ما نوع الالتزام بالتسبيب في العقد ، هل هو إلتزامُ بتحقيق غاية أو نتيجة أم إلتزاما ببذل عناية؟**

لم تبين النصوص المنظمة للإلتزام بالتسبيب، والتي جاء بها المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون العقود عام ٢٠١٦ هذا الأمر فضلا عن غياب الأراء الفقهية في هذه المسألة، وهو أمر نُرجحه لحداثة هذا الإلتزام حتى إن الفقيه الفرنسي(إجزافيه لاجارد) أشار إلى إن مسألة تسبيب التصرفات القانونية تم تناولها بشكل عرضي في بعض المقالات والإطروحات[٣] ومع غياب الأراء الفقهية في هذه المسألة، فإنه بالإمكان طرح إفتراضين، للتعامل معها:-

أ- على فرض إن الإلتزام بالتسبيب إلتزامُ بتحقيق عناية: فهذا الفرض يؤسس على إن الالتزام بالتسبيب هو إلتزاما ببذل عناية، وهو أن يلتزم المتعاقد الذي يروم إستخدام الصلاحيات العقدية بإرادته المنفردة، ببذل جهد وعناية في تقديم الأسباب والمبررات على إعتبار إن قبول التسبيب أورفضه أمر يعود إلى المتعاقد الآخر.

---

١ - د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص١٦٩.

٢ - د. عبد الله مبروك النجار، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ١٥٥.وكذلك د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام مصدر سابق، ص١٦٥.

3 - LAGARDE (Xavier): La motivation des actes juridiques, in La motivation, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées nationales, Limoges, t. III, LGDJ, 2000, p.73.

ب- على فرض إن الالتزام بالتسبيب هو إلتزامُ بتحقيق نتيجة: هذا الفرض يؤسس إن الالتزام بالتسبيب هو التزاما بتحقيق نتيجة، فإلتزام المتعاقد بتقديم الأسباب والمبررات الواقعية التي دفعته إلى القيام بالتصرف بإرادته المنفردةهو إلتزام بتحقيق نتيجة وهي حصول المتعاقد الآخرعلى التسبيب المبرر للتصرف القانوني، فهناك فرق ما بين الوفاء بالالتزام والأثر الذي يترتب على الوفاء به، فهذا الفرض ينظر إلى إن النتيجة تتحقق بالوفاء بهذا الالتزام من خلال تقديم الأسباب والمبررات، وليس في قبول أو رفض التسبيب من المتعاقد الآخر، فهذا الأمر يعود إليه، وفي حالة رفضه بإمكانه سلوك طريق الطعن القضائي، وللقضاء السلطة في تقدير مدى كفاية المبررات والحجج ودقتها ومدى إستنادها على وقائع يمكن التحقق منها ماديا.

ونحن نستصوب ماتمت الإشارة إليه في الفرض الثاني، وهو إن الالتزام بالتسبيب هو إلتزام بتحقيق نتيجة، فالنتيجة التي يُنظر إليها من حيث الوفاء بهذا الالتزام، فالالتزام بالتسبيب هو عمل مادي وهو تقديم الأسباب والمبررات إلى المتعاقد الآخر، وعدم تحقق هذه النتيجة معناه عدم الوفاء بالالتزام، ومن ثم يُعد المتعاقد مخطأ،ولا يمكنه أن ينفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وما يؤيد التحليل السابق هو ما إستدل به الفقه القانوني إذ وضع معياراً للتمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بتحقيق غاية وهو معيار (الإحتمال) بمعنى أن يُنظر إلى درجة الإحتمال ودور المتعاقد في تحقق النتيجة المطلوبة أي يتم الرجوع إلى الإحتمال أو اليقين، فإذا كان تحقق هذه النتيجة مرتبط بظروف خارجة عن إرادة المتعاقد، فيكون إلتزامه التزاما ببذل عناية، أما إذا زاد اليقين في مقدرة المتعاقد على وصوله إلى النتيجة المقصودة فيكون إلتزامه إلتزاما بتحقيق نتيجة[1] وهذا ماينطبق على الالتزام بالتسبيب فتقديم الأسباب والمبررات يكون بإرادة المتعاقد صاحب التسبيب، وهذا يُعزز القول بأن الالتزام بالتسبيب هو التزامُ بتحقيق نتيجة وفي حال عدم تحقق النتيجة أي عدم تقديم التسبيب فيكون المتعاقد قد أخل بإلتزامه العقدي بالتسبيب.

---

١ - أمل كاظم مسعود ، الالتزام بالتعاون في العقود ،إطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين ٢٠٠٧، ص٤١. ولمزيد من التفصيل بخصوص المعايير التي إقترحها الفقه للتفرقة بين نوعي الالتزام، يُنظر د. عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ،٢٠١٠ ص٢٤٣ ومابعدها.

أما إثبات الخطأ العقدي، فيتعين البحث فيمن من يقع عليه عبء إثبات عدم تنفيذ الإلتزام الذي هو في الواقع إثبات للخطأ العقدي،فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي بالإستناد إلى نص المادة (١٣١٥) من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله وهي مطابقة حاليا للمادة (١٣٥٣) بعد التعديل والتي أشارت إلى من يطالب بتنفيذ الالتزام يقع عليه عبء إثباته، ومن يدعي خلاف ذلك يقع عليه عبء إثبات الوفاء به أو الواقعة التي سببت بإنقضائه في حين ذهب الرأي الفقهي الفرنسي الغالب إن ما أشارت إليه المادة (١٣١٥) هو نص خاص في حالة الطلب بتنفيذ الالتزام العقدي ولا علاقة له بحالة عدم التنفيذ وأن عبء إثبات عدم تنفيذ الالتزام إنما يقع على الدائن، وهو يختلف فيما إذا كان الالتزام ببذل عناية أو التزاما بتحقيق غاية أو نتيجة فإذا كان إلتزاما ببذل عناية فيجب عليه أن يُثبت عدم بذل المتعاقد الآخر العناية المطلوبة، وإذا كان التزاما بتحقيق غاية أو نتيجة فعلى من يدعي أن يُقيم الدليل على عدم تحقق هذه النتيجة وهذا ما أيده غالبية الفقه المصري أيضا[١] وقد جعل المشرع العراقي وفقا للقواعد العامة في الإثبات البينة على المدعي، فعليه يقع عبء إثبات عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ إلتزامه[٢] وهو كذلك موقف المشرع المصري[٣].

والإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء وفقاً للقيود والطرق المحددة قانونا من أجل التوصل إلى نتيجة قانونية مترتبة على وجود وقائع قانونية متنازع عليها[٤]وإذا كانت هذه الوقائع أو الواقعةهي في أغلب الحالات إيجابية لها مظهر خارجي مما يُسهل من إثباتها فإن الأمر مختلف فيما إذا كانت الواقعة سلبية التي ليس لها مظهر خارجي، فالإثبات بالنسبة لواقعة إيجابية أسهل مما عليه في الواقعة السلبية التي ليس لها مظهر خارجي يدعمها،وعليه يكون إثبات الواقعة السلبية في أكثر الحالات أمرغيرممكن[٥] فإذا كان بإمكان الراكب في عقد النقل أن يطالب الناقل بالتعويض عن إخلاله بالالتزام بالسلامة ،من خلال إقامة الدليل على إصابته أثناء تنفيذ عقد النقل ، فالأمر مختلف عند إثبات عدم تنفيذ الالتزام بصنع منقول أو عدم رد القرض،لأنها واقعة سلبية وغير محددة مما يجعل من غير الممكن إثباتها[٦].

---

١ - يُنظر، د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، الالتزامات،م١، مصدر سابق ، ص ص ٢٠٨,٢٠٧.

٢ - المادة (٧) من قانون الإثبات العراقي.

٣ - المادة (١) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٥) لسنة١٩٦٨ المعدل والتي نصت على أنه (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه).

٤ - د.محمود عبد الرحيم الديب، أسس الإثبات المدني طبقا للقانون المصري والقطري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٤، ص١٠.

٥ - د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، الإلتزامات،م١ مصدر سابق ، ص٢١٠.

٦ - د. محمود جمال الدين زكي ،الوجيز في نظرية الالتزام، مصدر سابق ، ص٣٤٠.

وهذا ما ينطبق على الالتزام بالتسبيب، وخصوصاً في الحالات التي يكون فيها التسبيب غير مكتوب فلا وجود لمظهر خارجي يُمكّن المتعاقد من إثبات عدم تنفيذ الالتزام العقدي بالتسبيب.

وإذا كان على الدائن في الواقعة السلبية إستحالة إثبات عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه العقدي،فمن اليسير على المدين أن يثبت الوفاء بتنفيذ التزامه فيكتفي الدائن بإقامة الدليل على العقد، ليثبت الإلتزام ويُكلف المدين إقامة الدليل على تنفيذه، أو إن عدم تنفيذه للإلتزام يرجع إلى سبب أجنبي لذا يطرح الفقه مسألة إلقاء عبء الإثبات على الخصم الأقدر على تقديمه ،وقد لَقِي هذا التوجه الفقهي تطبيقاً من قبل القضاء الفرنسي في عقود العلاج الطبي إذ كانت محكمة النقض الفرنسية تُلزم المريض بإثبات الخطأ الصادر من الطبيب والمتعلق بالالتزام بالإعلام وبعدها عَدِلت عن هذا التوجه من خلال إلقاء عبء إثبات الإلتزام بإعلام المريض على عاتق الطبيب، وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد أجرى نقل حقيقي لعبء الإثبات، فالمريض لم يعد ملزما بتقديم الدليل على إدعائه، وهذا يعني تكليف من هو أقدر من المتعاقدين على تحمل عبء الإثبات وهذا التحول من جانب القضاء في نقل عبء الإثبات يجد تبريره في إعتبارات العدالة وحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية[1].

وبالمقابل إن نقل عبء الإثبات على الطرف الأقدر على تقديمه نجد له تطبيقا في القانون المدني الفرنسي في الالتزام بالإعلام قبل إبرام العقد إذ أشار المشرع الفرنسي على من يدعي إن المعلومات هي مستحقة له أن يثبت إن الطرف الآخر هو مدين له ، وعلى الأخير أن يثبت أنه قام بتقديمها[2].

والمتحصل لدينا من مجموع الكلام ، إذا كان من الممكن إلقاء عبء الإثبات على عاتق الطرف الأقدر على تقديمه وقد وجدنا له تطبيقا من القضاء والتشريع الفرنسي، فنستطيع القول بإمكانية تطبيقه على الالتزام بالتسبيب وخصوصا في الحالات التي لا يكون فيها التسبيب مكتوبا، ففي حالة إدعاء المتعاقد، عدم قيام الطرف الآخر في العقد بالوفاء بإلتزامه العقدي بالتسبيب فيقع على الآخير عبء إثبات الوفاء بالالتزام أو إن عدم تنفيذه يرجع لسبب أجنبي بإعتباره الأقدر على تقديمه ولا سيما إن هذا الإجراء ينسجم مع التوجه في إقرار هذا الالتزام المستحدث ودوره في ضبط توازن العقد وحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية.

---

١ - د. محمد حسن قاسم، القانون المدني ، الإلتزامات ،م١، مصدر سابق ، ص ٢١١ وما بعدها.

٢ - يُنظر نص المادة (١/١١١٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

لكن، ثمة تساؤلٌ في هذا المنحى : هل قاعدة إلقاء عبء الاثبات على الطرف الأقدر على تقديمه يتم إعمالها في جميع الفروض بتعبير أدق هل يتم إعمال هذه القاعدة في حالة عدم الوفاء بالالتزام في واقعة سلبية وليس لها مظهر خارجي ، وحالة التنفيذ الجزئي أو المعيب ؟

ينبري جانب من الفقه بالإجابة إذا كان إعمال هذه القاعدة يجد له مبررا من تخليص الدائن من إثبات واقعة لا يكون لها مظهر خارجي وتتمثل في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام ، فإن هذا المبرر يتراجع في حال إن توافرت للدائن عناصر للإثبات، ففي هذه الحالة يقع عليه عبء إثبات الخطأ العقدي[١].

ونستطيع القول إن إعمال القاعدة المذكورة في الالتزام بالتسبيب يكون في حالة عدم الوفاء بهذا الالتزام أي عدم تقديم الأسباب والمبررات ممن يقع عليه الوفاء بهذا الالتزام أما في حالة تقديمه للأسباب والمبررات، ووجدها المتعاقد الذي وجه إليه التسبيب بأنها غير كافية أو غير دقيقة أو غير مستندة على مبررات واقعية، فعليه إقامة الدليل على ذلك وللقضاء سلطة الفصل في الأدلة المقدمة.

٤- الضرر العقدي.

يدور الضرر مع المسؤولية العقدية وجودا وعدما شدة وضعفا فلا تنهض المسؤولية حينما ينتفي الضرر، فهو ركن جوهري من أركان المسؤولية[٢] والمقصود بالضرر هو التعدي والأذى الذي يصيب مصلحة مشروعة أو حق معين وهذا هو تعريف الضرر على وجه العموم

---

١ - يُنظر: د. محمود جمال الدين زكي ،الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام، مصدر سابق ص ٣٤٠. وكذلك ، د. محمد حسن قاسم ، ، القانون المدني الإلتزامات،م١ مصدر سابق ، ص ٢١٤.

٢ - ما إتفق عليه الفقه القانوني ، إن المسؤولية المدنية تقوم على ثلاثة أركان رئيسية ، هي الخطأ ، والضرر والعلاقة السببية بينهما ، هذه الثلاثية تحولت في مشروع إصلاح المسؤولية المدنية الفرنسي إلى ثنائية هي الضرر والعلاقة السببية، مما يجعل الضرر هو العنصر الرئيسي في المسؤولية وغياب الخطأ من أركان هذه النظرية، وهو تمهيد لإستبعاد ركن الخطأ لحساب الضرر،الذي أصبح شرطاً كافيا لترتب المسؤولية المدنية وكأن المسؤولية المدنية تقوم على الضرر والعلاقة السببية، ويتسائل أحد الشُراح ، عن العلاقة السببية بين ماذا وماذا! طالما الحديث عن ركنيين لا ثالث بينهما. لمزيد من التفصيل، يُنظر، د. محمد عرفان الخطيب، المرتقب في قواعد نهوض المسؤولية المدنية والإعفاء منها، دراسة تحليلية معمقة للقانون المدني الفرنسي، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (١١) العدد (٤) ، ٢٠١٩، ص١٧ ومابعدها . وقد تم تقديم مشروع إصلاح المسؤولية المدنية الفرنسي في ١٣ مارس ٢٠١٧ مقسما إلى ستة فصول، تناول الفصل الأول أحكاما تمهيدية وفي الفصل الثاني شروط المسؤولية، إذ تضمن القسم الفرعي الأول أحكاما مشتركة للمسؤولية العقدية وغير العقدية، والقسم الفرعي الثاني العلاقة السببية، ونصت المادة (١٢٣٩) ضمن القسم الفرعي الثاني على أنه (وتفترض المسؤولية وجود علاقة سببية بين الفعل المنسوب إلى المدعى عليه والضرر، ويتم إثبات العلاقة السببية بأي وسيلة) أما الفصل الثالث تضمن أسباب الإعفاء من المسؤولية، وجاء الفصل الرابع متضمنا آثار المسؤولية، وفي الفصل الخامس الأحكام المتعلقة بالمسؤولية، وجاء الفصل السادس بالنظام الرئيسي للمسؤولية الخاصة والمتعلقة بالمسؤولية عن حوادث المركبات البرية والآلية وكذلك المسؤولية عن المنتجات المعيبة. لمزيد من التفصيل ، مراجعة مشروع إصلاح المسؤولية المدنية الفرنسي ٢٠١٧ متاح على الرابط الأكتروني https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-28623-projet-reforme-responsabilite-civile.pdf تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٣/٢٩.

