دور المعقولية في العقود (دراسة مقارنة)

The Role of Reasonableness in the contracts(A comparative study)

أ.م.د عادل شمران حميد [1]
Asst. Prof. Dr. Adel Sh. Hameed
هديل خضير[٢]
Hadeel Khodheir

الملخص

نلاحظ ان النصوص القانونية في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة وكذلك الاتفاقيات الدولية اشارت الى العقل في محتوى متونها في مناسبات عدة حيث استخدم هذا المصطلح كمقياس في الانظمة القضائية الحديثة يسعف القاضي لغرض الوقوف على الحكم الامثل للواقعة المعروضة وبالتالي يستخدمها القاضي لغرض الموازنة بين الحقوق والتزامات اطراف العقد، كذلك تستخدم المعقولية في مجال النزاعات والخلافات الدولية الخاصة بالعقود ويقوم هذا المفهوم على اساس فكرة انه يجب على كل الاطراف ان يتحملوا قدرا معقولا في سلوكياتهم، وقد تم ادراج ذلك في عدد من المواثيق الدولية مثل مبادئ اليونيدروا،واتفاقية البيع الدولي للبضائع والجدير بالذكر ان المعقولية كمعيار حديث النشأة في الحياة القانونية يهدف الى تحقيق التوازن العقدي واستقرار العقد لذلك ارتأينا البحث في هذا الموضوع.

Abstract

legal texts in the Iraqi civil law and comparative laws as well as international conventions referred to the mind in the content Mtonha on several occasions where the term used as a measure in modern judicial systems, Of the incident presented and therefore used by the judge for the

1- جامعة كربلاء/ كلية القانون.
٢- جامعة كربلاء/ كلية القانون.

purpose of balancing the rights and obligations of the parties to the contract, as well as the use of reasonableness in the field of international disputes and disputes on contracts and this concept is based on the idea that all parties must bear reasonable in their behavior , It has been included in a number of international conventions such as UNIDROIT principles, and the Convention on the International Sale of Goods is worth mentioning that the reasonableness standard in the nascent legal life is aimed at achieving lumpy balance and stability of the contract so we decided to research on this topic.

المقدمة

اولا: موضوع البحث:

في مجال الدراسات القانونية نجد ان النصوص القانونية في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة وكذلك الاتفاقيات الدولية اشارت الى العقل في محتوى متونها في مناسبات عدة حيث استخدم هذا المصطلح كمقياس في الانظمة القضائية الحديثة يسعف القاضي لغرض الوقوف على الحكم الامثل للواقعة المعروضة وبالتالي يستخدمها القاضي لغرض الموازنة بين الحقوق والتزامات اطراف العقد، كذلك تستخدم المعقولية في مجال النزاعات والخلافات الدولية الخاصة بالعقود ويقوم هذا المفهوم على اساس فكرة انه يجب على كل الاطراف ان يتحملوا قدرا معقولا في سلوكياتهم، وقد تم ادراج ذلك في عدد من المواثيق الدولية مثل مبادئ اليونيدروا،واتفاقية البيع الدولي للبضائع والجدير بالذكر ان المعقولية كمعيار حديث النشأة في الحياة القانونية يهدف الى تحقيق التوازن العقدي واستقرار العقد لذلك ارتأينا البحث في هذا الموضوع.

ثانيا: اهمية البحث واسباب اختياره:

برزت للمعقولية أهمية من جانبين نظرية وعملية:

١. فالأهمية النظرية للمعقولية تتجلى فيما يشكل البحث في هذا الموضوع من اضافة الى الفقه القانوني والقضاء في أن فهم المعقولية يسعف القاضي في الوصول الى الحكم الذي يحقق العدالة، كما تمنح لنا تصورا شاملا عن مفهوم المعقولية و الأثر الذي يترتب عليها في مجال التصرفات القانونية.
٢. أما الأهمية العملية للمعقولية، فتتجلى فيما يثيره هذا المصطلح من فضول في معرفة الألية التي يعتنقها القاضي لغرض التوصل الى تحديد المقدار المعقول الواجب الوصول اليه عند نهوض هذا المعيار.
٣. كذلك يعد الاخلال في تنفيذ العقد يهدم وينهي العلاقة العقدية القائمة بين الطرفين بشكل نهائي وما يستلزمه ذلك من ضرورة اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وما يصاحب ذلك من صعوبات وهذا ما يشكل خطراً على حياة العقد ويمكن من خلال معيار المعقولية تقليل من حالات الاخلال بالعقد والموازنة بين اداءات الاطراف لذلك تهدف الدراسة الى تأسيس نظام

قانوني لمعيار المعقولية لغرض تحقيق التوازن العقدي واستقرار العقد لغرض الحيلولة دون الافراط في استعمال خيار انقضاء العقد من قبل القضاء.

ثالثا: مشكلة البحث.

١. بالرغم من تكرار كلمة المعقولية في النصوص القانونية، الا ان هذا المصطلح جاء غامضا فلم يرد في التشريع ما يوضح معنى المعقولية، كذلك الحال لم يوضح الفقه او القضاء هذا الامر، بالرغم من ان القانون المدني العراقي يرجع عمره الى نصف القرن الماضي وقد وردت فيه (المعقولية) الا أنه لم يلتفت الى هذا المصطلح احد من الفقهاء ليبين ماهيته ومفهومه ويحدد طبيعته ويميزه عن غيره من المصطلحات التي تلتبس به.
٢. كذلك أن المعقولية يختلف مفهومها في الدول التي اعتنقتها كمعيار يسعف القضاء للوصول الى الحكم الامثل، فما يعد معقولا في قانون معين سواء كان مدة أو فرصة أوجهد قد لايكون معقولا في قانون أخر، هذه النسبية في المصطلح دفعتنا الى البحث فيه لتحديد معالمه وبيان الاسس التي تحدده.
٣. ان الخلط الذي وقع فيه جانب من الفقه بين المعقولية ومعيار الرجل المعتاد الذي تناولته القوانين حثنا على بيان اهم الاختلافات مابين المصطلحين.
٤. ان الغموض الذي يعتري مصطلح المعقولية يعطي للقاضي دوراً في تفسيره واجلاء معناه لغرض تطبيقه، لذلك ارتأينا البحث عن دور القاضي في تفسير المصطلح خاصة اذا ماعلمنا ان هذ التفسير يترتب عليه اضافة التزامات جديدة الى مضمون العقد، لغرض تعزيز محتوى العقد لتحقيق مصالح معينه يراها اولى بالرعاية.

رابعا: منهجية البحث:

ان دراسة معيار المعقولية في العقود تقتضي من ان ننهج منهجاً تحليلياً مقارناً وذلك بدراسة مجموعة المسائل المتفرقة والمنتشرة بين ثنايا القوانين التي يجمعها جامع واحد وهو المسائل التي تخضع لهذا المعيار والمنهج المقارن لا يقف عند القوانين الوطنية بل يشمل القانون المدني المصري واتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠ وذلك لانها هي التي ارست هذا المعيار وعملت على تطبيقه في احكامها، كما سنتطرق للقانون الانكليزي والاحكام القضائية في بعض المقارنات المهمة التي تستوجب الدراسة التطرق اليها بوصفهما من الانظمة التي لها رؤية خاصة لبعض مسائل البحث مما يستدعي ضرورة التطرق اليهما.

خامساً: خطة البحث:

بناءاً على ما تقدم نقسم دراستنا لموضوع المعقولية في العقود على مبحثين نبين في الاول مفهوم المعقولية، والمبحث الثاني نخصصه لبيان احكام المعقولية في العقود، وقد انهينا دراستنا بخاتمة تتضمن أهم النتائج والمقترحات بخصوص هذا الموضوع.

المبحث الاول: مفهوم المعقولية

لغرض بيان مفهوم المعقولية لابد من تعريفها وتحديد شروطها وخصائصها ونطاقها ولذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين الاول نحدد فيه ماهية المعقولية ونخصص المطلب الثاني لتحديد نطاق المعقولية وكما يأتي:

المطلب الأول: ماهيةالمعقولية

سنبين ماهية المعقولية في ثلاثة فروع نخصص الاول لبيان تعريف المعقولية ونفرد الثاني لبيان شروط المعقولية وسنبين في الفرع الثالث خصائص المعقولية وكما يأتي:-

الفرع الأول: تعريف المعقولية

ورد مصطلح المعقولية في مواضع عديدة في القوانين والاتفاقات الدولية،فقد جاء في القانون الانجليزي لبيع البضائع ١٩٧٩ ذكر مصطلح "المعقولية" في المادة (١-٨-١) المتعلقة بتحديد الثمن في عقد البيع إذ جاء فيها (١-يمكن تحديد الثمن في عقد البيع من قبل اطرافه أو قد يتم ترك تحديده لطريقة يتم الاتفاق عليها في العقد او يمكن تحديده من خلال مسار التعامل بين الاطراف، ٢-اذا لم يتم تحديد الثمن كما مذكور في الفقرة الفرعية (١) على المشتري دفع ثمن معقول،٣-الثمن المعقول هو مسألة تعتمد على الواقع وظروف كل حالة بعينها).

كما جاء قانون التجارة الامريكي الموحد متضمنًا نصوصًا تشير إلى المعقولية منها المادة (٢٠٥-١/ب)إذ نصت على ((متى ما تطلب تنفيذ اي التزام ان يتم خلال مدة معقولة،فأن هذه المدة يجب أن يحددها الاتفاق،ويؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد المعقولية طبيعة وغرض العقد والظروف المحيطة به))

أما في التشريع العراقي فنلاحظ ان المشرع العراقي تبنى المعقولية في عدة مواطن منها.

ما جاء في نظرية الظروف الطارئة في المادة(٢\١٤٦) من القانون المدني إذ جاء فيها ((على أنه أذا طرأت حوادث استثنائية عامه لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام وان لم يصبح مستحيلًا صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك))،كذلك المادة (١٤٧ | ٢) مدني عراقي والتي نصّت على انه (إذا طرأت حوادث استثنائيةعامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف والموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول).

كذلك وردت المعقولية في عيوب الارادة في المادة (١٢٥) مدني عراقي والتي نصّت على (إذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته اوطيشه او هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له خلال سنه من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول...)، كذلك الحال المادة (١/١٢٩) من القانون المدني المصري والتي نصّت على(..... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد إلى الحد المعقول).

كذلك الحال وردت المعقولية ضمن الاحكام المتعلقة بالبيع بشرط التجربة إذ المادة(١/٥٢٤) مدني عراقي على (في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فإذا نقضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع عد سكوته قبولًا).

كذلك الحال وردت المعقولية في مسقطات خيار الرؤية في عقد الايجار وهوما نصت عليه المادة(٢/٧٣٥) من القانون المدني العراقي نصّت على أنه (للمؤجر ان يحدد للمستأجر أجلا معقولًا،يسقط بانقضائه الخيار إذا لم ير المأجور في خلال هذه المدة).

كذلك قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة١٩٨٣ وضمن الاحكام الخاصة بالتزامات الناقل وذلك في المادة(٣٢)والتي نصّت على ((يلتزم الناقل بتوصيل الشيء في ميعاد المتفق عليه والا في ميعاد معقول تحدده ظروف النقل)).

كذلك نص عليه قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ في المادة(٣/١٩) والتي نصت على ((اذا طلب الموقع من المرسل اليه اشعارًا بتسلم المستند الالكتروني ولم يحدد اجلًا لذلك ولم يعلق اثر المستند على ذلك الاشعار،فله خلال تسلم الاشعار خلال مدة معقولة أن يطلب من المرسل اليه ارسال الاشعار خلال مدة محددة، وبخلاف ذلك يكون المستند قابلا للإلغاء)).

يلاحظ من خلال النصوص المتقدمة ان القانون الانجليزي والامريكي وان لم يتناول تحديد تعريف للمعقولية بشكل صريح إلا انه لم يكتفي بالإشارة لها بشكل عرضي وانما بين ضوابط تحديدها إلا وهو الواقع وطبيعة العقد واغراضه اضافة إلى ما يحيطه من ظروف خاصة به، وهذا الامر بخلاف ما ذهب اليه المشرع العراقي والقانون المدني المصري فقد ذكر المعقولية ونص عليها في متن قوانينه دون ان يذكر الضوابط التي تحددها ولكنه لم يغفل الاشارة اليها مطلقا فقد أعتبر ارادة الاطراف ضابطا في تحديد معقولية المدة في البيع بشرط التجربة وفي خيار الرؤية في عقد الايجار، والجدير بالذكر أن الصياغة المقتضبة التي جاءت فيها المعقولية في القانون العراقي نرى انها ليست معيبة إذ ان وضع التعريفات ليس من اختصاص المشرع وأنما يكون ذلك من اختصاص الفقه، إذ أن التشريع السليم هو الذي يختار الصيغ الملائمة للوقائع التي تنطبق عليها القاعدة القانونية مبتعدا عن الغموض قدر الأمكان.

اما بالنسبة للاتفاقات الدولية جاء في مبادئ قانون العقد الاوربي ١٩٩٩ (PECL) في المادة(١/٣٠٢) بانه (يتم تقدير المعقولية بالاستناد الى مبدأ حسن النية وطبيعة وغرض العقد وظروف كل حالة والعادات والممارسات التجارية وتؤخذ جميعها بنظر الاعتبار).

وكذلك جاء في المادة (٢\٨\٤) من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية (اليونيدروا) فيما يتعلق بمدى مشروعية الشروط التي يوردها المتعاقدون في عقودهما والتي نصّت على (يدخل في الاعتبار عند تحديد مدى مناسبة الشرط، عدة عناصر من بينها: (د\ المعقولية).

اما في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع فقد تبنت المعقولية في الكثير من نصوصها منها المادة (٤٤) الخاصة بتخفيض الثمن لعدم مطابقة البضائع للعقدوالتي نصّت على ((يجوز للمشتري أن يخفض الثمن وفقا لأحكام المادة (٥٠) أو أن يطلب تعويضات الا فيما يتعلق بالكسب الذي فاته وذلك أذا كان لديه سبب معقول يبرر عدم قيامه بتوجيه الاخطار)).

كذلك الحال في المادة(٨٨) منها والتي نصّت على ((يجوز للطرف الملزم بحفظ البضائع أن يبيعها بجميع الطرق المناسبة أذا تأخر الطرف الاخر بصورة غير معقولة عن حيازة البضائع او عن استردادها أو دفع ثمنها أو مصاريف حفظها بشرط أن يوجه الى الطرف الاخر أخطارا بشروط معقولة بعزمه على اجراء البيع)).

