مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: مسوغات تحديد طبيعة العقود دراسة تحليلية
اسم الكاتب: أ.د. محمد سليمان الأحمد، أنور عبدالله محمد
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/library/9737
تاريخ الاسترداد: 2026/04/10 07:20 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 15- Issue 2- September. 2025
المجلد ١٥- العدد ٢ – ايلول ٢٠٢٥

Justifications for determining the nature of contracts, an analytical study

[1] Prof. Dr. Mohammed Sulaiman Alahmed[2] Anwer abdullah mmohammed
[1]Sulaymaniyah University/College of Law [2] College of Humanities and Social Sciences - Koya University / Department of Law

Abstract:

Sale and purchase contracts and other legal contracts are important in daily life, as they represent the basis of the contractual relationship between individuals and institutions. In order to determine the nature of these contracts and to define the rights and duties arising from them, the justifications play an important role, as the justifications for determining the nature of the contracts include several aspects, Among them are the specialized justifications that are based on the expert's specialization in this field and his ability to analyze the situation and evaluate the actual conditions of the contract, in addition to the scientific justifications that depend on scientific knowledge and legal theories. Similarities, while the justifications for the types of commercial and civil contracts focus on the differences in the nature of these contracts, which can affect the determination of the rights and duties arising therefrom. Thus, it can be said that determining the nature of contracts depends on a number of justifications that include many legal, specialized and scientific aspects, and specialists in this field must rely on these justifications in analyzing contracts and determining the rights and duties arising from them.

1: Email:
prof.alahmed@gmail.com
2: Email:
barzinjyanwar@gmail.com

DOI
https://doi.org/10.37651/aujlps.2024.149912.1263

Submitted: 8/5/2025
Accepted: 20/5/2025
Published: 1/9/2025

Keywords:
Justifications
nature of contracts
specialized justifications
legislative format.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مُسوّغــات تحديد طبيعة العقود دراسة تحليلية

[١] أ.د. محمد سليمان الأحمد[٢] أنور عبدالله محمد

[١] جامعة السليمانية/ كلية القانون [٢] كلية العلوم الانسانية والاجتماعية- جامعة كوية/ قسم القانون

الملخص:

تعدُّ العديد من العقود ولاسيما عقود البيع وغيرها من الأمور المهمة في الحياة اليومية، حيث تمثل أساس العلاقة التعاقدية بين الأفراد والمؤسسات. ومن أجل تحديد طبيعة هذه العقود وتحديد الحقوق والواجبات المترتبة عليها، تقوم المسوغات بأداء دور هام ، اذ تتضمن مسوغات تحديد طبيعة العقود عدة جوانب، منها المسوِّغات التخصصية التي ترتكز على تخصص الخبير في هذا المجال وقدرته على تحليل الوضع وتقييم الظروف الفعلية للعقد، بالإضافة إلى المسوِّغات العلمية التي تعتمد على المعرفة العلمية والنظريات القانونية وتتضمن المسوِّغات الفقهية والقضائية الإشارة إلى الأحكام القانونية والقضائية التي تم الحكم بها سابقاً والتي تشير إلى طبيعة العقود المماثلة، بينما تنصب المسوِّغات الخاصة بأنواع العقود التجارية والمدنية على الاختلافات في طبيعة هذه العقود والتي يمكن أن تؤثر على تحديد الحقوق والواجبات المترتبة عليها. وبهذا يمكن القول بأن تحديد طبيعة العقود يعتمد على جملة من المسوِّغات التي تتضمن العديد من الجوانب القانونية والتخصصية والعلمية، ويتوجب على المتخصصين في هذا المجال الاعتماد على هذه المسوِّغات في تحليل العقود وتحديد الحقوق والواجبات المترتبة عليها.

الكلمات المفتاحية: المسوِّغات، طبيعة العقود، المسوِّغات التخصصية، النسق التشريعي.

المقدمة

تتعدد القوانين التي تُعنى بتنظيم العقود، وعلى أساس تنوعها توصف العقود بالصفة التابعة لكل قانون منظمٍ لها، لذا تجد في ثقافتنا القانونية وفي كتبنا وأبحاثنا، ما يتحدث عن عقود مدنية وعقود تجارية وعقود إدارية، والحقيقة أن كل منها يتبع تخصص قانوني بعينه، كما أننا نجد أحياناً من يتحدث عن عقود دولية، وإن كانت مسوغاتها مختلفة بعض الشيئ، إذ لا تُبنى على التنظيم بقدر إرتباطها بحالة العنصر الأجنبي الذي يكتنفها.

إنه لو كان الأمر متصلاً بكل جوانبه بمسألة التنظيم فحسب، بحيث ينظم – على سبيل المثال – القانون التجاري كل ما يتصل بعقد الإعتماد المستندي – مثلاً – من تكوين وانعقاد وأهلية وعيوب رضا وتراض ومحل وسبب وبطلان وفسخ ومسؤولية، فضلاً عن الآثــار،

لقلنا أنه عقد تجاري محض بتنظيم القانون، لكن أغلبية الموضوعات المذكورة حول هذا العقد، نجد تنظيمها في القانون المدني، ومع ذلك فإنه من المتفق عليه، أو على الأقل من الدارج، أن هذا العقد هو عقد تجاري.

وليس هذا وحده ما يُشكل مشكلة بحثنا، بل الأمر يتعداه إلى حالات الإلتباس في تحديد طبيعة بعض العقود التي تبرم بين جانبين، يقوم كل واحدٍ منهما بعمل ذو طبيعة تختلف عن طبيعة عمل الجانب الآخر، فضلاً عن أن القانون حدد طبيعة بعض الأعمال دون بعض، وهو إذ يحدد طبيعتها، ترك أمر تحديد طبيعة العقود الناجمة عن ممارستها للفقه والقضاء، اللذان لا ينأيان عن التحديد لمسوغات يختص هذا البحث بتسليط الضوء عليها. إذ أن هناك عدُّة مسوغات تدفعنا إلى تحديد طبيعة العقود، من بينها إيجاد القانون المختص للتطبيق على هذه العقود على أرض الواقع في جميع مراحلها[١]، و لأجل ذلك سنتناول هذا الموضوع في مطلبين اثنين، نخصص الأول للمسوغات العلمية لتحديد طبيعة العقود، وفي الثاني نتطرق الى المسوغات العملية لتحديد طبيعة العقود. وسنختم البحث بعرض أهم إستنتاجاته وتوصياته.

I. المطلب الأول

المسوغات العلمية لتحديد طبيعة العقود

تتطلب طبيعة هذا المطلب أن نقسمه إلى فرعين، نتناول في الأول مسوغات التخصص، وفي الثاني ندرس الإطار الفقهي في تحديد طبيعة العقود.

I.أ. الفرع الأول

مسوغات التخصص

هناك مجموعة من العوامل التي تُؤطِّر لمسوغات التخصص لمعرفة تحديد الطبيعة القانونية للعقود، كما أن هناك عوامل تؤدي الى معرفتها، ولذلك سوف نقسم هذه المسوغات الى مقصدين، نتناول في الأول المبرر التخصصي لتحديد طبيعة العقود، وفي الثاني نبحث الشروحات التخصصية للعقود.

I.أ.١. المقصد الأول

المبرر التخصصي لتحديد طبيعة العقود

ظهرت التخصصات في جميع محافل العلوم من أجل أن يكون المتخصص في نطاق علمٍ معين أكثر دراية وأعمق معرفة وأبلغ تضلُّعاً، ولم يقتصر التخصص على صنوف العلوم والفنون، بل دخل في تشعباتها أيضا، فلم يقتصر الأمر في مجال القانون على وجود متخصصين في القانون بشكل عام، بل طرأ التخصص على أقسامه وفروعه، ففي داخل علم القانون ظهرت تخصصات عامة وتخصصات دقيقة، وهذا أمر لا شك أنه محبذ، لكونه يهيء طاقات متخصصة قادرة أن تكون أكثر انتاجاً وعمقاً في تخصصاتها.

ولا شك أن معظم القواعد القانونية تشكلت من آراء الفقهاء في مختلف التخصصات بدرجة ان الفقه كان يعد مصدرا رسميا للقانون الروماني ، وقد تطور الفقه لتصبح نظرياته

(١) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، "أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص"، *بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون، جامعة الموصل*، سنة (٢٠٠٤): ص٨٧.

اساسا علميا في صياغة النصوص القانونية، لدرجة ان مكانة الفقه اضحت تسمو على غيره من عامة الناس في الفترة التي كان الفقه يتمثل في رجال الدين، اذ كانوا يحتكرون علمهم بالقانون، فهم الذين يقدمون للأفراد صيغ الدعاوى والتصرفات ومع تطور الحياة وتنوع المصادر القانونية وتأثر القوانين بالأحكام الدينية، اضحى الفقه مصدرا تفسيريا للقانون(١).

ففي بداية مراحله الأولى، كان الفقه القانوني يتمثل في رجال الدين، إذ كان فقهاء القانون الروماني هم الأحبار أنفسهم، وكان تفسير القانون هو تفسير الأحبار، فقد كان علم القانون وتفسيره منذ العصور الأولى للقانون الروماني وقفاً عليهم، وكانت وظيفة الأحبار الأصلية وظيفة دينية اذ كانوا مكلفين برعاية الرومان من الوجهة الدينية وادخال السكينة على قلوبهم المرتجفة خوفا من غضب الآلهة وذلك بتحضير الصيغ الدينية التي كانت تؤدى لإرضاء الآلهة. وقد قام بسبب ذلك داخل الجماعة نشاط ديني تكونت بفضله على مر الأيام مجموعة من المبادىء الدينية. ونظرا لما كان يقتضيه ذلك من التمييز بين المسائل الخاصة بالآلهة – أي بالدين - والمسائل الخاصة بالإنسان، فقد تناولوا في الوقت نفسه مسائل الدنيا واشتغلوا بها وأطلقوا عليها لفظ ius اي القانون(٢). كما وصل تدخل الفقهاء في ذلك الحين إلى حد تدخل الفقيه مباشرة أمام الحاكم القضائي (البريتور) لتقديم رأيه الذي أستشير من أجله بدلا من تسليمه لعميله وتدعيم هذا الرأي بحضوره في ساحة القضاء(٣).

على أن نشاط الفقه لم يقتصر على ذلك، بل بدأ الفقه في أوائل العصر القنصلي الجمهوري يتحرر من رجال الدين، فأصبح فقهاء القانون من غير طبقة الأحبار، وإن كانوا من الطبقة الأرستقراطية، لكنهم لم يقوموا بتقديم استشاراتهم بمقابل، بل كان هدفهم الشهرة وحسب(٤). وفي أواخر العصر الجمهوري إتجه الفقه الى الإبتكار والتجديد وذلك بخلق مبادىء قانونية جديدة تطبق على ما يجد من علاقات. وكانت وسيلته الى ذلك صياغة العرف

(١) لاحظ: د. عبد المنعم فرج الصدة، *أصول القانون*، القسم الأول، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٦٥)، ص ١٥٥.

(٢) لاحظ: د. عمر ممدوح مصطفى، *القانون الروماني*، ج١، (الإسكندرية: مطابع البصير، ١٩٥٤)، ط٢، ص ٥٩. وجدير بالذكر فضلا عن ذلك كانت العبادات الخاصة sacra private تدخل ضمن اختصاصاتها الدينية. ولما كان نظام الأسرة الديني يقوم في ذلك الوقت على عبادة الأسلاف، فقد كان عليهم بحكم وظيفتهم الدينية ان يكلفوا تخليد هذه العبادات بتدخلهم في الأعمال القانونية التي تؤدى الى استمرار الأسرة مثل الزواج والتبني أو الى انتقال أموالها مثل الوصية، لاحظ المرجع نفسه، وأيضاً لاحظ: Olivier Hekster and Koenraad Verboven (eds.), The Impact of Justice on the Roman Empire. Proceedings of the Thirteenth Workshop of the International Network Impact of Empire (Gent, June 21-24, 2017), (Impact of Empire, Volume: 34), Leiden; Boston: Brill, 2019.

(٣) لاحظ: د. صوفي حسن أبو طالب، *الوجيز في القانون الروماني*، (القاهرة: دون ذكر مطبعة وسنة نشر)، ص٧٢.

