Legal Studies for Islamic Countries

Volume 2, Issue 1, 2026

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

Ali Mohammad Hakimian[1] and Ali Satar Shahadhah Ali Alkhazraji[2]

1. Assistant Professor and Faculty Member, Department of Law, Seminary and University Research Institute, Qom, Iran. Email: amhakimyan@yahoo.com

2. PhD Student, Faculty of Law, University Of Qom, Qom, Iran(Corresponding Author). Email: nasl.holding@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received 2024-11-13
Received in revised form 2025-10-05
Accepted 2026-01-14
Published online 2026-03-28

Keywords:
Keywords: judge, amendment, contract, justice, law.

ABSTRACT

The role of the judge in amending contracts is an important and sensitive role, as it requires him to balance between respecting the principle of freedom of contract and achieving justice between the parties. The judge must be careful in making his decisions, and rely on the law and what is best for the contracting parties. Hence, the importance of the judge's role in amending part of the contract and its impact on achieving justice is achieved through equality before the law, with the application of legal texts to everyone regardless of their characteristics, while the rules of justice take into account the circumstances surrounding people and legal behavior, so the rules of justice are considered one of the sources of law, and therefore the contract may be amended by reduction, addition, modification or exception under the law for various reasons, including ensuring mutual contractual justice and restoring the balance between the rights and obligations of the two parties to the mutual contract, as well as achieving mutual justice by ensuring that the contract achieves the intended interest, and this may be at the request of the persons and the judge's discretion, and it may be by direct intervention of the judge without the need for anyone's request or under the law, and through the faithful comparative analytical approach, the research came out with a set of results, including that mutual contractual justice in both Iraq and Iran is determined by the scope of mutual contracts that impose reciprocal obligations that give each party a benefit equivalent to what the other party obtains, in connection with the concept of the intended benefit of the contract, which is not limited to contracts that bind the two parties, but its scope is in any contract.

Cite this article : Hakimian, A., & Satar Shahadhah Ali Alkhazraji, A (2026). The role of the judge in amending part of the contract and its impact on reciprocal justice under Iraqi and Iranian law, *Research in Instructional Methods*, 2 (1), 39-62.
https://doi.org/10.22091/lsic.2025.11414.1039

© The Authors

10.22091/lsic.2025.11414.1039 Publisher: University of Qom

https://lsic.qom.ac.ir/article_3507.html?lang=en

البحوث القانونية للدول الاسلامية
المجلد ٣، العدد ١، ٢٠٢٦

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

علي محمد حكيميان[١]، علي ستار شحاذه علي الخزرجي[٢]

١. أستاذ مشارك، قسم القانون الخاص، مركز بحوث الحوزه و الجامعه، قم، إيران. amhakimyan@yahoo.com

٢. طالب دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قم، قم، ايران (مؤلف مسؤول). nasl.holding@gmail.com

معلومات المقالة

نوع المادة:
مقالة محكّمة

تاريخ المقال:
تاريخ الاستلام: ٢٠٢٤/١١/١٣
تاريخ المراجعة: ٢٠٢٥/١٠/٠٥
تاريخ القبول: ٢٠٢٥/٠١/١٤
تاريخ النشر: ٢٠٢٦/٠٣/٢٨

الكلمات الرئيسة:
الكلمات المفتاحية: القاضي، تعديل، العقد، العدالة، القانون.

الملخّص

إن دور القاضي في تعديل العقود هو دور هام وحساس، إذ يتطلب منه التوازن بين احترام مبدأ حرية التعاقد وبين تحقيق العدالة بين الأطراف. يجب على القاضي أن يتوخى الحذر في اتخاذ قراراته، وأن يعتمد على القانون والأصلح للمتعاقدين . ومن هنا تأتي أهمية دور القاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على تحقيق العدالة يتم من خلال المساواة أمام القانون، مع تطبيق النصوص القانونية على الجميع بغض النظر عن خصائصهم، بينما قواعد العدالة تراعي الظروف المحيطة بالأشخاص والسلوك القانوني، لذلك تعتبر قواعد العدالة أحد مصادر القانون، وبالتالي يجوز تعديل العقد بالنقص أو الإضافة أو التعديل أو الاستثناء بموجب القانون لأسباب مختلفة، منها ضمان العدالة التعاقدية المتبادلة وإعادة التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد المتبادل، وكذلك تحقيق العدالة المتبادلة بضمان تحقيق العقد للمصلحة المقصودة، وقد يكون ذلك بطلب من الأشخاص وتقدير القاضي، وقد يكون بتدخل مباشر من القاضي دون حاجة لطلب أحد أو بموجب القانون، ومن خلال المنهج الوفي التحليلي المقارن خرج البحث بمجموعة من النتائج منها، أن العدالة التعاقدية المتبادلة في كل من العراق وإيران تتحدد بنطاق العقود المتبادلة التي ترتب التزامات متقابلة تعطي كل طرف منفعة تعادل ما يحصل عليه الطرف الآخر، وذلك ارتباطا بمفهوم المنفعة المقصودة من العقد، وهو لا يقتصر على العقود التي تربط الطرفين، بل يكون نطاقه في أي عقد.

الاقتباس: حكيميان، علي محمد؛ ستار شحاذه علي الخزرجي، علي. (١٤٤٧).دور القاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على تحقيق العدالة بالقانون العراقي والإيراني، *البحوث القانونية للدول الاسلامية*، ٣(١). صص: ٦٣-٣٩. https://doi.org/10.22091/lsic.2025.11414.1039

https://lsic.qom.ac.ir/article_3507.html?lang=en

الناشر: جامعة قم

المؤلفون ©

10.22091/lsic.2025.11414.1039

المقدمة

أولًا: مدخل تعريفي بموضوع البحث

يشكل تدخل القاضي في تعديل عقود الأطراف موضوعًا قانونيًا معقدًا وحيويًا، إذ يتقاطع مع مبدأ حرية التعاقد ومسألة تحقيق العدالة بين المتعاقدين.

وتجد مجموعة من أسباب تدخل القاضي في العقد فمنها الظروف الطارئة، حيث تحدث ظروف غير متوقعة بعد إبرام العقد تؤدي إلى اختلال التوازن بين التزامات الأطراف، مما يستدعي تدخل القاضي لتعديل العقد.

ومنها الشروط التعسفية، وذلك إذا تضمن العقد شروطًا تعسفية تمنح طرفًا امتيازات غير عادلة على حساب الطرف الآخر، فإنه يحق للقاضي التدخل لتعديل هذه الشروط، أضف إلى ذلك الغبن والإكراه ففي حالة وجود غبن أو إكراه على أحد المتعاقدين، يمكن للقاضي أن يعدل العقد أو يفسخه.

كذلك تغيير الظروف فإذا تغيرت الظروف بشكل جذري بعد إبرام العقد بحيث أصبح تنفيذه مستحيلًا أو يؤدي إلى نتائج غير عادلة، فإنه يحق للقاضي التدخل.

ومن أثار تدخل القاضي على تحقيق العدالة، إعادة التوازن، حيث يهدف تدخل القاضي إلى إعادة التوازن إلى العقد، وحماية الطرف الأضعف، وضمان تنفيذ العقد بطريقة عادلة ومنصفة، كذلك منع الإضرار، حيث يسعى القاضي إلى منع الإضرار بأحد الأطراف، وضمان ألا يستغل أحد الطرفين ظروف الطرف الآخر، وحماية المصلحة العامة، ففي بعض الحالات، قد يتدخل القاضي لحماية المصلحة العامة، مثل منع التعاقد على أشياء مخالفة للقانون أو الآداب العامة.

كم يجب أن توجد حدود لتدخل القاضي تتمثل في احترام مبدأ حرية التعاقد، حيث يجب على القاضي أن يحترم مبدأ حرية التعاقد، وأن يتدخل بحذر وبأقل قدر ممكن، والالتزام بالقانون يجب على القاضي أن يلتزم بالقانون، وأن يطبق القواعد القانونية المتعلقة بتعديل العقود، كذلك توافر الأسباب المشروعة فلا يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد إلا إذا توافرت أسباب مشروعة لذلك، مثل الظروف الطارئة أو الشروط التعسفية.

ومن الآثار الإيجابية لتدخل القاضي تعزيز الثقة في القضاء، حيث إن تدخل القاضي في تعديل العقود يعزز الثقة

في القضاء، ويؤكد على دوره في تحقيق العدالة، كذلك ضمان تنفيذ العقود، حيث يساهم تدخل القاضي في ضمان تنفيذ العقود بطريقة عادلة ومنصفة، مما يعزز الاستقرار الاقتصادي والقانوني.

وبناءً عليه يأتي هذا البحث ليتناول دور القاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على تحقيق العدالة بالقانون العراقي والإيراني

ثانيًا: أهمية الموضوع

تنبع أهمية موضوع هذه الدراسة من أهمية موضوع دور القاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على العدالة الذي يعد من الموضوعات الرئيسية على مستوى الفقه والقضاء لارتباطه بحق المتعاقدين أمام المحاكم بمختلف درجاته وأنواعه، واحترام حقوق المتقاضين في الدعوى من حيث عدالة القاضي الذي يعد أحد الركائز الأساسية لتطبيق أي قانون, وقياس مدى عدالة أي قانون يكون باحترام حقوق المتقاضين في النص على حقوق المتعاقدين في متن القانون واحترام تقديم هذه الحقوق بعدالة أمام المحاكم، ولا جدوى من هذه القواعد القانونية إذا لم تتوافر الوسائل المؤدية إلى حماية هذه القواعد والاستفادة من الضمانات التي تكفلها، وهو ما يتحقق بتقديم الحقوق.

ويرى الباحث أن هذا الموضوع مهم من الناحيتين النظرية والعملية، ومن الضروري البحث في الحقوق التي تتعلق بالنظام العام في القانون العراقي والايراني.

ثالثًا: أهداف البحث

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

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

٣- بيان فاعلية الأليات القانونية للقاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على العدالة ، وأحكامها.

