https://doi.org/10.61353/ma.0200109

الجوهرية في العلاقة التعاقدية

أ.م د. يوسف سعدون محمد المعموري
كلية الأمام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية
الجامعة/ قسم القانون
Yousef.sadon@iku.edu.iq

تاريخ استلام البحث 2025/ 1/16 تاريخ ارجاع البحث 2025/1/26 تاريخ قبول البحث 2025/2/12

إن فكرة الجوهرية بعناوينها المتعددة تعد جزءاً حيوياً ومهماً من القانون المدني، وبالأخص العقد الذي يعد مصدراً من مصادر الالتزام، مما دفعنا التعرف على العقد الذي يعد الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الطرف الآخر، على أن يرتب أثره في المعقود عليه، ولو رجعنا إلى الموضوعات التي تناولت الجوهرية لم نجدها فكرة مستقلة بحد ذاتها، وإنما وجدناها تحت مسميات عدُة متشابه في بعضها، ومختلفة في بعضها الآخر، لذا فإن المشرع ميّز بين الشروط الجوهرية والشروط الثانوية التي يتمتع بها العقد، ولم يسلط الضوء على الجوهرية بحد ذاتها التي تعد فكرة مهمة تعنى بجوهرية العقد بمختلف حيثياته. ولو رجعنا إلى التراضي لا بد من وجود إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين تتوافق مع إرادة أخرى وهي إرادة الطرف الثاني، وبالمقابل لا بد من الإعلان والتعبير عن هذه الإرادة التي يجب أن تكون خالية من العيوب، وصادرة من شخص ذي أهلية، فلا يكفى لوجود الرضا أن يتم التعبير عن الإرادة فحسب، بل يجب أن تتبادل وتلتقي الإرادتان لإحداث أثر قانوني معين، ولكن الاخلال إذا حصل بالشروط الجوهرية للعقد يكون هذا الأخير باطلاً، ويكون مقابل ذلك التعويض، على العكس إذا كان الإخلال بالشروط الثانوية، فمن الممكن أن لا يؤثر على صحة العقد، ويمكن الاتفاق عليها لاحقاً بعد إبرام العقد.

الكلمات المفتاحية: العلاقة، الجوهرية، العقد، التعاقدية.

The (Essence) with its various titles, constitutes a vital and important part of civil law ، In particular, the contract, which is (the joining and consistence of the offer from one of the contracting parties with acceptance from the other in a manner which proves the effect thereof on the object of the contract and the obligation of each party by what he is bound with to the other) The (essence) was not independent, it has many similar names that are to each other in some things and differ from them in others .The legislator did not shed light on the essence itself, which is an important idea that deals with the essence of the contract on various grounds, but distinguished between the essential and secondary conditions that the contract enjoys، The essential Concurrence shall be Free from defects of satisfaction, and announced by both parties to intent. However, if a breach of the essential terms of the contract occurs, the latter shall be void ،On the contrary, the breach of the secondary conditions does not affect the validity of the contract, and they can be joined later after Formation of contract.

Keywords: Relationship, Essentiality, Contract, Contractility.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

المقدّمة

تعد الجوهرية اساس تكييف العلاقات التعاقدية بين الاطراف من أجل إفراغ إرادتهم والتعبير عنها في تحقيق مصالحهم التعاقدية من خلال العقد الذي يعتبر من أهم مصادر الالتزام، لذا أعطى أهمية بالغة في كل الدراسات القانونية التي تنظم أحكامه وأثاره.

أولاً: التعريف بموضوع البحث

يهدف القانون – بوجهٍ عام – إلى خدمة الإنسان؛ لأنه وضع لتنظيم مصالح الأفراد وعلاقاتهم التعاقدية من خلال ممارسات أعمالهم اليومية، والمعلوم بأن العقد ينشأ من تلاقي إرادتين – الإيجاب والقبول–، وإن كلاً منهما تقتضي التعبير عنها لإظهارها من الخفاء إلى المظهر المادي الملموس، وهذا التعبير عن الإرادة يتنازعه مبدآن: الأول مبدأ الرضائية والذي يعني منح الأفراد حرية اختيار التعبير الملائم لإرادتهم، والثاني مبدأ الشكلية وهو على النقيض من سابقه، ويعني إلزام الأفراد بشكل محدد للتعبير عن إرادتهم العقدية.

إن العقد بصفة عامة : هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، فكلَما اتفقت إرادتان على إحداث أثر قانوني، كان اتفاقهما عقداً، بغض النظر عن طبيعة العلاقة التعاقدية بين الأطراف أو طبيعة الأشخاص الذين صدرت عنهما كل من الإرادتين، وأياً كان نوع هذه العلاقة أو موضوعها تعتبر عقداً. وما تجدر الإشارة إليه في موضوع بحثنا هو أن جوهرية العلاقة التعاقدية التي نشأت في القانون المدني بالتحديد ويتناولها الأفراد بتعاقداتهم.

