جامعة المنصورة
كلية الحقوق
الدراسات العليا
قسم القانون المدني

تكوين العقد المعدل بإرادة أطرافه

مستخرج من أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراة في الحقوق

إعداد الباحث

علي حسين دويح

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور / محسن عبد الحميد البيه

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق- جامعة المنصورة

١٤٤٢هـ/ ٢٠٢١م

المقدمة

إن فكرة تكوين العقد المعدل تفترض وجود عقد صحيح وفي مرحلة التنفيذ، يتفق المتعاقدان على إعادة النظر في الالتزامات المتبادلة بينهما، سواء في المسائل الأساسية أو الثانوية، لتتناسب مع الظروف الجديدة، وذلك بتعديل بعض الالتزامات واستبدالها بأخرى يتفقان عليها، لذا فإن كان للطرفين سلطة إبرام العقد الأساسي، يمكن لهما أنشاء عقد جديد معدلاً لعقدهم الأساسي، بمقتضى إرادتهما طبقًا لمبدأ سلطان الإرادة، ولهم الحرية في توقع الصعوبات التي تواجه عقدهما في مرحلة التنفيذ، وثم إيجاد الحلول التي تناسبهما، بواسطة عقد معدل يسمح بإعادة التوازن العقدي والانتقاص من حدة الظروف في حدود مضمون العقد، ودون تضرر أحد الطرفين.

للإرادة الحرة أن تنشأ ما تشاء من الأثار في العلاقات التعاقدية تطبيقً لمبدأ سلطان الإرادة، ويعد هذا المبدأ اتفاق إرادتين غايتهما أنتاج أثار قانونية، لذا يكون تكوين العقد المعدل بإرادتين وكل ما اتفق بشأنه من شروط وعناصر صحيحة تأخذ مكانة القانون من حيث القوة[١].

أن التزام أطراف العقد بمراعاة حسن النية في تنفيذ العقد، يؤدي إلى سد جميع الثغرات التي تظهر بعد إبرام العقد الأساسي وأثناء التنفيذ، ويجد أطراف العقد أنفسهم أمام التزامات لم يكن قد تم النص عليها في العقد الأساس، والهدف من تلك الالتزامات الجديدة التي يتضمنها العقد المعدل، تنفيذ العقد وإزالة كل عائق يظهر بعد إبرام العقد ويؤثر على تنفيذه، ويمكن التغلب عليها من خلال تطبيق مبدأ حسن النية، الذي يفترض وجود النزاهة والاستقامة والتعاون، كمعايير أساسية للسلوك التعاقدي(٢)، إلا أن مرونة المبدأ التجاري في العقود الحديثة، أظهرت عدم المساواة حيث اصبح العقد ناتج عن إرادة الطرف المسيطر اقتصاديًا، الذي يؤدي إلى أن يفقد العقد منفعته الاجتماعية، والوسيلة لمعالجة هذا الخلل هو إعادة النظر في مضمونه، من خلال عقد معدل للعقد الأساسي بمقتضى مبدأ حسن النية، لذا نقسم هذا البحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول لمبدأ سلطان الإرادة، والمطلب الثاني إلى مبدأ حسن النية.

أهمية البحث:

تتأتى أهمية البحث من تعاظم أهمية مبدأ سلطان الإرادة في تحديد الالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد، كما أن القاضي ملزم باحترام العقد ولا يجوز له تغير مضمونه أو تغيير الشروط

---

(١) عابد فايد عبد الفتاح، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٦.

(٢) احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٣٢٤.

الملحقة به، فمن يتملك هذا الحق هم أطراف العقد منّ يمتلك حق الأنشاء يمتلك حق التعديل، لذلك متى ما أصبح العقد نافذًا لا يمكن تعديله إلا باتفاق الطرفين نزولًا على مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنّ القوانين الحديثة أجازت التدخل في العقود لتحقيق التوازن، التي قد تكون متوازنة عند أنشائها، فكل عقد يتضمن شرطًا ضمنيًا غرضه أن االلتزام المتبادل بين المتعاقدين لا يبقى إلا إذا بقت الظروف الاقتصادية التي تم في نطاقها العقد، لذلك وتطبيقًا لمبدأ حسن النية التزام أطراف العقد بإعادة التوازن للعقد عند اختلال التوازن عن طريق عقد معدل يتكون بإرادة أطراف العقد الغاية الأساسية منه إعادة التوازن إلى العقد الأساسي، ويكون متعايش معه برابطة عقدية الهدف الأساسي منها الحفاظ على استمرارية تنفيذ العقد.

نطاق البحث:

حددت القوانين المقارنة تعديل العقد الذي يمثل الأساس القانوني لتكوين العقد المعدل، بإرادة أطرافه أو بمقتضى القانون، لذا يتحدد نطاق درستنا في هذا المبحث بإرادة الأطراف في تكوين العقد المعدل والقيود الواردة عليها، وضمن أطار مبدأ حسن النية كوسيلة لتكوين العقد المعدل الذي بمقتضاه يتم تعديل العقد الأساسي في مرحلة تنفيذ العقد، والمحافظة على استمرار الرابطة العقدية بينهما.

منهجية البحث:

اتجهت الدراسة في هذا المبحث منهجًا علميًا تحليلًا مقارنًا للقوانين المقارنة الفرنسي والمصري والعراقي، لتكون عونًا للمشرع في تنظيم تشريع ينظم إعادة التوازن للعقد عند اختلال التوازن فيه في مرحلة التنفيذ، بناءً على إرادة أطراف عندما يصبح العقد مرهقًا إلى أحد الأطراف وفق مبدأ حسن النية.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في مدى أمكانية أطراف العقد في تعديل االلتزامات المتبادلة بينهما، بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة التي تنشئ ما تشاء من التزامات وتعديل تلك االلتزامات بمقتضى نظام قانوني ينظم تعديل العقد بعقد جديد إضافة إلى العقد الأساسي بين المتعاقدين في أطار مبدأ حسن النية في تنفيذ االلتزامات ضمن رابطة عقدية تضم العقد الأساسي والعقد المعدل.

المطلب الأول

مبدأ سلطان الإرادة

إن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي أساس العقد، إذ تنشأ وتقيم العقد من جهة، وتحدد أثاره من جهة أخرى، وهو ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة[٣]، الذي يعد نتاج المذهب الفردي السائد في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، مؤيداً بالنظريات الفلسفية المشبعة بالروح الفردية، التي تمجد الإرادة وتجعل منها مصدراً للالتزامات الناشئة عن العلاقات التعاقدية التي توجب احترام حرية التعاقد، والقوة الإلزامية الناتجة عنها، وبذلك اصبح مبدأ سلطان الإرادة، مبدأ ثابتاً في اغلب النظم القانونية[٤]، على اعتبار أن الإرادة وحدها كافيه لتكوين العقد استناداً إلى المبدأ الرضائية، وكذلك تمتع المتعاقدين في إبرام ما يشاؤون من عقود وتضمينها من شروط، كما لهم الحرية في تحديد الأثار المترتبة على العقد، وبذلك تصبح الإرادة قانون صاحبها ومصدر القوة الملزمة للعقد.

إلا أنّ ظهور المذهب الاجتماعي الناقد لمبدأ سلطان الإرادة، الذي أعتبر الفرد جزء لا يتجزأ من المجتمع الذي يقوم على أساس التضامن، وتحقيق المصلحة العامة التي تسيطر على الإرادة، وأن تكون لها الحرية بقدر ما يتفق مع المصلحة العامة فالعقد يعد من النظم الاجتماعية، التي تحقق المساواة بين الأفراد، لذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول إلى مفهوم مبدأ سلطان الإرادة، والفرع الثاني إلى القيود التي ترد على سلطان الإرادة.

---

(٣) محمد حسن منصور، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص١٦.

(٤) أطروحة (Gounot) في عام ١٩١٢ التي كان موضوعها نقد مبدأ سلطان الإرادة هي التي قدمت هذا المبدأ كنظام متماسك يتيح الإتيان بمبادئه المشتقة من الحرية الفردية والقوة الملزمة للعقد والأثر النسبي للعقد كجواب أجمالي على مختلف الأسئلة التي يطرحها النظام القانوني للعقد، وأبرزت الأطروحة إلى النور المبادئ الثلاثة التي تسوس قانون العقد والمشتقة من سلطان الإرادة وهي الحرية التعاقدية، القوة الإلزامية للعقد، مفعوله النسبي.
Morin(G), La désagrégation de la théorie contractuel da droit, 1940, p7

الفرع الأول

مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

إذا كان العقد يتكون أساساً على الإرادة وما تتمتع به من سلطان، فأن ذلك يعد تعبيراً عن مبدأ سلطان الإرادة، وهذا المبدأ الذي يعني أن الإرادة صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد وتحديد آثاره[٥].