والتعدي أو الأذى يمكن أن ينشئ عن إخلال بإلتزام فرضه القانون مما يترتب عليه قيام المسؤولية التقصيرية، أو يكون عن إخلالا بإلتزام ناشئ عن العقد، كعدم القيام بالالتزام، أو تنفيذه بصورة جزئية أو معيبة[١].

وينقسم الضرر من حيث طبيعته إلى ضرر مادي وضرر أدبي، والمقصود بالضرر المادي (الضرر الذي يلحق بمال الإنسان وجسمه) أما الضرر الأدبي هو ما يلحق الإنسان في شعوره وإحساسه أو شرفه أو كرامته، وينقسم الضرر المادي بدوره إلى ضرر مباشر وضرر غير مباشر، والمقصود بالضرر المباشر هو ماإتصل بالخطأ إتصالا مباشراً أي مرتبط بالخطأ رابط نتيجة بسبب أما الضرر غير المباشر هو ما يفصل بينه وبين الخطأ سبب أجنبي[٢] وينقسم الضرر المباشر إلى ضرر متوقع وغير متوقع ويُقصد بالضرر المتوقع هو ما يكون نتيجة طبيعية للخطأ، ولم يستطع الدائن الوقاية منه ببذل الجهد المعقول، فهو ما يتوقعه شخص عادي عند إبرام العقد، والنظر فيما إذا كان الضرر متوقعا أو غير متوقع يُقاس بمعيار موضوعي (الشخص العادي) وليس شخصي، فالتعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية يشمل الضرر المباشر المتوقع، دون الضرر غير المتوقع إلا إذا إرتكب المتعاقد غشا أو خطأ جسيما، فيسأل عن الضرر المباشر سواء كان ضرراً متوقعا أو غير متوقع[٣].

لذا يُشترط في الضرر الموجب للمسؤولية العقدية أن يكون مؤكدا، أي محقق الوقوع ويكون قد وقع فعلا سواء كان ضرر مادي أو أدبي وأن يكون الضرر مباشراً، وهو نتيجة طبيعية للإخلال بالإلتزام العقدي أو التأخر في الوفاء به، وهو يُعد كذلك في حال عدم إستطاعة الدائن من أنْ يتوقى الضرر عند بذله جهداً معقولاً، وكذلك يُشترط في الضرر الموجب للمسؤولية العقدية أن يكون مباشراً ومتوقعا، فالضرر المتوقع هو من يسأل عنه المدين إلا في حالتي الغش وخطأ المتعاقد الجسيم، فتنهض مسؤوليته العقدية سواء كان الضرر متوقعاً أو غير متوقع[٤].

---

١ - د. منذر الفضل، مصدر سابق ، ص٢٣١.

٢ - د. حسن علي الذنون، اصول الالتزام ، مصدر سابق ،ص ص ١٧٦,١٧٧ .

٣ - نصت المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي (فإذا كان المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت) وهو أيضا موقف المشرع المصري في المادة (٢/٢٢١/مدني) و والمشرع الفرنسي في المادة (٣/١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

٤ - د. عبد الله مبروك النجار، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، مصدر سابق ، ص١٦١ ومابعدها.

وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية (بأن التعويض في المسؤولية التعاقدية، وفي غير حالة الغش والخطأ الجسيم يقتصر على الضرر المباشر المتوقع، والضرر المباشر يتم قياسه بمعيار موضوعي وليس شخصي، ولايكفي توقع سبب الضرر بل وجوب توقع مقداره ومداه)[١] أما عبء إثبات الضرر، فهو يختلف فيما إذا كان الدائن يطلب التنفيذ العيني، أو التعويض، فإذا كان طلب الدائن التنفيذ العيني، فلا حاجة لإثبات الضرر لأن عدم تنفيذ الالتزام معناه إن الضرر ثابت ولا داعي لإثباته إما إذا كان الدائن يطلب التعويض ، فعليه يقع عبء إثبات الضرر الذي أصابه جراء عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه العقدي أو التأخر في تنفيذه[٢].

٥- العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر.

هو الركن الثالث لتحقق المسؤولية العقدية، فيجب أن يكون الخطأ هو السبب في حصول الضرر أي إن الضرر الذي أصاب الدائن هو نتيجة خطأ المدين مما يعبر عنه بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإذا إنقطعت السببية، فلا تنهض مسؤولية المدين [٣].
ويرى جانب من الفقه، إن العلاقة السببية في المسؤولية العقدية هي ليست علاقة واحدة ، بل مزدوجة، إذ تتضمن الأولى نسبة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه ، والثانية تربط ما بين عدم التنفيذ بالضرر، وهذه العلاقة الثانية هي في رأي بعض الفقه هي العلاقة السببية بالمعنى الدقيق، على إعتبار إن السببية هي ركن مستقل من أركان المسؤولية العقدية ،وهي التي تربط ما بين عدم التنفيذ والضرر الذي تعرض له الدائن ولا ينفي ذلك إلا السبب الأجنبي أما بالنسبة للسبب الأجنبي الذي نشأ عنه إستحالة تنفيذ الالتزام فهو لا ينفي السببية بين عدم التنفيذ والضرر، بل ينفي عنه وصف الخطأ[٤] فإذا كان عدم تنفيذ المدين لإلتزامه لم يكن منسوبا إليه،وإنما لسبب أجنبي ، فإن السبب الأجنبي ينفي عن عدم التنفيذ وصف الخطأ ولا ينفي السببية بين عدم التنفيذ والضرر[٥].

---

١ - أشار إليه د. معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، ط٧، م٣، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٤٣.
٢ - د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق ، ص ١٧٨.
٣ - د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، الأردن ، ٢٠٠٧ ، ص ١٨٢.
٤ - د. عبد الرحمن عياد ، نظام المسؤولية العقدية ، نظرة إنتقادية ، بلا مكان وسنة نشر ، ص ص ١٢٥,١٢٦.
٥ - يُنظر: خالد مصطفى الخطيب ، المسؤولية العقدية بين الإبقاء والإلغاء، إطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٥، ص٥٢.

أما عبء إثبات العلاقة السببية ، فقد يذهب جانب من الفقه[١]، إن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هي قائمة ولا تكليف على الدائن بإثباتها، والمدين هو من يُكلف بإثبات نفي هذه العلاقة، وهو لا يستطيع ذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهو كل أمر غير راجع إلى فعل المدين، في حين جانب آخر من الفقه يرى بأنه طبقا للقواعد العامة يقع على الدائن عبء إثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام والضرر الحاصل ، وإذا ما أراد المدين نفي هذه العلاقة يقع عليه إثبات السبب الأجنبي[٢]،والسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة ،والتي يتعذر معها معها تنفيذ الالتزام العقدي كالجائحة والحروب والزلزال أي ما لا يمكن توقعه ودفعه عند إبرام العقد فيؤدي إلى عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ ولا مسؤولية على المتعاقد أو يكون خطأ الغير فإذا ثَبُتَ خطأ الغير فلا تنهض مسؤولية المتعاقد إلا إذا إستغرق خطأه خطأ الغير، وقد يشترك خطأ المتعاقد مع خطأ الغير فعندئذ تتوزع المسؤولية أو قد يكون السبب خطأ المتضرر نفسه ، فلا مسؤولية على المتعاقد والمتضرر هو من يتحمل الضرر الناتج عن خطأه[٣].

وجاء في قرار حديث لمحكمة النقض الفرنسي بتاريخ ٢٥ يناير ٢٠٢٤ تتلخص وقائعه (قيام شركة (Jaec) للعقار في عام ٢٠١٧ بمنح ثلاثة عقود إيجار لشركة (Euveka) وفي عام ٢٠١٨ توقف المستأجر عن دفع بدلات الإيجار وكذلك قيامه بإنهاء العقد دون إشعار مسبق مما دعى المؤجر لإقامة دعوى قضائية لقيام المستأجر بإنهاء عقود الإيجار، وعدم دفع بدلات الإيجار، أصدرت محكمة الأستئناف حكما لصالح المستأجر مما دفع المؤجر للطعن به أمام محكمة النقض وجاء قرار محكمة النقض مؤيدا للقرار الأستئنافي والتي بررت في مضمونه، بأنه إستنادا لحكم المادة (١٢٢٦/ مدني فرنسي) والتي توجب على الدائن في حال قيامه بإنهاء العقد إخطار المدين المقصر بالوفاء بالتزامه وفي حال إستمرار عدم التنفيذ على الدائن إخطار المدين بإنهاء العقد والأسباب التي تبرره إلا أنه تبين من خلال المستندات المقدمة قيام مدير الشركة المؤجرة بالزيارات اليومية إلى المبنى المؤَجر والتصرف مع موظفي المستأجِر والذي كان ٨٠% منهم من النساء بأفعال وسلوكيات غير لائقة إضافة إلى ماتم نشره من تقارير في إحدى الصحف المحلية تتعلق بمقاضاة مدير الشركة العقارية عن أفعال غير أخلاقية، وعليه وفي ضوء هذه النتائج يُعد سلوك مدير الشركة المؤجرة على درجة من

---

١ - د. أحمد حشمت أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص٣٣٤. وكذلك د، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج١، مصدر سابق ، ص ٦٨٧، الفقرة ٤٥٤.

٢ - د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، الالتزامات ، مصدر سابق، ص ٥٦١.

٣ - د. رضا متولي وهدان ، مصدر سابق ، ص ص ٢٨,٢٧.

الخطورة يجعل إستمرار العلاقة العقدية مستحيلا، ويهدد التمتع السلمي بالمباني المستأجرة التي ٨٠% من موظفيه من النساء مما يبرر إنهاء عقد الايجار دون تقديم إشعار مسبق)[١].

ويتضح من خلال القرار المذكور إن عدم تنفيذ المستأجر التزامه العقدي بالتسبيب وإخطاره المؤجر قبل إنهاء العقد عملا بأحكام المادة (١٢٢٦) كان بسبب خطأ المؤجر الذي جعل إستمرار العلاقة العقدية مستحيلا وبهذا لا تتحق مسؤولية المستأجر العقدية عن عدم تنفيذه التزامه بالتسبيب لإنقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ ١٨أكتوبر٢٠٢٣ بخصوص إنهاء العقد بالإرادة المنفردة دون تقديم الإخطار ومبررات إنهاء العقد، الذي أوجبته أحكام المادة (١٢٢٦) من القانون المدني الفرنسي وجاء مضمونه(إذا جاز للدائن وعملا بأحكام المادتين (١٢٢٤) و(١٢٢٦) وفي حالة عدم تنفيذ العقد حله عن طريق الإخطار وبعد إرسال إشعار مسبق، إلا انه لايُلزم بهذا الإخطارعندما يتبين من الظروف بأنه عديم الجدوى، وعليه إن محكمة الاستئناف والذي تَبيَّن من حكمها إن سلوك أحد المتعاقدين كان على درجة من الجسامة جعلت إستمرار العقد مستحيلاً، وبهذا لم تكن مطالبة بالتحقق فيما إذا تم تقديم إشعار رسمي قبل إنهاء العقد من المتعاقد الآخر)[٢].

وهو أيضا موقف القضاء العراقي فيما يتعلق بخطأ المتضرر في حصول الضرر إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية بأنه (إذا كان الثابت إن الضرر الذي يدعيه المدعي قد وقع بخطأه، فتكون دعواه بالتعويض لا سند لها من القانون وواجبة الرد، لأنه إذا أثبت الشخص إن

---

١ - يُنظر تفاصيل القضية، متاحة على الرابط الإلكتروني https://n9.cl/zis57 تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٤/١.

٢ - تتلخص وقائع القضية (بأنه بناءً على الحكم المطعون فيه، فإن شركة (Calminia)كالمينيا المتمثل نشاطها بتقطيع وتشكيل الحجر الجيري والرخام، كانت قد تعاقدت مع شركة (Sodilev) سوديليف المتخصصة بصيانة الآلات والمعدات الميكانيكية ، على صيانة أحد المعدات الرئيسية للشركة، وعلى الرغم من التدخلات المختلفة فقد أبدت شركة كالمينيا عدم رضاها عن التعديلات والإصلاحات التي قامت بها شركة سوديليف، وقد أوضحت الأخيرة بأنه نظراً لتصرفات مدير شركة كالمينيا، فإنها لاتنوي تقديم خدماتها بصيانة المعدات، وإنه بموجب أحكام المادة (١٢٢٤) من القانون المدني الفرنسي ، بأن حل العقد إما من خلال تطبيق شرط الفسخ أو في حالة عدم التنفيذ الجسيم بما فيه الكفاية ،وذلك بإخطار الدائن المدين أو عن قرار من المحكمة وكذلك وفقا للمادة (١٢٢٦) من نفس القانون بأنه يجوز للدائن على مسؤوليته الخاصة بإنهاء العقد عن طريق الإخطار ويجب عليه أولا إخطار المدين المقصر بالوفاء بالالتزام خلال مدة معقولة، إلا إنه يبدو من خلال الشهادات المقدمة من شركة سوديليف، إن العلاقة مع العاملين مع شركة كاليمينيا، قد أصبحت متوترة، فضلا عن قيام مدير الشركة الأخيرة، بتوجيه تصريحات مهينة وإزدراء، وإعطاء أوامر مباشرة لأحد موظفي الشركة الأخرى، وهذا السلوك الخاطئ قد برر إنسحاب شركة سوديليف وعدم تنفيذ التزامها العقدي، وكذلك إن سلوك مدير شركة كالمينيا كان على درجة من الجسامة جعل من المستحيل وبشكل واضح إستمرار العلاقة بين الطرفين، وعليه لم يكن مطلوبا من محكمة الاستئناف التحقق فيما إذا كان قد تم إصدار إخطار رسمي للشركة لإنهاء العقد لأنه سيكون دون جدوى. يُنظر قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (٢٠-٥٧٩-٢١) في ١٨ أكتوبر٢٠٢٣ ، متاح على الرابط الإلكتروني https://n9.cl/5i1kj تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٤/٢.

الضرر نشأ عن سبب أجنبي كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المتضرر،فلا يُلزم بالضمان تطبيقا لحكم المادة ٢١٥ من القانون المدني العراقي)[١].

الفرع الثاني
التعويض

المحنا القول سابقا إن نصوص القانون المدني الفرنسي التي أقرت فكرة الالتزام بالتسبيب لم تبين الجزاء المترتب على الإخلال به، وفي حالة سكوت النص ،يتم الرجوع إلى القواعد العامة،فإذا ما توافرت أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما يلتزم المسؤول بالتعويض إذ نصت المادة (١/١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي على أنه (يحكم على المدين بالتعويض إذا كان له موجب إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير في التنفيذ ، مالم يَثبت إن إمتناع التنفيذ كان بسبب قوة قاهرة)[٢] فعدم تنفيذ المتعاقد لإلتزامه العقدي بالتسبيب جزاؤه تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر، وعرّف الفقه القانوني التعويض بأنه (مبلغ من النقود أو أي ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المتضرر من خسارة ، وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار)[٣] وثمة تعريف آخر للتعويض بأنه (وسيلة القضاء إلى محو الضرر ، أو تخفيف وطأته إذا لم يكن محوه ممكنا، وفي الغالب يكون مبلغ من المال يحكم به للمضرور، على من أحدث الضرر،ويمكن أن يكون شيئا آخرا غير المال كالنشر في الصحف أو التنويه بحق المدعي والقاضي في سبيل له سلطة واسعة لايتقيد فيها إلا بنوع الضرر وطبيعته وجسامته)[٤].