ثانياً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره

تكمن أهمية دراسة موضوع الجوهرية في العلاقة التعاقدية، كون موضوع العلاقات التعاقدية لها دور مهم وفعال في الكثير من الدول وأكثرها شيوعاً في الوقت الحاضر؛ بسبب زيارة حاجيات الإنسان والنمو السكاني المستمر جعل الجوهرية في العلاقات التعاقدية مهمة حتى يعرف من يقدم على إبرام أي عقد ما له وما عليه، والتي أصبحت هذه التعاقدات مهمة لأي بلد، حتى لا تصبح مشروعاتنا على سبيل المثال متأخرة كثيراً عن ركوب التطور العمراني والتكنلوجي، وحتى وإن كان العقد قديم الوجود ولكن لم نجد الجوهرية بحد ذاتها ذات تفصيل معين بل وجدناها متناثرة غير مستقلة، وهذا ما جعلنا نخوض بهذا الموضوع حتى نبين الجوهرية منذ مرحلة تكوين العقد وحتى التنفيذ والانقضاء، ومن أسباب اختيارنا لهذا البحث هو قلة الدراسات القانونية المتخصصة بالجوهرية لما يشكله هذا الموضوع من أهمية كبرى تتصل بالواقع المعاصر لحياة الناس، ولأنه ليس هناك أحد إلا وهو محتاج إلى التعاقد ومن المعروف دائماً أن مراكز الأطراف غير متساوية عند التعاقد وهناك حقوق والتزامات لكل طرف عليه واجب الالتزام بها.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

ثالثاً: مشكلة البحث

ما تقدم يمثل محور بحثنا الجوهرية في العلاقة التعاقدية قد يحدث أن يتفق الأفراد على إظهار إرادتهم بشكل خاص لم يفرضه المشرع، ولا يخرج بالتصرف من نطاق الرضائية يطلق عليه الشكل الاتفاقي، فهل من الممكن أن يحتل هذا الأخير ذات المكانة التي يحتلها الشكل القانوني، أي المفروض من قبل المشرع؛ لأن الجوهرية في الالتزامات التعاقدية تتعلق بجوهر العقد، وهذه الأخيرة تؤثر في صحة العقد وبعدها تؤثر على التعويض أيضا على خلاف المسائل الثانوية التي من الممكن الاتفاق عليها لاحقاً، ومن الممكن لا تؤثر على صحة التعاقد، وبالتالي لا تؤثر حتى من ناحية التعويض، فما يعنينا بهذا الموضوع هو البحث عن المعيار الذي يميز ما هو جوهري وما هو ثانوي، حتى نكون على معرفة تامة أثناء الإقدام على إبرام العقد.

رابعاً: نطاق البحث

إن الجوهرية في العلاقات التعاقدية ترد على العقد، وبالرجوع إلى النصوص القانونية في القانون المدني وجدنا في بعضها تشابه وتماثل مشترك ألا وهو الجوهرية في العقد، ومن خلال بحثنا هذا سنعمل على توحيد أو إبراز الجوهرية في المكامن التي توجد بها العلاقات التعاقدية؛ حتى يكون الطرف المتعاقد على علم ودراية كافية بما هو جوهري وما هو ثانوي في جميع مراحل التعاقد من التكوين والتنفيذ والانقضاء.

خامساً: منهجية البحث

في ضوء ما تقدم، وجدنا من الضروري التطرق إلى هذا الموضوع بإجراء مقارنة من خلال المنهج التحليلي المقارن في النصوص القانونية المدنية في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، وإضافة القانون الإنكليزي لمعرفة احكام العقد في القانون الإنكليزي، وتوجيه هذا الموضوع بالاتجاه الذي يتلاءم مع الجوهرية؛ لأننا لم نجد نصاً عاماً يشير إلى وجود الجوهرية مستقلة بحد ذاتها منذ تكوين العقد إلى مرحلة التنفيذ والانتهاء.

سادساً: خطة البحث

المطلب الأول/ مفهوم الجوهرية في العلاقة التعاقدية.

الفرع الأول/ تعريف الجوهرية في العلاقة التعاقدية.

الفرع الثاني/ المكونات الأساسية للجوهرية في ظل العلاقات التعاقدية.

المطلب الثاني/ المعايير والاثار المتعلقة بالجوهرية من الناحية العملية.

الفرع الأول/ معيار جوهرية المسائل الجوهرية في العقد.

الفرع الثاني/ أثر الجوهرية في توجيه الأطراف في عملية صياغة العقود

المطلب الأول: مفهوم الجوهرية في العلاقة التعاقدية

يرعى القانون المدني المعاملات المالية بين الناس، ويتكون من مجموعة قواعد قانونية تحدد الحقوق والالتزامات المنبثقة عن هذه المعاملات، في حين يحتل العقد أهمية كبيرة في التعامل بالحياة اليومية، وفي ضوء هذه الأهمية التي تعد عملية لأنها تتعلق بفكرة العقد الذي يعد جوهرية العلاقات التعاقدية سواء أكانت في

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

مرحلة الإبرام أو التنفيذ، وعليه فإن الجوهرية هي التي تقضيها طبيعة العقد ذاته باعتبارها محور الالتزامات المتقابلة لطرفيه، وبدونها يتعذر معرفة نوع العقد المراد إبرامه في اغلب العلاقات التعاقدية. لذا، سنقف عند هذا المطلب على تعريف الجوهرية في العلاقة التعاقدية في الفرع الأول، بينما نتناول في الثاني المكونات الأساسية للجوهرية في ظل العلاقات التعاقدية.

