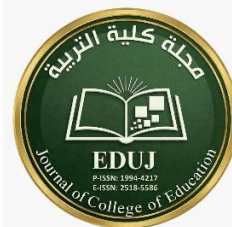




ISSN: 1994-4217 (Print) 2518-5586(online)

Journal of College of Education

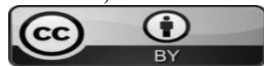
Available online at: <https://eduj.uowasit.edu.iq>¹*Hiba Ghalib Ameer² Dr. Shorouq Abbas Fhadhil

Collage Of Law - Al-Nahrain University

Email:

Hiba207@uowasit.edu.iq
shuruq@nahrainuniv.edu.iq**Keywords:**

Contract, Material and matters, Detailed matters, Nature of contract, Will

**Article info****Article history:**

Received 20. Feb.2025

Accepted 10. Mar.2025

Published 25. May.2026

**Legal basis for the material and detailed matters in civil contracts****A B S T R A C T**

The essence of the contract is the obligation that arises from the nature of the contract itself, and accordingly we find the emergence of two trends among jurists regarding this matter, the first trend is called the followers of the personal doctrine or personal tendency or what is called the owners of the subjective theory, as they see that the essence of the contract is based on the inner will, while the followers of the second trend are called the owners of the material tendency, as they see that the essence of the contract is based on the expression or the apparent will. By talking about the issues that arise from the contract, we have learned that not all of them are material, as some of them are material issues and others are detailed matters, so it remains important to talk about the source of these issues, and this can be summarized by the following question, is the legal basis for the material and matters of the contract the nature of the contract, or is it the law, or is it the will?

© 2026 EDUJ, College of Education for Human Science, Wasit University

DOI: <https://doi.org/10.31185/eduj.Vol63.Iss2.4291>

التأصيل القانوني للمسائل الجوهرية والتفصيلية في العقود المدنية

الباحثة: هبة غالب عامر أ.د. شروق عباس فاضل

كلية الحقوق - جامعة النهرين

الملخص

يعد جوهر العقد الالتزام الذي ينشأ عن طبيعة العقد ذاته، وعليه فإننا نلاحظ ظهور اتجاهين بين الفقهاء فيما يتعلق بهذا الأمر، الاتجاه الأول يطلق على أتباعه أصحاب المذهب الشخصي أو النزعة الشخصية أو ما يطلق عليهم بأصحاب النظرية الذاتية حيث يرى هؤلاء أن جوهر العقد أساسه الإرادة الباطنة، بينما أتباع الاتجاه الثاني أطلق عليهم أصحاب النزعة المادية، حيث يرى هؤلاء بان جوهر العقد أساسه التعبير أو الإرادة الظاهرة.

ومن خلال الحديث عن المسائل التي تُنشأ عن العقد، فقد عرفنا انها ليست جوهرية كلها، فمنها مسائل جوهرية وأخرى مسائل تفصيلية، لذا يبقى من المهم الحديث عن مصدر تلك المسائل، ويمكن تلخيص ذلك بواسطة السؤال الآتي، هل أن الأساس القانوني لمسائل العقد الجوهرية والتفصيلية هو طبيعة العقد، أو القانون، أو هي الإرادة؟

الكلمات المفتاحية: العقد، المسائل الجوهرية، المسائل التفصيلية، طبيعة العقد، الإرادة.

المقدمة

تُعَدُّ العقود المدنية من الركائز الأساسية في تنظيم العلاقات القانونية بين الأفراد، حيث تحدد الحقوق والالتزامات الناشئة عن توافق الإرادات، ويُطرح في هذا الإطار تساؤل جوهري حول الأساس القانوني للمسائل الجوهرية والتفصيلية التي تنشأ عن العقد؛ فهل يستند ذلك إلى طبيعة العقد ذاته، أم أن للقانون وظيفة في تحديدها، أم أن الإرادة وحدها هي التي تؤسس لها؟

أولاً: أهمية البحث

تبرز أهمية هذا البحث في أنه يسعى إلى تأصيل المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقود المدنية من منظور قانوني، مما يساهم في توضيح دور كل من طبيعة العقد، والإرادة، والقانون في تحديد هذه المسائل، وهو ما ينعكس على تفسير العقود وتطبيقها قضائياً، كما أن البحث يساهم في تطوير فهم أكثر دقة للعقود، مما يفيد الفقه القانوني والتطبيقات القضائية في حل النزاعات التعاقدية.

ثانياً: إشكالية البحث

وتتمثل إشكالية البحث في السؤال المحوري الآتي: ما لأساس القانوني للمسائل الجوهرية والتفصيلية في العقود المدنية؟ هل تستند هذه المسائل إلى طبيعة العقد، أم أنها تُحدد وفقاً للإرادة التعاقدية، أم أن القانون هو الذي يحددها؟ ومن هذه الإشكالية تتفرع عدة تساؤلات تتعلق بدور كل عنصر من هذه العناصر في تحديد المسائل الجوهرية والتفصيلية.

ثالثاً: منهجية البحث

يعتمد البحث على المنهج التحليلي من خلال دراسة وتحليل الاتجاهات الفقهية المختلفة، كما يعتمد على المنهج المقارن بمقارنة موقف القوانين المدنية، وخصوصاً القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي، فضلاً عن تحليل التطبيقات القضائية ذات الصلة.

رابعاً: هيكلية البحث

سعيًا لتقديم رؤية متكاملة حول التأصيل القانوني للمسائل الجوهرية والتفصيلية في العقود المدنية، بما يساهم في إثراء الفقه القانوني وتوضيح الأسس التي تستند إليها الأحكام التعاقدية، سينكون بحثنا من ثلاثة مباحث، المبحث الأول سنتناول فيه طبيعة العقد كأساس للمسائل الجوهرية والتفصيلية، بينما نخصص المبحث الثاني للكلام عن القانون كأساس للمسائل الجوهرية والتفصيلية، أما المبحث الثالث سنخصصه للإرادة كأساس للمسائل الجوهرية والتفصيلية.

التمهيد

من خلال تعريف للعقد وفقاً لما جاء به الاصطلاح الفقهي بأنه: اتفاق بين ارادتين أو أكثر، وذلك في سبيل انشاء التزام أو نقل التزام ولا يتحقق الا من خلال طرفين أو أكثر، يمكننا الاستنتاج ان التوافق بين الارادتين هو ان يتم ارتباط القبول بالإيجاب وان يكون ذلك الارتباط متطابقاً بشكل يتحقق فيه التراضي بين اطراف العقد، واننا من خلال المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ نجد انها نصت على أنه: "العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"، وعليه فانه وفقاً للمادة المذكورة نجد ان العقد مكون من شقين هما الايجاب والقبول وفي هذا الشأن يرى الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ان التعريف الوارد في المادة المذكورة ليس شاملاً؛ حيث ان اثر العقد يشمل حقوقاً للطرفين والتزامات و بالتالي فان التعريف الوارد في المادة (٧٣) ذكر الحقوق دون التطرق الى الالتزامات، ويرى بالتالي أنه يُفضل ان يكون التعريف للعقد: هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه و العاقدان، حيث اعتبر شمول التعريف لكلمة العاقد تجعل اثار العقد تتضمن الالتزامات إضافة لما تضمنه التعريف من الحقوق_ (الزلمي، ٢٠١٤، صفحة ١٣٠)، حيث أنه عند ابرام العقد يتمثل ظهور ايجاب من قبل أحد أطرافه ويعقبه قبول يطابق الايجاب من الطرف الآخر (بدوي، ١٩٤٣، صفحة ٩٢).

والايجاب يجب ان يتضمن شروط محددة، وبالتالي ان تخلف أي من تلك الشروط يُعد الايجاب غير صالح ليقترن به القبول وانعقاد العقد، وإذا توافرت في الايجاب الشروط المطلوبة، فإننا ما نزال بمرحلة تسمى مرحلة ما قبل الانعقاد، تنتهي عندما يتم ابرام العقد بين طرفيه، من خلال صدور القبول المطابق للإيجاب من الطرف الآخر ويجب ان يتم الاتفاق بين الطرفين على كافة المسائل التي ترد في الايجاب، وبغض النظر عما تتمتع به تلك المسائل من أهمية، نرى ان التشريعات في السابق قد خلت من الإشارة الى المرحلة التي تسبق انعقاد العقد_ هناك تشريعات افردت تنظيمها للمرحلة التي تسبق التعاقد، حيث نجد القانون اليوغسلافي و اليوناني و الإيطالي تشريعات نظمت هذه المرحلة _ (الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، المفاوضات العقدية و آليات التعاقد، ٢٠٠٢، صفحة ١٦) (حسين، ٢٠٠٢، صفحة ٥)، بسبب ان المفاوضات كانت قصيرة المدة وغير معقدة كما هي في وقتنا الحالي.