من خلال ماتقدم نجد ان الاتفاقيات الدولية قد تبنت المعقولية في نصوصها في تنظيم العقود الدولية واشارت الى جملة محدداته و خصائصه الا انها لم تضع تعريفًا محددًا بل اقتصرت على ذكر ضوابط تحديده كما هو الحال بالنسبة للقوانين.

أما بالنسبة لموقف القضاء فيلاحظ أن القضاء الانجليزي يعتمد كثيراً على المعقولية في قرارته فقد صدرت قرارت عديدة من المحاكم الانجليزية تتعلق بالمعقولية منها ماجاء في قرار قضية[٣] (Heron 11) والتي تتلخص وقائعها أن هناك باخرة قد استأجرت وتم توجيهها الى مدينة (CONSTAUNZA) اذ ستحمل هناك حمولة من السكر تقدر بثلاثة الاف طن متوجهة الى ميناء البصرة أو الى جدة في السعودية وحسب توجيه المستأجر، وان المدة المعقولة لوصول الباخرة تقدر بعشرين يوما،الا أن الباخرة قد تأخرت تسعة ايام على الموعد المقرر، وانه لو كانت الباخرة وصلت في الموعد المقرر لكان المستأجر قد جنى ارباحًا تقدر بحوالي باوند واحد لكل طن خلافًا لما حصل عليه نتيجة هذا التأخير، مالك السفينة كان يعلم أن هناك سوقًا للسكر في البصرة الا انه لايعلم بأن المستأجر يروم بيع الحمولة على وجه السرعة وبشكل مباشر حال وصولها الميناء،والمالك ايضا يعلم بان سعر السكر كان مائلًا إلى التذبذب إلى إلا أنه لا يعلم بأنه سوف يميل نحو الهبوط، لكل ذلك طالب المستأجر مالك السفينة بالتعويض الذي يتضمن الخسارة التي لحقته والمقدرة بأربعة الاف باوند قررت المحكمة أن الخسائر المتحققة قابلة للتعويض وذلك لان الشخص المعقول بحسب تقدير مجلس اللوردات كان ليعلم بأن المستأجر لدية دافع حقيقي للبيع حالًا واثناء الوصول إلى الميناء وان الاسعار المتذبذبة قد تميل إلى الهبوط اكثر بشكل مفاجئ، وبالتالي أن التأخر قد تسبب بالخسارة التي لحقت المستأجر منها وبالتالي استحق التعويض على المالك[٤].

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فان المحاكم أقرت بالأخذ بمعيار المعقولية كضابط من خلاله يتم تخفيف الضرر حيث جاء في قرار للمحكمة العليا في مشكان (حينما يرتكب الشخص إخلالًا بالعقد

٣- عام(١٩٦٧) V.C.CZARUIKOWN,Kouf's ,Heron 11متاح على الرابط www.ide.org.
4- Robert clark.- Contract- 2nd Edition-. Sweet Maxwell- London- 1986- P299.

فان الشخص المقابل يكون ملزماً ومجبراً بان يستعمل ويتخذ جميع الوسائل المعقولة حسب الظروف لتجنب الأضرار أو لتقليصها والشخص المخالف لهذا الواجب لا يمكن له المطالبة بالتعويض عن الخسائر والأضرار التي كان من الممكن تجنبها لو عمل(المعقول))[٥].

وفي القضاء العراقي فلم تخلُ قرارات محكمة التمييز الاتحادية من الأحكام المتعلقة بالمعقولية اذ جاء في حكم لمحكمة التمييز (بأنه اذا اصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول)[٦].

ومن خلال ما تقدم يمكن لنا وضع تعريف للمعقولية يتلخص بأنها((معيار عام مرن يوجه القاضي الى ايجاد التوازن بين المصالح المتضاربة التي تشوب العلاقات العقدية وفقا للمعطيات الاقتصادية والاجتماعية والاخلاقية مراعيا في ذلك طبيعة تلك الالتزامات والغرض منها تحقيقا لمبدأ حسن النية والعدالة العقدية التي ينشدها اشخاص العقد)).

الفرع الثاني: شروط المعقولية

الشرط الاول:–ان تتلاءم مع النصوص التشريعية.

يشترط في معيار المعقولية ان يأتي متوافقاً مع النصوص التشريعية وان لا يتعارض معها، ويتجسد هذا الشرط من خلال النظر الى معنى معيار المعقولية والذي يعني مقياساً للسلوك موصوفاً بالقانون، فمعيار المعقولية وفقاً لهذا الشرط أما أنه يمثل قاعدة قانونية قد قام المشرع بتنظيمها أو أنه يتمثل بقاعدة قانونية قد ترك المشرع أمر تنظيمها وتحديد مضمونها إلى عموم الاشخاص، لذلك تعطى لهم بموجب هذا المعيار هامشاً من الحرية في وضع هذه القاعدة القانونية المجسدة لمعيار المعقولية.

والغرض الأول نجد مصداقاً له المادة (٣/٩١) من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٤ والتي حدد فيها المشرع معيار المعقولية وبذلك فأن المشرع قد جعل من معيار المعقولية قاعدة قانونية قد قام هو (أي المشرع) بتنظيمها، فقد نصت المادة على أنه ((يعتبر ان الموجودات قد بيعت بطريقة معقولة عندما يتم التصرف فيها على النحو التالي:

أ- إذا بيعت الاوراق المالية والعملات الاجنبية الاخرى..... في اسواق تداولها.

ب- إذا بيعت في مزاد علني شرط انه يجوز للمحكمة ان تأذن للحارس القضائي. وبسعر يوافق عليه البنك المركزي العراقي))، وفي الغرض الثاني يترك المشرع تنظيم معيار المعقولية كقاعدة قانونية كما في المادة (١٤٦) مدني عراقي بشأن انقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والمادة (١٢٥) مدني عراقي بشأن رفع الغبن في الاستغلال إلى الحد المعقول.

5- The Case is Available at the web site www.practicallaw.com AND SEE ALSO Norman ottostockmeyer. General principles of contract Damages Available at the web site http://www.icle.org/modmodules/books/chapter.Printaspx? Chapter=13& book=2002552310..N.O. Stockmeyer.P34

٦- القرار رقم ١٣٩٤ ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، الجزء الرابع، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠ص١٩٧.

الشرط الثاني:- ان تتناسب مع العادات والممارسات التجارية السائدة.

يعد التقيد بالعادات والممارسات الشائعة بين التجار من ابرز الشروط الواجب التقيد بها لضبط معيار المعقولية، إذ يستخدم في العلاقات التجارية بصورة عامة مجموعة من القواعد تطبق على مختلف جوانب النشاط الاقتصادية، بغض النظر عن النظم القانونية التبعة في الدول المختلفة، اما عن كيفية تقيد معيار المعقولية بالعادات التجارية الشائعة، فذلك تمثيل في فرضين الفرض الأول: يتجسد في الوظيفة التعبيرية للعادات التجارية، عن طريق اخذ العادات التي استقر عليها التعامل والاعراف التجارية في الاعتبار عندما يتعلق الامر بتعين قصد الطرفين. حيث نجعل من العادات التجارية اداة تفسير قصد الاطراف إذا اتفقوا على اتباع معيار المعقولية في تعاملهم، لأن هذا المعيار يحدد وفق العادات والممارسات التجارية الجاري العمل بها عند ارباب مهنة معينة [٧].

والجانب الاخر يتجسد في الوظيفة المعيارية للعادات التجارية، التي يكون من خلالها الطرفان ملتزمين بالاعراف التي اتفاق عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما، فيما لم يوجد اتفاق بين الاطراف على خلاف ذلك يفترض ان الطرفين قد طبقاً ضمناً على تصرفهما كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي ان يعلمان به حتى كان معروفاً على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارية بين الاطراف في العقود والمماثلة السائدة في نفس فروع التجترة، فعندما اريد ان احدد المعيار المعقول في تصرف ما استرشد بالقواعد والعادات السارية بين التجار [٨].

وتشير التشريعات العراقية النافذة إلى شرط وجوب تناسب معيار المعقولية مع العادات والممارسات التجارية، حيث ورد تطبق ذلك في قانون التجارة النافذة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ في المادة (٣٠٢) التي نصت على تحديد المدة المعقولة بالقول ((يلتزم البائع في البيع سيف: أولاً: ان يجهز البضاعة طبقاً لشروط عقد البيع خلال المدة المعينة للشخص أو التي يقضي بها التعمال الدولي. رابعاً: ان يقوم على نفقته بتحميل البضاعة على ظهر السفينة في ميناء الشخص في التاريخ المحدد أو خلال الفترة المعينة وإذا لم يكن هناك تاريخ محدد أو فترة معينة فخلال المدة التي يقضي بها التعامل في ميناء الشحن وعند النظر إلى هذا النص نجد ان تحديد معيار المعقولية وهنا يتجسد بـ (المدة المعقولة))) جاء استناداً إلى العادات الجارية في مكان معين وهنا كان لهذه العادات وظيفة معيارية يتجسد من خلالها معيار المدة المعقولة.

والجدير بالذكر ان اتفاقية فبينا لعام ١٩٨٠ جاءت خالية من ذكر الشرط بالنسبة للمعقولية، بخلاف مبادئ العقود التجارية الدولية UNIP ومبادئ قانون العقد الاوربي PECL التي جمعتها في مادة خاصة تحت عنوان الظروف المتعلقة أوالظروف المحيطة في المادة (٣) ((يؤخذ بنظر الاعتبار ما يعد معقولاً: و- العادات)).

7- CHirstianLarroumet , Droit civil less obligations , 3th edition , Paris , 1996، P.64.

٨- منى جعاز شياع، مصدر سابق، ص٣٤٠.

الشرط الثالث:-ان يسترشد بظروف كل واقعة على حدة

معيار المعقولية يتغير مضمونه بتغير الاحوال والصفقات، فما يعد معقولاً وفق ظروف معينة لا يعد كذلك وفق ظروف اخرى، لذلك يشترط في هذا المعيار التكيف دائماً مع الحياة الاجتماعية المتغيرة بجعلها لا تحتاج الى تدخل تشريعي مستمر كلما جد في الحياة جديد يقتضي التغيير التشريعي، فهذا المعيار ذاتياً يقل التغيير والتطور والانتقال من حال إلى حال والقدرة على مسايرة وتقدير ظروف كل حالة على حدة [٩].

وتبعاً لذلك فان معيار المعقولية يشترط في تطبيق النظر الى كل حالة على حدة ووفقاً لظروفها وملابساتها، كون هذا المعيار معياراً اجتهادياً يتاثر بالظروف المحيطة بالشخص، لذلك فان تحديد ما يعد معقول أو غير معقول في سلوك معين يجب ان يكون متحركاً باختلاف الظروف والاحوال، إذ لا يوجد في معيار المعقولية قاعدة محددة سلفاً يلجأ اليها، وهو ما عُبر عنه من قبل جانب من الفقه بالقول ((لا يمكن للإنسان ان يعرف أو يحدد سلفاً ما سيعتبر غير معقول)) [١٠]. إذ ان الحكم المعقول هو الحكم المتناسب مع الظروف وليس الحكم بمعزل عن الظروف فالاخير ليس بمعقول.

فالمعيار محل البحث لا يكون مضمونه قطعياً ومحدداً ومسبقاً ولا يعبر عن مقدمات تؤدي الى نتائج متشابهة، بل هو يمثل متغيراً نسبياً، وهذا المتغير النسبي يشترط في تحديد مضمونه التأثر بواقع القضية المطروحة، إذ ان معيار المعقولية في كل واقعة يُعد ضمن حدود معينة فريداً إلى حد ما في نوعه.

والقاعدة القانونية عندما تشير إلى وجوب تطبيق معيار المعقولية فأنها في ذلك تتضمن على فكرة معيارية تحتاج لمضومنها بالاعتماد على ظروف كل واقعة على حدة.

الفرع الثالث: خصائص المعقولية

إنَّ خصائص المعقولية هي مجمل عناصر تكوينها وصفاتها التي تميزها عن غيرها من وسائل التقنية التشريعية الا وهي القاعدة القانونية والمبدأ القانوني والوضع القانوني.

أولًا: الاطلاق:-

يعد معيار المعقولية مطلقاً من حيث الموضوع والمساحة التي يمكن أن يعمل فيها [١١]، فهو يساعد في تحديد مدة الالتزام كما جاء في المادة (٣٢) من قانون النقل العراقي النافذ رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ التي نصّت ((يلتزم الناقل بتوصيل الشيء في الميعاد المتفق عليه وإلا ففي ميعاد معقول تحدده ظروف النقل))، وكذلك ما جاء في قانون المصارف والمادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي ((للمتضرر الحق في ان يطالب خلال مدة معقولة باعادة النظر في التقدير.....)) كذلك المادة (٢/١٨) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع والتي نصّت على ((يحدث قبول الايجاب اثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب ما

٩- مجموعة محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في الفرع الخاص مادة التجارية، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٥.
١٠- المصدر نفسه.
١١- فارس حامد، فكرة المعيار في القانون، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص١٢٩.

يفيد الموافقة ولا يحدث القبول اثره إذا لم يصل فيها الموجب خلال المدة التي اشترطها أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط)).

كذلك يحدد العناية المطلوبة كما في المادة (٦/١٧) من قانون المصارف نصّت على ((يلزم ان يتصرف اعضاء مجلس الادارة..... بدرجة معقولة من العناية واجتهاد ومهارة))، أيضًا المادة (٧٧) من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع ((يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد ان يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة)).

كما يظهر المعيار في انقضاء الالتزام (١) في المادة (١٢٥) مدني عراقي، كما يظهر ذلك في اتفاقية البيع الدولي للبضائع انه إذا انفسخ العقد بسبب اجنبي لابدّ للمدين فيه انقضى الالتزام ولا يلزم فيه التعويض إذا اثبت ان عدم تنفيذه لألتزامه يرجع إلى ظروف خارجة عن ارادته وانه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة ان يأخذ العائق في الاعتبار وقت انقضاء العقد.

وهذا المعيار يمثل بالنسبة للقضاء الانكليزي العمود الفقري في الكثير من القضايا المعروضة امام المحاكم [١٢]، فهو يوزن السلوك الفردي في المجتمع الفردي في المجتمع ويغطي مجالات متعددة من مجالات القانون العام والقانون الخاص، فمعيار الخدمة الادارية المعقولية ومعيار تسهيلات النقل المعقولة أو معيار الاجل المعقول وغيرها تنشر في القضاء الانكليزي.

ثانيا: المرونة في التطبيق:-

ان تبني المشرع المعقولية في متن قوانينه يعني ترك مساحة من التقدير يستجيب بها لمقتضيات الانصاف ويمارس من خلالها الاجتهاد في الرأي وهذه السلطة يمارسها القاضي في الحالات التي ترك المشرع تفصيلاتها او معاييرها او حدودها له نزولا عند دواعي التطور ومقتضيات العدالة،وبالتالي فأن هناك علاقة بين المعقولية والسلطة التقديرية للقاضي اذ انه كلما كان النص مرنا كما في "المعقولية" اتسعت السلطة التقديرية للقاضي وتضيق كلما كان النص جامدًا[١٣].