فللإرادة الحق في أنشاء ما تشاء من العقود، كما لها الحق في تحديد أثار تلك العقود، ولا تتقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد من العقود، وإنما يكون لها بما لها من سلطان في تحديد هذه الآثار سواء من خلال تضييقها أو توسيعها كما يكون لها الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، أي تعديل التزامات العقد بعد إبرامه أو في مرحلة تنفيذ العقد[٦].

لذا نجد أن مبدأ سلطان الإرادة يعني توافر أمرين معاً أولهما أن الإرادة وحدها كافية لأنشاء التصرف القانوني دون الحاجة إلى إفراغ هذا التعبير بشكل معين، والأمر الثاني أن الإرادة وحدها هي التي تحدد االلتزامات الناشئة عن التصرف الإرادي[٧]، وبذلك تظهر الأهمية الكبيرة لمبدأ سلطان الإرادة في مرحلة تنفيذ العقد، حيث أن جميع االلتزامات التي يلتزم بها المتعاقدين، يتم المطالبة بتنفيذها على أساس توفر مبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما تم النص عليه بصورة غير مباشر في اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠، حيث نصت المادة (٦) على أنه " يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة (١٢)، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل أثاره[٨].

---

(٥) عماد الدين الشربيني، الشخص القانوني (علاقته، حقوقه، التزاماته) مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٣، ص٢٢٢.

(٦) رمضان محمد أبو السعود، مبادئ االلتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعي، بيروت، ١٩٧٣، ص٢٥.

(٧) السيد عبد الحميد فوده، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦، ص١٤.

(٨) محمد صلاح عبد الله، النظام القانوني لتنفيذ العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٦، ص٢.

لذا نجد أن الاتفاقية ومن خلال المادة (٦) منها، وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة قد أعطت للمتعاقدين الحق في تعديل التزاماتهم التي نص عليها في العقد بينهما، فيمكن بالتالي أعادة ترتيب االلتزامات المتبادلة، وكذلك إعادة تحديد المخاطر[٩]، ويمكن أن يكون العقد المعدل أداة لزيادة فعالية العقد، مما يجعل التنفيذ سهلاً، ويحقق الفائدة المتبادلة للطرفين[١٠]، ويتفرع من مبدأ سلطان الإرادة، مبدأين وهما مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد، على درجة من الأهمية، ندرسهم على النحو الاتي:

أولاً: مبدأ الحرية التعاقدية.

إن لحرية التعاقد في ظل النظام القانوني مكانة ودور كبير في الحياة القانونية، لأنها تعد من أهم مصادر االلتزامات في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وكذلك مصدر لحق الأطراف بإعادة النظر في الرابطة العقدية بينهما بمقتضى عقد معدل، يعدل االلتزامات المترتبة بينهما في العقد الأساسي، نجد أن مظهر حرية التعاقد يتجسد في حرية الأطراف في إبرام عقد معدل لعقدهم الأساسي.

أن فكرة الحرية التعاقدية ناتجة عن مبدأ سلطان الإرادة، الذي يحتوي على بعدين أساسين، وهما البعد الموضوعي، الذي يقضي بحرية المتعاقد في إبرام العقد أو عدم إبرامه، ويتضمن حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد والشروط الملحقة به، كما يجوز تحت تفسير الحرية التعاقدية لأطراف العقد بإعادة التفاوض فيما بينهما إعادة تحديد نطاق االلتزامات المتبادلة، وبذلك تكون الحرية التعاقدية تحكم كل مرحلة من مراحل التعاقد، وترتبت نتائج مهمة على ذلك تمثلت بالآتي:

١. لكل طرف في أن يتعاقد أو لا يتعاقد.
٢. إذا تم التعاقد فإن الأطراف أحرار في تحديد شروط تعاقدهم في حدود النظام العام.
٣. كما لهم الحرية في أن ينشؤا عقود أخرى إلى جانب العقود التي نظمها القانون[١١]، مثالها محل دراستنا العقد المعدل.

---

(٩) '' allowing reconstructing may facilitate the reallocation of initially efficiently assigned risks. Vaurouj A. Aivazian, op, cit, p151.

(١٠) '' in a regime that allows contract modifications to induce an optimal initial level of mutually advantageous contracts''. Vaurouj A. Aivazian, op, cit, p190.

(١١) محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية، بدون دار نشر، ٢٠١٨، ص٥١.

تمثل هذه النتائج مضامين الحرية التعاقدية من الناحية الموضوعية، إما من الناحية الشكلية لحرية التعاقد، ففي ظل حرية التعاقد يغُلب مبدأ الرضائية فيصبح العقد مبرماً لمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون الحاجة إلى شكل أخر(١٢).

إن الحرية التعاقدية لا تفرض على المتعاقدين فقط، بل تمتد إلى القاضي حيث إذا كان مضمون العقد واضحاً، لا يجوز للقاضي التدخل لتفسير مضمون العقد، ألا إذا كان مضمون العقد غامضاً، بإمكان القاضي تفسير العقد وذلك بالرجوع إلى الإرادة الضمنية، إذ لا يجوز له أن يعطي للعقد المعنى الذي يود أن يكون له، وإنما المعنى الحقيقي للعقد، وليس له أن يعدل العقد تحت ستار التفسير(١٣).

لذا نجد أن الحرية التعاقدية ماهي ألا وسيلة أو أداة ترتبط بالغايات المقصودة منها، فعندما يعبر أحد أطراف التعاقد عن إرادته وفقًا لحرية التعاقد هو لا يرتبط فقط مع من تعاقد معه، وإنما أنشاء رابطة عقدية مكونة من العقد الأساسي والعقد المعدل.

ثانياً: مبدأ القوة الإلزامية للعقد.

يعد مبدأ سلطان الإرادة مصدراً لقوة االلتزامات الناشئة عنها، وظلت الإلزامية مقترنة بالعلاقات التعاقدية، وأثر مباشر لها، فأن دور الإرادة لا يقتصر على تكوين العقد، وإنما يمتد إلى الآثار التي تترتب عنها، وعليه فأن الإرادة وحدها هي التي تحدد الآثار المترتبة عن العلاقات والروابط القانونية الناشئة بين الأفراد، أي بمجرد انعقاد العقد بصورة صحيحة، وجب على أطرافه أن ينفذوه كما لو كان قانوناً، لذلك لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينقضه أو يعدل أحكامه بصورة منفردة(١٤)، لذا فأن القوة الملزمة هي التي تمنع أحد الأطراف من تعديل العقد، وتفرض أن يكون التعديل بالإرادة المشتركة، أي أن العقد ملزم لأطرافه وتكون الإلزامية صفة ملازمة للعقد المبرم، متى ما نشأت بصورة صحيحة وغير مخالفة للنظام العام، وفي حالة النزاع بين الطرفين فأن القاضي يعمل على تطبيق االلتزامات

---

(١٢) بالطيب محمد البشير، الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٧، ص٨.

(١٣) حازم اكرم صلال، أثر الإرادة الباطنة في العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط١، لبنان، طرابلس، ٢٠١٩، ص١٤٩

(١٤) عابد فايد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص١٦.

والشروط المتفق عليها كما لو كانت قانوناً، ولا يحق له نقض أو تعديل أو تغيير في العقد، وتقتصر مهمة القاضي على تفسير نية الطرفين والكشف عنها، فلا يجوز له أن يغلب إرادته[١٥].

كذلك لا يستطيع القاضي أن يلزم أي من المتعاقدين بعدم تنفيذ العقد برمته بحجة عدم اتفاقه مع قواعد العدالة، وذلك لأن قواعد العدالة لا يمكن أن تطغي على ما أتفق عليه المتعاقدين، ولا يمكن أن تنسخها أو تعدلها، وهذا لا يعني عدم مراعاة قواعد العدالة بل لا يمكن للقاضي مراعاتها فقط في حالة تفسير العقد[١٦].

لم يعد مبدأ سلطان الإرادة مبدأ مطلقاً في الوقت الحاضر، كما كان عليه في بداية القرن العشرين، نتيجة لتطور النشاط الاقتصادي وتطور نظام العولمة وتطور وسائل الاتصالات، وخاصة شبكة الاتصالات العالمية (الإنترنت)، وظهور وانتشار العقود الإلكترونية، بدأ مبدأ سلطان الإرادة يأخذ أنماطاً جديدة لم تكن مألوفة عندما شرع التقنين المدني في القوانين المقارنة القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي[١٧].