وهذا التعريف قد أشار بأن التعويض يكون نقدي وغير نقدي،وهو أفضل من التعريف الذي سبقه فإذا كان تقدير التعويض من قبل القضاء وهذا هوالأصل، فإنه في ظل أوضاع قانونية معينة يقوم الطرفان بتقديره، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو أن القانون هو من يتولى تقديره وهذا هو التعويض القانوني[٥].

---

١ - قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم القرار (٢٩٩٦، الهيئة الإستئنافية ، منقول، ٢٠٢١) أشار إليه القاضي ،ليث راسم هندي ، مصدر سابق ، ص ٣٤٠.

٢ - ويقابل النص الفرنسي، المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (إذا إستحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، مالم يثبت إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه) وهو أيضا موقف المشرع المصري في نص المادة (٢١٥/ مدني).

٣ - د. عبد المجيد الحكيم ،عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام ،ج١، مصدر سابق ، ص٢٤٤.

٤ - القاضي مصطفى مرعي ، المسؤولية المدنية في القانون المصري ، ط١، مطبعة نوري، ١٩٣٦، ص٣٤٠.

٥ - د. حسن حنتوش رشيد الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية ، دراسة مقارنة ، بلا نشر، ١٩٩٩، ص٣٩.

أما عن تعريف التعويض من جانب الفقه الإسلامي، فالفقهاء المسلمين لم يذكروا في كتبهم مصطلح التعويض بالتحديد بل إستعملوا عنه لفظ الضمان وأيضا هم مختلفون في إستعماله فمنهم من إستعمله ويقصد به لفظ التعويض نفسه ، والبعض منهم من إستعمله بما لا يدل به على التعويض ، والبعض الآخر جعله يشمل التعويض وغيره كالكفالة، وقد عُرّفوه بتعاريفات مختلفة فمنهم من عَرّفهُ بأنه شغل ذمة أخرى بالحق أو حق ثابت في ذمة الغير، أو هو رد مثل الهالك أو قيمته[١] وفي معنى الضمان (هو أن ينتقل تمام مافي ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن على نحو الإقتضاء لا العلية التامة بحيث لو حدد أصل الدين بحد خاص قل أو كثر يبطل أصل الضمان)[٢].

ودون الخوض في جدل فقهي بشأن هذه المسألة، فنحن نستصوب رأيا فقهيا يذهب بالقول إلى أن هناك فرقا ما بين الضمان والتعويض، حتى لو كان هنالك تعاريف للضمان ما يستدل منها على التعويض؛ لأن الضمان هو مطلق الالتزام بالتعويض سواء وقع الضرر أو كان متوقع الحدوث أما التعويض فلا موجب له إلا إذا وقع الضرر فعلا ،وبهذا يكون التعويض هو نتيجة للضمان[٣].

وثمة تساؤل يمكن أن يُثار بهذا الصدد ، هل بالإمكان تعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام العقدي في الفقه الإسلامي ؟والإجابة على ذلك إذا كان للعقد قوته الملزمة في الشريعة الإسلامية إستنادا إلى قوله تعالى (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا)[٤] وقوله تعالى (ياأيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود)[٥] إلا أن الفقه الإسلامي لم يتفق بشأن هذه المسألة، فالأراء الفقهية بين بين مؤيد ومعارض لفكرة تعويض الضررعن الإخلال بالإلتزام العقدي[٦].

---

١ - د. محمد بن مدني بوساق ،التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، ط١، دار أشبيلية للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، ١٩٩٩، ص ص ١٥٠,١٥١

٢ - السيد عبد الأعلى السبزواري، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام ،ط٤،ج١١، مؤسسة المنار، مطبعة جاويد، قم ، ١٤١٦ه، ص٢٥٦.

٣ - د. محمد بن مدني بوساق، مصدر سابق ، ص١٥٥.

٤ - الآية رقم (٣٤) من سورة الإسراء.

٥ - الآية رقم (١) من سورة المائدة.

٦ - د. حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، مصدر سابق ، ص٢٥. ومما تجدر الإشارة إليه إن جانبا من الفقه يشير يشير بأن فقهاء الشريعة الاسلامية يرون إن عدم قيام الملتزم بتنفيذ إلتزامه، يتطلب شرعا إجباره وإلزامه عليه، وفي حال إمتناعه فيعد ذلك معصية من جانبه، ويستحق عليه التعزير، أما إلزامه بدفع التعويض عن الضرر الذي أحدثه فهو أمر لا تُقره القواعد الفقهية، فأخذ المال لا يكون إلا على سبيل التبرع، أو مقابل مال أُتلف أو أُخذ وإلا يكون أخذه باطلاً، لأن أساس التعويض في نظرهم هو مقابلة مال بمال ، فإذا قوبل هذا المال بغير المال كان أكلا له بالباطل.... للتفصيل، يُنظر، علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي القاهرة،٢٠٠٠،ص ص ١٩، ٢٠.

ولو إنتقلنا إلى أنواع التعويض، فإن للتعويض صوراً مختلفة، فقد يكون تعويض عيني أو تعويض نقدي وكما هو الآتي:

أولا- التعويض العيني[١].

يُقصد بالتعويض العيني بأنه الحكم بإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل وقوع الضرر فهو يُزيل الضرر بدلا من بقاءه، وإعطاء المتضرر مبلغا من المال بدلا عنه، الهدف منه إزالة المخالفة بطريقة مباشرة ، دون الحكم بمبلغ من النقود[٢]

ويرى جانب من الفقه إن إزالة المخالفة ليست بتعويض عيني ، وإنما إصلاح للشيئ التالف فالحكم بإنهاء حالة التصرف غير المشروع لا يكون تعويضا عينيا ولا يدخل تحت دائرة المسؤولية، فالتعويض يكون مبلغ من المال وغير ذلك هو إحترام للحق، فإحترام الحق هو إجراء من أجل حماية الحق، ويشيرون لأمثلة بذلك من خلال إنتهاك إستخدام اسم الغير أو في إطار المنافسة غير المشروعة، وبهذا يكون الحكم بإحترام الحق الشخصي إجراء لغرض حماية هذا الحق ولا يُعد تعويضا عينيا، ويذهب إتجاه آخر إلى معارضة وجود التعويض العيني كنوع من أنواع التعويض في حالة وقوع الضرر، ومن الخطأ الإعتقاد بوجود تعويض عيني عندما يتم إرجاع الحال إلى ماكان عليه والإجراء الوحيد هو الحكم بالتعويض النقدي[٣].

ونحن نتفق مع من يذهب إلى مخالفة الرأيين السابقين، ففكرة إحترام الحقوق لا تبتعد عن المسؤولية ولا يمكن أن تتحقق إلا من خلال قيام المسؤولية، فهي وحدها المعنية بإحترام الحقوق والتعويض العيني لا يعني سوى ذلك ، كذلك إن إزالة المخالفة يعني إزالة عين ما تمت المخالفة به، وماذا يريد المتضرر للوصول إليه أكثر من ذلك[٤].

---

١ - يقع العديد من الفقهاء في خلط ما بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، و الفرق بينهما ،هو إن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام، فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به، بينما الثاني يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام ، فإزالة المخالفة هي التعويض العيني. يُنظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٦٨، ص٧٩٨.وكذلك الاستاذ سعدون العامري يرى إن هناك فرقا بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، فالتنفيذ العيني هو عدم قيام المدين بتنفيذ ما التزام به عينا أما التعويض العيني هو إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وإزالته إذا كان ذلك ممكنا، فالتنفيذ العيني هو الطريق الطبيعي لتنفيذ الالتزام، أما التعويض العيني فهو جزاء لتحقق المسؤولية. يُنظر: د. سعدون العامري ، تعويض الضررفي المسؤولية التقصيرية ،منشورات مركز البحوث القانونية بغداد،١٩٨١ ص ١٤٩، هامش رقم ١٠.

٢ - د.محمود عبد الرحمن الديب ، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور ، دراسة مقارنة ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،٢٠١٣، ص١٣.

٣ - للتفصيل، يُنظر، نصير صبار لفته ، التعويض العيني ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠١، ص ٢١ وما بعدها.

٤- د.محمود عبد الرحمن الديب ،التعويض العيني لجبر ضرر المضرور،دراسة مقارنة، مصدر سابق،ص١٥. سابق،ص١٥.

وما يهمنا من طرح فكرة التعويض العيني هو مدى إمكانية الأخذ به في حال الإخلال بالالتزام بالتسبيب، ومثال ذلك قيام المتعاقد بفسخ العقد بإرادته المنفردة دون تقديم التسبيب المبرر للفسخ، أي أخل بالتزامه بالتسبيب، **فكيف يكون التعويض العيني في هذه الحالة؟**

وللإجابة على ذلك، إذا كان تعريف التعويض العيني هو الحكم بإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل وقوع الضرر، فيمكن القول إن قرار المحكمة بإعتبار الفسخ كأن لم يكن والحكم بإستمرار العلاقة التعاقدية هو تعويض عيني متمثل بإبطال تصرف المتعاقد وحرمانه من حق فسخ العقد بإرادته المنفردة لإخلاله بإلتزامه العقدي بالتسبيب[1].

ثانيا- التعويض النقدي.

قد يتضمن الحكم الصادر إلزاما بدفع مبلغ من النقود مقابل الضرر، ونتيجة لإخلال المتعاقد بإلتزامه العقدي، وهذا هو التعويض النقدي ، والذي يعني إدخال قيمة مالية جديدة توازي القيمة المالية التي فقدها المتضرر، نتيجة إخلال المدين بالالتزام، ويُعد هذا النوع من التعويض طريقا طبيعيا لإزالة الضرر على إعتبار النقود من الوسائل للتبادل والتقويم ، ففي حال تعذر الحكم بالتعويض العيني، يقتضي على المحكمة الحكم بالتعويض النقدي، وهذا النوع من التعويض يتميز عن غيره من طرق التعويض ، فهو يصلح للآخذ به من قبل المحكمة سواء كان الضرر مالي أو معنوي، فإذا كان هذا الضرر من الأضرار المالية فإن التعويض النقدي يتحلل إلى عنصرين هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت أما إذا كان الضرر من الأضرار المعنوية، فيعتبر عنصرا قائما بذاته ولا يؤدي إلى إزالته بالكامل بل يَسهم في التقليل من شدته[2].

وبعد بيان صور التعويض **ثمة تساؤل يثار في هذا السياق، أي صورة من صور التعويض يتم فرضها في حال الإخلال بالالتزام بالتسبيب؟**

---

١ - نجد تطبيق حالة التعويض العيني والإبقاء على العقد، في ما ورد بنص المادة ١١٩ من القانون المدني المصري، والتي نصت على أنه (يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ إلى طرق إحتيالية ليخفي نقص أهليته) وجاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بصدد هذا النص ، إن لجوء ناقص الأهلية إلى الغش يسقط الحماية القانونية المستندة على فرض قلة تجربته وعدم خبرته، ويُشير الرأي الرجح إلى أن خير تعويض في هذه الحالة هو التعويض العيني المتضمن بحرمان ناقص الاهلية المخطئ من حقه في إبطال العقد. أما بالنسبة إلى القانون المدني العراقي فقد أشارت الفقرة (٣) من المادة (١٣٨) بأنه إذا بطل عقد ناقص الأهلية فإنه لا يلزم برد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.أي لا وجود للإختيار الذي سمح به القانون المدني المصري. أشار إليه، نصير صبار لفته ، مصدر سابق ص ص ٢١٨,٢١٧.

٢ - د. حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، مصدر سايق ، ص١٥١ وما بعدها.

لو رجعنا إلى النصوص المنظمة للتعويض في القوانين المقارنة نجد إن القانون المدني الفرنسي في الأحكام التي تنظم تعويض الضرر عن عدم تنفيذ العقد في المادة (١٢٣١) لم يشير صراحة إلى أن التعويض يجب أن يتمثل بمبلغ من النقود [١]بإستثناء ما ورد في الفقرة (خامسا) من المادة المذكورة في حالة التعويض الاتفاقي[٢] أي إن المشرع الفرنسي لم يستبعد أي صورة من صور التعويض[٣].

وقد أُثير خلاف فقهي بشأن فسخ العقد بالإرادة المنفردة من ناحية الجزاء الذي يمكن للقاضي إعماله فيما إذا كان الفسخ غير مشروع و عدم مراعاة إجراءات الفسخ والتي من بينها الالتزام بتسبيب فسخ العقد، **فهل يكون الحكم هو التعويض النقدي أم إن القاضي بإمكانه الحكم بإستمرار العلاقة العقدية وإعتبار الفسخ غير المبرر كأن لم يكن؟**

يذهب إتجاه من الفقه الفرنسي بالقول إن الحكم بإستمرار العقد بعد قيام المتعاقد بفسخه بإرادته المنفردة هو فرض مستحيل ، والقاضي لا يملك في هذه الحالة إلا الحكم بالتعويض (التعويض النقدي) فالفسخ بالإرادة المنفردة يؤدي إلى حل الرابطة العقدية بشكل نهائي ولا يُمكن الحكم بإستمراره حتى لو كان فسخ غير مبرر ويبقى الحكم في مثل هكذا حالة هو التعويض[٤] وقد صدرت أحكام قضائية بالحكم بالتعويض النقدي عن الفسخ غير المبرر، ففي قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية ، والذي رفضت فيه تنفيذ العقد ، بعد قيام الدائن بالفسخ، وأعتبرت إن فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، لا يعطي المتعاقد الآخر سوى الحق في طلب التعويض[٥].

---

١ - يُنظر نص المادة (١٢٣١) الفقرات من (١-٧) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

٢ - نصت المادة (١٢٣١) الفقرة (٥) من القانون المدني الفرنسي المعدل على انه (إذا إشترط في العقد دفع مبلغ معين على سبيل التعويض يتحمله من يتخلف عن التنفيذ، فلا يجوز الحكم للطرف الآخر بمبلغ يزيد على ذلك أو ينقص)

٣ - وقد تجلى ذلك في حكم محكمة ريوم الفرنسية والذي قضى (مع إن الحكم بالتعويض النقدي هو الأكثر شيوعا، إلا إن نصوص المادتين (١١٤٢) و (١٣٨٢) والمواد التي تليها من القانون لا تستبعد أو تناقض الحكم بالتعويض مع أشكال أخرى غير النقود) أشار إليه د. حسن الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية، مطبعة حداد ، البصرة ، ١٩٦٨، ص٢٤٩.

٤ - د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني الإلتزامات،م١ مصدر سابق، ص ٥٥٣.

٥ - في قرار صادر لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٢أكتوبر ١٩٩٦ وتتلخص وقائع القضية بإبرام عقد لمدة سنة قابلة للتجديد، عهدت بمقتضاه شركة (Approachim) أبروكيم إلى شركة (Eurocollect) يوروكولكت لنقل المنتجات الخطرة ، القيام بخمسين رحلة في السنة وبمقابل سعر ثابت قدره (٨٩٢٥٠٠) فرنك مع ضرورة الدفع خلال كل رحلة ، وأنه بعد الرحلة الخامسة قامت شركة (Approachim) بفسخ العقد بإرادتها المنفردة، وعلى أثرها طالبت الشركة الآخرى بدفع المبلغ المتفق عليه ، وقضت بذلك محكمة الاستئناف إلا أنه تم نقضه من قبل محكمة النقض وبررت حكمها بأن الثمن حتى لو كان مبلغا ثابتا متفق عليه ، إلا انه لا يكون مستحقا إلا في حالة تنفيذ العقد، وبما إن شركة أبروكيم (Approachim) قد فسخت العقد، ولم يكن هناك شرط جزائي كان على المحكمة تحديد مبلغ التعويض المستحق لشركة(Eurocollect). يُنظر تفاصيل القضية على الرابط الإلكتروني https://n9.cl/up2jr تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٤/٥.

