تهافت معوقات قاعدية العقد

أ. د جليل حسن الساعدي د. محمد عبد الوهاب محمد

كلية القانون–جامعة بغداد كلية القانون والعلوم السياسية–جامعة الانبار

الملخص:

يُعد العقد المبرم بشكل صحيح قانون الاطراف ، ذلك القانون الذي يعبر عنه عادة بالعبارة المعروفة "العقد شريعة المتعاقدين" ، فما يتمتع به العقد من قوة إلزامية تناظر القوة الملزمة للقانون، فكما ان على الشخص الالتزام بأحكام القانون ، فإن عليه الالتزام بأحكام العقد، متى ما كان طرفاً فيه ، لذا يقوم العقد والقانون سمات مشتركة ، ولعل سمة الالزام التي يتمتع بها كليهما تُعد السمة الابرز ،إلا انه مع ذلك لازالت ثمة فوارق يطرحها الفقه بين العقد والقانون ، تلك الفوارق التي تحول دون أن يكمل العقد مسيرته نحو القاعدية ، ولعل من أبرز تلك الفوارق عدم اتسام العقد بخاصية العمومية والتجريد، التي تتمتع بها القواعد القانونية ، كما أن تفسير العقد لا يخضع لرقابة محكمة التمييز الاتحادية بخلاف القانون، وهذا البحث يسعى لإثبات قاعدية العقد من خلال إزالة تلك الفوارق أو المعوقات ، والتي تحول بين العقد وبين اكتسابه الصفة القاعدية. آملين من الله تعالى أن يجني هذا البحث ثمار معالجته لمعوقات قاعدية العقد.

Abstract

Extinction of normativity of contract obstacles,The contracted contract by the right way is considering the law of parties. This term usually called (pacts sunt servanda) or the code of contractors. Contract has the same binding force of law. Person how be obligated I before law also has to be the same before provisions of contract when he is part of contract. However, there are common principles between law and contract which is binding subject. Also the same time there are differences between law and contract considered by

jurisprudence which prevent contract to reach the Basel.The most impo--rtant deference is the contract doesn't have the subject of general and abstraction that the legal rule has it. Also, the contract is not subject to observation of federal court of cassation contrary to law. This research tries to prove the normativity contract through removing the consequences and obstacles which stop before contract to gain the normativity.

المقدمة:

جاء في الشق الاول من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي ما يأتي ((إذا نفذ العقد كان لازماً...))، ولزوم العقد كلزوم القانون ، فالعقد هو قانون الاطراف ، وهذا ما عبرت عنه صراحة الفقرة (١) من المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي ، التي جاء فيها ((تقوم الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون لمن أبرموها))، فالعقد قانون وأطرافه هم مشرعوه ، كما ورد في الشق الاول من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري ، التي جاء فيها ((العقد شريعة المتعاقدين)).ويشترك العقد مع القانون في امور عديدة ، واول هذه المشتركات ، ان كليهما ملزم ،فالعقد يلزم طرفيه ، والقانون يلزم جميع الاشخاص ،وثانيهم :ان العقد مثل القانون يمكن أن يخرج على العرف أو على القانون؛ لأن العقد بدوره قانون خاص، ولذا جاز أن يعدل أحكام القانون العام إلا ما اتصل منها بالنظام العام, ذلك أن الخاص يقيد العام، وثالثهم : إن العقد بحسب الأصل –كالقانون– لا يُلغى إلا بقانون آخر, فالعقد لا يُلغيه إلا اتفاق من الأطراف أنفسهم ،ورابعهما: أنه يشترط في كل من العقد والقانون أن يتم تفسيرهما وتنفيذهما طبقا لمقتضيات العدالة وحسن النية. ولكن رغم المشتركات المتقدمة فإنه مع ذلك لازال بين العقد والقانون اختلافات عديدة ، والوقوف عند هذه الاختلافات وعدم تشتيتها سيحول بين العقد وبين اكتسائه صفة القاعدة القانونية ، فهذه البحث نحسبه محاولة متواضعة لإثبات قاعدية العقد من خلال إزالة تلك المعوقات ، وسنعالج هذه المعوقات في مبحثين نخصص الاول منهما لمعوقات قاعدية العقد التي يطرحها الفقيه (Josserand)[1]، وثانيهما لمعوقات اخرى لقاعدية العقد.

المبحث الأول

معوقات قاعدية العقد التي يطرحها الفقيه جوسران

يشير الفقيه الفرنسي (Josserand)[٢] إلى جملة من الاختلافات بين العقد والقانون، والتي سنحاول معالجتها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الاول

العقد لا يخالف القانون المتعلق بالنظام العام

إن القانون يمكن أن يخالف قانوناً آخر–ماعدا الدستور–، فالقانون يلغي قانوناً آخر مثله ولوكان معتبراً من النظام العام، في حين أن العقد ليس له أن يخالف أحكام القانون المتعلقة بالنظام العام، ولا العرف الذي يسبغ عليه القانون صفة التعلق بالنظام العام. ونلاحظ على أن هذا المعوق لا يحول بين العقد وبين إثبات الصفة القاعدية له،

ويكمن السبب في أن القواعد القانونية ليست في مرتبة واحدة، والعقد باعتباره قاعدة قانونية هو مرتبة أدنى من القواعد القانونية[٣]،

وفي إطار التدرج الخارجي للعقد، حيث تكون القاعدة القانونية العقدية في مرتبة أدنى من القاعدة القانونية التشريعية الآمرة، وهذا التدرج بينهما يجعل من غير الممكن لقاعدة عقدية أن تخالف قاعدة قانونية آمرة اعلى منها في الدرجة، ولكن العقد ممكن أن يخالف القاعدة المكملة، وممّا يؤكد حجتنا هذه أن الفقيه (Josserand) نفسه في عرضه لمواطن الشبه بين العقد والقانون، يرى أن العقد بإمكانه أن يخالف قانوناً أو عرفاً، وهو يقصد بالقواعد المخَالَفَة القواعد المكملة، دون الآمرة، وإذا كان الفرق المتقدم هو إلغاء وليس مخالفة، والعقد لا يلغي القاعدة المكملة ولكنه يخالف حكمها، فنقول أن العقد في مخالفته القاعدة المكملة أنما يلغي حكمها في ظل نطاقه، وتعطيل الحكم هو غاية الالغاء، وبالتالي فإن المخالفة تعني الإلغاء ولوكان الغاءُ من نوع خاص –أو على حد تعبير أحد الفقهاء الغاءً ضمنياً[٤]، والذي يكون إلغاءً بقدر التنافر بين القواعد التشريعية–، على اعتبار أن الالغاء مفاده ايقاف

سريان حكم القاعدة القانونية الملغية بشكل كامل، وهنا لم يتم إيقافها إلا في نطاق محدود، وهو نطاق العقد الذي خالف القاعدة القانونية المكملة[٥].

المطلب الثاني

الاختلاف بين العقد والقانون من حيث طريقة الالغاء

إن حل العقد قد يكون بإرادة واحدة اي ليس بتوافق ارادتين، وهذا يعني أن إلغاء العقد قد يقع بغير الطريقة التي تمّ بها، وهذا خلاف القانون فإنه لا يلغى إلا بذات الطريقة التي عمل بها.

لابد أن نشير هنا أن الغاء القانون ليس بالضرورة أن يتم بذات الطريقة التي عمل بها، حيث أن الغاء القانون قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، والأخير له صور متنوعة كإلغاء تشريع لتخلف شرط استلزمه الدستور لسريانه، والغاء تشريع لتغير الظروف[٦].

ثم أن الغاء العقد بغير الطريقة التي تّم بها، إنما يقصد بها الحالات التي يستقل بها أحد الطرفين، وفي الحقيقة أن هذه الحالات ليس مردها سوى القانون، فالأخير هو الذي يثبت هذا الحق لأحد الطرفين، حيث جاء في الفقرة (١) من المادة (١٤٦/ م. ع) ما يأتي ((إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي))[٧]، فالأسباب التي يقررها القانون، تعني أن ثمة عقود ينص القانون على جواز استقلال احد الطرفين أن يستقل بإلغائها[٨]، وإذا كان للطرفين الحق عند التعاقد إعطاء الحق لأحدهما بالاستقلال في إلغاء العقد[٩]، فإن هذا الأمر يثبت للقانون من باب أولى، والحال كذلك بالنسبة للقانون، إذ قد يلغى بموجب نص دستوري، إذ من يملك الأكثر يملك الأقل[١٠]، فإذا كان القانون يلغي قانوناً آخر مساوياً له في الدرجة، فمن باب أولى أن يلغي عقداً أدنى منه في الدرجة، من خلال نص قانوني يعطي الحق لأحد الطرفين الاستقلال بإلغاء العقد.

المطلب الثالث

الاختلاف بين العقد والقانون من حيث خضوع تفسيرهما لرقابة

محكمة التمييز الاتحادية

يخضع تفسير القانون لرقابة محكمة النقض (التمييز الاتحادية في العراق)، وتفسيرها ملزم لجميع المحاكم الخاضعة لرقابتها، في حين أن تفسير العقود لا يخضع لرقابة محكمة النقض[١١] (محكمة التمييز الاتحادية في العراق)؛ لأن تفسير العقد هو من المسائل الموضوعية لا من المسائل القانونية[١٢].

نشير هنا ابتداءً إلى أن تفسير العقد إنما يأتي بعد التثبت من صحة العقد، إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان العقد صحيحاً[١٣]، ثم أن تفسير العقد ليس بمجمله لا يخضع لرقابة التمييز الاتحادية[١٤]، إذ يفرق الفقه فيما يعتبر في تفسير العقد قانوناً يخضع لرقابة محكمة التمييز الاتحادية، وما يعتبر واقعاً لا يخضع لرقابتها[١٥]، لا بل أن تفسير إرادة المتعاقدين لا تكون مسألة موضوعية إذا ذهبنا مع المدرسة الألمانية التي تأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، وإنما يُعد تفسيرها مسألة قانونية كتفسير القانون ذاته[١٦]، ومن ثَمَ يكون تفسير العقد من قبل محكمة الموضوع خاضعاً لرقابة محكمة النقض[١٧]، والأخذ بالإرادة الظاهرة من شأنه أن يزيل الفرق القائم بين العقد والقانون فيما يتعلق برقابة محكمة التمييز الاتحادية على تفسير محكمة الموضوع للعقد.

ولكن ثمة رأي[١٨] في الفقه الفرنسي يرى أن عدم بسط محكمة التمييز الاتحادية رقابتها على تفسير العقود، لا يرجع إلى التفرقة بين المسائل القانونية ومسائل الواقع، واختصاصها بالأولى دون الثانية، كما هو المعهود، بل أن للمسألة تبرير آخر، وهذا التبرير ينطلق من أن العقد باعتباره قانوناً لا يتسم بالعمومية، وهو بهذا الوصف لا يطبق إلا مرة واحدة، وعلى طرفين بالذات، ومن ثم فإن تباين الأحكام القضائية الصادرة من قبل قضاة الموضوع في ذات الشروط العقدية المُفسَّرَة قد يشكل للوهلة الأولى أمراً مستهجناً، بيد أن ذلك سرعان ما يزول، لتعلق التفسير بظروف خاصة لإرادة الطرفين، استدعت أن يكون التفسير متبايناً[١٩]، مادام الأمر غير متعلق بقانون يجب توحيد تفسيره، لانطباقه على الأشخاص كافة[٢٠]، أو على الأقل بقانون عقدي قابل للتطبيق المتكرر، كما هو الحال في العقود الجماعية، وتحديداً عقد العمل الجماعي، والتي كانت محكمة النقض الفرنسية في بادئ الأمر تنأى بنفسها في بسط رقابتها على تفسيره من قبل قضاة الموضوع، إلا إذا تعلق الأمر ببند عقدي واضح وجلي قد جرى تشويهه من قبل قضاة الموضوع،

إلا أنها عدلت عن ذلك وأخذت تبسط رقابتها على تفسير عقود العمل الجماعية[٢١]، وفي هذا المعنى جاء في إحدى مبادئ محكمة النقض الفرنسية، بأنه يجوز قبول الطعون المبنية مباشرة على مخالفة اتفاقية جماعية....والمستندة إلى التشويه الحاصل في تفسير بند تعاقدي[٢٢]، ولقد استقرت الأحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية على حق الأخيرة في بسط رقابتها على تفسير العقود الجماعية[٢٣]. ولقد رأى أحد الفقهاء أن على محكمة النقض أن تمد من رقابتها على التفسير لبعض العقود، وتحديداً عقود الإذعان، والمبرمة في صياغات متماثلة مع سلسلة من الاشخاص، حيث أنه من المؤسف أن يكون بإمكان المحاكم أن تعطي تفسيراً مختلفاً وفقاً للأشخاص المعنيين[٢٤].

وإذا كان الاتجاه السائد حالياً لدى محكمة النقض الفرنسية، عدم فرض رقابتها على العقود الفردية –أي ذات التطبيق الفردي والمقابلة للعقود الجماعية–، فإن وحدة تطبيق القانون تستلزم من هذه المحكمة أن تدخل تفسير القاعدة العقدية ضمن اختصاصها؛ لأنها تقوم بهذا الأمر في مجال العقود الجماعية، من خلال تفسير القاعدة العقدية ذات التطبيق المتكرر، والقول بخلاف ذلك سيجعل من تطبيق القانون في خطر، من أجل ذلك لابد من التصريح أو الإعلان بضرورة تطوير النظام العام الخاص بتفسير العقود، والذي أصبح لازماً على محكمة النقض الأخذ بها[٢٥]، وهذا الرأي سبق أن تم طرحه في العراق قبل فترة ليست بالقليلة، ولو بصياغة أخرى، ولكنها تصب في ذات الهدف المتمثل بضرورة مد محكمة التمييز الاتحادية لرقابتها على تفسير قضاة الموضوع للعقود، حيث يتساءل أحد المؤلفين[٢٦] أن المحكمة إذا كانت تطبق العقد كما تطبق القانون، مادامت شروطه غير مخالفة للنظام العام، لذا فهو الأولى بالتطبيق، ومن ثَمَ فإن مخالفة شروط العقد تعتبر مخالفة قانونية، وإذا كان من المسلم به أن تفسير القانون مسألة من مسائل القانون لا من مسائل الواقع، فإنه لا يمكن التوفيق بين القول بأن محكمة التمييز الاتحادية تنقض الحكم إذا فسر قاضي الموضوع تفسيراً مسخ فيه العقد وحرفه، والقول بأن تفسير العقد مسألة من مسائل الواقع يستقل بها قاضي الموضوع، إذ كيف تستطيع محكمة التمييز الاتحادية، أن تقرر أن تفسير قاضي الموضوع للعقد هو تفسير صحيح متفق مع شروطه أم هو تفسير خاطئ بعيد عن تلك الشروط إذا لم تقم محكمة التمييز الاتحادية بتدقيق شروط العقد لتصل لجادة الصواب.

وفي ضوء ما تقدم، نجد الفرق الذي يذكره الفقيه جوسران في تباين رقابة محكمة التمييز الاتحادية على التفسير بين القانون والعقد، وقصرها على الاول دون الثاني، قد تهافت إلى درجة كبيرة، ممّا يجعله فارقاً غير ملحوظ، لاسيما إذا أضفنا لهما العرف الذي مازال –رغم كونه قانوناً– لا يخضع في تفسيره من قبل قضاة الموضوع لرقابة محكمة التمييز الاتحادية[٢٧]، في الوقت الذي يشهد فيه العقد تطوراً ملحوظاً، فيما يخص الرقابة العليا المفروضة على تفسيره .

المطلب الرابع

القانون في تفسيره أكثر مرونة وقابلية للتكييف من العقد

إن تفسير النص القانوني يكون أكثر مرونة وقابليه للتكييف وفق الضرورات الاجتماعية والعلمية، من ذلك الذي يضعه المتعاقدان ويلتزمان حرفتيه الصريحة و الواضحة.

في الحقيقة أن هذه الفارق لا نرى فيه عائقاً امام اضفاء الصفة القاعدية على العقد، لأن المسألة، وحسب اعتقادنا المتواضع، تتعلق بالمحافظة على ديمومة القاعدة القانونية، إذ أن القاعدة القانونية — وتحديداً التشريعية– لابد أن تتسم بالمرونة، لأنها وضعت لجعلها قابلة للتطبيق على النزاعات المتعددة ذات الظروف والملابسات المختلفة، وبغير المرونة ستتعثر عميلة إعمال النصوص القانونية على تلك النزاعات، مهما تعددت التشريعات وتشعبت في التخصص، إذ تبقى تلك النصوص متناهية (محدودة) في الوقت التي تبقى النزاعات بظروفها وملابساتها المختلفة غير متناهية، أما القاعدة القانونية العقدية، فحيث أنها، وحسب الأصل، قد تم وضعها لحالة خاصة بذاتها، فإن أطرافها على علم بظروفهم، وبالتالي وضعوا تلك القاعدة بصورة تستجيب لتلك الظروف، وبالتالي لابد من التقيد ببنودها بصورة حرفية. فالفارق لا يتعلق بجوهر القاعدة القانونية وإنما بنطاقها العام أو الخاص.

المبحث الثاني

معوقات أخرى لقاعدية العقد

لعل من أبرز معوقات اعتبار العقد قاعدة قانونية، هو غياب صفة العمومية والتجريد الذي تتسم به القاعدة القانونية، عن القاعدة العقدية، كما أن السير مع قاعدية العقد يقتضي بالضرورة سريان

أثرها ليس في حق أطرافها وحسب، بل بحق جميع الأغيار، ومبدأ الأثر النسبي للعقد يحول بين العقد وبين امتداد أثره إلى الغير، فالعمومية والأثر النسبي يطرحان كعائقين أمام إضفاء الصفة القاعدية للعقد، ولكن في الحقيقة أن كلا العائقين يمثلان وجهان لمشكلة واحدة، حيث أن رفع عائق العمومية، سيرفع بالضرورة عائق الأثر النسبي للعقد، أو على أقل تقدير سيسهل رفعه. كما إن حجية العقد لا تطرح العقد كقاعدة قانونية بل باعتباره واقعة قانونية، وهذا يمثل عائقاً أخر الى جانب عائق العمومية والتجريد، وسنتناول هذين العائقين تباعاً في المطلبين الآتيين.

المطلب الاول

عائق العمومية والتجريد

يقصد بصفة العمومية أن القاعدة القانونية تنطبق على جميع من يتوجه إليهم خطابها، فهي لا توضع لعمل واحد أو لشخص معين بالذات، وإنما هي من الشمول بحيث تنظم كل الأشخاص والاعمال التي تحكمهم، أما التجريد فيقصد به أن القاعدة القانونية تنشئ منذ وجودها مركزاً أو وضعاً لا ينظر فيه إلى شخص معين أو إلى واقعة معينة، بل أن حكمها ينطبق على كل شخص أو واقعة تتوافر فيه أو فيها شروطها[٢٨]، ويعرَّف التجريد أيضاً بأنه تحديد النموذج السلوكي المطلوب[٢٩]، والعمومية والتجريد صفتان متلازمتان، فالقاعدة توصف بالتجريد إذا ما نظر اليها عند نشوئها، وتوصف بالعموم إذا نظر إليها من حيث أثرها عند التطبيق[٣٠].

لا يتسم العقد عادة بصفة العمومية والتجريد، بل هو يتسم بالخصوصية والانفراد، وهو لهذا السبب لا يدخل ضمن زمرة القواعد القانونية، لأن الطابع المميز للعقود هو الخصوصية المتعلقة بحالة معينة بالذات، وهي بهذا السبب أيضاً لا تدخل في النظام القانوني، الذي لا يسمح لغير القواعد القانونية العامة والمجردة من الاستقرار في كنفه[٣١].

إن الصفة المتقدمة للقاعد القانونية ليست صفة متفق عليها بين الفقهاء، ويمكن إجمال رأي الفقهاء من ضرورة توافر هذه الصفة في القاعدة القانونية في الاتجاهين الآتيين:

<u>الاتجاه الأول (النظرية التقليدية)</u>: أصحاب هذا الاتجاه[٣٢] يرون أن صفة العمومية والتجريد خصيصة لازمة للقاعدة القانونية، والتي من دونها يفقد الخطاب الملزم صفته القاعدية دون صفته

الإلزامية، ولا يقرون بالصفة القاعدية لما تسمى بالقوانين التي يوجه خطابها لأشخاص بأسمائهم، كالتشريع الذي يمنح تقاعد لشخص معين بالاسم لما أسداه من خدمة جليلة للوطن، أو الذي ينزع ملكية عقار مملوك لشخص معين بالاسم، أو الذي يقضي بتأميم شركة معينة بالاسم أو خصخصتها، وانما هي قرارات أو أوامر أو عمل تشريعي، وهذا يعني أن العقد، وفق هذا الاتجاه لا يمكن أن يكون قاعدة قانونية لأن مداه محدود ومقيد بموجب مبدأ الأثر النسبي للعقد[٣٣]، فهو لا يتسم بالعمومية والتجريد التي تتسم بها القواعد القانونية[٣٤].

ويرى أصحاب هذا الاتجاه، صفة العمومية والتجريد هي مرتبطة بفكرة سياسية وفلسفية، وهي تحقيق المساواة بين الناس أمام القانون، وعدم التحيز من خلال استبعاد المعالجات الفردية الخاصة[٣٥]، وبالتالي يشكل الحماية الأكثر فعالية للفرد تجاه تعسف الدولة[٣٦]، كما أن هذه الصفة مرتبطة بمبررات عملية مرجعها استحالة صدور قرارات خاصة تنظم سلوك كل فرد داخل المجتمع[٣٧].

<u>الاتجاه الثاني (النظرية الحديثة)</u>[٣٨]: يرى أصحاب هذا الاتجاه[٣٩]، أن العمومية والتجريد ليست من الخصائص الجوهرية أو الأساسية للقاعدة القانونية، فالعمومية ليس شرطاً ولا معياراً ولا حتى علامة للقاعدة القانونية[٤٠]، فالقاعدة القانونية قد تكون قاعدة عامة، وقد تكون قاعدة فردية[٤١]، ولعل التمسك بصفة العمومية للقاعدة القانونية إنما مرده ظهور القاعدة القانونية في صيغة عامة هو الأكثر شيوعاً وبروزاً، لكن ذلك لا يعني أن العمومية والتجريد هي خاصية أساسية لمجمل الظاهرة القانونية[٤٢]، وفي إطار العقد، التي نحسبها الصور الأبرز للقاعدة الفردية[٤٣]. يرى الأستاذ (Jestaz)[٤٤]، أن إنشاء القواعد القانونية ليس حكراً على المشرع[٤٥]، لاسيما إذا استبعدنا صفة العمومية والتجريد من القاعدة القانونية، والقاعدة بعد استبعاد هذه الصفة كصفة أساسية للقاعدة، ستظهر لنا القاعدة الفردية إلى جانب القاعدة العامة المجردة، والعقد باعتباره أحد أنواع القاعدة الفردية لا يختلف عن القاعدة القانونية العامة المجردة إلا من خلال مداهُ أو نطاقه في العمل، لا من حيث قوته الملزمة، فكل من القاعدة العامة والقاعدة الفردية تتمتعان بذات الإلزام، إذ يجب الالتزام والخضوع للعقد باعتباره قاعدة فردية، كما يجب الالتزام بالقانون باعتباره قاعدة عامة في الغالب، فالمستأجر يجب عليه أن يدفع الإيجار في بداية الشهر، ويجبره القاضي بذلك عند الضرورة، فالإلزام

القانوني كما هو موجود في القاعدة العقدية الفردية، هو موجود أيضاً في القاعدة القانونية العامة والمجردة.

ويضيف الأستاذ (منذر الشاوي)[٤٦]، والذي هو من مؤيدي القواعد القانونية الفردية، أن القواعد القانونية، وإن كانت في الغالب قواعد عامة، لكن لا يمكن استخلاص مبدأ مطلق، مفاده أن القاعدة القانونية هي عامة دائماً ولا يمكن أن تكون غير ذلك، اذ يمكن أن توجد قواعد قانونية خاصة أو فردية، فالقانون الوضعي هو كل قرار يخلق قاعدة قانونية ذات قوة ملزمة، جل الامر المطلوب اقراره، أن إرادة الشخص أو الأشخاص قد قيدت من قبل إرادة خارجية عنها بواسطة أمر أو منع أو إجازة، أو بتعبير آخر أن الأمر الذي احتوته القاعدة القانونية يتضمن الإلزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، وهذا الأمر بذاته هو القانون سواء انصب على حالة فردية أم صدر بصفة عامة، فجوهر القاعدة القانونية يتضمن ((ما يجب أن يكون)) عليه السلوك البشري، الذي يمكن أن يصاغ بشكل فردي أو عام. غاية المطاف أن القاعدة القانونية ليس بذاتها، بجوهرها، بمكوناتها قاعدة عامة.

ويجمل الأستاذ (عبد الحي حجازي)[٤٧] الأسباب التي يطرحها الفقه الفرنسي لوجود القواعد القانونية الفردية في الحجج الآتية:-

١- إن التسليم بأن القواعد القانونية العامة والمجردة قابلة لأن ترد عليها المخالفة يقتضي التسليم بأنه إلى جوار القواعد العامة المجردة يجب أن توجد إلى جانبها قواعد فردية أو شخصية تضمن تطبيق القواعد العامة المجردة.

٢- إن المشرع، باعتباره السلطة العليا في الدولة، يجب أن يكون في استطاعته أن يعطي القوانين التي يصدرها المضمون الذي يراه مناسباً، إذا شاء ضمنها مضمون خاص، ومن ثَمَ صدرت تبعاً لذلك قاعدة قانونية فردية، وإذا شاء ضمنها مضمون عام ومجرد، ومن ثَمَ صدرت تبعاً لذلك قاعدة قانونية عامة ومجردة، فليس هناك إلزام قانوني على المشرع بأن يضع ويشرع قواعد قانونية عامة ومجردة حصراً، بل بإمكانه أن يضع قواعد قانونية عامة، كما أن له أن يضع قواعد قانونية فردية، وهو يعمل ذلك، وإن كانت القواعد القانونية الفردية نصيبها من التشريع قليل[٤٨].

٣- أن خاصية العمومية والتجريد في القاعدة القانونية ليست عنصراً اساسياً في القواعد القانونية، إذ أن هذه الخاصية ليست ذات طابع منطقي بل ذات طابع أيديولوجي، يقوم على أساس حكم قيمي مؤداه أنه من الأفضل والمرغوب فيه أن تكون القواعد القانونية عامة ومجردة، كي تكون القاعدة تطابق العدل الذي يبتغي أن يكون الأفراد جميعاً متساويين أمام القانون، ومن ثَمَ فإن خاصية العمومية والتجريد ليست خاصية في القاعد القانونية كما هي، بل كما يجب أن تكون، أو بالأحرى أنها ليست شرطاً في القاعدة القانونية، بقدر ماهي شرط في القاعدة العادلة[٤٩].

بيَد أن الأستاذ (عبد الحي حجازي)[٥٠]، وكل من عارض فكرة القواعد الفردية[٥١]، والعقد أبرز صورها، إنما ينطلقون من فكرة مؤداها، أن القاعدة الفردية ليست سوى تطبيق للقاعدة العامة، فهي لا تنشئ القانون وإنما تطبقه، وهذه الحجة لا يسلم بها مؤيدو القاعدة القانونية الفردية؛ لأن الأمر الذي تتضمنه القاعدة القانونية قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً، ولا يمكن الاعتراض على هذا القول، بأن الأمر ليس بقاعدة؛ لأنه يصدر تطبيقاً لقاعدة، أو تطبيقاً أو تنفيذاً لقاعدة[٥٢]، فالعقد باعتباره قاعدة فردية، ينشئ أحكاماً تنظم علاقة الأطراف الذين يتعلق بهم هذا العمل القانوني[٥٣]، ونحسب أن المسألة لا تتعلق في كون القاعدة تطبق القانون دون أن تنشئه، بقدر ما تتعلق بإمكانية التطبيق المتكرر للقاعدة، فمن يناصر صفة العمومية إنما ينطلق في الأساس من قابلية القاعدة العامة للتطبيق المتكرر، فإذا كانت قابلة للتطبيق المتكرر فهي تنشئ القانون، والا هي تطبق القانون فقط ولا تنشئه، ولهذا نجد مثلاً أن مناصري فكرة العمومية ينكرون الصفة القاعدية على قانون الموازنة[٥٤]، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية، وبشان قانون ربط الميزانية، بأنه "لا يعتبر قانوناً إلا من الناحية الشكلية فحسب، أما من الناحية الموضوعية، فهو عمل تنفيذي إداري" وفي تبريرها لذلك، تضيف المحكمة "أن هذا القانون لا يتضمن قواعد عامة مجردة كتلك التي يتضمنها بصفة عامة كل قانون"[٥٥]، وسبب في إنكار الصفة القاعدية على الموازنة، إنما يكمن في أنها لا تطبق إلا لمرة واحدة، ولا تقبل التطبيق المتكرر.

ويلاحظ على خاصية العمومية والتجريد، رغم أنها تحقق المساواة بين المخاطبين بأحكامها، وبالتالي تحقق العدل فيما بينهم، إلا أن هذه الصفة ستحول بين القاعدة القانونية وبين تحقيقها للعدالة، فإذا كان العدل والعدالة يقومان على مبدأ المساواة بين الناس، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة المجردة التي لا تعبئ بالدوافع الذاتية والظروف التفصيلية، لأنها تقوم على أساس الوضع الغالب دون اكتراث بتفاوت الظروف الخاصة للناس، في حين أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة فمساواة واقعية، تقوم على أساس التماثل في الأحكام المنصرفة إلى الحالات المتماثلة في الدوافع الذاتية والظروف التفصيلية، فالعدالة تتضمن معنى الانصاف، والأخير يعني وضع الحلول لتطبق على الاشخاص مع مراعاة ظروفهم الخاصة والاهتمام بدقائق الجزئيات، وهذا ما تعجز عن تحقيقه القاعدة العامة المجردة[٥٦].

كما يلاحظ أنه حتى بالنسبة للمساواة المجردة التي يُزعم أن صفة العمومية والتجريد هي الضامن لتحقيقها، فهي مساواة قابلة للنيل منها رغم وجود تلك الصفة في القاعدة القانونية، أي بمعنى آخر أن صفة العمومية والتجريد ليست هي الضامن الحقيقي لتحقيق المساواة بين المخاطبين بأحكامها، إذ قد تخالف السلطة التنفيذية القائمة على تطبيق القانون في حالات فردية، وتصبح نجاعة العمومية غير ذات أثر، فالحماية الحقيقية إنما تأتي من قوة القاعدة القانونية ذاتها، التي تغدو معها تلك القاعدة مقيدة للسلطة المطبقة لها[٥٧]، لا بل أن السلطة التشريعية ذاتها، قد لا تقصد من قاعدة عامة ومجردة تضعها، إلا لتطبيقها على حالة فردية واحدة، وبالتالي تتعرض فكرة المساواة التي تستند اليها فكرة العمومية في مهب الريح، وفي هذا الصدد يشير الأستاذ (السنهوري)[٥٨]، إلى أن من المعايير في الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، أن يصدر البرلمان تشريعاً عاماً ومجرداً، وهو يعلم أنه لن يطبق إلا على حالة فردية واحدة، كأن يصدر تشريعاً بإلغاء هيئة قضائية للتخلص من أعضائها، ثم يعاد تشكيل الهيئة بتشريع آخر بعد مدة وجيزة من صدور التشريع الأول. وهنا نجد أن القاعدة القانونية رغم اتصافها بالعمومية والتجريد، إلا أنها لم تحمي الأفراد من تعسف السلطة التشريعية، وبالتالي أن المساواة ليست مضمونة دائماً مع العمومية[٥٩].

وإذا كانت أسس عمومية القاعدة القانونية هي اسس تاريخية وعقلية وسياسية[٦٠]، فإنه حتى هذه الأسس لم تسلم من المعارضة، حيث استعرض أحد الباحثين[٦١] الأسس المتقدمة، فوجدها أسس

غير دقيقة، حيث يبين أنه للأساس التاريخي المستمد من الفيلسوف (أرسطو)، الذي يعتبر أول الفلاسفة المصرحين بعمومية القانون غير صحيح، حيث أن إسناد صفة العمومية لهذا الفيلسوف قد تم بشكل غير دقيق، إذ الترجمة الثالثة للمستخرج الذي يعود لهذا الفيلسوف، تشير إلى أن الأخير لم يجعل من العمومية صفة لازمة للقانون، بدليل قوله العبارة الآتية "بدون شك يبدو أن هناك شخص سيقرر بطريقة أفضل بخصوص الحالات الخاصة"، فهذه الجملة تعني أن القوانين ممكن أن تتضمن حالات خاصة، وهذا دليل على أن العمومية عند الفيلسوف (أرسطو) ليست من جوهر القانون، وبالنسبة للأساس السياسي، فإن المساواة ليست مضمونة بصورة دائمة مع عمومية القاعدة، إذ تكون الغاية من وضع القانون تقييد حرية أشخاص معينين أو منحهم امتيازات أو حقوقاً[٦٢]، كما أن الأساس الاجتماعي قد تهافت هو أيضاً أمام اتجاه القوانين نحو التخصص والجزئيات، إذ لم نعد نرى قانوناً عاماً شاملاً على صعيد الدولة إلا النزر اليسير، فالقانون المدني الفرنسي مثلاً قد زاحمه الكثير من القوانين المتخصصة، فالقانون المعاصر مثلاً قد ضاعف الانظمة القابلة للتطبيق على عقد البيع، فلم يعد هناك عقد بيع واحد، وإنما هناك بيع مدني، بيع تجاري، بيع دولي، بيع بين مهنيين ومستهلكين، بيع مباني تحت الإنشاء...، وهذا إن دل على شيء، إنما يدل التقهقر من العمومية إلى الخصوصية، حتى فقد الطابع العام للقاعدة القانونية بريقه ورونقه، حتى وصلنا إلى قوانين تخص أشخاصاً بأسمائهم، فهذ التحرك من العمومية إلى التخصص وصولاً إلى القواعد الشخصية، اضحت علامة واضحة، فقانون الخصخصة الفرنسي رقم (٩٣-٩٢٣) في ١٩ حزيران ١٩٩٣ والذي عين الأشخاص المعنوية التي تم تخصيصها بالاسم ، كالإدارة الوطنية لشركة رينو، أو بعد التعديل قانون رقم (٢٠٠٦-١٥٣٧) في ٧ ديسمبر ٢٠٠٦، الذي خصص شركة غاز فرنسا، هي قواعد قانونية فردية.

ويشير الأستاذ (Larroumet)[٦٣] إلى القواعد القانونية الفردية من خلال العقد، أنه حتى في حالة القواعد القانونية الآمرة التي يلتزم بها أطراف العقد، فإن ذلك لا يعني أن الأطراف لا ينشئون القانون، إذ أنهم بإبرامهم العقد لا يقتصرون على إنشاء حالة قانونية تربطهم وحسب، بل إنهم يضعون وينشئون قواعد قانونية، ويتجلى ذلك بشكل واضح في البنود العقدية التي أجاز لهم القانون وضعها في العقد باعتبارها تخرج عن دائرة القواعد القانونية الآمرة، فالشروط العقدية المخالفة للقواعد المكملة، تعد شروط صحيحة، وهي بمثابة قواعد قانونية فردية، منشئة من قبل أطراف العقد.

وبعد العرض المتقدم، نجد أن صفة العمومية والتجريد خصيصة غير لازمة للقاعدة القانونية، فيبقى الخطاب القانوني متسماً بالصفة القاعدية، ولو كان خطاباً قد تعلق بشخصٍ باسمه أو واقعةٍ بذاتها، بدليل أن ان هذه الخاصية هي الوحيدة التي تفارق القاعدة القانونية عند التطبيق على الوقائع[٦٤]، في حين نجد أن خاصية السلوك الواجب الاتباع، وخاصية الجزاء، وهما الخاصيتان الأخيرتان للقاعدة القانونية، لا يفارقان القاعدة القانونية عند التطبيق، وهذا أن دل على شيء، فإنما يدل على أن صفة العمومية والتجريد ليست من جوهر القاعدة القانونية في شيء، إذ لو كانت كذلك لما فارقت القاعدة القانونية عن التطبيق. بل هي مجرد خاصية تتعلق بصياغة القاعدة القانونية[٦٥]، ثم لو كانت القوانين ذات المضمون الفردي، ليست قوانين وإنما هي مجرد أوامر أو قرارات تشريعية؛ لماذا يصر المشرعون على هذه التسمية –أي يسمونها بالقوانين–، فالعمومية أنما هي صفة يضعها الفقه ويراها صفة لازمة للقاعدة القانونية[٦٦] دون أن تكون صفة من وضع القانون. ومن ثّمّ فإن تخلف صفة العمومية والتجريد في العقد لن تحول بينه وبين اعتباره قاعدة قانونية، فضلاً على أن هذا العائق لن يطرح أساساً بالنسبة للعقد الذي يتسم بالعمومية والتجريد، كالعقد الجماعي بصوره المختلفة.

المطلب الثاني

حجية العقد لا تطرح العقد كقاعدة قانونية

لا خلاف بين الفقهاء أن الحق العيني الناشئ من العقد ينشئ مركزاً قانونياً له حجيته في مواجهة الكافة، أي بمعنى أن قيام العقد في عالم الوجود وتنفيذه، عبارة عن واقعة ينشئ وقوعها مركزاً قانونيا يلتزم الغير باحترامه[٦٧]، وليس له إنكاره أو عدم الاعتراف بآثاره[٦٨]، وهذا الاحترام يمثل الواجب المفروض على الأفراد كافة بعدم التعرض لصاحب الحق العيني، وهذا الواجب ليس مقتصراً على الحق العيني فحسب بل هو ثابت للحق الشخصي أيضاً حيث يلتزم كافة الأفراد باحترامه[٦٩]، إلا أن هذا الواجب لا يراه الفقه التزاماً بالمعنى القانوني الفني، فهو لا يستقر ديناً في الذمة يحسب بين عناصرها السلبية بل هو واجب عام تمليه الضرورة[٧٠]، ومن ثم لا يعني هذا الواجب إلزام الغير بآثار العقد، جل ما في الأمر أن على الغير أن يحترم الآثار التي رتبها العقد بين طرفيه، أو بعبارة أخرى، أن الدائن يُعد دائناً في نظر الكافة، ولكنه ليس دائناً إلا لمدينه فقط، والأخير يعتبر مديناً في نظر

الجميع، ولكنه ليس مديناً إلا لدائنه فحسب[٧١]، وحجية العقد لا تفرض إلا على الأغيار بالنسبة لإثره الملزم، الذين هم ليسوا أطرافاً فيه، أما بالنسبة لأطرافه وتحديداً المدين، فلا تسري بحقه حجية العقد، لأن الحجية إنما تتعلق بالغير، والمدين ليس من الغير؛ لأنه يمثل الطرف السلبي، والذي يطالبه الدائن بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل[٧٢].

إن ما يراه الفقه واجباً عاماً دون أن يكون التزاماً بالمعنى الفني للالتزام، لا نرى فيه سوى الإلزام في صورته السلبية، لأنه لا يمكن أن ان يفسر الواجب العام بغير ذلك، بدليل أن العمل غير المشروع هو مصدر من مصادر الالتزام بنص القانون، وقد تجسد هذا الالتزام في واجب عام مفروض على الناس كافة، مضمونه عدم جواز الإضرار بالغير دون حق[٧٣]، وهذا الأمر نراه في العقد ولكن بصورة مختلفة بعض الشي، فالعقد باعتباره قاعدة قانونية هو ملزم تجاه الأفراد كافة، وهذا الإلزام مضمونه احترام العقد وعدم المساس به، وهذا الإلزام ليس التزاماً من المدين تجاه الدائن، بل هو لا يعدو أن يكون قاعدة سلوك موجهة للناس كافة تقتضي منهم الخضوع لهذا العقد من خلال عدم انتهاكهم له، والعقد بوضعه الحالي –أي كونه واقعة قانونية– لن يكون ملزماً للكافة، ما لم يكن هو قاعدة قانونية، وهذا الإلزام مصدره القاعدة القانونية العقدية، وليس القانون، أي تحديداً القاعدة التشريعية، وهذا ما يمكن استنباطه من رأي الأستاذ (سليمان مرقس)[٧٤]، حيث يبين "أن القانون يفرض في مقابل كل حق يعترف به لشخصٍ معين واجب على الناس كافة –ماعدا صاحب الحق– يوجب عليه احترام هذا الحق، وعدم الاعتداء والتجاوز عليه، وهذا الواجب إنما هو واجب قانوني تنشئه القاعدة نفسها التي تنشئ الحق المعين لصاحبه، أن لم تنص عليه صراحة، إذ يعتبر هذا

الواجب قد تضمنته هذه القاعدة دلالة بطريق التلازم المنطقي، إذ لا فائدة من تقرير هذا الحق لصاحبه إذا لم يقترن ذلك بنهي سائر الناس عن التعرض له في استعمال هذا الحق أو الاعتداء عليه"، وباستعارة هذا الرأي على الواجب الملقى على عاتق الأفراد باحترام العقد القائم وعدم التجاوز عليه، نصل لذات النتيجة إذ أن العقد ينشئ إلزاماً على الأفراد كافة باحترام العقد وما تمخض منه من حقوق.

وإذا كان الواجب العام الذي يفرض على الأشخاص، بعدم الاضرار بالآخرين، يُعد تكليفاً صريحاً وظاهراً كما في المادتين (١٨٦و١٩١/م.ع) فهو في العقد تكليف غير صريح أو مضمر، والعقد بهذا الواجب سيكون من قبيل القواعد القانونية المهيئة أو المقررة[٧٥]، وهذا الصنف من القواعد القانونية لا تأمر ولا تنهي بشكل صريح، وإنما بشكل ضمني، إذ إنها تتضمن تكليفاً موجهاً للكافة، يقتضيهم احترام ما تضعه هذه القاعدة من أحكام، ومحل التكليف بهذه القواعد ليس عملاً خاصاً محدداً، بل هو اطاعة القانون فيما نص عليه[٧٦]، فالقاعدة التي تقضي بأن ولاية المحاكم المدنية تسري على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية[٧٧]، تتضمن أمراً إلى الكافة باحترام هذا الاختصاص في إقامة دعاواهم المدنية والتجارية، والخضوع لما يصدر من هذه المحاكم من قرارات[٧٨].

ونحسب أن العقد في مخاطبته للأغيار هو من قبيل القواعد القانونية المقررة، فعندما يتقرر بموجب القاعدة القانونية العقدية، أن المشتري أصبح هو المالك، فهذا يعني أن هذه القاعدة قد تضمنت قاعدة سلوك ضمنية موجه للناس كافة باحترامها وعدم المساس بها.

ثم أن العقد في مخاطبته للكافة باعتباره قاعدة قانونية مقررة أو مهيئة، هو في نفس الوقت قاعدة قانونية آمرة أو ناهية أو كليهما، من خلال ما تضعه من التزامات وحقوق بحق أطرافها، وهنا يظهر الالتزام بالمعنى الفني، باعتباره التزاما محدداً، ونحسب أن العقد في ذلك إنما يتضمن قاعدتين لا قاعدة واحدة، قاعدة قانونية مقررة تخاطب الأغيار وتلزمهم باحترام العقد وعدم المساس بالأحكام التي يقررها، وقاعدة قانونية آمرة أو ناهية أوكليهما معاً، تخاطب أطراف العقد، وتلزمهم بمضمونه، ونعتقدُ أن العقد بوضعه القاعدي هذا، قد شابه القاعدة القانونية المكملة، حيث أن هذه القاعدة تتضمن قاعدتين وليس قاعدة واحدة، قاعدة مكملة تتيح لأطراف العقد أن يتفقوا على خلافها، وقاعدة آمرة تخاطب القاضي تحديداً، في مراعاة الترتيب القواعدي المتضمن فيها، فلو قضت القاعدة المكملة بتقديم القاعدة العقدية على القاعدة العرفية، فلا يجوز للقاضي أن يقدم الأخيرة على الأولى عند حل النزاع بين أطراف العقد.

بيّد أن الإلزام الذي يتمتع به العقد بوصفه قاعدة قانونية مقررة، والتي تجعله يسري في حق الأغيار، ليس هو الالتزام الناشئ من العقد، فثمة فرق بين إلزامية العقد باعتباره قاعدة قانونية مقررة،

وبين إلزاميته باعتباره قاعدة أمرة أو ناهية أو كليهما معاً، والتي تمثل أثر العقد، فلو نص العقد مثلاً على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد

تنشئ من تنفيذ العقد[٧٩]، ثم قام النزاع فعلاً، وأقام أحدهما الدعوى أمام القضاء، واعترض الثاني لوجود بند التحكيم، فإن المحكمة لا تقضي في هذا النزاع، وإنما تعتبر الدعوى مستأخرة لحين صدور قرار التحكيم[٨٠]، والمحكمة هنا إنما تطبق في الحقيقة قانون العقد بصور غير مباشرة، وإن استندت في حكمها على المادة (٣/٢٥٣) من قانون المرافعات، والقول بغير ذلك سيجعل من رأي الفقهاء الذي يوجبون على القاضي احترام العقد في مهب الريح، ولا قيمة له، حيث يقول الأستاذ (عبد الحي حجازي)[٨١] "القاعدة إذن هي أن العقد شريعة المتعاقدين. هذه القاعدة لا تسري على المتعاقدين فحسب، بل كذلك على القاضي الذي لا يجوز له نقض العقد أو تعديله..."، ويقول الأستاذ (سليمان مرقس)[٨٢] "وذلك لأن العقد ليس من شأنه أن يلزم العاقدين بتنفيذ ما تضمنه فحسب، بل من ِشأنه أن يلزم القاضي أيضاً بتطبيق أحكامه"، ويقول الأستاذ (حسن علي الذنون)[٨٣] "فإذا أبرم العقد صحيحاً نافذاً فقد أصبح قانون المتعاقدين يلتزمان به كما لو كان قانوناً، وعلى المحكمة احترامه وتطبيقه كما تلتزم باحترام القانون وتطبيقه"، فهذه الإشارات الفقهية، لهي واضحة في أن على القاضي تطبيق العقد واحترامه، لكن لماذا لا يؤسس القاضي حكمه مباشرة على قانون العقد، وإنما يستند إلى نص القانون العام، ونقصد به القانون المدني مثلاً، في حكمه، نحسب مرد ذلك يعود لأمرين: الأول، تضاؤل أهمية العقد بوصفه قانوناً خاصاً أمام القانون المدني باعتباره قانوناً عاماً، والأمر الثاني، أن قاعدية العقد كفكرة لم تزل فكرةً لم تستقر، ممّا يجعل استناد القاضي على قانون العقد وحده، مرحلة قانونية متطورة، وفي هذا الصدد يبين الباحث (Levacher)[٨٤]، أن القاعدة التعاقدية، وإن لم تكن الأساس القانوني الصريح في الحكم القضائي، على اعتبار أن النص القانوني هو الذي يمثل الأساس الصريح للحكم، فإنها مع ذلك تشكل الأساس الضمني، لأنها أوجدت الحقوق والالتزامات للأطراف، والتي يشكل تنفيذها محل النزاع المعروض أمام القضاء، فالقاعدة التعاقدية تكون مدركة ولو بصورة ضمنية كقاعدة قانونية قابلة للارتكاز عليها كأساس قانوني، ولعل أحكام محكمة النقض الفرنسية تؤشر قبول العقد كقاعة قانونية، من حيث أن هذه المحكمة تنقض الأحكام الصادرة من المحاكم الدنيا، والتي تتجاهل أو تخرق مضمون أو بنود العقد.

ولكن إذا كان القاضي ملزم بتطبيق أحكام العقد، فهل يعني ذلك أن العقد ينشئ التزاماً على عاتق القاضي ومن ثَم َسرى إليه أثر العقد دون إرادته؟ بالطبع لا، فالقاضي ملزم بالعقد من حيث كونه قاعدة قانونية، لا من حيث مضمونه الإلزامي، لأن العقد نسبي الأثر من حيث الأشخاص، والذي يمس القاضي ليس أثر العقد، وإنما قانونه الملزم وعليه أن يطبق أحكامه، فالإلزام الذي يتمتع به العقد باعتباره قاعدة قانونية، لا يعني أنه ينشئ التزاماً بالضرورة على عاتق الشخص الملزم بخطابه، وهذا ما يتقرر بموجب العقد باعتباره قاعدة قانونية مقررة، وما يسري على القاضي يسري على الأغيار، ولكن بصورة مختلفة، لأنه إذا كان القاضي ملزم بتطبيق أحكام العقد، فإن الأغيار غير ملزمين بذلك، ونحسب أن الإلزام الذي يرتبه العقد باعتباره قانوناً، يُعدُ إلزاماً إيجابياً تجاه القاضي، يتجسد في تدخل الأخير لتطبيق قانون العقد على أطرافه، في حين يُعدُ إلزاماً سلبياً تجاه الاغيار، حيث يتجسد في احترامهم للعقد، وامتناعهم عن المساس بأحكامه.

يخلص مما تقدم، أن حجية العقد في مواجهة الغير لا تستند إلى كون العقد واقعة قانونية[٨٥]، وإنما إلى كون العقد قاعدة قانونية مقررة أو مهيئة، وبالتالي أن حجية العقد لن تطرح كعائق أمام إضفاء الصفة القاعدية للعقد، بعد توضيح الأساس السليم الذي تستند إليه هذه الحجية.

الخاتمة

١- إن عدم قدرة العقد على الغاء القانون لا يعني رفع الصفة القاعدية عن العقد؛ لان العقد وإن كان قانوناً إلا انه أدنى مرتبة من القواعد القانونية الآمرة ، إلا انه باعتباره قانوناً يمكن أن يلغي القواعد القانونية المكملة ، ويتجسد هذا الالغاء في إمكانية مخالفة القاعدة العقدية للقاعدة القانونية المكملة، وهذه المخالفة سميناها إلغاءاً من نوع خاص؛ لان الالغاء يعني إيقاف حكم سريان القاعدة القانونية الملغية بشكل كامل، وهنا لم يتم إيقاف حكمها الا في نطاق محدود ، وهو نطاق العقد الذي خالف القاعدة القانونية المكملة.

٢- إن جواز نقض العقد بإرادة أحد الطرفين المتعاقدين ، ومن ثَمَ يجعل من حل العقد بغير الطريقة التي نشأ بها ، لا نحسبه فارقاً ينزع عن العقد الصفة القاعدية ؛لأن القانون نفسه قد يُلغىَ بغير الطريقة التي عُمل بها ، فالقانون قد يُلغى بنص دستوري.

٣- إن الفرق القائم بين تفسير العقد والقانون، قد تضاءل إلى درجة كبيرة ، فقد وجدنا أن محكمة النقض الفرنسية تفرض رقابتها على تفسير محكمة الموضوع للعقود الجماعية ، وهذه الرقابة إنما وجد الفقهاء تبريرها في أن عدم بسط محكمة التمييز الاتحادية لرقابتها على تفسير العقود لا يرجع إلى التفرقة بين المسائل القانونية ومسائل الواقع ، واختصاصها بالأولى دون الثانية ، بل لأن العقد يتسم في الاعم الغالب بعدم العمومية ، وهو بهذا الوصف لا يطبق الامرة واحدة، وعلى طرفين بالذات ، ومن ثَمَ فإن تباين الاحكام القضائية الصادرة من قبل قضاة الموضوع لن يشكل تناقضاً في الاحكام ، مادام الامر لا يتعلق بقانون يستلزم توحيد تفسيره ؛ لعدم تعلقه بحق الاشخاص كافة.

٤- إن خاصية العمومية والتجريد لم تُعد عائقاً أمام ارتداء العقد للصفة القاعدية، حيث وجدنا أن الاتجاه الحديث يرى أن هذه الخاصية ليست شرطاً ولا معياراً ولا حتى علامة للقاعدة القانونية، وإنما هي مجرد خاصية تتعلق بصياغة القاعدة القانونية، وهي ليست من جوهر القاعدة القانونية في شيء.

٥- أن حجية العقد في مواجهة الغير لا تستند إلى كون العقد واقعة قانونية، وإنما إلى كون العقد قاعدة قانونية مقررة أو مهيئة، وبالتالي أن حجية العقد لن تطرح كعائق أمام إضفاء الصفة القاعدية للعقد، بعد أن اوضحنا الأساس السليم الذي تستند إليه هذه الحجية.

الهوامش

(1)Josserand (L.), Cours de droit civil pois Tif Français, T2, Theorie générale des obligation, Sirey, 3 éd, Paris, 1939.

(2)Ibid , p. 143.

(3) Kelsen (H), La théorie juridique de la convention ,APD ,1940, N° 2, p. 36; Larroumet (C.), Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, Tome I,5 éd, Economica, Coll. Droit civil, 2006 , N° 184, p. 113.

(٤) ينظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠، ص٢٥٦.

(٥) ينظر المرجع نفسه، ص٢٧٥، في رأي يبدو مخالف للرأي أعلاه حيث يوردان العبارة الآتية "لا يعتبر من قبيل الإلغاء اتفاق المتعاقدين على حكم يخالف قاعدة قانونية مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين"، مع الإشارة إلى أن عميد الفقه القانوني د. عبد الرزاق السنهوري يشير في مؤلفه (نظرية العقد، الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٥٣هـ-١٩٣٤ص٩٤٩) ومؤلفه (الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، المجلد الأول، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠ص٦٩٨) إلى أن العقد ينسخ القواعد القانونية المكملة، والنسخ كما هو معروف هو إلغاء ضمني (د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ود. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص٢٥٦). أو الغاء بشكل عام (د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ص٤١٢) الذي يبين أن الإلغاء هو نسخ التشريع وإعدامه.

(٦) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص٢٥٦-٢٥٧.

(٧) تقابل المادة (١/١٤٧)مدني مصري و(٢/١١٣٤)مدني فرنسي.

(٨) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج١، المجلد الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٦٩٩؛ د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٤٩ ، ص٣٠-٣٦؛ د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٥، ص٣٥٠؛ د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة للالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٦٩هـ-١٩٥٠م ، ص١٧٣، ينظر د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٦٦، ص٣١٢. وإنه حتى بالنسبة لحالات تعديل العقد من قبل القاضي، فإنما هي بنص القانون، كالحوادث الطارئة وغيرها. (ينظر د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٣١٢).

(٩) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط،ج١،المجلد الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، ص٦٩٩؛ د. صلاح الدين الناهي، المرجع السابق ص١٧٣.

(١٠) ينظر د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١ ، ص٣٣٦.

(11) De Béchillon (D), Le contrat comme norme dans le droit positif public, *RFDA*, 1992, 1, p. 25.

ويؤكد الأستاذ (De Béchillon)، والذي هو من المؤيدين البارزين لقاعدية العقد، أن إحدى العقبات التي تواجه قاعدية العقد، هو القصور في الرقابة القضائية من قبل محكمة النقض الفرنسية على تفسير العقد.

(١٢) ومن الجدير بالذكر أن الفرق أعلاه موجود في بين القانون والعرف كذلك، والعرف مصدر من مصادر القانون (المادة ١و٢/ مدني عراقي) رغم كونه قاعدة قانونية، فإن محكمة النقض الفرنسية ومنذ بداية القرن الماضي، ويؤيده في ذلك جانب كبير من الفقه الفرنسي، لا تفرض رقابتها على تفسير العرف، ولقد سايرت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه، ومحكمة النقض في الحقيقة امام صعوبة علم القاضي بالعرف؛ إنما تضحي بأبسط المبادئ القانونية وأكثرها وضوحاً، من بإنكارها الصفة القانونية للعرف من خلال عد العرف من مسائل الواقع، وهذا الموقف لمحكمة النقض، والذي صيرت بموجبه العرف من قبيل مسائل الواقع قد دفع ذات المحكمة سواء في فرنسا أو في أو مصر إلى اعتبار القانون الأجنبي واقعة يجب على أطراف الخصومة إقامة الدليل عليه، ينظر في ذلك د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٤٤٦-٤٤٨.

(١٣) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج١، المجلد الأول، المرجع السابق، ص٦٦١.

(١٤) لقد كانت محكمة النقض الفرنسية في السنوات الأولى لإنشائها تعترف لنفسه بحق الرقابة على تفسير محكمة الموضوع للعقود، ولكن تم التخلي عن هذه الرقابة بعد ذلك. جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيّو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد او آثاره، ترجمة منصور القاضي ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، بيروت، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص٢٤-٢٥.

(١٥) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص٦٦٢؛ د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، مكتبة السيد عبد الله وهبة، ١٩٧٧، ص٣٨٨؛ ينظر د. حسين عامر، المرجع السابق، ص٢١، ينظر د. عبدالرزاق عبد الوهاب، رقابة محكمة التمييز على تفسير العقود، مجلة العدالة، العدد ٢، ١٩٧٦، ص٣٤٥، ويجمل عميد الفقه القانوني الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري (ص٦٦٢-٦٦٣)، المسائل القانونية في التفسير، والتي تخضع محكمة الموضوع في تفسيرها لها لرقابة محكمة النقض، في ثلاثة مسائل (الانحراف عن عبارات العقد الواضحة بحجة التفسير فيه مخالفة للقانون- العبرة في التفسير للنية المشتركة للطرفين، على أن تكون العبرة للإرادة الحقيقية (الباطنة)- الشك يفسر لمصلحة المدين).

(١٦) ينظر د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، النظرية العامة للقاعدة القانونية، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ص٥٠٧، الذي يرى أن القاعدة المقررة في الوقت الحاضر أن على المفسر أن يأخذ بالإرادة الظاهرة، اي بإرادة المشرع كما هي معبر عنها في النصوص، دون الإرادة الحقيقة للمشرع، ونحسب أن القانون المدني العراقي قد خالف ذلك عندما نص في الفقرة (١) من المادة (١) على أن "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها" وفحوى النص ما ينم عنه كلام النص وما يدركه الفهم من الكلام بهيئته وتركيبه لا من تفسير مفردات ألفاظه فهماً ظاهراً، د. منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الأول، الباب التمهيدي، بغداد، ١٩٥١، ص٩، هامش رقم (١)، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري (المادة الأولى/١)، التي هي مطابقة للقانون المدني العراقي، وفي هذا يقول الأستاذ (د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٧٥١، ٧٥٧) ومن الواضح أن هذا النص —أي نص الفقرة (١) من المادة الأولى م. م- يعبر عن فقه مدرسة الشرح على المتون. فهو يأمر القاضي بأن يفسر نصوص التشريع تفسيراً لفظياً، فإذا لم يوصل اللفظ إلى معنى النص، فهو يستخلص هذا المعنى من فحوى النص. والمقصود بفحوى النص روح التشريع، أي البحث عن قصد المشرع.

(١٧) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص٦٦٨-٦٦٩ الهامش رقم (٢)، ولنفس المؤلف نظرية العقد، المرجع السابق، ص٩٢٧، هامش رقم (٢)، ينظر د. حسين عامر، المرجع السابق، ص٢٣-٢٤.

(18) Demogue (R), traite des obligations en Generali, effets des obligations, TVI, Paris, 1932, N° 31, p. 44 et 45.

جاك غستان وكريستوف جامان ومارك بيّو، المرجع السابق، ص٢٥.

(١٩) وقرب هذا ينظر د. عبد الرزاق عبد الوهاب، المرجع السابق، ص٣٤٦، الذي يفهم من كلامه في أن إرادة المتعاقدين هي مختلفة باختلاف العقود.

(٢٠) ينظر آلان بينابنت، القانون المدني، الموجبات (الالتزامات) ، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م ، ص٢٠٧.

(٢١) ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية في ١١ كانون الثاني ١٩٨٩، وبموجب هذا القرار قامت محكمة النقض بتفسير البند المتنازع فيه بصورة مباشرة، الذي كان وارداً في اتفاقية تأمين جماعية. ينظر د. جاك غستان وكريستوف جامان ومارك بيّو، المرجع السابق، ص٢٨.

(٢٢) نقض، هيئة، ٦ شباط، ١٩٧٦ (القانون المدني الفرنسي بالعربية، ٢٠٠٩، الثامنة بعد المئة بالعربية، مطبعة العربية دار دلوز، جامعة القديس يوسف، بيروت، ٢٠١٢، ص١٠٦٠-١٠٦١ والذي جاء تحت البند (٤) تحت مبدأ استثناء: الرقابة على تفسير اتفاقيات الجماعية، والقرار منشور على موقع التشريعات الفرنسية، وعلى الموقع التالي:-

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTekxte=JURITEXT000006996018&fastReqId=1110077810&fastPos=1

(٢٣) ينظر د. جاك غستان وكريستوف جامان ومارك بيّو، المرجع السابق، ص٣١، وينظر قرار اخر لمحكمة النقض الفرنسية (١١ كانون الثاني، ١٩٨٩) والتي قامت بنفسها بتفسير البند المتنازع بصورة مباشرة في اتفاقية تأمين جماعية (نفس المرجع، ص٢٨).

(24) Planiol (M) et Ripert (G) par Esmein(P), traité pratique de droit français, Paris civil, 1952, N° 375, p. 488.

وفي هذا يبين الدكتور مالك دوهان الحسن (المرجع السابق، ص٥٠٩) أن بعض العقود التي قد تقترب من القواعد القانونية يمكن أن تفسر بنفس طريقة تفسير القانون، ومنها على سبيل المثال عقود الإذعان وعقود التأمين وعقود النقل. ينظر في ذات الاتجاه د. عبد الرزاق عبد الوهاب، المرجع السابق، ص٣٧٥.

(25) Levacher (R), La regle contractuelle dans l' ordre juridique, contribution à l' analyse normative du contrat, Thèse, Nantes, 2007, N° 362, p. 301.

(٢٦) ينظر د. عبد الرزاق عبد الوهاب، المرجع السابق ص٣٧٤-٣٧٥.

(٢٧) ينظر د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٤٤٦ وما بعدها.

(٢٨) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص١٣-١٤، وينظر د. د. مالك دوهان الحسن، المرجع السابق، ص٢٨، وتجريد القاعدة يقتضي سموها على التفصيلات، وغض النظر عن الفروق الثانوية، واعتدادها فقط بالظروف الجوهرية المشتركة للفروض التي تنطبق عليها (د. عبدالباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، ج١، نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ١٣٩٢ه-١٩٧٢م، ص٦٧.

(29) Levacher (R), Op Cit., N° 37, p. 23.

(٣٠) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص١٥؛ د. عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص٦٢، ويبين الأستاذ البكري في ص٦٨، أن توافر صفة العمومية في القاعدة رهن بوضعها في صيغة مجردة.

(٣١) ينظر د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٢٦، ونلاحظ على هذا الفقيه إنه في الوقت الذي لا يقر بقاعدية العقد؛ بحجة تخلف صفة العمومية والتجريد فيه، نراه (ص٧٤٤-٧٥٥، المرجع نفسه) يقر بقاعدية أحكام القضاء وجعله مصدر من مصادر القانون، رغم إقراره بأن أحكام القضاء إنما تضع حلول فردية لحالات خاصة.

(٣٢) بالنسبة للفقه الفرنسي ينظر

Cornu(G), *Droit civil, Introduction au droit*, 13 èd, Montchrestien, Coll. Précis, Domat, 2007, N° 16, p. 19.

يقول الأستاذ (Cornu) إن القاعدة القانونية إنما تعرف بطابع عام من العمومية.

Cabrillac (R), *Introduction générale au droit*, 8èd, Dalloz, Coll. Cours, 2009, N° 6, p. 9

يقول الأستاذ (Cabrillac) أن القاعدة القانونية لم توضع لإدارة حالات خاصة.

أما الفقه المصري، ينظر د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الباب التمهيدي، (القانون وتطبيقه-الأشخاص-تقسيم الأشياء والأموال)، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٣٧٣ه-١٩٥٤م، ص١٤-١٥، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ود. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص١٣-١٤، ينظر د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص٢٣-٢٥؛ د. مختار القاضي، أصول القوانين، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة، ١٩٦٧، ص١٤-١٥، وعلى صعيد الفقه العراقي، د. عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص٦٢ وما بعدها؛ د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون ، الطبعة الأولى، مطبعة العاني بغداد – العراق، ١٩٧٥، ص٢٤٧؛ د. مالك دوهان الحسن، المرجع السابق، ص٢٨-٢٩.

(33) Alipntis (N.), La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, Coll. Bibliothèque d'ouvrages de droit social, Tome 22, 1980, p. 67 et 68.

حيث يذكر (Alipntis) أنه لا توجد سوى القواعد القانونية العامة والمجردة، ومن ثَمَ لا يوجد بصفة مبدئية سوى مصدرين للقانون، القانون (بمعنى القواعد القانونية المكتوبة) والعرف، ونضيف له أحياناً، وبشروط معينة، أحكام القضاء، وبناء على ذلك فإن القاعدة القانونية بالصفة المتقدمة، تتعارض مع الأعمال القانونية، من حيث كونها اعمال فردية.

(34) Carbonnier(J), Droit civil, Introduction,1 éd, Quadrige, PUF, 2004, N° 5, p. 13.

حيث يبين الفقيه (Carbonnier) أن العقد الفردي لا يمكن أن يكون قاعدة قانونية، لأن القاعدة نص عام ومجرد.

[٣٥] ينظر د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٤٠؛ د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص١٩؛ د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القانون وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٧٢ ، ص١٣٤؛ د. عبدالباقي البكري، المرجع السابق، ص٧٠،

Mayer(P.), La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, (préface H. Batiffol), Dalloz, 1973,p. 244; Carbonnier (J), Droit civil, Introduction, Op Cit., N° 5, p. 13: Levacher (R), Op Cit., N° 31, p. 20.

(36) Duguit(L), Manuel de droit constitutionnel, 4èd, Paris, 1923, N° 30, p. 95.

د. منذر الشاوي، دولة القانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، ط١، بغداد، ٢٠١٣، ص٧٥.

[٣٧] ينظر د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٤١، د. عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص٧٠.

[٣٨] يمثل هذا الاتجاه الرأي الفقهي الحديث في تحديد مفهوم القاعدة القانونية، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، الطبعة السادسة، ١٩٨٧، ص١٣ هامش (١٩)؛ د. عبدالحي حجازي، المرجع السابق، ص١٣٧.

[٣٩] بالنسبة للفقه الغربي ينظر:

-Capitant (R.), Introduction à l'étude de l'illicite: l'impératif juridique, dalloz. Paris, 1928, p. 59.

- Kelsen (H.), La théorie juridique de la convention, Op Cit.,. N° 3, p. 37.

- Marty (G.) et Raynaud(P),droit civil, T1, Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires et Le statut des personnes physiques et morales, vol 1, sirey, paris, 1961, N° 33, p. 52 et 53.

- Bonnard (R), L'origine de l'ordonnancement juridique, sirey, Paris, 1929, p. 33 et.s.

- Larroumet (C.), Op. Cit. , N° 183 et 184, p. 112 et 113.

- De Béchillon (D.): Op Cit., p. 25.

- Encinas de Munqgorri (R.), *Introduction générale au droit, Champs Université*, Flammarion, Coll. Champs, 2006, p. 116 et.s.

- Jestaz(P.), Les sources du droit, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2005, p. 86.

وعلى صعيد الفقه المصري، ينظر د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٠؛ الأستاذ محمد متولي صبحي، حدود رقابة قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة الثامنة عشر، ١٩٧٤، ص٢٥٨.

أما الفقه العراقي ينظر د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، ١٤١٤ هـ – ١٩٩٤م ، ص٢٤١؛ الأستاذ عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القوانين، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥، ص٢٦؛ د. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، ط١، بغداد، ٢٠٠٢، ص١٠٨؛ الدكتور رياض القيسي رغم أنه ساير فكرة العمومية والتجريد كصفة للقاعد القانونية إلا أنه انتهى أن هذه الصفة أثبتها الفقه للقاعدة القانونية، في حين أن إطلاق الصفة القانونية على حكم من الأحكام يتقيد من الناحية الفنية الصرفة بصدور هذا الحكم من مصدر رسمي للقانون، وفق اسلوب معترف به، في الشريعة القانونية ذات العلاقة.

(40) De Béchillon(D.), Op Cit., p. 25.

(41) Capitant (R.), Op Cit., p. 59.

(42) Marty (G) et Raynaud (P.), Op Cit., N° 33, p. 53.

[٤٣] أما الصورة الاخرى للقاعدة الفردية، فتتمثل في القانون الصادر بحق شخص باسمه، كالقانون الذي يمنح راتباً تقاعدياً لشخص معين بالاسم، وهذه الصورة تمثل فئة قليلة قياساً للقوانين الصادرة، والتي تتسم أغلبها بصفة العمومية والتجريد، الآن المسالة معكوسة في جانب العقد؛ لأن العقد بدوره قد يكون قاعدة فردية وقد يكون قاعدة عامة، كما هو الحال في العقود الجماعية، بيد أن الغلبة، كما هو واضح للقواعد العقدية الفردية.

(44) Jestaz (p), Op Cit., p. 86.

[٤٥] قرب هذا ينظر د. جلال القريشي، شرح قانون العمل العراقي، مطبعة الازهر، بغداد، ١٣٩٢هـ–١٩٧٢م ، ص٦٨، حيث يقول في تعليقه على خلو قانون العمل السابق لقانون (١٥١) لسنة ١٩٧٠ ما يلي: "لم يعترف المشرع العراقي في قانون العمل السابق بعقود العمل المشتركة التي لاقت نجاحاً كبيراً في الخارج، ويمكن تفسير هذا التخلف بحرص الدولة على احتكار التشريع..."، ويقول أيضاً في ص٤٨ "ثم فسح المجال في المرحلة الثانية بطريقة مغايرة لتكوين القانون لا على أساس الإرادة المنفردة، وإنما على أساس الإرادة الجماعية، فالنقابات وغيرها من الأعضاء المهنية تملي نصوصاً قانونية قابلة للتطبيق على فئة كاملة من الأشخاص عن طريق إبرام عقود العمل الجماعية التي تزيد في منافعها بالنسبة للعمال على منافع القانون...".

[٤٦] ينظر د. منذر الشاوي، دولة القانون، المرجع السابق، ص٨٠–٨١.

[٤٧] ينظر د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص١٣٧–١٣٨.

[٤٨] ينظر د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص٢٤١.

[٤٩] ونحسب أن الأستاذ شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص١٦، رغم كونه من مؤيدي فكرة العمومية، يقترب من الفكرة أعلاه، ولو بطريقة أخرى، حيث يبين أن فكرة العمومية والتجريد تقتضي توضيحاً، وهذا الإيضاح يتمثل بأن"كل قاعدة قانونية تستهدف غاية معينة، وهي غاية عامة ومجردة. ويتم تحقيقها بواسطة أداة قانونية ملائمة. وكلما كانت الأداة صالحة لإدراك الغاية، يستقيم تطبيق القاعدة القانونية.....، فالقاعدة القانونية هي قاعدة هدفية، قوامها غاية تتطلع إلى تحقيقها، ووسيلتها أداة فنية ملائمة في سبيل إدراك هذه الغاية،"، وكلام الأستاذ (شمس الدين الوكيل) يحمل إشارة مفادها، أن صيغة القاعدة القانونية إنما هي مرتبطة مع الغاية التي تسعى لتحقيقها، ومن ثَمَ، إذا كانت الغاية شخصية وذاتية، فلا مانع حينئذٍ، أن تكون القاعدة فردية، مادامت القاعدة الفردية لا القاعدة العامة، هي التي تلائم المضمون الخاص والفردي.

[٥٠] ينظر د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص١٣٧–١٣٨.

[٥١] ينظر د. عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص٦٥؛ د. سمير تناغو، ص٤١–٤٢.

[52] Capitant (R.) , Op Cit., p. 59.

ينظر د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص٢٤١.

[٥٣] ونشير مجدداً إلى ما طرحه الفقيه كلسن في مؤلفه النظرية القانونية للاتفاقية، ف١، ص٣٤، فيما يتعلق بالعقد، الذي هو قاعدة فردية، والعقد ينشئ القانون في الحدود التي تُنشئ بها قاعدة يفرض احترامها على الأطراف. وهو بدوره يعد تطبيقاً للقانون فيما يمليه على المستوى الفردي. من مبدأ عام و مجرد (العقد شريعة المتعاقدين).

[٥٤] ينظر د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص١٦٩ هامش رقم (١٩)، ينظر د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، (نظرية الحق)، الجزء الأول، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص٤٣.

[٥٥] نقض مدني ١٩٦٠/٤/٣٠ مجموعة المكتب الفني س١١، ص٢٥٧. وينظر خلاف الرأي أعلاه د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص٢٣١.

[٥٦] ينظر د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٢١٩؛ د. عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص٧٠؛ د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص٤٦.

[57] Carré de Malberg (R), Théorie générale de l'Etat, t 1, Sirey, Paris, 1920, p. 294.

[٥٨] ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة المصرية، السنة الثالثة، ١٩٥٢، ص٦٩–٧٠.

[59] Charbonnel (L.), La Hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativité du contrat, Thèse, d'Avignon et des pays de vaucluse,2010,N° 90, p. 58.

[٦٠] فالأساس التاريخي يجد فيما طرحه الفيلسوف أرسطو من أن القانون يحكم دائماً بصفة عامة، ولا يستطيع أن يتوقع حكم الحالات العارضة، أما الأساس العقلي أو المنطقي، فيتمثل في أن القاعدة القانونية هي قاعدة تحكم سلوك الأفراد في المجتمع، وهي عامة؛

لأنها تطبق على كل الأفراد وعلى ظروف الحياة في المجتمع، أما الأساس السياسي فيتمثل في أن عمومية القاعدة القانونية وتجريدها يكونان الحماية الأكثر نجاعةً للفرد ضد تحكم الدولة، ينظر د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص٢٣٦-٢٤٠.

(61) Charbonnel (L.), Op Cit., N° 85 â 91, p. 52 â 59.

(62) Ibid, N° 90, p. 58.

(63) Larroumet (C.), Op Cit., N° 24 et 25, p. 17 et 18.

(٦٤) ينظر د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص١٣٩.

(٦٥) ينظر د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٤٢، رغم انه من مناصري فكرة العمومية يورد العبارة الآتية "ويخلص مما سبق أن صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية هي صفة فنية تتعلق بصياغة القاعدة القانونية" وهي بهذا ليس الوصف لا تمت إلى جوهر القاعدة في شيء.

(٦٦) ينظر د. رياض القيسي، المرجع السابق، ص٢٦.

(٦٧) ينظر د. حلمي بهجت بدوي، ، اصول الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٣٦٢هـ – ١٩٤٣ م ، ص٣٣٣؛ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص١٨٧؛ جاك غستان وكريستوف جامان ومارك بيّو، المرجع السابق، ص٤٣٢.

(٦٨) ينظر د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية، مصر، ١٩٨٧، ص٥٦٧.

(٦٩) ينظر د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام – احكام الالتزام – اثبات الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد – العراق، ٢٠١٢ ، ص١٠؛ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي،ج١،مصادر الالتزام،ط٣، شركة الطبع والنشر الاهلية ،بغداد،١٣٨٩ه-١٩٦٩م ، ص٥؛ جاك غستان وكريستوف جامان ومارك بيّو، المرجع السابق، ص٤٣٧؛ د. صبري حمد خاطر الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ٢٠٠١، ص٣٢٢، وكان الفقه التقليدي يقصر الحجية على الحق العيني دون الحق الشخصي، ينظر في ذلك د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، ط٢، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٥١، ص٥٠٢؛ سعد ربيع عبد الجبار، حجية العقود وأثرها في استقرار العلاقات القانونية، دراسة قانونية مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٨، ص٣١.

(٧٠) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، حق الملكية، ط٣، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٠، ص١٨٤ هامش رقم (١)؛ د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص١٠.

(٧١) ينظر د. محمد حسين عبد العال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٤٥.

(٧٢) ينظر د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص٣٠٣، ٣٢٩، وينظر في رأي مخالف للرأي أعلاه د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص٢٦٩، حيث يذكر "أن اثر العقد الذي نشأ بين طرفيه، يفرض على الكافة، لأن له قوة نفاذ مطلقة، لا فرق إزاءها بين العاقدين وغيرهم".

(٧٣) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، المجلد الثاني، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص١٤٤٢؛ د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص٤٩٣.

(٧٤) ينظر د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الأحكام العامة، المجلد الأول، ط ٥، ١٩٩٢، ص٢١٠.

(٧٥) ينظر د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٢٥١، ينظر د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص١٥؛ د. عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص٥٥؛ د. رياض القيسي، المرجع السابق، ص١٠٥، وينظر د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص١٥٩، حيث يسميها بالقواعد المحددة.

(٧٦) ينظر د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٢٥١.

(٧٧) ينظر المادة (٢٩) من قانون أصول المرافعات المدنية العراقي المعدل رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

[٧٨] ينظر د. رياض القيسي، المرجع السابق، ص١٠٥.

[٧٩] نصت المادة (٢٥١) من قانون المرافعات العراقي على أن ((يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين. كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشا من تنفيذ عقد معين)).

[٨٠] نصت المادة (٢٥٣) من قانون المرافعات العراقي على ما يأتي ((١- إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء إلا بعد استنفاد طريق التحكيم ٢- ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد يشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً ٣- أما إذا اعترض الخصم فتقرر المحكمة اعتبار الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم)).

[٨١] ينظر د. عبد الحي حجازي، موجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص٢١٨، وينظر في هذا المعنى د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج١، المجلد الأول، المرجع السابق، ص٦٩٨.

[٨٢] ينظر د. سليمان مرقس، الوافي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص٥٠٧.

[٨٣] ينظر د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص١٤٥.

[84] Levacher (R.), Op Cit., N° 225 et 226, p. 182 et 183.

[٨٥] ونعتقد أنه إذا كان السبب الرئيسي في طرح حجية العقد في مواجهة الغير على أساس أنه واقعة وليس عقداً أو قانوناً عقدياً، هو أن من كان غيراً عن العقد لا يلزم به، أي لا ينشئ العقد في ذمته التزاماً محدداً، وهذا الأمر لا نحسبه يقف عائقاً أمام قاعدية العقد، بدليل أن هناك كثير من التشريعات الخاصة بفئات معينة من الأشخاص، كالأطباء أو المهندسين أو الصيادلة أو غيرهم، فهل يمكن القول أن عدم سريان هذه القوانين بحق غير هؤلاء الأشخاص سيجعل من هذه التشريعات الخاصة مجرد وقائع ويجردها من قيمتها القانونية.