والجدير بالذكر ان العقد يعد قائماً في اللحظة التي يتم فيها الاتفاق بين الأطراف على النقاط الأساسية، و التي تمثل مسائل ذات أهمية خاصة بالعقد أكثر من المسائل الأخرى، لذلك فالاتفاق على تلك المسائل الأساسية معناه ان العقد قد انعقد منذ لحظة الاتفاق بين الطرفين عليها، فهي تعد مسائل جوهرية مهمة، وفي حالة عدم الاتفاق عليها فإننا نبقى في فترة ما قبل الانعقاد، أي الفاصل بين فترة ما قبل الانعقاد وانعقاد العقد هو اتفاق حاصل بين الاطراف على تلك المسائل الاساسية أو الجوهرية، والمسائل الأخرى غير الهامة كما هو الحال في المسائل الجوهرية فهي تسمى مسائل تفصيلية أو ثانوية، وعليه فالاتفاق على المسائل الجوهرية يؤدي الى انعقاد العقد حتى لو لم يتم الاتفاق على المسائل الثانوية، فيمكن للطرفين ان يتفقوا على تلك المسائل التفصيلية بوقت لاحق من انعقاد العقد

بناءً على ما أوردناه، ان العقد يتكون من نوعين من المسائل، مسائل تسمى بالجوهرية وهي التي تتمثل بالمقومات التي يجب ان تتوفر بالعقد، و بالتالي تحدد طبيعة وماهية العقد (الجمال، القانون المدني في ثوبه الجديد_ مصادر الالتزام، دون سنة نشر، صفحة ٨٢) (الجبوي، ٢٠٠٢، صفحة ١٩٩)، وانعقاد العقد يعد متوقفاً على حصول الاتفاق بين

الأطراف عليها، ومن الضروري ان يحصل التوافق على العناصر الجوهرية والمفروضة في فكرة العقد والرضائية التي ينهض على اساسها العقد، وان الاتفاق على العناصر الجوهرية بين الأطراف يعني انه تم تحديد حقوق والتزامات كل طرف للأخر، لذلك فيمكننا القول ان أي اتفاق بين طرفين لا يكون فيه تحديد للمسائل الجوهرية كلها فان العقد لا ينعقد بتحديد المسائل الجوهرية فان العقد يعد منعقداً، وبالتالي يعد الاتفاق على المسائل الجوهرية اساس ابرام العقد، لكن هناك عناصر أخرى يتكون منها العقد تسمى العناصر الثانوية أو يطلق عليها مصطلح آخر وهو العناصر التفصيلية، فالمسائل التفصيلية تكون أهميتها ثانوية على انعقاد العقد، وبالتالي ان تم الاتفاق على المسائل الجوهرية ولم يتفق على التفصيلية فالعقد يكون منعقداً، لان تلك المسائل التفصيلية لاتعد جوهرية حيث يمكن افتراض قيام العقد من دونها، وهي بالتالي لا تحدد ماهية العقد كما تفعل المسائل الجوهرية، ولا تمثل ركنا من اركان العقد، وقد تم تعريفها بأنها: مسائل لا تتصل باقتصاديات العقد وهي لا تؤثر بتوازنه الاقتصادي أو بالالتزامات المتقابلة فيه، ومن امثلتها الشرط الذي يقضي تقديم هدية رمزية لأطفال البائع إضافة لثمن المبيع، وغيرها من الشروط العاطفية (الاهواني، ٢٠٠٠، صفحة ١٤٣).

حيث انه في عقد البيع وكقاعدة عامة يكفي لينعقد العقد الاتفاق بين البائع والمشتري على المبيع والثمن، بينما تعد طريقة دفع الثمن وتسليم المبيع وزمن التسليم والنفقات ومكان التسليم هي مسائل تفصيلية ثانوية تتعلق بتنفيذ العقد، لذلك إذا لم يتم الاتفاق عليها فالعقد يُعد منعقداً ويمكن ان يكون هناك اتفاق لاحق بشأنها دون ان يؤثر ذلك على انعقاد العقد (الجبوي، ٢٠٠٢، صفحة ٢١٦).

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية: متى كان الحكم قرر ان العقد الصادر من المورث لزوجته هو عقد بيع عُين فيه المبيع والثمن، فانه لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن في العقد بعد تعيينه فان الحكم لا يكون قد أخطأ في القانون (دسوقي، رقم ١٨٧٩).

وفي قرار آخر للمحكمة نفسها فقد قضت بأن عدم تحديد مقدار الأجرة بعقد المقاولة فهو من المسائل الثانوية أو التفصيلية، والتي لا تحول دون ابرام العقد ففي حالة عدم تحديده مقدماً فانه يتعين على المحكمة ان تعينه مسترشدة في ذلك بالعرف الجاري بالصنعة وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقيات على ان تدخل في حساباتها قيمة العمل وما تكبده من نفقات في انجاز العمل والوقت الذي استغرقه والمؤهلات الفنية والكفاءة والسمة وأسعار المواد التي استخدمت واجور العمال وغيرها من نفقات (مجموعة المكتب الفني، جلسة ١٥/٦/١٩٩٤، صفحة ٩٩٨).

مما سبق يتضح أن الاتفاق على المسائل الجوهرية وعدم الاتفاق على المسائل التفصيلية، فالعقد يُعد قد انعقد ويتم الاتفاق على المسائل التفصيلية بشكل لاحق دون ان يؤثر ذلك على انعقاد العقد.

المبحث الأول

طبيعة العقد كأساس للمسائل الجوهرية والتفصيلية

عُرف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر لأجل ان يتم إحداث أثر قانوني، عليه قد يكون هذا الأثر إما إنشاء أو إنهاء التزام، أو نقل أو تعديل التزام (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دون سنة نشر، صفحة ١٣٨)، وهو بالتالي ارتباط بين الايجاب الصادر من أحد الأطراف، مع قبول الطرف الآخر (السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ١٩٩٨، صفحة ٧٧).

وان العقد وفق معناه الخاص هو ما صدر من طرفي العقد بارتباط ايجاب احدهما بقبول الآخر، اما المعنى العام للعقد فهو يأتي بمعنى التصرف أي أنه: تصرف يعبر عنه بالقول أو ما يقوم مقامه، سواء اكان قوامه إرادة منفردة تنشئ الالتزام، ام قوامه ارتباط بين الايجاب والقبول لأجل احداث الأثر الشرعي (ابو السعود، دون سنة نشر، صفحة ٣٣)، وان المشرع المصري لم يعرف العقد بل اظهر كيفية انعقاده، وذلك وفق ما جاءت به المادة (٨٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة : يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد.

أما القانون العراقي فقد عرف العقد في المادة (٧٣) منه بأنه: ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

لذلك فان تحقق المسائل الجوهرية، تؤدي لانعقاد العقد، وعليه فان طبيعة العقد تعد هي طبيعة التصرف الذي تم ابرامه بين طرفي العقد، وهو التنظيم القانوني (البكباشي، ٢٠٠٨، صفحة ١٣٢).

عليه فإننا سنقوم بالتعرف على مفهوم طبيعة العقد وأثرها على تحديد المسائل الجوهرية والتفصيلية في المطلب الأول، بينما المطلب الثاني سنخصصه للتعرف على تقدير طبيعة العقد كأساس للمسائل الجوهرية والتفصيلية.

المطلب الأول

مفهوم طبيعة العقد وأثرها على تحديد المسائل الجوهرية والتفصيلية

بعد توضيح المقصود بمصطلح العقد فانه من خلال معنى كلمة طبيعة: فهي تعد مجموعة الخصائص والمميزات التي تعرف كائناً أو شيئاً مادياً، ملموساً أو مجرداً على انه يدخل ضمن نمط أو صنف معين (Clemenncce mouly, 2006, p. 168).

وان مصطلح الطبيعة وفق ما ورد لدى علماء اللغة، فهو السجية التي يطبع بها الانسان ويجبل عليها، أي التي خلق عليها وان الطبع بفتح الطاء هو من الطبيعة، وهو الفطرة التي يكون الأشخاص فطروا عليها (التهانوي، ١٩٩٦، صفحة ١١٢٧)، وفي الحديث يقال: ان الرضاع يؤدي لتغيير الطباع (المصري، ١٩٨٦، صفحة حديث رقم ٣٥).

كما نجد القول طبعه الله على امر، بمعنى ان الله فطره عليه، و مما ورد بالحديث: كل خلال يطبع عليها المؤمن الا الخيانة والكذب (الطبراني، دون سنة نشر، صفحة حديث رقم ٨٩٠٩)، بمعنى يخلق عليها، ومما ورد في القرآن قول الله تعالى: وطبع على قلوبهم فهم لا يفقهون.

وقمنا بالتعريف اللغوي في سبيل معرفة ان الطبع و الطبيعة هي طبيعة الشيء، وفي حالة إسقاطها على العقد، فإننا نجد طبيعة العقد انها السمة التي تميزه و تعطيه الطابع الخاص به تميزه عن غيره من العقود، لذلك نجد ان عقوداً تعد طبيعتها انتقال الملكية كعقد البيع، وهذا يعني ان هذا ما يميزها عن غيرها بطبيعتها وسمتها البارزة (غانم، ١٩٥٨، صفحة ١٧)، فالعقد تعد سماتها العامة متشابهة من حيث انه يجب توافر اركان العقد وشروطه، اما طبيعة العقد تعد سمة خاصة لكل عقد لا يشبهها بها أي عقد آخر.

وعليه فإننا ومن خلال الرجوع الى كتابات DOMAT، فإننا نجد مصطلح طبيعة العقد هي: الاشياء التي يتضمنها العقد، وتشكل جوهر العقد، وهي بالتالي تُعد بأنها الأشياء التي تكون من طبيعة العقد، فمثلا طبيعة عقد الايجار تفرض التزام على المؤجر بان يمكن المؤجر من الانتفاع الهادئ بالعين المؤجرة، ولذلك فان طبيعة العقد تُعد طبيعة المعاملة، وعليه فان طبيعة العقد هي طبيعة المعاملة التي يريدها المتعاقدان، أو التنظيم القانوني للعقد، فهي اذاً تعد الطبيعة القانونية لنوع العقد، أي انها عناصره ومساائله الجوهرية والتفصيلية، حيث اننا في عقد البيع نجد طبيعة العقد التي أرادها المتعاقدان، هي الأشياء التي يتضمنها العقد من عناصر جوهرية وتفصيلية.

ومما سبق ذكره فإن الأشياء التي تضمنها العقد، والتي تقوم بالتعبير عن ذاتيته الخاصة التي أرادها المتعاقدان، هي تمثل طبيعة العقد، ويدل على ذلك إن القاضي عندما يثور خلاف بين المتعاقدين، فهو يقوم باللجوء لطبيعة العقد، وإننا نجد في عقد البيع قد يلجأ القاضي الى العقد بغية تحديده ملحقات الشيء المبيع، والتي تكون معدة بصفة دائمة لأجل استعمال هذا الشيء، وفق ما اقتضته طبيعة الأشياء وقصد الأطراف (البكباشي، ٢٠٠٨، صفحة ١٣٢).

ومصطلح طبيعة العقد يقابله مصطلحات أخرى لنفس المعنى، حيث يسمى مقتضى العقد، كما يطلق عليه موضوع العقد، ويمكننا القول بأن طبيعة العقد هي مضمون العقد الحقيقي والجوهري، وما ينشأ عن طبيعة العقد من التزامات بين طرفي العقد.