الفرع الأول: تعريف الجوهرية في العلاقة التعاقدية

لا بد من القول أن المشرع العراقي بموجب أحكام القانون المدني لم يورد تعريفاً للمسائل الجوهرية، وقد فعل حسناً، كون ليس من مهمة المشرع وضع تعريف لكل المصلحات القانونية، وقد ورد مصطلح المسائل الجوهرية في نص المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951"1 – يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت الاتفاق بالكتابة،2– وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

يظهر لنا من خلال هذا النص أن هناك نوعين من المسائل، هما المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية، المسائل الجوهرية هي تلك المسائل التي يتم الاتفاق عليها ولا ينعقد العقد دون أن يكون هناك تطابق بين الإدارتين عليها.

وقد عرفت المسائل الجوهرية: "تمثل المقومات التي يتوجب وجودها لقيام العقد لأنها تحدد طبيعة العقد وما هويته وارادة اطرفه"[(1)].

تعتبر تسمية الجوهرية قديمة على الواقع القانوني سواء أكان في العراق أم في مصر أم في أغلب الدول العربية، لأنَ فقهاء هذه الدول عرَفوا العقد بشكلٍ عام، واخضعوه إلى قواعد خاصة تنظم[(2)]. إلا أن الجوهرية لم تنظم بشكل خاص ومنفرد كما لم نجد في كتب الفقه القانوني تعريف خاص بالجوهرية وإنما عند الرجوع إلى تعريف العقد" بأنه تطابق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه"[(3)]. من هنا فإن المعيار الشخصي وذلك بان الربط بين الإرادة المشتركة للمتعاقدين المحتملين والمسائل الجوهرية في العقد، فلا يصح الركون إلى إرادة أحدهما للتمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية، بل لابد أن نستند إلى الإرادة المشتركة لهذين المتعاقدين، والتي يتم الكشف عنها بطرق متعددة مثل المسلك السابق لهما في معاملات سابقة، أو من خلال الظروف التي أحاطت بإبرام العقد، أو من خلال البحث فيما إذا كانت المسألة محل التفاوض مهمة ولولاها لم نصل إلى أبرام العقد الا إذا تم الاتفاق عليها بين المتعاقدين [(4)].

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0200109

والأصل أن العقود تنعقد بمجرد اتفاق الطرفين على إنشائها، ويعد التراضي وحده الذي ينشأ عن هذا العقد دون اشتراط أن يأتي في شكل معين يحدده القانون، وتطبيقاً لذلك: عقد البيع مثلاً ينعقد بمجرد اتفاق الطرفين على العناصر الجوهرية للعقد وهي البيع والثمن[5]، وبالرجوع إلى نص المادة (2/86) من القانون المدني العراقي التي نصت على: " 2- اذا أتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطان أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة"[6].

إما بالنسبة للقانون الانكليزي حاله حال أغلب القوانين العربية (كالعراقي والمصري)، لا يرتب آثاراً قانونية على كل اتفاق، فقد تكون هذه الاتفاقات ضمن الإطار الأسري التي لا ترتب آثارا قانونية بحق أطرافها، على عكس لو كان الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد التي يلزم الأطراف باحترام هذه الروابط العقدية [7].

ولو رجعنا إلى المعيار الموضوعي الذي يستند إلى طبيعة العقد وماهيته لتمييز المسائل الجوهرية عن المسائل الثانوية التي توجد بأي عقد يمكن أن يبرم يومياً. إذ يقوم هذا المعيار على أساس تحليل المسائل الرئيسية للعقود بهدف التوصل إلى تحديد ما يميّز نوع العقد المراد إبرامه من بين انواع العقود المختلفة التي تنشأ يومياً في العلاقات التعاقدية، واعتبارها بمكانة المسائل الجوهرية لهذه العقود، إذ يعد لكل عقد غرضاً اقتصادياً يسعى الى تحقيقه فتكون الالتزامات المحققة لهذا الهدف بمثابة المسائل الجوهرية لهذا العقد، فمن يتعاقد مع آخر يجب أن يعرف على وجه الدقة ما الذي يريده هو وما الذي يريده الطرف الآخر بمقتضى هذا العقد [8].

يتضح من مجمل ما تقدم أن ما نبحث عنه من مسائل لابد من وجودها جوهرية كانت أم ثانوية، فإذا توافرت الشروط التي أرادها العقد كي يصبح صحيحاً، على العكس إذا كانت هذه الشروط ثانوية، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فيعد العقد غير موجود أصلاً، وهذا ما يقتضي البحث عنه لقيام العقد وإبرامه صحيحاً.