(٤) لاحظ: المرجع السابق نفسه، ص ٧٤. ولاحظ: Alan Watson, the law of Obligations in the later Roman Repuplic, Oxford, 1965.

القديم في أوضاع جديدة وذلك في صيغ التصرفات القانونية التي كانت تعد بمعرفة الفقهاء، والتي تهدف إلى انشاء أو ابتكار المبادىء القانونية الجديدة[١].

كما أن الفقيه كان يقوم بوظيفة تعليمية اذ كان للفقهاء المشهورين تلاميذ يطلق عليهم اسم auditors – أي مستمعين – يحضرون لإستماع استشاراتهم القانونية ويناقشونهم في الفتاوي التي كانوا يصدرونها، فكان هؤلاء التلاميذ يكتسبون بذلك ثقافة قانونية عملية كانوا يكملونها بحفظ قانون الألواح الإثنى عشر عن ظهر قلب.

وأخيرا كان الفقه يقوم بتصنيف الكتب والمؤلفات القانونية، وكانت هذه المؤلفات في بادىء الأمر صورة ناطقة لنشاط الفقهاء العملي، فكانت عبارةعن مجموعات من الآراء والفتاوى الصادرة عنهم بناءاً على طلب العملاء ومجموعات من صيغ التصرفات الرسمية التي كان الناس يباشرونها، وقليلا من مجموعات القواعد التي كان الفقهاء يبتكرونها بفضل نشاطهم الإنشائي[٢].

فالفقه هو المظهر العلمي للقانون، في الوقت الذي يعد القضاء المظهر العملي له، فإذا تجرد القانون عن مظهريه العلمي والعملي فلا يتبقى منه شيء كثير[٣]. والقانون يمت إلى العلوم الاجتماعية بأوثق النسب[٤]. ولكل نشاط اجتماعى علم يسجل قواعده وأحكامه ، وعلماء يبحثون وينقبون ويسجلون . والقانون علمه الفقه وعلماؤه الفقهاء[٥].

وفيما يخص مزايا الفقه وعيوبه؛ فمزية الفقه هي نظره إلى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة ، فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج ، بل يسير قدما إلى الأمام ، يتمشى مع التطور ويسابق الزمن . فالفقيه أوسع أفقاً من القاضي، وأسرع تأثراً بقوانين التطور . ولكن عيب الفقه أنه كثيراً ما ينحرف عن الحياة العملية ، وهو في سموه إلى العموميات يبتعد عما فى الحياة من ملابسات وظروف خاصة في كل قضية من أقضيتها[٦].

وقبل أن يظهر التخصص في القانون، كان لا بد من وجود حاضنة لهذا التخصص، إذ التخصص بدأ في الفقه ثم تحول إلى القضاء، والفقه هو أكثر مجال إلتصقت به مقتضيات التخصص، لما يلعبه من دور بارز وبالغ الأثر في تفسير النصوص بشكل حر غير قائم أو منحصر في حدود نظر دعوى معينة كما هو الحال بالنسبة للتفسير القضائي.

---

(١) لاحظ: د. صبيح مسكوني، *القانون الروماني*، (بغداد: مطبعة شفيق، ١٩٧١)، ط٢، ص ٥٥. ولاحظ أيضاً: د. عمر ممدوح مصطفى، مرجع سابق، ٦٠. ود. حسن عبد الحميد، *فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ومفهوم القانون "الأساس الديني للقانون"*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٦)، ص ٨٣ وما بعدها.

(٢) لاحظ: د. عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٦١.

(٣) لاحظ: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ود. أحمد حشمت أبو ستيت، *أصول القانون، أو المدخل لدراسة القانون*، (القاهرة: لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٥٠)، ص١١٦.

(٤) لاحظ: د. صاحب عبيد الفتلاوي، *تاريخ القانون*، (عمان – الأردن: مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨)، ص ١١٦.

(٥) لاحظ: د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، القسم الأول، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٦) لاحظ: عبد الرزاق أحمد السنهوري ود. أحمد حشمت أبو ستيت، مرجع سابق، ص ١١٦.

I.أ.٢. المقصد الثاني

الشروحات التخصصية للعقود

ظهرت الشروحات الفقهية للعقود في العصر الجمهوري في روما، زاد النشاط الفقهى واتسع في العهد الأخير من الجمهورية وعلى الخصوص من ناحية الإفتاء والتأليف وبدأ الفقهاء يتأثرون في مؤلفاتهم بالتعاليم التي تلقوها عن الفلسفة اليونانية . ومن فقهاء هذا العهد فقيهان : اسكافولا وسرفيوس اللذان قاما بتنظيم أحكام مصدرين من أهم مصادر القانون الرومانى وهما القانون المدنى والقانون القضائي(١). فقد وضع اسكافولا مؤلفاً في القانون المدنى من ثمانية عشر جزءاً ، هو على حد قول بمبونيوس أول مؤلف من نوعه في تنظيم أحكام القانون المدنى ، استعرض فيه ما وصلت إليه قرائح الفقهاء السابقين ورتب آراءهم ترتيباً منطقياً ؛ وقد أعتبر مؤلفه هذا مثالا يحتذى فى الفقه ونسج على منواله الفقهاء اللاحقون(٢). أما سرفيوس فقد وضع تعليقاً على منشور الحاكم القضائى وهو أول مؤلف من نوعه في شرح أحكام هذا المصدر الجديد. ومن الفقهاء المشهورين أيضاً فى أواخر عصر الجمهورية الفقيه أكويليوس Aquilius Gallus صديق شيشرون الذى كان بريتورا في سنة ٦٦ ق.م. ثم رفض بعد ذلك أن يرشح نفسه لتولى منصب القنصلية للاشتغال بالقانون والتفرغ له ، وإليه يرجع الفضل في إنشاء بعض الدعاوى مثل دعوى الغش . ومنهم أيضاً Alfenus Varus وهو أول من وضع ذلك النوع من المؤلفات المسمى بالموسوعات Digesta وهي عبارة عن شرح عام للقانون في مختلف فروعه بما في ذلك القانون المدنى والقانون البريتورى(٣).

من المعلوم في العصر الإمبراطوري لم يتغير النشاط الفقهي بتغيير النظام السياسي ، فما زال الفقهاء يتابعون أوجه النشاط المختلفة التي كانوا يمارسونها في العصر الجمهوري . غير أن الفقه أصبح علماً بأصوله وأساليبه ، فهو لا يكتفى بمجرد الإلمام بالأحكام والحلول المتبعة في عصره ، بل يتناول نشاطه تحليل هذه الأحكام وإرجاعها إلى الأصول العامة التي صدرت عنها. فالفقيه هو رجل هذا العصر ، وفيه تركزت الحركة القانونية ، لأنه مؤسس المنطق القانوني المبنى على الاستنتاج والرأى ، وهو لا يتوخى من جراء ذلك تسهيل إجراءات التقاضي فحسب ، بل استنباط الأصول العامة التي تتفرع عنها أحكام القانون . وقد كان له فى انتشار الثقافة اليونانية أكبر عون على بلوغ ذلك ، فاستر شد بها فى طريقة البحث واقتبس من مبادىء الفلسفة اليونانية بعض الأحكام كلما رأى فيها نفع أو فائدة utilitas لأنه لا يرى ارتباطاً بين الخلق والقانون ، ولا يحاول صياغة التعاليم الفلسفية في قواعد قانونية إلا الديما بما ينفع الناس ويعدل بينهم(٤).

---

(١) لاحظ: د. علي بدوي، *ابحاث في التاريخ العام للقانون*، ج١، ط٣، (القاهرة: مطبعة مصر، ١٩٤٧)، ص ٩٤ وما بعدها، ود. عمر ممدوح مصطفى، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٢) وضع الفقهاء اللاحقون مؤلفات في القانون المدنى هى شروح لكتاب اسكافولا عرفت باسم ad Quintum Mucium ومن هؤلاء الفقهاء بمبونيوس وجايوس .

(٣) لاحظ: ايمار أندرية وابواية، *تاريخ الحضارات العام (روما وامبراطوريتها)*، (بيروت: مطبعة دار عويدات، دون سنة النشر)، ص ٧٠ وما بعدها.

(٤) لاحظ: رستو، *تاريخ الامبراطورية الرومانية*، ترجمة: زكي علي ومحمد سليم، ج١، (مكتبة النهضة المصرية، دون سنة النشر)، ص ٥٨.

ونظراً لتطور المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع يتخذ من التجارة حرفة ونشاطاً له تبين عدم ملائمة حصر مصادر الالتزام في بعض التصرفات على سبيل الحصر مع مقتضيات الحياة الحديثة، ونتيجة ذلك التطور هي تعديل مضمون فكرة الالتزام عموماً، والعقد خصوصاً على نحو يتلاءم مع التغييرات التي حدثت في المجتمع الروماني، وسبب تلك التغييرات مرجها هو أهمية قانون الألواح الاثنى عشر من جهة، وإصباغ الحماية القانونية على بعض التصرفات القانونية التي لا تندرج الاطار التعاقدي المعترف به وهو ما كان مفاده تقرير فكرة العقد غير المسمى(١).

مع ما سبق ذكره وفي نفس المنوال فإن الفقيه (جستنيان) يرى بأن العقد لا شيء سوى رابطة قانونية تكون بمقتضاها الأشخاص التزامهم بضرورة أداء شيء معين ومحدد وفقاً للقانون السائد(٢)، بينما ذهب الفقيه (جايوس) إلى ربط فكرة العقد بنقل ملكية الشيء، وصرح بأن الشيء لا يعد ملكاً للفرد، إلا إذا تم نقل ملكية ذلك الشيء إليه، بمعنى لا يوجد العقد دون نقل الملكية، وبهذا المعنى يتكون المضون القانوني للإلتزام، وهذا المضمون يختلف باختلاف طبيعة محل الالتزام ذاته(٣).

يتضح مما تقدم أن القانون الروماني صنف من القوانين المتطورة والتي تأثر بها العديد من القوانين، وذلك أن القانون الروماني له بصمة خاصة في مجال تعريف العقود والوقوف عليها، صحيح أن تاريخ القانون الروماني يبين لنا أن المصدر الأساسي للتشريعات الرومانية هو الأسرة الرومانية الأصيلة، والتي تمثلت بوجود قواعد قانونية منظمة لكافة المسائل في المجتمع الروماني، لكن هذا لا يخفى حقيقة أهمية العقد في المجتمع الروماني آنذك(٤).

I.ب. الفرع الثاني

الإطار الفقهي في تحديد طبيعة العقود

لا شك أن تصنيف العقود على أساس طبائعها القانونية هو في الأساس جهد فقهي، قد يسبق وضع التشريع، عبر المداولات والمناقشات الفقهية عند وضع القانون، وهذا ما نلمسه من الجدليات الفقهية المدونة في مجموعة الأعمال التحضيرية للقوانين المدنية وغيرها، أو عند شرح القانون، إذ غالبا ما يتأثر الفقه برؤية المشرع في تحديد طبيعة العقود، فيُسلم بما قرره المشرع تسليما، أو يواجه ما قرره المشرع بالانتقاد والتمحيص. ولكي نحدد الإطار الفقهي في تحديد طبيعة العقود، لا بد من تقسيم هذا الفرع إلى مقصدين، نعالج في الأول الجهد الفقهي في تحديد طبيعة العقود، ثم نتناول بالبحث النظريات العلمية في تحديد طبيعة العقود.

---

(١) لاحظ: د. محمد يوسف موسى، *الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي*، دون مكان وسنة النشر، ص ١٠ وما بعدها.

(2) Jakob Johann, A Short History of Roman Law, Vienna – 2022, p26.

(٣) لاحظ: صوفي أبو طالب، *أحكام الالتزام*، (دار النهضة العربية، دون سنة النشر)، ص ٣٤ وما بعدها، ود. ثنا الشعراوي، "العقد الإداري في القانون الروماني"، *مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف – دقهلية*، ج١، العدد السابع عشر، يناير، (٢٠١٥): ص ١٠٨٠.

(٤) لاحظ: د. محمد عبد الحميد عبد المجيد العلوي، "أهمية القانون الروماني ومراحل تطوره"، *بحث منشور في مجلة تهامة، جامعة الحديدة، اليمن*، العدد العاشر، ص ١٦٥.