رابعًا: مشكلة البحث

اختير هذا لبيان العلاقة الدائمة والترابط بين الإنصاف التعاقدي المتبادل والمنفعة المقصودة وبيان العلاقة بين كل منهما من جهة وأشكال التعديل بالنقص أو الإضافة أو الاستبعاد التام لجزء من العقد من جهة أخرى، وكذلك لبيان محل التعديل سواء كان عنصراً أساسياً من عناصر العقد أو شرطاً مرتبطاً به. وقد اختيرت طريقة المقارنة بين القوانين المذكورة أعلاه. وعليه تظهر إشكالية الدراسة في السؤال الرئيسي التالي:

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

خامسًا: منهج البحث وخطته

لما كان الهدف من البحث هو دور القاضي في تعديل جزء من العقد وأثره على العدالة في كل من القانون العراقي والإيراني، فإن المنهج المناسب لبحث هذا الموضوع هو منهج البحث الوصفي التحليلي والمقارن، وذلك من خلال محاولة جمع عناصر هذا الموضوع المنتشرة بين ثنايا القوانين.

ومن أجل تحقيق الهدف والغاية من البحث تم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول. مفهوم العدالة العقدية التبادلية ومبادئها

سوف نبحث أولاً مفهوم العدالة العقدية التبادلية ، ثم بيان المبادئ القانونية التي تقوم عليها. وبناءً على ذلك سوف

ينقسم هذا البحث إلى مطلبين:

المطلب الأول. مفهوم تحقيق العدالة

العدل بصفة عامة هو أن يتلقى كل إنسان ما يساوي إنتاجه ويؤدي العمل الذي يتناسب مع طبيعته وقدرته، فالإنسان العادل هو الإنسان الذي يبذل جهده في إعطاء الحق ويقدم ما يساوي ما يتلقاه مقابل هذا الجهد (الذنون،١٩٧٥: ١٦٣).

ولا شك إن التطلع إلى العدالة القائمة على المساواة نظرية قانونية فلسفية قديمة، فقد سبق لأرسطو أن عبر عن مقتضيات العدالة القائمة على المساواة في تبادل الحقوق والواجبات كما أشار إلى مقتضيات العدالة التبادلية، إذ أن الحياة في المجتمع تؤدي إلى تكوين سلطة قانونية تطالب بتقديم الخدمات وتنظم منح ما يقابلها ويجب أن يراعى جانب العدالة في توزيع الالتزامات في الجانب التعاقدي, ولكن المساواة الحسابية في ذلك لا تكفي أبداً، إذ لا بد من توزيع الالتزامات بما يتناسب مع الوسائل وتوزيع الأرباح بالنسبة للحاجات أو الخدمات المقدمة، وفكرة العدالة هذه تحقق القانون الوضعي للحاجات أو الخدمات المقدمة، وهذا يعني أن العدالة تقوم على المساواة في تبادل الحقوق والواجبات من جهة، ومن جهة أخرى مقتضيات العدالة التبادلية (باتيفول، ١٩٨٩: ٩٦).

يتضح من المعنى السابق للعدالة أنها تأتي على صورتين، الأولى العدالة التبادلية، وهي في نطاق علاقات المجتمع أو الدولة مع الأفراد باعتبارهم أعضاء في مجتمع يسمى الدولة، وهي تقوم على إعطاء جميع أفراد الهيئة الاجتماعية أنصبة متساوية، حيث يتمتع كل فرد بمنافع الصالح العام، صحيح أن أساس العدالة هنا هو المساواة، ولكن المساواة هنا ليست مساواة عادية، فالعدالة التبادلية تقتضي أن يكون التوزيع بين الأفراد بحسب ملكياتهم وقدراتهم وحاجاتهم، فهي مساواة نسبية تتناسب مع قدرة عضو المجتمع ومكانته وقيمة الخدمة التي يؤديها للمجتمع (حجازى، ١٩٧٢: ٢١٣).

ومعنى هذا أن العدالة التبادلية تكون في نطاق علاقات الأفراد بالمجتمع، أي في العلاقات بين الجماعة السياسية والأفراد باعتبارهم أعضاء في تلك الجماعة السياسية، فهذا النوع من العدالة خارج نطاق بحثنا، لأن بحثنا هذا في نطاق العقد، أي في علاقة الأفراد ببعضهم البعض وتحقيق العدالة في نطاق الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد، وهذا النوع من العدالة هو العدالة المتبادلة، وهذا لا يتحقق إلا في نطاق عقد ملزم للطرفين أو عقد تبادلي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة طرفي العقد (نامق، ٢٠١١ :٥٥)

والهدف من تحقيق العدالة هو تحقيق التوازن بين المنافع لكل من طرفي العقد أو بين الأداءات المتبادلة، ووصفت بالتبادلية لأنها تبادل للأشياء والخدمات بين الأفراد، أي التبادل بين الأداءات المتقابلة ويجب أن تحقق المساواة والتناسب بين ما أعطى كل طرف وما أخذ كل طرف من الأخر.

وفي إيران يعتبر مفهوم العدالة التبادلية داخلة في خصائص الحقوق أنها عامة ومنفصلة عن الخصائص الفردية وتظهر على شكل «قواعد» والقاعدة تحكم نفس الأمثلة الخارجية، ففي كل قاعدة قانونية يظهر جوهر العدالة، وهو المساواة، ويمنع التمييز الظالم والتعسفي. ولا شك أن هذه العدالة (كتوزيان، ١٤٠٤، ١: ١٦٣)

المطلب الثاني. المبادئ القانونية لتحقيق العدالة المتبادلة

بالنظر في المبادئ القانونية لتحقيق العدالة المتبادلة في القانون العراق ، نجد أنه يفرض التعاقد على العقود ، مجموعة من الالتزامات تستند إلى سيادة مبدأ حسن النية وحماية الثقة المشروعة في التعامل، بغرض الوصول لإبرام عقد نهائي ومن خلال هذا الإطار نتناول أهم هذه الالتزامات، وذلك على النحو الآتي:-

١. الالتزام بالدخول والاستمرار في التعاقد.

حيث يجب أن يلتزم الطرفان بالدخول والاستمرار في التعاقد، بمقتضى اتفاق مبدئي يرتب على الطرفين الاستمرار بالتعاقد، ولا يحق لأي منهما الامتناع أو التأخير عن الدخول في التعاقد (نصيف، ١٩٩٨: ٥٧١).

ولضمان عدالة التبادل بالقانون الإيراني في العقود هناك قواعد وضوابط تبين الاتجاه الطبيعي للحقوق نحو العدالة. على سبيل المثال، في عقود الصرف، يعتبر قانون الضرائب أن كل من التبادلين شرط صحيح في العقد حفاظا على التوازن الذي يدور في ذهن الطرفين (نائيني، خوانساري، ١٤٠٦ ه-ق: ٣، ١٩٠). ولا تخفى ضرورة الموازنة بين قيمة التبادلين من وجهة نظر المشرع. أعطى المشرع للمخطئ حق فسخ العقد غير المتوازن (المادة ٤١٦ القانون المدني الإيراني تمت الموافقة في ٤/٨/١٣٧٠) وأعطى مشتري السلعة المعيبة الحق إما تعويض نقص الصرف بأخذ «العوض» أو فسخ العقد غير المتوازن اقتصاديا. وهو ما أقرته المادة ٤٣٣ من القانون المدني الإيراني)[١].

٢. الالتزام بحسن النية

يعد الالتزام بحسن النية من أهم الأطر والنظم لكل من التعاقد ، وبالرغم من أن مبدأ حسن النية يشكل في جوهره نقطة تقاطع بين القانون والأخلاق، إلا أنه من الصعوبة بمكان إعطاء تعريف عام وجامع لهذا المبدأ، إلا أن بعض الفقهاء يرى في « مبدأ حسن النية هو الأمانة والاستقامة» (حمود، ٢٠٠٤: ١٠٤)، وهو « اتجاه نية وقصد المتصرف إلى التزام أحكام القانون وقيم المجتمع في تصرف جائز قانونا» (الدسوقي، ١٩٩٥، ١٦٨). كما تعرف بعض النظم القانونية مبدأ حسن النية بأنه: «هو الأمانة والاستقامة»، وعرفه البعض الآخر بأنه: «اتجاه نية وقصد المتصرف إلى الت ازم أحكام القانون وقيم المجتمع في تصرف جائز قانونا» (بوكماش، ٢٠٠٦: ١٦٣).

واذا كان الأصل في مسؤولية المناقص في العقود هي مسؤولية تقصيرية، إلا أن الرأي السائد في فرنسا يرى تطبيق المسؤولية العقدية في حالات استثنائية، قد تكون ناجمة عن الإخلال بالتزام عقدي ضمن اتفاقات مبدئية أو تمهيدية أو في حالة وجود اتفاق صريح بين الطرفين ينظم التعاقد ويحدد التزاماته والاستمرار فيه.

ومن هنا يمكننا القول: بأن هذا المبدأ يقتضي من الأطراف التعاقد بشرف وأمانة وتجنب كل ما يعيق التعاقد أو يؤدي إلى إبطالها أو محاولة افشالها باستخدام الحيل والمراوغة أو الإضرار بالغير، وعلى هذا الأساس يعّد حسن النية عنصراً داخليا يستدل عليه بطريقة غير مباشرة، غير أنه إذا تحول إلى سلوك خارجي وعلني فإنها تأخذ تسمية أخرى، فإذا اتجهت إلى إبرام تصرفات سميت إرادة، وإن تحولت سلوك معيب سميت خطأ.

وتظهر أهمية مبدأ حسن النية في التعاقد العمل على بذل العناية اللازمة لإنجاحها بالوصول بها خطوة خطوة إلى

١. المادة ٤٣٣ من القانون المدني الإيراني تمت الموافقة في ٤/٨/١٣٧٠، والتي تنص (إذا ظهر بعد المعاملة أن المنتج معيب، يحق للعميل قبول المنتج المعيب أو قبوله أو إلغاء الصفقة.)

مرحلة إبرام العقد النهائي في العقود الإدارية وهي النتيجة المتوخاة من التعاقد، مع استبعاد كل التصرفات الضارة بالسير الحسن لهذه التعاقد، ومن هنا يعتبر التعاقد بحسن النية التزام جوهري، يسمح لأطرافه التوصل إلى إبرام عقد نهائي المزمع ابرامه، ولا يتأت بلوغ أهداف التعاقد دون أن تقوم على أساس من النزاهة والأمانة والثقة المتبادلة، لذلك يعتبر التعاقد بحسن النية التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين، ويستوجب من كل منهما احترامه وتنفيذه، ليس ببدل عناية الرجل العادي لإنجاحه فحسب، بل بتحقيق نتيجة التعاقد، لا يستطيع المناقص دفع مسؤوليته بإثبات بذل ما في وسعه للوفاء بهذا الالتزام، وليس بمقدوره الوصول إلى نتيجة، كما أنه لا يجوز التعاقد بصور كاذبة أو وعود خادعة لمجرد التسلية والدعاية أو استطلاع السوق دون نية حقيقة في التعاقد (العربي، ٢٠١٩: ١٦٥).