وقيل ايضاً ان طبيعة العقد هي الالتزام الذي يتم حكماً من خلال العقد والاثار التي ينشئها العقد، ولذلك فلا نجد ضيقاً ان تم ذكره في العقد ولا يعد هناك نقصاً فيما لو تم اهماله، فان في عقد البيع لو قام المشتري بالاشتراط ان ينتفع من العين التي اشتراها كما يشاء وان يتصرف بها وفق ما يريد، وذلك من خلال بيعها أو هبتها أو اجارتها وغير ذلك، أو ان لم يتم بذكر ذلك فإن هذا لا يؤثر في طبيعة العقد، لأن طبيعة العقد هي آثار العقد، وان من آثار عقد البيع ان يقوم البائع بنقل ملكية العين للمشتري، وان يقوم المشتري بدفع ثمن العين المبيعة (عبد الحميد، دون سنة نشر، صفحة ٧٠)، وعليه فان تلك تعد عناصر جوهرية للعقد، وفي حالة انتفاءها لا ينعقد العقد، وعليه فإننا يمكن ان نذكر طبيعة العقد كما جاءت اصطلاحاً بأنها: التزامات تنشأ عن العقد بعضها التزامات جوهرية، والتي لا يتصور العقد من دونها ومن تلك الالتزامات التي نراها في عقد البيع، التزام البائع بنقل الملكية للمشتري والتزام المشتري دفع ثمنها للبائع (الذنون، المبسوط في شرح

المسؤولية المدنية-الضرر، ٢٠٠٦، صفحة ١٤١)، وان فقهاء الشريعة أطلقوا على تلك الالتزامات مقتضى العقد، حيث ان مقتضى عقد البيع بالنسبة لهم هو (المبيع) اي ان يمتلك المشتري العين المباعه، و(الثمن) اي يقوم البائع بتملك الثمن، كما ان هناك مسائل ثانوية تكون بجانب تلك المسائل الجوهرية تنشأ بسبب العقد، حيث تكون موجودة اصلاً بنص القانون أو تفرضها طبيعة المعاملة بطبيعة الحال، كضمان البائع العيوب الخفية في عقد البيع، وقيام المؤجر بإصلاح العين المؤجرة وصيانتها طول مدة الإيجار (فاضل و مسلم، ٢٠٢٠، صفحة ٦٦)، كما ان البعض الآخر من فقهاء الشريعة يرى بان طبيعة العقد هي الاحكام الأساسية التي يقرها الشرع لكل عقد، سواء بالنص عليها بشكل مباشر أو من خلال استنباط المجتهدين، وذلك لأجل ان يتم تحقيق توازن في حقوق المتعاقدين.

المطلب الثاني

تقدير طبيعة العقد كأساس للتمييز بين المسائل الجوهرية والتفصيلية

ان العقد له أثران هما أثرٌ خاص وآخر عام (الزحيلي، ٢٠١٤، الصفحات ٣٠٨٣-٣٠٨٥)، وعليه فان أثر العقد الخاص يعبر عن حكم العقد وبالتالي يمكن القول ان حكم العقد هو أثره الأصلي، ويعد هذا الأثر انه نوعي وهو الغاية الأساسية الجوهرية، وهو الأمر المقصود من ابرام العقد، حيث نجد في عقد البيع أن نقل الملكية هو أثره الأصلي، ويقال بالتالي ان الحكم الأصلي الذي جاء به العقد هو موضوع العقد، وفي مثالنا يعد المبيع والثمن هو موضوع العقد.

وان الحكم الأصلي يفترق عن الالتزام، حيث الالتزام يتم من خلال تكليف شخص بفعل، كأن يتم تسليم المبيع وان يتم تأدية الثمن، أو امتناعه عن الفعل كما في حالة عدم قيام الشخص بالتعدي على الأموال والانفس، كما نجد ان مصادر الالتزام اما من الشرع كالأنفاق على الأقارب، أو عقدية، أو مصدرها غير العقد وهي الأفعال الضارة.

ولذلك نحن نرى وبالرجوع الى حكم العقد الأصلي، فانه يعد متحققاً بمجرد ان يتم الاتفاق عليه ويؤدي الى انعقاد العقد بالشكل الصحيح، حيث انه يتم ابتداءً تحقق الاثر الخاص بانعقاد عقد البيع من خلال الاتفاق على المسائل الجوهرية والتفصيلية، وبعدها يتحقق الاثر العام فتنقل ملكية المبيع من البائع للمشتري.

ويرى الزحيلي ان الأثر العام، هو الذي تشترك فيه معظم العقود بأحكامها ونتائجها، وان للعقود اثرين عامين، الأثر الأول هو النفاذ بينما الأثر الثاني هو اللزوم.

معنى ذلك أن نفاذ العقد يعني أنه يرتب جملة من الآثار القانونية على طرفي العقد والتي تتمثل بالحقوق والالتزامات (عبود و خالد، ٢٠٢٣، صفحة ١١) بمعنى ان حكم العقد وأثاره الخاصة به حاصلة بمجرد توفر الأركان الأساسية للعقد والشروط اللازمة، فنفاذ عقد البيع مثلاً معناه أنه بمجرد انعقاده صحيحاً، فان ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري وكذلك الثمن فان ملكيته تنتقل للبائع بشكل مباشر وبمجرد الانعقاد، وأوجبت بين الطرفين سائر الآثار والالتزامات الأخرى التي أنشأها العقد كوجوب تسليم المبيع وتسليم الثمن وضمان العيب وهكذا يقال في جميع العقود من أجرة ورهن و صلح وغيرها من العقود فمتى كان هذا العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله وسلمت أوصافه من الخلل وكان صدوره ممن له ولاية على العقد كان العقد نافذاً (التركمانى، ١٩٨١، الصفحات ١٨٦-١٨٧)، بينما لزوم العقد يعني أن العقد ينشأ التزام على أطراف

العقد حيث ينبغي عليهم تنفيذ ما التزموا به بموجب العقد، الأمر الذي يترتب جزاءات على من يتخلف بالقيام بتنفيذ التزامه، باعتبار أن العقد يحدث واقع قانوني جديد فيصبح بطل العقد أحد الأطراف دائن والآخر مدين (الشرع، ٢٠٢١، صفحة ٦٨٣).

لذا فإن اللزوم هو فكرة أساسية ضرورية في العقود ولولاها لفقد العقد أهم مزاياه، فالعقد يتكون من إرادتين جازمتين مظهرهما بالتعبير المعبر عنهما وهو إيجاب وقبول، ومن مقتضى ذلك أن يتم العقد ويُبرم بمجرد الإيجاب والقبول دون توقف على فعل آخر فتثبت آثار العقد ويصبح نافذاً لازماً بمجرد تمامه فلا يكون لأحدهما أن يرجع عن العقد بعد الانعقاد الحاصل من ارتباط الإيجاب بالقبول، ويسمى في فقه القانون بالقوة الملزمة للعقد والاجتهادات الإسلامية متفقة على أن العقد متى اكتسب هذه الصفة ليس لأحد العاقدين فيه الرجوع إلا باتفاقهما لأن في نقض العقد تغييراً للوضع القانوني الذي استقر بين العاقدين ولا يشذ عن ذلك إلا طائفة من العقود تقتضي طبيعتها عدم اللزوم وتسمى العقود غير اللازمة إذ يملك المتعاقد حق الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة لذا فهو غير لازم له، فالأصل هو أن العقود نافذة لازمة ولا يستطيع أحد أطراف العقد فسخه أو تعديله بإرادته المنفردة إلا في هذه العقود فهي غير لازمة أما لطبيعة العقد أو لوجود أحد الخيارات فتجعل العقد غير لازم (الزرقا، دون سنة نشر، صفحة ٦٣).

لذلك وفقاً لما ناقشناه انفاً، يمكننا القول ان طبيعة العقد، تتمثل بما تم من مسائل جوهرية والذي تنشأ عن طبيعة العقد، وعليه فانه إذا تم التوافق بين أطراف العقد على المسائل الجوهرية فان العقد ينعقد، وان كان هناك مسائل تفصيلية تم نقاشها فيجب ان يتم الاتفاق عليها لأجل انعقاد العقد، بينما لو لم يكن هناك أي نقاش بها فان العقد يُعد منعقداً بمجرد الاتفاق على التفاصيل الجوهرية، ويمكن مناقشة المسائل التفصيلية بوقت لاحق.

ومن خلال توضيحنا لطبيعة العقد نجد انها طبيعة المعاملة التي يريدها الاطراف، أو التنظيم القانوني للعقد، إذا تعد الطبيعة القانونية لنوع العقد، وعليه فان طبيعة العقد لها دور في تحدد عناصره الجوهرية والتفصيلية.

المبحث الثاني

القانون كأساس للمسائل الجوهرية والتفصيلية

لقد كان للنظرية الذاتية التي تعطي للإرادة الشأن الأكبر بانعقاد العقد، دورها المهم لانعقاد العقد والتي يتم من خلال تحديدها المسائل التي يشملها العقد وآثاره.

وهذا الرأي كان سائداً بشكل كبير في المدرسة اللاتينية والتي تعرضت للنقد من قبل المدرسة الجرمانية (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دون سنة نشر، صفحة ١٠٣)، وعليه اعتبرت الإرادة هي فقط من تحدد التزامات العقد، ولا يمكن للقانون أو أي شيء آخر ان يؤثر على العقد، وسرعان ما بدأ هذا الاتجاه و الرأي بالتلاشي مع ظهور اتجاه آخر، حيث انه وفقاً للاتجاه الأخير فانه اصبح للقانون دوراً مهماً بتحديد الآثار التي تنتج عن العقد، وقد أطلق على هذا الاتجاه بالنظرية الموضوعية، فقد انحسر دور الإرادة بصورة تدريجية، وبالتالي فأنا سنتعرف على النظرية الموضوعية، من خلال تسليط الضوء على تدخل الدولة المطلوب الثاني.