كذلك ان المعقولية تختص بكونها فكرة مرنة تمكن القاضي من تقدير العدالة لكل حالة على حدة، فهو نظام مرن تقديري، يحتاج عملية تفكير لكل حالة، وهو بذلك ليس معيارًا جامدًا وهذا ما بينته نصوص المادتين (١٢٥) و (١٤٦) من القانون المدني العراقي إذ انها اعطت القاضي السلطة التقديرية الكافية في تحديد مقدار الالتزام، ففي القاعدة التي ينوط بها استخراج الحل بواسطة معيار المعقولية، فأن المعيار هنا يكون معيارًا غير محدد بشكل دقيق بل يتسع لسلطة تقدير القاضي، فالنصوص تطاوع فيه

١٢- ففي قضية تتلخص وقائعها ان البائع قام باعادة بيع البضاعة، ولكن خصم من سعرها الاصلي (٢٠٪) ومع ذلك قررت هيأة التحكيم، ان تصرف البائع كان معقولاً، والسبب ان لأنه حاول لعدة مرات ان يعيد بيع البضاعة بسعر افضل وعلى مدى شهرين ولكنه لم ينجح في اعادة البيع بهذا السعر، مما اضطر إلى خصم (٢٠٪) من الثمن الاصلي، متاح على الموقع gttp//crsgw3.law.pace.edu تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١/٢٠.

١٣- فارس حامد، مصدر سابق، ص ١٦٨/١٧٤.

المقتضيات العملية فتأخذ تارة بالارادة الظاهرة والمعايير الموضوعية حيث يغلب استقرار التعامل وتأخذ تارة اخرى بالارادة الباطنة حيث يغلب اعتبار العدالة والمنطق القانوني.

ثالثًا: العموم:-

فالمعقولية القانونية تتصف بالعموم بمعنى انها تنطبق على كل ما يراد تنظيمه حالًا من علاقات قانونية وما يستجد من نوعها في المستقبل، إذ ان المعقولية لا تختص بحالة واحدة في حين ان المعقولية تنطبق اوضاع مختلفة تدور في حلقة واحدة فمثلا العلاقات العقدية رغم تنوع اشكالها يمكن للقاضي أن يستعين بالمعقولية لغرض الوصول إلى الحكم المناسب في علاقة عقدية معينة بغض النظر عن نوع العقد[١٤]، وبالتالي فأن العموم الذي تتصف به المعقولية يختلف عن العموم الذي تتصف به القاعدة القانونية اذ أن هذه الاخيرة تأتي بحكم ينطبق على الناس كافة أما المعقولية فأن العموم فيها له طبيعته الخاصة فهو لايرمي الى ايجاد حكم معين وتطبيقه على الوقائع وانما ترمي فقط إلى ارشاد القاضي السلوك الواجب اتباعه و الاخذ به كمقياس للحكم في الواقعة المعروضة أمامه.

المطلب الثاني: نطاق معيار المعقولية

سنتناول دراسة هذا الموضوع في فرعين الأول نخصصه لدراسة نطاق المعقولية من حيث تحديد مضمون الالتزام والثاني نخصصه لتحديد نطاق معيار المعقولية من حيث متعلقه وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول:نطاق معيار المعقولية من حيث تحديد مضمون الالتزام

في هذا الفرع سنحاول تسليط الضوء على نطاق المعقولية في تحديد مضمون الالتزام بدءاً من نشوئه مروراً بتنفيذه انتهاءاً في انقضاء على النحو الآتي:-

أولاً: معيار المعقولية في نشوء الالتزام:-

ان نطاق العقل في انشاء الالتزامات انما يقتصر على الالتزامات الارادية، وبالطبع فأن العقد هو احد المصدرين واكثرها استخداماً في الواقع العملي في انشاء هذا النوع من الالتزامات ولكن العقود منها رضائية يكفي لأنعقادها ارتباط الايجاب بالقبول على الوجه المشروع، ومنها شكلية لا يكفي لأنعقادها مجرد تراضي الطرفين وإنما ينبغي اتباع شكل يعينه القانون إلى جانب ذلك التراضي، فهنا يجدر بنا ان نشير إلى ان معيار المعقولية قد يبرز في بعض العقود الرضائية في مرحلة الانعقاد فيما يتعلق بارتباط الايجاب بالقبول دون ان يكون له ذلك في العقود الشكلية، ذلك في العقود الرضائية المادة (٥٢٤) من القانون المدني العراقي حين نصت على ان ((في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع وجب ان يلعن الرفض من المدة المتفق عليها فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً للبيع)). والمفهوم هنا ان المدة المعقولة في حالة عدم

١٤- حامد زكي، التوفيق بين الواقع والقانون، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الاول، مطبعة الرغائب، ١٩٣٢، ص ٢٥٧.

الاتفاق على مدة هي معيار انعقاد العقد من عدمه في حالة سكوت المشتري وبالتالي ترتب الالتزامات أو عدم ترتبها.

ونلاحظ قريباً من هذا المفهوم في نطاق عقد الايجار، فبينما يقرر المشرع ان من استأجر شيئاً لم يره فله الخيار حين يراه ان شاء قبله وان شاء فسخ الايجار [١٥]، فهو في الوقت نفسه يستدرك بقوله على ان ((المؤجر ان يحدد للمستأجر اجلاً معقولاً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد المأجور في خلال هذه المدة))[١٦].

والأمر لا يقتصر على ان القانون الوطني في هذا الصدد بل أننا نجد ذلك في بعض الاتفاقيات الدولية لا سيما المتعلقة بالبيع الدولي حيث جاء في نص يتعلق بالبيع المذكور على ان ((يُحدث قبول الايجاب اثره في اللحظة التي يحصل فيها الموجب ما يقيد الموافقة، ولا يحدث القبول اثره إذا لم يصل إلى الموجب خلال المدة التي اشترطها أوخلال مدة معقولة في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط، على ان يؤخذ بنظر الاعتبار ظروف الصفقة وسرعة وسائل الاتصال التي استخدمها الموجب، ويلزم قبول الايجاب الشفوي ما لم يثبت من الظروف خلال ذلك))[١٧]. فمعيار المعقولية هنا يثور ويلزم الاخذ به إذا لم يحدد الموجب مدة لقبول ايجابه أما إذا حدد له مدة فهذه الاخيرة هي التي تحكم انعقاد العقد ونشوء الالتزامات وليس المدة المعقولة.

ثانياً: نطاق معيار المعقولية في تنفيذ الالتزام:-

ففي التزام الناقل بنقل شيء والذي هو التزام بانجاز عمل معين، ولأهمية الوقت في تحقيق هذا الالتزام نلاحظ ان المشرع الزم ((الناقل بتوصيل الشيء في الميعاد المتفق عليه أو في ميعاد معقول تحدده ظروف النقل)) [١٨]، فإذا لم يوصل الناقل الشيء محل عقد النقل في احد الميعادين المذكورين يكون قد اخل بالتزامه. ولكن بالمقابل نلاحظ ان المشرع يجيز ((الاتفاق على اعفاء الناقل من مسؤوليته عن التأخير إذا كان له مبرر وضمن الحد المعقول))[١٩]. معنى ذلك انه إذا تجاوز الحد المعقول فلا يسري الاتفاق عليه ولا يعفى من مسؤوليته.

وفي مجال عقد النقل أيضاً نلاحظ ان المشرع الزم في الوكالة بالعمولة بالنقل الوكيل بأن يضمن ((مباشرة الناقل عملية النقل في الميعاد المتفق عليه أو في ميعاد معقول))[٢٠]، وبالتالي فأن الوكيل يكون مسؤولاً عن التأخير في تنفيذ النقل عن احد الميعادين المذكورين، فضلاً عن مسؤوليته عن عدم التنفيذ ان حصل.

١٥- أنظر المادة (٧٣٣) من القانون المدني العراقي.
١٦- ينظر المادة (٧٣٥) من المدني العراقي.
١٧- ينظر: (١٨) من اتفاقية عقد البيع الدولي للبضائع ١٩٦٤.
١٨- ينظر المادة (٣٢) من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ العراقي.
١٩- ينظر المادة (٥٠) من القانون المدني العراقي.
٢٠- ينظر المادة (٧٨/ ثانياً) من الثانون المدني العراقي.

وخلال فترة قيام الالتزام قد يرتأي أحد طرفيه أو كليهما بنقله وهذا ما يطلق عليه بالحوالة، وفيها اورد المشرع معياراً للمعقولية حين نصت المادة (٣٠) مدني عراقي على ان (

١- الحوالة التي تمت بين المحيل أو المحال عليه تنعقد موقوفه على قبول المحالة.

٢- وإذا قام المحيل أو المحال عليه بابلاغ الحوالة للمحال له وحدد له اجلاً معقولاً لقبول الحوالة ثم انقضى الاجل دون ان يصدر القبول اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة

)، فالمفهوم المخالف لهذا النص هو انه إذا كان الاجل غير معقول لم يعد سكوت المحال له رفضاً للحوالة.

وفي الالتزام بالقيام بالعمل قد تقتضي ظروف معينة تعديل ذلك الالتزام، وهنا أيضاً قد يبرز معيار المعقولية لبيان مدى ذلك التعديل، وفي هذا السياق جاء نص المادة (١٠٠) من قانون النقل، ((للناقل ان يقوم بنقل الشيء وفق شروط تختلف عن الشروط المثبته في وثيقة النقل إذا حدثت ظروف تستلزم ذلك وتعذر عليه تسلم تعليمات جديدة خلال وقت معقول من الشخص الذي له حق التصرف بالشيء على ان يتخذ الاجراءات الكفيلة بالحفاظ على مصالح ذلك الشخص))، فأن الوقت المعقول هنا يعد معياراً بين مدى ثبوت الحق للناقل في تنفيذ التزامه بالنقل وفق شروط مختلفة عن تلك المثبتة في وثيقة النقل.

ثالثاً: نطاق معيار المعقولية في انقضاء الالتزام:-

وفي هذا المجال قد يبرز لنا معيار المعقولية كما هو الحال في نص المادة (٧٩) من اتفاقية القانون الموحد للبيع الدولي لسنة ١٩٦٤ حيث جاء فيها ((إذا فسخ العقد وحدث على نحو معقول وخلال مدة معقولة يعد الفسخ اذا قام المشتري بشراء بضائع بديلة أو قام البائع باعادة بيع البضاعة، فللطرف الذي يطالب بالتعويض ان يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر الشراء البديل أو السعر عن اعادة البيع.....))، فمعنى النص في الحصول على التعويضات بالارادة المنفردة فان الجانب الاخر له الحق في الحصول على التعويضات المذكورة وبالشروط الورادة وبحسب معايير المعقولية المشار اليها في النص.

أما إذا تم الفسخ لسبب اجنبي لابد للمدين فيه انقضى الالتزام ولا يلزم في هذه الحالة بالتعويض وهذا المضمون اشارت إليه المادة (٧٩) من الاتفاقية السالفة الذكر حيث نصت على انه ((لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أياً من التزاماته إذا اثبت ان عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجية عن ارادته وانه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة ان يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد.....)). وعليه فأن عدم المسؤولية هنا مقترن بمعيار معقولية عدم توقع العائق الذي كان سبباً في عدم التنفيذ.

الفرع الثاني: نطاق المعقولية من حيث متعلقها

سوف نبحث في هذا الفرع نطاق المعقولية من متعلقها فإذا تعلقت بزمان الالتزام سمي بالنطاق الزماني للمعقولية واذا تعلقت بمقدار الالتزام سمي النطاق القيمي للمعقولية واذا تعلقت بإجراءات يؤمن

المعيار للأشخاص القيام بها كأجراء تدابير او اخطار سميت النطاق الإجرائي للمعقولية وهذا ما سنبحثه في النقاط الآتية:

اولاً: النطاق الزماني للمعقولية:

يستند المشرع في بعض الاحيان على معيار المعقولية لتحديد نطاق الالتزام وخصوصًا ما يرتبط بوقت الوفاء بمعنى ان اطراف العلاقة العقدية اذا لم يتفقوا على زمان التنفيذ،فأن هذا الزمان يتحدد بمعيار المعقولية، اي الوقت الذي يحكم الفعل بضرورة الاثبات به،بغض النظر عما اذا كان هناك عرف أم لا، وقد تبنى المشرع هذا المعيار في العديد من القوانين ومنها ما جاء في المادة (٣٢) من قانون النقل (يلتزم الناقل بتوصيل الشيء في الميعاد المتفق عليه والا ففي ميعاد معقول تحدده ظروف النقل)،فالمعقولية هنا لا تحدد ميعاد الالتزام جزاءً قابلاً بل يرتبط حكمه بظروف الالتزام ومحله، فمثلاً اذا كان محل يفسد بثلاثة ايام فلا يكون من المعقول تحديد ميعاد والتنفيذ بعشرة ايام، فحكم المعقولية هنا استند الى طبيعة المحل،والقول نفسه يقال بالنسبة الى ميعاد النقل بحسب ما نص عليه القانون، فالمدة المعقولة للوصول تحدد بالنظر الى ظروف النقل ونوع الواسطة وطبيعة الشيء[٢١].

وكذلك ما جاء في المادة (١٠٠) من قانون النقل التي تيح له بأن يقوم بنقل الشيء وفق شروط تختلف عن الشروط المثبتة في وثيقة النقل، اذا حدثت ظروف تتلزم ذلك، وتعذر عليه تسلم تعليمات جديدة خلال وقت معقول فالعقل هو الذي يحدد المدة التي ينتظر فيها الناقل وصول تعليمات جديدة حسب ظروف النقل، فاذا تعذر ذلك، فيكون له اجراء النقل بشروط تختلف عن الشروط المتفق عليه.

كذلك ما نصت عليه المادة (٣٤٠) من قانون المدني بأنه (اذا قام المحيل والمحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له اجلاً معقولاً وانقضى الاجل ولم يصدر عن الاخير موقفاً معيناً، عدّ ذلك رفضاً للحوالة)، ففي النص المتقدم تحدد المعقولية الوقت الذي يجب على المحال له قبول الحوالة لكن المشرع لم يعيين الضوابط التي تسعف في تحديد هذه المدة بالتالي فهي مسألة متروكة للسلطة التقديرية للقاضي.