في حين ذهب إتجاه فقهي آخر إلى إعطاء القضاء دوره الحمائي للعلاقة العقدية والتأكيد إن للقاضي رقابة لاحقة على الفسخ بالإرادة المنفردة وله في حالة الفسخ غير المبرر أن يحكم بإستمرار العقد وإعتبارالفسخ كأن لم يكن، وهذا الأمر يوجبه مبدأ القوة الملزمة للعقد وتتطلبه الضرورات لإستقرار العلاقة التعاقدية وإحترام توقعات المتعاقدين المشروعة ولا يمكن تحقيقه من خلال السماح للمتعاقد أن يتحلل من العقد مقابل دفع التعويض بل لا بد من الحكم بعودة الطرفين إلى تنفيذ العقد من أجل أن يكون الحكم مؤثرا وفعالاً، ويهذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر عام ٢٠٠١ في قضية قيام مستشفى بفسخ عقدها مع أحد الأطباء وتستند إلى إخلال الطبيب بإلتزامه بضمان الإستمرار في العمل في المستشفى وعدم السعي من قبله لإيجاد بديل عن زميله الذي قام بترك العمل وأيدت قرار قاضي الأمور المستعجلة الذي قضى بإستمرار العلاقة التعاقدية؛ لأن العقد لا يتضمن التزام الطبيب بتوفير البديل ويهذا يكون الفسخ غير مشروع من جانب المستشفى[١].

والذي يبدو لنا ترجيح الرأي الثاني القائل بإستمرار العلاقة العقدية التي تم فسخها بشكل غير مبرر من قبل أحد المتعاقدين وأخل بإلتزامه العقدي بالتسبيب، فالحكم الذي يصدره القضاء بإستمرار العقد يمثل رادعا للمتعاقد ومن ثم على القاضي أن يتحقق فيما إذا كان المتعاقد محقا في فسخ العقد بتقديم ما يثبت إن الفسخ كان مبرراً، فإذا لم يقدم ما يثبت ذلك فيكون الحكم عليه بإستمرار العلاقة العقدية إلى حين حلول الأجل المتفق عليه، فجزاء فسخ العقد بالإرادة المنفردة وغير المبرر، هو إستمرار العقد وإعتبار الفسخ كأن لم يكن، وهذا يُعد تعزيزا لمفهوم العقد وللحفاظ على أبعاده الأخلاقية، فالقوة الملزمة للعقد هي بلا شك ترتكز على إعتبارات أخلاقية ودينية متمثلة بضرورة الوفاء بالعهد، وعليه فإذا كان فسخ العقد غير مبرر من شأنه أن يؤدي إلى إرتكاب ما يسمى بالخطأ المربح[٢] أو المكسب، هذا الخطأ المتجسد في صورة سلوك إنتهازي وغير أخلاقي يقوم فاعله بإرتكابه عن عمد بعد تخطيط وتفكير وحساب مايعود إليه من ربح وما يقوم بدفعه من تعويض للمتضرر، ومن ثم إرتكاب الخطأ عن إدراك ووعي لأن الكسب الذي سيحصل عليه يتجاوز ما يحكم به للمتضرر من تعويض[٣].

---

١ - يُنظر، د.منى أبو بكر، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل ٢٠١٦، مصدر سابق ، ص١٣٣ ومابعدها.

٢ - د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني الإلتزامات،م١ مصدر سابق، ص ٥٥٤

٣- د.عبد الهادي فوزى العوضى،الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية دراسة مقارنة في القانونيين الفرنسي والمصري ،بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة،العدد(الثاني والتسعون)ص١٠٩.

ومثال ذلك كأن يتعاقد شخص مع شركة متخصصة بصناعة الأجهزة الكهربائية على صنع جهاز كهربائي من نوع معين وبعدد محدد وتم تحديد الثمن ومدة التسليم، فتقوم الشركة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة دون مبرر بعد أن تكون قد تعاقدت مع شخص آخر بثمن يزيد عن ثمن العقد الأول بكثير، فقيام الشركة بفسخ العقد الأول والحكم عليها بالتعويض النقدي، فهذا التعويض يكون ضئيل بالمقارنة مع الأرباح التي تحققت من العقد الثاني[١].

ومن جانب آخر وبما يُعزز الإتجاه القائل بإستمرار العقد، بأنه عند الحكم بالتعويض النقدي فإن قاضي الموضوع على الأغلب قد لا يفصح عن نوع الضرر الذي تم تعويضه وذلك الضرر الذي لم يُعوض وإنما يأتي التقدير للتعويض بشكل إجمالي، فيكتفي بالإشارة بإمتلاكه من العناصر ما يكفي، لتقدير التعويض بمبلغ معين، وهذه الطريقة في تقدير التعويض وبشكل جزافي ، قد لا يتحقق معها قناعة صاحب الحق في أغلب الحالات[٢].

وإذا كان الحكم بأستمرار العلاقة العقدية كجزاء للإخلال بالإلتزام بالتسبيب بالعقد، **هل هناك إستثناء من الإستمرار بتنفيذ العقد والحكم بالتعويض النقدي؟** يبدو إن رأيا فقهيا جديرا بالتأييد يتعلق بالالتزام ذات الطابع الشخصي والذي يُعد الإستمرار بتنفيذ العقد جبرا إعتداءً على الحرية الفردية [٣] ،وعليه إذا كان العقد من عقود الاعتبار الشخصي التي تظهر فيها شخصية المتعاقد، وكان الاستمرار بالعقد يشكل إعتداء على الحرية الفردية، فالجزاء الأنسب هو الحكم بالتعويض النقدي، وهذا ما يمكن تطبيقه في نطاق عقد العمل، فقد أشار قانون العمل الفرنسي بأنه يمكن للقاضي أن يقترح إعادة العامل إلى العمل، والحفاظ على المزايا المكتسبة لكن في حال رفض أحد الطرفين هذه الإعادة، فيلزم صاحب العمل بتعويض مستحق الدفع للعامل ويكون مبلغه محددا في جدول مشار إليه ضمن القانون[٤] أما المشرع المصري أشار في حالة إخلال أحد طرفي عقد العمل بالتسبيب في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بأن يلتزم بتعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر بسبب إنهاء العقد دون مبرر مشروع، وإذا كان هذا الاخلال من جانب صاحب العمل فالتعويض لا يجوز أن يقل عن أجر شهرين من الأجر

---

١ - قريب من هذا المعنى، يُنظر، د. عبد الهادي فوزى العوضى ، مصدر سابق ، ص١٤٠.

٢ - د. محمد عبد الظاهر حسين ، الدور القضائي إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية ، دار النهضة العربية القاهرة ،٢٠٠٠، ص٨٦.

٣ - د. محمد عبد الظاهر حسين ، المصدر نفسه ، ص٧٨.

٤ - المادة (L1235-3) من قانون العمل الفرنسي.

الشامل عن كل سنة من سنوات خدمته[١] أي إنه جعل التعويض هو جزاء الإخلال بالالتزام بتسبيب إنهاء عقد العمل غير محدد المدة، ونرى بأنه من الأفضل لو آخذ بما أشار إليه قانون
العمل الفرنسي إذ يمكن للقاضي أن يقترح إعادة العامل إلى العمل وإعتبار إنهاء العقد كأن لم يكن، وفي حالة رفض العامل يلتزم صاحب العمل بالتعويض.

وحسنا فعل المشرع العراقي عندما قرر إعادة العامل إلى عمله ودفع أجوره كاملة عن مدة إنهاء عقد العمل إن وجدت المحكمة أو لجنة إنهاء الخدمة أن إنهاء خدمة العامل لاتستند إلى أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة (٤٣) من قانون العمل ، وفي حال تعذر إعادته إلى عمله يتم إنهاء عقد العمل من تاريخ صدور قرار المحكمة أو قرار اللجنة، وتعويضه بما يعادل ضعفي مكافأة نهاية الخدمة[٢].

أما بالنسبة لجزاء الإخلال في الالتزام بالتسبيب في حالة تحديد الثمن بالإرادة المنفردة في عقود الاطار وعقود أداء الخدمات، فمن خلال ما ورد بنص المادتين (١١٦٤,١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي، بأنه في حال التعسف في تحديد الثمن يجوز اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتعويض، ويمكن إفتراض التعسف في حال عدم قيام المتعاقد بتسبيب تقدير الثمن، ومن ثم يمكن للمتعاقد الآخر أن يلجأ إلى القضاء والمطالبة بالتعويض وفسخ العقد عند الاقتضاء[٣].

ولو إنتقلنا إلى موقف القانون المدني العراقي، فقد نصت المادة (١٦٨) التي أشارت إلى المسؤولية التعاقدية على أنه (إذا إستحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بإلتزامه...) فنص المادة المذكور لم يُبيّن نوع التعويض،ولم يفرض بأن يكون التعويض نقدياً، لكن بالرجوع إلى نص المادة (٢٠٩/ ٢) من نفس القانون والواردة في المسؤولية التقصيرية إذ نصت على أنه (ويقدر التعويض بالنقد ...) فإذا كان هذا حكم المادة المذكور قد جعل التعويض النقدي عن المسؤولية التقصيرية هو الأصل ، فلا يوجد تبرير من إقتصاره على هذه المسؤولية (التقصيرية) بل من الواجب تطبيقه بطريق القياس في المسؤولية

---

١ - المادة (١٢٢) من قانون العمل المصري.

٢ - يُنظر نص المادة (٤٧/ أولا/ ثانيا) من قانون العمل العراقي ونصت المادة (٤٥) من نفس القانون على أنه (ويستحق العامل الذي أنهيت خدمته مكافأة نهاية الخدمة بمقدار أجر (٢) أسبوعين عن كل سنة خدمة أداها لدى صاحب العمل...).

٣ - يبدو إن مشروع كاتالا الأولي كان أكثر وضوحا، إذ أشارت المادة (١١٢١-٤) على أنه في العقود ذات التنفيذ المتعاقب أو المتداخل، يمكن الاتفاق على أن سعر الخدمات التي يقدمها الدائن سيتم تحديده بواسطته في وقت كل توريد، بالرجوع إلى أسعاره الخاصة ، ويعود له في حال النزاع تبرير الثمن عند طلب المدين ذلك ومن جانب آخر أشارت المادة (١١٢١-٦) في حال عدم حصول المدين على تبرير خلال فترة زمنية معقولة سيكون قادراً على إبراء ذمته، عن طريق تسجيل الثمن الذي يتم تحصيله عادة. يُنظر:
Dissaux (N) Les mystères du contrat cadre, op.cit.,p. 104,n3.

العقدية، وبهذا يكون التعويض النقدي هو الأصل والتعويض العيني هو إستثناء يكون بناء على طلب المتضرر، وفي حال طلب المتضرر التعويض العيني فلا إلزام على القاضي لإجابة طلبه، فله سلطة تقديرية لتحديد فيما إذا كان التعويض العيني ملائما من عدمه، وقد يكتفي بالتعويض النقدي دون أن يخضع تقديره لرقابة محكمة التمييز الإتحادية[١].

وبناءً على ما تقدم ، يمكن القول إن جزاء الاخلال بالالتزام بالتسبيب على فرض الأخذ به في القانون العراقي من خلال النصوص الواردة ضمنا، هو التعويض النقدي من حيث الأصل ويجوز الحكم بالتعويض بغير النقد في حال طلب المتضرر ذلك، إلا أن للقاضي سلطة تقديرية في الإجابة لطلب المتعاقد المتضرر من عدم تنفيذ الالتزام لتحديد فيما إذا كان طلبه ملائما من عدمه[٢].

أما بالنسبة لتقدير التعويض، فالأصل إن القاضي هو من يتولى تقدير التعويض إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد،أو بنص القانون ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ويقتصرعلى الضرر المباشر المتوقع في المسؤولية العقدية إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم[٣] وعليه يكون تقدير التعويض من حيث الأصل من قبل القضاء إلا في حال اتفاق الطرفين كما هو عليه الحال في التعويض الاتفاقي أو يكون التعويض مقدرا بنص القانون كما هو الحال في تعويض العامل عند إنهاء عقد العمل غير المبرر.

وجاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية بأن (تقدير الأضرار مسألة وقائع ، تستقل بها محكمة الموضوع بموجب سلطتها التقديرية) إلا أن محكمة التمييز أعطت الحق لنفسها من أن تتدخل وتخفض مبلغ التعويض متى ما رأت بأن مبلغ التعويض مغالى به وقد قضت (بأن محكمة التمييز تقوم بتخفيض مقدار التعويض المحكوم به إذا كان يزيد عما أصاب المشتكي من أضرار) على الرغم من أن المشرع العراقي، لم يقم بمنحها هذه الصلاحية إلا في مجال التعويض الناجم عن حوادث السيارات بموجب ماورد في القرار المرقم (٨١٥) لسنة ١٩٨٢

---

١ - يُنظر، د. طارق كاظم عجيل ، المسؤولية التعاقدية ، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والألماني والإنكليزي والقانون المدني العراقي ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠٢١، ص٢١٠ وما بعدها.

٢ - نصت المادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني العراقي على أنه (٢- ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناء على طلب المتضرر، أن تامر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات، وذلك على سبيل التعويض) ويقابلها نص المادة (١٧١/ ٢) من القانون المدني المصري.

٣ - المواد (١٦٩/ مدني عراقي) ، (٢٢١/ مدني مصري) ، (١٢٣١/ مدني فرنسي).

الفقرة الرابعة منه إذ يمكن بموجبه تخفيض أو زيادة مبلغ التعويض ويكون قرارها باتا في هذا الشأن[١].

أما بالنسبة إلى القضاء المصري نجد إن المحكمة أيضا هي من تتولى تقدير التعويض وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بأنه (تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في العقد أو في القانون نص يوجب إتباع معايير معينة في تقديره هو من سلطة قاضي الموضوع بغير رقابة محكمة النقض)[٢] وقضت في قرار آخر (عدم وجود نص قانوني يقضي بإتباع معايير معينة في تقدير التعويض، أثره لقاضي الموضوع سلطة تامة في تقديره دون رقابة محكمة النقض، متى ما بين عناصر الضرر ، وأحقية طالب التعويض فيه)[٣].

١ - د. حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، مصدر سابق ، ص١٦١.

٢ - نقض جلسة ١٩٧٥/٣/١٢ س٢٦، أشار إليه د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، م٢، مصدر سابق ، ص٣٤٠.

٣ - نقض ١٩٨٦/٥/٢٦، طعن رقم (١٣٠١) لسنة ٥٢ ق ، أشار إليه المستشار عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، بلا مطبعة ومكان نشر، ١٩٨٨، ص ٩٤٤.

الخاتـــمة

في آخر المطاف وفي ضوء دراستنا لموضوع الالتزام بالتسبيب في العقد، نذكر ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات يمكن إجمالها بالآتي:

أولا- النتائج.

١- إن مدلول التسبيب، يختلف بإختلاف الوضع الذي يستعمل فيه حتى في علم القانون نفسه فلم نجد في النصوص التشريعية محل البحث تعريفا للالتزام بالتسبيب في العقد ، على الرغم من أن هناك تطبيقات قانونية أشارت إليه صراحة أو ضمنا ، ومن جانب الفقه وتحديدا الفقه الفرنسي أشار إليه في عدة تعريفات مختلفة منهم من إقتصر تعريفه بتقديم الأسباب والمبررات ومنهم من توسع في تعريفه بتقسيمه إلى أنواع ومنهم من أعطاه بعداً فلسفيا وتوصلنا إلى تعريف الالتزام بالتسبيب في العقد بأنه(قيام المتعاقد بتوضيح وتقديم الأسباب والمبررات الواقعية ، التي تدفعه لإتخاذ تصرف إنفرادي مرتبط بالعقد سواء كان فرض هذا الالتزام بموجب القانون ، أو الاتفاق ، أو بناءً على طلب المحكمة).