٣. الالتزام بالإعلام

يعد الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من أهم الضمانات القانونية لسلامة إرادة الأطراف التعاقد، وتزداد أهمية هذا الالتزام، في حالة أحد طرفي مهني ومحترف والآخر مستهلك ضعيف من حيث المعرفة في مجال التعاقد مما يجعله في حاجة إلى حماية قانونية، وتطلق النظم القانونية على هذا الالتزام عدة تسميات؛ منها التزام بالإعلام أو التزام بالتبصير أو التزام بالإفضاء بالبيانات والمعلومات أو التزام بالإخبار (ابوعمر، ٢٠١٩: ٤٧).

وقد انقسمت النظم القانونية في مفهوم الالتزام بالإعلام، وان كان ينطلق من أرضية مشتركة مفادها أن هذا الالتزام يمثل التزاما عاما في العقود لاسيما عقود الاستهلاك ، إذ يتوافر بصورة أساسية في المرحلة السابقة على التعاقد بهدف تنوير إرادة المستهلك كما يوجد في مرحلة إبرام وتنفيذ العقد أيضا، كما ذكرت بعض النظم أن الالتزام بالإعلام لابد أن يسبق التعاقد بحيث يلتزم أحد طرفي العقد بإعلام الآخر عن البيانات التي يجب توافرها في التعاقد، ليتم إبرام عقد خال من أي عيب وكامل بكافة مفرداته، نتيجة لظروف واعتبارات معينة ترجع لطبيعة الشخص المتعاقد معه أو لطبيعة العقد نفسها أو طبيعة محله، ولأي اعتبار آخر يجعل من العقد مستحيلا إذا تم كتمان بيانات محددة وضرورية في التعاقد (المطاقه، ٢٠١٥: ٥١)

وقد أكد القانون العراقي أن الالتزام بالإعلام لا يجد أساسه في مبدأ حسن النية مادام هذا الأخير مفهوم غير محدد ودقيق، وبالتالي لا ينشأ مصدرا مباشرا للالتزام بالإعلام من جهة، ومن جهة ثانية أن مبدأ حسن النية خاص بتنفيذ العقد بحسب القوانين اللاتينية، لذا لا يمكن لنا أن نقول بأن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي يجد أساسه في مبدأ حسن النية في مرحلة التعاقد.

كما أن الالتزام بوجوب الإعلام قبل التعاقدي يكمن في الالتزام الأساسي في مرحلة تكوين العقد ، إلا وهو التعامل بحسن نية ، إذ أن هذا الأخير يفرض على كل طرف من طرفي التعاقد من اللحظة الأولى لبدء المرحلة قبل التعاقدية أن يتخذ موقفا ايجابيا تجاه الطرف الآخر ، فيطلعه على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه ، لاسيما في ظل عدم التعادل البين في المعلومات التي يحوزها الطرفان والذي أسفر عنه التعقيد الفني المتزايد في العقود الحديثة للمشاركة في الإنتاجية التي يتم إبرامها غالبا بين شخص محترف واخر غير محترف (الناجي، ١٩٧٣: ٣٠٧).

ومن هنا فان من أهم مقتضيات أو مصاديق التعامل بحسن نية أن يقوم بإعلام المتعاقد الآخر بشفافية تامة عن كافة المعلومات التي لا تخص العقد المزمع إبرامه، فلا يخفي عنه شيئ ، بل لابد أن يدلي إليه بكافة ما لديه من معلومات دون كتمان طالما أن لهذه الأخيرة أهمية في التعاقد وانسجاما مع ما تتطلبه المرحلة السابقة على التعاقد من مصارحة للمعلومات التي يحوزها الطرفان (الصده، ١٩٧١: ١٦٨).

٤. الجوهرية

يعتبر مبدأ الجوهرية من أهم القواعد الذي أكدت عليه النظم القانونية في التعاقد في العقود الإدارية حيث يعبر عن المصداقية بالنسبة لطبيعة المعلومات والبيانات التي يلتزم المفاوض بها، فإنها منظور إليها من حيث وقت وجوب الإعلام بها، فان مجالها الطبيعي هو في المرحلة قبل التعاقدية ، لذلك يجب أن تكون ذات اثر بالغ في مدى إقبال المستهلك على التعاقد، وبطبيعة الحال ، فانه لا يكون لها هذا الأثر إلا إذا كانت على درجة من الأهمية ، أي يجب أن تكون ذات صفة جوهرية في اعتبار المتعاقدين (الباقي، ٢٠٠٨، ١٩٠).

٥. الانضباط

حيث أكدت النظم القانونية وجوب الانضباط في التعاقد في العقود الإدارية فانه يتحدد بتلك المعلومات التي قد يفترض على الطرفين الحصول عليها بوسائله الخاصة، ولا سبيل لعلمه بها سوى عن طريق إدلاء معاقدة الآخر بها ، وتبدو أهمية هذا العنصر لما يؤدي إليه منع ترامي مجال هذا الالتزام إلى إبعاد غير منضبطة (الصده، ١٩٧١، ١٦٨).

٦. الواقعية

من المعلوم قانونيا أن التعاقد في العقود ذو طبيعة واقعية حيث أن النشأة القضائية لهذا الالتزام تحمل في طياتها الأهداف المرجوة من تقريره، وهي العمل على حماية العقود في المستقبل من مقومات الانهيار ودواعي الإبطال ، وذلك في ضوء ما تكشف لهذا القضاء من عوامل باتت تهدد هذه العقود في سلامتها واستقرارها، وهو ما يعكس الدور الوقائي لهذا الوجوب في مجال العقود، إذ أن أداء المدين للالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، يؤدي إلى تنوير رضا الطرف الآخر، الأمر الذي يؤدي إلى تفادي الحكم ببطلان العقد، وبالتالي لا بد أن يتسم هذا التعاقد بالواقعية (الباقي، ٢٠٠٦: ١٩٧).

٧. الاستقلالية

يعتبر الاستقلال في العقود ذات طبيعة استقلالية، حيث كان الهدف من تقريره من قبل القضاء هو مواجهة اختلال التوازن القائم بين المنتج والمستهلك في المرحلة قبل التعاقدية .

وهذا ما أكده الفقه العراقي في أن التعاقد قبل التعاقد مستقل يقع على عاتق شخص ينوي التعاقد مع غيره ، وهو يقوم لحماية الطرف الآخر ، بل لتحقيق التكافؤ بين الطرفين ، أعمالا لمقومات العدالة العقدية (الدسوقي، ١٩٨٥: ٣٢).

ولذلك فهو يتميز عن نظرية عيوب الرضا، في قيام المسؤولية لدى الإخلال بهذا الالتزام رغم عدم تعيب إرادة الدائن بأي عيب من عيوب الرضا. كما يتميز التعاقد في المشاركة بالإنتاج قبل التعاقدي عن نظرية الضمان في أن أمر قيامه غير مرتبط بحدوث شيء يوجب الضمان على عاتق المدين، كما انه ليس تطبيقا من تطبيقات الحماية المقررة للطرف المذعن في عقود الإذعان لأنه ليس في نصوص القانون المدني العراقي أي حماية الطرف المذعن في المرحلة السابقة على التعاقد (الجميعي، ١٩٨٣: ١٢).

٨. الالتزام بالشفافية

يدخل من ضمن الالتزامات الملقاة على الأطراف المتعاقدة في القانون العراقي، التزام بالشفافية ومعنى ذلك هو التزام كل مزايد بتحري الدقة فيما يقدمه من بيانات أو معلومات للمزايد الآخر، فيجب أن تتسم هذه المعلومات بالدقة والشمولية وألا تكون مغلوطة أو مفرطة في التفاؤل أو مغرقة في التشاؤم أو بالية أو غير ملائمة للعقد موضوع

التعاقد، أو من شأنها أن توقع الطرف الآخر في غلط يغريه بالتعاقد، حيث يجب على كل مزايد أن يسلك اتجاه الآخر مسلكا يتسم بالشفافية في كل ما يقدمه من معلومات حتى يستطيع الطرف الآخر أن يحاط بكل مكونات العقد المناقص بشأنه فيتخذ قراره عن بصر وبصيرة (منتصر، ٢٠٠١: ١٤٤).

وبناءً عليه فشمولية المعلومات التي يقدمها المناقص للطرف الآخر يجب ألّا تكون ناقصة، بل يجب أن تكون تامة وكاملة، حيث أن مبدأ الشفافية يقتضي المكاشفة، وتفادي الغموض والحيل أو إعطاء وعود وآمال كاذبة (حمود، المصدر السابق: ١١٣)، ومعنى ذلك أن المعلومة التي يقدمه كل مزايد إلى ألآخر يجب أن تكون دقيقة وكاملة بالقدر الذي يسمح بالاعتماد عليها، وتكفي في حّد ذاتها لكي يتخذ المناقص الذي قدمت له قراره على أساسها.

ومن صور الإخلال الالتزام بالشفافية نذكر على سبيل المثال: إنهاء التعاقد في وقت غير ملائم وبدون سبب مشروع، حيث يقتضي عدم الدخول في التعاقد إلاّ إذا كان لدى المناقص نية حقيقية وجادة في التعاقد، مع بذل كل طرف ما في وسعه من جهد لمواصلة التعاقد حتى بلوغ الهدف المنشود من عملية التعاقد.

وبناءً على ذلك، تتحقق العدالة المتبادلة في نطاق العقد إذا كانت هناك حقوق لكل من طرفي العقد مع التزامات مقابلة، ومن ثم فإن الشرط الذي يلزم البائع في عقد استهلاكي بدفع تعويض معين في حالة العدول عن العقد دون فرض تعويض مماثل على المسؤول عن عدم تنفيذ العقد هو شرط تعسفي لا تتحقق العدالة المتبادلة بوجوده[٥].

والمشرع الإيراني أقر العدالة المتبادلة في المادتين ٦١ و١٥٦ من الدستور الإيراني لسنة ١٩٧٩، تم حيث تم تحديد أهداف وواجبات السلطة القضائية بعناية، وبحسب المادة ٦١، فإن «أعمال القضاء تقوم بها محاكم العدل، التي يجب أن تنشأ وفق المعايير الإسلامية، وتفصل في الدعاوى، وتحمي الحقوق العامة، وتوسع العدالة وتنفذها، وتقيم الحدود الشرعية».