اما الصورة الاخرى فهي تأتي مقيدة بقيد الا وهو الاتفاق فإن للاتفاق حاكميه على المعيار فالأصل ان توقيت الالتزام يخضع لإرادة طرفي العقد[٢٢]، فقد يتفق الطرفان على تعجيل التنفيذ وبمجرد اتمام العقد وقد يؤجلا التنفيذ الى وقت يعين لهذا الغرض، وبالتالي فأنه اذا لم يوجد اتفاق على اتفاق على زمان التنفيذ، فأن هذا الزمان يتحدد بمعيار المعقولية،اي الوقت الذي يحكم العقل بضرورة اثباته فيه،بغض النظر عما اذا كان هناك عرف او لم يكن، ومن ذلك المادة (٣٢) من قانون النقل المشار اليها انفاً والتي يحيل فيها المشرع القاضي على الاتفاق لغرض تحديد وقت الوفاء وان لم يكن موجوداً مثل هذا الاتفاق يحكم القاضي بمقتضى معيار المعقولية وبالتالي يعد معيار المعقولية هنا معياراً احتياطياً[٢٣].

٢١- منى جعاز شياع، مصدر سابق، ص٥٠.

٢٢- أ. د. باسم علوان العقابي،خيار التأخير،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسة، العدد ٢٤، السنة ٥، ص٣٠٣.

٢٣- أ.د.باسم علوان العقابي،مصدر سابق،ص٣٠٥.

ثانياً:النطاق الموضوعي:-

كذلك ان المعقولية يمكن ان تكون معياراً لتحديد موضوع الالتزام من ذلك المادة (١٤) من قانون النقل التي تنص ((لا يسأل الناقل عن الضرر الناشئ عن تدابير التي يتخذها لإنقاذ الارواح وعن التدابير المعقولة لإنقاذ الاموال)) فالقانون يعفي الناقل من المسؤولية عن الاضرار التي تنشأ عن تدابير يتخذها الناقل لإنقاذ الارواح كما لو رمى كمية من البضائع للمحافظة على السفينة من الغرق،ولا يسأل كذلك عما يتخذه من تدابير معقولة لإنقاذ الاموال ومن المفهوم المخالف للشطر الاخير من المادة هو اذا لم تكن التدابير معقولة فتثار مسؤولية الناقل،فمعقولية التدابير هي التي تحدد مسؤولية الناقل والمقدار الذي يسأل عنه.

وكذلك ما جاء في المادة (٨٠) الفقرة (٢) من قانون المصارف بأن ((يقوم البنك المركزي العراقي بتعويض الحارس القضائي للمصرف عن جميع التكاليف لمصروفات المعقولة التي يتحملها بسبب الحراسة القضائية.....)).

كذلك ما جاء في المادة (٧٧) من اتفاقية فينيا للبيع الدولي للبضائع بأنه ((يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد ان يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيض من الخسارة الناجمة عن المخالفة،بما فيها الكسب الذي فات واذا اهمل القيام بذلك فللطرف المخل ان يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها).

ولغرض ان تكون التدابير معقولة يجب ان تبرم الصفقة البديلة بسعر أعلى قدر المستطاع المعقول استناداً للظروف او ان تجري عملية الشراء البديل بأقل الاسعار بقدر المستطاع المعقول [٢٤]، والغرض من هذا التحديد، هو وضع حد اعلى او سقف اعلى لتقليص الأضرار الذي يكون معقولاً اجراءه وفقاً للظروف وتطبيقاً لذلك اصدرت المحكمة العليا الاسبانية قراراً في قضية (Internationale Jute Maatschappij)[٢٥].

وتتلخص وقائعها، انه بعد اخلال المشتري بالعقد،ان البائع قام بإعادة بيع البضاعة بسعر واطئ جداً إذ كان سعر البضاعة بالعقد يتضمن (٥٥) دولاراً امريكيا لكل مائة حقيبة في حين ان البائع قام بإعادة بيع البضاعة بسعر (٣٠) سنت لكل كيس تمسك البائع امام المحكمة بأن تحكم له بالفرق بين التمييز، قررت المحكمة رفض طلب التعويض على اساس ان اعادة البيع لم يكن معقولاً.

والجدير بالذكر انه قد يواجه الشخص المطالب باتخاذ تدابير معقولة بعض الظروف التي تجعل من اتخاذه مثل هذه التدابير امر صعب من هذه الظروف،عندما يكون المشتري قد دفع مقدما ثمن الشراء ولا يملك مواردا مالية كافية لتهيئة الصفقة البديلة ففي هذه الحالة لا يلزم الدائن بأجراء وابرام مثل هذه

٢٤- انظر المادة (٧١) من اتفاقية البيع الدولي للبضائع.

٢٥- قضية منشورة بتاريخ ٢٨/كانون الثاني /٢٠٠٠،على الرابط التالي:Crsg w3.Law.pace ,edu /cases/l0001/html تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١/١٦.

الصفقة[٢٦]، كذلك من هذه الظروف الحالات التي تتعلق بتسليم بضائع موسمية،وفي مثل هذه الاحوال نجد ان القضاة مستعدون وهم في صدد تطبيق احكام اتفاقية فيينا الى ان يأخذ وهذه الصعوبات بحساباتهم[٢٧].

والجدير بالذكر انه هناك حالة اخرى تمنع المشتري من تقليص الأضرار باتخاذ التدابير المعقولية،تحصل عندما يكون عقد البيع يتطلب تسليم بضاعة معينة بالذات،كذلك التي تثبت بالعقد الاصلي[٢٨].

ثالثاً:النطاق الإجرائي للمعقولية:-

نجد ان المشرع استلزم في بعض النصوص القيام بإجراءات معينة واستلزم قيام هذه الإجراءات بمعيار المعقولية،فقد نصت المادة (٩١) الفقرة (١) على ((ان اتباع موجودات الموف بطريقة معقولة تجارياً))،واشارت في الفقرة (٣) الى الاموال التي تعد فيها الموجودات قد بيعت بطريقة معقولة وهي:

١. اذا بيعت الاوراق المالية والعملات الاجنبية الاخرى التي يسهل بيعها في السوق،في اسواق تداولها.
٢. اذا بيعت في مزاد علني شرط انه يجوز للمحكمة ان تأذن للحارس القضائي،اذا قرر عدم امكانية الحصول على سعر معقول للموجودات في مزاد علني يجوز للبنك المركزي العراقي ان يخول للحارس القضائي بيع الموجودات وبشكل خاص وبسعر يوافق عليه البنك المركزي العراقي.

فالمشرع يميل في النص المتقدم هذه الإجراءات الى معيار المعقولية،فيجب ان يتم هذا البيع وفقاً لهذا المعيار لتحقيق الغاية المستوحاة من بيع الموجودات وهي كما الحافظة على الموجودات بحيث ترفع العوائد قدراً الامكان لضمان تغطية حقوق الدائنين،الا ان تساؤلاً يثار هو هل اذا ما بيعت بغير الهاتين الطريقتين،فهل يعد البيع غير معقول؟

في مقام الجواب نقول نعم لأن المشرع اراد تحقيق الغاية في تصفية الموجودات.

واشار المشرع في مورد اخر الى معيار المعقولية وذلك في الفقرة (رابعاً) من المادة (١٠١) من قانون تنظيم اعمال التأمين رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥،والتي اوجبت على رئيس ديوان التأمين عدم فرض اي عقوبة ما لم يعطِ للمتهم فرصته معقولة وفقاً للظروف من اجل الامتثال للقانون،

والجدير بالذكر ان المشرع العراقي في قانون المدني، انه وان لم يحدد زمان فحص البضاعة الا انه لم يعتمد معيار المعقولية مثله مثل اتفاقية فيينا وانما احال الامر الى العرف السائد وذلك في المادة (٥٦٠) (١- اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقاً للمألوف التعامل).

٢٦- وليد خالد عطية،مصدر سابق،ص١٢٨.

٢٧- فمثلاً في احدى القضايا التي تتعلق اصدرت محكمة استئناف (Dusseldof) الالمانية في قضية تتخلص وقائعها،ان المشتري اخل بالتزام المتعلق بدفع ثمن تسليم بضاعة من الاحذية،مما جعل البائع وهو المصنع للأحذية ان يقوم بإعادة بيعها،ولكن العملية اصبحت مستحيلة والسبب ان جميع الزبائن قد زودوا البضاعة وتم تسديد حاجاتهم من الموسم السابق،ولهذه السبب قررت المحكمة ان البائع لم يخل بواجبه في تقليص الخسائر، http//csgw.Law.Pace.edu،وذكرها الدكتور وليد خالد عطية،مصدر سابق،ص١٢٩.

٢٨- وليد خالد عطية،مصدر سابق،ص١٣٠.

وقد الزمت المادة (٣٩) من اتفاقية فيينا المشتري الذي استلم بضاعة غير مطابقة للعقد ان يوجه اخطار عدم المطابقة للبائع والا سقط حقه اذا تأخر او اذا لم يوجه اصلاً محدداً طبيعة عدم المطابقة خلال مدة معقولة من اكتشاف العيب،وقد قضت محكمة التحكيم بغرفة التجارة بباريس بأن توجيه الاخطار عدم المطابقة بعد (٨) ايام من استلام تقرير الخبير بشأن فحص البضاعة يعد مقبولاً ويكون المشتري قد التزم بالميعاد المعقول في توجيه الاخطار[٢٩].

المبحث الثاني: احكام المعقولية في العقود

ان الاثر الذي يترتب على تبني هذا المعيار إلا وهو تحقيق التوازن العقدي وإزالة المراكز القلقة وهذا ما سنبينه في مطلبين، الأول نخصصه للبحث في سلطة القاضي في اطار معيار المعقولية و الثاني في الاثار المترتبة على تبني معيار المعقولية.

المطلب الاول: سلطة القاضي في اطار معيار المعقولية

نبحث في مضمون هذه السلطة محددين في البداية الضوابط التي يعتمد عليها القاضي في تحديد معيار المعقولية ومن ثم البحث في كيفية اعمال القاضي لهذا المعيار وعلى النحو الاتي:

الفرع الاول: ضوابط تحديد معيار المعقولية

سوف نتناول في هذا الفرع الضوابط التي تحكم القاضي في صدد تطبيقه لمعيار المعقولية وعلى النحو الاتي:-

اولا:- ان يكون هناك نص صريح على معيار المعقولية:-

لا يمكن للقاضي العمل بمعيار المعقولية الا بأحالة المشرع على المعيار اي بالنص عليه فلا يجوز للقاضي اسناد حكمه على المعقولية مالم يأمر المشرع بذلك.وهذا يعني ان القاضي لا يستطيع ان يؤسس حكمه على المعقولية دون احالة من المشرع الى هذه المعيار والا كان حكمه عرضة للنقض،ولكن اذا اشار النص بضرورة الرجوع الى معيار المعقولية، فهل ان المسألة تنتهي عند هذا الحد، أو ان هناك جملة تساؤلات أو صعوبات أخرى تظهر لعل اهمها ان النصوص التي تضمنت المعقولية تكون مندرجة تحت ثلاث درجات:-

الأولى:تشير الى المعقولية بصورة مطلقة الثانية: تشير الى المعقولية بشكل متأخر بعد الاتفاق الثالثة: تشير الى المعقولية ولكنها مقيدة بقيد، وسنتناول هذه الدرجات الثلاث على النجو الاتي

١. الاشارة الى المعقولية بصورة مطلقة:- اسلفنا ان معيار المعقولية لإكون اليه مالم يأذن المشرع بذلك فأذا ما اذن المشرع وكانت الاشارة مطلقة غير مقيدة بقيد أو أتفاق، هنا يستطيع القاضي الرجوع هذا المعيار وتأسيس حكمه على هذا المعيار فنص المادة (١٢٥) اجاز للشخص الذي وقع تحت طائلة الاستغلال ان يطلب رفع الغبن الى الحد المعقول خلال سنة من تأريخ العقد، واذا ما طلب

٢٩- الحكم النهائي الصادر في القضية رقم ٥٧١٣ منشور في الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي،المجلد ٥، ٢٠٠١،ص٧٠.

ذلك فأن المحكمة سوف ترفع الغبن الى الحد المعقول وهذا يعني ان المحكمة سوف تلجأ الى معيار المعقولية لرفع الغبن، فالأحكام هنا صريحة وجاءت مطلقة على المعيار.

٢. ورود المعقولية متأخرة عن الاتفاق:- وفي هذا الفرض نجد المشرع يميل الى الاخذ بمعيار المعقولية ولكن هذه الاحالة تأتي متأخرة بعد الاتفاق، بعبارة أخرى ان المشرع يشترط وجود اتفاق بين طرفي العلاقة القانونية وفي حالة عدم وجوده يحيل الى الامر الى معيار المعقولية، ولعل تساؤل يطرح نفسه هو هل يستطيع القاضي ان يلجأ الى المعقولية ابتداءاً؟

الجواب على ذلك بالنفي وذلك الاتفاق يسبق الاخذ بالمعيار، لذا فالقاضي ملزم بمراعاة الاتفاق وفي حالة انعدامه يكون له ان يستند الى المعقولية، وبالتالي ان للأتفاق حاكمية على المعيار في هذا الفرض، ومن هذا امثلة هذا الفرض ما جاء في المادة ٣٩ من قانون النقل بقولها((يلتزم الناقل بتوصيل الشيء في الميعاد المتفق عليه والا ففي ميعاد معقول تحدده ظروف النقل))، وكذلك المادة (٥٢٤) من القانون المدني العراقي ((.... فأذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع)).ففي النصوص المتقدمة نجد ان المعقولية جاءت متأخرة على الاتفاق والقاضي عليه أولا تطبيق الاتفاق وان لم يجد فيطبق المعقولية.

٣. ورود المعقولية مقيدة بقيد:- وفي هذا الفرض نجد ان الاشارة الى معيار المعقولية يكون بصورة صريحة لكن مقيدة، والمقصود بالمقيدة هنا ان هناك سقفاً زمنياً يحدد عمل المعيار أو يكون القيد متعلقاً بظرف معين مثلا ما جاء في المادة ٣٢ من قانون النقل سالفة الذكر وماجاء في المادة (٦٢) من قانون المصارف العراقي رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٤ التي جاء فيها ((يجوز للمراقب ان ينهي من جانب واحد كل العقود.. خلال فترة زمنية معقولة لاتتجاوز ٦٠ يوم)).

نجد في نص المادة ٣٢ من قانون النقل والتي جاءت مقيدة بظروف النقل والمادة (٦٠)فقد قيدها المشرع بسقف زمني هو ستين يوماً، فهل يتصور ان يظهر معيار المعقولية في النص المتقدم؟ ان الاجابة عل ذلك تكون بالنفي وذلك لان معيار المعقولية هو المعيار القائم على اتفاق اراء العقلاء بصدد مسألة ما، كما ان النص المذكور يعد نصاً جامداً لأعتماده على الصياغة العددية والمعروف ان العدد من اساليب الصياغة الجامدة في النصوص القانونية، وان معيار المعقولية وما يعطيه من مرونة للنصوص القانونية لايستقيم اعماله مع نص ذي صياغة جامدة.