٢- تظهر أهمية الالتزام بالتسبيب في العقد في حماية حقوق المتعاقدين ، ويمثل قيدا على إستعمال الحقوق ، فصاحب الحق لايتمكن من إستعمال حقه إلا في الحالات التي يجوّزها القانون، وعند وجود الأسباب المبررة والتي يتطلب منه بيانها وتوضيحها وخاصة عند حصول نزاع حول تنفيذ هذا الحق.

٣- موضوع الالتزام بالتسبيب في العقد قد يكون موضع لبس وتداخل مع فكرة معينة أو أكثر وقد يبدو للوهلة الأولى بأنه ركن السبب إلا أنه هناك فرق بين الفكرتين ونقطة الالتقاء الوحيدة بين فكرة السبب مع فكرة الالتزام بالتسبيب في العقد تكمن في إستخدام مفهوم السبب أداة لتحقيق التوازن، فالهدف من ركن السبب هو ضمان تكوين العقد بصورة صحيحة ومشروعة بحيث تتحدد فيه الالتزامات بالاستناد الى أسباب تبرر الالتزام، وهو الأمر كذلك بالنسبة للالتزام بالتسبيب في العقد فبعد تطور الممارسات والصلاحيات العقدية بالارادة المنفردة أصبح هذا الالتزام أداة لمواجهة إختلال التوازن العقدي بين طرفيه أما الإختلافات فهي عديدة وواحدة منها توضح الفرق بين الفكرتين هو أنه ركن السبب هو سبب إبرام العقد ،فهو سؤال لماذا التزم المتعاقد في حين إن الالتزام بالتسبيب مضمونه بيان المبررات والأسباب التي دفعت المتعاقد لقيامه بتصرف معين فهو توضيح وتبربر لتصرف معين مرتبط بالعقد.

٤- تباينت الأراء الفقهية والأحكام القضائية وتحديدا الفقه والقضاء الفرنسي بين مؤيد ومعارض من الالتزام بالتسبيب ،وهو أمر نُرجحهُ لكون فكرة التسبيب في العقد في طور التكوّن القانوني، ولحداثة هذا الالتزام في البيئة التعاقدية وعدم وضوح آلية فرضه وضوابط إعماله، و ما وجدناه إن هذا الالتزام أحد الآليات الحمائية يساهم في ضمان توازن العقد وحماية المصالح العقدية للطرفين فضلا من إنه يحقق الأمان والاستقرار القانوني من خلال منع المتعاقد الذي لديه الصلاحيات العقدية من أن يَستغل مركزه القوي ليعفي نفسه أو يتنصل من الالتزام العقدي دون مسوغ ومبرر مشروع.

٥- إذا كانت نظرية التعسف في استعمال الحق ومبدأ حسن النية بإعتبارهما من الأفكار الراسخة في أغلب القوانين المدنية وما لهما من دور في تنظيم العلاقات العقدية وحماية حقوق المتعاقدين و من الأدوات التي يستند عليها الفقه والقضاء لضمان تطبيق العقد بشكل عادل وعدم إستغلال الحق والسلطة الإنفرادية لأحد المتعاقدين بطرق غير مشروعة، إلا أنه ظهر لنا إن هذه الوسائل لم تعد تواكب العديد من المعاملات العقدية فالتحول الاقتصادي وتأثيره في تغيير معالم نظرية العقد من شأنه أن ينعكس على المتعاقدين ويخل بتوازن المراكز العقدية مما يتطلب من المشرع أن يتدخل بالتنظيم التشريعي من أجل تجنب الممارسات التعسفية، فالعقد من الوسائل القانونية التي يلجأ اليها الافراد لحماية حقوقهم وتنفيذ التزاماتهم، فلا بد من التعديل التشريعي لمبادئه التي مر عليها مدة من الزمن.

٦- إذا كان الالتزام بالتسبيب بإعتباره من الأفكار الحديثة، ويساهم في إستعادة التوازن العقدي عن طريق الزام من لديه صلاحيات عقدية تقديم المبررات للتصرف الإنفرادي الصادر بإرادته المنفردة وأصبح له وجود في القانون المدني الفرنسي بعد تعديل القانون الفرنسي عام ٢٠١٦ بتنظيمه في بعض النصوص القانونية كما في حالة فسخ العقد بالإرادة المنفردة وتحديد الثمن بالإرادة المنفردة في عقود الإطار وعقود أداء الخدمات إضافة إلى النصوص الواردة في القوانين الخاصة، التي أشارت إليه إلا أن المشرع العراقي لم يلتفت لهذا الالتزام على الرغم من أهميته لكن إتضح لنا في العديد من النصوص القانونية إن هناك إشارات لهذا الإلتزام، وعدم تنظيم المشرع لمسألة معينة لايعني ذلك عدم وجود التطبيقات العملية له، والقوانين غالبا ماتشير الى نصوص صريحة مباشرة، وأخرى ضمنية يُستنبط المعنى والدلالة لتطبيق عملي معين من سياق ومقاصد النص القانوني.

٧- ظهر للالتزام بالتسبيب تطبيقات عدة في مراحل العقد المختلفة بدءاً من مرحلة إبرام العقد إلى تنفيذه إلى إنحلاله، ففي مرحلة إبرام العقد ،يُمكن لطرفي العقد أن يتفقوا على الالتزام بالتسبيب صراحة ضمن بنود العقد، ويكون الالتزام بالتسبيب شرط في العقد، فإذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على أن يلتزم أحدهما بالتسبيب فهذا الشرط ملائما للعقد كذلك هو شرط فيه نفع للمتعاقدين لأنه من الممكن أن يساهم في حل النزاع العقدي .

٨- إتضح لنا إن فرض الالتزام بالتسبيب في عقود الإذعان على الطرف الذي يتمتع بالقوة الاقتصادية والتنظيمية يساعد القاضي على فهم الأسباب والمبررات للشروط المفروضة على الطرف المذعن، ويساهم في تحقيق التوازن العقدي ويمكّن القاضي من تقدير مدى كفاية الأسباب والمبررات المقدمة، فيما إذا كانت تحقق مصالح حقيقية أم كونها مجرد شروط تعسفية فإذا ما إتضح للقاضي عدم وجود أسباب ومبررات موضوعية فيقرر حينها عدم إلزام الطرف المذعن بها أو إعادة النظر فيها بما يحقق العدالة العقدية وهو بدوره يُجنّب السلطة التقديرية للقاضي ويساعده على إتخاذ قرار عادل ومنصف.

٩- فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ وإنهاء العقد هناك عدد من التطبيقات القانونية في هذا الجانب منها ماتظهر ملامحها بشكل صريح ومنها مايمكن استنتاجه من خلال فهم مقاصد النص التشريعي.

١٠- أقر المشرع الفرنسي نوعين من العقود طويلة الآجل بموجب المادتين (١١٦٤,١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي المعدل وهما عقد الإطار وعقد أداء الخدمات إذ جوّز المشرع الفرنسي في العقود الإطارية لأحد المتعاقدين تحديد الثمن بإرادته المنفردة فهذه العقود يرغب أطراف العقد بأن يحتفظوا بالمرونة في تحديد الثمن على إعتبارها مرتبطة بتقلبات الأسعار للمواد الاولية وتكلفة الأنتاج والزيادة في أجرة اليد العاملة لذلك من الصعوبة قيام أطرافه بتحديد مضمون العقد عند إبرامه، فيتفق طرفا العقد على الموجبات الأساسية ويتركان تحديد الثمن لإرادة أحدهم أما بالنسبة لعقد أداء الخدمات، فقد أجاز المشرع الفرنسي للدائن(مقدم الخدمة) تحديد الثمن بإرادته المنفردة في حالة عدم إتفاق الأطراف على تحديدهِ ،لأنه يُصعب في كثير من الأحيان الحساب الدقيق لمقابل أداء الخدمات في هذا النوع من العقود، وفرض في كلا العقدين التزاما بالتسبيب على من يقوم بوضع الثمن بإرادته المنفردة ،ولم يأخذ المشرع العراقي بهذه الصيغة من العقود كما أنه لم يرد في متن القانون المدني العراقي نصا يشير صراحة إلى إمكانية قيام أحد المتعاقدين بتعيين الثمن

بإرادته المنفردة، ففي عقد البيع أشار المشرع العراقي إلى الثمن يجب أن يكون مقدراً أو قابلا للتقدير ، وبدونه لا ينعقد العقد.

١١- إستحدث المشرع الفرنسي بعد تعديله قانون العقود آلية جديدة للفسخ من خلال نص المادة (١٢٢٦/ مدني فرنسي) وأجاز للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة مع إلزامه بتسبيب قرار الفسخ بإعتباره من الوسائل التي تهدف الى ضمان قدر معين من حسن النية للمدين من خلال السماح للدائن بفسخ العقد إذا كان له ما يبرره مسبقا، وكذلك من شأنه نقل عبء الاثبات فعلى الدائن في حال قيامه بفسخ العقد أن يثبت صحة الأسباب والمبررات التي يعترض عليها الطرف الآخر بدلا من أن يضطر الأخيرتحمّل عبء الإثبات في حال إساءة إستعمال الحق في فسخ العقد من قبل الدائن أما المشرع العراقي ، فالأصل إن فسخ العقد هو إجراء قضائي ويتضح ذلك من خلال نص الماد(١/١٧٧) من القانون المدني العراقي أما بالنسبة للفقه الإسلامي فاالفسخ يقع بمجرد أن يفصح المتعاقد بفسخ العقد والتحلل من العلاقة العقدية، بل إن القاضي الشرعي لايملك السلطة التقديرية التي يملكها القاضي المدني، ولم يستلزم (الفقهاء المسلمون) رفع الأمرالى القضاء إلا في حال خفاء سبب الفسخ.

١٢-إتضح لنا بأن هناك العديد من الأوضاع القانونية سمح المشرع فيها لأحد الطرفين التحلل من الرابطة العقدية بإرادته المنفردة دون الالزام بتقديم التسبيب المبرر للإنهاء وكنا قد أيدنا رأياً فقهيا يدعو الى فرض الالتزام بالتسبيب وتعميمه بالنسبة للتصرفات العقدية التي لها تأثير على الشخص أو الذمة المالية للغير، وأغلب الأوضاع المذكورة آنفاً ممكن أن تسبب ضررا للمتعاقد الآخر،وتؤثر على ذمته المالية لذا حماية المصلحة العقدية والحفاظ على حقوق المتعاقدين ، تقتضي أن يلتزم من يقوم بإنهاء العقد بإرادته المنفردة تقديم الأسباب التي تبرر الإنهاء، وحتى يكون المتعاقد الآخر على معرفة وبينة من الأسباب المقدمة ويمكن أن يكون مانعا من النزاع.

١٣- لم ينظم واضعوا الالتزام بالتسبيب أحكام له ولم يبينوا ضوابط إعماله، وهو مرجح لحداثة فرضه في العلاقات العقدية ، وفيما يتعلق بوقت الالتزام بالتسبيب قد إتضح لنا إن تزامن وقت التسبيب مع الإخطار بممارسة الصلاحيات العقدية قد نال تأييد الفقه الفرنسي وجعل منه قاعدة وأورد عليها إستثناءات بأن يمكن أن يكون وقت التسبيب سابقا أو لاحقا لإستخدام الصلاحيات العقدية لكن ما توصلنا إليه إن وقت التسبيب يتم تحديده بناءً للأحوال والوقائع لكل حالة فيمكن أن يكون وقت التسبيب حال ممارسة الصلاحيات العقدية أو يكون لاحقا عليها أو يتزامن مع وقت أو أثناء قيام الدعوى.

١٤- فيما يتعلق بشكل التسبيب، فمن خلال النصوص المنظمة لهذا الالتزام وما أبداه الفقه الفرنسي يتضح في حال وجود نص يشير صراحة أو ضمنا إلى أن التسبيب يكون مكتوبا فيجب في هذه الحالة تقديم الأسباب بالشكل المكتوب، وبخلافه فإن إيصال الأسباب شفاها يمكن أن يفي بالغرض إلا أنه من الناحية العملية، إن التسبيب المكتوب يتيح لمن عليه شرط الوفاء به إثبات تقديم التسبيب بشكل ملموس لا شك فيه للمتعاقد الآخر، وهذا من شأنه أن يُجنّب حصول النزاع حول تقديم التسبيب، واتضح لنا إذا كان التسبيب مكتوبا فيمكن إيصاله عن طريق وسيط الكتروني؛ لأن المشرع لم يشير الى وسيلة معينة وليس هناك ما يلزم قانونا بأن تكون الكتابة على الورق،ويقتضي في التسبيب عن طريق الوسائل الإلكترونية إضافة إلى ما يستلزمه من الشروط أن تتوفر فيه شروط الكتابة الإلكترونية بأن يكون التسبيب قابلا للإستمرار بحيث يمكن للمتعاقدين الرجوع إليه وأن يُضمن بقاؤه واستمراره وأن لايكون قابلا للتغيير بالتعديل والإضافة أو الحذف أو التبديل .

١٥- وفيما يرتبط بشروط التسبيب، لم تتضمن النصوص القانونية المنظمة لهذا لالتزام شروطا معينة للتسبيب لكن ما توصلنا إليه من خلال أحكام القضاء بإستخلاص شروطٍ للتسبيب من حيث مضمونه وهي أن يكون دقيقا ومحددا وكافيا ومستندأ على وقائع يمكن التحقق منها مادياً وهذه الشروط تصلح أن تسري على جميع التطبيقات العملية التي تستوجب التسبيب صراحة أوضمنا وإن لم تشير إليها النصوص القانونية، والمتعاقد الذي يقع عليه التسبيب بيان الاعتبارات الواقعية وهي الأدلة والحجج التي يستند عليها دون التوقعات والافتراضات.

١٦- لم يبين واضعوا هذا الالتزام المسؤولية المترتبة عن جزاء الإخلال بالالتزام بالتسبيب والقواعد العامة قد تفرض نفسها في حال الإخلال به، وبما أن هذا الالتزام قد تم فرضه ضمن دائرة العقد فالمسؤولية المترتبة حال الإخلال به هي مسؤولية عقدية ، وتنهض بتوافر ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر ، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، وفيما يتعلق بنوع هذا الالتزام إذا ما كان التزاما بتحقيق نتيجة أو التزاما ببذل عناية فهناك غياب للأراء الفقهية في هذه المسألة، حتى إن جانبا من الفقه الفرنسي أشار إلى إن مسألة تسبيب التصرفات القانونية تم تناولها بشكل عرضي في بعض المقالات والإطروحات، لكن ما توصلنا إليه هو إن الالتزام بالتسبيب هو إلتزام بتحقيق نتيجة، فالنتيجة التي يُنظر إليها من حيث الوفاء بهذا الالتزام فالإلتزام بالتسبيب هو عمل مادي وهو تقديم الأسباب والمبررات إلى المتعاقد الآخر، وعدم تحقق هذه النتيجة معناه عدم الوفاء بالالتزام ومن ثم يُعد المتعاقد مخطأً ولا يمكنه أن ينفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي.

١٧- جزاء الاخلال بالالتزام بالتسبيب على فرض الأخذ به في القانون العراقي من خلال النصوص الواردة ضمنا، هو التعويض النقدي من حيث الأصل ويجوز الحكم بالتعويض بغير النقد في حال طلب المتضرر ذلك، إلا أن للقاضي سلطة تقديرية في الإجابة لطلب المتعاقد المتضرر من عدم تنفيذ الالتزام لتحديد فيما إذا كان طلبه ملائما من عدمه.

ثانيا- المقترحات.