I.ب.١. المقصد الأول

الجهد الفقهي في تحديد طبيعة العقود

في الحقيقة لا توجد نظرية متكاملة حول تحديد طبيعة العقد، سواء في نطاق القانون المدني، أو في نطاق القوانين التي تشتمل على تنظيم قانوني للعقد في نطاقها، وعدم وجود نظرية لتحديد طبيعة العقد قائم على مستويين وله بعدين أساسيين، أما المستويان، فهما المستوى الفقهي والمستوى التشريعي، وأما البعدين فهما بُعد الجانب الموضوعي، وبُعد الجانب الأصولي المنهجي:

- **فعلى المستوى التشريعي:** لا يوجد في القانون المدني تسمية عقد مدني أو تنظيم عامٍ خاصٍ بالعقود المدنية، كل ما هنالك نظرية عامة للعقد نظمها القانون المدني ضمن القواعد العامة في الالتزامات، وأحكام خاصة لعقود تم تسميتها ووضع قواعد قانونية خاصة بها، دون أن تكون هناك ثمة إشارة إلى كونها عقود مدنية أم عقود عابرة للطبيعة. على عكس الحال في القانون التجاري، إذ حدد قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، العقود التجارية في الفصل الأول الخاص بها من الباب الرابع الخاص بالعقود التجارية والعمليات المصرفية، إذ نظّم في الفرع الأول عقد الرهن التجاري في المواد: (١٨٦-٢٠١)، ثم عقد الإيداع في المستودعات العامة في الفرع الثاني في المواد: (٢٠٢-٢١٦)، ثم عقد الحساب الجاري في الفرع الثالث في المواد: (٢١٧-٢٣٨). وبتنظيم المشرع التجاري لهذه العقود، فإن واقع الأمر يلزمنا التساؤل وإستخلاص النتائج المترتبة على هذا التحديد التشريعي للعقود التجارية، فهل أن هذا التحديد وارد على سبيل الحصر دون إمكان القياس عليها، أم على أساس إنتقاء الأهم من بين العقود التجارية وتنظيمها بقواعد خاصة؟ وهذا يعني أن ثمة عقود تجارية مسماة وأخرى غير مسماة على غرار ما مقرر تشريعاً[١] وفقهاً[٢] في القانون المدني، فيما لو سلّمنا بمعايير أخرى غير التحديد التشريعي. كما أن هذا التحديد قاد –بالضرورة- إلى تحديد الفقه واجتهاده في التمييز بين ما هو مسمى هنا تحت طائلة العقود التجارية، وما مسمى في القانون المدني تحت طائلة العقود المنظمة فيه، فبهذا التحديد في القانون التجاري وجب التمييز بين عقد الرهن المدني وعقد الرهن التجاري، كما وجب التمييز بين عقد الايداع المدني وعقد الايداع التجاري؛ لكن هل هذا مناسب في التطبيق على بقية العقود في الجانبين؟ بمعنى هل أن كل مسمى للعقد في القانون المدني يقابله –بالضرورة – عقد بالتسمية ذاتها في القانون

---

(١) نصت المادة (٧٦)، من القانون المدني العراقي على أنه: ((١- تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل. ٢- أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الاحكام الواردة في الفصول المعقودة لها، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية.)).

(٢) حيث إتجه الفقه إلى عد كل تنظيم للعقد في القانون المدني أو غيره، سواء في ضمن الكتاب الخاص بالعقود المسماة، أو في خارجه، كالرهن والحوالة، عقداً مسمى. لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، خواطر *مدنية؛ أفكار وآراء في القانون المدني*، (السليمانية: مكتب الفكر الوعي للاتحاد الوطني الكوردستاني، ٢٠٠٩)، ص٣٠٠.

التجاري، والعكس صحيح في طرح التساؤل؟ والجواب هو ليس من الضروري ذلك، فعقد العمل مثلاً هو عقد مدني صرف، لا يقابله عقد عمل تجاري!، كذلك بقية عقود التبرع في القانون المدني لا يقابلها بالضرورة وكأصل عام عقود تجارية للمسميات ذاتها، كعقد الهبة وعقد الإعارة؛ وبالمقابل هناك عقود تجارية لا يقابلها بالمسمى نفسه عقد ذو طبيعة مدنية، كعقد الحساب الجاري. إلا أن معظم العقود المسماة في القانون المدني لها نظير في القانون التجاري، كعقد البيع والمقاولة والايجار والوكالة ، فهناك بيع تجاري، وإيجار تجاري (إيجار تمويلي) وعقود مقاولة ذات طبيعة تجارية وعقود أخرى للوكالة تجارية بطبعها، كالوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوساطة وغيرها؛ ولربما تقودنا هذه النتيجة بالجواب على السؤال الذي طرحناه في أعلى هذه الفقرة، عن معيار التحديد التشريعي للعقود، والذي تتحدد به العقود التجارية على أساس تحديد المشرع لها، إذ لا يكفي هذا التحديد لسببين منطقيين، السبب الأول، إن ما هو وارد من عمليات مصرفية في الفصل الثاني من الباب الرابع من قانون التجارة هي في حقيقتها عقود أو تصرفات قانونية، كالنقل المصرفي والاعتماد المستندي واجارة الخزائن. والسبب الثاني، أن معظم الأعمال التجارية التي حددتها المادتان الخامسة والسادسة من قانون التجارة، إن لم يكن جميعها، هي عقود، أو لا يستوي القيام بمعظمها بمنأى عن إبرام العقود بشأنها، كالبيع والشراء والايجار والإستئجار، هذا على المستوى التشريعي.

- **أما المستوى الفقهي:** لا توجد نظرية فقهية تتعلق بتحديد طبيعة العقد المدني أو التجاري أو حتى الاداري، كل ما هنالك شروط وقيود، حتى على نطاق التمييزات العقدية، إهتم الفقه، وخصوصاً الفقه المدني، بالتمييز بين العقود ذات الطبيعة الواحدة، فإجتهد الفقه المدني في تمييز البيع عن غيره من العقود التي قد تلتبس به، والايجار عن غيره من العقود التي قد تلتبس به، والمقاولة من العقود التي قد تلتبس بها، وهكذا، وكل هذه التمييزات والمجهودات الفقهية إتصلت بجانب التكييف أكثر من إتصالها بجانب الطبيعة. وهذا ما يدعو إلى القول أن ثمة قصوراً فقهياً في تحديد طبيعة العقود، ولا سيما من بُعدين يمثلان الجانب الموضوعي من جهة والجانب الأصولي المنهجي من جهة أخرى:

- **فمن حيث الجانب الموضوعي:** إقتصرت مجهودات الفقه على تحديد التكييف القانوني للعقود، وهذا بحد ذاته يعد قصوراً في إكتمال الصورة التي تتحدد بها منطقة كل عقد، فإلى جانب فك الالتباس بين البيع –على سبيل المثال- والايجار وغيره، نرى من الضروري وضع المعايير التي بموجبها يتم فك الالتباس بين البيع كعقد مدني والبيع كعقد تجاري، بل والبيع كعقد إداري أو دولي.

- **ومن حيث الجانبين الأصولي والمنهجي:** يجب الإعتراف بأن القانون المدني يؤدي دورين مهمين، هما: دوره كشريعة عامة، ودوره كقانون متخصص بالمعاملات المدنية، وهذا يقودنا إلى مسألتين: الأولى أن القواعد العامة لجميع العقود مهما كانت طبيعتها منظمة فيه. والثانية

أن الأصل في كل عقد أنه مدني، فينبغي أن تحد نطاق طبيعته القوانين الأخرى وليس القانون المدني. كما أنه ينبغي ألا نجعل من القواعد العامة المنظمة للعقد في القانون المدني أساسا نستند إليه أصولياً أو منهجياً لحكمنا على كل عقد أنه مدني بطبعه، بل لا بد من النظر إلى العنصر الغالب الذي يؤثر على حقوق الطرفين وإلتزاماتهما، إذ بعكس ذلك يبدو البحث في تحديد طبيعة العقود لا صائل منه ويكون الجهد المبذول فيه بلا جدوى؛ فعلى الرغم من تسليمنا أن العقود جميعها مدنية من حيث التنظيم القانوني لأحكامها العامة بل والهامة، لكن مقتضيات التخصص التشريعي والفقهي والقضائي، وضرورات الأحكام الخاصة بالعقد تبعاً لطبيعة، إقتضت أن تكون هناك خصوصية للعقود التجارية من جهة، وللعقود الادارية من جهة أخرى، وخصوصية من حيث قواعد الاسناد للعقود الدولية من جهة ثالثة، وهذا هو فحوى الجانبين الأصولي والمنهجي للقصور الفقهي في تحديد طبيعة العقود. تأكيداً على ما سبق فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن: (عقد اشتراك التلفون يعتبر من عقود القانون الخاص التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية والمنتفعين بخدماتها)[١].

I.ب.٢. المقصد الثاني

تكوين النظريات العلمية في طبائع العقود

لا توجد – على حد علمنا – نظرية تتحدث عن ضوابط تحديد طبيعة العقود بشكلٍ متكامل، بحيث يتم الاعتماد عليها في بيان الأسس التي ينهض بها كل عقد على مستوى القانون المنظم له، إذ أضحى معلوماً أن العقد بأصله العام هو عقد مدني، لكن هذا لا يمنع من وجود عقود في نطاق القانون التجاري (عقود تجارية)، وأخرى في نطاق القانون الإداري (عقود إدارية)، كما أن فقه القانون الدولي الخاص أطلق لفظة (العقود الدولية) على تلك التي يشوبها عنصر أجنبي.

وإذا نظرنا إلى واقع التنظيم التشريعي والمعالجات الفقهية لمجموعة العقود في نطاق كل قانون من هذه القوانين التي تحكم العقود، لا نجد ثمة نظرية منظمة للعقد بشكلٍ وافٍ، إلا في نطاق القانون المدني، ففي هذا القانون توجد النظرية العامة للعقد، وهي نظرية شاملة لجميع الأحكام الموضوعية المتصلة بالجوانب الأساسية للعقد، بغض النظر عن طبيعته، بل وبغض النظر عن تكييفه أيضاً، فهذه النظرية شاملة لكل مراحل العقد من مفاوضات وإبرام وإنعقاد وتراضي وصحته وعيوبه والأهلية التعاقدية ومحل العقد وسببه وشروطه المقترنة به وأسباب بطلانه وتوقفه وأحكامهما، فضلاً عن تنفيذه والاخلال بتنفيذه ونتائج الاخلال به من مسؤولية عقدية أو فسخ، فضلاً عن إقالته وكل ما هو متصل بمراحله المتنوعة من لحظة إبرامه إلى إنتهاء الآثار المترتبة عليه، وقد أُلِّفت في ذلك كتب[٢] متخصصة لهذه النظرية الهامة العامة التي تعد بحق أحد أعمدة القانون المدني. كما إهتم الفقه المدني بشرح العقود

(١) حكمها في الطعن (١٨) لسنة (٢٩) في (٢٨ / ديسمبر / ١٩٨٥).

(٢) مثل كتاب الأستاذ السنهوري، *نظرية العقد، بجزئين*، وبطبعات متعددة، (بيروت: منها طبعة منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨). وأيضاً كتاب الأستاذ عبد المجيد الحكيم، *الوسيط في نظرية العقد*، صدر منه الجزء الأول في إنعقاد العقد، (بغداد: طبعة شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٧).

المسماة التي نظم أحكامها القانون المدني، وهي عقود أساسية تتصل بمناحي الحياة المهمة، كالبيع والايجار والوكالة والمقاولة وغيرها، وقد تكون بعض هذه العقود مدنية من جانب وذات طبيعة أخرى من جانب آخر، وهنا يُطرح التساؤل، هل أن المشرع حسم مدنيتها بتنظيمها في القانون المدني، أم أنه إكتفى بتنظيم الأحكام دون إهتمام ببيان الطبيعة؟؟.