ألا أن المشرع الفرنسي ومن خلال تعديله للقانون المدني بموجب قانون رقم (١٣١ لسنة ٢٠١٦)، قد أكد على مبدأ سلطان الإرادة في المواد القانونية (١١٠٢ إلى المادة ١١٠٤)، حيث نصت المادة (١١٠٢) على أن " كل شخص حر في التعاقد وعدم التعاقد، وفي اختيار من يتعاقد معهم، وفي تحديد مضمون وشكل العقد، في الحدود التي يقررها القانون" وكذلك المادة (١١٠٣) تنص على أن " العقود المكونة بطريقة قانونية تقوم مقام القانون بالنسبة لمن أنشاؤها، وأيضاً ما نصت عليه المادة (١١٠٤) " العقود يجب التفاوض بشأنها، وأن تنشأ وتنفذ بحسن نية ويعتبر هذا الحكم من النظام العام"[١٨].

أما الشريعة الإسلامية ومنذ بدأ وجودها، أولت مبدأ سلطان الإرادة الأهمية الكبيرة، لما نصت علية بحرية التعاقد في مجال التعاملات، ويرجع ذلك ألا إن القوة الملزمة في هذه الشريعة تستند إلى

---

(١٥) محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص٥٢.

(١٦) محمد صلاح عبد الله، المرجع السابق، ص٥.

(١٧) محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص٥٤.

(١٨) " Art, 1102 Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi".

" La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public"

" Art, 1103 les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits"

" Art 1104 les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. " Cette disposition est d'ordre public"

الوفاء بالعهد الذي أوجبه القرآن والسنة، فقد قال سبحانه وتعالى في بداية سورة المائدة " يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[١٩] هذه الآية تدل على وجوب الوفاء بكل عقد ينشئه العاقدان، وكذلك قوله تعالى" يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ألا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما"[٢٠]، حيث أجاز الباري عز وجل التجارة على أن تكون عن تراض بين المتعاقدين ولا باطل فيها، فهذه الآية دليل واضح على جواز جميع العقود ما دام الرضا بين المتعاقدين محققاً[٢١].

إن عقد الأنسان وتعهده الذي باشره بإرادته مقيداً له بنتائجه، وملزم للإرادته بإرادته، حتى تتوفر الثقة والطمأنينة في الأثار المترتبة على التعاملات المالية، فهذا الالتزام من مظاهر سلطان الإرادة العقدية، ومعناه تمام الاحترام لحرية العاقد وللحقوق الناشئة للغير من عقده، فمن قيد نفسه بنفسه فهو حر[٢٢].

لذلك وبناءً لما نصت عليه القوانين المقارنة، فأنه يجوز نقض العقد أو تعديله بإرادة المتعاقدين، ما دام الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي أساس العقد، يمكن تعديله باتفاقهم، وقد يتم هذا الاتفاق عند إبرام العقد، كأن يتضمن شرطاً يمنح لأحد الطرفين أو كلاهما حق التعديل في أحكام العقد، ويمكن أن يكون باتفاق لاحق لقيام العقد، بحيث يكون هذا الاتفاق بمثابة عقد جديد أي عقد معدل للعقد الأساسي، يشترط لقيامه ما يشترط لقيام العقد الأساسي[٢٣]، لذا فأن الشروط التي تراعى في تكوين العقد المعدل كعقد جديد هي نفس الشروط التي تراعى في تعديل العقد أو نقضه[٢٤].

---

(١٩) سورة المائدة الآية (١)

(٢٠) سورة النساء الآية (٢٩)

(٢١) عبد الرؤوف دبابش، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خضيرة، العدد ٤٤، ٢٠١٦، ص٢٦٠.

(٢٢) كما قال عليه الصلاة والسلام " المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً" وقد امتدح الباري عز وجل الموفون بعهدهم في قوله تعالى في سورة البقرة " والموفون بعهدهم إذا عاهدوا" وقوله تعالى في صورة المؤمنين" الذين هم لأماناتهم، وعهدهم راعون".

(٢٣) عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص٤٧٦.

(٢٤) سمير عبد السيد تناغو، محمد حسن منصور، القانون والالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية بدون سنة نشر، ص١٥٤.

لذلك فأن تكوين العقد المعدل كتعديل للعقد الأساسي يمثل عامل استقرار للرابطة العقدية وحمايتها، لأنه يؤدي إلى الابتعاد عن أنهاء العقد أو عدم تنفيذه، ويمُكن أطراف العلاقة العقدية من إعادة تنظيمها ويترك لهما الحرية في مراجعة العقد الأساس وتكوين عقد جديد معدل للعقد الأساسي.

الفرع الثاني

القيود التي ترد على سلطان الإرادة

إذا كانت حرية التعاقد هي قوام العقد، وهي التي تحدد قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن هناك اعتبارات من شأنها أن تقيد تلك الحرية، وتجعل أحد العاقدين أو كلاهما غير متمتع بها تمام التمتع، فتقييد الحرية التعاقدية هدفه تحقيق العدالة العقدية من خلال حماية النظام العام والآداب من جهة وحماية الطرف الضعيف أثناء تكوين العقد المعدل وفي مضمونه من جهة أخرى.

لذا يمثل النظام العام والآداب العامة الأداة الفعالة للحد من مبدأ سلطان الإرادة، كونه ضرورة اجتماعية لا غنى عنها، لاستقرار التعاملات التجارية التي تهدف إلى تحقيق الغاية المثلى للعقد، وتقويم العقد كلما حاد عن الطريق الصحيح، كون الحرية التعاقدية لم تعد مطلقة، بل أن التطور الحديث للأفكار الاجتماعية الزم الدولة بالتدخل في العلاقات العقدية، وبذلك تقلص مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم عليه قانون العقود[٢٥].

إن تطور وسائل الإنتاج أدت إلى ظهور عقود وأشكال قانونية لا يمكن أن تستوعبها القواعد القانونية التقليدية، وعجز أساليب النظام العام في معالجة اختلال التوازن العقدي، وذلك لأن النص التشريعي لا يشمل جميع حالات النظام العام، لذا لابد للمشرع من التدخل بين الحين والأخر لغرض أن يكمل النقص الذي يؤثر على فكرة النظام العام، كونها فكرة غامضة من خلال الألفاظ المستعملة في تعريف النظام العام، فقيل عبارة عن

(٢٥) محمد أحمد ربيع، الأسباب المقبولة أمام محكمة النقض، بحث منشور قضايا الحكومة، مصر، العدد١، ١٩٦٣، ص٤٠. مشار إليه في حسين عبد الله الكلابي، النظام العام العقدي، مكتبة السنهوري، بيروت،٢٠١٦، ص٤٦.

(قواعد، أو نصوص، أو مبادئ، أو فكرة، أو نظام، أو نظرية)[٢٦]، حيث يرى الأستاذ (jablot) أن النظام العام يستمد قوته من ذلك الغموض الذي يحيط به فمن مظاهر سموه أنه ظل متعالياً على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه[٢٧].

إن التدخل المتزايد للمشرع ما هو ألا استجابة للفكرة التعاقدية التي تقوم على توازن العقد بين المتعاقدين، ولا يعني تراجعًا لمبدأ سلطان الإرادة، بل لتحقيق التوازن وفقًا لمقتضيات الحاجة الاجتماعية في إعطاء دور للمشرع في الأشراف على التعاقد، الغاية الأساسية منها تحقيق العدل والموازنة بين المصالح المختلفة للمتعاقدين.

إن تحقيق التوازن بين الأطلاق لمبدأ سلطان الإرادة، والعقد شريعة المتعاقدين، وبين الاتجاه نحو القيود التي يفرضها المشرع، ضرورة لحماية العقد لا يقتصر وجودها على مرحلة إبرام العقد، بل يمتد إلى مرحلة تنفيذ العقد، ولغرض تحقيق العدل والتكافؤ بين المتعاقدين، أخذت النصوص الأمرة تأخذ مكان النصوص المفسرة والمكملة، بحيث بدا المشرع وكأنه يشترك مع الطرفين في تنظيم العقد بما يفرضه من التزامات على المتعاقدين، حتى في الأحوال التي تكون فيها الإرادة منشئة لكافة الأثار القانونية للعقد، لذلك فأن تدخل المشرع أما يكون بصورة مباشرة من خلال النصوص الآمرة كقيد على حرية التعاقد، أو بصورة غير مباشرة من خلال السلطة التي يمنحها للقاضي في تعديل العقد، أو بإلغاء بعض الشروط لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، لذا ندرسها على النحو الاتي.

أولا: القيود المباشرة على الإرادة

إن العقد المعدل يعد اتفاق لاحق لقيام العقد الأساسي، وبذلك يكون عقد جديد يشترط لقيامه ما يشترط لقيام العقد الأساسي[٢٨]، لذلك تنطبق عليه قيود الإرادة كأنه أساسي، فليس للإرادة أن تنشأ عقدًا

---

(٢٦) علق عبد المجيد الحكيم في هذا الصدد قائلًا " قد لا يوجد بين مواضيع علم القانون فكرة تستعصي على التعريف كفرة النظام العام، وقد ذهبت جميع الجهود التي بذلت لعريفها أدراج الرياح....." عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص٣٧٩ وما بعدها.

(٢٧) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، ط٣، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ص١٠٦.

(٢٨) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص٤٧٦.

معدلًا يخالف محله النظام العام والآداب، وإذا حدث تجاوز من المتعاقدان الحدود التي رسمها المشرع، قد عرضا عقدهما إلى البطلان، وهذا ما نصت علية القوانين المقارنة (المادة ١١٠٢) مدني فرنسي، والمادة ١٣٥ مدني مصري، والمادة ١٣٠ مدني عراقي)[٢٩].

إن تدخل المشرع مراعاة للعدالة وتحقيق المساواة القانونية، قد لا تقتصر على منع التعاقد أو تحديد مضمونه، بل قد تصل إلى حد التدخل الذي ينشأ علاقات قانونية لم تكن تنشأ إلا بتوافق إرادة طرفي العقد، فحرية المتعاقد في إلا يتعاقد ليست مطلقة بل ترد عليها قيود[٣٠].

لا بد من الإشارة إلى أن العقود التي تبرم على أساس التزام قانوني يسميها بعض الفقه بالعقود الإلزامية أو العقود الاضطرارية[٣١]، وهذه التسمية تتلاءم مع طبيعة تكوينها عند الإبرام، في هذه العقود لا تلعب الإرادة دوراً كبيراً في مناقشة شروط العقد عند الإبرام، وإنما يطبق المتعاقدان نظاماً رسمياً مفروض عليهما بمقتضى القانون[٣٢]، أي أن المشرع يجبر أحد أطراف العقد للقيام بأعمال إيجابية لدفع إجراءات التعاقد إلى أمام لظهور عقد جديد إلى الوجود، هذا العقد ما يستهدفه المشرع ظاهراً، إلا أن الأهداف الاجتماعية والاقتصادية والإنسانية، هي التي تقف وراء ما أستهدفه المشرع من إبرام العقود المذكورة، ونجد هذا في العقود المعدلة لعقود العمل الجماعية، حيث يستهدف المشرع من تعديل تلك العقود توفير حماية أكثر ملائمة للعمال كونهم الطرف الضعيف في العقد[٣٣].

---

(١) '' Art, 1102 Chacun est litre de contracter ou de ne pas contracter de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

'' La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public''

نصت المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري على أنه" إذا كان محل الالتزام مخالًا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا"

نصت المادة ١٣٠ الفقرة ١ من القانون المدني العراقي على أنه " يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد باطلاً".

(٣٠) محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، المكتبة القانونية، عمان، ٢٠٠١، ص١٦.

(٣١) شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص٣٣.

(٣٢) فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، القاهرة، ١٩٧٩، ص٦١.

(٣٣) اكرم محمود حسين، اثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد ٤٩ المجلد ١٣، لسنة ٢٠١٢، ص٤٠٧.

يرى جانب من الفقه أن الإلزام القانوني بالتعاقد[٣٤]، يعد قيداً على حرية التعاقد التي هي عمود مبدأ سلطان الإرادة، لكنه يبرر في الوقت ذاته الوظيفة الاجتماعية التي يقوم بها القانون في خلق المنافسة المشروعة، مثال ذلك القيود التي يفرضها الاتحاد الأوربي لكرة القدم على الأندية الرياضية في عقود الاحتراف[٣٥]، وبذلك تكون الإرادة مقيدة بحدود مبالغ معينة في التعاقد، وهذا يمثل قيداً من قيود الإرادة التي يمارسها المشرع، للحد من سيطرة الأندية الغنية على سوق انتقالات اللاعبين، وخلق منافسة بين الأندية الرياضية في التعاقد.

كما توجد حالات تكون فيها الإرادة مقيدة في تكوين العقد المعدل، حيث تنعدم إرادة بعض المتعاقدين، كما في الشركات المساهمة، إذ يتعذر الحصول على توافق جميع الإرادات، وبذلك يخضع إلى إرادة الأغلبية، ويكون قرار الأغلبية ملزم للأقلية[٣٦]، التي تجد نفسها في عقد لم تكن راغبة فيه، وبذلك يكون الزام قانوني عليها، وتترتب التزامات على تلك الأقلية في العقد[٣٧].

إن تطور المفهوم المعاصر لمبدأ سلطان الإرادة، ذلك من خلال القيود التي فرضها المشرع لتحقيق العدل والمصلحة العامة، نتيجة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية، تطلب التخفيف من مبدأ سلطان الإرادة، ولا يعد هذا التطور انتقاص من العقد، وإنما استجابة إلى التغيرات التي طرأت على النظرية التعاقدية، التي أعطت للمشرع الدور الكبير ولمقتضيات الحاجة الاجتماعية، في الأشراف على نوعية التعاقد، وتكون له اليد العليا في منع التعاقدات التي تتعارض مع النظام العام والآداب العامة.

---

(٣٤) الإلزام القانوني ويسمى الإجبار القانوني في تكوين العقد، حيث يتلاشى دور الإرادة إلى حد كبير في التنظيم العقدي وتحل محلها إرادة المشرع الذي يتولى فرض العقد والنص على قواعد ملزمة لهما، بحيث ليس بوسعهما مناقشة هذه القواعد والنصوص الآمرة بل يتحتم عليما الانصياع لأمر المشرع. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص١٧٧.

(٣٥) https:// www goal, com/ar/1

(٣٦) حسين عبد الله الكلابي، النظام العام العقدي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص١١٧.

(٣٧) اكرم محمود حسين، المرجع السابق، ص٤٠٦.

ثانياً: القيود غير المباشرة على الإرادة.

وكون التدخل غير المباشر من خلال منح القاضي صلاحية تعديل العقد، أو إلغاء بعض الشروط الملحقة بالعقد، أو بإعادة التوازن بين المتعاقدين، وبذلك يكون للقاضي السلطة للحد من الإرادة التعاقدية، فإذا أضاف أو أنقص من التزامات الطرفين يكون بذلك قيد على الإرادة، وقد اختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني الذي يستند إليه القضاء في فرضه للالتزام، رأى جانب من الفقه أن مصدر الالتزام هي الإرادة الضمنية للمتعاقدين(٣٨)، بينما رأى جانب أخر من الفقه القول أن الرجوع إلى إرادة المتعاقدين سواء كانت حقيقية أو محتملة، تعد إعمالًا لسلطة القاضي في تحديد نطاق العقد، وبيان ما هو من مستلزماته، وهذا ما نصت علية المادة(١١٩٤ من القانون المدني الفرنسي المعدل بقانون ١٣١ لسنة ٢٠١٦)، " لا تلزم العقود بما هو منصوص عليه فيها فقط، بل أيضاً بجميع ما يعتبر من توابعها وفقاً للعدالة والعرف والقانون"(٣٩)، أضافة لذلك ما نصت علية المواد القانونية (١٤٨ مدني مصري، المادة ١٥٠ مدني عراقي)(٤٠)، وبمقتضى النصوص القانونية بإمكان القاضي أن يضيف إلى العقد من التزامات، بمقتضى العرف والعدالة.

---

(٣٨) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق، ص٢٢١.

(٣٩) '' Art 1194, Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité l'usage ou la loi''

(٤٠) المادة ١٤٨ الفقرة ٢ من القانون المدني المصري تنص على أنه " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"

المادة ١٥٠ الفقرة ٢ من القانون المدني العراقي تنص على أنه " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"

المطلب الثاني

مبدأ حسن النية

يعد مبدأ حسن النية من أهم الأسس التي يقوم عليها العقد، الذي يستند بدرجة كبيرة إلى المبادئ الأخلاقية، التي تفرض على أطراف العقد التزاماً إيجابياً في ما يقتضي التعاقد، إذ أن هناك علاقة مباشرة بين القانون والأخلاق، لذا نجد الكثير من القواعد الأخلاقية تحولت إلى مبادئ قانونية، واهمها مبدأ حسن النية في تعديل االلتزامات التعاقدية، وتكوين العقد المعدل، الذي يفرض على المتعاقدين عدم إخفاء معلومات جوهرية، لا يمكن لمن تعاقد معه أن يتوصل إليها بعلمه الخاص، أو اتخاذ أحد المتعاقدين أساليب احتيالية للتأثير على إرادة المتعاقد الأخر، كما يتطلب منه ألا يقدم له معلومات غير صحيحة، وهذا ما اكد عليه الفقه الفرنسي بالقول " أن حسن النية التزام تقليدي في قانون العقود يقتضي أن يتم التصرف بحسن نية أي أن يكون صادقً وأمينًا"(٤١).

بذلك يكون هذا المبدأ وسيلة لإعادة التوازن للعقد عند تغير ظروف العقد، وتكوين العقد المعدل لتعديل العقد الأساسي، لذا نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نخصص الفرع الأول إلى مفهوم حسن النية، والفرع الثاني إلى مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة، والفرع الثالث لدور حسن النية في تكوين العقد المعدل.