١- ضرورة الحاجة لوجود الالتزام بالتسبيب في التشريعات المدنية ومنها القانون المدني العراقي بشكل صريح فالوسائل التقليدية الراسخة في نظرية العقد لم تعد تواكب تطور تقنيات التعاقد والتفاوت المعرفي بين المتعاقدين ،فالتوازن العقدي له دور وأهمية كبيرة في الحفاظ على ثبات المعاملات العقدية، وتقليل الخصومات القضائية، وحماية المتعاقد الضعيف، وهذا يتطلب وجود اليات تصحيحية تتطلبها طبيعة العقد والقواعد الأخلاقية وواحد منها هو الالتزام بالتسبيب في العقد والذي يُعد أحد الآليات الوقائية والحمائية لتحقيق التوازن العقدي ومواجهة سلطة المتعاقد القانونية والاقتصادية عن طريق إلزام المتعاقد بتقديم المبررات والأسباب الواقعية التي تدفعه الى القيام بتصرف عقدي صادر بالإرادة المنفردة.

٢- نقترح على المشرع العراقي تضمين القانون المدني نصاً يخص الالتزام بالتسبيب ويُقرأ على الوجه الآتي:

(١- **في الالتزمات العقدية التي يسمح بها القانون لأحد المتعاقدين صلاحيات عقدية بالإرادة المنفردة، يلتزم المتعاقد الذي يستخدم هذه الصلاحيات بتقديم الأسباب والمبررات إلى المتعاقد الآخر، ولمن وجه إليه التسبيب في حال عدم قناعته، اللجوء إلى القضاء للفصل في صحة الأسباب والمبررات المقدمة.**

٢- **ويشترط في التسبيب أن يكون دقيقا ومحددا وكافيا ومستندا على وقائع يُمكن التحقق منها مادياً.**

٣- **يجب أن يكون التسبيب مكتوبا وأن يتم تقديمه خلال مدة معقولة ، ويجوز إيصال التسبيب مكتوبا عن طريق وسيط الكتروني بشرط أن تكون الكتابة الالكترونية موقعة من ذوي الشأن وأن تتوفر فيها الشروط اللازمة بأن يكون التسبيب قابلا للإستمرار بحيث يمكن للمتعاقدين الرجوع إليه وأن يُضمن بقاؤه وإستمراه وأن لايكون قابلا للتغيير بالتعديل والإضافة أو الحذف أو التبديل.**

٤- يترتب على الإخلال بالالتزام بالتسبيب دعوى المسؤولية العقدية ، وللمحكمة أن تعيّن طريقة التعويض تبعا لظروف كل حالة وحسب ماتراه مناسبا.

٥- يستثنى من أحكام الفقرة الأولى ، فيما إذا كان تصرف المتعاقد بإرادته المنفردة في مصلحة المتعاقد الآخر)

والسبب الذي دفعنا لهذا المقترح لأنه هناك العديد من الأوضاع القانونية سمح المشرع فيها لأحد الطرفين صلاحيات عقدية يتم ممارستها بالإرادة المنفردة ومن الممكن أن تسبب ضررا للمتعاقد الآخر وتؤثرعلى ذمته المالية لذا حماية المصلحة العقدية والحفاظ على حقوق المتعاقدين تقتضي أن يلتزم من يقوم بممارسة هذه الصلاحيات العقدية بإرادته المنفردة تقديم الأسباب المبررة وحتى يكون المتعاقد الآخر على معرفة وبينة من الأسباب المقدمة ويمكن أن يكون مانعا من النزاع، وهذا النص قاعدة عامة يتم الرجوع اليه في جميع النصوص القانونية في القانون المدني والتي تمنح صلاحيات عقدية لأحد المتعاقدين يمكن ممارستها بالإرادة المنفردة.

٣- خَلِصْلنا إلى أن عدم تحديد المشرع العراقي معنى الشرط التعسفي ترتب عليه مَنَحْ القاضي صلاحية مطلقة في إستخلاصه ، ومنح هذه السلطة للقاضي يؤدي إلى ظهور أحكام متباينة ومختلفة، كذلك إن القانون قد أقر للقاضي سلطة التعديل لكن لم يحدد له الوسيلة وأكتفى بالقول لما تقضي به العدالة وعلى الرغم من أن هذا المصطلح هو مبدأ أخلاقي لكن يحيط به الغموض والاطلاق، ويتغير بإختلاف الزمان والمكان لذا إن فرض الالتزام على الموجب ببيان الأسباب والمبررات الدافعة لوضع شروط العقد بإرادته المنفردة يدفعه إلى التروي والتفكّر قبل إدراجها، وكذلك يمكن للطرف المذعن من فهم الشروط ومبرراتها بدقة وأيضا دوره بالنسبة للقضاء فإذاما إتضح للقاضي عدم وجود أسباب ومبررات واقعية للشرط الوارد بالعقد فيقرر حينها عدم إلزام الطرف المذعن بها أو إعادة النظر فيها بما يحقق العدالة العقدية وهو بدوره أيضا يُجنّب السلطة التقديرية للقاضي ويساعده على إتخاذ قرار عادل ومنصف ويساهم في تحقيق التوازن العقدي ويمكّنه من تقدير مدى كفاية الأسباب والمبررات المقدمة فيما إذا كانت تحقق مصالح حقيقية أم كونها مجرد شروط تعسفية.

لذا فإننا نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٦٧) الفقرة (٢) من القانون المدني من خلال إدراج الالتزام بالتسبيب وتُقرأ على الوجه الآتي:

(يلتزم الموجب عند إبرام العقد بتقديم الأسباب والمبررات لكل شرط يَفرض التزاما على الطرف المذعن، ويجوز للمحكمة أن تُعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها من خلال تقديرها للأسباب والمبررات المقدمة ويقع باطلا كل إتفاق خلاف ذلك).

٤- نقترح على المشرع العراقي تضمين القانون المدني نصا يخص العقد الإطاري ويُقرأ على الوجه الآتي:

(١-يُقصد بالعقد الإطاري عقد يحدد الأطراف بموجبه الخصائص العامة لعلاقتهم التعاقدية المستقبلية، تتبعه عقود أخرى يتم إبرامها تطبيقا للعقد الإطاري، ترتبط فيما بينها إرتباطا وثيق الصلة، وتحدد عقود التطبيق شروط التنفيذ ٢- يجوز في العقود الإطارية أن يتفق المتعاقدان على ان يقوم أحدهما بتعيين الثمن بإرادته المنفردة، ويقع عليه التزاما بذكر الأسباب والمبررات التي دفعته في تعيين مقداره٣- تُطبق بشأن الالتزام بالتسبيب الأحكام الواردة في نصوص هذا القانون)

والسبب الذي دفعنا لهذا المقترح لأهمية العقود الإطارية وإنتشار هذه الصيغة العقدية في العديد من دول العالم كذلك إن تحديد الثمن بالإرادة المنفردة له سند لدى جانب من الفقه الإسلامي فضلا إن العديد من الأنظمة القانونية لم تعد تشترط من أجل صحة العقد تحديد الثمن أو إمكانية تحديده.

٥- غالبية التشريعات في الدول المختلفة أجازت فسخ العقد بالإرادة المنفردة ولم تجعل من الفسخ القضائي هو الأصل وهومن تقاليد القانون الفرنسي الذي غادرها لمواكبة تشريعات دول العالم، وبهذا نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٧٧/ ١) من القانون المدني وتُقرأ على الوجه الآتي:

(١- في العقود الملزمة لجانبيين ، إذا لم يوفِ أحد المتعاقدين بما وجب عليه باالعقد جاز للمتعاقد الآخر، فسخ العقد بإرادته المنفردة بعد إعذار المدين بتنفيذ التزامه خلال مدة معقولة ،وفي حال إستمراره بعدم التنفيذ ، يخطره بفسخ العقد مع التزامه ببيان الأسباب المبررة للفسخ وُيرتب الفسخ أثره من تاريخ تسليم الإخطار بالفسخ ٢- تُطبق بشأن الالتزام بالتسبيب الأحكام الواردة في نصوص هذا القانون ٣- ويجوز في جميع الأحوال طلب الفسخ عن طريق القضاء)

والسبب الذي دفعنا لهذا المقترح وذلك للمكاسب التي يحققها فسخ العقد بالإرادة المنفردة منها الحد من كثرة الدعاوى القضائية ومايترتب عليها من بطئ في إجراءات التقاضي ،فالفسخ

بالإرادة المنفردة خيار مستقل للدائن لكن لايعني إلغاء دور القاضي في هذا المجال وإنما جعل رقابة القضاء على الفسخ رقابة لاحقة وليست سابقة كما إن فرض الالتزام بالتسبيب على من يقوم بفسخ العقد بإرادته المنفردة ، يضمن قدراً من التوازن المعقول بين مصلحة المتعاقدين.

٦- نأمل من القضاء العراقي بوصفة ركيزة في تطبيق وتفسير القانون الالتفات إلى الالتزام بالتسبيب ضمن أحكامه القضائية بوصفه أحد الوسائل التصحيحية لضبط التوازن العقدي ومواجهة التعسف في إستخدام الصلاحيات العقدية بالإرادة المنفردة، فالممارسات الواقعية تؤدي إلى إيجاد قواعد قانونية من خلال تلمّس محاورها في الجانب العملي.

المصادر

قائـــــمة المصادر

بعـد القرآن الكريم.

أولا- كتب اللغة

١- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ،ج٢،المكتبة العلمية ، بيروت، دون ذكر سنة الطبع.

٢- أحمد فتح الله ،معجم ألفاظ الفقه الجعفري، مصطلحات ومفردات فقهية ،ط١،مطابع المدوخل ، الدمام ،١٩٩٥.

٣- أحمد مختار عبد الحميد وآخرون ،معجم اللغة العربية المعاصرة ، ط١،ج ٢، عالم الكتب ، ٢٠٠٨.

٤- حسن خميس سعيد الملخ، نظرية التعليل في النحو العربي بين القدماء والمحدثين ،ط١ ،دار الشروق للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، دون ذكر سنة الطبع.

٥- يونس عبد مرزوك الجنابي، أسلوب التعليل وطرائقه في القرآن الكريم ،ط١،دار المدار الاسلامي ،بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٤.

ثانيا- كتب التفسير.

١- ابن أبي حاتم الرازي ، تفسير القرآن العظيم ، م(٨)، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، ٢٠٠٣.

٢- أبي علي الفضل بن الحسن الطبرسي ، مجمع البيان ،ج ٧،منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، دون ذكر سنة النشر.

٣- الراغب الاصفهاني ، المفردات في غريب القرآن ، ط١،دار القلم ، الدار الشامية ، دمشق ، بيروت ، ١٤١٢هجرية.

ثالثا- كتب الفقه الإسلامي.

١- أبو الحسن علاء الدين الطرابلسي الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، دار الفكر، دون ذكر مكان وسنة النشر.

٢- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي ، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، ج١، دار المعرفة ، دون ذكر مكان وسنة النشر.

٣- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ،ج ٦، ط ٢، دار الفكر ،بيروت ، دون ذكر سنة النشر.

٤- أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي ، مختصر الطحاوي ، لجنة إحياء المعارف النعمانية، مصر، بلا سنة نشر.

٥- أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية،ج٣،دار الكتاب الإسلامي، بيروت ، لبنان، بلا سنة نشر.

٦- الحر العاملي، الفصول المهمة في أصول الائمة، ط١، ج٢، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم ١٤١٨ه.

٧- حسن علي الشاذلي ، نظرية الشرط في الفقه الاسلامي ، ط١، دار كنوز أشبيلية للنشر والتوزيع ،المملكة العربية السعودية ، ٢٠٠٩.

٨- دبيان محمد الدبيان ، أحكام الطهارة ، م٩، ط١،مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٤.
٩- ساسي سالم الحاج ، نقد الخطاب الاستشراقي ، الظاهرة الاستشراقية وأثرها في الدراسات الاسلامية ، ج٢، ط١ ، ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ، ليبيا ، ٢٠٠٢.
١٠- السيد عبد الأعلى السبزواري، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام ،ج١١، ط٤، مؤسسة المنار، مطبعة جاويد، قم ، ١٤١٦ه.
١١- شمس الدين الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود،ج١، ط٢، بلا مكان وسنة نشر.
١٢- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٢،ط١، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧.
١٣- صاحب محمد حسين نصار،الأجل في الفقه الإسلامي،ط١، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية،مركز الدراسات العلمية ، ٢٠٠٩.
١٤- صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج٢، بلا طبعة، مكتبة الكشاف، بيروت، ١٩٤٨.
١٥-عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج٤ ، ط١ دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، بلا سنة نشر.
١٦-عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،ج١، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، بلا سنة نشر.
١٧- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج٦،ط١، دار إحياء التراث العربي ،بيروت، لبنان، بلا سنة نشر.
١٨- عبد الله محمد سعد ، تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية ، ط١ ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض، دون ذكر سنة الطبع.
١٩- عصمت عبد المجيد ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، ط١،دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠٧.
٢٠- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء،ج٢، ط٢، دار الكتب العلمية ، بيروت، بلا سنة نشر.
٢١- العلامة الحلي ، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية ، تحقيق إبراهيم البهادري ، ط١ ، ج٢ مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام ، قم ،١٤٢٠ه.
٢٢- علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي القاهرة،٢٠٠٠.
٢٣- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٨.
٢٤-علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، تعريب فهمي الحسيني ،ج٤، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع،المملكةالعربية السعودية،٢٠٠٣.
٢٥-علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، م١ ، البيع ، الاجارة ، الوكالة ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض ، ٢٠٠٣
٢٦-علي عبد الحكيم الصافي ، الضمان في الفقه الإسلامي ،دراسة مقارنة لأسبابه ومجالاته في العقود ،ط١، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، طهران ، ٢٠١٠.

٢٧- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن همام الحنفي ، فتح القدير على الهداية ج٧،ط١، مطبعة مصفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٩٧٠.
٢٨- المحقق الحلي ، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، شرائع الأسلام في مسائل الحلال والحرام، م١،٢،ط١١، دار القارئ، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٤.
٢٩- محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي،القاهرة،١٩٩٦.
٣٠- محمد بن مدني بوساق ،التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، ط١، دار أشبيلية للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، ١٩٩٩.
٣١- محمد تقي الحكيم ، القواعد العامة في الفقه المقارن ، قواعد الضرر والحرج والنية نموذجا، ط١، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ، مطبعة نكار، طهران ، إيران ، ٢٠٠٨.
٣٢- محمد تقي المدرسي ، فقه القضاء وأحكام الشهادات ، ط١،قم ، ايران ،٢٠٠٧.
٣٣- محمد جواد العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج٢،ط١،مؤسسة النشر الإسلامي ، قم،١٤١٩ه.
٣٤- محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية ، تحقيق: محمد حسين الدرايتي، مهدي المهريزي ج٣، ط١، مطبعة الهادي ، قم، دون سنة نشر.
٣٥- محمد صادق الأنصاري، عقد الوكالة في الفقه الإسلامي ، ط١، مكتبة جدّة، ١٩٨٧.
٣٦- محمد صادق الصدر، ما وراء الفقه ، ج٩، ط٣، دار المحبين للطباعة والنشر ، قم ، إيران، ٢٠٠٧.
٣٧- محمد علي الأنصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة،ج٧، ط١، مجمع الفكر الإسلامي، مطبعة ظهور،قم،١٤٢٧ه.
٣٨- محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ١٩٩٨.
٣٩- مرتضى الانصاري ، الطهارة ، ج٢،ط١، مؤسسة الهادي ، قم ، ١٤١٨ه.
٤٠- مرتضى البروجردي، مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة، محاضرات السيد أبو القاسم الخوئي، المطبعة العلمية، قم،١٣٦٥ه.
٤١- مصطفى إبراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد، دار السنهوري ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٥.
٤٢- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي ، شرح منتهى الارادات، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، ج٣،ط١،عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، دون ذكر سنة النشر.
٤٣- ميرزا حسين النوري الطبرسي، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل،ج١٤، ط٢، بلا مكان نشر، ١٩٨٨.
٤٤- وهبة الزحيلي ،الفقه الأسلامي وأدلته ،ج٤، ط٢، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ، دمشق، ١٩٨٥

رابعا - الكتب القانونية.