يبقى السؤال في هذا المقام، حول القيمة القانونية للمسائل الجوهرية والثانوية التي يتناولها أي عقد، وعلى سبيل المثال يخضع تشييد الأبنية – على اختلاف أنواعها – وتحويلها وترميمها إلى إبرام عقد مقاولة، وهنا يتعهد المقاول بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به صاحب العمل، لذا فان مسألة الجوهرية هي العمل الذي يلتزم به المقاول، والأجر الذي يلتزم به صاحب العمل [9]. يتضح مما تقدم أن جميع الآراء التي قيلت بصدد موضوع الجوهرية في العلاقات التعاقدية كانت غير متكاملة؛ لأن بعض الفقه حاول أن يميز بين المسائل الجوهرية والثانوية، وجعل معيار التميز بالتعاقد، واعتبر أن هذه المسائل إذا أثرت على إبرام العقد نعتبرها جوهرية، وإذا لم تؤثر نعتبرها ثانوية، وبمجمل الأمر أن هذه الأخيرة يمكن الاتفاق عليها لاحقاً، ولا يمكن لها أن تؤثر على صحة العقد.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0200109

الفرع الثاني: المكونات الأساسية للجوهرية في العلاقة التعاقدية

قد يتم الاتفاق على وضع العقد في صيغة خاصة والذي أصبح الشكل الذي يستلزمه القانون أو يقضي به ركناً، لا ينعقد العقد إلا إذا تم إجراؤه ولكن ليس كل عقد يقتضي اتباع شكلية معينة وانما حسب طبيعة هذا العقد. وعليه من أجل تحديد المسائل الجوهرية واختلافها عن المسائل الثانوية وكما يلي:

أولاً: مبدأ حرية التعاقد وتأثيره على الجوهرية في العلاقة التعاقدية:

عرفت حرية التعاقد بأنها قوة في ضوء إقرار التعاقد وإنشاء الشروط الخاصة لإبرام أي عقد، فتشمل حرية التعاقد هو ما يتقدم بها من يسعى إلى التعاقد بهدف الوصول إلى إبرام العقد النهائي، غير ألا يمكن من اعتبار جميع العروض التي تقدم قبل التعاقد من قبيل الإيجاب إلا إذا تناولت هذه العروض شروطاً معينة يستلزمها الإيجاب [10]. ولو فرضنا إذا تحددت المسائل الجوهرية في العقد على وفق المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي، فإن كل ماعدا ذلك يصّنف ضمن المسائل الثانوية التي توجد في أي عقد. وتحديد المسائل التفصيلية يستند الى طبيعة العقد وماهيته، من هنا فهي تشمل كل المسائل التي لا تتصل بغاية العقد الأساسية أو بالالتزامات المتقابلة فيه من مثل زمان ومكان تسليم المبيع ونفقاته في عقد البيع، لذا فإن المسائل الثانوية تتحدد على وفق المعيار الموضوعي، بمعنى أن المتعاقدين لا يمكنهما ان يصنفا مسألة جوهرية ضمن المسائل الثانوية ويؤجلون الاتفاق عليها لوقت لاحق، ذلك ان الفارق بين هذين النوعين من المسائل أن العقد لا يتم إلا بالاتفاق على المسائل الجوهرية في حين ان إغفال المسائل الثانوية لا يمنع من قيام العقد وجائز الاتفاق عليها لاحقاً، وهذا من ضمن القواعد العامة التي تناولتها أغلب القوانين المدنية موضوع المقارنة[11].

وأيا ما كان الأمر، فإن الأطراف يمكنهم أن يحتفظوا بمسائل تفصيلية للاتفاق عليها في وقت لاحق، سواء عبّروا عن ذلك صراحة أو ضمناً، وبعبارة اخرى إن المسألة الثانوية قد تطرح اثناء المفاوضات ويمكن أن يثار الخلاف بشأنها، وعلى ذلك يمكن للمتعاقدين الاتفاق عليها فيما بعد عند الإقدام على إبرام عقد، أو لم يثر خلاف بشأن المسألة الثانوية، ولكن اتفق على تسويتها بموجب اتفاق لاحق [12]. أن مقتضى العقد هو ذاته، بمعنى أن ماهيته لا تتحقق إلا بذلك، عندما يرغب المتعاقدان في التعاقد، عادة ما تجري اتصالات تمهيدية بينهما قبل أن يصدر الايجاب النهائي من أحدهم، والأصل بالعقود أن تبرم بحرية وطوعية، ويجب أن تكون مقدسة وتنفذ من قبل المحاكم، فالمتعاقد في أي عقد يملك السياسة العامة الأساسية التي يجب مراعاتها وعد الاستهانة بها إلا وهي حرية التعاقد والتي تعد سياسة القانون أن تدعم حرية التعاقد حتى يكون الاطراف في مأمن من أمرهم في الأقدام على أي تعاقد [13]. ثم يضيف فيما يتعلق بالشروط التي تنافي هذا المقتضى فيقول: وهذه الأمور لو شرط ما ينافيها بطل. **تطبيقاً لذلك**: أن الشرط يتبع في الصحة للعقد، فإذا لم يترتب على العقد ما هو مقوم لماهيته فلا وجود لهذا العقد حتى يرتبط به الشرط، فلا يكون حينئذ للشرط موقع. ويمكن إدراج الشرط المنافي لمقتضى العقد).