المطلب الأول

تدخل الدولة في العقد

ان الركيزة التي تركز عليها النظرية الموضوعية هو ان للإرادة في العقد دوراً ضئيلاً، في حين أن المذهب الفردي اعتمد على مبدأ سلطان الإرادة، و كان المذهب الفردي قد انتشر بشكل كبير في القرن التاسع عشر، لكن مع بداية الحرب العالمية الأولى بدأ المذهب الفردي يضعف، لان الحرية التعاقدية أصبحت وبالأعلى على الدول التي عانت الحرب، وهذا ما دفع الدول للتدخل بتوفيرها للسلع الضرورية للمواطن، وهذا ما أدى الى تحول الاقتصاد من اقتصاد حر الى اقتصاد حرب، بمعنى انهيار مبدأ سلطان الإرادة والمذهب الفردي و نشوء النظرية الموضوعية والابتعاد عن الحرية التعاقدية، وهذا كان بداية ظهور الاقتصاد الموجه.

والملاحظ ان الدول قامت بوضع قواعد آمرة لأجل ان تقوم بالتحكم بالأنشطة الاقتصادية، والحرية التعاقدية أصبحت محدودة و ببعض الأحيان انعدمت هذه الحرية التعاقدية (الطحان، ١٩٨١، صفحة ٦٤).

والجدير ذكره انه بدأ ظهور العقد الجبري ليكون وسيلة تستخدمها الدول للقيام بتوجيه اقتصادها، وعليه فإن منتجي السلع التي تعد ضرورية لم تكن لهم حرية كافية للتعاقد، وان ظهور الاشتراكية التي عدت انها مضادة للمذهب الفردي ساهمت بظهور العقد الجبري، وانه وفقاً لهذه النظرية فيجب ان يتم مراعاة مصلحة الجماعة، وعليه ان كان هناك تعارض بين مصلحة الجماعة ومصلحة الافراد، فانه يجب تقديم مصلحة الجماعة على الافراد، وهذا أدى لإضعاف مبدأ الإرادة التعاقدية (الصد، ١٩٩٠، صفحة ٩٦)، وتقييد مبدأ الحرية المطلقة للتعاقد (إسماعيل، ١٩٦٦، صفحة ٥١ وما بعدها).

لذلك فان المشرع قام بفرض قيود على الحرية التعاقدية، ولم يسمح للفرد القيام بتكييفه للعقد وتوجيه العقد لما يريد، بل عليه الالتزام بمراعاة ما قام المشرع بفرضه في تنظيم العقد.

ونجد ان تدخل الدولة في العقد فإنها اما أن يكون مباشراً من قبلها، أو ان التدخل يكون بطريقة غير مباشرة فمن خلال تدخل الدولة مباشرة بالعقد، يمكننا ان نذكر إن عقود الزواج من العقود التي يتدخل المشرع فيها مباشرة، حيث ان المشرع نظم عقد الزواج وقام بتحديد آثار الناجمة عن العقد، وذلك من خلال تحديد ما للزوجين من حقوق وما عليهم من التزامات وما هناك من آثار للعقد بالنسبة للأولاد، وبالتالي فان إرادة الزوجين بعقد الزواج هي لا تتعدى مرحلة انشاء العقد، وبعد اتمام ابرام العقد بينهم فلا يكون للزوجين القيام بتغيير آثار العقد أو تعديل نتائجه.

كما نجد تدخل القانون مباشرة في عقد العمل، نظراً لما كانت تعانیه الطبقة العاملة، حيث ان العامل كان يتعرض للظلم من قبل رب العمل، سواء الاقتصادي أو الاجتماعي (برعي، ٢٠١٣، صفحة ١١)، حيث قام المشرع بتنظيم عقد العمل ومسائله الجوهرية، سواء ما يتعلق بالأجرة أو تحديد ساعات عمل العامل ونجد ذلك واضحاً وفق ما تضمنه تشريع العمل في العراق، والشروط الصحية وشروط السلامة إضافة لشروط أخرى، حيث نصت المادة (١/٦٧) من قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ على أنه: ((لا تزيد ساعات العمل اليومية على (٨) ساعات في اليوم أو (٤٨) ساعة في الأسبوع...))

ونجد كذلك من خلال قيام المشرع بتعليق التصرفات التي ترد على العقارات بان تسجيلها والحصول على إذن من الجهة الادارية المختصة بذلك، وهذا ما نجده في نص المادة (١/١٢٨٦) من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه "لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل، ويعطي لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما، بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود"، كما نصت المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ على انه: "لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري"، ايضاً ما أصدره المشرع في كثير من الدول من قوانين خاصة تعطي الحق للمستأجر بالبقاء في المأجور بعد انتهاء المدة المحددة لعقد الإيجار رغم إرادة المؤجر، ولم تجز للأخير طلب التخلية إلا لأسباب محددة في القانون على سبيل الحصر، وهو ما يسمى بالامتداد القانوني لعقد الإيجار وهذا ما جاء في التشريع العراقي الذي نص على ان يمتد عقد الايجار بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلاً للعقار ومستمراً بدفع الاجرة طبقاً لأحكام القانون....

كما ان تدخل القانون بالعقد قد يكون تدخلاً جزئياً ببعض شروط العقد أو لبعض آثاره وجوانبه، وهذا ما نجده في حال قيام المشرع بتحديد الأسعار للسلع المهمة والضرورية للمواطن (الطحان، ١٩٨١، الصفحات ٦٦-٦٧)، ولقد اخذ المشرع المصري بهذا من خلال التسعير الجبري (قانون التسعير المصري رقم ١٢ الصادر عام ١٩٧٢)، كما ان القانون العراقي تدخل بالعقد بشكل مباشر ببعض جوانبه وذلك من خلال تحديد نسب الاجرة في إطار عقد الايجار.

اما تدخل الدولة بطريقة غير مباشرة في العقد، فإنه يتم من خلال قيام المشرع بإعطاء صلاحية للقاضي بأن يعدل أو يلغي بعض الشروط التي تكون تعسفية، والتي ترد ضمن العقد، أو عن طريق قيامه بإعادة التوازن بين اطراف العقد، وهذا ما نجده في عقود الإذعان والذي يقوم فيها أحد الأطراف بالانفراد بوضعه لصيغة للعقد أو شروط معينة على الطرف الآخر (عبد الحميد الديه، بدون سنة نشر، صفحة ٢٠٢)، حيث نجد ان المشرع العراقي في القانون المدني نص في الفقرة الثانية من المادة (١٦٧)، انه للقاضي القيام بتعديل بعض الشروط، من خلال قيامه بإعفاء الطرف الذي تعرض للإذعان من بعض الشروط أو تعديله لتلك الشروط وذلك وفق ما تقضيه مبادئ العدالة.

كما ان الدولة قد يكون تدخلها بالعقد من خلال فرضية شكلية محددة في العقود، وقد يمتد تدخل الدولة الى مضمون العقد من خلال فرضها على الافراد عقوداً معينة وعليهم الالتزام بها، كما في عقود الإذعان، أو عقود التأمين الإلزامية لحوادث السيارات، حيث تفرض الدولة عقود وعلى مالكي السيارات التأمين على سياراتهم، وفق بنود وضعتها الدولة، مثلما جاء بقانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات العراقي رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠، حيث نجد ان المادة الأولى منه نصت على: "تعتبر جميع السيارات في أراضي الجمهورية العراقية، مشمولة بالتأمين تلقائياً وفق لأحكام هذا القانون و مراعاة المادة (١١) منه".

وتتدخل الدولة في بعض العقود من خلال اشتراطها الحصول على موافقة الجهة المختصة لإضفاء القوة القانونية عليها أو منع نفاذها عند الاقتضاء، ويظهر هذا التدخل بوضوح في عقود تأسيس الشركات المساهمة، حيث يكون نفاذ العقد موقوفاً على موافقة مسجل الشركات وفقاً لما نصت عليه المادة (١٩) من قانون الشركات العراقي، التي اشترطت الحصول على الموافقة الرسمية لاستكمال إجراءات التأسيس واكتساب الشركة شخصيتها المعنوية، واننا من خلال قانون الشركات العراقي

رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧، ومما ورد بالمادة (١٩) منه نجد انها نصت على: يوافق المسجل على طلب تأسيس الشركة مالم يجد ان الطلب مخالف لنص محدد ورد في هذا القانون، ويعلق المسجل موافقته على الطلب أو رفضه له خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمه الطلب، فيما عدا شركات المساهمة تصدر شهادة تأسيس الشركة عند صدور قرار الموافقة على تأسيسها، وتكون دليلاً يثبت تأسيسها وإذا رفض المسجل طلب تأسيس الشركة، يصدر قراراً خطياً يوضح فيه أسباب رفضه الطلب، وفي حالة طلب تأسيس الشركة المساهمة يصدر المسجل اخطاراً خطياً بقراره الموافق على طلب التأسيس أو رفضه في تاريخ اتخاذه أو اتخاذاً لهذا القرار.

مفاد ذلك انه يمكننا القول ان تدخل الدولة في العقد أثناء مرحلة الإبرام يُشير إلى دورها في تنظيم وحماية العلاقات التعاقدية بين الأفراد أو بين الأفراد والشركات، بما يضمن تحقيق التوازن بين المصالح الخاصة والعامّة، وهذا التدخل قد تجسد في عدة جوانب منها تدخله في المسائل الجوهرية للعقد وذلك من خلال تحديد شروط العقد الأساسية مثل وضع قيود على بعض البنود التعاقدية لضمان عدم الإضرار بالأطراف الأضعف (كالمستهلكين أو العمال)، منع البنود التعسفية فالدولة قد تُلزم الطرف الأقوى (مثل الشركات الكبرى) بعدم فرض شروط مجحفة على الطرف الضعيف. ويتجلى تدخلها بالمسائل غير الأساسية (التفصيلية) في تنظيم الإجراءات "الشكلية" مثل تحديد متطلبات كتابة العقود وتوثيقها، خاصة في العقود التي تتطوي على مبالغ كبيرة أو لها آثار اجتماعية واسعة (المادة (٧٧) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩) وفرض معايير محددة مثل الاشتراط على تضمين بنود معينة تتعلق بجودة المنتجات أو مدة الضمان أو خدمات ما بعد البيع وهذا ما نجده في قوانين حماية المستهلك (قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠).

المطلب الثاني

تقدير القانون كأساس للمسائل الجوهرية والتفصيلية

ان الأطراف لهم حرية التعاقد والاتفاق على المسائل الجوهرية والتفصيلية التي يتضمنها العقد طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، الذي اعتمده المذهب الفردي حيث ان للأطراف تحديد العقد من دون ان يكون للقانون دور فيه، ويقتصر دور القانون على الاعتراف بآثار العقد وحمايته.

في حين أن دور الإرادة بدأ يضمحل في إطار النظرية الموضوعية، وللقانون التدخل بتعديل المسائل التي يتضمنها العقد، سواء بتعديل المسائل أو الغاء بعضها، وفي ذلك يمكننا أن نتعرف على تفسير القضاء للعقد وفق المنهج الموضوعي وتدخله في المسائل الجوهرية والتفصيلية للعقد.

ومن المعلوم أن المنهج الموضوعي يعرف منظوره بالفقهاء الاجتماعيين، فوفقاً لما جاء به هؤلاء فقد تم الأخذ بالإرادة الظاهرة التي تم التوافق عليها من قبل اطراف العقد، فالعقد لذلك يتم تفسيره بالصفة الموضوعية، لذلك ذهب اتباع هذا المذهب الى ان العقد عند طرحه امام القاضي يقوم بالنظر الى العبارات الواردة بالموضوع المتنازع عليه، وللقاضي السلطة بمراعاة الهدف الاقتصادي الذي جاء به العقد، والظروف التي أحاطت العقد، ويستلهم القاضي إرادة الأطراف الظاهرة، وعند التفسير يلجأ القاضي للعناصر الأخرى الاحتياطية كالعادلة وما تحققه من منفعة اجتماعية، إضافة الى

العرف وحسن النية (فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، دون سنة نشر، صفحة ١٨٤)، ومما جاء بالمادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، على ان الأصل في الكلام الحقيقة أما ان تعذرت الحقيقة فيصير الى المجاز"، اضافة لما تضمنته المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه:

"١- يجب تنفيذ العقد وفقاً لما أشتمل عليه وبما يتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢- لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف العدالة بحسب طبيعة الالتزام"، فعلى الرغم من ان المشرع نص على مبدأ حسن النية بشكل مباشر في تنفيذ العقد، لكنه لم يتطرق الى موضوع حسن النية في مرحلة تكوين العقد لكننا نستطيع القياس عليها، حيث ان مبدأ حسن النية يحيط بالعلاقة العقدية ككل، خصوصاً ان له تطبيقات غير مباشرة قبل إبرام العقد كتلك القواعد التي تحمي الرضا، وتقي من تعسف الطرف الآخر، غير أن تلك القواعد غير كافية لذلك يتعين على المشرع النص عليه بشكل مباشر قبل إبرام العقد، إذ لم يعد مستساغاً النص على المبدأ في مرحلة التنفيذ فقط، وذلك لأن مبدأ حسن النية يغطي مساحة تعجز عيوب الإرادة عن تغطيتها وبذلك يُعدّ مكملاً لنظرية عيوب الرضا، فضلاً عن أن دور المبدأ لا زال غير فعال في مرحلة التفاوض على العقد، وهي مرحلة لا تقل شأنًا عن مرحلة التنفيذ.

وبالنسبة لموقف القضاء العراقي فانه للقضاء في حالة وجود حوادث طارئة ان يعدل احكام العقد، وذلك تحقيقاً للعدالة التعاقدية (ناجي، ١٩٨٦، الصفحات ١٢٢-١٢٦).

كما نجد موقفاً لتدخل القانون في تعديل العقد، وذلك ما جاء بالمادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي حيث نصت: "في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقدين الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنتظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته. ٢- ففي عقد الايجار ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الاجارة، وفي ايجار العمل ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجر المستحق الوفاء كان للأجير طلب فسخ العقد، وفي عقد البيع يجوز للبائع أو للمشتري ان يطلب الفسخ اذا لم يؤد العاقد الآخر ما وجب عليه بالعقد، كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد"، ومن خلال ما ورد في النصوص السابقة، فإننا نلاحظ تدخل المشرع العراقي في العقد، كما نلاحظ ان المشرع المصري بموضوع امتداد عقد الايجار المتعلق بمزاولة نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري فانه يتم التدخل بالعقد قانوناً، كما ان القضاء المصري أيد حكم ابتدائي برفض دعوى الاخلاء لتغيير ورثة المستأجر طريقة استعمال العين المؤجرة، مطبقاً احكام القانون المدني دون تطبيق القانون الخاص الذي نظم ذلك (الطعن بالرقم ٢٤٧٠، لسنة ٧٤ قضائية، دوائر الايجار، الجلسة ١٨/٥/٢٠١٧، محكمة النقض المصرية).

أما فيما يتعلق بالنهج الفرنسي فقد جاء مخالفاً للنهج السابق الذي يقضي بعدم المساس بالعقد استناداً لما تضمنته المادة (١٣٣٤) من القانون المدني الفرنسي التي اقتضت أن الاتفاقات الحاصلة وفقاً للقانون، تحل محل القانون فيما

يتعلق بعاقديها، كما لا يجوز نقضها دون اتفاق الطرفين على ذلك، أو بناءً على ما يضعه القانون من قواعد أو أسباب، لكن احد اهم الاصلاحات في القانون الجديد ظهر من خلال نص المادة رقم (١١٩٥) حيث يمنح النص للمحكمة صلاحيات واسعة بتعديل وضبط شروط العقد بل ووضع نهاية له في حالة وجود ظروف كانت غير متوقعة عنده إبرام العقد جعلت من الاستمرار في العقد أمراً مرهقاً باهظ التكاليف بالنسبة لأحد اطرافه، وبذلك تنص الفقرة الأولى من المادة (١١٩٥) على أنه إذا حدث تغيير في الظروف لم يكن متوقعاً وقت إبرام العقد، جعل من تنفيذ العقد أمراً باهظ التكاليف بالنسبة لأحد الأطراف والذي لم يقبل تحمل مخاطر هذا التغيير وتبعتهما جاز له أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض بشأن العقد مع استمراره في تنفيذ التزاماتها خلال إعادة التفاوض.

وعليه فإن النظرية الموضوعية تذهب الى ان القانون يتدخل في العقد، وعليه فإن للقانون ان يقوم بتقدير المسائل الجوهرية والتفصيلية وان يعطى للقضاء صلاحية تقدير واقرار المسائل الواردة في العقد، وتتجلى فائدة ذلك على وجه الخصوص بالنسبة للعقود غير المسماة، كونها عقوداً غير منصوص عليها ومنظمة تفصيلاً في التشريعات.

لذلك يمكننا القول ان القانون يؤدي دوراً رئيسياً في تحديد المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقد، وذلك من خلال العديد من الأساليب فالنصوص القانونية التي تحدد شروط صحة العقود، وآثار الإخلال بها، والقواعد المكملة التي يمكن اللجوء إليها في حالة غياب الاتفاق بين الأطراف كلها اساليب لتحديد المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقد، فقد رأينا بعض القوانين تحدد على وجه الدقة العناصر الجوهرية لبعض العقود ففي عقد البيع يتطلب القانون تحديد المبيع والثمن كشرطين جوهريين، وفي عقد الإيجار تُعد مدة الإيجار والأجرة من المسائل الجوهرية التي لا يصح العقد بدونها، وفي هذه الحالات، لا يملك القاضي سلطة تقديرية بل يطبق النصوص القانونية مباشرة، لكن في بعض الاحيان يتدخل القانون بوضع قواعد مكملة القواعد المكملة لسد النقص في المسائل التفصيلية وذلك عندما لا يتفق الأطراف على بعض المسائل التفصيلية، فعند عدم اتفاق الأطراف مثلاً على موعد دفع الثمن في عقد البيع، يحدد القانون أن الدفع يكون عند تسليم المبيع، وإذا لم يتفق الأطراف على مكان تنفيذ الالتزام، يحدد القانون أن التنفيذ يكون في موطن المدين.

وقد يخول القانون القاضي ليتدخل في تحديد المسائل الجوهرية والتفصيلية، ففي حال غياب النص قانوني الصريح أو عند حدوث نزاع حول ما إذا كانت مسألة معينة جوهرية أو تفصيلية، يتدخل القاضي لتحديد طبيعة هذه المسألة بناءً على عدة معايير، منها **الاستناد إلى طبيعة العقد**، فالقاضي يحدد ما إذا كانت المسألة محل النزاع جوهرية أو تفصيلية بالنظر إلى طبيعة العقد، فإذا كان الالتزام محل النزاع يتعلق بجوهر العقد وبدونه لا يتحقق الغرض منه، فإنه يعتبر جوهرياً، فعلى سبيل المثال في عقد التوريد، يعتبر تحديد نوع البضاعة والمدة التي يتم التوريد خلالها جوهرياً، بينما تحديد وسيلة النقل قد يكون تفصيلياً. أو يقوم بالقاضي الرجوع إلى إرادة الأطراف فإذا اتفق الأطراف في العقد على اعتبار مسألة ما جوهرية أو تفصيلية، فإن القاضي يلتزم بهذا الاتفاق ما لم يكن مخالفاً للنظام العام. أو قد يعتمد القاضي على **العرف والتعاملات السابقة**، ففي بعض العقود التي لا يحدد القانون أو الأطراف طبيعة بعض الشروط، يرجع القاضي إلى الاعراف السائدة في المجال التجاري أو المهني، على سبيل المثال في عقود البناء، قد يعتبر تحديد نوعية المواد المستخدمة مسألة جوهرية إذا كان ذلك عرفاً متبعاً في القطاع.

المبحث الثالث

الإرادة كأساس للمسائل الجوهرية والتفصيلية

تعد الإرادة جوهر التصرف الصادر عن الشخص، سواء كان التصرف من خلال العقد أو بالإرادة المنفردة، و يطلق عليه مصطلح سلطان الإرادة، والقصد منه ان للشخص الحرية بالقيام بإبرام أي عقد يراه مناسباً، كما ان له ان يضع الشروط التي يريدتها في العقد، و من دون ان يكون على ارادته أي قيد سوى القيود التي يضعها القانون (محمود حسين و محمد عبد الله، ٢٠١١، صفحة ٥٩) ، وهذا ما تضمنته احكام التشريع المدني العراقي، حيث يجوز ان ينصب العقد على كل شيء يمكن ان يكون الالتزام فيه غير مخالف لأحكام القانون أو النظام العام والآداب(المادة (٧٥) من القانون المدني العراقي).

وان حرية التعاقد لا تقتصر على قيام الشخص بإنشاء تصرف قانوني فقط، بل ان حرية الشخص التعاقدية تمكنه من ان يحدد الآثار التي تترتب عن التصرف، والجدير ذكره أن للشخص ان يعبر عن ارادته وفق مبدأ الرضائية، أي ان إرادة الشخص ليس مطلوباً فيها أي شكلية، وعليه فانه يمكن التعبير عن الإرادة سواء باللفظ أو بالإشارة أو بالكتابة، كما ان التعبير عن الإرادة يكون صريحاً أو ضمناً، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه: "الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر فهو ايجاب والثاني قبول"، كما تضمنت المادة (٧٩) من نفس القانون على إنه: "كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبتخاذ أي مسلك آخر لاتدع ظروف الحال شكاً لأدلته على التراضي".

وبذلك فإن الإرادة تعد صاحبة السلطان بمعنى ان الشخص يمكنه ان يقوم بتحديدته لآثار تصرفه، من خلال امكانيته اختيار العقد الذي يرغب ان يبرمه، وان يحدد ماله من حقوق وما عليه من التزامات في ذلك العقد، شرط ان تكون تلك الآثار لا تتجاوز الآداب والنظام العام (بسيوني، ١٩٧٨، صفحة ١٣٥ وما بعدها).

وان هذا المبدأ لم يصل الى ما عليه اليوم، الا بعد ان مر بمراحل عديدة، ومن خلال بحثنا عن بداية ظهوره، فإننا نجد انه تأثر بأفكار الفلاسفة في القرن السابع عشر والثامن عشر، حيث أن آرائهم مهدت لظهور المذهب الفردي، وعليه تم اعتناق مبادئ تعبر عن الحرية الفردية، وأصبح بالتالي يطلق العنان للفرد ولإرادته بإبرام العقود التي يريد، حتى لو كانت تلك العقود على حساب الصالح العام للمجتمع.

عليه فإننا سنتعرف على مفهوم مبدأ سلطان الإرادة في المطلب الأول، كما سنتطرق الى تقدير الإرادة كأساس للمسائل الجوهرية والتفصيلية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مبدأ سلطان الإرادة

من خلال ما وجدناه فإن القوانين المدنية في أغلب الدول تبنت مبدأ سلطان الإرادة، ولكن هذا لا يعني ان هناك اتفاق موحد على معناه الحقيقي، بل ثارت خلافات فقهية عديدة وآراء كثيرة بين الفقهاء حول معناه الحقيقي (فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني و الفقه الإسلامي، ١٩٩٦، صفحة ٥).

فالمقصود بالإرادة لغة هي قوة النفس التي تعطي لصاحبها إمكانية اعتماد امر وتنفيذه، وهي بالتالي قدرته بالتصميم على بعض الأعمال والتصرفات (جبران، ١٩٧٨).

وان الإرادة تعرف بانها المشيئة (ابن منظور، ١٤١٤، صفحة ١٩١)، حيث يقال أراد الشيء بمعنى تتجه نيته لتحقيقه، كما قيل ان الإرادة تعد أعم من المشيئة (الزبيدي، دون سنة نشر، صفحة ١٢٢)، و قال تعالى: ((فإذا عزم الأمر)) (سورة محمد / الآية ٢١) أي بمعنى نوى الشيء (الفارابي، ٢٠٠٣، صفحة ٤٢٠)، وان النية هي من القصد وهي العزم والتوجه لفعل الشيء (الزبيدي، دون سنة نشر، صفحة ١٣٨).

اما بالنسبة لتعريفها الاصطلاحي فقد عرف جانب من الفقه الإرادة بأنها عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين، ولما كانت الإرادة عملاً نفسياً فلا يعلم بوجودها إلا صاحبها من دون أن يعلم بها غيره من الناس إلا إذا تم التعبير عنها (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دون سنة نشر، صفحة ١٨٤)، وعرفها جانب اخر من الفقه، بأنها نشاط نفسي تتجه الى تحقيق غرض معين بالاستعانة بوسيلة ملائمة تُعين على بلوغ هذا الغرض (عياد، ١٩٧٢، صفحة ١٠٨)، وهناك من عرفها بأنها ظاهرة إنسانية داخلية يتم تحسبها بواسطة مظاهر خارجية مادية، ولا يمكن عزلها عن مظهرها المادي الخارجي، لأن ذلك يؤدي الى إضاعة معالمها (المحاسنة، ١٩٨٦، صفحة ٢١٧)، وتعرف أيضاً، بأنها «انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد (حمدي، ١٩٧٦، صفحة ١٣٣)، وهي أيضاً من الجانب النفسي سعي الشخص لتحقيق أمراً ما، بهدف اشباع احتياجاته (عثمان، ١٩٦٨، صفحة ١٩٢).

اما الإرادة بالمعنى القانوني فهي تعبير عن المصلحة، فإذا تم الإعلان عن الإرادة فان القانون لا يبحث عن الإرادة بمعناها أو مظهرها النفسي، وعليه فالإرادة هي التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين بشكل جدي بما لا يدع مجالاً للشك مما صدرت عنه وانه يريد انشاء الالتزام، ولذلك فلا يعتد بالإرادة الصادرة على سبيل الهزل أو المضطرب فكراً لأنها تعد معدومة الوجود (مختار، ١٩٨٤، صفحة ٧ ما بعدها).

وعليه فإننا عندما نتحدث عن إرادة تعاقدية فنذلك يعني ان هناك مصلحة قانونية يُراد تحقيقها من قبل المتعاقدين، وهذا الشيء يحقق الأثر القانوني.

فالإرادة التعاقدية تُعد جوهر العقد أو قوامه والتراضي يتكون من توافق إرادتين، فالإرادة هي أحد ركني التراضي، وبالنتيجة فهي القوام الذي يقوم عليه التراضي في العقود الرضائية، إذا اتجهت الإرادة الى احداث أثر قانوني، فالعقد يقوم على اتفاق إرادتين أو أكثر، أما الارادة المنفردة فلا تنشئ عقداً، بل يقتصر دورها على إنشاء التزام مصدره الإرادة المنفردة وليس العقد (محمود حسين و محمد عبد الله، ٢٠١١، صفحة ١٣٣).

فالإرادة التعاقدية بالمعنى السابق الذكر، ينبغي أن تتجه الى احداث أثر قانوني معين، إلا أن الإرادة بحد ذاتها متمثلة بالشيء النفسي لا تكفي لقيام التراضي وانعقاد العقد، وترتيب الأثر القانوني للعقد، مالم تظهر الى العالم الخارجي، وتتصل بعلم من وجهت اليه، وهي لا تكون كذلك طالما بقيت كامنة في النفس، ولم يتم الإفصاح عنها بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة، فالإرادة التي يترتب عليها الأثر القانوني، هي الإرادة التي تم الإفصاح عنها بمظاهر اجتماعية مادية ملموسة، وليس إرادة حبسية النفس البشرية، فالقانون يعتمد على التعبير عن الإرادة، وليس المظهر النفسي للإرادة، وهو ما يتفق مع نظرية الإرادة الظاهرة، وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا الاتجاه عندما عرف العقد بالمادة (٧٣) منه بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه".

فبمقتضى المذهب الموضوعي في نظرية العقد، فإن العبرة بالإرادة الظاهرة (الفضل، ٢٠٠٦، صفحة ٨٩)، وقد عادَ المشرع العراقي وأخذ بالإرادة الباطنة في تفسير العقد بموجب نص (الفقرة الاولى من المادة ١٥٥)، والتي نصت على أنه العبرة في العقود للمقاصد والمباني لا للألفاظ والمباني (الذنون، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام- احكام الالتزام- اثبات الالتزام، ١٩٧٦، صفحة ٤٧)، وهكذا يكون القانون المدني العراقي قد وافق الفقه الاسلامي، وأخذ بنظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ولم يغلب احدهما على الاخرى بشكل مطلق (الحكيم، ١٩٦٧، صفحة ١١٣).

ومن خلال ما تم ذكره نجد ان الإرادة في العقود تُعد الهدف والمصلحة التي يرغب الأطراف الوصول اليها.

المطلب الثاني

تقدير الإرادة كأساس للمسائل الجوهرية

وفقاً للإرادة فإنه يحق لأي شخص انشاء ما يريد من عقود وانشاء الالتزامات وحتى انتهاء العقد الذي تم ابرامه (أبو السعود، ١٩٨٤، صفحة ٢٥)، وأن مبدأ سلطان الإرادة ينهض على قاعدتين أو اساسين وهما الحرية والمساواة، فإن أساس النشاط هو حرية الفرد واراادته الحرة.

لذلك تعد الحرية التعاقدية أساس النشاط، ويجب ان تكون إرادة حرة تحقق مصلحة الشخص، اما المساواة المقصود بها انها مساواة قانونية، حيث تكفل تحقيق المصلحة العامة التي تتحقق بتساوي الجميع بمظاهر نشاطهم امام القانون (بدوي، ١٩٤٣، صفحة ١٦).

ومن خلال ما جاء به المذهب الفردي، فإنه أعتبر مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس بإنشاء العقد، فوفقاً لهذا المذهب يتم تقديس الحرية الفردية، فحرية إرادة الشخص تسمح ان ينشأ أي عقد و يحدد الآثار والالتزامات وفق ارادته حتى انه بإمكانه تعيين آثار العقد وفق أي قانون اجنبي يطبق على العقد (مرقس، ١٩٦١، الصفحات ٣٠-٣١) (الصدّة، ١٩٩٠، صفحة ٩٢ وما بعدها)، فالإرادة هي كافية لإنشاء العقد ولا يكون للقانون أو القضاء تدخل بالعقد الا في سبيل تنفيذ الالتزام وفق ما نص عليه الاطراف (حماد، ٢٠١٦، صفحة ٣٩)، و لقد نتج عن ذلك المبدأ ما يلي:

أولاً: النتيجة الأولى:

ان حرية الأطراف على التعاقد هي حرية واسعة، وان قوة العقد الملزمة تعبر عن ارادتهم، ووفقاً لهذه النتيجة فيجب تمتع الأطراف بالحرية ولا يتم تقييد حريتهم لان المكان الأول للعقد هو حريتهم (غانم، ١٩٥٨، صفحة ٥٠)، لذا يجب ان لا يكون هناك أي إلزام للأطراف بشيء لا تتقبله ارادتهم، حيث انهم يتمتعون بالحرية وحريتهم ينبغي ان لا تقيد بالتزام يفرض عليهم ولا يحقق مصلحتهم، وقد أخذ بالمقولة: ان من قال عقداً قال عدلاً (تناغو، ٢٠٠٩، صفحة ١٠).

ثانياً: النتيجة الثانية:

فانه يجب ان يتم احترام مشيئة الأطراف المتعاقدة، وعليه لا يمكن نقض العقد أو الغاءه أو تعديله في حالة وجود اتفاق من قبل الأطراف المتعاقدين على ذلك، لذا ليس للقضاء أو القانون ان يتدخل بالعقد، فأساس قوته تعتمد على ارادتهم وليس من القانون، فيقتصر دور القانون على الاعتراف بآثار العقد، وأنه ضامن للتنفيذ من خلال ما يأتي به من جزاءات بحالة الاخلال بالعقد (حجازي، ١٩٨٢، صفحة ٢٦٣).

وهذا الاتجاه أيده القانون المصري فقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) على: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق الطرفين، أو لأسباب يقررها القانون".

واما فيما يتعلق بالتشريع العراقي، فانه لم ينص صراحة على ان العقد يُعد شريعة المتعاقدين، انما جاء بنص يعد مطابق لما جاء به القانون المصري، ومن خلال ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي: "اذا نفذ العقد، يصبح ملزماً لأطرافه ولا يجوز لأي منهما ان يرجع عنه أو يعدله الا بناء على نص القانون أو الاتفاق والتراضي بينهما".

عليه، وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فانه يظهر لنا إرادة الطرفين وعليه يمكننا القول وفق المبدأ هذا ان اطراف العقد يقع عليهم الالتزام بما جاء بالعقد من مسائل جوهرية ومسائل تفصيلية، وجميع ما اشتمله العقد الموقع بينهم، ويجب ان يكون الاتفاق بينهم وفق ما يجيزه القانون وان لا يخالف الآداب أو النظام العام، وعليه ان جاء متوافقاً مع القانون والنظام العام فيكتسب العقد قوته الملزمة بحق اطرافه، ويمنع القاضي من ان يقوم بالتعديل على ما اشتمله العقد محتجاً بان التعديل لأجل العدالة، كما انه ان أراد احد الأطراف التعديل على ما اشتمله العقد من مسائل جوهرية أو تفصيلية، فلا يمكنه ذلك الا إذا اتفق مع الطرف الآخر، لان نشوء العقد رهن على اتفاق الارادتين ورضا الارادتين، والتعديل كذلك متوقف على اتفاق ارادتهم، ووفق مبدأ سلطان الإرادة يمكن للشخص ان يختار من يريد للتعاقد معه، وان يختار ما يريد من مسائل ليتعاقد عليها (محسن، ٢٠١٧، صفحة ٢٥٩٠). (منصف، ٢٠١٨، صفحة ٥١ وما بعدها)

وفي ضوء ما سبق فالإرادة تلعب دوراً محورياً في تعيين المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقد، إذ إنها القوة التي تحرك الأطراف نحو الاتفاق وتشكيل الالتزامات المتبادلة. فجوهر الأمر، العقد لا يكون موجوداً إلا عندما تتجه إرادتان حرتان إلى إحداث أثر قانوني معين، هذه الإرادة تتجلى بدايةً في تحديد الأمور الجوهرية أو الأساسية التي يتضمنها العقد، مثل طبيعة الالتزام، والثمن، وطبيعة الحقوق والواجبات التي تنشأ عنه، فعندما يقرر طرفان الدخول في عقد، فإن إرادتهما هي التي ترسم الاتجاهات الأساسية له، فهما يحددان ما هو موضوع العقد: هل هو بيع سلعة، أم تقديم خدمة، أم نقل

ملكية؟ ثم تأتي الإرادة لتحديد تفاصيل الالتزامات، مثل طريقة الأداء، أو زمن التنفيذ، كل هذه الأمور تعتمد على الإرادة باعتبارها عنصراً حاسماً يجعل العقد ملزماً ويحدد مضمونه بدقة.

لكن الإرادة لا تقف عند حدود المسائل الجوهرية فقط، بل تمتد أيضاً إلى المسائل التفصيلية التي تكمل العقد وتجعله أكثر وضوحاً، فالأطراف قد يضعون شروطاً خاصة تتعلق بطريقة التسليم، أو ضمانات معينة، أو حتى كيفية حل النزاعات في المستقبل، هذه التفاصيل، رغم كونها ليست أساسية لتكوين العقد، لكنها تُظهر مدى حرية الإرادة في تشكيل العلاقة التعاقدية وفقاً لما يناسب الأطراف.

غير أن هذه الحرية كما بيّنا سابقاً ليست مطلقة، إذ إن هناك قيود يفرضها القانون لضمان ألا تخالف الإرادة النظام العام أو الآداب، كما أن القانون في بعض الأحيان يتدخل لتقييد الإرادة لحماية مصالح الأطراف الضعيف، مثل المستهلك في عقد البيع أو العامل في عقد العمل، ومع ذلك، فإن الدور الأساسي للإرادة يظل حاضراً في كل مراحل تكوين العقد وتحديد معالمه وعناصره، سواء أكانت جوهرية أو تفصيلية.

الخاتمة

أولاً: النتائج

- ١- إن العقد يتكون من نوعين من المسائل: مسائل تسمى بالجوهرية والمسائل الأخرى تسمى بالتفصيلية وذلك وفقاً لما ورد من مصطلحات في القانون المدني العراقي.
- ٢- إن المسائل الجوهرية تمثل المقومات التي يجب وجودها كي يُعدّ العقد قائماً، لذا إن تخلف أي من تلك المسائل يؤدي إلى عدم قيام العقد وبالتالي عدم قيام الآثار المرجوة منه، وعليه فانعقاد العقد يتقرر في اللحظة التي يكون فيها الاتفاق بين الطرفين على النقاط الأساسية أي النقاط الجوهرية، وبالتالي تُعدّ المسائل الجوهرية مهمة لتكوين العقد.
- ٣- إن للعقد عناصر أخرى تسمى المسائل التفصيلية أو ما يطلق عليها مصطلح آخر وهو المسائل الثانوية، فالمسائل التفصيلية تكون أهميتها ثانوية على انعقاد العقد.
- ٤- أن الأساس القانوني أو مصدر المسائل الجوهرية والتفصيلية يمكن أن نجده في طبيعة العقد أو طبيعة المعاملة التي يريدها الأطراف أو التنظيم القانوني للعقد، حيث لها دور في تحديد عناصره الجوهرية والتفصيلية، باعتبارها الأشياء التي يتضمنها العقد وتشكل جوهره، ويمكن التوصل إليها باعتبارها هي الأحكام الأساسية التي يقرها المشرع لكل عقد، سواء بالنص عليها بشكل مباشر أو من خلال استنباطها من قبل القضاء.
- ٥- يمكن كذلك أن نجد أساس المسائل الجوهرية والتفصيلية في القانون من خلال استقراء النصوص القانونية المتفرقة وموقف القضاء، حيث يتدخل في العقد في مرحلة الأبرام بشكل مباشر أو غير مباشر، إذ يعطى للقضاء صلاحية تقدير وإقرار المسائل الواردة في العقد وتتجلى فائدة ذلك على وجه الخصوص بالنسبة للعقود غير المسماة، كونها عقوداً غير منصوص عليها ومنظمة تفصيلاً في التشريعات.

٦- إن الإرادة تلعب دوراً محورياً في تحديد المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقد، إذ إنها القوة التي تحرك الأطراف نحو الاتفاق وتشكيل الالتزامات المتبادلة. فجوهر الأمر، العقد لا يكون موجوداً إلا عندما تتجه إرادتان حرتان إلى إحداث أثر قانوني معين، هذه الإرادة تتجلى بدايةً في تحديد الأمور الجوهرية التي يقوم عليها العقد، مثل طبيعة الالتزام، والتمن، وطبيعة الحقوق والواجبات التي تنشأ عنه، ثم تأتي الإرادة ثانياً لتحديد تفاصيل العقد، مثل طريقة الأداء، أو زمن التنفيذ، كل هذه الأمور تعتمد على الإرادة باعتبارها عنصراً حاسماً يجعل العقد ملزماً ويحدد مضمونه بدقة.

ثانياً: المقترحات

- ١- نقترح بأن يكون هناك توحيد لتسمية هذه المسائل أينما وردت فقهاً وفي المستقبل قضاءً وقانوناً، نظراً إلى ان المسائل الجوهرية والتفصيلية لم تُنظم تنظيمياً كافياً في القضاء والقانون، ولأن تعدد التسميات سيؤدي إلى تشتت في الآراء وبالتالي تكون مدعاة إلى تعدد الأحكام،
- ٢- نقترح على المشرع منح اهتمام أكبر لتنظيم المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقود المدنية من خلال نصوص قانونية محددة وواضحة، تُبرز أهمية الاتفاق على المسائل الجوهرية باعتبارها أساس صحة إبرام العقد ونفاذه، مع وضع معايير تمييز دقيقة بين المسائل الجوهرية والتفصيلية، ونقترح ان يكون نص المادة (٨٦) كالاتي (١) - يطابق القبول الايجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تناقوا فيها اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت الاتفاق بالكتابة، وتُحدد هذه المسائل وفقاً لطبيعة العقد وإرادة الأطراف وأحكام القانون ٢٠- وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة العقد ولأحكام القانون والعرف والعدالة).
- ٣- إدراج معيار واضح لتحديد أساس والتمييز بين المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقود، بحيث يكون هناك مرجع واضح للقضاء والمحاكم عند الفصل في النزاعات التعاقدية.
- ٤- نقترح منح الأولوية لطبيعة العقد عند تحديد المسائل الجوهرية والتفصيلية نظراً إلى أن طبيعة العقد تعكس جوهر العلاقة التعاقدية، حيث يمكن تعزيز دورها كمعيار أساسي في تحديد المسائل الجوهرية، خاصة في العقود التي تتطلب التوازن بين أطرافها، مثل عقود الإذعان والعقود التي تنطوي على التزامات طويلة الأجل.
- ٥- نقترح تعزيز دور القاضي في تحديد طبيعة مسائل العقد وفقاً لظروف كل عقد على حدة، مع الأخذ في الاعتبار نية الأطراف، وطبيعة العلاقة التعاقدية.
- ٦- نقترح تبني مفهوم "المسائل الجوهرية النسبية"، إذ ليس بالضرورة أن تكون المسائل الجوهرية ثابتة في جميع العقود، بحيث يتم تحديد جوهرية المسألة وفقاً لطبيعة كل عقد والظروف المحيطة به، بدلاً من الاعتماد على تصنيفات جامدة.
- ٧- نقترح النص التالي لتعزيز المقترحات السابقة " يُحدد معيار التمييز بين المسائل الجوهرية والتفصيلية وفقاً للاتي:

- أ. طبيعة العقد: إذا كان موضوع العقد يقتضي بطبيعته وجود مسألة معينة، اعتبرت جوهرية.
- ب. إرادة الأطراف: إذا اتفق الأطراف صراحةً على اعتبار مسألة ما جوهرية أو تفصيلية، التزم بذلك ما لم يؤدي ذلك الى مخالفة الآداب أو النظام العام.
- د. أحكام القانون: إذا نص القانون صراحةً على اعتبار مسألة ما جوهرية أو تفصيلية، وجب الالتزام بها)).

المراجع

- عبد الرحمن حمدي. (١٩٧٦). *الحقوق والمراكز القانونية*. القاهرة: دار الفكر العربي.
- Clemence mouly, g. (2006). *RETOUR SUR L'article 1135 du code civil une nouvelle source du contenu contractuel*. l.g.d. j.
- ابن منظور. (١٤١٤). *لسان العرب* (المجلد ٣). بيروت: دار صادر.
- أبو عبد الله محمد المصري. (١٩٨٦). *مسند الشهاب* (المجلد ٢). بيروت: مؤسسة الرسالة.
- أحمد محمود حسين، و محمد صديق محمد عبد الله. (٢٠١١). *موضوعية الإرادة التعاقدية - دراسة تحليلية مقارنة*. مجلة الرافدين للحقوق.
- أحمد حسن برعي. (٢٠١٣). *شرح قانون العمل*. القاهرة: دار الثقافة العربية.
- أحمد عبد الرزاق السنهوري. (١٩٩٨). *مصادر الحق في الفقه الإسلامي* (الإصدار المجلد الأول، المجلد ٣). بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- أحمد عبد الرزاق السنهوري. (دون سنة نشر). *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام*. بيروت: دار احياء التراث العربي.
- اسماعيل غانم. (١٩٥٨). *مذكرات في العقود المسماة - عقد البيع*. مصر: مطابع دار الكتاب العربي.
- الحسين أبو إبراهيم الفارابي. (٢٠٠٣). *معجم ديوان الأدب*. القاهرة: مؤسسة دار الشعب للطباعة والنشر.
- بوعريوة منصف. (ديسمبر، ٢٠١٨). *ف، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي*. مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال.
- ثروت عبد الحميد. (دون سنة نشر). *العقود المدنية المسماة - الكتاب الأول في البيع*. كلية الحقوق، جامعة المنصورة: دون دار نشر.
- حسام الدين الاهواني. (٢٠٠٠). *النظرية العامة للالتزام* (الإصدار المجلد الأول، المجلد ٣). القاهرة: دون دار نشر.
- حسن علي الذنون. (١٩٧٦). *النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - احكام الالتزام - اثبات الالتزام*. بغداد، العراق: دار الحرية للطباعة.
- حسن علي الذنون. (٢٠٠٦). *المبسوط في شرح المسؤولية المدنية - الضرر* (المجلد ١). دار وائل للنشر.
- حلمي بهجت بدوي. (١٩٤٣). *أصول الالتزامات - الكتاب الأول في نظرية العقد*. القاهرة: مطبعة نوري.
- درع حماد. (٢٠١٦). *النظرية العامة للالتزامات - القسم الأول - مصدر الالتزام*. بغداد: مكتبة السنهوري.
- رمضان أبو السعود. (١٩٨٤). *مبادئ الالتزام في القانون المصري و اللبناني*. الرياض: الدار الجامعية.
- رمضان ابو السعود. (دون سنة نشر). *شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة*. الرياض: الدار الجامعة.
- سحر البكباشي. (٢٠٠٨). *دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن*. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- سلمان بن أحمد الطبراني. (دون سنة نشر). *المعجم الكبير* (المجلد ٢). القاهرة.
- سليمان مرقس. (١٩٦١). *موجز أصول الالتزامات*. القاهرة: مطبعة لجنة البيان العربي.
- سمير عبد السيد تناغو. (٢٠٠٩). *مصادر الالتزام* (المجلد ١). الاسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية.
- شروق عباس فاضل، و هناء محمد مسلم. (٢٠٢٠). *النظام القانوني للالتزام بصيانة المأجور - دراسة قانونية مقارنة* (المجلد ١). مصر: المركز العربي.
- صعب ناجي عبود، و وليد عبد الرزاق خالد. (٢٠٢٣). *الأثار القانونية لفاذ العقد الإداري على الطرفين - دراسة مقارنة*. مجلة معهد العلمين للدراسات العليا.
- عادل مصطفى بسيوني. (١٩٧٨). *التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية، دراسة مقارنة* (الإصدار المجلد الأول). القاهرة: الهيئة المصرية للكتاب.
- عبد الحكيم فودة. (١٩٩٦). *مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني و الفقه الإسلامي*. كلية الحقوق، جامعة القاهرة: اطروحة دكتوراه.
- عبد الحكيم فودة. (دون سنة نشر). *تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن*. الإسكندرية: منشأة المعارف.

- عبد الحي حجازي. (١٩٨٢). نظرية الالتزامات وفق القانون الكويتي_ دراسة مقارنة. كلية الحقوق: مطبوعات جامعة الكويت.
- عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان. (١٩٨١). العقد في ظل النظام الاشتراكي، محاولة لتغليب العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية. كلية القانون، جامعة بغداد: اطروحة دكتوراه.
- عبد الرحمن عياد. (١٩٧٢). أساس الالتزام العقدي. مصر: المكتب المصري للطباعة والنشر.
- عبد المجيد الحكيم. (١٩٦٧). الوسيط في نظرية العقد- مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي. بغداد، العراق: شركة الطبع والنشر الاهلية.
- عبد المنعم دسوقي. (رقم ١٨٧٩). قضاء النقص بالمواد المدنية. دون دار نشر.
- عبد المنعم فرج الصدة. (١٩٩٠). نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. القاهرة: دار النهضة العربية.
- عبد المهدي ضيف الله السعد الشرع. (٢٠٢١). مصادر اكتساب العقد لقوته في الالتزام- دراسة مقارنة. مجلة كلية الشريعة والقانون.
- عثمان سعيد عثمان. (١٩٦٨). استعمال الحق كسبب للإباحة. القاهرة: دون دار نشر.
- عدنان التركماني. (١٩٨١). ضوابط العقد في الفقه الاسلامي (المجلد ١). جدة: دار الشروق.
- غازي عبد الرحمن ناجي. (١٩٨٦). التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه. وزارة العدل، بغداد: مركز البحوث القانونية.
- غانم إسماعيل. (١٩٦٦). النظرية العامة للالتزام_ مصادر الالتزام. مكتبة عبد الله وهبة.
- لبنى مختار. (١٩٨٤). وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن. الجزائر: دون دار نشر.
- مجموعة المكتب الفني. (جلسة ١٥/٦/١٩٩٤). نقض مدني مصري، الطعن رقم ٢٣٦١. دون دار نشر.
- محسن عبد الحميد البيه. (بدون سنة نشر). مشكلتان متعلقتان بالقبول والسكوت والإذعان. مصر: دار النهضة العربية.
- محمد بن محمد أبو الفيض الزبيدي. (دون سنة نشر). تاج العروس من جواهر القاموس.
- محمد بن علي القاضي الحنفي التهانوي. (١٩٩٦). موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. بيروت: مكتبة لبنان.
- محمد عبد الظاهر حسين. (٢٠٠٢). الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد. القاهرة: دار النهضة العربية، القاهرة.
- محمد يحيى المحاسنة. (١٩٨٦). مفهوم المحل والسبب في العقد. القاهرة: دار النهضة العربية.
- مسعود جبران. (١٩٧٨). معجم الرائد (الإصدار المجلد الأول). بيروت: دون دار نشر.
- مصطفى إبراهيم الزلمي. (٢٠١٤). الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة (المجلد ١). دون مكان نشر: احسان للنشر والتوزيع.
- مصطفى احمد الزرقا. (دون سنة نشر). الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد- المدخل الفقهي العام. دمشق: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع.
- مصطفى محمد الجمال. (٢٠٠٢). السعي الى التعاقد في القانون المقارن، المفاوضات العقدية و آليات التعاقد (المجلد ١). بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- مصطفى محمد الجمال. (دون سنة نشر). القانون المدني في ثوبه الجديد_ مصادر الالتزام (المجلد ١). الإسكندرية: دار الفتح للطباعة والنشر.
- منذر الفضل. (٢٠٠٦). لوسيط في شرح القانون المدني (المجلد ١). أربيل، العراق: منشورات أراس.
- منصور حاتم محسن. (٢٠١٧). العدالة العقدية. مجلة العلوم بابل، العلوم الإنسانية.
- وهبة الزحيلي. (٢٠١٤). الفقه الاسلامي وادلتة (المجلد ٤). دمشق: دار الفكر.
- ياسين محمد الجبوي. (٢٠٠٢). المبسوط في شرح القانون المدني- القسم الأول- انعقاد العقد (الإصدار المجلد الأول). عمان: وائل للنشر والتوزيع.