١- إبراهيم سيد أحمد ، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء ، ط١، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ،٢٠٠٠.
٢- إبراهيم سيد أحمد ، العقود والشركات التجارية، فقها وقضاء، ط١،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،١٩٩٩.
٣- أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، القسم الأول، ط٤، منشأة المعارف ، الاسكندرية. دون ذكر سنة الطبع.
٤- أحمد السعيد الزقرد ، المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب ، دراسة في المصادر غير الإرادية للالتزام ، بلا ناشر،٢٠٠٦.

٥- أحمد السعيد الزقرد، شرح قانون العمل،ط٢،دارأم القرى، المنصورة،١٩٩٣.
٦- أحمد حسن البرعي، شرح قانون العمل، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٣.
٧- أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام في القانون المدني المصري مطبعة مصر ١٩٤٥.
٨- أحمد سلمان شهيب، د. جواد كاظم سميسم، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والفقه الإسلامي، ط٢،منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان،٢٠١٧.
٩- أحمد سيد الصاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، بلا مكان طبع ، ٢٠١٠.
١٠- أحمد شوقي محمد النظرية العامة للالتزام ، المصادر الإرادية وغير الإرادية للالتزام ، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٨.
١١- أحمد عبد العال أبو قرين، الاحكام العامة لعقد المقاولة، دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية في ضوء الفقه وأحكام القضاء مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين(FIDIC)، ط١، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٢-٢٠٠٣.
١٢- آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، بلا مكان طبع ، ١٩٨٨.
١٣- أسامة أبو الحسن مجاهد، مشكلة عدم تحديد الثمن في بعض العقود طويلة المدة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٢.
١٤- إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة، مصر.
١٥-أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، الأردن ، ٢٠٠٧.
١٦-أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،٢٠٠٧.
١٧-أيمن إبراهيم العشماوي ،مفهوم العقد وتطوره ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢.
١٨- باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، النظرية العامة ، المكتبة القانونية ، بغداد.
١٩- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني ، ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، ومدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٢٠-جعفر الفضلي ،الوجيز في العقود المدنية ، البيع ، الإيجار،المقاولة،ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة،٢٠٠٩.
٢١-حسن الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية، مطبعة حداد ، البصرة ، ١٩٦٨
٢٢- حسن حنتوش رشيد الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية ، دراسة مقارنة ، بلا ناشر، ١٩٩٩.
٢٣- حسن عبد الباسط جميعى، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بلا مكان وسنة طبع.
٢٤- حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.
٢٥- حسن عبد الباسط جميعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٦.

٢٦-حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، شركة التايمز للطبع والنشر المساهمة ، بغداد، ١٩٩٠.

٢٧- حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ،بغداد، ١٩٧٠.

٢٨- حسن كيره ، النقض المدني ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٢.

٢٩-حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ١٩٦٩.

٣٠- حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، ط١ ، القاهرة ، ١٩٤٩.

٣١-حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، ط٢، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٩.

٣٢-خالد جمال أحمد ، الوسيط في مصادر الالتزام ، دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري ، بلا مكان وسنة طبع.

٣٣- خالد منصور إسماعيل ، تسبيب أحكام التحكيم التجاري ، دراسة معمقة وفق التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم الدولي ، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٥.

٣٤- رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٠.

٣٥- رشوان حسن رشوان ، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ،عرض لفكرة ملائمة العقد للظروف الاقتصادية ، ط١، دار الهاني للطباعة،بلا مكان نشر، ١٩٩٤.

٣٦-رضا متولي وهدان ، الوجيز في المسؤولية المدنية (الضمان)، دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي ط١ ،دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ،المنصورة ،٢٠١١.

٣٧- رفيق يونس المصري ، الخطر والتأمين ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠١.

٣٨- رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠١٥.

٣٩- ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة،ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.

٤٠- سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،٢٠١٨.

٤١- سامي الطوخي، الرقابة القضائية على تسبيب القرارات الإدارية، دراسة تطبيقية مقارنة، ط١، دائرة القضاء ، أبو ظبي، ٢٠١٣.

٤٢- سعد السيد قنديل ، التوقيع الإلكتروني ، ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات بين التداول والإقتباس ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٦.

٤٣- سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ،منشورات مركز البحوث القانونية بغداد،١٩٨١.

٤٤- سعدون العامري، مذكرات في العقود المسماة،البيع والإيجار، محاظرات أُلقيت على طلبة الماجستير، كلية الحقوق ، جامعة بغداد، السنة الدراسية ١٩٦٥,١٩٦٦.

٤٥- سعيد سعد عبد السلام ، التوازن الاقتصادي في نطاق عقد الاذعان ، دراسة فقهية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٤٦- سعيد مبارك، طه الملا حويش، صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية بغداد،٢٠١٧-٢٠١٨.

٤٧- سليمان مرقس، العقود المسماة ، عقد البيع، ط٤، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٠.

٤٨-سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، ج٢، ط٤، دون ذكر مكان وسنة نشر.

٤٩- سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ، ج٢، ط٥، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧.

٥٠- سمير تناغو ، مصادر الالتزام ، ط١، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩.

٥١- سناء جواد السلامي ، دعوى الهبة في القانون المدني العراقي، العقد والتطبيق، مكتبة صباح، بغداد، بلا سنة نشر.

٥٢-السيد عيد نايل، شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٥- ٢٠٠٦.

٥٣- شوان محي الدين ، نظرية الإعذار المدني ، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، ٢٠١٩.

٥٤- شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، دراسة في ضوء القوانين والاتفاقيات الدولية ، ط١، دار دجلة ، الاردن ، ٢٠٠٨.

٥٥- صالح أحمد اللهيبي، حالة الضرورة في التصرف القانوني، دراسة مقارنة ، ط١،المركز القومي للإصدارات القانونية،٢٠١٠.

٥٦- صلاح الدين الناهي ، النظرية العامة للالتزامات ، بغداد ، ١٩٥٠.

٥٧- ضياء شيت خطاب ، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٧٠.

٥٨- ضياء شيت خطاب ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي ، مطبعة العاني ، بغداد ، العراق، ١٩٦٧.

٥٩- طارق كاظم عجيل ، المسؤولية التعاقدية ، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والألماني والإنكليزي والقانون المدني العراقي ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠٢١.

٦٠- عايد فايد عبد الفتاح ، تعديل العقد بالارادة المنفردة ، دراسة تطبيقية على عقود السفر والسياحة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥.

٦١-عباس العبودي ، شرح أحكام قانون إصول المحاكمات المدنية ، ط١،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٧.

٦٢- عبد الحميد أبو هيف ، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ، ط٢،مطبعة الاعتماد ،١٩٢١.

٦٣-عبد الحميد الشواربي ، تسبيب الأحكام المدنية والجنائية والطعن فيها في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي ، دون ذكر سنة الطبع.

٦٤- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة معارف الاسكندرية، بلا سنة نشر.

٦٥- عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج١، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٠.

٦٦-عبد الرحمن عياد ، نظام المسؤولية العقدية ، نظرة إنتقادية ، بلا مكان وسنة نشر.

٦٧- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، ج٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.

٦٨- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ،ج١٠ ، دار إحياء التراث بيروت ، لبنان، بلا سنة نشر.

٦٩-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨، دار إحياء التراث بيروت ، لبنان، دون سنة نشر.

٧٠- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٦٨.

٧١-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، م١، ج٧،دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان،١٩٦٤.

٧٢-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج١،نظرية الالتزام ،دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون ذكر سنة الطبع.

٧٣- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٥، م٢، دار إحياء التراث بيروت ، لبنان، بلا سنة نشر.

٧٤-عبد العزيز المرسى حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي، دراسة مقارنة ،بلا مكان وسنة نشر.

٧٥- عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي ، ج١، ١٩٨٤.

٧٦-عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ،٢٠١٠.

٧٧- عبد الله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الاسلامي والقانون المقارن، دار المريخ للنشر ، الرياض ، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٠.

٧٨-عبد الله مبروك النجار، مبادئ تشريع العمل، ط٥، دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٦.

٧٩-عبد الله مبروك النجار، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١-٢٠٠٢.

٨٠- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي ، ج١،ط٢،شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٣.

٨١-عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ، ١٩٦٧.

٨٢-عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت ، ٢٠١٥.

٨٣-عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ،مصادر الالتزام ، ج١،مكتبة السنهوري ،بيروت، ٢٠١٥.

٨٤- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي،ج٢، ط١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد،١٩٦٥.

٨٥- عبد المنعم البدراوي،الوجيز في عقد البيع، بلا مكان طبع ، ١٩٩٨.

٨٦- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية ،١٩٧٤.

٨٧- عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، بلا مطبعة ومكان نشر، ١٩٨٨.
٨٨- عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ،ط٤،دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٨.
٨٩- عزيز كاظم جبر ، أحكام عقد الإيجار، مكتبة السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨.
٩٠- عصمت عبد المجيد ،نظرية العقد في القوانين المدنية العربية ، ط١ دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ،٢٠١٥.
٩١- عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة، المقايضة، الهبة، الدخل الدائم، الصلح، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٩.
٩٢- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الالتزام ، ج١، ط١، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل ،٢٠١١.
٩٣- عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية، البيع والإيجار،ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان، ٢٠١٥.
٩٤- علاء حسين علي ، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية ،ط١، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١.
٩٥- علي محمد الابياني، الآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة ،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،٢٠١٠.
٩٦-عماد حسن سلمان، الوجيز في شرح قانون العمل، ط١،مكتبة القانون المقارن،بغداد،٢٠١٩.
٩٧- عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، بلا سنة نشر.
٩٨- فاروق إبراهيم جاسم ، أمل كاظم سعود، الوجيز في شرح أحكام قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠١٦.
٩٩- فوزي كاظم المياحي، حالات الإنذار والتنبيه في القانون المدني العراقي، مكتبة صباح القانونية ، بغداد، بلا سنة نشر.
١٠٠- كمال ثروت الونداوي، شرح أحكام عقد البيع ، دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والاجنبية، ط١، مطبعة دار السلام ، بغداد، ١٩٧٣.
١٠١- مأمون الكزبري ، إدريس العلوي العبدلاوي ، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي ، ج١،المعهد العالي للقضاء ، المملكة المغربية ، دون ذكر مكان وسنة طبع.
١٠٢- ماهر علوان الجميلي، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ٢٠١٩.
١٠٣- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٢، مطبعة دار الكتاب العربي، دون ذكر سنة نشر.
١٠٤- محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية ، بلامكان طبع ، ١٩٣٨.
١٠٥- محمد حسن قاسم ، الالتزامات ، المصادر ، المجلد الأول ، دراسة فقهية قضائية في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد (٢٠١٦)، منشورات الحلبي الحقوقية.
١٠٦- محمد حسن قاسم ، فسخ العقد بالارادة المنفردة ، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعات الحديثة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٦.
١٠٧- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،٢٠٠٧.

١٠٨- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية،٢٠٠٦.

١٠٩- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر، دون ذكر سنة الطبع.

١١٠- محمد طه البشير، غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ،المكتبة القانونية ، بغداد،٢٠١٧.

١١١- محمد طه البشير، غني حسون طه ، الحقوق العينية التبعية ، ج٢، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٧.

١١٢- محمد عبد الظاهر حسين ، الدور القضائي إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية ، دار النهضة العربية القاهرة ،٢٠٠٠.

١١٣- محمد عبد الظاهر حسين، تحديد الاثمان في العقود الاولية، دراسة في بعض الانظمة القانونية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨.

١١٤- محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦.

١١٥- محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٤.

١١٦- محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦-١٩٧٧.

١١٧- محمود السيد عمر التحيوى، النظرية العامة لأحكام القضاء ،ط١،شركة الجلال للطباعة ، ٢٠٠١.

١١٨- محمود السيد عمر التحيوي ، إصدار الحكم القضائي على ضوء الفقه وأحكام القضاء، دراسة تحليلية تطبيقية ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، ٢٠١١.

١١٩- محمود السيد عمر التحيوي، النظام القانوني لأوامر وأحكام القضاء وطرق الطعن فيها وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية ، دون ذكر مكان وسنة طبع.

١٢٠- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، التشريعات التجارية والإلكترونية، المجلد الثاني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩.

١٢١- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، ج١،ط٢، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، ١٩٧٦.

١٢٢- محمود عبد الرحمن الديب ، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور ، دراسة مقارنة ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،٢٠١٣.

١٢٣- محمود عبد الرحيم الديب، أسس الإثبات المدني طبقا للقانون المصري والقطري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٤ .

١٢٤- محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في مصادر الإلتزام ،ج١، بلا دار نشر، الإسكندرية ، ١٩٩٨.

١٢٥- مصطفى العوجي ، القانوني المدني ، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية.

١٢٦- مصطفى عبد الحميد عدوى الوجيز في قانون العقود الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية ، ٢٠٢٠.

١٢٧-مصطفى مرعي ، المسؤولية المدنية في القانون المصري ، ط١، مطبعة نوري، ١٩٣٦.

١٢٨- معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، ط٧، م٣، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠٠٤.

١٢٩- منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ط١، دار ئاراس للطباعة والنشر ، أربيل ، العراق ،٢٠٠٦.

١٣٠- منذر الشاوي ،مدخل في فلسفة القانون، ط١، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١١.

١٣١- موفق حماد عبد ، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية ، دراسة مقارنة ،ط١، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١.

١٣٢- مؤيد حبيب الحسيني، موسوعة الإنذارات، فكرة الإنذار وحالاته في القوانين العراقية ، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٣.

١٣٣- نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج١، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٤.

١٣٤- نبيل إبراهيم سعد ، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي ، دار الجامعةالجديدة.

١٣٥- نبيل إسماعيل عمر ، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠٠٦.

١٣٦-هادي عزيز علي ،أحكام العقد في القانون المدني العراقي مع رؤية مقارنة وجيزة لقانون العقود الفرنسي الجديد وتطبيقات قضائية وافية، مكتبة صباح ، بغداد،٢٠٢١.

١٣٧- هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح قانون العمل ، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

١٣٨- وليد صلاح مرسي، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩.

١٣٩- ياسر أحمد الصيرفي ، إلغاء التصرف القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة، دون سنة نشر.

١٤٠- ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج٢، دار الثقافة ، الاردن ، ٢٠٠٦.

١٤١- يوسف المصاروة ، تسبيب الأحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية ، دراسة تحليلية ، ط١،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٢.

١٤٢- يونس صلاح الدين علي ، الوجيز في شرح قانون العقد الانكليزي ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٢٤.

خامسا- الرسائل والأطاريح الجامعية:

١- أمل كاظم مسعود ، الالتزام بالتعاون في العقود ،إطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة النهرين ٢٠٠٧.

٢- بكر عبد السعيد محمد ، أزمة العقد ، دراسة مقارنة ، إطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، مصر ، ٢٠٢٠.

٣- حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر،١٩٤٦.

٤- خالد مصطفى الخطيب ، المسؤولية العقدية بين الإبقاء والإلغاء، إطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٥.

٥- فاطمة الزهراء زيتوني ، مبدأ حسن النية في العقود ، دراسة مقارنة ، إطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر،٢٠١٨.

٦- سليمان براك الجميلي، الشروط التعسفية في العقود ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٢.

٧- سهير حسن هادي ، الشرط المألوف في العقد ،رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، ٢٠٠٨.