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

وهذه الشروط المقترنة بالعقد تسمى عناصر العقد الأصلية لا يوجد العقد إلا بوجودها، وهي اشتراطات يشترطها الطرفان المتعاقدان وتسمى العناصر الأساسية، وهذه هي فكرة الجوهرية على عكس العناصر الثانوية وتسمى عندئذ عناصر عرضية أو إضافية، بسبب انها ليست داخلة في التكوين الأساسي للعقد، وإنما هي تقحم على العقد إقحاماً، وعندئذٍ تصبح بالنسبة للعقد الذي اضيفت اليه عناصر غير ثابتة فيه، ولا يمكن أن نعتبرها ذات طابع خاص للعقد وجودها من وجود العقد وعدم وجودها من عدم وجود ذلك العقد.

ثانياً: القيود المفروضة على الجوهرية في العلاقة التعاقدية:

فإذا كان يصح اقتران الشرط بالعقد كما أشرنا في ما سبق, فان مقتضى العقد قد يكون هو حكم العقد الأصلي, بمعنى أنه الالتزام الاساسي الناشئ عن طبيعة العقد (اساس التعاقد)، كما يمكن ان يشتمل مقتضى العقد على التزامات تبعية لم تنصرف إليها ارادة المتعاقدين, وهي ليست احكاما اصلية يتضمنها العقد, ومع ذلك يلتزم الأطراف بها, لأن بدونها لا يمكن من تحقيق الغرض من العقد, أو تعذر على أحد المتعاقدين أو كلاهما تنفيذ التزاماته, ويقصد بالالتزام التبعي هو كل التزام غير أصلي هدف إلى تحقيق الغرض العملي الذي يقصده المتعاقدان أو تطلبه طبيعة العقد، أي ان هذه الالتزامات الهدف منها توفير الآثار النافعة للعقد وتجعله ملائماً للظروف, وسبب اشتمال العقد على هذه الاثار او الالتزامات التبعية, هو أن العقد في كثير من الموارد لا يتضمن تنظيما لكل الجوانب الفنية في العلاقة العقدية, وهنا قد غفل المتعاقدان عن إدراج كل الأمور الجوهرية التي تبنى عليها العلاقة التعاقدية إما عمداً أو سهواً, إذا كانت آثارها في مرحلة ما قبل التعاقد يمكن أن يتم التطرق إليها فبي مرحلة المفاوضات التي تسبق العلاقة التعاقدية حتى لا تؤخر أو تحول دون إبرام العقد, وفي

البعض الآخر لا تكون الصورة هكذا، وإنما العمل لا يجري على مواجهتها لاستحالة توقع النتيجة التي تترتب على ما يستجد من ظروف بعد التعاقد[14].

وإذا كانت الشروط المقترنة بالعقد هي من مكونات مقتضى العقد كما ذكرنا، فإن مدى حرية الاشتراط في العقد وترتيب آثار العقد بناء على هذه الشروط ليست مسالة متفق عليها بين الفقهاء. والمراد بالشروط المقترنة بالعقود ما يذكر بين المتعاقدين، فيقيد أثر العقد أو يعلقه بأمر زائد على أصل العقد في المستقبل.

من هنا فإن مبدأ الحرية التعاقدية يخضع لعدد من القيود التي ربما تؤثر على قرار الشخص فيما إذا سيتعاقد او سيتعاقد في المستقبل في حال رغبته في ذلك، وهذه القيود تتمثل في رفض التعاقد. **تطبيقاً لذلك:** " بموجب قانون العقد لا يحق على سبيل المثال لا الحصر لشركات النقل العام من رفض الراكب دون عذر كافٍ، أو شركات الكهرباء أو الماء من رفض الزبون لأنها مكلفة بخدمة عامة هي إيصال الماء والكهرباء للمواطن". فقد

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

اتفق فقهاء القانون على أن العقد المستكمل لأركانه وشروطه يتمتع بالقوة الإلزامية، فكل عقد باشره الإنسان بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه، ومقيد لإرادته.

ومع ذلك فان الفقهاء ليسوا على اتفاق حول مدى سلطة العاقدين في تعديل آثار العقود عن طريق اشتراط العاقدين الشروط العقدية إما بالنقص من تلك الآثار، أو بإضافة التزامات على أحد العاقدين لا يستلزمها أصل العقد. وحرية الاشتراط تقوم على المبدأ المعروف بمبدأ سلطان الإرادة، علما بأن الشريعة والقانون متفقان على أن تقرير آثار العقود وأحكامها هو من إرادة المشرع لا من عمل العاقد، والفارق بينهما في مدى تفويض المشرع إلى المتعاقدين من السلط ان على تعديل الأحكام التي قررها التشريع مبدئياً في كل عقد.[15]

من جانب آخر، إذا كان المتعاقدان في مرحلة التفاوض على عقد معين وتوصلا أثناء مرحلة المفاوضات إلى اتفاق حول جميع المسائل الجوهرية اللازمة لإبرام عقد معين، مع العلم بقى فقط المسائل الثانوية لم يتم الاتفاق عليها مع اشتراطهما على لا يتم إبرام العقد إلا بعد الاتفاق على المسائل الثانوية، في هذه الحالة لم يتم الإبرام إلا بالانتهاء من الاتفاق على المسائل الثانوية المنبثقة من هذا العقد ويتوقف العقد لحين حسم المسائل الثانوية التي عدت جزءاً اساسياً من هذا التعاقد، فاذا ما حصل هذا الاتفاق قام العقد واعتبر الاتفاق المرحلي جزاءً منه[16]