المبحث الثاني. أسباب تعديل القاضي جزء من العقد وأثره على تحقيق العدالة

قد يكون من المناسب هنا قبل الخوض في أسباب التعديل أن نشير إلى أن مفهوم التعديل بجزء من أجزاء العقد ، لأن هذا المفهوم وثيق الصلة بصور التعدي، فالتعديل بالزيادة أو النقصان أو الاستبدال لجزء من أجزاء العقد هو موضوع العقد بجميع أجزائه، ولكن أجزاء العقد لا تقتصر على عناصره الأساسية بل قد يقترن بها شروط يتفق عليها المتعاقدان، وبالتالي فقد يكون موضوع التعديل العناصر الأساسية للعقد وقد يشمل التعديل الشروط المرتبطة بالعقد وسوف تناول ذلك في مطلبين:

المطلب الاول. تعديل القاضي لعناصر العقد الاساسية

أولًا: المخالفة المباشرة

تتمثل هذه المخالفة التعدي على الحقوق المكتسبة للعقد في فسخ العقد أو تعديله بقيام أحد الطرفين بعمل يحرمه القانون أو الامتناع عن عمل يوجبه القانون أي تحدث عنه تجاهل أحد أطراف التعاقد للقواعد القانونية تجاهلا كليا أو جزئيا .

فالمخالفة المباشرة للقانون قد تكون بشكل مخالفة إيجابية كما في حالة خروج أحد أطراف التعاقد بطريقة عمدية

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

على حكم القاعدة القانونية الأعلى من العقد .

أو قد تكون بشكل مخالفة سلبية، كما في حالة امتناع أحد الأطراف عن تطبيق القاعدة القانونية أو رفضها تنفيذا لما ترفضه عليها من التزامات (زنكه، ٢٠٠٩: ١٠٤).

ثانيًا: المخالفة غير المباشرة للقانون

يعتبر العقد معيبا في محله إذا صدر نتيجة خطأ في تفسير القانون أو خطأ في تطبيقه وهو ما يطلق عليه بالمخالفة غير المباشرة للقانون.

١. الخطأ في تفسير القانون

هذه الصورة يمكن حصولها في حالة اعطاء أحد أطراف التعاقد للقاعدة القانونية المعني غير المقصود قانونا (الطماوى، ٢٠١٠: ٣٩٨)، فهي تحدث في حالة إذا قامت أحد أطراف التعاقد بتفسير قاعدة قانونية بطريقة خاطئة ينتج عن ذلك إعطاؤها معنى غير المعنى الذي قصده المشرع .

وإن هذا الخطأ قد يقع بغير قصد من أحد أطراف التعاقد، فيكون بسبب غموض القاعدة القانونية وعدم وضوحها واحتمال تأويلها إلى معان عدة، و قد يكون على نحو عمدي من جانب أحد أطراف التعاقد حينما تكون القاعدة القانونية المدعى بمخالفتها من الوضوح بحيث لا تحتمل الخطأ في التفسير ولكن أحد أطراف التعاقد تحتمل التفسير الخاطئ فيختلط عيب المحل في هذه الحالة بعيب الانحراف في السلطة .

وقد مارس القضاء وبفعالية رقابته عن تفسير أحد أطراف التعاقد الخاطئ للقانون حيث وجد أن القضاء هو المرجع في حسم الخلاف الذي يدور بين أحد أطراف التعاقد وبين من يطعن في صحة العقد مستندا على هذه الصورة من صور مخالفة القانون و يترتب على ذلك أن على أحد أطراف التعاقد أن تلتزم بالتفسير الذي يعتنقه القضاء حتى ولو كان هذا التفسير لا يتفق مع حرفية النص (الطمادر، المصدر السابق: ٨٥٤).

٢. الخطأ في تطبيق القانون

يقصد بالخطأ في تطبيق القانون مباشرة أحد أطراف التعاقد للسلطة التي منحها القانون إياها بالنسبة لغير الحالات التي ينص عليها القانون أو دون توافر الشروط التي حددها المشرع المباشر لها .

وقد عرف الدكتور محمود عاطف البنا العيب بأنه : تطبيق أحد أطراف التعاقد للقانون تطبيقا غير صحيح فتمارس السلطة المخولة لها في غير الحالات التي نص عليها القانون أو دون أن تتوفر الشروط التي حددها القانون لممارستها .

وقد اختلف الفقه والقضاء في اعتبار هذه الصورة من عيوب العقد المتعلقة بالمحل أم في كونها متعلقة بعيب السبب.

- اتجه المشرع العراقي إلى اعتبارها من عيوب المحل وعزز رأيه بقرارات لمجلس الدولة الفرنسي وذهب لدعم رأيه إلى القول بأي رقابة القضاء فيما يتعلق بمخالفة القواعد القانونية فإنها رقابة موضوعية تستهدف مطابقة محل العقد لأحكام القانون، ثم يقرر أن الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع المختلفة في رقابة القضاء الاداري في التحقق من حدوث الوقائع المادية التي استندت إليها أحد أطراف التعاقد في اصدار العقد كذلك تعديل الوقائع الثابت حدوثها للتأكد ما إذا كانت تبرر إصدار العقد ضمن العيوب التي تصيب محل العقد (المتيوبي،٢٠١٢: ١٢٥).
- وعلى الجانب الآخر هناك رأي يقول بأن عيب الخطأ في تطبيق القانون ضمن عيب السبب وهذا ما يؤيده

الفقه على أساس أن الخطأ في تطبيق القانون إنما يشير إلى عيب السبب، وأن القضاء يرجع في إلغاء الكثير من التعاقدات إلى عيب السبب صراحة وإنه من المنطق أن يقابل كل ركن من أركان العقد وجها من أوجه الالغاء وينشأ عن عيب الذي يمكن أن يصيبه (الحلو، ٢٠٠٧: ٤٤٤).

- ولكننا ورغم هذا الاختلاف نميل إلى عدّ هذه الصورة ضمن الأوضاع المتعلقة بالرقابة على محل العقد ولكنه عدّ العيب الذي يشوب ركن السبب من العيوب المستقلة (العلاوى، ١٩٩٩: ٤٨٥).

المطلب الثاني. مراعاة الضوابط العامة لممارسة تعدل العقد

سبق أن بينا بأن العقد في جوهره تعبير عن توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين كإنشاء التزام أو نقله أو تعديله، كما أن أركان العقد من (تراضي، المحل، السبب، والشكل) هي ذات أركان العقد المدني (السنهورى، ١٩٨٦: ٢، ٤٦٣)، كما أن شروط صحة الرضا والمحل والسبب متفقة في الجزء الأكبر منها مع شروط الصحة التي ترد على العقد المدني.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بالقول (أن العقد من حيث العناصر الأساسية، اللازمة لتكوينه، لا يعد و أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين يكون أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية)[١].

أما فيما يتعلق بالشكلية فالأصل أن العقد لا ينعقد إلاّ باستيفاء الشكلية التي نص عليها القانون ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ويسري هذا الحكم على ما يطرأ على العقد من تعديل[٢]، فالأصل أنه لا يشترط في الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد العقد شكلاً معيناً إذ يجوز التعبير عن كل منهما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ أي مسلك اخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي[٣]، واستنادا لما تقدم فالأصل لا يشترط في العقد أن يكون مكتوباً إلاّ إذا نص القانون على خلاف ذلك، إلاّ أن العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الإداري بسبب ركون أحد أطراف التعاقد دائماً إلى إثبات إجراءاتها وروابطها التعاقدية كتابة (الحلو، ٢٠٠٧: ٥٢).

لذلك يمكن القول أن أحد أطراف التعاقد غير ملزمة باستخدام الصيغ المكتوبة للعقود إلا عندما يفرضها القانون صراحة، واذا ما نص القانون على شكل الكتابة يترتب على إغفال هذا الشكل البطلان، ففي العراق فإن أحد أطراف التعاقد ملزمة بتحرير صيغة للعقود الحكومية التي تبرمها دوائر الدولة والقطاع العام في مجالات الأشغال العامة والتجهيز للسلع والخدمات المختلفة والعقود الاستشارية[٤]، وكذلك الحال في إيران حيث اشترط المشرع تحرير العقود كتابة في نطاق عقود الأشغال والتوريدات والخدمات والدراسات .

وإذا كان هناك تشابه في العناصر الجوهرية فإن ذلك لا يعني وحدة النظام القانوني للعقدين، فالعقد يتفرد ويمتاز عن العقد المدني بنظامه القانوني الخاص المتعلق بقواعد التكوين والإبرام والتي تكون عادة معقدة ومركبة، وكذلك نجد الاختلاف في الأحكام الموضوعية المتعلقة بآثار العقد وتنفيذه وانتهائه، فالعقود الإدارية تخرج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ذلك أن شروط العقد و علاقة المتعاقدين محددة مسبقاً وليس للمتعاقد مع أحد أطراف التعاقد

١. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (٦٣١)، جلسة ٣/٣/ ١٩٩٣م.
٢. ينظر: المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي.
٣. المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي.
٤. ينظر: المواد (١، ٨)، من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية لسنة (٢٠٠٨).

مناقشتها (قبلان، ٢٠٠٥: ١٩٠)

المبحث الثالث. الاثار المترتبة على دور القاضي في تعديل جزء من العقد

المطلب الاول. تحديد التزامات البائع في تعديل جزء من العقد

تختلف التزامات البائع باختلاف نوع العقد ونوع المبيع، ويُمكن الاتفاق بين البائع والمشتري على تعديل بعض هذه الالتزامات بشرط أن لا تخالف القانون أو النظام العام.

أولًا: الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

لم تعطي النصوص التشريعية التي تناولت ضمان التعرض والاستحقاق في تعديل جزء من العقد[١]، تعريفا قانونيا يحدد المقصود بالأعباء او الالتزامات التي تظهر على تعديل جزء من العقد، تاركة أمر تعريفها للفقه.

وقد عرف بعض الفقهاء الالتزامات التي تظهر على العين المبيعة موضوع العقد، أن هذه الالتزامات حق لا يمس ملكية العين وانما يقيد انتفاعه بها، حيث يحصل علم المشتري بها بعد البيع (السلطان، ١٩٥٣: ٢٤٤).

ويستوي في الالتزام والتكليف الذي يرد على الشيء محل العقد ان يكون في صورة حق عيني كحق ملكية او انتفاع او رهن او في صورة حق شخصي كالإيجار، كما يمكن ان يكون الالتزام في صورة حق معنوي كما لو باع شخص براءة اختراع، ثم ظهر بعد ذلك ان تلك البراءة قد تم الغائها (المرجاوى، ٢٠٠٥:١٠).