٨- عباس حسن الصراف ،المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعةالقاهرة،مطابع دار الكتاب العربي، مصر ، ١٩٥٤.

٩- عبد الجبار ناجي صالح ، مبدأحسن النية في تنفيذ العقود ،رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٧٢.

١٠- عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة، إطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، قسم الشريعة الإسلامية ، جامعة المنوفية، ١٩٩٧.

١١- علاء حسين الجوعاني ، مبدأ حسن النية في تكوين العقود ، دراسة قانونية مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٢.

١٢- علي شمران حميد، تسبيب الأعمال القضائية في الدعوى المدنية ، رسالة ماجستير ،كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٣.

١٣- علي مصبح صالح ، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الاذعان ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة الشرق الاوسط ، الاردن ،٢٠١١.

١٤- لمطاعي نور الدين ،الشرط المقترن بالعقد ،رسالة ماجستير،معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، ١٩٩٦.

١٥- محمود أبو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة فاروق الاول ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، ١٩٤٧.

١٦- نصير صبار لفته ، التعويض العيني ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠١.

سادسا- البحوث القانونية:

١- أحمد محمد الصاوي ، مدى مسؤولية المانح عن رفض تجديد عقد الفرانشيز محدد المدة ، دراسة مقارنة ، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية ،العدد ٦٠ ، ٢٠١٦.

٢- تامر محمد الدمياطي ، الالتزام بالتسبيب في إطار النظرية العامة للعقد ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الرابع والتسعون ،كلية الحقوق، جامعة القاهرة ٢٠٢١.

٣- جعفر الفضلي، عقد الإطار، دراسة تحليلية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثامن، السنة الحادية عشرة ،العدد،٢٨، ٢٠٠٦.

٤- حسام أحمد العطار ، تسبيب الأحكام القضائية ، دراسة في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد الثاني ، ج٢، السنة الثامنة والخمسون ، ٢٠١٦.

٥- حسن حنتوش رشيد ، علي شمران حميد ، التسبيب في الأعمال القضائية ، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون ، جامعة كربلاء ،السنة الخامسة ، العدد الثاني، ٢٠١٣.

٦- حسون عبد هجيج ، نسرين محمد نعمة ، الاجراءات الجزائية المؤثرة في الحكم الجزائي ، مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ، ٢٠١٢.

٧- حسين عبد الله الكلابي ،مضمون العقد بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بالمرسوم التشريعي الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد ١٧ ، العدد،١، ٢٠١٨.

٨- حيدر فليح حسن ، مضمون العقد ، دراسة في ضوء المرسوم التشريعي الفرنسي رقم ١٣١- ٢٠١٦، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين ، المجلد ٢١،العدد ،١، ٢٠١٩.

٩- خديجة عبد الله أحمد ، مبدأ حسن النية في المعاملات ، دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، القاهرة ، العدد ، الثامن والثلاثون ، ٢٠٢١.

١٠- سمية صلاح الدين محمد ، تسبيب الأحكام القضائية ، دراسة قانونية فلسفية ، مجلة روح القانون ، العدد التاسع والتسعون ،٢٠٢٢.

١١-علي حمزه عسل ،محمد سامي مظلوم، اثر غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل السنة التاسعة، العدد الثالث ،٢٠١٧.

١٢-علي شاكر عبد القادر البدري، العقود التطبيقية في العقد الإطاري، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، جامعة القادسية، المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الأول لطلبة الدراسات العليا في كليات القانون، بالتعاون مع جامعة بتسبيرغ، الولايات المتحدة،٢٠٢١.

١٣-محبوب غفران ، مكيد نعيمة ، مضمون العقد بديل لركني المحل والسبب في قانون العقود الفرنسي الجديد، مجلة صوت القانون ، المجلد الثامن ، ٢٠٢٢.

١٤- محمد ربيع أنور فتح الباب ، أثر مبدأ حسن النية في إنهاء عقود المدة ، دراسة تحليلية مقارنة، المجلة القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة العدد (١)، المجلد(١١) ،٢٠٢٢.

١٥-محمد عثمان شبير ، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ، جامعة قطر ، العدد ٢٢، ٢٠٠٤.

١٦- محمد عرفان الخطيب، المرتقب في قواعد النهوض المسؤولية المدنية زالإعفاء منها، دراسة تحليلية معمقة للقانون المدني الفرنسي، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (١١) ، العدد(٤)، ٢٠١٩.

١٧- منى أبو بكر الصديق محمد، إشكالية عدم تحديد الثمن في عقود التوزيع الإطارية، دراسة تحليلية في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ،كلية الحقوق، جامعة المنصورة،المجلد ١٢،العدد٧٩، ٢٠٢٢.

١٨- نوري حمد خاطر ، وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الاماراتي ،دراسة مقارنة ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد (١) السنة الخامسة ، ٢٠١٧.

١٩-يونس صلاح الدين علي ، بنود العقد في القانون الانكليزي ، دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد(١٦) العدد (٥٨) ، ٢٠١٣.

سابعا- القوانين وفقا لتاريخ صدورها.

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
٤- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل.
٥- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة١٩٦٩ المعدل.
٦- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
٧- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.
٨- قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٩- قانون إيجار العقار العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
١٠- قانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر المصري رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨١.
١١- قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣.
١٢- قانون تحسين العلاقات الإيجارية بين المؤجر والمستأجر الفرنسي رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٨٩ المعدل.
١٣- قانون الملكية الفكرية الفرنسي رقم ٥٩٧ لسنة ١٩٩٢.

١٤- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المعدل.
١٥- قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ المعدل .
١٦- قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ المعدل.
١٧- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠.
١٨- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.
١٩- قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥.
٢٠- قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر بالمرسوم التشريعي (٣٠١) لسنة ٢٠١٦.
٢١- قانون تنظيم الوكالة التجارية العراقي رقم (٧٩) لسنة ٢٠١٧.
٢٢- قانون العمل الفرنسي المعدل بالقانون رقم ٢١٧ لسنة ٢٠١٨ .
٢٣- قانون التجارة الفرنسي المعدل في ٢٢ سبتمبر ٢٠١٨.
٢٤- قانون حماية المستهلك المصري رقم (١٨١) لسنة ٢٠١٨.

ثامنا- المجموعات والقرارات القضائية:

١- القاضي لفته هامل العجيلي ، قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، م١، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٢٠.
٢- القاضي ليث راسم هندي،درر الأحكام القانونية المستخلصة من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ط١، مكتبة صباح القانونية،بغداد، ٢٠٢٣.
٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم القرار (٣٠٢٤) الهيئة الاستئنافية /عقار / ٢٠٢١ غير منشور.
٤- قرار محكمة التمييز العراقية، رقم القرار(٣٠٩٨/ الهيئة المدنية/٢٠٢١) غير منشور.
٥- قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٨٦) في ١٩٩٧/١/١٥، السنة القضائية ١٩٦٣ االصادرة عن المكتب الفني.
٦- محسن حسن الجابري، علي عبد الستارالمالكي، قرارات تمييزية مختارة مدنية متخصصة بالدعاوى التجارية، ط١،ج٢، مكتبة فكر،بغداد، ٢٠٢٤.

تاسعا- المواقع الالكترونية:

١- الرابط الالكتروني لقرارات محكمة النقض الفرنسية المشار إليها في متن الرسالة.
https://www.legifrance.gouv.f

٢- الرابط الالكتروني لقرار محكمة النقض المصرية المرقم (٢٥٥٨) لسنة ٧٢ القضائية ، بتاريخ ٢٠٢١/٢/١٧ .
https://kanonmisr.com/ar/B

٣- الرابط الالكتروني لمشروع تعديل قانون العقود الفرنسي.

http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/contrats-spe def-2020.pdf

٤- الرابط الالكتروني لقرار محكمة التمييز الإتحادية رقم الحكم (٩٢/ تمييز) تاريخ الحكم (١٩٨٨/٢/١٠) منشور في قاعدة التشريعات العراقية https://n9.cl/gqziz4.

٥- الرابط الالكتروني لقرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم القرار(٢٤٢٩-٢٤٣٠ ــس م-٢٠١٩) الهيئة الاستئنافية، منقول. منشور في قاعدة التشريعات العراقية على الرابط الالكتروني https://iraqld.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx

٦- الرابط الالكتروني لقرار محكمة النقض المصرية، الطعن (٢٠٠٣ في ١٩٨٥/١٢/٢٥) https://ahmedazimelgamel.blogspot.com

٧- الرابط الإلكتروني لقرار محكمة تمييز بيروت https://n9.cl/0gkvn

٨- الرابط الالكتروني لمشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية الفرنسي ٢٠١٧.
https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-28623-projet-reforme-responsabilite-civile.pdf

٩- الرابط الالكتروني لقرار محكمة الاستئناف الأمريكية في قضية Arnott ضد شركة النفط الأمريكية.
/https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/609/873/106961

عاشرا- المصادر الأجنبية:

1- AYNÈS (Laurent) Motivation et justification ،Revue des contrats ،LGDJ n° 2, 1 avril 2004.

2- CASSIÈDE (Marc): Les pouvoirs contractuel, étude de droit privateé, Thèse Université de Bordeaux, 2018.

3- CORNU (Gérard) Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, QUADRIGE،PUF, Paris، édition mise à jour Quadrige، 2018.

4- DELOBEL (C): L'unilatéralisme en droit des contrats: estai de rationalisation, Thèse Doctorat, Université Nice Sophia,2011.

5- Denis Mazcaud, Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel, Recueil Dalloz 2003.

6- Dissaux (N) Les mystères du contrat cadre, AJ contrat 2017.

7- FABRE-MAGNAN (Muriel): Pour la reconnaissance obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique, Revue des contrats, nº 2, 1 avril 2004.

8- FABRE-MAGNAN .: Droit des obligations. 1. Contrat et,. engagement unilatéraI.

9- FABRE-MAGNAN ،L'obligation de motivation en droit des contrats, in Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIeme siècle, LGDJ, 2001.

10- FAGES (Bertrand): Des motifs de débat, Revue des contrats, LGDJ, n' 2, 1 avril 2004.

11- GAUDU (François.): L'exigence de motivation en droit du travail, Revue des contrats, LGDJ, nº 2, 1 avril 2004.

12- Geneviéve GUIDICELLI. DELAGE, La motivation des décisionsjustice. Thése, Poitiers 1979.

13- HAMELIN (Jean-François): L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant, Revue des contrats, nº 3, 2018.

14- Henry Vray, Jurisprudence - Concessions de vente ،de Gazette du Palais - n°348-1999.

15- HOUTCIEFF (Dimitri): La motivation en droit des contrats, Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas, 12 place du Panthéon - 75005 Paris, en partenariat avec Lextenso éditions-, n 19. Décembre 2019 .

16- JAQUEN (Magali): La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, Economica, Paris, 2013.

17- Jérôme Lasserre Capdeville, Obligation de motiver le refus d'un renouvellement de chéquier, L'ESSENTIEL Droit bancaire, LEDB sept 2015.

18- JuliaheinIch,herveLecuter,Jacquesmestre,Lespactesd'affaires,٢٠٢١.

19- Khamis AL MUHAIRI , du savoir faire et contrat de franchise, Transmission Doctorat , FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ PARIS I-PANTHEON SORBONNE, 2013.

20- LAGARDE (Xavier): La motivation des actes juridiques, in La motivation, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées nationales, Limoges, t. III, LGDJ, 2000.

21- Laurent Aynès, Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspectives , Droit et Patrimoine, N 126, 1er avril 2004.

22- Martine Behar-Touchais ،Du juste dosage de l'exigence de motivation dans les contrats de distribution, Revue des contrats n 4-page ,' RDCO2005-4-046.

23- MAZEAUD (Denis): Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel. Dalloz 2003.

24- Marie Caffin-Moi Bail commercial: le bailleur n'a pas à motiver son refus de déspécialisation partielle , Droit des contrats - n°04 - page 2 , Réf : LEDC avril 2017

25- MEHANNA (Myriam): La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, Thèse de doctorat, Université Paris II - Panthéon- Assas, 2014.

26- Moury (J.) La détermination du prix dans le (nouveau) droit commun des contrats, D. 2016.

27- Moury (J.), Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil, D. 2017.

28- Nicolas Leblond. La motivation de l'exercice des prérogatives contractuelles L'exemple de la résiliation du contrat d'assurance par l'assureur: Vers une nouvelle fonction sociale de l'assurance.,Droit. Université Polytechnique Hauts-de-France, 2023.

29- NICOLLE (Marie): Essai sur le droit au crédit, Thèse, université Paris Descartes, 2014

30- Norah Alshatti. La motivation des décisions judiciaires civiles et la Cour de cassation étude de droit compare franco-koweïtien. Droit. Université de Strasbourg, Français،2019.

31- Olivier Roumelian , Résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée, Petites affiches - n°99 - LPA 19 mai 2010.

32- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O, nº0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

33- REVET (Thierry) L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de Pautre partie, Revue des contrats, LGDJ, n٢ , I avril 2004.

34- Rupert M. Barkoff et al,FUNDAMENTALS OF FRANCHISING, FOURTH EDITION Library of Congress Cataloging-in-Publication Data , United States of America , 2015.

35- Salim Diabate. Les procédures contractuelles. Droit. Université Paris-Saclay, 2021.

36- Yasser AL SURAIHY: La fin du contrat de franchise, Thèse Université de Poitiers. 2008.

Abstract:

When we are exposed to the issue of disabilities, most of the legal studies refer to within the procedural laws being important guarantees when judicial judgment is issued, but its approval in the nodal relations, a jurisprudence and judicial controversy, especially in the jurisprudence and the French judiciary As an idea of this commitment, as well as the ambiguity surrounding the idea of taking abuse as well as mixing with other legal conditions, especially the cause of the reason, and whether we need to be particular with alternative means as a good faith and arbitrarily Use the right, adherence to pading one of the new concepts, ideas and those who recently emerged in the nodal relations, which is important for balanced nodalization and control of the behavior of its limbs, and reducing conflict between And the protection of their interests, and the emergence of new legal obligations in civil laws is a familiar and normal for the contemplation of economic and social variables, as well as bridging the legislative vacuum, which has not been undertaken by the general rules and the realization of the contract of contractors.

We are subjected to applications for this commitment, therefore compliance with several applications in the different decade starting from the contract to be implemented to its implementation, whether expressly emerged through the context and purposes of legal text, and show us Through its applications, as a protectionist mechanisms for achieving legal safety and stability, through the prevention of a term that has contractual powers to use its position to dismiss himself or relates to the contractual obligation or a justification.

With regard to the provisions of this commitment, they have made their commitment to discrimination. They have not exceeded some applications, including the reference to it, they did not establish an organization for his employment controls. They did not show the penalty for his violation, and is likely to its modernity He was an idea in developing legal consumption, and based on the advancement of our research on this subject (commitment to discrimination in the contract - comparative study) and has adopted an analytical approach by analyzing legal texts, jurisprudential opinions and judicial proceedings on the subject of research, The comparative approach and French Civil

Code was compared to the idea of this commitment, with the situation in Iraqi civil law and Egyptian civil law, with reference to the special laws that included texts for this commitment, taking the importance of the Islamic jurisprudence and asked several questions Axial, and our jurisprudence and eliminate the jurisprudence and the elimination of most of the issues and enabled us with a group of conclusions and recommendations.

University of Karbala

College of Law

Department of Private Law

Obligation to give cause in the contract)

(a comparative study)

A letter submitted

To the Council of the College of Law - University of Karbala,

which is part of the requirements for obtaining a master's degree in private law

by the student

Haider Abdel Zahra Sakr

Supervised by

Professor of Civil Law, Dr

Ali Shaker Abdel Qader Al-Badri

2025 AD **1446 AH**