(٤١) Fabre, Magnan, (M,) De l'obligation d'information dance les contrats, Essai théorie, Paris 1, 1991, p 42.

الفرع الأول

مفهوم حسن النية

تتفرع من مبدأ حسن النية عدد من المبادئ القانونية التي يجب مراعاتها عند تكوين العقد المعدل، ومنها التعسف في استعمال الحق وعدم الأثراء بلا سبب، وكذلك مبدأ إصلاح الضرر، وبذلك تكون حسن النية لحماية الرابطة العقدية بين المتعاقدين والمحافظة على استمراريها، بواسطة إعادة التوازن للعقد الأساسي من خلال عقد معدل، بتطبيق مبدأ حسن النية، الذي يعمل على سد الثغرات التي تظهر في الرابطة العقدية بعد إبرام العقد وفي مرحلة التنفيذ(٤٢).

إن الالتزام بحسن النية يخفف عن المتعاقدين في أن يجهدوا أنفسهم في توقع كل ما يطرأ على العقد من ظروف تؤدي إلى التلكؤ أو عدم تنفيذ العقد، وذلك لأن حسن النية يفترض التعاون بين المتعاقدين في تنفيذ الالتزامات التي تركت دون تحديد، التي يمكن تحديدها بواسطة عقد معدل للعقد الأساسي، مثال على ذلك عندما يترك ثمن البضاعة مفتوحاً، أو ترك وقت التسليم دون تحديد أو تخويل أحد المتعاقدين تحديدها على أن يكون ملتزماً بحسن النية في ضوء معايير موضوعية تكون معقولة(٤٣)، وبناءً على التزام المتعاقدين بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد يجدون انفسهم ملتزمين بالتزامات لم ينص عليها عند إبرام العقد، والغاية من هذه الالتزامات المحافظة على الرابطة العقدية والاستمرار بتنفيذ العقد والعمل على إزالة كل عائق يظهر بعد إبرام العقد نتيجة لتغير الظروف، ويؤدي إلى اختلال التوازن أو إعاقة التنفيذ ويمكن التغلب عليها من خلال تطبيق مبدأ حسن النية في تكوين عقد معدل للعقد الأساسي.

أن مبدأ حسن النية يتطلب وجوده في كل مراحل العقد حيث يقول الفقيه (Domat) في تقريره على المسودة الثانية للقانون الفرنسي على حرية التعاقد، وهذه الحرية يجب أن تمارس أطار

---

(٤٢) محمد صلاح عبد الله، المرجع السابق، ص٦.

(٤٣) Farnsworth,(A,) Good faith performance and commercial Reasonableness under the Uniform commercial code, 30 U, Chicago law Review, 1963,p668.
مشار إليه صلاح عبد الله، المرجع السابق، ص٦.

حسن النية التعاقدية[٤٤]، التي يجب المحافظة عليها من خلال الصراحة والاستقامة والوفاء بالتزامات، وهذه المفاهيم نجدها في المادة ١١٣٤ الفقرة ٣ من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله ١٠ فبراير ٢٠١٦، إلا إنها لم تكن وليدة القانون الفرنسي ولا تعديله الأخير، ولكنه مبدأ ظهر مع نشأت القانون الروماني، وكان يعد مصدر من مصادر القاعدة القانونية، بمقتضاه يستطيع القاضي التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي التعاقد، للوصول إلى حالة التوازن العقدي بينهما عند اختلال التوازن نتيجة عدم توازن المراكز القانونية للمتعاقدين[٤٥]

في حين يمثل مبدأ حسن النية للفقيه (Ripert)، " هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والقضاء لإدخال الحكم الأخلاقي في القانون الوضعي"، على أن يقترن تفسير العقد بالنية المشتركة للطرفين[٤٦].

وقد نصت أغلب القوانين التي تنتمي إلى النظام اللاتيني، على حسن النية في قوانينها وركزت بصورة أساسية على مرحلة تنفيذ العقد، في حين أخذ قانون االلتزامات الألماني مبدأ حسن النية بمعناه الواسع، وكذلك ما تضمنه قانون ٥ فبراير ١٩٧٥، الخاص بعقود التجارة الدولية حيث نصت (المادة ٢٩٥) التي تتعلق بالظروف الطارئة على أنه " المتعاقد المضرور من الموقف الجديد يمكن أن يقترح على المتعاقد الأخر تعديل العقد وفقًا للتغير في الظروف"، ويتفق الفقه على أن تعديل العقد بمقتضى عقد معدل في هذه الحالة يتم على أساس حسن النية في العلاقات العقدية[٤٧].

---

(٤٤) " Insiste dans son rapport sur le deuxième projet de Code civil, sur la liberté de contracter. Mais cette liberté doit, selon lui, s'exercer dans le cadre de la bonne foi contractuelle, Le peuple Français, dit=il, ne doit et ne veut connaitre d'autres intérêts ni d'autres moyens de conserver la bonne Foi que la Franchise, la droiture, la fidélité à tenir ses engagements''. Picod,(Y), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Bibliothèque, de droit privé, Tome 208, 1987, N°67, P85.

(٤٥) محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الشارقة، الأمارات العربية، العدد٤، ٢٠١٣، ص٢٢٨.

(٤٦) " Le principe de bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif. Picod,(Y), op, cit, N°68, P85.

(٤٧) Enderlein (F.), réglementation juridique des relations économiques démocratiques Allemandes, JDL, 1977. P290

مشار إليه شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص٣٩٩.

أن موقف القوانين التي تنتمي إلى النظام الأنجلو أمريكي، قد توصلت إلى فكرة أخرى تقوم بدور مشابهه إلى الدور يقوم به مبدأ حسن النية، وتسمى " التعاقد العادل"، وتعد هذه القوانين أن التعاقد العادل هو التطبيق الموضوعي لحسن النية، ويرتب هذا المبدأ مسئولية تقصيرية على الطرف المتعاقد الذي يخفي معلومات عن الطرف الأخر في العقد، وكذلك يرتب مسئولية عقدية تبنى على أساس الغش في العقد، وبذلك تترتب المسئولية التقصيرية على مرحلة ما قبل التعاقد، والمسئولية العقدية إذا تم إبرام العقد(٤٨).

أن القوانين سواء كانت تنتمي إلى النظام اللاتيني أو النظام الأنجلو أمريكي، تضع معياراً موضوعياً لتقدير مدى توافر حسن النية، وواجب الأمانة والتعامل العادل والتعاون بين الأطراف، ويمثل هذا المعيار في القوانين الأنجلو أمريكية في رجل الأعمال الأمين، وفي النظام اللاتيني معيار رب الأسرة الحريص، فإذا كان سلوك الأطراف يوافق المعياريين فيكون التصرف بحسن النية في النظام اللاتيني والتعاقد العادل في النظام الأنجلو أمريكي(٤٩).

وقد قسم الفقه حسن النية إلى نوعين حسن النية التعاقدي، وحسن النية للمتعاقدين، ويعرف حسن النية التعاقدي" حالة موضوعية عامة تسمح بتحديد المستوى الإلزامي للعقد وتقدير النتائج القانونية للأعمال تتبعه وترتبط به"، وهنا تتعلق حسن النية بالوقائع والتنفيذ الأمين لها أياً كان الطرف الأخر في العقد، ويعرف حسن نية المتعاقدين على أنه حالة شخصية خاصة بكل متعاقد وتختلف من متعاقد لأخر، ويقاس حسن النية في هذه الحالة بالنظر لظروف الطرف المتعاقد(٥٠).

ويظهر سوء النية في تكوين العقد المعدل، أن يقدم على التعاقد أحد الأطراف وليس لديه أي نية في إبرام عقد معدل للعقد الأساسي، وإنما الهدف من أقدامه معرفة معلومات عن الطرف الأخر في العقد وكسب مزيداً من الوقت في استمرار العقد الأساسي بنفس الالتزامات السابقة التي تكون في

---

(٤٨) لم يعتد القانون الإنكليزي بمبدأ حسن النية، وتتردد المحاكم الإنكليزية في إعمال هذا المبدأ لعدم توافقه مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فأن اتفق المتعاقدين على العقد فليس هناك ما يدعوا لتعديله بمقتضى مخالفة حسن النية الذي يعد الكثير من الفقهاء شكلًا من إشكال السلوك فلا يمثل التزاماً. سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد ٣، ٢٠١٤، ص٢٦.

(٤٩) Friedmann (E.), Good faith and fault in contract law, Clarendon press, Oxford, 1995, P154.

(٥٠) شريف محمد غنام، المرجع السابق ٢١٢.

مصلحته، وبذلك يجب توفر حسن النية لدى طرفي العقد المعدل، وفي حالة أثبات عدم وجود حسن النية لدى أحد الطرفين تترتب بحقه كلا المسئوليتين التقصيرية والعقدية(٥١).

وقد اتخذت الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية قرار بتاريخ ٣ نوفمبر ١٩٩٢، الخاص بشركة توزيع نفطية نص على أنه " لا يحق للشركة أن تتمسك بأنه ليس بإمكانها في أطار عقد الموزع المعتمد، تموين الطرف الأخر في العقد بسعر أدنى من التعرفة"، حيث أن الشركة النفطية رغم غياب أي حالة للقوة القاهرة لم تقم بتنفيذ العقد بحسن نية إذ حرمت موزعًا معتمداً من وسائل تطبيق أسعار تنافسية، وعلى الشركة أن تعوض المتعاقد معها عن الضرر(٥٢).

كما نص قرار غرفة التجارة الدولية رقم ٥٩٥٣ لسنة ١٩٨٦، "من بين هذه المبادئ الأكثر عمومية بدون شك مبدأ حسن النية، حيث يعد شرطًا في كل الأنظمة القانونية، سواء القوانين الوطنية أو القوانين الدولية التي تقوم على أساس قواعد التجارة، فحسن النية مبدأ مفترض دومًا، يجب أن يسود مفاوضات العقود وتفسيرها وكذلك تنفيذها، وهذا ما يؤكده أجماع الفقه وتؤكده القرارات التحكيمية المنشورة"(٥٣).

رغم الغموض الذي يكتنف هذا المبدأ ألا أن الفقه عرفه على أنه الصدق والإخلاص والاستقامة والنزاهة وعدم الغش، وأنه احترام االلتزام الموعود به، وهناك من يرى أن مبدأ حسن النية أنه التعامل بصدق واستقامة مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها، والتزام كل طرف في العقد بعدم الأضرار بالأخر(٥٤).

إما الشريعة الإسلامية فقدت أولت مبدأ حسن النية أهمية كبيرة، حيث ربط الفقه الإسلامي هذا المبدأ بالأخلاق التي تعد جزء لا يتجزأ من قواعد الشريعة الإسلامية، وقد وضع حسن النية أطاراً عاماً لكافة التصرفات، ومنها العقود ولم يقتصر على مرحلة من مراحل العقد، وإنما جعله مبدأ عام على

---

(٥١) محمود فياض، المرجع السابق، ص٢٣٦.

(٥٢) القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، المرجع السابق، ص١٠٧٠.

(٥٣) مشار إليه لدى: هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقيد، الجزائر، ٢٠١٥، ص٢٤٣.

(٥٤) أنور السلطان، الموجز في مصادر االلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص٤٥١.

كل مراحل العقد، استنادًا لقوله تعالى " إن الله يَأمُركُمْ أنْ تُؤَدُوا الْأَمَانَاتِ إِلى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَاسِ أنْ تَحْكَمُوا بالْعَدْلِ ..."(٥٥) وكذلك قوله تعالى " وإن كَان ذُو عُسرةٍ فَنَظرةُ إِلَى مَيَسَرةٍ ,أنْ تَصَدقُوا خَيرُ لَكُمْ إنْ كَنتُمْ تعْلَمُونَ" (٥٦)، أن حسن النية ليس أمرًا داخليًا فحسب، إنما مظهر وسلوك في التعاملات حيث قال عليه الصلاة والسلام " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل مرئ ما نوى"(٥٧)، وتقر الشريعة الإسلامية التمسك بشروط العقد وأحكامه، إلا أنه في بعض الحالات يؤدي التمسك إلى الأضرار بالغير، وزيادة التزاماته عند تغير ظروف التعاقد فليس للمتعاقد أن يتمسك بشروط العقد على وجه يتنافى مع حسن النية.

الفرع الثاني

مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة

إن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القوانين المدنية، وقد نصت القوانين المقارنة على حسن النية كمبدأ في تنفيذ العقود، ويمكن الاستدلال عليه حتى وإن لم ينص عليه في العقد من خلال الالتزام بحدود القانون، وعدم اللجوء في تكوين العقد وتنفيذه إلى ما يخاف القانون كالغش والتواطؤ باعتبارهما من مظاهر سوء النية، لذا ندرس مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة وعلى النحو الآتي:

أولاً: مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي.

قبل تعديل القانون المدني الفرنسي في ١٠ فبراير ٢٠١٦، كان يقتصر تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، باعتبار الالتزامات الناشئة عن العقد هي التزامات تقع على عاتق المدين، هذا ما يفهم من نص (المادة ١١٣٤)، ولكن بعد تعديل القانون المدني وبمقتضى (المادة ١١٠٤)، أصبح المبدأ يشمل كل مراحل العقد ويشمل طرفي التعاقد، ومصدره القانون وهذا شيء جديد على مستوى التشريع.

---

(٥٥) سورة المائدة الآية ٥٨.

(٥٦) سورة البقرة، الآية ٢٨٠.

(٥٧) أخرجه أحمد في سند عبد الله بن عباس (رض) ٥\١٥٥ رقم ٢٨٦٥ وابن ماجه كتاب الأحكام ٧٤٨\٢ رقم ٢٤٤٠. مشار إليه في سعد سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص٢١.

لكن الآمر مختلف على مستوى الفقه والقضاء، وذلك لأن الفقه والقضاء في فرنسا تعاملوا مع هذا المبدأ واعترفوا به على أنه التزام قانوني يطبق على مرحلة التفاوض في العقد، بمقتضى القواعد العامة في المسئولية وخاصة ما نصت عليه المادة (١٣٨٢ والمادة ١٣٨٣) قبل تعديل القانون المدني، الاتي يلزمن مرتكب الفعل الضار، أي الضرر الناجم عن الأخلال بمبدأ حسن النية، الذ تم تكيفه على أنه إهمال وتقصير وخطأ من قبل المتعاقد سيء النية(٥٨).

إما بعد التعديل الذي عرفه القانون المدني الفرنسي بمقتضى قانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، حيث تم تناول مبدأ حسن النية بصورة صريحة في (المادة ١١٠٤) التي تنص على أنه " العقود يجب التفاوض بشأنها، وأن تنشأ وتنفذ بحسن نية، ويعتبر هذا الحكم من النظام العام" هذا النص ظهر في المشروع التمهيدي لتعديل القانون المدني الفرنسي، الذي أراد منه المشرع أن يكون التعديل مبسطاً لقانون االلتزامات، ويجعل منه أداة لتدعيم الأمان القانوني وفعاليته، وبناءً على ذلك تم الاستقرار على أن مبدأ حسن النية والحرية التعاقدية من المبادئ التي تحكم العقد(٥٩).

لقد كرس المشرع الفرنسي في نص (المادة ١١٠٤) مبدأ حسن النية وجعل االلتزام به التزاماً عاماً، وبذلك أصبح التزامً قانونياً يشمل كافة مراحل العقد بدءٍ من التمهيد له إلى إبرامه وإلى التنفيذ، وكذلك يقع على عاتق طرفي العقد على نحو متبادل، حيث يكون كل منهما دائن ومدين في الوقت نفسه، ولا يقتصر على طرف دون الأخر، كما أنه التزام جوهري في تكوين العقد لا يستقيم بدونه(٦٠)، وهذا يتضح من نص (المادة ١١١٢) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه " يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً، يجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية،"(٦١).

---

(٥٨) محمود فياض، المرجع السابق، ص٢٢٨.

(٥٩) محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، العدد ٢٦، ٢٠١٩، ص٣٠٤.

(٦٠) أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، بحث منشور، مجلة الشارقة للدراسات القانونية، العدد(٢)، الجزء الثاني، ٢٠١٧، ص٢٩٥.

(٦١) '' Art 1112_ L'initiative, déroulement el la rupture des négociations précontractuelles sont libres, lis doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi''.

وقد علق المشرع الفرنسي في نص (المادة ١١٠٤)، مبدأ حسن النية بالنظام العام، وعد عدم مراعاة هذا المبدأ في أي مرحلة من مراحل العقد سببًا للبطلان، إمعانًا منه لحماية الطرف الضعيف، وكذلك لتعزيز فكرة أن يقوم العقد على مبدأ الثقة بين طرفي العقد، وقد عد بعض الفقه أن استخدام المشرع الفظ (impérativement)، دلالة قاطعة على التقيد المطلق بمبدأ حسن النية، في كل مراحل العقد حتى لو اتفق الطرفان على إبرام عقد ينظم عملية التفاوض بينهما، فهذا العقد يخضع لمبدأ حسن النية، وقد كرس المشرع وانسجامًا مع فرض االلتزام العام بمبدأ حسن النية العديد من الحلول القضائية المستقرة، التي طبقت مبدأ حسن النية في تكوين العقد، فلكل طرف الحرية في الدعوة إلى التفاوض وقطع التفاوض شريطة التقيد بصورة مطلقة بمبدأ حسن النية، وبهذا الخصوص استقر القضاء، لا مسئولية على قطع التفاوض إلا إذا أنطوى التصرف على سوء نية(٦٢).

تعد مرحلة إعادة التفاوض من أهم وسائل تكوين العقد المعدل، لذا يعد االلتزام بالأعلام أحد مقتضيات حسن النية في هذه المرحلة، لذا نص عليها المشرع الفرنسي كترجمة للاجتهادات القضائية، التي رسمت للمشرع نطاق هذا االلتزام، حيث نصت (المادة ١١١٢-١) على أنه " يجب على من يكون لديه من الأطراف معلومات جوهرية ومحددة ومحل اعتبار لرضاء الطرف الأخر، أن يقوم بإعلامه بها، متى كان هذا الأخير يجهلها، على نحو سائغ قانونا، أو كان أودعه ثقته"(٦٣).

لذا نجد أن القصد من التأكيد على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، لإقامة نوع من التوازن المعقول بين الحرية التعاقدية التي لا تلزم الأطراف بإبرام العقد المعدل، وبين الإقرار بالحد الأدنى من الاستقرار والجدية في استمرار الرابطة العقدية بين المتعاقدين.

ثانيًا: مبدأ حسن النية في القانون المصري.

نص القانون المدني المصري على مبدأ حسن النية في الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ التي نصت على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، حيث نجد

---

(٦٢) أشرف جابر، المرجع السابق، ص٢٩٦.

(٦٣) Art 1112_1 '' Celle des parties qui connait une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, '' légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant''

المشرع المصري أختصر حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، وسار بذلك على ما كان عليه القانون المدني الفرنسي قبل تعديل سنة ٢٠١٦، وغالباً ما يكون تكوين العقد المعدل في مرحلة التنفيذ للعقد الأساسي، لذا يقتضي هذا المبدأ من طرفي العقد أن يمتنع كلاهما عن الغش والأضرار العمدي بالطرف الأخر.

كما أن حسن النية لا بد أن يكون دوره إيجابياً من خلال التعاون فيما بينهما في تكون العقد المعدل والمحافظة على الرابطة العقدية، والاستمرار بتنفيذ العقد الأساس من خلال العقد المعدل، الذي يتم عن طريقه تعديل االلتزامات المتبادلة للطرفين التي أصابها الخلل نتيجة لتغير الظروف، فلا يصح لأحدهما التمسك بالعقد الأساسي الذي أصبح مرهقًا للطرف الأخر في العقد، وأن لا يكون االلتزام حق وواجب لأحدهما على الأخر، بل لابد من الاعتقاد بإن تنفيذ االلتزام أساسه تحقيق الهدف من العلاقة العقدية(٦٤).

لذا فإن روح التعاون مطلوبة من كلا الطرفين أثناء مرحلة التنفيذ، لأنه لا يمكن تنفيذ العقد على الوجه الصحيح بعدم وجود التعاون ما بين الطرفين(٦٥)، وقد نص المشرع المصري على حسن النية بصورة ضمنية كما جاء في الفقرة الثانية من (المادة ١٤٨) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه " لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة االلتزام" نجد المشرع أعتد بقواعد العرف والعدالة المكملة لإرادة المتعاقدين، وذلك يعد تطبيقًا لمبدأ حسن النية، وإن تحديد مدى التزام المتعاقد بحسن النية أمر متروك لمحكمة الموضوع، إذ جاء في قرار لمحكم النقض المصرية " أن تعريف حسن النية المنصرف إليه أو سوء النية، هم من مسائل الوقائع، التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع(٦٦)، أضافة إلى ما نصت عليه (المادة ١٢٤ الفقرة ١) من القانون المدني المصري على أنه " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية" إذ يعد

---

(٦٤) حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة،١٩٤٩، ص٤١.

(٦٥) بلال عبد المطلب بدوي، حول نظرية عامة لحسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠، ص٤٢١.

(٦٦) الطعنين ٥٣، ٥٦ جلسة ٣٨ القضائية لسنة ١٩٨٤، محمد موسى، الموسوعة الجامعية في التعليق على القانون المدني، ج١، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٥٣.

مبدأ حسن النية من المبادئ الجوهرية التي تهيمن على التصرفات القانونية في أنشائها وتنفيذها وتفسيرها(٦٧).

ثالثًا: مبدأ حسن النية في القانون العراقي.

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ المستقرة في جميع النظم القانونية، فأقره القانون المدني العراقي في(المادة ١٥٠ الفقرة ١)، التي تتطابق بصورة تامة مع (المادة ١٤٨ الفقرة ١) في القانون المدني المصري، وكذلك ما نصت عليه(المادة ١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، رغم إشارة المواد القانونية في القوانين المقارنة إلى ضرورة التنفيذ بحسن النية، ألا أن هذا المبدأ تم إقراره ليشمل كل مراحل العقد بدء من مرحلة المفاوضات وتكوين العقد وتنفيذه وتفسيره، وهذا يتوافق مع ما نصت علية (الفقرة ٢ المادة ١٥٠) من القانون المدني العراقي، التي تنص على أنه " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

أضافة إلى ذلك فقد نص المشرع العراقي على مبدأ حسن النية بصورة ضمنية في القانون التجاري العراقي (المادة ٣) التي تنص على أنه " التجارة نشاط اقتصادي يجب أن يقوم على أساس من الثقة والأمانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون .....)[٦٨].

رابعًا: حسن النية في النظام الأنجلو أمريكي.

رغم أن النظام اللاتيني وسع مبدأ حسن النية ليشمل مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه، ألا أن إقرار هذا المبدأ في النظام الأنجلو أمريكي جاء تدريجيًا وبناء على تدخل تشريعي، ولم يكن بالآمر اليسير نتيجة لتعلق هذا النظام بالفلسفة الاقتصادية الليبرالية وتبنيه للمفهوم المطلق لحرية التعاقد، فالمتعاقدان لا يلتزمان ألا بما اتفقا عليه وادرجاه في عقدهما، ولا يجوز التدخل بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين[٦٩].

---

(٦٧) محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص٣١١.

(٦٨) القانون التجاري العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل.

(٦٩) أكرم محمد حسين، الأخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٩٢.

وقد ظهر مبدأ حسن النية في القانون الإنكليزي لأول مرة في نص المادة (٢٨) من قانون المشاركة لسنة (١٨٩٢)، التي الزمت طرفي العقد بضرورة الكشف الكامل عن الوقائع الجوهرية قبل التعاقد بوضوح وهذا من متطلبات حسن النية، ثم تم النص على مبدأ حسن النية في قانون التامين البحري لسنة(١٩٠٦) حيث نصت المادة (١٧) منه على أن " عقد التامين البحري هو عقد يستند على أقصى درجات حسن النية، وإذا لم يتم تنفيذ العقد بحسن النية من قبل أي طرفين جاز للطرف الأخر فسخ العقد" ، واصبح الأن مبدأ حسن النية مبدأ مستقر في النظام الأنجلو أمريكي، حيث نجده في العديد من توجيهات الاتحاد الأوربي، التي تلزم بتنفيذها بوصفها جزء من القوانين الداخلية، وفي القانون الأمريكي نصت المادة (١-٢٠٤) من قانون التجارة الموحد على أنه " أي عقد أو واجب ضمن هذا القانون يفرض التزاماً بحسن النية في التنفيذ(٧٠).

(٧٠) Bernardo, (M.) Good faith in international Arbitration, AM.U.INTLL.REV. 2012. P776.

الفرع الثالث

دور حسن النية في تكوين العقد المعدل

يفرض مبدأ حسن النية على المتعاقدين الالتزام بالابتعاد عن كل ما من شأنه يحرم أي منهما من مزايا العقد، فعلى كل متعاقد أن يسعى لتحقيق هذه الغاية، وأن يتعاون المتعاقدان للوصول للغاية المرجوة من تعاقدهما، والابتعاد عن كل سلوك قد يؤدي إلى حرمان المتعاقد الأخر من حقوقه بموجب العقد، أو يجعل اقتضاء هذه الحقوق مرهقًا للطرف الأخر، خاصة وأن هناك رابطة عقدية بين الطرفين وهو العقد الأساسي.

يمثل العقد المعدل امتداد لرابطة عقدية قائمة بين الطرفين، أدى تغير الظروف في مرحلة تنفيذ العقد إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، يتطلب من اطراف العلاقة العقدية إعادة النظر في الالتزامات المتبادلة بينهما، وبذلك يفرض مبدأ حسن النية على الدائن الالتزام بالتفاوض في حالة تغير الظروف الاقتصادية[٧١]، باعتباره مبدأ يحكم سلوك أطراف العقد، يهدف إلى ديمومة العقد في وجوده وفي توازنه، فالتعاون والأخلاق والأمانة تساهم في استمرار الرابطة العقدية، وبذلك لا تعد تقديسًا لسلطان الإرادة، وإنما تقديسًا لاستمرارية العقد، مما يجعل العقد قابلًا للمراجعة والتعديل من خلال عقد معدل للعقد الأساسي في مرحلة التنفيذ.

يعد إعادة التفاوض الوسيلة الفعالة لتكوين العقد المعدل، التي تتطلب توافر حسن النية بين المتعاقدين، وخاصة لارتباطهم بعلاقة عقدية، وقد أولى المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون العقود الفرنسي، أهمية لمرحلة ما قبل إبرام العقد من خلال نص (المادة ١١٠٤)، التي جاءت بناءٍ على الانتقادات الموجهة من الفقه الفرنسي حيث يقول الفقيه جاك غستان " ما من فائدة في فرض المبدأ خلال تنفيذ العقد، إذا لم تفرضه في مرحلة تكوين العقد، أن العقد يشكل جسمًا واحداً ومن الحيوي أن يرويه حسن النية ككل"[٧٢].

---

(٧١) '' La loyauté contractuelle impose au créancier une obligation de négociation en cas de changement des circonstances économiques,'' N° 188, P212.

(٧٢) جاك غستان، المرجع السابق، ص٩٢٠.

لذلك كانت استجابة المشرع الفرنسي من خلال نص (المادة ١١٠٤)، باعتبار إبرام العقود وتنفيذها يتم بحسن نية وعدها قاعدة من قواعد النظام العام، أضافة إلى ما نصت عليه (المادة ١-١١١٢) من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على أنه" يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الأخر أن يلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعاً أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه"(٧٣)

ويعد التشريع المصري والعراقي من النظم القانونية التي قصرت سريان حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، دون المرحلة السابقة على إبرام العقد، وعلى الرغم من ذلك نجد أغلب الفقه المصري(٧٤)، يسلم أن نص (المادة ١٤٨) من القانون المدني المصري والتي تطابقها تماماً (المادة ١٥٠) من القانون المدني العراقي، ليست سوى تطبيق لمبدأ عام لا يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد، بل يتعين مراعاته وتطبيقه من مرحلة إعادة التفاوض التي لا يمكن أن تستقيم وتؤدي إلى تكوين العقد المعدل من دون توفر النية الحسنة بين المتعاقدين.

(٧٣) '' Art, 1112_1. Celle des parties qui connait une information dont l'importance est déterminante pour le consentent de l'autre doit l'en informer dès lors'', ''légitimement, celle dernière ignore celle information ou fait confiance à son cocontractant''.

(٧٤) " إن مبدأ حسن النية من المبادئ الجوهرية التي تهيمن على التصرفات القانونية في أنشائها وتنفيذها وتفسيرها، وهو مبدأ عام التطبيق ، بيد أن المشرع قد يجد حالة تحتاج إلى النص الخاص فيها على مراعاة حسن النية في التعاقد، فيكون ذلك تطبيقاً للمبدأ العام أريد به التذكير للأهمية الخاصة في هذا المجال". محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام الإرادية، المرجع السابق، ص٣١١.

الخاتمة

عندما تحدد االلتزامات بين أطراف العقد، لا يجوز لأي منهما أن يعدل العقد بإرادته المنفردة، وإنما يكون التعديل بواسطة الإرادة المشتركة بينهما، فمن يمتلك حق الأنشاء يمتلك حق التعديل، لذا فإن إرادة أطراف العقد هي التي تعدل االلتزامات المتبادلة للطرفين، وتكوين العقد **المعدل** كأداة لتعديل العقد الأساسي، لإعادة التوازن عند اختلال التوازن بمقتضى سلطان الإرادة، إلا أنّ القوانين الحديثة أجازت التدخل في العقود لتحقيق التوازن، التي قد تكون متوازنة عند تكوين العقد الأساسي، إلا أنّ ذلك ليس كافيًا وإنما يستمر هذا التوازن خلال مرحلة تنفيذ العقد، فإذا تغيرت الظروف واصبح تنفيذ االلتزام مرهقًا لأحد أطراف العقد وجب على المتعاقدين وضمن أطار مبدأ حسن النية إعادة النظر في االلتزامات المتبادلة، لإعادة التوازن إلى العقد الأساسي من خلال تكوين العقد المعدل يعدل بمقتضاه العقد الأساسي.

النتائج:

١. تمثل الإرادة العنصر الأساسي في تكوين العقد المعدل، وتكون امتدادًا إلى الإرادة التي أنشأت االلتزام الأساسي، ولا يوجد سلطان على الإرادة إلا قيد النظام العام والآداب العامة.
٢. لغرض أن يكون تنفيذ العقد مفيدًا لأطرافه، لا بّد لهما أن يلتزمان بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ومواجهة الصعوبات التي تنشأ خلال مرحلة التنفيذ، ومعالجة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد عند تغير الظروف.
٣. يمثل مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ حسن النية، مبادئ أساسية في تكوين العقد المعدل في مرحلة تنفيذ العقد، والمحافظة على استمرار الرابطة العقدية المتمثلة بالعقد الأساسي والعقد المعدل.

التوصيات:

١. بالنظر لأهمية مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء االلتزامات، ولا قيد عليه إلا قيد النظام العام ولعدم وضوح قيد النظام العام واختلاف تعريفه في النظم القانونية، لا بد من وضع حدود واضحة في التشريعات لبيان مفهوم النظام العام والآداب العامة.

٢. عدم النص على مبدأ حسن النية في القانونين المصري والعراقي إلا في تنفيذ العقد، يجعل هذا المبدأ رهن بيد القضاء في التوسع والتضيق في استعماله، في حين نجد المشرع الفرنسي واستجابة للتطبيقات القضائية عد التقيد بحسن النية من النظام العام.

٣. ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بعين الاعتبار التعديلات الأخيرة في القانون المدني الفرنسي، وتعديل القانون المدني العراقي بما يتلاءم مع روح العصر والنص على مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد.

قائمة المراجع

المراجع مرتبة هجائياً مع حفظ الألقاب العلمية

١. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦

٢. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، بحث منشور، مجلة الشارقة للدراسات القانونية، العدد(٢)، الجزء الثاني، ٢٠١٧.

٣. أكرم محمد حسين، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

٤. أكرم محمود حسين، اثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد ٤٩ المجلد ١٣، لسنة ٢٠١٢.

٥. أنور السلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨.

٦. بالطيب محمد البشير، الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٧

٧. بلال عبد المطلب بدوي، حول نظرية عامة لحسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠.

٨. حازم اكرم صلال، أثر الإرادة الباطنة في العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط١، لبنان، طرابلس، ٢٠١٩.

٩. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٩.

١٠. حسين عبد الله الكلابي، النظام العام العقدي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦

١١. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعي، بيروت، ١٩٧٣.

١٢. سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد ٣، ٢٠١٤.

١٣. سمير عبد السيد تناغو، محمد حسن منصور، القانون واللتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية بدون سنة نشر.

١٤. السيد عبد الحميد فوده، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦

١٥. شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠١٥.

١٦. شمس الدين الوكيل، دروس في اللتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

١٧. عابد فايد عبد الفتاح، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥

١٨. عبد الرؤوف دبابش، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خضيرة، العدد ٤٤، ٢٠١٦

١٩. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، ط٣، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ص١٠٦.

٢٠. عبد المنعم فرج الصده، مصادر اللتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١

٢١. عماد الدين الشربيني، الشخص القانوني (علاقته، حقوقه، التزاماته) مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٣

٢٢. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، القاهرة، ١٩٧٩.

٢٣. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية، بدون دار نشر، ٢٠١٨.

٢٤. محمد أحمد ربيع، الأسباب المقبولة أمام محكمة النقض، بحث منشور قضايا الحكومة، مصر، العدد١، ١٩٦٣.

٢٥. محمد حسن منصور، مصادر اللتزام العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠

٢٦. محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، العدد ٢٦، ٢٠١٩.

٢٧. محمد صلاح عبد الله، النظام القانوني لتنفيذ العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٦.

٢٨. محمد موسى، الموسوعة الجامعية في التعليق على القانون المدني، ج١، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٠

٢٩. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، المكتبة القانونية، عمان، ٢٠٠١،.

٣٠. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الشارقة، الأمارات العربية، العدد٤، ٢٠١٣.

٣١. هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقيد، الجزائر، ٢٠١٥.

1. Enderlein (F.), réglementation juridique des relations économiques démocratiques Allemandes, JDL, 1977. P290
2. Fabre, Magnan, (M,) De l'obligation d'information dance les contrats, Essai théorie, Pari 1, 1991.
3. Friedmann (E.), Good faith and fault in contract law, Clarendon press, Oxford, 1995.
4. Morin(G), La désagrégation de la théorie contractuel da droit, 1940.