المطلب الثاني: المعايير والآثار المتعلقة بالجوهرية من الناحية العملية

إن فكرة الجوهرية هي فكرة جديدة على العقد المدني التي لم تعرفها أغلب القوانين المدنية في الدول العربية ومنها العراق، إذ تعد الجوهرية من العناصر الأساسية في عملية ابرام العقود وهي من توجه أطرافه على المسار الصحيح عند إبرام العقد، على عكس القوانين الأجنبية ومنها القانون الإنكليزي الذي نجد أن الاشتراطات العقدية التي تدخل ضمن تركيب العقد وأحكامه بما ترتبه من التزامات على عاتق طرفيه من المتعاقدين تكون ليس بدرجة واحدة من الأهمية. وبالتالي، نجد هناك اختلاف أيضاً من حيث الأثر المترتب على العقد في حال الاخفاق عند التنفيذ، وعلى هذا النحو، نعرض لموضوع هذا المطلب في فرعين، نتناول في أوَّلهما معيار جوهرية المسائل في العقد ونعرض في الثاني أثر الجوهرية في توجيه الأطراف في عمليه صياغة العقود، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: معيار المسائل الجوهرية في العقد

اختلف الفقه في تبني معيار لتحديد كون تلك المسألة أو ذاك العنصر جوهري من عدمه، لذلك هناك من يرى أن المعيار لتحديد جوهرية المسائل هو معيار موضوعي، وهناك من يرى أن المعيار لتحديد جوهرية المسائل هو معيار شخصي.

يرى الفقه [17]. من أنصار المعيار الموضوعي، أن المقصود بالمسائل الجوهرية وفق المعيار الموضوعي هو الاتفاق على أركان العقد اللازمة قانونا لانعقاده، وهي كل من الرضا والمحل والسبب، فضلا عن الأركان الخاصة بكل عقد، وكل ما لا يدخل في هذه الاركان يعتبر من المسائل الثانوية.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

في حين ذهب البعض [18] إلى الاعتماد على الهدف من إبرام العقد فقط لتحديد المسائل الجوهرية على أساس أن لكل عقد غرضاً اقتصادياً يهدف المتعاقدين إلى تحقيقه فتكون المسائل المحققة لهذا الغرض هي المسائل الجوهرية لذلك العقد، فعندما يتعلق الأمر بتبادل أموال وخدمات فان غايات هذا التبادل التي تكون العناصر الأساسية للعقد، وما لا يدخل في تلك الغايات يكون من العناصر الثانوية له.

وذهب البعض [19] إلى أن المسائل الجوهرية تتمثل في ضرورة اتفاق طرفي العقد على الأركان اللازمة لإبرام عقد معين لكي يحقق الغرض من إبرامه، مع الإشارة أن ركن الرضا لا يمكن النظر اليه بوصفه مجرد عنصر جوهري بالمعنى المقصود في هذا المقام فالمقصود بالعناصر الجوهرية إنها تلك العنصر التي ينصب عليها الرضا أو يحتويها، كذلك ركن السبب، السبب القصدي الذي يشمل قصده البائع من ابرام عقد البيع وهو الحصول على الثمن وقصد المشتري من ذلك العقد وهو الحصول على المبيع، وبالتالي لا يبقى سوى ركن المحل ففي عقد البيع مثلاً المبيع والثمن هما المسألتان الجوهريتان لعقد البيع اما ما عداهما فيعد من المسائل الثانوية لذلك العقد.

أما المعيار الشخصي، وهو ذلك المعيار الذي يستند إلى إرادة طرفي العقد لتحديد مسائل العقد الجوهرية من خلال الاعتماد على إرادة كل طرف من الأطراف على حدة لاعتبار مسالة ما جوهرية، ولو كنت معتبرة كمسالة ثانوية وفق المعيار الموضوعي فإن أهميتها تقاس من خلال نظرة المتعاقد لها، فاذا كانت تمثل أهمية خاصة بالنسبة له بحيث يمتنع عن الالتزام بالعقد دون الاتفاق عليها عدت مسالة جوهرية وفقا للمعيار الشخصي، وإذا كانت لا تمنع من قيام العقد بأن يحتفظ طرفا العقد بحق الاتفاق عليها في وقت لاحق كانت تلك مسألة ثانوية، فيمكن القول بأن أي مسالة ثانوية قليلة الأهمية في العقد المراد إبرامه يمكن تحويلها إلى مسالة جوهرية وفقا لإرادة الطرفين، فعلى سبيل المثال زمان ومكان الوفاء بالثمن في عقد البيع تعتبر مسائل ثانوية ويمكن للطرفين تحويلها إلى مسائل جوهرية إذا كانت تمثل أهمية خاصة عند المتعاقدين[20].

وبالوقوف على الموقف التشريعي من المعيارين السابقين ودور تلك المسائل في انعقاد العقد، فإن المشرع العراقي، قد تبنى كلا المعيارين لانعقاد العقد، فالمسائل الثانوية لا تكون لازمة لانعقاد العقد مالم يتم التمسك بها من قبل أحد الطرفين أي بمعنى انها تحولت إلى مسالة جوهرية وفق المعيار الشخصي، إذ نصت المادة (86) من القانون المدني العراقي على أنه،" 1- يطابق القبول الايجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة -2- وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم .."، فالاتفاق على المسائل الجوهرية كافي لانعقاد العقد ما لم يصرح المتعاقدان بغير ذلك فإذا صدرت منهما إرادة مخالفه اعتبر ذلك إعراضاً عن العقد لحين الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والثانوية لذلك [21].

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

الفرع الثاني: أثر الجوهرية في توجيه الاطراف في عمليه صياغة العقود

أثر الجوهرية في المفاوضات على العقد (Négociation du contrat) عادة ما تأخذ شكل دعوة إلى التعاقد، لا يتكون منها إيجاب، وتكون بعيدة عن تحديد شروط العقد، وإنما هي في الحقيقة دعوة للدخول في مفاوضات أو مباحثات(invitation d'entrée en pourpalers) يوجهها من يرغب في التعاقد إلى شخص معين أو على الجمهور عبر الجرائد اليومية أو غيرها من وسائل الإعلام الأخرى[22].

ومن ثم، فإنه لا مشكلة إذا صادف هذا الإيجاب قبولا مطابقا لمضمونه من الموجب له، فيقوم العقد ويلتزم الطرفان به كما أنه لا صعوبة، إذا رفضه من وجه إليه، حيث يحول ذلك دون إبرام العقد، ويمكن المفاوضات أن لا تكتمل وبالتالي ينتهي الأمر.[23]

ولا يسأل من وجه إليه العرض عن الرفض، ولو كان صريحا، كتعديل الإيجاب أو التقدم بإيجاب مقابل. وهذا مهما كانت البواعث التي دفعته إليه، ولا يتحمل تبعة ما لإمتناعه عن التعاقد. وعلى كل حال، يسقط الإيجاب في جميع الحالات، إذا رفضه الموجه إليه أو تخلف الشرط الذي علق عليه الإيجاب[24]. وهو ما سارت عليه المحكمة العليا، إذ جاء في أحد قراراتها المشهورة، بأن رفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي، لا يسمح للمطعون ضدها سوى المطالبة بالتعويض، ولا يجيز للقاضي إصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي. كما

أنها نقضت في قرار آخر القرار الصادر عن المجلس القضائي الذي قضى بإلزام الطاعن بإتمام إجراءات البيع، رغم أن التعهد بالبيع تم دون رضاه وأثناء غيابه[25].

و نلاحظ أخيرا، أن نظرية الفقيه الفرنسي "دومولامب" (Demolombe) القديمة، ونادى بها أيضا الفقيه"وورمس" (Worms) وهي تمثل المدرسة الألمانية المهجورة، و كذا الفقيه"سيغل"(Siegel) في النمسا[26]؛ والتي قالت بأن العرض يشكل عملا قانونيا منفردا، يعبر عن إرادة جازمة، مما يلزم العارض بالإبقاء على عرضه مهلة معينة، وبعدم نقض قراره خلالها. وبهذا الرأي صدرت بعض القرارت القضائية القديمة في فرنسا[27]. والحقيقة أن العرض الذي يتضمن العناصر الأساسية لتكوين العقد المنشود، يبقى رغم ذلك مجرد اقتراح إرادي (ينطوي على مبادرة) صادر عن شخص و موجه لآخر بغية التعاقد؛ غير أن تحديد مدة زمنية معينة واضحة تحدد الإطار الزمني لهذا الاقتراح، هي التي تلزم العارض قانونيا بعدم سحبه أو تغيير مضمونه أثناء المهلة المحددة، وألا تحمل المسؤولية المدنية عن تعسفه. وخير تعويض هنا هو إلزامه بالتعاقد، إذا صدر القبول ضمن المدة المحددة.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

الخاتمة

كان موضوع بحثنا يتحدث عن (الجوهرية في العلاقات التعاقدية) المتعلقة في القانون المدني من كافة الجوانب، وعليه خلصنا إلى مجموعة من النتائج والمقترحات وكما يأتي:

أولاً: النتائج

1- إذا تحددت المسائل الجوهرية في العقد على وفق المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي، فإن كل ماعدا ذلك يصّنف ضمن المسائل الثانوية التي توجد في أي عقد. وتحديد المسائل التفصيلية يستند الى طبيعة العقد.

2- كل المسائل التي لا تتصل بغاية العقد الأساسية أو بالالتزامات المتقابلة فيه من مثل زمان ومكان تسليم المبيع ونفقاته في عقد البيع، لذا فان المسائل الثانوية تتحدد على وفق المعيار الموضوعي.

3- المسائل الجوهرية تتعلق بالأركان الموضوعية للعقد وحسب طبيعة كل عقد، وتحديداً تتعلق بركن المحل.

4- المسائل الجوهرية يكون أساسها قواعد آمرة وليس مفسرة، وتختلف من عقد إلى آخر، فمثلاً في عقد البيع المشرع العراقي نص على أن البيع هو مبادلة مال بمال.

5- المسائل الجوهرية في حال اختلف طرفا العقد بشأنها لا تملك المحكمة حيالها سلطة تعينها كما هو الحال في المسائل الثانوية التي تقضي بها المحكمة طبقاً لطبيعة العقد والقانون وقواعد العرف والعدالة.

6- في حال عدم تعين المسائل الجوهرية والاتفاق بشأنها لا ينعقد العقد، كما يمكن أن تأثر الجوهرية في العلاقة التعاقدية على حاجات المتعاملين بهذه العلاقات بسبب ارتباطها بتطور الحياة الاقتصادية التي تؤدي الى تطور العلاقات التعاقدية بمجملها.

7- تعددها باستمرار مما يستلزم صيغاً جديدة لمواجهتها، بمبدأ الحرية التعاقدية الذي يتيح للمتعاملين صياغة عقودهم بما يلبي حاجاتهم العملية في حدود النظام العام والآداب العامة دون التقيّد بالقوالب الجاهزة.

ثانياً: الاقتراحات

1- نأمل من المشرع العراقي الإشارة إلى الجوهرية وتميزها عن المسائل الجوهرية والثانوية التي توجد في اي عقد، وهذا يحتاج إلى تدخل تشريعي كي تكون الجوهرية منظمة بقواعد خاصة ضمن القانون المدني.

2- نقترح على المشرع العراقي وضع معايير للتميز بين ما يعد من المسائل الجوهرية وما يعد من المسائل وما يعد من المسائل الثانوية وحسب طبيعة كل عقد.

3- من الضروري إيجاد نص تشريعي يجيز للقاضي التدخل لتحديد الجوهرية في العقد حالة اختلاف أطراف العقد وعدم اتفاقهما عليها.

4- من الواجب إصدار أو تعديل بعض المواد للقانون المدني الذي يتناسب مع متطلبات وقتنا الحاضر، كون الجوهرية لها علاقة مباشرة بين الاطراف المتعاقدة في العلاقات الخاصة.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

قائمة المصادر

[1] - د. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الجديد مصادر الالتزام -الطبعة الأول، دار الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، دون سنة، ص 82،

[2] - - د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، (دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي)، ط1، دون دار نشر، دون مكان نشر، 1989، ص18.

[3] - د. يوسف سعدون محمد لهمود المعموري، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص22.

[4] - د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر – القاهرة، 2002، ص24.

[5] - **د.** عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، نظرية العقد، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998،65**.**

[6] - يقابها نص المادة (95) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

[7] - د. كاظم كريم علي، قانون العقد الإنكليزي، ج1، مفهوم العقد وإبرامه، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2022، ص129.

[8] - د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995، ص 202.

[9] - د. مصطفى محمد الجمّال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص121.

[10] - د. عاطف النقيب، نظرية العقد، ط2، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، 1998، ص 102.

[11]- د. صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2009، ص16.

[12] - د. يوسف سعدون محمد المعموري، التنظيم القانوني لعقد الصيانة في مشروعات النية الأساسية، دراسة مقارنة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2020، ص178.

13 - د. كاظم كريم علي، المرجع السابق، ص45.

[14]- د. حازم سالم محمد الشوابكة - محددات مستلزمات العقد في القانون المدني البحريني - دراسة مقارنة – البحرين ،٢٠٢٠،ص - ٣٩٨٩ - - ٣٩٩٠.

[15] - د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 211.

[16]- د. صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص51.

[17] - د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 138، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 24.

[18] - د. محمد ابراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود مطبوعات الادارة العامة للبحوث الرياض، 1995، ص34.

([19]) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد مصدر سابق، ص 130.

([20]) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص24.

21 - اسراء جاسم محمد، أثر التمييز بين المسائل الجوهرية والثانوية في العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة النهرين، 2006، ص. 53.

[22] - Cf. Mzid (N). Essai sur la négociation du contrat en droit civil, Rev, Tun.Dr, 2000, P313 et S; Aubert (J.L).Notion et role de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Thése, Paris, 1979,P15et S; Via lard (A). L'Offre publique de contrat, Rev, Trim, Dr civ, 1971, P750 ET S.

23 --د. ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني (انعقاد العقد)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، وائل للنشر والتوزيع، عمان 2002، ص 199.

24 - إذ أن الأصل هو حرية التعاقد، فلا يجبر على إبرام العقد، ولا على عرض أسباب وبواعث رفضه؛ طالما أنه لم يتعسف في استعمال رخصة الرفض.

25 - المحكمة العليا، غ.م,1987/11/11، ملف رقم 51440، مذكور سابقا؛ وفي نفس المعنى 1989/05/08, ملف رقم 52009, غير منشور.

[26]- Cf.Demolombe. Cours de Code Napoléon, T.20, N° 45, p. 48 et s ; Chabas (J). De la déclaration de la volonté, Paris, 1931, p. 190 et s.

[27]- Cass.Civ.10/05/1968, Bull.Civ, 1968, 3,N° 209,p 161.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0