وبذلك يمكن القول بوجود عبء أو تكليف على تعديل جزء من العقد إذا كان كل ما يفرضه على الدائن بالضمان هو تقييده في الانتفاع بهذه تعديل جزء من العقد، دون أن يشكل ذلك اعتداء على حق الملكية أو حق الانتفاع كله أو بعضه كما في حالة الاستحقاق الكلي أو الجزئي للشيء محل العقد حيث يحرم الدائن بالضمان من كل مزايا الحق محل العقد أو بعضها، ويكون للأخير الحق في الضمان في حالة الاستحقاق الجزئي مهما كانت أهمية الجزء الذي وقع فيه الاستحقاق (فرج، ١٩٧٠: ٢١١).

وان مسالة تكييف ما اذا كان حق الغير يشكل تكليفا يثقل الشيء محل العقد ام استحقاقا جزئيا له امر متروك لسلطة القاضي التقديرية ، حيث انه لا يوجد نص تشريعي يشير الى الحالات التي يعتبر فيها حق الغير تكليفا او استحقاقا جزئيا.

فهل يشترط حسن النية لدى الدائن بالضمان للرجوع على المدين بضمان التعرض والاستحقاق في حالة ظهور اعباء او تكاليف على الشيء محل العقد؟

فقد نص القانون المدني العراقي، في المادة (١/٥٥٥) منه على انه « إذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلاً بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد، كان للمشتري أن يفسخ العقد»[٢]

---

١. وذلك في المواد (٥٥٥) من القانون المدني العراقي، والتي تنص: « ١ – إذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلاً بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد، كان للمشتري أن يفسخ العقد. ٢ – وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق.».

٢. وقد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه « ... ان المادة ٥٥٥ من القانون المدني تنص على «انه اذا استحق بعض المبيع وكان مثقلا بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد كان للمشتري ان يفسخ البيع... وفي واقعة هذه الدعوى كان التكليف خفيا على المشترين وليس بوسعهما ان يعلماه بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به، ولم يفصح البائع عنه بل كتم حقيقته مما يجعل حق المميز عليهما في طلب الفسخ مؤكدا «. رقم القرار ١١٠٨ /حقوقية / ٩٦٥ بتاريخ ١٩٦٥/١٢/١١ قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الثالث ، ص ١٠٧.

ويتضح لنا وفي إطار تعديل القاضي جزء من العقد أنه في حالة ما اذا كان المبيع مثقلا بتكليف، فأنه يلزم لرجوع المشتري بالضمان أن يكون حسن النية, لا علم له به وقت العقد، فإذا كان المشتري يعلم وقت العقد بالالتزام الذي يثقل البيع, كان سيء النية, وتبعاً لذلك لا يستفيد من الجزاء الذي قرره القانون بهذا الصدد.

كما أن المشرع العراقي ساوى بين الاستحقاق الجزئي وبين ظهور تكليف على المبيع من حيث اشتراط حسن نية المشتري لرجوعه على البائع بضمان الاستحقاق، ويتضح لنا أن حسن النية لدى المشتري للملكية الفكرية المشتركة هنا شرط لرجوعه على البائع بضمان التعرض والاستحقاق في حالة ظهور تكليف على المبيع ينقص من انتفاع المشتري به وهذا الشرط يضاف الى الشروط التي تتعلق بضمان التعرض الصادر من الغير.

ويلتزم المدين بالضمان بدفع كل تعرض قانوني يصدر من الغير واتخاذ كافة الوسائل اللازمة لدفع هذا التعرض، فاذا نجح في رد ادعاء الغير فأنه يكون قد نفذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا باعتباره التزاما قد نشأ مباشرة من تعديل جزء من العقد الذي أبرمه، ويقال للضمان في هذه الحالة ضمان التعرض بطريق التدخل.

إلا أن المدين بالضمان إذا أخل بهذا الالتزام الاصلي وترتب على ذلك استحقاق تعديل جزء من العقد كله أو بعضه للغير التزم بتعويض الدائن بالضمان عما أصابه من ضرر بسبب ذلك وهو ما يطلق عليه التنفيذ بطريق التعويض ضمان الاستحقاق (السنهوري، ١٩٦٠: ٤، ٦٦).

فضمان الاستحقاق في تعديل جزء من العقد هو تنفيذ بمقابل لالتزام المدين بالضمان بمنع التعرض، وبالتالي يعرف الاستحقاق بأنه نزع ملكية الشيء محل العقد كله أو بعضه من تحت يد الدائن بالضمان بحكم قضائي ويتناول جميع الحالات التي يحرم فيها هذا الأخير فعلا من الشيء محل العقد لأي سبب سابق على العقد لم يكن له يد فيه او ليس في مقدوره دفعه (الزغبي، ١٩٩٣: ٣٣٣).

فالمدين بالضمان اذن ليس ملتزما بالتزامين التزام بضمان التعرض وآخر بضمان الاستحقاق، بل هو التزام واحد وهو ضمان التعرض فإما أن ينفذه عينا وإما أن ينفذه بطريق التعويض.

ويختلف التعويض في حالة الاستحقاق الكلي عنه في حالة الاستحقاق الجزئي أو وجود تكليف على تعديل جزء من العقد، ففي حالة الاستحقاق الكلي يلتزم المدين بالضمان بدفع تعويض كامل للدائن بالضمان وفي حالة الاستحقاق الجزئي يكون التعويض بقدر الضرر الذي اصاب الدائن بالضمان من جراء استحقاق بعض المبيع (عامر، ١٩٩٨: ٣١٩).

أما في إيران عندما يوجد طرفًا يرفض الوفاء بالتزاماته، والذي قد يكون أيضًا الملزم بالعقد، «فسخ» و»مطالبة بالتعويض» وكذلك «الاستسلام للعقد» كضمان ومن هنا يتم تطبيق التطبيقات المعروفة. كضمانات الأداء، إلا في حدود الضرورة وتتناول أهم مادة في القانون الإيراني مسألة رفض الطرف قبول الالتزام؛ نصت المادة ٢٧٣ من القانون المدني على أنه: «إذا امتنع صاحب الحق عن قبوله تبرأ ذمة المدين بأن يأخذه إلى الحاكم أو نائبه، ومن تاريخ هذا الإجراء يكون مسئولاً عما يلحقه من ضرر». الذي قد يكون سببا لموضوع الحق ولن يكون». أما المواد الأخرى، مثل المادة ٣٨٧ في شأن ضمان الصرف، والمادة ٤٠٥ في خيار تأجيل الثمن، والمادة ٤٦١ في البيع على شرط، والمادة ٧٤٧ من القانون المدني في شأن الكفالة، فكلها تشير إلى «الرجوع إلى الحاكم». إلا أن النص الأساسي في هذا الموضوع هو نفس المادة ٢٧٣ من القانون المدني التي تثير مسألة «قبض الحاكم»، وهذه المادة أيضاً معيبة من عدة وجوه.

مما لا شك فيه ان الدائن بالضمان متى ما كان حسن النية يجهل عند العقد وجود سبب الاستحقاق للشيء

محل العقد فأنه له الرجوع على البائع بالضمان في حالة استحقاق الشيء محل العقد كله أو جزء منه. لكن الدائن بالضمان قد يكون على علم بسبب الاستحقاق وقت العقد فهل له ان يرجع على المدين بالضمان في هذه الحالة؟

للإجابة على ذلك سوف نتناول الاستحقاق الكلي في الفرع الأول والاستحقاق الجزئي في الفرع الثاني.

أ- الاستحقاق الكلي

يعرف الاستحقاق الكلي بأنه ظهور حقيقة أن الشيء محل العقد لم يكن مملوكا للمدين بالضمان بثبوت ملكيته كله للغير الذي ينتزع من تحت يد الدائن بالضمان فيؤدي ذلك الى حرمان هذا الأخير من جميع الحقوق المقررة له على الشيء محل العقد (مبارك، ٢٠١٣: ١٢٣).

كما يكون هناك استحقاق كلي تعديل جزء من العقد إذا قام المدين بالضمان وهو البائع في تعديل جزء من العقد ببيع المبيع مرة أخرى لمشتري ثاني اكتسب ملكية المبيع لسبق تسجيل عقده.

ويلاحظ على موقف المشرع العراقي في المادة (٥٥٤) من القانون المدني العراقي والمتعلقة بالاستحقاق الكلي في تعديل جزء من العقد على ما يلي «١ -اذا استحق المبيع وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت .....٢ -اما اذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري ان يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن.....»

ومن خلال النص أعلاه يتضح أن مدى الالتزام بالضمان يختلف بحسب ما إذا كان البائع حسن النية لا يعلم باستحقاق المبيع وقت العقد أو كان سيء النية يعلم بسبب الاستحقاق فيلتزم في الحالة الاخيرة بتعويض أوسع مدى من حالة كونه حسن النية (الفضلي، ٢٠٠٧: ١١٢).

ولم يتطرق النص السالف الى مسألة كون المشتري (الدائن بالضمان) حسن أو سيء النية يعلم بسبب الاستحقاق ويمكن أن نستشف من موقف المشرع العراقي هنا أنه لم يشترط حسن النية لدى لدائن بالضمان للرجوع على المدين بالضمان، فله الرجوع بغض النظر عن حسن أو سوء النية، وينتقل البحث هنا في هذه الحالة عن حسن أو سوء نية المدين بالضمان حيث إن مدى ضمان المدين للاستحقاق الكلي يختلف باختلاف ما إذا كان حسن النية أو سيء النية.

ب- الاستحقاق الجزئي

قد لا ينتزع الشيء تعديل القاضي جزء من العقد كليًا من الدائن بالضمان وإنما يحرم من جزء من هذا الشيء عندما تثبت ملكية هذا الجزء للغير سواء كان هذا الجزء مفرزا أم شائعا، كما قد تنتزع ملكية بعض هذا تعديل جزء من العقد استيفاء للحق المضمون بالرهن، كما يتحقق استحقاق جزئي للشيء محل العقد إذا ثبت تكليف عليه من شأنه تقييد الانتفاع به سواء كان ذلك حقا عينيا كحق الانتفاع أم حقا شخصيا (الناجي، ١٩٨١:١٨٨).