لا يذكر أي قانون – في العادة - أي أمر متصل بطبيعة نمط أو عقد أو واقعة أو تصرف، فأمر تحديد الطبيعة هو شأنٌ فقهي في الدرجة الأولى، لكن الفقه يعتمد على التنظيم التشريعي لهذه الأنماط من الوقائع والتصرفات ومنها العقود، ليخرج بنتيجة تحدد طبيعتها. ولا شك أن الجانب الأعظم من التنظيم للعقد نجده في القانون المدني، سواء في نظرية العقد، أو في الأحكام الخاصة بكل عقد مسمى منظم فيه، أما إصباغ الطابع غير المدني، التجاري أو الاداري أو الدولي، لبعض العقود، إنما جاء لدواعي التخصص علماً والاختصاص عملاً، وهذا ما دعا بعض الفقه إلى عد العقود جميعها مدنية[١]، وقد إستند في ذلك إلى أنه لا يوجد عقد يبرم في أي مكان وفي أي زمان ما لم تطبق عليه الأحكام العامة للعقد في القانون المدني، واحياناً الاحكام الخاصة لبعض العقود المدنية حتى وان ابرمت هذه العقود ضمن اعمال الادارة او التجارة او كانت مشوبة بعنصر اجنبي.

من الضروري لكي نعرف تحديد طبيعة العقود من الجانب الفقهي، فإن هناك بعض الأساسيات التي يستند عليها الفقه لتحديد طبيعة العقود،وإذا أردنا أن نُركز في هذا الموضوع على العقود التجارية والتي تعتبر نوعاً من العقود التي ظهرت نتيجة التطور الذي مر به العالم كنتيجة لتوسع التجارة وإيجاد سبل جديدة أو حديثة نسبياً مقارنةً بالعقد المدني، من اجل أن تتحقق أغراضها المرتبطة بالسرعة والإئتمان[٢]، ولما كانت القواعد العامة للعقد في القانون المدني، تسري على العقود التجارية، كغيرها من العقود ، فإن العقود التجارية تختص بصفات خاصة لها، تقودنا إلى معرفة تعبير(العقد التجاري)، فإذا كان محل العقد عملاً من الأعمال التجارية، فالعقد يعد تجارياً أيضاً، والإ فإنه يعد عقداً مدنياً[٣]، ولكن العمل يمكن أن يكون مختلطاً أي (مدنياً و تجارياً في الوقت نفسه)، فشراء المحصولات من المزارع بقصد بيعه ثانيةً يعتبر عقداً مدنياً بالنسبة للمزارع، في حين يعد تجارياً بالنسبة للمشتري[٤]، لذا إن هذا المعيار قاصراً على تحديد طبيعة العقد، وهو عقد تجاري، ولكن غالباً ما يذهب الفقه والقضاء لاستعمال التعبير المذكور ، ينطوي، حسب ما يذهب اليه الفقهاء[٥]، على بعض الغموض الذي ربما يثير اللبس في التفكير، (إذ يوحي بوجود فئة مستقلة من العقود ذات صفة تجارية بحتة إقتضاها التعامل التجاري، تقوم الى جانب العقود المدنية، في حين أن العقود التجارية لا

---

(١) لاحظ: الدكتور محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، مرجع سابق، ص ٢٧٣.

(٢) لاحظ: د. أكرم ياملكي، *الجويز في شرح القانون التجاري العراقي*،ج١، (بغداد: شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٧٦)، ص٦.

(٣) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين، مرجع سابق، ص١٣٩.

(٤) لاحظ: د. باسم محمد صالح، "في العقود التجارية"، *بحث منشور في مجلة العلوم القانونية*، المجلد الثاني، العددان(١،٢)، (١٩٨٩): ص٤٢.

(٥) لاحظ: د.علي البارودي، *القانون التجاري اللبناني*، ج٢، (بيروت: الدار المصرية، ١٩٧١)، ص٥. ود.محمد حسن الجبر، *العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية*، (الرياض: مطابع جامعة الملك سعود، ١٩٨٤)، ص٣.

تختلف في حقيقتها، لا من حيث الأركان ولا من حيث شروط الصحة ولا من حيث أسباب الإنقضاء، عن العقود المدنية، لذا يؤكد كبار الفقهاء في فرنسا انه لا توجد (عقود تجارية) بالمعنى الدقيق، وإنما توجد عقود مسماة توصف بالمدنية أو التجارية تبعاً لصفة أطراف العقد (الغرض من التعاقد)[١].

وكذلك لكي نتعرُّف على طبيعة العقد في كونه تجارياً من عدمه، هناك بعض المعايير التي اعتد عليها الفقه لتحديد طبيعة العقد، وقد انتصر كل فريق من الفقه لأحد هذه المعايير، وهذه المعايير متنوعة منها ما يتعلق بشخص المتعاقد، ومنها ما يتصل بمحله، ومنها ما يتعلق بالتحديد التشريعي[٢].

أما ما يتعلق بالعقد الاداري، فإن فقهاء القانون الإداري يسمون بعض العقود بالعقود الإدارية، إذا توفرت فيها بعض الشروط، ومنها أن تدخل الإدارة طرفاً فيها، وتتعلق بنشاط مرفق عام، وأن تستخدم الإدارة وسائل القانون العام، لكن حتى وان توافرت هذه الشروط فان أي عقد تبرمه الإدارة سوف تكون له تسمية وهذه التسمية تجعله خاضعاً لقواعد القانون المدني ضمن الأحكام العامة للعقد أو الأحكام الخاصة لبعض العقود[٣]. وعليه فقد قررت محكمة التمييز العراقية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٦/١٢/١٦ بأنها: تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية أو التجارية أنها تستهدف مصلحة عامة وهو تسيير المرافق العامة . وقد جاء أيضا في قرار للمحكمة الإدارية العليا في العراق في ١٩٨٦/٢/٢٤ (مناط العقد الإداري أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراض وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة بخلاف العقد المدني والتجاري). وفي نفس المنوال أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث جاء بأحد قراراتها بأنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ولمصلحتها فإن هذا العقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توفرت العناصر الأخرى التي يميز العقد الإداري...[٤].

تأسيساً على ما سبق نجد في قرارات محكمة تمييز العراق أن المحكمة المذكورة قد اعتبرت اتصال العقد بمرفق عام يجعل من العقد إدارياً حسب ما جاء في أحد قراراتها .... تبين أن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري وليس عقد مدني لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة يحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام وتخضع فيه لحكم القوانين والأنظمة)[٥].

---

(١) نقلاً عن: د.محمد حسن الجبر، مصدر نفسه، ص٣.

(٢) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، عقود إنتقال اللاعبين، مصدر سابق ص١٣٩. و لاحظ أيضا: بحثه عن: طبيعة العقد مع الجهة الخاصة بوصفها وكيلاً لجهة عامة، سبقت الاشارة إليه، ص١١٧.

(٣) لاحظ: المرجع السابق نفسه، ص ٢٧٤.

(٤) حكمها الصادر في (٧) / مارس / ١٩٦٤، والمنشور في مجموعة الأحكام الخاصة بالسنة التاسعة، ص ٧٦٣.

(٥) حكمها المؤرخ (٢٨/ ٧ / ١٩٦٦)، والمنشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني (١٩٦٩) ، ص ٢٠٨.

II. المطلب الثاني

المسوِّغات العملية لتحديد طبيعة العقود

إن القانون مادة حية غذاؤها التطبيق العملي، فإذا اقتصر الأمر فيه على ما يسجل في التقنينات والتشريعات، وعلى ما يدون في كتب الفقهاء، لم يعد أن يكون مذهباً من المذاهب العلمية. وهو بعد ذلك يكون قد تجرد من أهم مزية له؛ صلاحيته للتطبيق العملي حتى يقوم بمهمته الأساسية من تنظيم الروابط الاجتماعية . فالقضاء هو الذى يطبق القانون، وهو الذى يبعث فيه الحياة، فيجعله يعيش وينمو ويتطور، ويصقله ويهذبه، ويطبعه بطابع العصر الذي وجد فيه[١].

ولبيان المسوِّغات العملية لتحديد طبيعة العقود، نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول المسوِّغات التشريعية، وفي الفرع الثاني نبحث عن المسوِّغات القضائية لتحديد طبيعة العقود.

II.أ. الفرع الأول

المسوِّغات التشريعية

من الممكن أن نعرف المسوِّغات التشريعية لتحديد طبيعة العقود، من خلال بحثنا في مقصدين، نتطرق في المقصد الأول الى النسق التشريعي وتحديد طبيعة العقود، ونخصص المقصد الثاني الوصول الى الحكم المطلوب.

II.أ.١. المقصد الأول

النسق التشريعي وتحديد طبيعة العقود

تحكم التشريعات قواعد تنظيمية نسقية تحيطه بأصول وضوابط محكمة، بحيث يكون لائقاً منه مخاطبة الأفراد وإلزامهم بقواعده الملزمة، والنسق التشريعي أمرٌ تحتمه الصناعة التشريعية، له مقتضياته ومعطياته المتعددة، وهو إتساق علمي يجري بموازاة الإنسجام الفني للقواعد القانونية، على نحو يراها المطبق جملة متلائمة بعضها مع بعض ، يشير تبيانها بوضوح إلى كل ما يقصده المشرع دون لبس أو تفاوت . لذا عَرَّف الفقه النسق التشريعي بأنه: حالة من مواءمة وانسجام في المنظومة القانونية جميعها، أو ضمن التشريع الواحد، فيتماشى معها المشرع بقدر ما يمكن أن يحصل من التعارض أو التناقض بين النصوص ويجعلها على وفاقٍ وتجانسٍ متين، يجعل البناءَ التشريعيَّ في الدولة بنياناً مرصوصاً[٢] . وهذا النسق تقتضيه طبيعة القواعد القانونية كونها قواعد سلوك اجتماعي تعالج علاقة الأشخاص فيما بينهم، من خلال عيشهم في نظامٍ قانوني تكون السيادة فيه للقانون وحده، وهذا النظام لا يقوم في مجمله إلا على قواعد آمرة ملزمة تلزم الأفراد باحترامها وطاعتها عن طريق السلطة العامة عند الاقتضاء[٣].

---

(١) لاحظ: د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، القسم الأول، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٢) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، *الهندسة التشريعية*، (أربيل: مركز البحوث القانونية، ٢٠٢٢)، ص٣٠٧.

(٣) لاحظ: د. سليمان الناصري، *المدخل لدراسة القانون – دراسة مقارنة*، (الأردن: دار وائل للطباعة والنشر، ١٩٩٩)، ص ٢١. ولاحظ أيضا: فائق محمد حسين، "مبدأ النسق التشريعي – دراسة تحليلية"، (أطروحة الدكتوراه، كلية القانون – جامعة السليمانية، كوردستان/ العراق، ٢٠٢٣)، ص ٢١.

إن النسق التشريعي يفرض أن يختص كل قانون بتنظيم العلاقات التي تنتمي إليه، ففي مجال العقود، ينظم القانون المدني العقود ذات الطبيعة المدنية، و ينظم القانون التجاري العقود ذات الطبيعة التجارية، وأيضاً الحالة نفسها فيما يتعلق بالقانون الإداري. كما أن تخصص كل قانون بتنظيم العلاقات التي تنتمي إليه، يسهل الأمر على القاضي وكذلك الباحثين في الرجوع إلى القواعد القانونية المراد تطبيقها على الوقائع، وهذا يتصل بعملية تسمى بالتصنيف وهي ألصق بموضوع تحديد الطبيعة القانونية منه بالتكييف القانوني(١).

لكن ينبغي التنويه إلى أن بعض الأحكام المتعلقة بالعقد تُضفى عليها طبيعة مغايرة لطبيعة القانون المختص بتنظيم هذا العقد، وهذا الأمر يتصل بالقانون المدنية وغلبة الطابع المدني على أحكام العقد، فلا فرق بين كل العقود، مهما إختلفت طبائعها، من حيث تطبيق القواعد العامة عليها، وهي كثيرة وأحكامها متشعبة، منظمة ضمن القانون المدني، وهذا ما دعا أن تكون معظم العقود مدنية، كما أنه أحد مرتكزات حالة الأصل في العقود كونها مدنية، كما أن هذا الأمر قاد الكثير إلى التشكيك في تنوع طبائع العقود، فالعقود عنده كلها مدنية(٢).