ثانيا:- مراعاة طبيعة الالتزام وظروفه:

١- طبيعة الالتزام العقدي

ان الالتزام العقدي يشترط فيه هنا يكون متراخي التنفيذ، اي ان توجد مدة زمنية بين تأريخ انعقاد العقد وتاريخ نفاذه،سواء كانت قصيرة او طويلة، وهذا غالباً ما نجده في العقود الزمنية،والتي تقتضي طبيعتها ان يمر تنفيذها على مراحل متتالية عبر الزمن، سواء كانت من العقود دورية التنفيذ،او من عقود المدة المستمرة التنفيذ.

كذلك يجب الاشارة هنا ان للقاضي سلطة كذلك في تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الفورية التنفيذ التي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها، ولكن قد يتم تأجيل تنفيذها الى اجال متتالية وذلك بموجب اتفاق الاطراف على تأجيله،كالبيع الذي يتفق فيه على دفع الثمن (البيع بالتقسيط) أو تسليم المبيع، كما يمكن تطبيق هذه النظرية على العقد الفوري اذا وقع الظرف الطارئ مباشرةً بعد انعقاده [٣٠].

كما لا يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة وبالتالي تطبيق معيار المعقولية على عقود الغرر أو العقود الاحتمالية أي يكون التنفيذ أو عدمه مرتبطا بحادث مستقبلي غير محقق الوقوع[٣١]. وقد قضت محكمة تمييز العراق بأنه: (... وقد تراخى الطرفان المتعاقدان في تنفيذ العقد لعدم تسديد بقية الثمن حتى أدركهما قانون الإصلاح الزراعي وهو من قوانين النظام العام... كما أنه يعتبر حادثاً طارئاً أخل بالتوازن الاقتصادي المتعلق بالعقارات الزراعية وأدى إلى هبوط أقيامها مما يتحتم معه تدخل القضاء للموازنة بين مصلحة الطرفين وأنقاض الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت الحاجة ذلك...)[٣٢].

٢- الظروف المحيطة بتنفيذ الالتزام

لكي يتقيد معيار المعقولية بالظروف الموضوعية يقتضي ذلك اعتماد السلوك الاجتماعي العام أو السلوك في الاوساط المهنية كنمط انوذجي، مرفق ثم بيان مدى انطباق أو انحراف (معقولية أو لا معقولية) السلوك في الواقعة العينية بالقياس إلى النموذج الاجتماعي أو النموذج المهني [٣٣]، ويدخل في تعيين عقلانية التصرف ظروفاً كثيرة كظرفي الزمان والمكان والبيئة والعرف والعادات والمستوى المهني أو العلمي.

وإذا كان تقدير معيار المعقولية في مثل هذا الغرض يتم بالرجوع إلى نموذج الشخص العاقل محاط بالظروف الموضوعية فان الحكمة التشريعية من وراء اعتماد هذه الظروف في تحديد معيار المعقولية، هو لأستقرار المراكز القانونية ودواعي المصلحة العامة التي تقتضي ان يكون هنالك شخص معقول يجب على الافراد ان لا ينزلوا عنه، ومن يقصر في بلوغ ذلك المستوى عليه ان يتحمل تبعة ذلك وينبغي ان يراعى ذلك في تحديد مضمون معيار المعقولية.

وهنالك العديد من التطبيقات العملية لهذا الشرط واهمها ما جاء في المادة(٣٢) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣، ضمن الاحكام الخاصة بالتزامات الناقل (يلتزم الناقل بتوصيل الشيء في الميعاد المتفق عليه وإلا قضي ميعاد معقول تحدده ظروف النقل).

كما نص المادة (١/٣٦) منه على ((يُعد تأخيراً في تسليم الشيء إذا لم يتم في الموعد المحدد وعند عدم تحديد موعد ضمن تاريخ انقضاء الوقت الذي تستغرقه عملية النقل التي يقوم بها الناقل الحريص في

٣٠- د.طلال حافظ جابر، عقد البيع الدولي للبضائع، مكتبة صادر للمنشورات، ٢٠٠٧، ص٢٩.

٣١- د.عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية تشريعياً وفقهاً وقضاءاً،، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ص٧١.

٣٢- د.اسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسؤولية في اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا) دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص٤٧.

٣٣- فارس الحجرشي، مصدر سابق، ص١٣٠.

الظروف ذاتها))، من هذين النصين يتضح ان المدة المعقولة لنقل الشيء هي المدة التي تستغرقها عملية النقل والتي تقدر بالاستناد إلى الناقل الحريص وإلى ظروف النقل.

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية، فقد ورد هذا الشرط في الاتفاقية المتعلقة بالقانون الموحد لتكوين عقد البيع الدولي للبضائع (اتفاقية لاهاي ١٩٦٤) وذلك في المادة (١/٨) منها والتي تنص على انه ((إعلان قبول الايجاب ينتج اثره فقط إذا اتصل بالموجب في الوقت المحدد، وإذااتصل بالموجب في الوقت المحدد، وإذا لم يكن الوقت محدداً فينتج اثره في المدة المعقولة التي تقدر بالاخذ بنظر الاعتبار ظروف الصفقة التي تتضمن وسائل الاتصال المستخدمة من قبل الموجب.....)).

وقد جاء اشتراط تقيد معيار المعقولية بالظروف الموضوعية في احد قرارات المحاكم في قضية بشأن عقد بيع البضائع وكانت البضاعة من اللحوم، فاخذت المحكمة بنظر الاعتبار سرعة فساد وتعفن اللحم، وقضت بأن الحد الاقصى للمدة المعقولة هي الفترة الفاصلة بين التسليم أخطار عدم المطابقة يتراوح بين ساعات قليلة إلى يوم واحد [٣٤].

وجاء في احد قرارات محكمة التمييز ما يؤكد اشتراط تقيد معيار المعقولية بالظروف الموضوعية لكل حالة، فقد جاء في قرار المحكمة ان فتح الشبابيك المطلة على ملك الغير ضرر فاحش، تجب الزاته بوسائل معقولة، فحكمت المحكمة في وقتها بسد تلك الشبابيك، كاجراء معقول واجب الاشباع وفق ظروف معينة.

٢- الظروف الذاتية:- فضلاً عن تقيد معيار المعقولية بالظروف الموضوعية كشرط من شروط تطبيقه، فأنه يتقيد بالظروف الذاتية للواقعة، حيث يتمكن من خلال ذلك الوصول إلى الحكم العادل والمناسب لملابسات الواقعة المطروحة [٣٥].

وهنالك تطبيق لشرط تقيد معيار المعقولية بالظروف الذاتية للواقعة محل البحث واهمها في نطاق عيوب الارادة، فعندما يشوب الآكراه الارادة في حريتها واختيارها، فهو يحدث خوفاً أو رهبة في نفس الشخص يدفعه إلى قبول التعاقد. ويجب حتى يتحقق الآكراه ان يكون قد بعث رهبة في نفس المتعاقد [٣٦]. وان تكون هذه الرهبةهي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه واننا إذ ما اردنا ان نحكم بأن هذه الوسيلة التي استند اليها في تحقق الاكراه من عدمه [٣٧]، هي وسيلة غير معقولة وتحقق الرهبة ومن ثم فأنها تحقق الاكراه، فأننا نعتمد في ذلك على ظروف ذاتية في الواقعة التي تحقق فيها الاكراه.

٣٤- ينظر الموقع .http:// csgw3.law.pace.edu تاريخ الزيارة: ٢٠١٨/١/١.

٣٥- فارس العجرشي، مصدر سابق، ص٦٠.

٣٦- وعلى العكس من المشرع العراقي في المادة (١٢٥) فلم يتبنى القانون المدني المصري معيار المعقولية في نظرية الاستغلال فقد جاءت المادة (١٢٩) صريحة باعطاء القاضي خيارين هما أما ابطال العقد أو تعديله انقاص الالتزام، ينظر المادة (١٢٩) من القانون المدني النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٣٧- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، مطبعة نهضة مصر، ١٩٨٤، ص٣٨٨-٣٨٩.

الفرع الثاني: تطبيق معيار المعقولية من قبل القضاء

هنا سوف نتناول التعديل القضائي للعقد والذي يؤدي اليه تطبيق المعقولية متناوليه في نقطيتين الاولى تعديل العقد المشوب بعيب الاستغلال والثانية نظرية الظروف الطارئة وعلى النحو الآتي:-

أولاً: تعديل العقد المشوب بعيب الاستغلال:-

التعديل في هذه الحالة يتم اما عن طريق انقاص الالتزام أو زيادته وهذا ما سوف نبحثه في النقاط التالية:

أ- انقاص الالتزام الى الحد المعقول بسبب الاستغلال:- انتصاراً لمبدأ استقرار المعاملات أجاز المشرع للمتعاقد المغبون،اللجوء للقضاء طالباً انقاص التزامه في العقد بسبب الاستغلال الذي وقع فيه الطرف المغبون، ولعل هذا الحل انفع له في اللجوء الى طلب الابطال، حيث تتراجع فيه الشروط المجحفة الى اخرى اقل اجحافاً، في هذه الحالة يكون القاضي ملزماً بألا يحكم بأكثر من ذلك، أي لا يجوز له الحكم بأبطال العقد، وفقاً لطلبات المدعي[٣٨].

الا أن تقدير نسبة الأنقاص من الالتزامات ولغرض اعادة التوازن الى العقد أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي و يقدره حسب الظروف المحيطة بالعقد وطرفيه، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز و غير ان هذا الانقاص لا يعني بأي حال من الاحوال ان يؤدي الى المساواة بين التزامات الطرفين[٣٩]، ولكن يكفي أن يكون الى حد يرفع معه الغبن الى الكثير الذي وقع على المتعاقد المغبون، وبالتالي فالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تعديل العقد في هذه الحالة واسعة المجال.

كما لا يجوز للقاضي ان يزيد من التزامات المتعاقد المستغل بدل من ان ينقص من التزامات المتعاقد المغبون حتى لو كانت من طلبات هذا الاخير وذلك لان النص القانوني جاء صريحاً في القانون المدني المصري (جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد)، في حين ان المشرع العراقي في المادة (١٢٥) جاء بصياغة مختلفة لعض الشيء اذ هو ذكر مصطلح ((رفع الغبن)) وهذا يتيح للقاضي سلطة اوسع اذ ان رفع الغبن يكون بانقاص الالتزام او زيادته او ابطاله بحسب ما يؤدي الى تحقيق التوازن العقدي

ويعد الانقاص من الالتزامات انسب طريق يسلكه المتعاقد المغبون لان المشرع اعتد بالتفاوت الكثير و اراد اعفاء الطرف الضعيف من بعض ما يعتبره قد ارهق كاهله من اعباء تحملها دون انصراف ارادته لذلك نتيجة عيب في رضاه، بعدما استغل الغابن حالته النفسية، فما دامت ارداته قد انصرفت نحو ابرام عقد بعينه فيكون من المناسب تصور ابقاء المشرع لذات العقد تحقيقا لاستقرار المعاملات و الامن في العقود[٤٠].

٣٨- احمد براك،مفهوم العدل بين الشريعة والقانون الوضعية، مقال منشور بموقع احمد براك WWW.ahmadbarak.com\news.php.action

٣٩- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه السلامي، رسالة دكتراه، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة،ص٦٤.متاح على الانترنت

٤٠- د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول في مصادر الالتزام،ط ٥،مطبعة نديم،بغداد، ص١١ ٥

ب- زيادة الالتزام:- حفاظاً على استقرار العقد والحقوق المكتسبة، أتاح المشرع العراقي للقاضي فرصة اتقاء ابطال العقد المعيب بالاستغلال اذا كانت هناك مصلحة في ابقاء العقد،بحيث تكون هذه الزيادة كافية لرفع الغبن و لا يمكن للطرف المغبون ان يعترض على ذلك، كذلك ان تقدير الزيادة الكافية لإزالة التفاوت الفاحش بين الالتزامات يبقى خاضعاً لتقدير القاضي فهو من يقدر حجم الزيادة في الاداء المقابل،ويعود بالاختلال الفادح بينهما الى التوازن المعقول، فالمطلوب من القاضي ليس اعادة المساوة بين الاداءات المتقابلة بل ان تصبح متعادلة قدر الامكان لرفع التفاوت الفاحش فقط [٤١].

ثانياً: نظرية الظروف الطارئة:-

سنوضح في هذه الفقرة امرين الاول هو بيان المقصود برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول والثاني سوف نوضح فيه وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة و كما في الاتي:

١. المقصود بعبارة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول:- وردت عبارة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول من قبل المشرع كأثر لحدوث نظرية الظروف الطارئة وعلى عكس القانون الفرنسي اذ انه استعمل مصطلح ((REDUIRE))والذي يعني ((انقاص))[٤٢]، هذا الاختلاف ادى بالبعض الى القول أن استعمال كلمة إنقاص التي أوردها المشرع باللغة الفرنسية لا تؤدي معنى التعديل بأي حال من الاحوال، والمراد بالحد المعقول الذي يرد اليه الالتزام هو الحد الذي يشترك فيه طرفا العقد الدائن والمدين في الخسارة التي سببتها ظروف غير متوقعة، لا ان يتحملها الطرف المدين وحده فبقدر الغنم يكون الغرم، وبقدر الكسب تكون الخسارة والحد المعقول يكون معياراً مرناً ينظر فيه الى ظروف كل قضية على حدة، وللقاضي سلطة واسعة في تقديره من خلال بحثه في القضية وموازنة ظروفها ومصلحة طرفي العقد[٤٣].

الا ان القاضي ولغرض تلافي هذه المرونة في الارهاق والتغير في الظروف والاحوال فأنه يأخذ بعين الاعتبار الفرق الناجم بين قيمة الالتزام في العقد وقيمته بعد وقوع الحادث اساساً للتحديد وفق المعيار الموضوعي، الا ان ذلك لا يمنع القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالمدين وفي مقدمتها أحواله المالية وذلك في نطاق محدود، لأن المساواة التامة بين المدينين مهما تباينت الظروف و اختلفت الاحوال أمراً تأباه العدالة، وهكذا يكون في مقدور القاضي ان يخفف من وطأة المعيار الموضوعي المادي بالمعيار الشخصي وذلك بالاخذ بعين الاعتبار الجانب الشخصي ونعني به المتعاقد المدين [٤٤].

٢. وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

٤١- د.سليمانمرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦، ص ٢٥١.