وبذلك يكون الاستحقاق جزئيا إذا لم يحرم الدائن بالضمان من كل الحقوق المقررة على الشيء محل العقد، وقد ساوى المشرع العراقي في الحكم بين الاستحقاق الجزئي في بيع تعديل جزء من العقد وبين الالتزامات التي تظهر على محل العقد من حيث استلزام شرط حسن النية لدى الدائن بالضمان للرجوع بالضمان على المدين حيث نصت المادة (٥٥٥) من القانون المدني العراقي على أنه «إذا استحق بعض المبيع او كان مثقلا بتكاليف لا علم للمشتري بها وقت العقد كان للمشتري ان يفسخ العقد.....»

لذا فأن علم الدائن بالضمان بسبب الاستحقاق يسقط حقه في الرجوع على المدين بالضمان بموجب نص المادة أعلاه إذ يكون في هذه الحالة سيء النية فلا يرجع على المدين بالضمان بشيء، لذا فإن حسن نية الدائن بالضمان أي عدم علمه بسبب الاستحقاق الجزئي يعتبر شرطا للرجوع بالضمان على المدين بموجب نص المادة (٥٥٥) من القانون المدني العراقي.

ويلاحظ من النص أيضًا أن المشرع العراقي لم يميز في الاستحقاق الجزئي بين استحقاق جسيم لو علم به المشتري لما ابرم العقد واستحقاق غير جسيم كما فعل القانون المدني المصري، فالاستحقاق الجزئي في القانون المدني العراقي حكمه واحد في الحالتين وهو الخيار بين الفسخ ورد المبيع أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عن الضرر.

وبناء عليه فالمشتري وهو الدائن بالضمان يرجع على المدين بغض النظر عن حسن أو سوء نيته أي بغض النظر عن علمه بسبب الاستحقاق فسواء كان عالما بسبب الاستحقاق أم لم يكن عالما يحق له الرجوع بالضمان في حالة الاستحقاق الجزئي للشيء محل العقد.

ثانيًا: تسليم المبيع وجزاء الاخلال به

يرتبط تسليم المبيع من تعديل القاضي جزء من العقد بمدى المطابقة أو عدمها عند التسليم، وعدم المطابقة يعرف بأنه «تسليم مبيع غير مطابق للعقد» (الاهوانى، ١٩٨٩: ٧٢٦) ويعرفه آخر بأنه «الفرق بين ما تم الاتفاق عليه في العقد وما تم تسليمه للمشتري». ويعرّفه آخر بأنه «عدم صلاحية الشيء المبيع للاستعمال وفقاً لطبيعة المبيع أو العقد أو الغرض الذي من أجله البيع»,أو عدم المطابقة هو «عدم توفر المبيع على الصفات المتفق عليها صراحة أو ضمناً أو التي يتوقع المشتري وجودها في العقد».

مما تقدم نرى أن تعريف السوابق القضائية لمفهوم المطابقة أو عدم المطابقة لا يختلف كثيراً من حيث الجوهر، باستثناء التعريف الأخير الذي يتوسع في مفهوم عدم المطابقة أكثر من تعريف المطابقة، حيث إن معنى المطابقة يقتصر على الصفات المتفق عليها في العقد، بينما شمل تعريف عدم المطابقة عدم صلاحية المبيع للاستعمال أو عدم وجود الصفات التي توقع المشتري أن يجدها في المبيع، بحسب طبيعة المبيع أو العقد أو الغرض الذي قصد المبيع من أجله.

وفي ضوء الملاحظة السابقة يمكن تعريفه بأنه ضمان الصلاحية للبيع (وهو ضمان يلتزم بموجبه البائع بتسليم المشتري مبيعاً مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، بحيث يكون صالحاً للغرض الذي عقد من أجله).

ومن هذا التعريف يمكن استنتاج النتائج المترتبة على هذا الضمان على النحو التالي:

١ – ضمان المطابقة هو التزام بتحقيق نتيجة مطابقة لشروط العقد الصريحة أو الضمنية؛ إذ يجب على البائع أن يسلم المبيع مطابقاً للمواصفات أو للغرض الذي من أجله تم توخى البيع.

٢ – أن نية المشتري مسألة شخصية يصعب التأكد من حقيقتها، وحتى لا يتعسف المشتري في ممارسة حقه الناشئ عن هذا الضمان يجب أن يكون مستنداً إلى معايير تتعلق بشخصية المشتري أو البيانات التي يقدمها البائع أو البيانات المرفقة بالمبيع، أو خاضعاً لتقدير القاضي.

أما بالنسبة للقضاء، فقد أشير إلى مضمون هذا الضمان أكثر من مرة في الأحكام التنفيذية الصادرة عن القضاء، وقد تم التركيز في المواصفات الجمالية للبيع أكثر مما تم التركيز في التشريع والفقه على ضرورة ضمان المطابقة في البيع

حتى لو لم يتم الالتزام بالمواصفات، أما موقف القضاء العراقي من ضمان المطابقة، فقد أشار في بعض أحكامه إلى ضمان المطابقة ضمنًا في أحكامه.

إلا أن القضاء العراقي لم يبلور في قرار لاحق فكرة المطابقة بل اعتبر عدم المطابقة عيباً كامناً، مشيراً إلى الخلط بين المطابقة والعيب الكامن في القرار التالي: «بعد استلام الأجهزة موضوع العقد المبرم بين الطرفين, اكتشف ان الأجهزة التي قام المميز عليه بتجهيزها غير مطابقة للشروط والمواصفات المنصوص عليها بالعقد من حيث المنشأ بالإضافة إلى الغش الصناعي ,وان ذلك يعد عيوب خفية استناداً إلى ضمان العيوب الخفي المنصوص عليها في المادة ٥٥٨»[1].

وفي القانون الإيراني ووفقاً فإن الشخص الذي لا يتأكد من التزام الطرف الآخر لا يبرم عقداً. وبعبارة أخرى، فإن الضمان المعقول والعرفي لالتزام الدائن بالوفاء الكامل وفي الوقت المناسب بالالتزامات هو شرط ضمني يأخذه كل شخص في الاعتبار أثناء إبرام العقد. وفي افتراض صحة العقد، يُفهم هذا الشرط الضمني بشكل أفضل؛ لأن قوة هذا الشرط الضمني تتضاعف مع الشرط الضمني وهو «استمرار حالة الدائن المالية حتى الاستحقاق» (كاتوزيان، ١٣٨٧: ١٤١).

وبالنظر إلى ما سبق، فإنه في حالة الإخلال المحتمل بالعقد، فإن هذه الشروط الضمنية تضطرب، ويجب إيجاد حل يتوافق مع أساس اتفاق أطراف المعاملة، والذي يتجلى جزء منه في شكل مصطلحات ضمنية.

والمادة ٢٣٠ من القانون الايراني المدني التي تلزم طرفي المعاملة بجميع النتائج الناتجة عن العرف والعادة دليل آخر على هذه الحقيقة، حيث أن الشروط الضمنية المذكورة هي من أهم النتائج العرفية الناتجة عن العقد، ومخالفتها. وفي حالة وجود مخالفة محتملة ينبغي تبريرها وعلى الطرف الآخر اتخاذ الإجراء المناسب.

بالإضافة إلى ذلك، من حيث الإخلال المحتمل بالوعد من قبل المتعهد إليه؛ يتوافق التفسير أعلاه مع مؤسسة الضمان الأحادي الجانب؛ باعتبارها إحدى طرق معالجة مخالفة العقد، فهي ليست بعيدة عن الأذهان في نظامنا القانوني، ويمكن التعرف على علاماتها بوضوح في هذا النظام.

المطلب الثاني. جزاء الإخلال بضمان مطابقة المبيع

ويتمثل جزاء الإخلال بضمان مطابقة المبيع في إثبات حق المشتري في المطالبة بإحدى العقوبات الناشئة عن إخلال البائع بالتسليم المطابق للمبيع، ويستند حق المشتري في المطالبة بهذه العقوبات إلى العقوبات التي يفرضها قانون المستهلك على البائع نتيجة عدم ضمان المطابقة المطلوبة للمبيع، وكذلك القواعد العامة المنظمة لأحكام المسؤولية التعاقدية في القانون المدني.

ولما كان ضمان مطابقة المبيع يهدف إلى ضمان الانتفاع بالمبيع انتفاعاً كاملاً ومطابقاً للمواصفات التعاقدية أو لغرض المشتري المحدد، فإن الأداء العيني المتمثل في إصلاح المبيع أو استبداله هو الجزاء الأول الناشئ عن هذا الضمان، ورد المبيع غير المطابق للعقد أو لغرض المشتري المحدد هو الجزاء الثاني، وللمشتري جزاء ثالث يتمثل في التعويض.

ولتوضيح الجزاء المترتب على الإخلال بضمان صلاحية المبيع سنقسم هذا المطب إلى ثلاثة مطالب، المطالبة

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية , رقم١٥٨/ الهيأة الاستئنافية منقول/٢٠١٢, قرار غير منشور.

الأولى ستتناول على التوالي الأداء العيني، والمطالبة الثانية ستبين رد المبيع كجزاء مفروض على البائع لعدم المطابقة، والمطالبة الثالثة ستتناول التعويض.

وبناءً عليه سوف نتناول جزاء الإخلال بضمان مطابقة المبيع من خلال:

أولًا: التنفيذ العيني

ثانيًا: رد المبيع

ثالثًا: التعويض

أولًا: التنفيذ العيني

ورد التنفيذ العيني بالقانون المدني العراقي في المادة (١/٢٤٦) على أنه: «١- يجبر البائع على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً».

في تطبيق الحكم المذكور أعلاه، ولكي يجبر البائع على الوفاء بالالتزام بتسليم المبيع بعوض، يجب أن يكون هذا الأداء ممكناً. فإذا استحال الوفاء بالالتزام عيناً وجب العدول عن الأداء عيناً إلى الأداء بمقابل، والاستحالة التي نتحدث عنها هي الاستحالة بسبب غش أو خطأ جسيم من المدين، لأن الاستحالة بسبب أجنبي تنهي الالتزام وتمنع الدائن من الرجوع على المدين بالتعويض (حكيم، دون سنه: ٥١١). وذلك طبقاً لنص المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي[1]، ونص المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري.