مع ذلك فإن طبائع العقود تتعدد على وفق الرأي الغالب في التشريعات والفقه والقضاء، فمع وجود قوانين عدة تتصل أحكامها بمنظومة العقد، أضحى أمر وجود عقود تجارية وأخرى إدارية، إلى جانب العقود المدنية أمر واقعي لا مناص منه. كما أن التنظيم التشريعي للعقد ونسميته ضمن القانون الذي يختص بتنظيم أحكامه، هو سند الفقه والقضاء في إضفاء الطبيعة على العقد، ذلك أن تنظيم العقد في أكثر من قانون، وتعلقه بأكثر من إختصاص، بفرض وجود حالات إتباس هنا وهناك، إذ على الرغم من وحدة مسميات بعض العقود، من الممكن أن تكون لصورها عدة طبائع، فقد قررت محكمة التمييز العراقية في الحكم الصادر عام (١٩٦٧) بأنها: ... فضلاً عن أن المقاولة تتعلق بإنشاء مدرسة وهي إحدى المرافق العامة وقد أجري العقد بطريقة المناقصة وبشروط خاصة فهو لذلك عقد إداري وليس عقد مدني ولا تجاري(٣). قررت محكمة التنازع الفرنسية في حكم شهير لها في قضية (Pyrot) عام ١٩٦٣ بأن: العقد الذي أبرم بين شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز وبين أحد المقاولين وكان متعلقاً " بالإشغال العامة عدته عقدا إداريا وليس مدنياً على أساس أن شركة الاقتصاد المختلط تعمل لحساب الإدارة. وكذلك قررت محكمة التمييز العراقية في الحكم الصادر عام (١٩٦٧) بأنها: ... فضلاً عن أن المقاولة تتعلق بإنشاء مدرسة وهي إحدى المرافق العامة وقد أجري العقد بطريقة المناقصة وبشروط خاصة فهي لذلك عقد إداري وليس عقد مدني ولا تجاري(٤).

ولا يقتصر الأمر على العقد بل على أشخاصه من جهة، وعلى موضوعه من جهة أخرى، فقد يطال اللبس والغموض أشخاص العقد مما يؤثر على تحديد طبيعته، كما أن الأمر

---

(١) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، *الفرق بين التكييف القانوني للوقائع وتصنيفها*، (أربيل: مركز البحوث القانونية، ٢٠٢٣)، ص ٩٨.

(٢) د. علي البارودي، مرجع سابق، ص٥. و د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

(٣) رقم الحكم (١٦/ ٢/ ١٩٦٧) في (١٣/ ٤/ ١٩٦٧).

(٤) رقم الحكم (١٦/ ٢/ ١٩٦٧) في (١٣/ ٤/ ١٩٦٧).

لا يخلو من أهمية فيما يتعلق ببعض موضوعات العقود ذات الاهتمام المشترك لأكثر من قانون.

أ/- ففيما يتعلق بأشخاص العقد، فعلى نطاق الشخص الطبيعي يوجد الإنسان المستهلك، ويوجد الإنسان المنتج، وبين هذا وذاك ينهض صراع في التطبيق بين القانونين المدني والتجاري. وتتعقد المسألة أكثر في نطاق الأشخاص المعنوية، فقد يكون الشخص المعنوي عام، يختص به القانون الاداري، وقد يكون خاصاً، وفي هذه الحالة إما أن يكون شخصاً معنوياً ذو طابع مدني، كالجمعيات والشركات المدنية، أو شخصاً معنوياً تجاريا، كالمؤسسات المالية والشركات التجارية[١].

بـ/- وفيما يتعلق بموضوعات العقد التي قد يُلتبس في تحديد طبائعها، فهي كثيرة ومتنوعة، فالشراء والبيع ومقاولات التشييد والبناء وتسليم المفتاح وغيرها، قد تختلط طبائعها فيصعب تحديد كونها موضوعات مدنية أو تجارية أو إدارية، كذلك الوقف والرجوع عن الهبة أهو موضوع يختص به القانون المدني أم يختص به قانون الأحوال الشخصية؟ وكذلك موضوع الملكية الفكرية أهو موضوع متصل بالقانون المدني، كما يرى البعض، أم أنه موضوع تجاري بحت؟.

نخلص مما تقدم أن القانون هو الذي يحدد معاييره في تحديد طبيعة العقود، أو يضع الضوابط المُوجِّهة للقاضي لمعرفة طبيعة العقود، وقلَّما يعتمد على نية المتعاقدين في تحديد الطبيعة، بعكس ما عليه الحال في التكييف القانوني، كما أنه لا يعقد لنظرية السبب وزناً في تحديد طبيعة العقد. وهذا إتجاه بدأ يسود الفقه المدني في نظرته لهذه النظرية، ليس فقط في دورها في التفسير وتحديد الطبيعة، بل بشكل عام في ترتيب الأحكام المدنية، من هذا المنطلق فقد ذهب الفقيه الفرنسي بلانيول (Planiol) إلى القول بعدم ضرورة نظرية السبب واعتبر أن القانون قد أخطأ عندما اعتبر السبب ركناً في العقد حتى أن بعض التشريعات كالبولوني والسويسري والألماني اخذت بفكرة العقد المجرد عن السبب معتبرة بأن الالتزام يستمد صحته من مجرد الوعد وإن عدم صحة الوعد أو عدم مشروعيته لا تتبع بطلان العقد، في حين ذهب الفقيه كابيتان (Capitant) إلى أن نظرية السبب دليل تمدن وحضارة ووسيلة لتهذيب القانون. فإن القضاء الإداري المصري في قرارها المرقم (١٣٠٣) لسنة (٨ق) جلسة (٢١ / ١٢/ ١٩٦٦)، أقر بأن العقد يعتبر عقداً إدارياً، لأن السبب فيه هو المصلحة العامة وهذه المصلحة

(١) قررت محكمة القضاء الإداري في العراق النهج نفسه في حكمها الصادر في ٢٤ / ٤ / ١٩٥٦ بأنها: متى كان الثابت إن وزارة التموين نفسها المشرفة على مرفق التموين بالبلاد تدخلت في أمر سلعة الشاي واتخذت من الإجراءات وأصدرت من التشريعات ما رأته كفيلا بتحقيق ما تهدف إليه من توفير سلعة من السلع وقد استعملت في سبيل ذلك سلطتها في الاستيلاء ووضعت القواعد التي تحكم تنظيم تداولها وتوزيعها ... ومن ثم تكون الاتفاقات والعقود التي تعقدها اللجنة عقوداً إدارية وليست مدنية ، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في العراق بالطعن رقم ١٣٨٦ بتاريخ ١٨ / ١ / ١٩٩٤. وكذلك محكمة التمييز العراقية فقد ذهبت في حكم لها في ١٩٦٦/٧/٢٨ إن العقد الإداري الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري وليس عقد مدني لأنه يستهدف ادارة مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة وتجري فيه الحكومة بإتباع أساليب القانون العام .

تختلف عن السبب في العقود المدنية وهي في الأغلب مصلحة خاصة[١]. وقررت المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه يشترط في العقد – أياً كان إدارياً أو مدنياً - أن يكون له محل وأن يكون المحل مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه، ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه إذا كان محظوراً أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام[٢].

II.أ.٢. المقصد الثاني

الوصول الى الحكم المطلوب

إن أحد أهم غايات التصنيف القانوني للوقائع هو تسهيل أمر الوصول إلى الحكم المطلوب، ولا شك أن تحديد طبيعة العقود من قبل المشرع، سيسهل العمل على من يريد الوصول إلى تطبيق حكم القانون على الواقعة، فيرجع إلى القانون المدني إذا كان العقد مدنياً، وإلى القانون التجاري إذا كان العقد تجارياً، وإلى القانون الإداري إذا كان العقد إدارياً. لأكن هذه المسألة ليست قطعية، فأحياناً يتصل النزاع بأمر إختصت القواعد العامة في القانون المدني بتنظيمه، كالأهلية أو السبب أو المسؤولية، وقد سبق أن ذكرنا أن الضرورة التشريعية تقتضي وجود قواعد عامة تطبق على سائر العقود، إنما الأمر متصل بواقعة على إرتباط فعّالٍ بتحديد طبيعة، كإتصال العقد بنشاط مرفق عام، أو إرتباطه بالمضاربة على الربح، أو تعلقه بنية التبرع.

كما لابد ان يتم الوصول الى الحكم المطلوب على مسألة تحديد طبيعة العقد المقرونة بالنزاع، فيما لو كان عقد مدنياً أم تجارياً أم إدارياً، هنا قد يتفاعل دور التكييف مع الدور الذي يلعبه مطبق القانون في الكشف عن الطبيعة القانونية للعقد، ولكن كيفية الوصول الى هذا الحكم وفق أي معيار وعلى أي أساس ستكون؟.

هناك قواعد معينة – تحكم نشاط القاضي – في تحديده للحل القانوني واجب التطبيق على واقعة الدعوى، فإلى جانب ما ذكره البعض[٣] عن التفسير والوقوف عند جوهر القاعدة القانونية والإستنباط، نضيف لها قاعدة الفصل بين وصف الواقعة العقدية وطبيعتها:

(١) لاحظ: د. علي عبد الأمير قبلان، *أثر القانون الخاص على العقد الإداري*، ج١، (بيروت/ لبنان: مكتبة زين الحقوقية والأدبية –٢٠١١)، ص ٣١٧.

(٢) حكمها الطعن المرقم (١٣٠٣) لسنة (٨) ق)، جلسة (٢١/ ١٢/ ١٩٦٦)، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً، من سنة ١٩٥٥ إلى سنة ١٩٧٠ ، ص ١١٨.

(٣) د. متزن جلال أحمد، مرجع سابق، ص٥٧.

أ- **أهمية التفسير في تحديد التكييف القانوني للعقد وطبيعته القانونية**: يقتضي تكييف الواقعة العقدية، مطابقة دقيقة لوقائع الدعوى مع النماذج القانونية المقررة في التشريع المنظم للعقد، وتطرح المطابقة غالباً مشكلة تفسير القوانين التي يكون مضمونها أو مجال تطبيقها غير محدد، إذ يجب على القاضي أن يبحث عن النص القانوني الذي ينطبق تماماً على واقعة الدعوى، وقد يكون أمراً ميسوراً، إلا أن الأمور لا تسير دائماً على النحو البسيط، فقد يحدث تنازع بين نصين أو أكثر على واقعة واحدة، وقد يكون هناك غموض أو لبس في النص القانوني. ففي هذه الفروض يجب على القاضي أن يحل هذا التنازع أو الغموض عن طريق الفحص الدقيق والتفسير السليم للنصوص القانونية للتوصل إلى النص الذي ينطبق تماماً على الواقعة العقدية المعروضة عليه[١].

ب- **ضرورة الوقوف على جوهر القاعدة القانونية**: يلاحظ أن المنهج القانوني قد تطور من مجرد الإعتماد على شكل القاعدة القانونية إلى الإعتماد على المصلحة التي تحميها تلك القاعدة، أو بمعنى آخر لا نبحث عن إرادة المشرع من وراء شكل القاعدة القانونية، وإنما يبحث عن هذه الإرادة من وراء المضمون (مضمون القاعدة القانونية) أو المصلحة المحمية[٢].

ج- **جواز اللجوء إلى الاستنباط:** يجوز اللجوء إلى الاستنباط لمعرفة القاعدة القانونية واجبة التطبيق في ضوء مضمون القاعدة. إلا أن صحة الاستنباط تتوقف على تحديد مدلول المصلحة المحمية. فيكون لزاماً على القاضي ضرورة وقوفه على المدلول الدقيق للمصلحة المحمية عند تفسير النص[٣].

د- **الفصل بين تكييف الواقعة العقدية وتحديد طبيعتها:** لا شك أن عملية التكييف هي من أولى العمليات الذهنية التي يلجأ لها القاضي عند نظر الدعوى، ومن خلال تكييفه قد يصل إلى بيان طبيعة العقد وبالتالي طبيعة الدعوى أهي من إختصاصه النوعي[٤] أم لا، كما لو كان تكييف القاضي للعقد بين كونه بيع أو مقاولة، فإن أوصله التكييف إلى البيع، فإن العقد مدني، وإن أوصله إلى المقاولة فإنه تجاري بحسب مقتضيات العقد، لكن أحياناً لا يقود التكييف إلى الطبيعة، فقد تكون الواقعة العقدية مرتبطة بشكل العقد أو بركن الرضا، وينعقد تكييفها على أنها هذه أو تلك، ومع ذلك يعتقد القاضي أن العقد المتنازع عليه هو عقد تجاري، لأن القانون

---

(١) المرجع السابق نفسه والصفحة نفسها.