42- Esmein ;courselementaire d histoire du droit francais,15ed,paris,1925.

٤٣- د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، بغداد، ١٩٩٣،ص١٢٠.

٤٤- فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، بغداد، ١٩٦٠، ص٢٥وص٢٦

من خلال نص المادة (١٤٦)من القانون المدني العراقي نلاحظ ان الاثر الذي رتبه المشرع على توافرشروط نظرية الظروف الطارئة هو (رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول).

بأستعراض نص المادة المتقدم نجد ان المشرع العراقي لم يضع قاعدة معينه يجري فيها رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، وذلك لأختلاف كل حالة عن الاخرى بسبب طبيعة الالتزام والظروف المحيطة وما تقتضيه من رفع الارهاق كما بينا، وهذا حسب رأينا موقف حسن من المشرع العراقي اذ انه لايقيد القاضي بقيود تحد من اطلاق يده لتحقيق العدالة، الا انه ومع كل ذلك يمكن لنا ان نستخلص من خلال النص وغاية النظرية القواعد التالية في رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول أول هذه القواعد انه اذا كانت الخسارة مألوفة فعلى المدين ان يتحملها وحده أما اذا كانت الخسارة غير مألوفة فيشترك الطرفان في تحمل الارهاق [٤٥].

اما القاعدة الثانية فيمكن استخلاصها من خلال نض القانون والغاية من النظرية، وتقضي بأن الدائن غير ملزم بقول الالتزام، لاسيما اذا قضى التعديل بزيادة التزاماته فله ان يقبل التعديل أو يطالب بفسخ العقد دون أن يسأل عن اي تعويض، وهذا الامر مقبول منه دون توقف على قبول من جانب المدين،ويلاحظ ان حق الفسخ يقتصر على الدائن فحسب دون ان يمتد الى القضاء فلا يملك القاضي سلطة فسخ العقد، كما لا يملك سلطة فسخ العقد، كما لا يملك المدين سلطة فسخ العقد، لأن القانون المدني العراقي قصر عمل القاضي على رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول كما قصر حق المدين في المطالبة بتعديل الالتزام [٤٦].

أما القاعدة الثالثة فتقضي برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، لايكون الا في الحاضر ولا شأن له في مستقبل العقد لأنه غير معروف فأذا كان العقد مستمراً او كان مؤجل التنفيذ وعدل القاضي اثاره ثم زال الظرف الطارئ قبل انتهاء العقد وجب الغاء التعديل والرجوع الى العقد الاصلي من وقت زوال الظرف، كذلك اذا وجدت بعد التعديل حوادث طارئة، فليس هناك ما يمنع القاضي من اعادة النظر في التعديل الذي قضى بموجبه بالزيادة والنقصان[٤٧].

ومثل هذا قضت محكمة التمييز في قرار لها (... ثبت منع الحكومة للذبح خلال المدة المطالب بها... وهو يعتبر من الحوادث الاستثنائية التي لم يكن للمستأجر أو المؤجر يد فيها، وحيث أن المنع جعل المأجور أثناء الفترة المذكورة في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي أجر من أجله وهو الذبح فيكون من حق المستأجر أن يطالب بإنقاص الأجرة عن الفترة المشار أليها...)[٤٨].

٤٥- أحمد محمود سعد،مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني –ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها–دار النهضة العربية،ط١، مصر،١٩٨٨، ص٩٩.

٤٦- د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، ١٩٧٩، ص٣٣.

٤٧- غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات بكز البحوث القانونية، ١٣، بغداد، ١٩٨٦، ص٢٩.

٤٨- د. غازي عبد الرحمن ناجي،التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه،دار الحرية للطباعة،بغداد،١٩٨٦، ص٢٤-٢٨.

وفي قرار آخر قضت محكمة التمييز (... إن المميزين رفعا بأن عدم تنفيذ الالتزام كان لسبب شحة مياه نهر الفرات... فكان على المحكمة ملاحظة ما تقدم وإنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...)[٤٩].وحول الموضوع ذاته وفي قرار آخر أكدت محكمة التمييز (... إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقاً للمدين فللمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...)[٥٠].

٢- وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال أثر الظرف الطارئ:

وأخيراً قد يرى القاضي لا إنقاص الالتزام المرهق ولا زيادة الالتزام المقابل ولكن وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال أثر الظرف الطارئ، إذا ظهر له أن هذا الظرف مؤقت يقدر له الزوال في وقت قريب، وأن الدائن لا يلحقه ضرر كبير جراء الوقف المؤقت للعقد[٥١].

ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى في وقت محدد وترتفع أسعار بعض مواد البناء ارتفاعاً باهظاً نتيجة ظرف طارئ، فإن قدر القاضي أن هذا الارتفاع يوشك أن يزول في وقت قصير لقرب انفتاح باب الاستيراد أو تيسير سبله فيقضي حينها بوقف تنفيذ التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه حتى يتيسر للمقاول تنفيذ التزامه دون إرهاق، شريطة ألا يترتب على وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى والحكم بوقف تنفيذ العقد لا يمس في الواقع مضمون هذا العقد سواء من الناحية الموضوعية أو المادية فتظل الالتزامات فيه محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت، ولهذا فبمجرد انتهاء أثر الظروف الطارئة تعود إلى العقد قوته الملزمة ويتم تنفيذ العقد وفقاً لما تم الاتفاق عليه [٥٢].ومعنى ذلك أن حكم القاضي في الظروف الطارئة قد ينشئ التزاماً قضائياً في حالة ما إذا كان الحكم يتعلق بزيادة الالتزام المقابل أو بانقاص الالتزام المرهق، في حين لا ينشئ حكم القاضي التزام قضائي إذا ما حكم بوقف تنفيذ العقد لأن الالتزامات القديمة تظل محتفظة بقيمتها ومقاديرها كما كانت لحظة إبرام العقد.

فالمادة(١٤٦) نصت على أنه ((جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول)). وعبارة تبعاً للظروف لم تجئ عبثاً بل قصد بها تقييد سلطة القاضي في التدخل وفقاً لظروف التعاقد أو التنفيذ، فالقاضي لا يستطيع أن يقضي مثلاً بتعديل المضمون المادي للالتزام إذا ما تبين له من الظروف المحيطة أن الظرف الطارئ كان ظرفاً وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير وبالتالي لا يستدعي الأمر تعديلاً في مضمون العقد وإنما مجرد تأجيلاً في تنفيذه.

٤٩- قرار رقم ١٢٠٦\ح\١٩٧٨، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة،ص٢٥.

٥٠- قرار رقم ١١٧\ح\١٩٦٥، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الثالث،ص٩٧.

٥١- د.وسن قاسم الخفاجي، ايقاف التنفيذ المؤقت في العقود، اطروحة دكتوراه، بغداد، ٢٠٠٦، ص٨ -١٣.

٥٢- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص٣٧٠.

المطلب الثاني: ألاثار المترتبة على معيار المعقولية

نوضح هذه الاثار من خلال فرعين الاول نبين فيه تحقيق التوازن العقدي والفرع الثاني يتجسد في تحقيق العدالة العقدية وذلك كما يأتي.

الفرع الاول: تحقيق التوازن العقدي

إن تحقيق التوازن بين اطراف الرابطة العقدية يعد من أهم الموضوعات التي شغلت القوانين المدنية، لذلك سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين:-

اولا:- تحقيق التوازن العقدي في ظل القوانين الوطنية:-

للقاضي دور في تحقيق التوازن العقدي والوقوف على تعديل العقد ويظهر ذلك في مرحلتين متميزتين الاولى هي مرحلة ابرام العقد وتكوينه وثانيهما تنفيذ ذلك العقد ففي المرحلة الاولى يمكن للقاضي ان يعدل العقد برمته أو يعدل جزءاً منه متى رأى أنه يحمل في طياته بنوداً توصف بأنها شرط تعسفي او يتضمن غبناً فاحشاً أو استغلاً بالنسبة لاحد المتعاقدين كما بينا وبالتالي يكون من شأن هذه الامور احداث خلل في التوازن بين المراكز القانونية للاطراف التي كونته، ومن ثم فان سلطة القاضي في ايجاد حل لا تقتصر على بطلان العقد اذ يمكن له تحقيق التوازن العقدي من خلال ازالة الغبن الذي شاب العقد من خلال تعديله وذلك بالانقاص من التزامات المتعاقد المغبون[٥٣].

يجوز للقاضي أن يقف على مصلحة الطرفين المتعاقدين، وان يرد الالتزام الى الحد المعقول، ويظهر ذلك كتعبير عن سلطة القاضي في ايجاد حل ملائم للنزاعات الناتجة عن العقود بهدف تفادي زوال الروابط العقدية واعادة التوازن الى الالتزامات المتبادلة، فالتوازن العقدي يدخل في مهمة القاضي المدني الذي يمكن له الوصول الى حل اكثر مطابقة لمصالح المتعاقدين، فالعدالة العقدية لاتكون متوفرة الا اذا اعطى المشرع للقضاء سلطة امكانية التوازن العقدي والوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدين والابتعاد عن الغموض والابهام الذي يشوب العقد[٥٤].

ويقصد بالتوازن الموضوعي أو المالي للعقد أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت إبرام العقد قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة ماليا، ولا يقصد بالتوازن المالي المساواة الحسابية بل هي تلك المعادلة الشريفة بين الحقوق والالتزامات والتي أخذت في الاعتبار، فيجب ألاينظر اليه على انه يستهدف تحقيق التوازن الحسابي المطلق بين التزامات وحقوق المتعاقدين انما هي مجرد توجيه عام يستهدي به القاضي في تقدير المبلغ المناسب المستحق للمتعاقد في حالة اختلال التوازن المالي للعقد محل الابرام[٥٥].

ان مضمون العقد يمثل مجموع الحقوق والالتزامات التي تسمح بتحقيق التبادل في العملية الاقتصادية [٥٦]، لكنه في المقابل يعتبر هذا المضمون عنصراً مركباً في الواقع ان العقد بالاضافة الى اعتباره يمثل مجموع

٥٣- عادل جبري محمد، مصدر سابق، ص٣.

٥٤- سلامة فارس عرب، مصدر سابق، ص١٧٥.

٥٥- حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص١٢٠.

56- L. Fin-langer, l'équilibrecontractuel, Th, LGDJ 2002, p. 157. n°227

الحقوق والالتزامات التي تسمح بتحقيق التبادل الاقتصادي، فأنه يمثل من جهة اخرى يمثل التبادل الاقتصادي ذاته بين الاداءات، ومن ثم يمكن القول ان مضمون العقد يشمل عدة عناصر، تتداخل وتتفاعل فيما بينها،وجدير بالذكر ان اغلب العقود هي عقود تبادلية، وهي التي تتضمن التزامات متقابلة لكل طرف،لذلك اصبح ينظر للعقد على انه نظام يتضمن عناصر مترابطة ومتداخلة فيما بينها،وهذا النظام يبدو أكثر أو أقل تعقيداً بحسب أهمية هذه العقود، وبشكل عام يمكن ويظهر موقف الفقه الفرنسي من فكرة التوازن العقدي في أعمال الفقيه (pother) الذي يرى ان العدالة والتكافؤ بين الاداءات يمثل أحد اهم المبادئ التي يقوم عليها العقد اذ يقول ((ان قاعدة التكافؤ يجب ان تسود كل العقود، اذ ان المتعاقد الذي ليس لديه نية التبرع، لا يمكن ان يلتزم الا بإعطاء قدر مساوٍ ومعادل لما أعطاه المتعاقد الاخر أو ما التزم بإعطائه، فإذا ألزم بعطاء اكبر فأن المساواة تزول وتزول معها العدالة))[٥٧].

تعريف التوازن في هذا السياق بأنه التوزيع العادل لمضمون العقد وهذا التوزيع العادل يمكن تقديره بأقل أو أكثر صعوبة حسب درجة بساطة أو تعقيد ممون العقد، على الوجه الذي بيناه في الفقرة السابقة.

في الواقع ان هذه الرؤية لفكرة التوازن لم تكن الا انعكاساً لنظرية الثمن العادل التي صاغها الفقهاء الكنسيون والذي جاءت اراء هذا الفقيه متأثرة بهم ويضيف في شرحه للفكرة السابقة ((يعتبر عقد البيع ظالماً اذا كانت السلعة التي التزم البائع بمنحها للمشتري، أكبر قيمة من الثمن الذي استلمه منه، ونفس الامر اذا كان الثمن أكبر قيمة من السلعة، هذا الامر يصدق على كل العقود فعقد الايجار يعد ظالماً اذا كانت الاجرة المدفوعة اكبر من قيمة الانتفاع بالعين المؤجرة، أو كانت هذه الاخيرة اكبر من الاجرة، يمتد ذلك ايضا للعقود للاحتمالية، اذا كان الخطر المؤمن عليه أكبر من قيمته من ثمن هذا الخطر الذي تلقاه الطرف المؤمن، والعكس صحيح [٥٨].

ومن التطبيقات القانونية لتحقيق التوازن العقدي ما جاء في قانون الشروط التعاقدية غير العادلة (The Undair Contracts Terms act 1977)الانكليزي فهو يضمن حماية فعالة للمتعاقد مع الاستمرار في احترام المبدأ الرئيس في النظام القانوني الانكليزي (Common Law) الذي يقضي بحرية المتعاقد وما يؤدي إليه هذا المبدأ أمن أمكان استبعاد المسؤولية بموجب الشروط التعاقدية، وينحصر نطاق تطبيق تشريع عام ١٩٧٧ في معالجة مسؤولية المحترف، أي المسؤولية الناجمة عن الاخلال بالتزامات من يتعاقد لأغراض مهنية أو حرفية، ومع ذلك فأن تحديد معنى الاحتراف المقصود في هذا القانون كان مصدرًا لمشكلات عديدة، ويهتم القانون الانكليزي المنظم للشروط التعاقدية غير العادلة بتجديد مدى وحدود التي يستطيع فيها المتعاقد المحترف اشراط تقييد المسؤولية الناجمة عن الاحوال أو الاعفاء منه.

57- L. Fin-langer, op. cit, n°7, p.10 et 11.

٥٨- محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرق الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٨٨.

كذلك يهتم هذا القانون بتحديد مدى وحدود اشتراط الاعفاء أو تقييد من المسؤولية عن الاضرار الناجمة عن السلع والخدمات محل عقود الاستغلال ومن أهم ما يعالجه هذا القانون حضر التنفيذ أو اعفاء من مسؤولية المحترف حينما ينجم عن خطئه [٥٩]. ومن أهم ما ورد في هذا القانون ما جاءت به المادة (٢) وتقضي ((يجب ان تكون الشروط الواردة في العصور النمذجية شروط معقولة)) وبمقتضى هذا النص ان الشرط التعاقدي يجب ان يكون عادلاً ومعقولاً في ذوء التعاقد ومجموع شروط العقد، هذا ويقع عبأ اثبات معقولية ظروف الشرط على عاتق المحترف في عقود الاستهلاك أو في حرر العقد عندما يكون العقد نموذجًا [٦٠].

أما عن معايير تحقق اختلال التوازن العقدي في العقود الداخلية أو الدولية فيذهب الرأي الراجح في الفقه [٦١] إلى أن الاختلال في التوازن العقدي يعود إلى معيارين أولهما المزايا المفرطة التي يحصل عليها الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف وثانيهما هو قيام المحترف في ضوء نفوذه الاقتصادي والمهني باستغلال حاجة الطرف الضعيف.

أما المعيار الأول فهو معيار موضوعي مفاده ضرورة توفير مزايا غير معقولة فيها للمحترف تؤدي بالضرورة إلى اختلال التوازن بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد وهذه المزايا لا تكون نقدية فقد وإنما ينظر إليها الفقه بحسب الاثر الذي تخلفه في العقد وهو عدم التوازن بين الحقوق والتزامات اطراف العقد [٦٢]، وفي الواقع توجد صعوبة في تحديد العنصر الذي نقطة الانطلاق في تقدير الميزة المفرطة غير المعقولة لذلك يتساءل البعض حول آلية قياس الاختلال في التوازن بين الحقوق والالتزامات هل بالنظر إلى الشرط ذاته وضرورة كونه السبب في انعدام التوازن بشكل مباشر أم أنه يجب النظر إلى جميع بنود العقد والظروف المحيطة باطرافه لتحديد هذا الاختلال؟.

يرى جانب من الفقه [٦٣] يجب النظر إلى مجموع العملية التعاقدية والظروف التعاقدية المحيطة بأطرافه لتحديد هذا الاختلال وليس على الشرط التعسفي وحده.

أما المعيار الثاني لتحقق الاختلال في العقود فهو التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية والتقنية أو الفنية ويقصد بالنفوذ الاقتصادي والتقني المسبب للأختلال في التوازن العقدي هو ذلك التعسف الذي يسمح لأحد الاطراف بفرض شروطه على الطرف الأخر، فقد يلجأ الطرف القوي إلى استعمال وسائل

59- M. H. whincup , consumer hejislation in the united king dom , rin no strand company , London , 1980، P.122.

٦٠- حسين عبدالله الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن شروط التعسف، بحث منشور، كلية القانون، جامعة بغداد، ص٢٦٨.

٦١- موفق حماد عبد، الحماية العقدية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دارسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٩، ص١٩٩.

٦٢- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤،ص٤٠٦.

٦٣- منير البصري واحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعاقدية، بحث منشور على الانترنيت .http://droitcivil.over

غير صحيحة تؤدي إل استغلال الضعف الاقتصادي والتقني للطرف الضعيف وبالتالي يصبح عدم التوازن في العقد [٦٤].

ثانيا:- تحقق التوازن العقدي في ظل الاتفاقات الدولية:-

يحتل مبدأ التوازن العقدي دورًا حيويًا في تنظيم العلاقات التعاقدية الدولية بين الاطراف سواء في مرحلة تكوينه أم تغيره أو تحديد القواعد الواجبة التطبيق في حالة التنازع، إذ ان كل عملية تجارية دولية تقوم على التعادل أو التساوي في الالتزامات والحقوق بين الاطراف، وهو مبدأ تُلزم مراعاته عند تطبيق أو تغير القواعد القانونية المعينة بالعلاقات التعاقدية لما له من تأثير على كل من يتولى هذه المهمة.

وأهمية هذا المبدأ ينبع من كونه نهجاً التزمت به اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، مقتضاة لا تفضيل لطرف على طرف أخر، لكي لا يطغى احدهما على الأخر، فما من ميزة تقررها الاتفاقية لطرف إلا وتقرر ما يماثلها للطرف الأخر وما من واجب تفرضه على احد الجانبين إلا ويقابله واجب يساويه [٦٥].على الجانب الثاني يعود به التوازن بين لمركزين القانونيين، وتهدف من ذلك إلى منع اختلال التوازن العقدي في جميع مراحل العقد، ذلك الاخلال الذي يؤدي إلى حالة تكون فيها التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل مطلقًا مع ما حصل عليه هذا المتعاقدي من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقًا مع التزامات المتعاقد الآخر، فالتزامات الطرفين يجب ان تكون متوازنة عند تكوين العقد ويجب استمرار هذا التوازن خلال مرحلة التنفيذ أيضًا فإذا تبدلت الظروف الاقتصادية تبدلًا كبيرًا ترتب عليه ارهاق احد المتعاقدين واستفاد الآخر من هذا الارهاق فقد زال التوازن بين التزامات المتعاقدين وإلا اصبح المتعاقد مرهقًا مغبوناً واستفاد المتعاقد الآخر من هذا الغبن المتعاصر لتنفيذ العقد [٦٦].

وتبدو العلاقة بين مبدأ التوازن العقدي والمعقولية في قضاء التناسب، حيث بدأ القضاء التجاري ومنذ فترة تطبيق نوع من القضاء يسمى قضاء التناسب، ويقصد به بيان مدى ملاءمة القاعدة القانونية للمنافع الاقتصادية المتوخاة منها [٦٧].

ومن جانبنا نرى ان قضاء التناسب بطبقة القاضي او المحكم في مجال تقدير المعقولية، إذ يأخذ القاضي أو المحكم بنظر الاعتبار عند تقدير معيار المعقولية تحقيق مصالح الطرفين دون تغليب مصلحة طرف على اخر وتحقيق غرض العقد والحصول على المنافع الاقتصادية المتوخأة منها، فإذا ما اراد ان يعذر المدة المعقولة للتسليم ينظر إلى جانب المشتري تارة وجانب البائع تارة وأخرى، فإذا كانت البضائع ذات كميات كبيرة وتحتاج إلى حفظ بكيفية مناسبة أو انها تحتاج لمصروفات حفظ من البائع، فانه لا يعتمد على هذه المعطيات فقط عند تقدير المدة المعقولة.

٦٤- حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص٢٧٠.

٦٥- د.علي فوزي الموسوي، حماية الاقلية في القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية مجلد ٢٦، العدد الأول، ٢٠١١، ص١٣٦.

٦٦- د.حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص٢١٥.

٦٧- منى جعاز شياع، مصدر سابق، ص٢٧.

الفرع الثاني: تحقيق الاستقرار في التعامل

سنتناول في هذا المطلب الاقتصاد في الفسخ في فرع اول و ازالة المراكز القلقة في فرع ثانٍ.

اولا:- الاقتصاد في الفسخ:-

ان الاقتصاد في الفسخ يعني التوسط بين تنفيذ العقد وفسخه اي عدم الافراط في فسخ العقد او التفريط في تنفيذه، فهو خطاب يوجه للقاضي بأن يستعمل السلطة الممنوحة له ازاء طلب فسخ العقد بشكل متوازن بين الاستجابة لطلب الفسخ اذا ما وجد مبرراً له او رفضه والحكم بتنفيذ لأن ذلك يحقق الغاية من ابرام العقود كونه ينسجم مع القاعدة العامة وهي اصالة التنفيذ في العقود فهو يجري موازنة بين حق الدائن في طلب الفسخ وبين الزام المدين بالتنفيذ العيني للعقد.

وان الاقتصاد في فسخ العقد نضج وتبلور في رحاب عقود التجارة الدولية عموما وفي عقد البيع الدولي للبضائع الذي نظمته اتفاقية فيينا على وجه الخصوص، فهذه الاتفاقية على الرغم من اقرارها للفسخ بوصفه احد الجزاءات المترتبة على الاخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، ولكنها مع ذلك لا تنظر اليها بعين الرضا لأن نتائجه الاقتصادية في عقود التجارة الدولية اخطر منها في المعاملات الداخلية لأنه يدمر عقداً استنزف الوقت والجهد والمال في سبيل انعقاده وكذلك ما يترتب على اثره بأعادة مراكز المتعاقدين الى ما قبل ابرام العقد من اعادة البضائع بعد ارسالها وما يصاحب ذلك من نفقات النقل والتأمين وما يرافق ذلك من اجراءات ترافق دخول البضائع وخروجها مع قيام احتمالية الهلاك او التلف،لهذا لم تجز الاتفاقية الفسخ الا بشروط ثابته تحد من استعماله، كما انها مهدت الطريق لانقاذ العقد من الفسخ بعد وقوع المخالفة التي تبرره وذلك بأتاحة الفرصة لأصلاحها[٦٨].

فالمصالح المبتغاة من وراء ابرام العقد تتحقق بالأبقاء عليه و اكمال تنفيذه ولو مع اخلال يمكن جبره بالتعويض وذلك لان اللجوء للفسخ يعتبر جزءاً قاسياً يهدد العقد لا سيما في عقود التجارة الدولية الذي يستلزم انعقاده الدخول في مفاوضات شاقة ومكلفة، ممايترتب على الاستجابة للفسخ ضرورة اعادة البضائع بعد ارسالها و ما يصاحب ذلك من نفقات جديدة للنقل و التأمين وغيرها، مما يترتب عليه الحاق ضرر وخسارة بالمتعاقدين قد تتجاوز ما يلحقها لو قاما بتنفيذه، وما نسحب من ذلك على اقتصاديات الدول من ضرر جراء ذلك لا سيما مع حاجة الدول هذه لتوفير المواد الاولية لذلك نجد ان معيار المعقولية غالبا ما يجد مجاله الرحب في العقود طويلة الاجل لان اصحاب هذه العقود دائما يرغبون في الاستمرارية والحفاظ على تنفيذ العقد وسبب هذا المسعى بسيط للغاية فتنفيذ هذه العقود يمثل اهمية اساسية ليس فقط بالنسبة للأطراف بسبب مصالحهم المشتركة فحسب، بل بالنسبة للدول التي يعتبر الاطراف من رعاياها[٦٩].

٦٨- د.محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الاول،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٩، ص٣١٥.
٦٩- عبد المهدي كاظم ناصر، مصدر سابق، ص٧٤.

قاما بتنفيذه،وما قد ينسحب من ذلك على اقتصاديات الدولة من ضرر جراء ذلك لا سيما مع حاجة هذه البلدان لتوفير المواد الاولية لصناعتها والخدمات لمواطنيها [٧٠]، فيجب الاعتراف بأن اصحاب العقود الطويلة الاجل غالباً وان لم يكن دائماً راغبون في الاستمرارية والحفاظ على تنفيذ علاقاتهم التعاقدية وسبب هذا المسعى بسيط للغاية فتنفيذ هذه العقود يمثل اهمية اساسية ليس فقط بالنسبة للأطراف بسبب مصالحهم المشتركة فحسب،بل بالنسبة للدولة التي يعتبر الأطراف من رعاياها[٧١].

وهذا ما دفع رأي في الفقه الى وصفه بأن اختياره يعد الحل الأعنف الذي يسبب دمار العقد وما ينتج عنه من أثر يزلزل المراكز القانونية التي انشأها العقد وذلك بإعادة المتعاقدين الى وضعهما قبل التعاقد، ويزداد الأثر المدمر للفسخ كلما تراخى وقوعه الى وقت يكون فيه المتعاقدان قد قطعا شوطاً بعيداً في التنفيذ ولا يخفى ما يصحب هذا من نفقات ومشقات لا سيما في اطار التجارة الدولية،ولهذا فأن الفسخ ابغض الحلال في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠ وهو يفسر سعيها الحثيث للحد من استعماله وتضيق أثره[٧٢]،ولا يعني ان التصور المتقدم ينحصر بالعقود الدولية فقط،بل يمتد ايضاً للعقود الداخلية التي اصبحت ذات اهمية كبيرة لا يستهان بها لاقتصاديات الدولة كعقود الاستثمار على المستوى الوطني،وان كان اثره في العقود التجارة الدولية اكثر وضوحاً.

ثانيا:- ازالة المراكز القلقة:-

ان الثقة بين طرفي العقد والطمأنينة الى قدرة كل منهما على تنفيذ ما التزم به هي من الاسس التي تقوم عليها التجارة الدولية، ولعنصري الثقة والطمأنينة اهمية في البيوع التي تجري عادةً بين غائبين يتفاوضان ويتعاقدان بالمراسلة[٧٣]، حيث يعتمد كل منهما على حسن نية زميلهم ومكانته ومركزه الاقتصادي، فإذا حدث أثناء التنفيذ ما يقوض هذه الثقة بوقوع خلل في أعمالٍ احدهما تنذر بعجزه في تنفيذ إلتزامه فانه يكون من الافضل المبادرة الى اخراج الطرف الآخرمن المأزق بتمكينه من وقف تنفيذ إلتزامه أو فسخ العقد أو طلب ضمانات،وقد ورد هذا المبدأ بموجب المادة ٢٨ يجوز لكل من الطرفين ان يوقف تنفيذ الازمات إذا تبين بعد إنعقاد العقد ان الطرف الآخر سوف لا ينفذ جانباً مهماً من إلتزاماته:

أ- بسبب وقوع عجز خطير في قدرته على تنفيذ هذا الجانب من اللتزاماته، او بسبب اعساره.

ب- بسبب الطريقة التي يعدها في تنفيذ العقد او التي يتبعها فعلاً في تنفيذه.

٧٠- د. خالد احمد عبد الحميد،مصدر سابق،ف١٤،ص٢٧.

٧١- فالدولة المستهلكة (المستوردة تكون بحاجة الى المواد الأولية لاستمرار عملها في القطاعات الأخرى والدول المنتجة او المصدرة غالبا ما تحرر العقد بناءً على خطة تنمية اقتصادية في عملية استثمار صناعي منظم،انظر:

Dr.Mohamed Fahmy EI.Gohary. La crisefinanciere et econmiqueactulle et les problemes de hardship dans les eontractsintenationaoxdurer.dar AI-Nahda AI-Arabia.Caire،2009 ,p 3.

٧٢- د. محسن شفيق،مصدر سابق،ص١٧٠.

٧٣- المحامي محمد هيثم الدباغ، اتفاقية فيينا والحد من حالات فسخ العقود، ط ١، دار الجيل العربي، الموصل، ٢٢١٢، ص٢.

كما وورد في المادة ٢٢ من الاتفاقية بالنص على انه يجب على الطرف الذي يريد الفسخ، إذا كان الوقت يسمح له بذلك، ان يوجه الى الطرف الآخر اخطاراً بشروط معقولة تتيح له تقديم ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ إلتزامه.

كما إن الاتفاقية وفي نصوص متفرقة اشارت الى بعض المعايير التي يمكن الاستناد اليها عند التقدير وهي، نية الطرفين والشخص المعقول او السوي الادراك، وجميع الظروف المتصلة بالحالة كالمفاوضات[٧٤].

والجدير بالذكر يجب ان لا يتعارض هذا المبدأ مع مبدأ احترام إرادة المتعاقدين. تتميز قواعد الاتفاقية المذكورة بالصفة غير الآمرة فضلاً عن تكريسها لأعراف وعادات التجارةالدولية فالقواعد المكونة لها تجد مصدرها في بنود العقد ذاته وفي العادات والاعراف التجاريةالدولية Lex Mercatoria بالاضافة الى المبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة وقواعدالعدالة فضلاً عن قضاء التحكيم ويترتب على ذلك سمو الإ اردة على قواعد الاتفاقية.وهذا المبدأ من أهم المبادئ التي ترتكزُ عليها الاتفاقية على وجه الاطلاق ويتجسدُ فيالعلاقة بين البائع والمشتري والتي تجدُ اساسها في العقد، حيث جعلت الاتفاقية لإرادةالمتعاقدين الغلبة في التطبيق على نصوص الاتفاقية ذاتها، فقد يتفقا على التقيد بأحكام المادة(٦) والتي تنص على انه (يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة(١٢)مخالفة نص من نصوصها أو تعديل اثاره) فإذا اتفق المتعاقدان على اختيار تطبيق قانون ما واستبعاد الاتفاقية بموجب المادة(٩) منهافإن المحكمة لا تعتبر الاتفاقية قابلة للتطبيق فلم تفرض الاتفاقية احكامها على المتعاقدين فبالبيع بل جعلت اغلب نصوصها من النوع التفسيري المكمل لارادة المتعاقدين لتكون لها حريةمخالفتها أو تعديل بعض آثارها ما عدا مادة واحدة وهي المادة(١٢) التي أشارت بموجبها الى عدم جواز مخالفة أو تعديل آثار نص المادة (٩٦) ويعد هذا النص بذاته من النصوص الآمرة التي لايجوز الاتفاق على مخالفتها لانه يؤكد حق الدول المنضمة الى الاتفاقية في التحفظ على بعض نصوصها، ويترتب على هذا المبدأ نتيجتان:-

١- امكانية الاتفاق على تقصير المدة:- طبقاً لمبدأ احترام إرادة المتعاقدين يمكن للطرفين تحديد ميعاد للضمان المنصوص عليه في العقد يتعارض مع ميعاد السنتين المنصوص عليه في م٣٩\٢ (فإذا اتفق الطرفان على مده اقل فالعبرة بالاتفاق ولا يطبق ميعاد السنتين الوارد في الاتفاقية)[٧٥].ويظهر في سابقة قضائية صادرة من هيئة تحكيم غرفة تجارة ستوكهولم في السويد ان للأطراف الاتفاق على إنقاص مدة السنتين والاتفاق على ان تكون ١٢ شهراً[٧٦].

٧٤- د.طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ١٥٩

٧٥- تنص م ٣٩\٢من الاتفاقية(وفي جميع الاحوال، يفقد المشتري حق التمسك في العيب في المطابقة إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة اقصاها سنتان من تاريخ تسلم المشتري البضائع فعلا، إلا إذا كانت هذه المدّة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها العقد)

٧٦- القضية كلاوت رقم ٢٣١ المنظورة امام هيئة تحكيم غرفة تجارة ستوكهولم، السويد، ٤ كانون الثاني ١٨٨٩ منشورة باللغة الانجليزية في:

Uncitral digest of case law on the united nations convention on contracts for the international sale of good _ 2012 ed _ p 33

٢- امكانية الاتفاق على تجاوز المادة(٣) سنوات:-يجوز ايضاً للأطراف ان يتفقا صراحةً على مدة للضمان في العقد تزيد على مدة السنتين المنصوص عليها في م ٣٩ من الاتفاقية، فإذا تضمن العقد شرطاً يقضي بضمان البائع لكل عيب او لعيوب معينة تزيد على مدة السنتين فإن هذا الشرط هو الذي يطبق، ويظل البائع ضامناً للعيب للمدة المنصوص عليها في العقد وذلك بموجب المادة(٦) من الاتفاقية والتي تجيز للطرفين الاتفاق على ما يخالف اي نص من نصوصها او تعديل آثاره [٧٧].فإذا اتفق الطرفان على مدة أطول فالعبرة باتفاق الطرفين وتطبيقاً لذلك قضت احدى محاكم التحكيم اللاطراف الاتفاق على زيادة مدة السنتين المنصوص عليها في المادة (٣٩).

ويتفق القانون العراقي في هذا المضمار مع الاتفاقية حيث جعل الإرادة التعاقدية تسموعلى نصوص القانون، إذ نص مشرع قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في المادة (٢٩٥) منه على (تسري الاحكام العامة الواردة في هذا الفصل على البيوع الدولية المنصوص عليها في هذا الباب، وللطرفين ان يتفقا على احكام غيرها إذا اقتضت ذلك ظروفهما الخاصةاو متطلبات التعامل الدولي واكدت م ٢٩٧ منه على (يجوز للمتعاقدين فيما يتعلق بالشروط التفصيليه للبيع ان يحيلا الى احد عقود البيع النموذجية).

الخاتمة

توصلنا من خلال البحث في دراستنا الموسومة (دور المعقولية في العقود) يجب علينا ان نؤشر اهم ما توصلنا إليه من نتائج وأهم ما نراه من توصيات وعلى النحو الآتي:

أولًا:النتائج

١. إنَّ المعقولية ومن خلال دراستنا لمفهومه أنه يتمثل بكونه موجه عام يضع الخطوط العريضة التي توجه سلوك الاشخاص وتتيح للقضاء عند تطبيقها سلطة تقدير واسعة عند اعمال النص التشريعي نتيجة مرونة مصطلحاته، وتنوع الحلول التي يسمح بتطبيقها كذلك قابليته الواسعة على التكييف مع الاوضاع المستجدة.
٢. ان معيار المعقولية لا يجد مجالاً رحباً للتطبيق في اطار النص القانوني الجامد لذلك بشرط فيه ان لا يتعارض مطلقاً مع النص القانوني الجامد، وبالعكس من ذلك فأن القاعدة المرنة تقترب من طبيعة معيار المعقولية لأنه يمثل معايير مرنة تتناسب مع الحالات الفردية، لذلك فأن معيار المعقولية يجد في تطبيق القواعد القانونية المرنة مجالاً واضحاً لتطبيقه.
٣. ان اتصاف المعقولية بالمرونة يعني أنها قابلة للتشكيل والتغيير مع متغيرات الحياة، لذلك يجب على القاضي عند تطبيق معيار المعقولية ان يسترشد بظروف كل واقعة على حدة وفقاً لطبيعتها الخاصة فمعيار المعقولية بتغير وفق ظروف كل حالة، لذلك يشرط في هذا المعيار التكييف دائماً مع الحياة

٧٧- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢١٤

الاجتماعية المتغيرة ليجعلها لا تحتاج إلى تدخل تشريعي مستمر كلما جد في الحياة جديد، وبالتالي فأن هذا المعيار يساير التغيير والتطور والانتقال من حالة الى اخرى وتقدير ظروف كل حالة على حدة.

٤. توصلنا إلى ان الطبيعة القانونية تتجسد في كونه معيار قانوني وذلك لأنطباق خصائص المعقولية والمتمثلة في اعتبار المعقولية مطلق من حيث الموضوع والمساحة التي يمكن ان يعمل فيها وكذلك الصفة المرنة التي يترك فيها المعيار مساحة من التقرير للقضاء لغرض الاستجابة لمقتضيات الانصاف كذلك الحال بالنسبة للعموم.

٥. توصلنا كذلك الى ان المعقولية معيار موضوعي وذلك لأن المعقولية تستند إلى آراء العقلاء في مسألة معينة، وان الشخص العاقل هو مجرد افتراض، وبالتالي فمن غير المنطقي ان تراعى الظروف الشخصية وثقافة كل شخص من العقلاء حسب ما يقتضيه المعيار الشخصي عند الحكم على حالة معينة، كذلك انها ذات صفة اصلية كاشفة للحكم.

٦. توصلنا كذلك إلى ان المعيار المعقولية دور في نطاق اثناء الالتزامات من جراء العقود الرضائية وهذا ما لا يمكن تصوره في مجال العقود الشكلية، ذلك لأن العقد الشكلي يعتبر الشكل فيه ركناً من اركانه لا يقوم بدونه وبالتالي فلا يمكن ان ينعقد العقد الا بايجاب وقبول مستوفيات الشكل المحدد.

٧. توصلنا من خلال البحث إلى ان القاضي عند تطبيقه معيار المعقولية لابد ان يكون عنده نص صريح يدل على معيار سواء كانت الاشارة بنص مطلق أو متأخرة عن اتفاق أو يكون مقيد يفيد وأيضاً يجب عليه ان يراعي طبيعة الالتزام العقدي وظروفه الموضوعية والشخصية.

٨. كذلك خلصنا إلى ان القاضي وهو في صدد اعمال معيار المعقولية تصفه بعض الوسائل منها قانونية واخرى فنية تساعده في تطبيق هذا المعيار منها القرائن القانونية والخبرة حيث تؤدي هذه الوسائل بالقاضي للوصول الى تطبيق هذا المعيار.

٩. كذلك توصلنا إلى ان الاثر المهم الذي يترتب على معيار المعقولية يتجسد في تحقيق التوازن العقدي، وذلك بأن يقف القاضي على مصلحة الطرفين المتعاقدين ويوازن بينهما، ويقصد بالتوازن الموضوعي أو المالي للعقد ان تكون حقوق والتزامات الاطراف وقت ابرام العقد قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة مالياً، ولا يقصد بالتوازن المالي المساواة الحسابية بل هي تلك المعادلة الشريفة بين الحقوق والالتزامات.

ثانيًا: المقترحات

١. نقترح على المشرع العراقي ان يتبنى مفهوماً واسعاً للمعقولية وبشكل صريح يقطع الشك أو الخلاف حول هذه المسألة، وذلك بأن يبين ضوابط تطبيق هذا المعيار بشيء واكثر تفصيلاً.

٢. نقترح على المحاكم العراقية بان تبين الالية التي تتبناها في الحكم بموجب هذا المعيار وان تشير بشكل واضح وصريح الى هذا المعيار ونبتعد عن العبارات غير الواضحة على اعتبارها جهة مفسرة للقانون.

٣. نظراً لما يؤديه هذا المعيار من دور مهم في المحافظة على الروابط العقدية، نقترح ان يتولى المشرع العراقي وضع عام ينظم هذا المعيار يجمع احكامه المتناثرة على النصوص المتفرقة، وذلك بأيراد نص على النحو الآتي (إذا ما طرأ على حياة العقد أمراً يخل بتوازنه أو يهدد استقراره كأن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته أو ينفذها تنفيذاً ناقصاً أو معيباً جاز للمحكمة ان تلجأ إلى المعقولية لغرض المحافظة على حياة العقد في حالة تحقق ضوابطها).

٤. يجل على القاضي وعند اللجوء إلى تطبيق معيار المعقولية ان يتأكد من وجود نص قانوني يجيز له ذلك بالاضافة إلى مراعاة طبيعة الالتزام العقدي وظروفه المحيطة.

المصادر

اولا:- الكتب القانونية

١. ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، الجزء الرابع، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠.

٢. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٣. انظر د.حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شرط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٤. د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول في مصادر الالتزام،ط ٥،مطبعة نديم،بغداد.

٥. د.عبد المجيد الحكيم، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

٦. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، بغداد، ١٩٩٣.

٧. د. غازي عبد الرحمن ناجي،التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه،دار الحرية للطباعة،بغداد،١٩٨٦.

٨. د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، ١٩٧٩.

٩. د.حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل الشروط التعسفية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

١٠. د.رمضان أبو السعود، المبادئ الاساسية في القانون، منشأة المعارف،١٩٩٦.

١١. د.سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٩٨.

١٢. د.سليمانمرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦.

١٣. د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، ١٩٦٧.

١٤. د.عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، أ.م.محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، بلا مكان وسنة طبع.
١٥. د.عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد، رسالة ماجستير قدمت إلى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٧.
١٦. ضمير حسين ناصر، منفعة العقد والعيب الخفي – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والادبية، لبنان، ٢٠٠٩.
١٧. عادل جبري محمد، وسائل الضغط الدفاعية واثرها في تحقيق التوازن العقدي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
١٨. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
١٩. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، ١٣، بغداد، ١٩٨٦.
٢٠. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرق الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٢١. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
٢٢. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة جامعة بغداد، ايلول ١٩٧٩.
٢٣. وليد خالد العطية، التنفيذ على حساب المدين عن طريق ابرام صفقات بديلة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٧.

ثانيا:- الاطاريح والرسائل

١. بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه السلامي، رسالة دكتراه، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة.
٢. د.عصمت عبد المجيد بكر، أطروحة دكتوراه، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، كلية القانون – جامعة بغداد،سنة ١٩٧٨.
٣. سليمان براك الجميلي، الشرط التعسفية في العقد، دراسة مقارنة،اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٢.
٤. فارس حامد، فكرة المعيار في القانون، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.
٥. د.وسن قاسم الخفاجي، ايقاف التنفيذ المؤقت في العقود، اطروحة دكتوراه، بغداد، ٢٠٠٦
٦. عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ط١، ١٩٧٤
٧. موفق حماد عبد، الحماية العقدية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دارسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٩

٨. فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، بغداد، ١٩٦٠.

ثالثا:-البحوث

١. حامد زكي، التوفيق بين الواقع والقانون، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الاول، مطبعة الرغائب، ١٩٣٢.
٢. د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق،السنة الاولى، العدد الثاني، ١٩٨٧.
٣. منير البصري واحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعاقدية، بحث منشور على الانترنيت http://droitcivil.over.
٤. د.حسين عبدالله الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد ٢٦، العدد الثاني، ٢٠١١.
٥. د.علي فوزي الموسوي، حماية الاقلية في القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية مجلد ٢٦، العدد الأول، ٢٠١١.

رابعا:- القوانين

١- القانون المدني الجزائري رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٥.
٢- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.
٣- قانون الاستهلاك الفرنسي ٩٤٩/٩٣ في ٢٦ تمور /١٩٩٣ المعدل بقانون ١/شباط / ١٩٩٥ رقم ٩٥-٩٦.
٤- قانون حماية المستهلك في مصر رقم ٧ لسنة ٢٠٠٦.
٥- قانون حماية المستهلكفي العراق رقم (١) لسنة ٢٠١٠.
٦- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.