وهناك طريقتان في الأداء العيني يمكن للمشتري أن يختار إحداهما طريقة الأداء العيني التي يمكن للمشتري أن يختارها، أولاهما طريقة إصلاح المبيع, والثانية تتمثل باستبداله ,في ضوء ما سبق، سنسعى إلى عرض كل من الطريقتين المذكورتين أعلاه وبيان وجهة النظر في إمكانية اعتمادهما:-

أ) التنفيذ العيني بطريقة إصلاح المبيع غير المطابق

ويلتزم البائع بإصلاح عيوب المبيع الممثل في تعديل جزء من العقد وجعله مناسباً لغرض المشتري المتعاقد عليه، والغرض هنا من إصلاح المبيع هو ضمان قيام المبيع بوظيفته وهذا ينسجم مع مضمون المطابقة الوظيفية للمبيع,عليه فان للمشتري بمجرد تحقق عدم صلاحية المبيع لوظيفته ان يطلب تدخل البائع بإصلاح المبيع (محجوب، ١٩٩٦: ٥٢).

وقد يتطلب التطبيق الدقيق لطريقة إصلاح المبيع أن يتحمل البائع تكاليف نقل المبيع من منزل المشتري إلى ورشة الصيانة ثم إعادته إليه، أو أن يرسل البائع عمال الصيانة إلى مكان المبيع بغرض الإصلاح، وهذه التكاليف قد تكون مكلفة جدا للبائع وتتجاوز المبلغ المدفوع كمقابل للبيع.

مما سبق يتبين لنا أن إصلاح المبيع يقتصر على العيب أو الخلل المؤثر على صلاحية المبيع للاستعمال، وهذا يتفق مع ضمان صلاحية المبيع في الصلاحية الوظيفية التي هي صورة من صور الصلاحية.

أما الصور الأخرى من صور المطابقة فنجد أن عملية إصلاح المبيع لا فائدة منها عندما يكون المبيع فاقدًا للصفات المتفق عليها، كأن يشتري المشتري جهاز كمبيوتر بمواصفات معينة، فإذا لم تتوفر فيه هذه المواصفات فليس للمشتري أن يطالب بإصلاح المبيع، وإنما له أن يطالب باستبداله بغيره، فيمكن اعتبار إصلاح عيب المبيع

١. حيث نصت على انه: (إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه,.....)

نوعًا من أنواع التطبيق لضمانة المطابقة في صورتها الوظيفية.

ب) التنفيذ العيني بطريقة استبدال المبيع غير المطابق

وتنص معظم قوانين حماية المستهلك على استبدال البيع كأحد طرق الإنفاذ العيني لضمان الالتزام، كما جاء في المادة (٨) من قانون حماية المستهلك المصري (للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها أو استرداد قيمتها).

و عادةً ما يفي البائع بالتزام الضمان عن طريق استبدال المبيع بمنتج آخر, حيث يكون استبدال المبيع بطلب من المشتري خلال مدة من تسلم المبيع (بوادلى، ٢٠٠٦:٣٧٥) ,كما في المادة (٨) من قانون حماية المستهلك المصري، حيث حددت مدة الاستبدال بأربعة عشر يومًا من تسليم المبيع ويجوز للبائع رفض استبدال المبيع إذا تلف أو أتلفه المشتري.

وقد أيد البعض للمشتري الحق في المطالبة باستبدال المبيع غير المطابق إذا تعذر إصلاحه، وبالتالي يعتبر الاستبدال وفاءً بالضمان.

على الرغم من أن البعض يرى حق المشتري في المطالبة باستبدال المبيع غير المطابق، إلا أن البعض يرى حق المشتري في المطالبة باستبدال المبيع, إلا أن البعض الآخرلا يعده تنفيذا عينيا (القيسى، ١٩٨٦: ٥٢) والرأي القائل بأن الالتزام بالمطابقة التزام مستقل عن الالتزام بالتسليم يستند إلى أن الالتزام بالتسليم ينتهي عند تسلم المشتري للمبيع دون أي تحفظ، وأن للمشتري أن يطعن في ضمان المطابقة بالتعويض.

وكما يمكن أن يفهم من ذلك أن مجرد تسليم المبيع للمشتري لا يكفل وفاء البائع بالتزام التسليم، لهذا يجب توافر شرط المطابقة في المبيع، وإذا وجد المشتري أن المبيع غير مطابق كان له الحق في المطالبة باستبدال المبيع غير المطابق أو المطالبة بالتعويض إذا كان قد تم تسليمه بالفعل.

وبما أن قانون حماية المستهلك العراقي لا ينص على عقوبة الاستبدال كوسيلة من وسائل الجزاء العيني على غرار ما هو منصوص عليه في التشريعات المتقدمة

لذلك نوصي بأن ينص المشرع على ضمان المطابقة وإدراج هذه العقوبة في قانون حماية المستهلك.

ثانيًا: رد المبيع

يجوز للمشتري أن يطالب باسترداد المبيع غير المطابق للمواصفات المتفق عليها، في حالة عدم قدرة البائع على إصلاح المبيع أو استبداله. وتستند مطالبة المشتري إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

وتنشأ مطالبة المشتري باسترداد الثمن عندما لا يتوافق المبيع مع شروط العقد، وفي هذه الحالة يحق للمشتري المطالبة بالفسخ ،وليس كل رد للمبيع يعني فسخ العقد. وقد يتم رد المبيع لغرض إزالة العيب أو إبداله بعيب آخر، أما إذا كان العيب مما لا يسهل إزالته أو كان إبداله بعيب آخر يتطلب نفقات باهظة على البائع، فيجوز للمشتري أن يطلب رد المبيع وفسخ العقد في آن واحد، ويتحمل البائع تكاليف رد المبيع غير المطابق.

وفي ضوء ما تقدم, فإننا نرى ان نص المادة (١/٥٥٨)[١] من قانون العراق المدني لا يوفر الحماية الكافية للمشتري للملكية الفكرية المشتركة، حيث إن النص أعلاه لا يجيز للمشتري رد المبيع كعقوبة مفروضة على البائع إذا كان المبيع

١. حيث يشير نص المادة على انه: (١، إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى).

غير مطابق، حيث إنه يشترط أن يكون المبيع معيبًا بعيب كامن وقديم ومؤثر.

ثالثًا: التعويض عن عدم المطابقة

يجوز للمشتري مطالبة البائع بالتعويض نتيجة تسليم مبيع غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، فيقع بذلك في خسارة ناشئة عن تعديل جزء من العقد، بحيث يلعب التعويض دوراً في جبر الضرر الذي لحق بالطرف المتضرر بوضع المشتري في نفس الوضع الذي كان سيكون عليه لو أن البائع أوفى بما تعهد به.

ويثبت حق المشتري في المطالبة بالتعويض وفقاً للقواعد العامة المقررة في المسؤولية التعاقدية, حيث نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على أنه: «إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه...».

وقد وضع المشرع المصري معيارًا عند تحديد مقدار التعويض، ويتمثل هذا المعيار في كفاءة البائع وإتقانه في ممارسة مهنة البيع، مما يجعله ملمًا بأدق تفاصيل البيع وجوهره (القهواجى، ٢٠٠٨: ٥٤).

وهذا يبين أن كلا من المشرع العراقي والايراني قد عالجا مسألة التعويض عن عدم وفاء البائع بالتزامه بموجب المواد السابقة ولم يتطرق إلى مسألة التعويض عن عدم مطابقة المبيع.

ومن هنا ينشأ حق المشتري في المطالبة بالتعويضات وقد يزيد هذا الحق أو ينقص بحسب ما إذا كان البائع قد تصرف بسوء نية أو بحسن نية، أي سواء أكان يعلم بالعيب أم لا، فإن كان يعلم بالعيب فهو مسئول عن الأضرار المباشرة والمتوقعة وغير المتوقعة.

يكون البائع سيئ النية إذا أكد للمشتري أن المبيع خالٍ من عيوب المطابقة البدنية ,ولكن تبين فيما بعد أن المبيع لم يكن مطابقاً للمواصفات وكان البائع عالماً بذلك، وكذلك الحكم إذا كان البائع محترفاً.

يمكن إثبات مسألة إثبات سوء نية البائع من خلال الظروف المحيطة بالعقد والأدلة التي يقدمها المشتري لإثبات ذلك، وهذا افتراض قابل للدحض.

بالإضافة إلى ذلك، يجوز للمشتري أن يطلب تخفيضاً في الثمن كجزء من التعويض، ولكن بعض (شنضيض، ٢٠٠١: ٥١) يعتبر تخفيض الثمن جزاءاً مستقلا عن التعويض, والمقصود به إلزام البائع برد جزء من ثمن المبيع غير المطابق إلى المشتري إذا كان البائع قد تسلم كامل الثمن, و يبرر البعض جزاء تخفيض الثمن على انه ينقذ العقد من الفسخ,ويفضل المشتري الاحتفاظ بالمبيع رغم عدم صلاحيته ويحق له ذلك.

ونخلص من ذلك إلى أن القاضي يفرّق بين البائع المحترف والبائع غير المحترف، حيث يكون الأول على علم بعيوب المبيع دون الثاني، وبالتالي فهو ملزم بتعويض المشتري عن جميع الأضرار الناجمة عن عيوب المبيع.

وهكذا، فقد ارتبط مفهوم المطابقة الوظيفية في بيع تعديل جزء من العقد بصلاحية المبيع لوجهة استعماله، ذلك أن المشتري لم يقدم على إبرام العقد مدفوعًا برغبة نظرية مجردة في اكتساب ملكية المبيع وحيازته، وإنما لرغبته في الانتفاع به في الغرض المخصص من أجله.

فمن غير المقبول قصر المطابقة على الخصائص المحددة في العقد، بل يجب أن تشمل إلى جانب ذلك ما يفترض وجوده في العقد من صفات، ولو لم يتطرق إليها التحديد الوارد في العقد، ولا شك أن المشتري والبائع تتجه نيتهما المشتركة إلى ورود التسليم على شئ تتوافر فيه، إلى جانب الخصائص المتفق عليها، صفة الصلاحية للعمل

المخصص له.

الخاتمة

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

أولًا: النتائج

١- اتفق لمشرع العراقي والإيراني على أن دور القاضي التعديل في جزء من أجزاء العقد يعني إضافة أو استبدال أو تعديل أو إنقاص جزء من أجزاء العقد، فأي حالة تنطبق على جزء من أجزاء العقد.

٢- أن جميع الشروط المرتبطة بالعقد يمكن أن تكون محلاً للتغيير إذار {اى القاضي ذلك لتحقيق العدالة المتبادلة، وهو ما جاء به القانون المدني العراقي والايراني..

٣ - إن التعديل في جزء من أجزاء العقد له صور كثيرة، ولكن كل هذه الصور تتعلق بتحقيق العدالة المتبادلة وتحقيق المنفعة المقصودة من العقد.