(٢) لاحظ: د. متزن جلال أحمد، مرجع سابق، ص٥٧.

(٣) .لاحظ د. محمد علي سويلم، *التكييف في المواد الجنائية*، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية ، 2005)، ص١٢٦-١٢٨.

(٤) يقصد بالاختصاص النوعي للمحاكم ، تحديد ولاية المحاكم في النظر في نوع معين من الدعاوى، وهذا النوع من الاختصاص يعد من النظام العام. لاحظ: د. آدم وهيب النداوي، *المرافعات المدنية*، (جامعة بغداد، ١٩٨٨، ص ٨٥.

المختص بتطبيقه[١] هو القانون التجاري، والذي يقع على القاضي إثبات وجوده[٢]، لذا يجب إحالة الدعوى المتعلقة به للمحكمة المختصة.

يلاحظ أن سلطة القاضي ليست مطلقة للوصول الى تحديد التكييف القانوني ومن ثم الى الحكم المطلوب، بل مقيدة في نطاق قواعد معينة تحكم عمل القاضي في تحديد الحل القانوني الواجب التطبيق على واقعة الدعوى المعروضة امامه المطلوب تحديد طبيعتها ، سنتحدث فيها بشكل موجز ، إن عملية التفسير في تحديد التكييف القانوني في البداية يتم تكييف الواقعة ومطابقة لواقع الدعوى مع النماذج القانونية المثبتة في التشريع[٣].

وأخيراً يمكن للمشرع أن يعطي وصفاً غير دقيق لعقد من العقود، وعدم الدقة في الحكم قد تكون بدون فائدة و بدون قصد، فمثلاً في فرنسا اعتبر المشرع اتفاق المساعدة الزراعية المتبادلة من عقود التبرع حسب نص المادة (٢٠) من قانون ٨أغسطس ١٩٦٢ وهذا غير دقيق بطبيعة الحال لأنه في هذا الإتفاق توجد التزامات متبادلة ولا توجد نية التبرع وإنما إكتفى المشرع بتخلف المقابل النقدي أو العيني ليعتبره كذلك، وقد تعمد المشرع أن يعطي عقد بيع عقار تحت التشييد صفة عقد البيع بالرغم من ان القواعد التي تحكمه تمزج بين نظام عقد البيع ونظام عقد المقاولة(قانون ٣ يناير، ٧ يوليو ١٩٦٧)[٤].

II.ب. الفرع الثاني

المسوّغات القضائية

لاشك ان لكل قضاء تخصص معين، فمثلاً تم تشكيل محكمة التجارة تختص بالقضايا التجارية والقضاء الإداري يختص بالامور الادارية وقضاء العمل يختص بمنازعات المتعلقة

---

(١) إن القانون المختص بالتطبيق هو القانون الذي احتوى على القاعدة القانونية التي فيها فرضية الواقعة والحكم الموضوع لها ، إذ أن القاضي عندما تعرض عليه واقعة معينة ، فانه يتوجب عليه وحده أن يبحث ويفتش عن فرضية هذه الواقعة في مختلف القواعد القانونية حتى يجد لها حكما مناسبا يطبقه عليها . وهذا يعني أن القانون المختص بالتطبيق هو القانون الذي له خصوصية التطبيق على هذه الواقعة ، لا بمعنى أنه يختص بالتطبيق على هذه الواقعة دون غيرها ، بل بمعنى أن الواقعة قد انحصر تطبيق هذا القانون عليها دون غيره ، ثم أن هذا لا يعني حتمية وجود قانون واحد مطبق بمفرده على مفردات الواقعة ، بل قد تتعدد فقرات الواقعة فيختص كل قانون بالتطبيق على كل فقرة من فقرات هذه الواقعة ، كأن يتعرض قاضي محكمة البداءة لواقعة تشتمل على عمل تجاري واخلال بتنفيذ التزام موجب لنهوض المسؤولية المدنية، فهنا يتحتم على القاضي تطبيق القانون التجاري على الفقرة التجارية، كما أن عليه تطبيق القانون المدني على الفقرة المدنية الواردة في الواقعة ؛ لكن كيف يحدد جنس الفقرة ، فعلى أي أساس يضفي الصفة المدنية أو التجارية أو غيرها على هذه الفقرة أو تلك في الواقعة ؟، لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، بحثه في أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية، مرجع سابق، ص٩١.

(٢) إن لقاضي دائما هو المعني بإثبات القانون أيا كان وطنيا أو أجنبيا لاحظ: الأستاذ مصطفى كامل ياسين ، *كيف يطبق القانون الأجنبي* ، (بغداد: مطبعة العاني ، ١٩٥٧)، ص٨ . أ.د. عباس العبودي ، *شرح أحكام قانون الإثبات العراقي* ، (الموصل:دار الكتب ، ١٩٩٧) ، ط٢ ، ص٢٣ . وكذلك أ.د. عباس العبودي ، *شرح أحكام قانون البينات الجديد* ، (عمّان: دار الثقافة ، ٢٠٠٤)، ص٣٤ وما بعدها .

(٣) لاحظ : د. أحمد فتحي سرور، *الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام*، (دار النهضة العربية، طبعة١٩٩١)، رقم ٢٢، ص٣٩.

(٤) نقلاً عن: د. نبيل إبراهيم سعد، *الضمانات غير المسماة*، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٩٠)، ص٢٠- ٢٢.

بعقود العمل، وعلى هذا الأساس، نقسم هذا الفرع الى مقصدين الأول يتناول التخصص القضائي، ونفرد الثاني لتحقيق العدالة العقدية المنشودة.

II.ب.١. المقصد الأول

التخصص القضائي

الاختصاص هو تحديد الجهة القضائية التي خولها القانون الفصل في المنازعات، وهذا الاختصاص يعد بمعناه العام[١]، وقواعد الاختصاص هي التي تتعين المنازعات التي تدخل في ولاية كل محكمة، ويقسم الاختصاص الى ثلاثة انواع، سنعرضها باختصار وكالاتي:-

١. **الاختصاص المتعلق بالوظيفة:** تعتبر المحاكم المدنية[٢] صاحبة الولاية العامة بالقضاء في كافة النزاعات التي تحدث بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية بما في ذلك الحكومة، الا اذا وجد نص قانوني يعمل على خروج نزاع من ولايتها، ومن المعروف ان هذا المبدأ نصت عليه المادة (٣)من قانون التنظيم القضائي رقم(١٦٠) لسنة١٩٧٩: ((تسري ولاية القضاء جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية، العامة والخاصة إلا ما استثنية بنص خاص)) ، فالمبدأ العام أن المادة المذكورة تشير الى أن المحاكم المدنية تختص في نظر كافة النزاعات إلا إذا وقع عبء إثبات عدم إختصاص المحكمة وظيفياً كالنزاع المتعلق بعقد المغارسة، فقد اعطى قانون الإصلاح الزراعي حق للجان المشكلة بموجبه لحل هذه النزاعات ومنع المحاكم من سماع الدعوى المتعلقة لاثبات تلك الحقوق.

عرفنا فيما سبق أنّ الأختصاص الوظيفي بمعناه العام[٣] هو البحث عن ما هو من الإختصاص المحاكم وما هي النزاعات التي تقع خارج إخصاصها، وأن القواعد الإختصاص الوظيفي من النظام العام[٤].

٢. **الإختصاص المتعلق بنوع الدعوى وقيمتها:** المقصود بالاختصاص النوعي، هي تلك القواعد التي تحدد أصناف المحاكم ودرجاتها وإختصاص كل منها يستند على نوع من انواع الدعاوى اما تبعاً لطبيعتها أو تبعاً لقيمتها، فإختصاص محكمة الأحوال الشخصية هو النظر في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومحكمة العمل متخصصة بالنظر في المسائل والقضايا التي ينص عليها في قانون العمل، ومحكمة البداءة متعلقة بالقضايا والدعاوى التي نص القانون عليها، فلكل محكمة من المحاكم ولاية معينة لنظر نوع أو أكثر من الدعاوى، ولا تستطيع أي محكمة أن تتجاوز هذة الولاية، ولذلك بامكاننا أن نؤشر أن الأختصاص النوعي قريب من الأختصاص الوظيفي، بل الإختصاص الوظيفي هو نوع من الإختصاص النوعي بمعناه العام[٥]. كما ان الإختصاص النوعي من النظام العام، فليس

---

(١) لاحظ: مدحت المحمود، *شرح قانون المرافعات المدنية رقم(٨٣) لسنة (١٩٦٩) وتطبيقاته العملية*، الطبعة الثانية، (بغداد: موسوعة القوانين العراقية، ٢٠٠٨)، ص٤٢.

(٢) وفق نص المادة(٢٩)، من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٣) لاحظ: مدحت المحمود، مرجع سابق، ص٤١-٤٢.

(٤) لاحظ: د. آدم وهيب النداوي، مرجع سابق، ص٨٣.

(٥) لاحظ: محمد كمال أبو الخير، *قانون المرافعات معلقا على نصوص بأراء الفقهاء سنة ١٩٦٣* ، ص١٤٥.

للخصوم أن يتجاوزه حتى لو اتفقوا على ذلك، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها بدون أن يطلب الخصوم فيجوز الدفع به بأي مرحلة من مراحل الدعوى، أيضا حتى في مرحلة الإستئناف[١] والتمييز.

٣. **الإختصاص المكاني**: الإختصاص المكاني أو الصلاحية المكانية تعني مجموعة من القواعد والاسس التي تبين ما لمحكمة من المحاكم الدرجة الواحدة من الإختصاص للنظر في المنازعات القضائية في نطاق مكاني معين، وتستند هذه القواعد إما على موطن المدعى عليه، أو بسبب موضوع الدعوى أو الدعوى ذاتها (مصدر الإلتزام)، في الأساس تطبيقاً للقاعدة الفقهية تقام الدعوى في محكمة محل إقامة المدعى عليه، ويثبت هذه الإجراءات للمدعى عليه في محكمة موطنه، وأجاز القانون إقامة الدعوى في محكمة المحل الذي نشأ فيه الإلتزام أو في محكمة محل العقار إذا كان موضوع الدعوى متعلقة بحق عيني على العقار[٢]، إن قواعد الصلاحية أو الإختصاص المكاني لا يعد من النظام العام في حال إذا لم يعترض الخصوم على الإختصاص المكاني، ليس بإستطاعة المحكمة من تلقاء نفسها أن تقرر الدفع بعدم إختصاصها المكاني وإحالة الدعوى الى المحكمة المختصة مكانياً بنظرها، والأصل أن الإختصاص المكاني يعتمد على مجموعة من الإعتبارات تتعلق بمصلحة المدعى عليه، لأن المشرع يفترض براءة ذمته من الدعوى وعدم مسؤوليته عنها، إن هذه الإختصاصات التي بحثناها هي نتيجة حتمية تترتب على تصنيف الوقائع بتصنيف قوانينها المختصة[٣]، وبالتالي تتبع المحاكم في تقسيم إختصاصها، لا سيما النوعية، طبيعة الوقائع المنظورة أمامها، وبالتالي فإن تحديد طبيعة العقود تتحدد به نوع الدعوى أهي مدنية أم تجارية أم إدارية، وغالبا ما تكون طبيعة الدعوى متصلة بطبيعة المحكمة، لكن ليست هذه بمبدأ، فأحيانا يتم نظر الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي أو القضاء الاداري لاعتبارات عملية. فضلاً عنا سبق فإن تحديد نوع الدعوى قد يسهل العمليات القانونية للوصول الى التخصص القضائي السليم للمحافظة على حقوق الأطراف[٤].

II.ب.٢. المقصد الثاني

تحقيق العدالة العقدية المنشودة

وبما أن العدالة العقدية متعلقة بالعقد حصراً لذا تكون جزء أو صورة من العدالة بمفهومها العام، وبصورة أدق جزء من العدالة التبادلية[٥]، وإن العدالة العقدية لا يمكن أن تتحقق الإ بوجود متطلبات أساسية و مكملة لتحقيق المنفعة المقصودة من ابرام العقد بما يحقق

(١) وفق نص المادة(٢/٢٠٩)، من القانون المرافعات المدنية رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
(٢) بموجب نص المادة (٣٦)، من القانون أعلاه.
(٣) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، كتابه الفرق بين...، مرجع سابق، ص ٥٥.
(٤) في المعنى نفسه، لاحظ: د. آدم وهيب النداوي، مرجع سابق، ص٩٩.
(٥) جاك غستان، *المطول في القانون المدني – تكوين العقد*، ترجمة: منصور القاضي، (لبنان: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٠)، ص ٢٥٦.

هذا النوع من العدالة المتطلبة داخل نطاق العقد، ودون تعديل العقد وتفسيره أو استبعاد الشروط التعسفية[١] لا يمكن أن تتحقق العدالة العقدية، وكذلك يجب أن يكون العقد عند ابرامه وتنفيذه ينسجم مع مبدأ حسن النية لكي jتحقق العدالة العقدية، ومتفقاً مع النظام العام، لذا يصبح مبدأ حسن النية والنظام العام من المتطلبات الظرورية لتحقيق العدالة، ولكن تصحيح العقد بإستبعاد الشرط التعسفي وإكمال مضمون العقد وتعديله تعتبر متطلبات أساسية لتحقيق العدالة التعاقدية، وهذا كله وفق القوانين المدنية في العراق ومصر وفرنسا[٢].

وقد لا نقصد من الشرط التعسفي المعنى الضيق له والمتعلق بعقد الإذعان، والذي تنحصر صورته في إحتكار أحد المتعاقدين لخدمات وسلع ضرورية يقوم الموجب في العادة بتقديمها ويضع شروطاً لا تقبل المناقشة، وهذه الشروط التعاقدية تعتبر تعسفية كون الموجب هو الذي يتحكم في وضعها، ويمكن أن تتحقق مصلحته على حساب الطرف الضعيف (المذعَن)، وإنما نقصد به كل شرط تعاقدي يحقق منفعة أو ميزة لمصلحة المشترط على عاتق المتعاقد الأخر[٣]، فهو الشرط الذي يسبب اختلال التوازن بين حقوق والتزامات كل من طرفي العقد. وهذا يختلف عن الشروط الاستثنائية الواردة في العقد الإداري، لذا ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قرارها الصادر في ١٩٥٠/١٠/٢٠ أكد على أن الشروط الاستثنائية هي تلك التي تمنح أحد المتعاقدين حقوقا أو تحمله الزامات غريبة في طبيعتها من تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري. وجدير بالذكر فإن القضاء الفرنسي لم يعتبر العقد إدارياً إلا إذا كان وثيق الصلة بالمرفق العام كعقد امتياز المرافق العامة أو عقد الوظيفة العامة أو العقد الذي يحقق غرض المرفق العام حالاً ومباشرة كعقد نقل الجنود والمؤن على سفينة خاصة، وعقد توريد الوجبات الغذائية كالعقد الذي أبرمه الزوجان (بيرتان) عام (١٩٩٤) والمتضمن التعهد بتقديم الوجبات الغذائية اليومية للقوات الروسية وعائلاتهم الموجودين في فرنسا لحين عودتهم إلى بلادهم مقابل (٢٠) فرنك يومياً للشخص الواحد دون النظر إذا كان العقد يتضمن شروطاً استثنائية من عدمه[٤].

وفيما يتعلق بعناصر العدالة العقدية فإن العقد لا يوصف بأنه يحقق العدالة بين طرفيه، إلا إذا كان عادلاً ونافعاً والمقصود بالأول هو التناسب بين الأداءات، أصبح كل من المنفعة المقصود من العقد والتناسب بين الأداءات عناصر أساسية لتحقيق العدالة العقدية، ودون أي

---

(١) لاحظ: د. منصور حاتم محسن، "متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية"، *بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية*، المجلد ١٦، العدد ٣، (٢٠١٨): ص٢ .

(٢) نص المادة (٢/١٦٧)، من قانون المدني العراقي، والمادة(١٤٩)، من قانون المدني المصري، يقابلها نص المادة (١/١٣٢)، من القانون حماية المستهلك الفرنسي رقم(٩٤٩/٩٣) لسنة ١٩٩٣ المعدلة بالقانون رقم (٩٦/٩٥) لسنة ١٩٩٦.

(٣) لاحظ: د. سليمان البراك الجميلي، "الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة"، (أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين،٢٠٠٢)، ص١، وقد عرفه د.عبد الفتاح عبد الباقي بأنه((كل شرط ينافي ما يستوجب التعامل بحسن النية ولما يجب أن يسود في هذا التعامل منه نزاهة وشرف))، انظر كتابه، *موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة*، ١٩٨٤، ص١٨٧.

(٤) د. أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، *العقود الإدارية*، الطبعة الخامسة، (القاهرة: دار النهضة العربية ، ٢٠١١)، ص ٢٩.

منهما لا يمكن أن يوصف العقد بأنه محققاً للعدالة العقدية[١]، وأصبحت العدالة العقدية بعنصريها أساساً مع الإرادة لإضفاء القوة الملزمة للعقد[٢]، فإن القوة الملزمة للعقد لم يعد أساسها يقتصر على إرادة المتعاقدين حسب المفهوم التقليدي للمذهب الفردي، وإنما أصبح لها مفهوم جديد يتمثل في أن العدالة العقدية أصبحت أساساً لها أيضاً[٣].

ومن الجدير بالذكر أنه يمكن أن تتحقق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين إذا تدخل القاضي في تعديل العقد، فلا يجوز للقاضي أن يتدخل في تعديل العقد إلا في النطاق الذي رسم له القانون، هذا يلاحظ من نص المادة(١٤٦) من القانون المدني العراقي الفقرة الأولى منها على أنه: ((إذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)[٤]. وعندما يتم إعادة التوازن بين حقوق وإلتزامات المتعاقدين نتيجه تدخل القاضي في إصلاح الإختلال والعمل على تحقيق العدالة التعاقدية برفع الغبن عن المتعاقد المستَغَل أو تعديل شرط تعسفي في عقد ما، وهنا يقصد بتعديل العقد، الصلاحية التي يقدمها المشرع للقاضي المتمثلة بعمل إيجابي يجريه القاضي في بنود العقد لإتمام تحقيق العدالة للأطراف المتعاقدة[٥].

كما إن سلطة القاضي في بداية مرحلة إنعقاد العقد تظهر أثرها في تحقيق العدالة، ويلاحظ هذا في إحدى التطبيقات في المادة (١٢٥) في القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: ((إذا كان أحد المتعاقدين قد إستغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من التعاقد غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر عنه تبرعاً جاز له أن ينقضه)).

ويتضح لنا من النص السابق، أن المشرع العراقي قد منح المتعاقد المغبون الذي أُستُغل ضُعفه لإبرام عقد وأُصابه غبن فاحش، أن يقم الدعوى لرفع الغبن الى الحد المعقول في مدة سنة من تاريخ العقد، إذا ثبت للقاضي تحقق شروط الغبن، أن يرفع الغبن عن المتعاقد الذي أُصيب بالغبن وليس القاضي ملزماً أن يجعل التزامات الطرفين متعادلة تماماً، بل إنما له أن يزيل الغبن الفاحش[٦]. وهذا يتم بطريقتين، إما بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو أن

---

(١) لاحظ: منصور حاتم محسن، "العدالة العقدية"، *بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية*، المجلد ٢٥، العدد ٦، (٢٠١٧): ص ٢٥٨٥.

(٢) لاحظ: د. محمد محسوب، *أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠)، ص ٢٢٣.

(٣) لاحظ: غزالي محمد ضياء الدين وبن شنوف فيروز وبن عمور عائشة، "العدالة العقدية بين الإرادة والقانون"، *بحث نشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية*، المجلد ٧، العدد ١، (٢٠٢٢): ص ٧٢٨.

(٤) يقابلها المادة (١/١٤٧)، من القانون المدني المصري، والمادة (١١٩٣)، من القانون المدني الفرنسي.

(٥) لاحظ: د. راقية عبد الجبار علي، "سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة"، (أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد، ٢٠٠٠)، ص٦.

(٦) لاحظ: د . زهير الزبيدي، *الغبن الإستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية- دراسة مقارنة*، (مطبعة دار السلام من بغداد، ١٩٧٣)، ص١٢١.

يزيد التزامات المتعاقد الغابن[١]، بينما وفق أحكام القانون المدني المصري يخير المشرع المتعاقد المستغَل في مدة سنة من إبرام العقد، بين إبطال العقد أو مطالبة بإنقاص التزاماته، ونتيجة المطالبة الأخيرة يتم التنازل عن حق التمسك بإبطال العقد ونكون أمام تصحيح للعقد ما دام لم يحدث إبطاله[٢].

وأيضاً يوجد تطبيق ملفت للنظر، وهو يستطيع القاضي أن يتدخل في العلاقة العقدية والتغيير في حقوق وإلتزامات المتعاقدين لتحقيق العدالة التعاقدية، حيث نصت المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي[٣].

إن عقد التخصص لقاضٍ في مجال تخصصٍ معين، يتيح له المجال أن يحقق العدالة العقدية المنشودة، فكثير من الوقائع العقدية يرتبط النزاع بمسألة تتصل بتحديد طبيعة العقد، كي يتحقق العقد من تحقق هذه العدالة، فهي إن كانت واحدة في تطبيقات القواعد العامة، لكنها بالتأكيد ستكون متغيرة فيما لو كانت مدنية صرفة أو إدارية صرفة أو تجارية صرفة.

لكن ماذا لو عرض على القاضي نزاع متصل بعقد مركب من عدة عقود مختلفة التكييف، أو عقد مختلط بين عدة عقود مختلفة في الطبيعة؟

في كلتا الحالتين يتداخل أكثر من عقد في علاقة عقدية واحدة، ويعتبر وحدة كاملة متجانسة وفي مثل هذه الحالات ينبغي على القاضي أن يستمد من الصفة القانونية للعقود المركبة[٤] وهي من المكونات الرئيسية، الإ انه قد تواجه المكيف صعوبات جدية في تكييف العقود المركبة قد يكشف لما كانت القواعد الخاصة بالعقود المركبة مختلفة ونظامها القانوني متعارض، وجب على القاضي أن يعتبر العقد المركب كوحدة قائمة بذاتها.

فالعقد المركب بشكل عام له نفس الصفة التي لعنصره الأساسي، القاضي يمكن أن يطبق قاعدة أو مبدأ الفرع يتبع الأصل، فمثلاً إذا كان العقد المركب ممزوج من البيع والإيجار وكان يشكل بصفة الأساسية بيع فبإمكان القاضي ان يخضع كلياً لنظام عقد البيع مع أنه أحد جوانبه مصبوغة بعقد الإيجار.

وكذلك فيما يتعلق بعقد نقل أثاث الذي يتكون من عقد المقاولة وعقد نقل في ان واحد، ويحتوي على عدة عمليات، ومنها عملية حزم الأثاث وشحنها ونقلها، فتعتبر هذه العمليات عقد

---

(١) لاحظ: د. راقية عبد الجبار، "سلطة القاضي في تعديل العقد- دراسة مقارنة"، (أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد، ٢٠٠٠)، ص١٠٥.

(٢) المادة (١/١٢٩)، من القانون المدني المصري.

(٣) لاحظ: المادة التي نصت على أنه: ((إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يكن مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق الى حد المعقول إن إقتضت العدالة ذلك، يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك))، وتقابلها في القانون المدني المصري المادة (١٤٧) الفقرة الثانية مع إختلاف واحد فقط إن القانون المدني المصري قد أعطى الصلاحية للمحكمة بأن (ترد الإلتزام المرهق الى حد المعقول)، ولكن يلاحظ في القانون المدني العراقي عبارة (أن تنقص ألإلتزام المرهق الى الحد المعقول).

(٤) لاحظ: د. طارق كاظم عجيل، *الوسيط في عقد البيع*، ج١، انعقاد العقد، (بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠٠٨)، ص٩.

المقاولة[١]، ويعد عقد ذات طبيعة تجارية وبناءً على ما يستند عليه من عمليات قانونية سابقة يمكن أن تصل الى الحكم المطلوب بشكل جدي ودقيق.

الخاتمة

وبعد أن انتهينا من كتابة بحثنا الموسوم (مُسوِّغـــات تحديد طبيعة العقود)، توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات أهمها هي ما يأتي:

أولاً: النتائج

١. تتغيُّر نوعية العقود تبعاً لصفة طرفي العقد، ولا سيما عند أحدهما عقداً مدنياً ولكن عند الطرف الثاني يعتبر عقداً تجارياً. وتظهر بعض النظريات العلمية في إبرام بعض العقود، منها هل هذه العقود تجارية أم مدنية؟ ولاسيما في العقود التي لم ينص المشرع على تجارتها.

٢. تحديد طبيعة العقد يؤثر على حقوق والتزامات الأطراف في العقود التجارية والعقود المدنية حيث تتغير نوعية العقود تبعا لصفة طرفي العقد.

٣. تحديد طبيعة العقد يتطلب معرفة التخصصات اللازمة والمهارات المطلوبة لتنفيذ العقد بنجاح.

٤. تحديد طبيعة العقد يتطلب شرح وافٍ لكل من الأطراف حول الالتزامات والحقوق المترتبة على العقد.

٥. تحديد طبيعة العقد يتطلب فهم الإطار الفقهي والقانوني للعقد وما إذا كان يتماشى مع القواعد والأحكام الشرعية والقانونية.

٦. تحديد طبيعة العقد يتطلب مراجعة ودراسة النظريات العلمية المتعلقة بطبيعة العقود وتطبيقها على العقود الحالية.

٧. تحديد طبيعة العقد يتطلب فهم النسق التشريعي والقانوني للتشريع في البلد المعني وتطبيقه على العقود.

٨. تظهر بعض النظريات العلمية في ابرام بعض العقود أن تحديد طبيعة العقد يساعد على الوصول إلى الحكم المطلوب في حالة وجود نزاع أو خلاف حول العقد.

ثانياً: التوصيات:

١. نوصي المشرع التجاري أن يضع نظرية عامة للعقود التجارية، وليس فقط الاكتفاء بتنظيم بعض العقود.

٢. نوضي المشرع الاداري أن يضع نظرية عامة للعقود الادارية بنصوص عامة.

٣. النص في القانون المدني على وضع فكرة عامة لتحديد طبيعة العقد عندما يكون هناك التباساً بين أكثر من عقدين.

قائمة المراجع

(١) ل احظ: د.نبيل ابراهيم سعد، *العقود غير المسماة*، ج١، (بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٩٧)، ص١٨.

أولًا : الكتب والبحوث

١. ايمار أندرية وابواية، *تاريخ الحضارات العام (روما وامبراطوريتها)*، بيروت: مطبعة دار عويدات، دون سنة النشر.

٢. جاك غستان، *المطول في القانون المدني – تكوين العقد*، ترجمة: منصور القاضي، لبنان: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٠.

٣. د. أحمد فتحي سرور، *الوسيط في القانون العقوبات، القسم العام*، دار النهضة العربية، طبعة١٩٩١.

٤. د. آدم وهيب النداوي، *المرافعات المدنية*، جامعة بغداد، ١٩٨٨.

٥. د. أكرم ياملكي، *الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي*،ج١، بغداد: شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٧٦.

٦. د. باسم محمد صالح، *القانون التجاري*، بغداد: المكتبة القانونية.

٧. د. ثروت بدوى، *النظرية العامة في العقود الإدارية*، مكتبة القاهرة الحديثة، طبعة ١٩٦٣.

٨. د. حسن عبد الحميد، *فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ومفهوم القانون "الأساس الديني للقانون"*، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

٩. د. زهير الزبيدي، *الغبن الإستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية- دراسة مقارنة*، مطبعة دار السلام من بغداد، ١٩٧٣.

١٠. د. سامي جمال الدين، *أصول القانون الإداري*،ج٢، الأسكندرية: منشأة المعارف ، ١٩٩٦.

١١. د. سليمان الناصري، *المدخل لدراسة القانون – دراسة مقارنة*، الأردن: دار وائل للطباعة والنشر، ١٩٩٩.

١٢. د. سليمان محمد الطماوي، *الأُسس العامة للعقود الإدارية*، الطبعة الرابعة،١٩٨٤.

١٣. د. صاحب عبيد الفتلاوي، *تاريخ القانون*، عمان – الأردن: مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.

١٤. د. صوفي حسن أبو طالب، *أحكام الالتزام*، دار النهضة العربية، دون سنة النشر.

١٥. د. صوفي حسن أبو طالب، *الوجيز في القانون الروماني*، القاهرة: دون ذكر مطبعة وسنة نشر.

١٦. د. طارق كاظم عجيل، *الوسيط في عقد البيع*، ج١، انعقاد العقد، بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠٠٨.

١٧. د. عبد الفتاح عبد الباقي، *موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة*، ١٩٨٤.

١٨. د. علاء الدين عبدالله فواز الخصاونة، *التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي*، عمّان: دار الثقافة، ٢٠٠٢.
١٩. د. علي البارودي، *القانون التجاري اللبناني*، ج٢، بيروت: الدار المصرية، ١٩٧١.
٢٠. د. علي الزيني، *اصول القانون التجاري النظرية العامة و الشركات*، القاهرة : ١٩٤٥.
٢١. د. علي بدوي، *ابحاث في التاريخ العام للقانون*، ج١، ط٣، القاهرة: مطبعة مصر، ١٩٤٧.

٢٢. د. علي عبد الأمير قبلان، *أثر القانون الخاص على العقد الإداري*، ج١، بيروت/ لبنان: مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ٢٠١١.
٢٣. د. عمر ممدوح مصطفى، *القانون الروماني*، ج١، الإسكندرية: مطابع البصير ، ١٩٥٤، ط٢.
٢٤. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، *مبادئ القانون الإداري*، بغداد: المكتبة القانونية.
٢٥. د. محمد حسن الجبر، *العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية*، الرياض: مطابع جامعة الملك سعود.
٢٦. د. محمد سليمان الأحمد، *الفرق بين التكييف القانوني للوقائع وتصنيفها*، أربيل: مركز البحوث القانونية، ٢٠٢٣.
٢٧. د. محمد سليمان الأحمد، *الهندسة التشريعية*، أربيل: مركز البحوث القانونية، ٢٠٢٢.
٢٨. د. محمد سليمان الأحمد، *الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين*، عمّان- الأردن: المكتبة القانونية، ٢٠٠١.
٢٩. د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية؛ *أفكار وآراء في القانون المدني*، السليمانية: مكتب الفكر الوعي للاتحاد الوطني الكوردستاني ، ٢٠٠٩.
٣٠. د. محمد عبد الواحد الجميلى، *ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري*، دار النهضة العربية.
٣١. د. محمد علي سويلم، *التكييف في المواد الجنائية*، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية ، 2005.
٣٢. د. محمد محسوب، *أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني*، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
٣٣. د. محمد يوسف موسى، *الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي*، دون مكان وسنة النشر.
٣٤. د. مه زن جلال أحمد، *مشكلات التكييف في المسؤولية المدنية دراسة تحليلية مقارنة*، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب ، الطبعة الأولى، ٢٠١٧.
٣٥. د. نبيل إبراهيم سعد، *الضمانات غير المسماة*، الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٩٠.
٣٦. د. نبيل ابراهيم سعد، *العقود غير المسماة*، ج١، بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

٣٧. د.محمد ماهر أبو العينين، *العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام (٢٠٠٤)*.
٣٨. رستو، *تاريخ الامبراطورية الرومانية*، ترجمة: زكي علي ومحمد سليم، ج١، مكتبة النهضة المصرية، دون سنة النشر.
٣٩. *مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً، من سنة ١٩٥٥ إلى سنة ١٩٧٠*.
٤٠. محمد كمال أبو الخير، *قانون المرافعات معلقا على نصوص بأراء الفقهاء سنة ١٩٦٣*.
٤١. مدحت المحمود، *شرح قانون المرافعات المدنية رقم(٨٣) لسنة (١٩٦٩) وتطبيقاته العملية*، الطبعة الثانية، بغداد: موسوعة القوانين العراقية.
٤٢. موفق البياتي، *شرح المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني العراقي*، بيروت-لبنان: مكتبة السنهوري، ٢٠١٤.

ثانياً: الرسائل الجامعية

١. د.سليمان البراك الجميلي، "الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين،٢٠٠٢.
٢. د. راقية عبد الجبار علي، "سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد،٢٠٠٠.
٣. فائق محمد حسين، "مبدأ النسق التشريعي – دراسة تحليلية"، أطروحة الدكتوراه، كلية القانون – جامعة السليمانية، كوردستان/ العراق، ٢٠٢٣.
٤. د. هارون عبد العزيز، "النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة – دراسة مقارنة –"، رسالة دكتوراه - جامعة عن شمس.

ثالثاً: البحوث

١. د. باسم محمد صالح، "في العقود التجارية"، بحث *منشور في مجلة العلوم القانونية*، المجلد الثاني، العددان(١،٢)، (١٩٨٩).
٢. د. ثنا الشعراوي، "العقد الإداري في القانون الروماني"، *مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف – دقهلية*، ج١، العدد السابع عشر، يناير، (٢٠١٥).
٣. ديلباز، "غزو القانون العام لعقد العمل"، *مجلة القانون العام١٩٣٩*.
٤. غزالي محمد ضياء الدين وبن شنوف فيروز وبن عمور عائشة، "العدالة العقدية بين الإرادة والقانون"، بحث *نشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية*، المجلد ٧، العدد ١، (٢٠٢٢).
٥. ليفاسير، "تطور خصائص قانون العمل، مجموعة الدراسات المهداة الى الأستاذ ريبير"، الجزء الثاني.

٦. د محمد سليمان الأحمد و د أحسن رابحي، "طبيعة العقد مع الجهة الخاصة بوصفها وكيلاً لجهة عامة"، بحث *منشور في مجلة العقد الإجتماعي* ، العدد(١)، السنة (٢٠٢١).
٧. د. محمد سليمان الأحمد، "أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص"، بحث *منشور في مجلة الرافدين للحقوق*، مجلد(١/السنة التاسعة)،عدد (٢٠)، اذار (٢٠٠٤).
٨. د. محمد عبد الحميد عبد المجيد العلوي، "أهمية القانون الروماني ومراحل تطوره"، بحث *منشور في مجلة تهامة، جامعة الحديدة، اليمن*، العدد العاشر.
٩. منصور حاتم محسن، "العدالة العقدية"، بحث *منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية*، المجلد ٢٥، العدد ٦، (٢٠١٧).
١٠. د. منصور حاتم محسن، "متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية"، بحث *منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية*، المجلد ١٦، العدد٣، (٢٠١٨).

رابعاً: النصوص القانونية

١. القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة(١٩٤٨) المعدل.
٢. القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة(١٩٥١) المعدل.
٣. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل.
٤. القانون التجارة العراقي رقم(٣٠) لسنة(١٩٨٤).
٥. القانون المدني الفرنسي.

خامساً: الأحكام القضائية

١. حكم الصادر في (٧) / مارس / ١٩٦٤).
٢. حكم الطعن المرقم (١٣٠٣) لسنة (٨) ق)، جلسة (٢١/ ١٢/ ١٩٦٦).
٣. حكم المؤرخ (٢٨/ ٧ / ١٩٦٦)، مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني (١٩٦٩).
٤. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٧/٣/٢٤ ، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٣ .
٥. حكمها في الطعن (١٨) لسنة (٢٩) في (٢٨ / ديسمبر / ١٩٨٥).
٦. حكم في الطعن رقم(٥٨١١) لسنة ٤٢ق-جلسة ١١/٢٤/ ١٩٩٨.

سادساً: المصادر والمراجع باللغة الأجنبية

1. Alan Watson, the law of Obligations in the later Roman Repuplic, Oxford, 1965.
2. Jakob Johann, A Short History of Roman Law, Vienna – 2022.
3. Olivier Hekster and Koenraad Verboven (eds.), The Impact of Justice on the Roman Empire. Proceedings of the Thirteenth Workshop of the International Network Impact of Empire (Gent,

June 21-24, 2017), (Impact of Empire, Volume: 34), Leiden; Boston: Brill, 2019.