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

٥ - تتحدد العدالة التعاقدية المتبادلة بنطاق العقود المتبادلة التي ترتب التزامات متقابلة تعطي كل طرف منفعة تعادل ما يحصل عليه الطرف الآخر، وذلك ارتباطا بمفهوم المنفعة المقصودة من العقد.

ثانيًا: التوصيات

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

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

المصادر والمراجع

أولًا: الكتب العربية

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

انور سلطان – العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة – دار النشر للثقافة – ط٢– الاسكندرية ، ١٩٥٣

أنور طلبة – نفاذ وانحلال البيع – المركز القومي للإصدارات القانونية – بدون سنة الطبع

بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري، والمقارن دارسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة ا العليا ٢٠١٩، دار هومة ٢٠١٩

جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ، بلا تاريخ نشر

حسام الدين الاهواني , عقد البيع في القانون الكويتي , مطبعة ذات السلاسل , الكويت , ١٩٨٩

حسن عبد الباسط جميعي ١٩٩٦، حماية المستهلك ، طبعة: دار النهضة العربية ، القاهرة
حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٥.
حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود ، ط٣ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٨
حمدي احمد سعد ,القيمة العقدية للمستندات الإعلانية ، دراسة مقارنة , دار الكتب القانونية ,مصر, ٢٠٠٧
سعيد مبارك و طه الملا حويش و صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة – مكتبة السنهوري ، بغداد،٢٠١٢
سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، درا النهضة العربية، القاهرة
عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الاول ، القانون ، وفقا للقانون الكويتي – دراسة مقارنة ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٣
عبد الرازق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج١، دار الفكر
عبد الرزاق السنهوري –الوسيط في عقد البيع المقايضة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ،١٩٦٠
عبد العزيز حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ، القاهرة، ،٢٠٠٤
عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ، دراسة في القانونين اللبناني والمصري ، القاهرة ، طبعة: دار النهضة العربية١٩٧١
فدوى قهواجي , ضمان عيوب المبيع فقاً وقضاءاً,دار الكتب القانونية مصر,٢٠٠٨
كاتوزيان، ناصر ، ، قانون مدنى در نظم حقوقى كنونى، چاپ يازدهم، تهران، نشر ميزان، ، زمستان١٣٨٧
كاتوزيان، ناصر، حقوق مدنى، تهران، گنج دانش، چ٨، ج ١، ٤٠٤١.
محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض ١٩٩٥
محمد ابراهيم دسوقي ، الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي ، طبعة: دار ايهاب للنشر ، اسيوط . مصر١٩٨٥
محمد بوادلي, حماية المستهلك في القانون المقارن, دار الكتب الحديثة ,٦٠٣
محمد يوسف الزغبي , العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني ,ط ١ , دار الثقافة للنشر والتوزيع ,٢٠٠٦
محمد يوسف الزغبي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون الاردني ، ط١، الاردن، ١٩٩٣
محمد يوسف الزغبي، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون الاردني ، ط١ ، الاردن ، ١٩٩٣
مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز احكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة لأولى، لبنان، ٢٠١١
المصطفى شنضيض, البيع التجاري الدولي للبضائع دراسة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريع الغربي المقارن – بدون مكان الطبع – ٢٠٠١
ميرزاى نائينى و شيخ موسى خوانسارى، منيه الطالب، ج ٢.
هنري باتيفول ، فلسفة القانون ، ترجمة الدكتور سموحي فوق العادة ، منشورات عويدات ، لبنان ، ١٩٧٣

ثانياً:الرسائل والاطاريح

عبد الجبار ناجي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير مقدمة كلية القانون ، جامعة بغداد١٩٧٣
محمود عبد الحكم الخن , التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع ، دراسة مقارنة , رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة المنصورة – مصر ,بدون سنة الطبع
مرجاوي نعيمة ، اثر حسن نية المشتري على رجوعه بضمان التعرض واستحقاق الغير في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، ٢٠٠٥

ثالثًا:البحوث

أحمد سعيد الزقرد, حق المشتري في اعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون, بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية , السنة التاسعة عشر, العدد الثالث , سبتمبر ١٩٩٥

توفيق حسن فرج ، اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ، ١٩٧٠

جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة: دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي، القسم الثاني، مجلة الحقوق الكويتية، مج٢٠،ع٤ ،ديسمبر ١٩٩٦

غازي عبد الرحمن ناجي ، دعوى ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني العراقي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد ١٣،١٩٨١

ماهر صلاح علاوي، غلط الإدارة البيّن ورقابة القضاء عليه، مجلة العلوم القانونية، العدد ١-٢، السنة١٩٩٠.

رابعًا:القوانين

١-القانون المدني الايراني لسنة ١٩٣٨

٣-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٤-قانون حماية المستهلك في العراق رقم١ لسنة ٢٠١٠.

٥- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية لسنة (٢٠٠٨).

Refrences

Ismail Namaq Hossein, Justice and the works of al-Qaida al-Qa'ida, Dar al-Kutub Al-Qauna - Dar Shetat Publishing House, Egypt, 2011

Anwar Sultan - Al-Aqud al-Masma'a, the description of the contract of sale and exchange - Dar al-Nashar Lul-Taqareh - Volume 2 - Alexandria, 1952

Anwar Talaba - Enforcement and liquidation of the sale - National Center for Legal Issues - without Sunnah al-Tabar

Belhaj al-Arabi, the legal system for the stage of contractual negotiations in the light of the Algerian civil law, and comparative legal jurisprudence based on the latest ijtihad of the Supreme Court 2019, Dar Houma 2019

Jafar Al-Fazli, al-Awjiz fi al-Aqud al-Cadani, Al-Atak for the Book Industry, Cairo, no publication date

Hossam al-Din al-Ahwani, Contract of Sale in Kuwaiti Law, Zat al-Salas Press, Kuwait, 1989

Hassan Abdul Basit Al-Jamey, 1996, Consumer Protection, published by: Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.

Hassan Ali Al-Zunun, Philosophy of Law, First Edition, Al-Ani Press, Baghdad, 1975.

Hossein Amer, Arbitrary Use of Rights and Cancellation of Contracts, Vol. 2, Egyptian General Authority for Books, 1998

Hamdi Ahmed Saad, Al-Qaima al-Aqdiyah for advertising documents, a comparative study, Dar al-Kutub al-Qunaq, Egypt, 2007

Saeed Mubarak and Taha-ul-Molla Haweish and Sahib Obaid al-Fatlawi, Al-Mujaz fi al-Aqud Al-Masama - Al-Sunhouri Library, Baghdad, 2012

Soheir Muntaser, Obligation to interpretation, Dara al-Nahda al-Arabiya, Cairo

Abd al-Hay Hijazi, Al-Mudkhal for the Study of Legal Sciences, Part 1, Law, According to Kuwaiti Law - Comparative Study, Kuwait University Press, 1972

Abd al-Raziq Ahmad al-Sanhouri, Nazariya al-Aqd, Vol. 1, Dar al-Fakr

Abd al-Razzaq al-Sanhouri - al-Wasit in the contract of sale of al-muqaida, Dar Ahyaya al-Trath al-Arabi, Beirut, 1960

Abd al-Aziz Hamoud, Legal Aspects of the Negotiating Phase, Cairo, 2004

Abd al-Moneim Faraj al-Sada, Sources of Obligation, Study in Lebanese and Egyptian Laws, Cairo, Edition: Dar Al-Nahda Al-Arabiya, 1971

Fadavi Kahwaji, Guarantee of defects of the sale legally and legally, Dar Ketub Al-Qawani Misr, 2008

Katouzian, Nasser, Civil law in the current legal order, 11th edition, Tehran, Mizan publication, winter 2017

Katouzian, Nasser, Civil Rights, Tehran, Ganj Danesh, Ch. 8, Vol. 1, 1404.

Mohammad Ibrahim Al-Dsoqi, Legal Aspects in the Administration of Negotiations and Contracts, General Administration Institute Press, Riyadh, 1995

Mohammad Ebrahim Dasoqi, Obligation to inform before contracting, published by: Dar Ehab Publishing House, Assiut. Egypt 1985

Mohammad Bawadli, Protection of the consumer in the comparative law, Dar al-Kutub al-Hadinah, 2006

Mohammad Youssef al-Zaghbi, Al-Aqud Al-Masama, Description of the Sale Contract in Al-Qunun al-Madani, Vol.

Mohammad Youssef al-Zaghbi, Al-Aqud Al-Masama, Description of the Contract of Sale in the Jordanian Law, Vol. 1, Jordan, 1993

Mohammad Youssef al-Zaghbi, Al-Aqud Al-Masama, Description of the Contract of Sale in the Jordanian Law, Vol. 1, Jordan, 1993

Mostafa Ahmed Abu Amr, summary of the provisions of the Consumer Protection Law, Al-Halabi al-Hawguyya manifestos, first edition, Lebanon, 2011

Al-Mustafa Shanazid, International Commercial Sale of Goods, A Study in the Light of International Agreements and Comparative Western Legislation - Without Place - 2001

Mirzai Naini and Sheikh Musa Khansari, Maniyah Al Talib, vol. 2.

Henry Batiful, The Philosophy of Law, translated by Dr. Samouhi Fav al-Haad, Manuscripts of Ouidat, Lebanon, 1972

Ahmed Saeed Al-Zaghard, The Buyer's Right to Review Sales Contracts Using Television, Chartered Discussion in the Kuwaiti Law Journal, 19th year, 3rd issue, September 1995

Tawfiq Hasan Faraj, the work of Hasan Al-Niya on the buyer's return to the guarantee, a charter discussion in the Journal of Laws for Legal and Economic Research, the first issue, 1970

Jaber Mahjoub Ali, Guaranteeing the safety of the consumer from the damages caused by the

defects of the manufactured products sold: a study of Kuwaiti law, Egyptian and French laws, second section, Kuwaiti Law Journal, Vol. 20, No. 4, December 1996

Ghazi Abd al-Rahman Naji, the claim of guarantee of exposure and entitlement in the contract of sale in the Iraqi civil law, a comparative study, charter discussion in Al-Qunun al-Maqarn magazine, No. 12, 1981

Fourth: Laws

Iranian Civil Code of 1928

The Iraqi Civil Code No. 40 of 1951.

Iraq Consumer Protection Law No. 1 of 2010.

Instructions on execution of Iraqi government contracts (2008).

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی