دور التطويع الإتفاقي في حماية التوازن الاقتصادي للعقد/ (دراسة مقارنة)

The role of adaptation in protecting the economic balance of the contract "Comparative Legal Study"

احمد هاشم نايف المساري
الباحث

أ.د سليمان براك الجميلي
كلية القانون/جامعة الفلوجة

الملخص

يعد تطويع العقد من الوسائل التي تعالج اختلال التوازن الاقتصادي للعقود، الناتج عن تغير الظروف المحيطة بالعقد عند التنفيذ، عن طريق أدراج شروط ذات طابع احتياطي في العقد من قبل المتعاقدين عندما يتوقع كلاهما حدوث متغيرات اقتصادية تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، يكون الغرض منها الحد من اثر هذه الظروف، دون أن يصطدم بقانون العقد المتفق عليه، فيلجأ المتعاقدان من خلال قواعد وأساليب متعددة إلى تطويع العقد لحماية التوازن الاقتصادي.

Abstract

The topic " qualification of contract according to changes of performance circumstances" deals with the more importance of contract details. Because this treats the problems may be arise as results of break one or more parties as reaction the changes may obtain which breaks the balance of economical effects.

However, the parties of contract to avoid these results, they lay down contractual terms resolve this problem, this way made the contract responds to performance equipments .

المقدمة

يعد تطويع العقد الإتفاقي من أهم الوسائل التي يلجأ لها لحماية التوازن الاقتصادي للعقد، عند عدم إمكانية المتعاقدين اللجوء إلى الحماية التي توفرها نظرية الظروف الطارئة ، لعدم تحقق الشروط التي تتطلبها هذه النظرية , في الكثير من الحالات عند التنفيذ، وعليه ففي حال تعذر إعمال نظرية الظروف الطارئة يلجأ المتعاقدان إلى إدراج بنود في عقودهم لمعالجة ما قد يطرأ عند التنفيذ من خلل في التوازن الاقتصادي , دون أن تنطبق الأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام .

فيرتبط التطويع , من حيث كونه وسيلة لملاءمة العقد لمختلف الظروف عند التنفيذ , بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد , بأن يشتمل العقد على الوسائل القانونية والاتفاقية الكافية لمواجهة مختلف الظروف التي يمكن أن تستجد أثناء التنفيذ , دون أن تؤدي إلى فسخه , أو أن يكون مثارا للنزاع , مع الحفاظ على القوة الملزمة له , فالتطويع يجعل العقد في منطقة وسطى بين المرونة والقوة , مرنا لكي يستجيب لمتطلبات ظرف التنفيذ حتى لا يختل التوازن الاقتصادي للعقد بحيث يتحمل احد المتعاقدين وحده اثر الظرف , مع احتفاظه بقوته التي تمنع أيا من المتعاقدين من الإفلات من قوته الملزمة .

ومن هنا تبدو أهمية الموضوع من خلال ما له من دور فعال في تكييف العقد مع المتغيرات التي تستجد أثناء التنفيذ مؤديةً إلى اختلال توازنه الاقتصادي وتفاوت المراكز الاقتصادية للمتعاقدين، فهو يعد من الوسائل الوقائية المهمة لحماية التوازن الاقتصادي للعقد ، وهذا ما دفعنا إلى أختياره عنواناً لبحثنا هذا ، لأنه يحافظ على عدالة التعاقد ، ويمنع النزاع وإجراءات التقاضي.

اعتمد البحث أسلوب البحث الوصفي والتحليلي لنصوص ومواد القوانين ، ومن خلال المقارنة بين عدة قوانين، القانون العراقي والمصري والفرنسي، مع الإشارة إلى موقف القضاء في العراق وفي ظل القوانين الأخرى حيثما أمكن ذلك.

وحيث إن التطبيق العملي للتطويع يتخذ إما أسلوب الشرط النقدي، وإما أسلوب الشرط الاقتصادي، أو أسلوب الثمن المفتوح للتطويع ، لذلك نتولى بحث هذه الأساليب من خلال ثلاثة مباحث، نعرض في المبحث الأول أسلوب الشرط النقدي، وفي المبحث الثاني نخصصه لأسلوب الشرط الاقتصادي، وأما المبحث الثالث نتكلم فيه عن أسلوب الثمن المفتوح , وكما يأتي :-

المبحث الأول

أسلوب الشرط النقدي

قد يرجع اختلال التوازن الاقتصادي للعقد , لتغير أسعار عملة الوفاء , نتيجة ظروف لا تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة , ولمعالجة ذلك الاختلال , يدرج المتعاقدان عند أبرام العقد شرطا يتم معالجة الاختلال عند إعماله , أي أن المتعاقدين يتحسبان للتغير في سعر صرف عملة الوفاء فيضمنا عقدهما هذا الشرط , وهذا ما يدعى بالشرط النقدي , لأن الغرض منه تحييد أثر تغير أسعار صرف النقود من أن تؤثر في عقدهما .

يقصد بالأسلوب النقدي وضع شروط معينة تتسم بالطابع النقدي في العقد يكون الغرض منها تجنب أسعار صرف عملة الوفاء , كأن يتم الوفاء على أساس القيمة الحقيقية للنقود , وليس على أساس القيمة الأسمية , وذلك من خلال تنفيذ العقد عن طريق الدفع بغير العملة الوطنية محاولةً لإيجاد توازن اقتصادي بعيداً عن العملة التي انخفضت أو زادت قيمتها التي يؤدي اعتمادها بالوفاء , إلى اختلال التوازن الاقتصادي في مراكز الطرفين، ولهذا الأسلوب صورتان ، أما الصورة الأولى فهي الأداء العيني، وأما الثانية فهي الأداء القيمي، ولبيان جوانب الموضوع نقسم هذا المبحث إلى مطلبين , نبحث الأداء العيني في أولهما , ونعرض الأداء القيمي في ثانيهما وكما يأتي :-

المطلب الأول

الأداء العيني

يقوم المدين أحياناً في حالة تغير أسعار صرف عملة التنفيذ , أو الخشية من ذلك ، بأداء ما أشترط تنفيذه عيناً بدلاً من الالتزام الأصلي [١]، ويتم بموجب الشرط النقدي تحديد تنفيذ الالتزام النقدي بموجب الدفع بالعملة الأجنبية وذلك خشية من هبوط سعر صرف العملة الوطنية للمتعاقدين , ومن ثم هبوط قوتها الشرائية , فيلجأ المتعاقدان إلى الاحتياط عبر شرط تحديد تنفيذ الالتزام بالعقد بعملة أجنبية مستقرة في القيمة نسبياً ، ومن هنا يؤدي شرط التطويع النقدي وظيفة ملاءمة العقد مع الظروف التي تستجد أثناء التنفيذ , دون أن يترتب على تلك الظروف المستجدة , اختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد , وبذلك يتجنبان النزاع في تعديل العقد في ضوء ما استجد من ظروف , أو فسخ العقد , لأن الدائن لن يرضى بالوفاء الصوري , والذي يعني الوفاء بالمبلغ المتفق عليه في العقد , دون الأخذ بنظر الاعتبار هبوط القوة الشرائية للنقد , فهذا ليس وفاء بالمعنى الدقيق للوفاء , بل ليس له من الوفاء إلا صورته , خاصة أن المتعاقد في العقود المالية يرنو إلى كسب منافع , وهذا لا يحقق له ما كان يهدف إليه من منافع , ومن ثم لا يسلم به , ومن هنا يتضح الأثر العملي لشرط الدفع بعملة أجنبية , تتسم بثبات سعر صرفها , عند تغير سعر صرف عملة الوفاء المحددة بالعقد [٢] .

إضافة لما سبق فأن هناك إتجاهاً يرفض هذا الشرط ويعده باطلاً [٣]، لأنه يؤدي إلى استبعاد العملة الوطنية من التعامل ، مما ينتج عنه مخالفة النظام العام الاقتصادي عند بعض الدول[٤]، لكن دون الدخول في الجدل الفقهي بشأن صحة الشرط أو بطلانه ، فأنه أجاز التعامل بالعملة الاجنبية في قانون رقم (٥٦) لسنة٢٠٠٤ الذي أجاز التعامل بالعملة الأجنبية في التعاملات الداخلية والخارجية [٥]، حيث جاء مؤيداً لموقف القانون السابق للبنك المركزي قانون رقم (٦٤) [١].

---

(١) والنظام القانوني للالتزامات التعاقدية يتيح للمتعاقدين الاتفاق على استبدال بالوفاء بالنقد , الوفاء عينا , إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٠٢) على أن : (١ – يكون الالتزام بدلياً اذا لم يكن محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر) ، والمادة (٣٩٩) من القانون المدني العراقي على أن : (اذا قبل الدائن في استيفاء حقه , شيئاً آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء.).

(٢) ينظر قريبا من ذلك د. إدوار عيد: اثر انخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية (نظرية الحوادث الطارئة)، مكتبة زين الحقوقية، لبنان،١٩٩٠،ص١٨.

(٣) ينظر في آراء فقهاء القانون من ذلك د. سليمان مرقص: أحكام الالتزام، بلا طبعة أو دار نشر، القاهرة، ١٩٥٧،ص٤٤٣.

(٤) د. عصمت عبد المجيد: أثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية (دراسة مقارنة)، بحث مستل من مجلة القانون المقارن، بالعدد٣٢ ، ٢٠٠٢، ص١٦.

(٥) نصت المادة رقم (٣٧) من القانون البنك المركزي رقم (٥٦) لسنة٢٠٠٤ على أن: (قد تقوم الاطراف المتعاقدة او اي مشروع طوعي اخر او معاملات تجارية، بما فيها الفاتورة ، او الاداة ، او كمبيالة او ورقة مالية بتقويم التزامها باي عملة يتم الاتفاق عليها. ان تسديد اي دين او التزام ينشا عن العقد او اي مشروع طوعي اخر ومعاملات تجارية ، بما فيها الفاتورة ، الكمبيالة ، اداة او ورقة مالية قد

وقد تسنى للقضاء العراقي أن يبين موقفه من اتفاق المتعاقدين على الوفاء بعملة أجنبية في أكثر من مناسبة , فقد أصدرت محكمة الاستئناف بغداد الرصافة الاتحادية قرارا يقضي بأن: (الحكم بإلزام المدعى عليه بتأديته للمدعي مبلغ مقداره خمسة وعشرين ألف وأربعمائة وأربعين دولار أمريكي ورد دعوى المدعي بالزيادة) [٢].

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز يقضي بأنه: (على المدين إيفاء الذين بالعملة الأجنبية المنصوص عليها في العقد وليس له الزام الدائن بقبول الوفاء بالدينار العراقي ، لأن العقد شريعة المتعاقدين...)[٣].

وجاء قرار محكمة التمييز الاتحادية أيضاً على الأخذ بالعملة الأجنبية يقضي بأنه: (... حيث أن الثابت البدل البالغ (٤٢) ورقة أمريكي ثبت أمامه بأنه غير واصل على أن يسدد بتاريخ ٢٠١٦/٧/١...) [٤].

يتبين مما تقدم أن موقف القضاء من الوفاء بالعملة الاجنبية جاء مؤيداً لألزام المتعاقدين عند تنفيذ العقد بما أتفقا عليه من عملة أجنبية ، لأن العقد شريعة المتعاقدين، وبذلك يتضح موقف القضاء من هذا الشرط لتطويع العقد لإعادة التوازن الاقتصادي له.

المطلب الثاني

الأداء القيمي

يقصد بهذا الأداء أن يقوم المدين بدفع ما يساوي المنفعة التي كان الدائن سينالها فيما لو نفذ التزامه عيناً [٥]، إذ يلتزم المدين بموجب هذا شرط بأن ينفذ التزامه على أساس الدفع بالعملة الوطنية ولكن تحديد

تتم باي عملة متفق عليها على انها عملة التسديد. وقد يعبر او يفهم ضمنا اي اتفاق وفق هذه المادة من خلال الظروف المحيطة والتي تشمل طريقة التعامل واستخدام التجارة او طريقة الاداء).

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٣) من قانون البنك المركزي رقم (٦٤) الملغي على أن: (يجوز ان تستعمل عملة أجنبية للأغراض الوارد ذكرها في الفقرة (١) من هذه المادة، شرط أن يتم ذلك وفق أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه)، حيث صدرت تعليمات البنك المركزي العراقي لسنة١٩٩٥/٩/٤، منشور في الوقائع العراقية بالعدد٣٥٧٩ في ١٩٩٥/٩/٦، والتي أجازت للعراقيين استلام مقابل الخدمات المقدمة لجهات اجنبية بالعملة الاجنبية التي دخلت العراق بصورة مشروعة، وأتبعها صدور الكثير من القرارات والتعليمات التي تجيز التعامل بالعملة الاجنبية، فقد صدر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩ التي التي أجازت للعراقي المقيم وغير المقيم تداول العملات الاجنبية المقبولة في البنك المركزي.

(٢) قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية الهيئة الثالثة بالعدد (١٦٣٣/س/٢٠١٦) المؤرخ في ٢٠١٦/١١/٢٣، (غير منشور).

(٣) قرار محكمة التمييز: المرقم (٦٨/ هيئة العامة/٢٠٠١) المؤرخ في ٢٠٠١/٩/١٦، (غير منشور).

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٦٤٣/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٧/ت/٢٠٤) المؤرخ في ٢٠١٧/١/٢٥،(غير منشور).

(٥) د.عبد المجيد الحكيم؛د. عبد الباقي البكري؛د. محمد طه البشير: القانون المدني واحكام الالتزام،ج٢، المكتبة القانونية،بغداد،دون سنة نشر،ص٩.

مقدار النقد الواجب الدفع يتم بالعملة الأجنبية ، فهنا لا ينفذ المدين التزامه بدفع عملة أخرى، أنما يدفع المبلغ من النقود يقدر على أساس قيمة تلك العملة[١].

ويلجأ المتعاقدان لهذا النوع من التطويع ، في حال منع التعامل بغير العملة الوطنية، فلا تدفع أي عملة أخرى أنما تدفع قيمتها بالنقد الوطني[٢]، أي أن الأداء القيمي استخدم معياراً للقياس لا عملة للوفاء تربط به قيمة الالتزام النقدي، فلا يؤثر على العملة الوطنية ولا يحل محلها، فيقوم المدين بتنفيذ التزامه بالدفع على أساس مقدار ما يساوي قيمة العملة الأجنبية عند تنفيذ التزامه بالعملة الوطنية للمتعاقدين[٣].

حيث يتم تنفيذ الالتزام عند حلول أجله بالعملة الوطنية التي تتخلى عن وظيفتها كأداة وفاء حقيقية إلى العملة الأجنبية وتكون أداة وفاء صورية فقط ، لأن مبلغ النقود الذي يلتزم بدفعه المدين يكون بما يعادل قيمة العملة الأجنبية التي حددها المتعاقدان في العقد، فهنا يتم التعامل بالعملة الوطنية ولكن يحدد مقدارها على أساس قيمة العملة الأجنبية عند التنفيذ [٤].

وقد تسنى للقضاء العراقي أعمال هذا الشرط فيما عرض عليه من منازعات، حيث الزم المتعاقد بتأدية المبلغ المنصوص عليه في العقد بالعملة العراقية، وبما يعادل العملة الأجنبية، فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية بأنه:(..والزام المدعى عليه بتأديته للمدعي بدل بيع السيارة البالغ واحد وسبعون مليون وتسعمائة واحد وثلاثين الف وستمائة دينار عراقي أي ما يعادل ستين الف دولار أمريكي..) [٥].

أما بالنسبة للقانون المدني المصري فقد سمح للمتعاقدين بالتعامل في العقود والمعاملات بالعملة المصرية او العملات الأخرى التي يتم التعامل بها داخل مصر كـ (الجنية الإسترليني والجنية التركي).

أما القانون الفرنسي فقد نص في المادة (١٨٩٥) على قاعدة مماثلة للقانون المصري ، فيتم تنفيذ الالتزام المحدد بالنقود بعدد النقود المذكورة في العقد مهما كان اختلال التوازن في العقد ، سواء بإنخفاض قيمة النقود أو بارتفاعها ، أما القضاء الفرنسي فقد عد في حال عدم إتفاق المتعاقدين على بند أو شرط لتطويع العقد تحسباً لحدوث مخاطر تؤدي إلى إنهيار إقتصاديات العقد أثناء التنفيذ نتيجة متغيرات طارئة، بأنهما قد أرتضيا (المتعاقدان) بجميع المخاطر الناتجة عن الخلل الاقتصادي في العقد [٦].

---

(١) د. صبري حمد خاطر: تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين،المجلد٢،العدد٣،بغداد،١٩٩٨،ص٨٣.

(٢) م. آمال احمد ناجي : تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، بغداد،٢٠٠٣ ، ص٣٧.

(٣) د. سالم عبد الرضا طويرش : الالتزام النقدي، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين للحقوق، بغداد، ٢٠٠٢، ص٩١.

(٤) د. صبري حمد خاطر: تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، المصدر نفسه، ص٨٣.

(٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٩٨٦/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٧/ت/٢٣٢) المؤرخ في ٢٠١٧/١/٢٦، (غير منشور).

(٦) د. عصمت عبد المجيد :اثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية، المصدر السابق، ص١٤.

مع ملاحظة إن شرط الإتفاق على عملة أجنبية أو تحديد مبلغ الوفاء على أساس عملة أجنبية فأن القضاء الفرنسي يجيزه في العقود الدولية ويبطله في التعاملات الداخلية ، ثم أخذ القانون المدني الفرنسي بذلك بموجب تعديل القانون لعام ٢٠١٥ في نص المادة (١٣٤٣) [١].

المبحث الثأني

أسلوب الشرط الاقتصادي

نتيجة لأصطدام الشرط النقدي مع أحكام قانونية آمرة تحظر التعامل بالعملة الاجنبية ، ونتيجة لأنتقادات فقهاء القانون والاقتصاد لأسلوب الشرط النقدي ، فقد يلجأ المتعاقدان خوفاً على التزاماتهم المالية إلى أسلوب الشرط الاقتصادي ، وذلك حفاظاً على حقوقهم من الضياع وحماية التوازن الاقتصادي للعقد وتجنبهم الخسارة عن طريق تضمينها شروطاً ذات طابع اقتصادي لا علاقة لها بالعملة الوطنية ، يكون الغرض منها ربط التزاماتهم النقدية بمؤشرات معينة تمتاز بالثبات النسبي ، وتستطيع مواكبة التغيرات الاقتصادية والنقدية التي تحصل في البلدان ، مما تمكن الافراد من حماية توازناتهم الاقتصادية في الروابط العقدية ، وهذا ما يعرف بالربط القياسي ، لأنه يربط قيمة الديون بتغيرات قيمة النقد [٢].

ويكون أسلوب الشرط الاقتصادي على نوعين ، فهو أما شرط بضاعة أي تحديد الالتزام العقدي أحتياطاً بتسليم بضاعة معينة ، أو شرط المعيار العام أي عن طريق ربط الالتزام بمؤشر أقتصادي عام ، لذا نتناول في المطلب الاول الالتزام الاحتياطي لإعادة التوازن الاقتصادي، وفي المطلب الثاني المؤشر العام لحماية التوازن الاقتصادي للعقد

المطلب الاول

الالتزام الاحتياطي لإعادة التوازن الاقتصادي

(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٣٤٣) من قانون العقود الفرنسي على أن: (يتحقق الوفاء بالتزام يتعلق بمبلغ من النقود في فرنسا باليورو، غير أنه يجوز أن يتم الوفاء بعملة أخرى إذا كان الالتزام المعني ناتجاً عن عقد دولي أو حكم أجنبي) نقلاً عن أستاذنا الدكتور. نافع بحر سلطان: قانون العقود الفرنسي الجديد، مطبعة النتدى،ط،٢٠١٧، ص٩٢.

(٢) م. آمال احمد ناجي : تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، المصدر السابق،ص٤٤.

يتم تطويع العقد عن طريق إشتراط تحديد التزام معين أحتياطاً[١] ، وذلك بتغيير محل الالتزام في حال حدوث ظرف يخل بتوازن العقد الاقتصادي ، عن طريق تسليم بضاعة معينة أو ثمنها ، أو تسليم ذهب أو قيمته[٢]، لذا نتولى في هذا المطلب بحث فرعين نتكلم في الفرع الأول عن تسليم بضاعة معينه أو ثمنها ، وفي الفرع الثاني إذا كان تسليم ذهب أو قيمته.

الفرع الاول

تسليم بضاعة أو ثمنها

قد يشترط المتعاقدان في العقد أن يتم تنفيذ الالتزام عن طريق تقديم سلعة أو مجموعة من السلع ، من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد ، بدلاً من الالتزام الأصلي عند حدوث متغير يقلب إقتصاديات العقد عند التنفيذ ، ويلحق خسارة بأحد طرفيه ، أو قد يكون تنفيذ العقد بدفع ثمن هذه البضاعة وليس بتقديمها بالذات ، عند التسديد بدلاً من التزامه الأصلي في العقد ، كأن يدفع المدين ١٠ أطنان من الطحين أو الحنطة أو يدفع ثمنها بدلاً من محل العقد الاصلي عند حدوث ظرف ينتج عنه اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وعملية التطويع هنا تشبه عملية المقايضة أو ما يماثلها[٣].

وإلى جانب ما سبق فإن المدين يلتزم بدفع قيمة الالتزام المالي وقت تنفيذ العقد لا وقت أبرامه على أساس القيمة الحقيقية لمال معين أو مجموعة من الأموال، وهو ما يعرف بدين القيمة الذي أشارت إليه المادة (١٣٤٣) من قانون العقود الفرنسي [٤].

وهذا الأسلوب يشبه ما يعرف بطريقة تأشير السعر والتي يقصد بها ربط بضاعة معينة بأسعار بسلعة معينة أو عدد من السلع ، لتفادي ما يهدد التزاماتهم النقدية عند التنفيذ ، وغالباً ما تكون هذه السلع أساسية تمتاز بالاستقرار في قيمتها الاقتصادية مثل الحنطة أو الشعير، وهذه الفكرة أخذت بتأشير أسعار النفط مؤخراً لحمايته من أثأر تضخم وتقلب قيمة العملات [٥].

الفرع الثاني

(١) نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٠٢) من القانون المدني العراقي على أن : (يكون الالتزام بدلياً اذا لم يكن محله الا شيئاً واحداً ولكن يبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلاً منه شيئاً آخر).

(٢) ولست هنا بمعرض بحث أثر هذا الشرط على الطبيعة القانونية للعقد , من حيث انه إذا ورد في عقد بيع , فهل يغير طبيعة العقد من بيع إلى عقد من طبيعة أخرى؟ , لكن من وجهة نظري ودون الخوض في تفاصيل ذلك , إن هذا الشرط لا يغير طبيعة العقد , لان الوفاء بحسب الأصل بقي بالنقود , ويقتصر اثر الشرط على ملاءمة العقد لما قد يستجد من ظروف , أي انه أثره احتياطي وليس أصيلا .

(٣) د.ادوار عيد: اثر إنخفاض قيمة العملة على الالتزامات، المدنية المصدر السابق، ص٢٤.

(٤) الدين بالقيمة هو دين او التزام مالي لاتحدد قيمته وقت أبرام العقد وأنما في يوم الدفع بالاستناد على القيمة الحقيقية لمال معين او مجموعة أموال، نقلاً عن، استاذنا الدكتور. نافع بحر سلطان: قانون العقود الفرنسي الجديد، المصدر السابق،ص٩١ .

(٥) م. آمال احمد ناجي : تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، المصدر السابق،ص٤٦.

تسليم ذهب أو قيمت

قد يتفق الطرفان إلى تضمين عقدهما بنداً اتفاقياً , بأن يكون تنفيذ الالتزام بالذهب بغض النظر عن إنخفاض قيمة العملة أو زيادتها ، فيلتزم المدين بموجب الشرط في مواجهة الدائن بتنفيذ التزامه بواسطة الدفع بالذهب بدلاً من النقود ، وذلك بأن يشترط أن يكون الدفع عند حلول أجل الدين (كمية من الذهب)

ويلجأ المتعاقدان إلى مثل هذا الشرط لثبات ثمن هذا المعدن أو السلعة قياساً بالمعادن أو السلع الأخرى على أساس ندرته ، وكذلك لما يتمتع به هذا المعدن من قبول في المبادلات المالية , لأن قيمته متقاربة نسبياً في جميع دول العالم , لذلك يلجا المتعاقدان إلى ربط تنفيذ التزاماتهم بالذهب للمحافظة عليها من الضياع , في حال تقلب الأسعار أو هبوط قيمة العملة .

ولكن قد تواجه المتعاقدين بعض المشاكل عند إدراج مثل هذه الشروط ، لأن بعض التشريعات تعد هذه الشروط فيها تعدي على النظام العام الاقتصادي للدولة ، ومن ثم تبطل مثل هذه الشروط ، لأنها تكون سبباً لاستبعاد العملة الوطنية ، وخلق عملة مشابهة للعملة الوطنية لا تكون للدولة سيادة عليها ، وكذلك فهي تساعد على زيادة التضخم الاقتصادي على وفق رأي علماء الاقتصاد[١]، فلا يجوز التعامل بهذا الشرط إلا استثناء وعند وجود نص في القانون[٢].

ونتيجة لما تقدم ، فقد يتفق المتعاقدان إلى استبعاد الدفع بالذهب لأنه مخالف للنظام العام لاستبعاده للعملة الوطنية ، فيتفق المتعاقدان إلى إيجاد توازن إقتصادي بطريقة أخرى لتطويع العقد دون أن تكون هناك مخالفة للنظام الاقتصادي العام .

فيلجأ المتعاقدان إلى دفع قيمة الذهب بالعملة الوطنية ، أي تنفيذ الالتزام على أساس الدفع بالعملة الوطنية للمتعاقدين ولكن بمقدار يعادل قيمة كمية من الذهب ، فيقوم المدين بدفع ما يساوي المنفعة التي كان الدائن سينالها فيما لو نفذ التزامه عيناً [٣]، إذ يلتزم المدين بموجب هذا الشرط بأن ينفذ التزامه على أساس الدفع بالعملة الوطنية ولكن تحديد مقدار النقد الواجب الدفع يتم بواسطة الذهب، فهنا لا ينفذ المدين التزامه بدفع الذهب أنما يدفع المبلغ من النقود يقدر على أساس قيمة الذهب[٤].

(١) د. سالم عبد الرضا طوريش: الالتزام النقدي، المصدر السابق، ص٩٣.

(٢) د. عصمت عبد المجيد :اثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية (دراسة مقارنة)، بحث مستل من مجلة القانون المقارن، بالعدد٣٢ ، ٢٠٠٢، ص١٦.

(٣) د.عبد المجيد الحكيم؛د. عبد الباقي البكري؛د. محمد طه البشير: القانون المدني واحكام الالتزام،ج٢، المكتبة القانونية،بغداد،دون سنة نشر،ص٩.

(٤) د. صبري حمد خاطر: تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، المصدر السابق ، ص٨٣.

ويلجأ المتعاقدان لهذا النوع من التطويع وذلك في حال منع التعامل بالذهب، فلا يدفع الذهب حقيقة أنما تدفع قيمته[١]، أي أن الذهب أستخدم معياراً للقياس لا للوفاء تربط به قيمة الالتزام النقدي، فلا يؤثر على العملة الوطنية ولا يحل محلها، فيقوم المدين بتنفيذ التزامه بالدفع على أساس مقدار ما يساوي قيمة الذهب عند تنفيذ التزامه بالعملة الوطنية للمتعاقدين [٢].

وقد قطع الطريق القانون المدني المصري على المتعاقدين في اللجوء إلى هذه الطريقة ، فعد كل شرط دفع بالذهب باطلاً سواء في العقود الداخلية أو الخارجية[٣].

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد أجاز تغيير محل الالتزام بأداء شيء آخر لغرض إبراء ذمته[٤] ، ولكنه بصدد التعامل بالذهب في العقود ، فقد نقسم الرأي إلى جانبين، يذهب الأول إلى منع التعامل بالذهب في التعاملات الداخلية التي تتم في داخل الدولة لأنها تؤدي إلى المساس بالعملة الوطنية ، أما الثاني فقد ذهب إلى إجازة التعامل به في التعاملات الخارجية ، أما القضاء الفرنسي فقد ذهب عند عدم إتفاق المتعاقدين على بند أو شرط لتطويع العقد تحسباً لحدوث مخاطر تؤدي إلى أنهيار اقتصاديات العقد أثناء التنفيذ، بسبب إنخفاض أو أرتفاع قيمة العملة، بإن المتعاقدان قد أرتضيا بجميع المخاطر الناتجة عن الخلل الاقتصادي في العقد [٥].

المطلب الثأني

المؤشر العام لحماية التوازن الاقتصادي للعقد

ويقصد بالمؤشر العام أو البند التأشيري [٦] "هو بند يرد في العقد يفيد تحديد المبلغ أو الثمن بناء على معيار أو مؤشر متغير ، ولذلك فأن القيمة المستحقة تختلف في كل مرة تبعاً لأختلاف هذا المؤشر"، حيث يمكن للمتعاقدين أن يتفاديا تقلبات الأسعار في عقودهم بطريقة المؤشر العام أي باعتماد بند تعاقدي يخضع بموجبه إلى مؤشر معين للأسعار التي تمتاز بالثبات النسبي اقتصادياً [٧] ، ويقوم هذا البند أو الشرط بربط قيمة الالتزام بمؤشر أو بمعيار عام يتضمن إستخدام نموذج معين كسعر الاستهلاك أو سعر

(١) م. آمال احمد ناجي : تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، بغداد،٢٠٠٣ ، ص٣٧.

(٢) د. سالم عبد الرضا طويرش: الالتزام النقدي، المصدر السابق، ص٩١.

(٣) د. عصمت عبد المجيد: اثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية ،المصدر السابق، ص١٩، ٢٠.

(٤) نصت المادة (١٣٠٨) من قانون العقود الفرنسي على أن: (يعد الالتزام بدلياً إذا كان موضوعه أداء معيناً ولكن للمدين الحق بأداء غيره لغرض الابراء).، نقلاً عن أستاذنا الدكتور نافع بحر سلطان: قانون العقود الفرنسي الجديد، المصدر السابق،ص٧٧.

(٥) د. عصمت عبد المجيد: أثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية، المصدر نفسه، ص١٤.

(٦) نقلاً عن أستاذنا الدكتور نافع بحر سلطان: قانون العقود الفرنسي الجديد، المصدر السابق،ص٩١.

(٧) د. ادوار عيد: اثر انخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية، المصدر السابق، ص٢٥.

الكلفة مثلاً لتطويع العقد، بحيث يمكن أن يتغير مقدار الدين أو الثمن في العقد حسب تغير هذا المؤشر وقت الوفاء زيادة أو نقصان تبعاً لتقلبات الأسعار(١).

وكما أن هناك أتجاهاً في الفقه رافض لهذا المعيار لأنه يؤدي إلى ضعف الثقة بالنقود الوطنية وخلق جو مناسب لارتفاع تكاليف المعيشة والمساهمة في أضعاف الثقة في الجانب النقدي للسياسة النقدية التي هي من النظام العام وتتمثل بالنقود، وعلى هذا الأساس أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً بعدم جواز ربط المرتب بأسعار المعيشة لمواجهة التحولات الاقتصادية(٢).

وهذا الاتجاه غير راجح نظراً لما يتسبب به من ضرر للمتعاقدين نتيجة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وكذلك لم يقصد المتعاقدان عند إضافة هكذا بند تقليل الثقة في العملة الوطنية أو المساس بها، لأن التزامهم يبقى تنفيذه بنفس العملة الوطنية وبنفس المقدار، ولكنه يكون بشكل إستثنائي أو إحتياطي خشية على مصالحهم في حال حدوث متغيرات عند التنفيذ تؤدي إلى أنهيار التوازن الاقتصادي للعقد، أي يكون تنفيذ التزامهم بمجرد تحديد قيمته التي تدفع بالعملة الوطنية.

حيث يمتاز هذا المؤشر أو المعيار بالثبات النسبي في الغالب ، لذا يلجأ إليه المتعاقدين لتحديد قيمة مبادلاتهم في الأداءات دون أن يكون هناك خلل في التوازن الاقتصادي عند تنفيذ عقدهم ، نظراً لما يتمتع به هذا المؤشر من ثبات نسبي (٣).

ولم يعتمد هذا البند إلا في حالات معينة وقليلة في البلدان التي شهدت إنخفاض قيمة عملتها إنخفاضا فادحاً كما في المانيا وفرنسا عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية (٤) .

أما عن المشرع العراقي فقد سمح بإعادة النظر في الالتزامات العقدية نتيجة تغير قيمة النقد وذلك في حالة إعادة تقدير بدل الإيجار التي أجازته الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من القانون رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدلة بالقانون رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٠ للمؤجر والمستأجر طلب تقدير القيمة الكلية للعقار المأجور مرة كل خمسة سنوات ويعدل تبعاً للتقدير الجديد بدل الإيجار على وفق هذا الحكم بعد مضي ٣ سنوات على تاريخ نفاذ القانون أي في ٢٠٠٣/١٠/١٦، وكذلك عند تقويم المهر المؤجل بالذهب بتأريخ

(١) م. آمال احمد ناجي : تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، المصدر السابق، ص٤٨.

(٢) أشار ألية ، د. طارق كاظم عجيل : تطويع التعويض في ظل التحولات الاقتصادية، بحث منشور، موقع مجلس القضاء الاعلى،٢٠١٤،ص١٨.

(٣) د. صبري حمد خاطر: تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، المصدرالسابق، ص٨٦.

(٤) د. ادوار عيد : اثر انخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية ، المصدر السابق،ص٢٤.

عقد الزواج في حالة الطلاق [١] وهاتان الحالتان خير دليل على قناعة المشرع على إعادة النظر في الالتزامات النقدية في حال اختل توازن العقد نتيجة اختلال التزاماتهم النقدية [٢].

وكما جاء في تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد في نص المادة (١٣٤٣) على أن: (...قيمة المبلغ المستحق يمكن أن تتغير بتطبيق البند التأشيري ...) ، ويكون ذلك بإضافة شرط يفيد تحديد المبلغ أو الثمن بناء على معيار أو مؤشر متغير[٣]، فيكون الدفع بما يشير إليه هذا المؤشر وقت التنفيذ، فلا يكون لأطراف الرابطة العقدية أي دور في تحديد الثمن سوى القبول بما حدده هذا المؤشر أو المعيار لأنهم أرتضيا سابقاً أن يكون هو الفيصل في تحديد الثمن.

وإلى جانب ما سبق فقد ذهب الفقهاء والقضاء في فرنسا إلى إجازة هذه الشروط في التطويع إذا كان الغرض منها تفادي التقلبات الاقتصادية في العقود ، وعدم أجازتها في حال كان الغرض منها تفادي التقلبات في أسعار العملة، لأنه مخالف للنظام العام الاقتصادي في الدولة ويمس العملة الوطنية في البلاد، إلا أنه لا فرق بين التقلبات الاقتصادية والتقلبات في سعر العملة ، فهذه الأخيرة ماهي ألا وجه آخر للتقلبات الاقتصادية في العقود، فضلاً عن القواعد التي تحكم النظام النقدي لا تتعلق بتحديد محل العقد ولا تتعلق بمقدار الالتزامات التي تترتب عليه ، أنما فقط بوسيلة الدفع التي يتم بها تنفيذ الالتزامات ، ومن ثم لا يمكن الاستناد إلى مثل هذا التفريق لاستبعاد هذا النوع من الأسلوب في التطويع الذي يهدف إلى حماية المتعاقدين عن طريق حماية توازن الاقتصادي في العقد من خلال هذه البنود[٤] ، وإلى ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بأحد قراراتها إلى صحة هذا الشرط كونه لا يتناقض مع مبدا حسن النية، بل على العكس أنه يجسد ارادة المتعاقدين في إبقاء التوازن بين التزامات كل فرد منهم وكما أنه لا يخالف النظام العام [٥] .

المبحث الثالث

اسلوب الثمن المفتوح

يعمد المتعاقدان إلى استخدام بنود وأساليب متعددة لتطويع العقد من خلال تحديد الالتزامات العقدية بهدف إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، والبيع على أساس الثمن المفتوح يعد أحد هذه الأساليب، الذي تعتمده العقود ذات الطابع الدولي غالباً ، وكذلك العقود طويلة الأجل وذات القيمة العالية[٦].

(١) قرار مجلس قيادة الثورة رقم (١٢٧) في ١٩٩٩/٧/٢٤، نشر في الوقائع العراقية بعددها المرقم (٣٧٨٥) في ١٩٩٩/٨/٢.
(٢) د. عصمت عبد المجيد :اثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية، المصدر السابق، ص٣٥، ٣٦
(٣) أستاذنا الدكتور. نافع بحر سلطان: قانون العقود الفرنسي الجديد، المصدر السابق،ص٩١
(٤) م. آمال احمد ناجي : تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، المصدر السابق،ص٤٩.
(٥) أشار أليه د.ادوار عيد : اثر انخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية ، المصدر السابق،ص٢٥.
(٦) د. عصمت عبد المجيد : اثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية، المصدر السابق،ص١٤.

فالبيع على أساس الثمن المفتوح يعد أستثناءً من الاصل في القواعد العامة للقانون المدني التي يجب بمقتضاه تحديد الثمن في لحظة أبرام العقد تحديداً نافياً للجهالة، لأنه يعد امراً جوهرياً في أنعقاد العقد ونفاذه[١]، ولكن المشرع العراقي أجاز للمتعاقدان أبرام العقود على أساس تقدير الثمن و وضع الأسس التي يتم بموجبها تحديد الثمن ، وهذا ما نصت به المادة (٥٢٧) من القانون المدني العراقي[٢] في فقرتها الاولى حيث نصت على أن: (في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد، ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد) ، فعندما أجاز المشرع البيع على أساس الثمن المفتوح ولكنه اشترط على المتعاقدين تحديد الأسس التي يستطيع المتعاقدان من خلالها تحديد الثمن بدايةً عند أبرام العقد ، وكان المشرع العراقي بذلك موفقاً حتى لا تكون هذه الأسس محل نزاع بين المتعاقدين عند التنفيذ.

ولتوضيح أسلوب الثمن المفتوح ، نتولى بحث أهم الأسس التي يتمكن من خلالها المتعاقدين تطويع العقد لحماية التوازن الاقتصادي للعقد ، فنتكلم في المطلب الأول عن سعر السوق ، وفي المطلب الثاني نبحث السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى التعامل به بين المتعاقدين ، وفي المطلب الثالث نخصصه للثمن الذي أشترى به البائع ، وأما المطلب الرابع ترك تقدير الثمن لأجنبي يتفق عليه المتعاقدان وكما يأتي:-

المطلب الاول

سعر السوق

قد يتفق المتعاقدان على أن يتم تنفيذ العقد بالسعر السائد في السوق[٣]، أي يرجع لتحديد قيمة الاداء عند التنفيذ إلى الأسعار المحددة في السوق، فيجوز أن يكون من الأسس التي يحدد بها الثمن هو أجر

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة(٥٢٦) من القانون المدني العراقي على أن: (ويلزم أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعيناً نافياً للجهالة الفاحشة).

(٢) نصت المادة (١١٦٣) من قانون العقود الفرنسي على أن: (... يجب أن يكون الأداء ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعين...)، كما نصت الفقرة الاولى من المادة (٤٢٣) من القانون المدني المصري على أن: (يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد).

(٣) نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٢٧) من القانون المدني العراقي على أن: (وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية)، كما نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٢٣) من القانون المدني المصري على أن: (وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب، عند الشك, أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري, فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق, وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية).

المثل عند تنفيذ العقد ، إذ يجوز شراء سلعة معينة بثمن المثل مؤجلاً لمدة معينة, فالثمن المؤجل يتحدد مقداره بحسب سعر السوق وقت التنفيذ(١).

فهنا لم يتم تقدير قيمة الأداء عند أبرام العقد ولكنها قابلة للتقدير، وذلك بالرجوع إلى السعر السائد في السوق لتقديرها، فالعقد ينعقد صحيحاً، وينتج أثره(٢)، فإذا أتفق المتعاقدان على تحديد مكان معين، أي سوق معينة تكون لتحديد قيمة الأداء ، فيكون السعر السائد في هذا السوق هو الأساس الذي يقدر قيمة الأداء(٣) ، حيث أجاز القانون المدني العراقي في المادة (٤٥) أختيار محل معين لتنفيذ الالتزام تخضع له جميع إجراءات تنفيذ الالتزام ومنها تحديد الثمن الذي اتفق عليه المتعاقدين (٤) ، أما إذا لم يتفقان على سوق معين، فيكون المكان الذي يتم فيه التسليم المبيع ، لأنه المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن ، أو قد يكون مكان السوق هو المكان الذي يتعامل فيه المتعاقدان ، أي مركز أعمال المدين ، الذي فيه المال أو مكان إقامة المدين (٥) ، أو يرجع إلى العرف (٦) لتحديد السوق الذي على أساسه يحدد الثمن في العقد في الوقت الذي يتفق عليه المتعاقدان لتنفيذ العقد.

المطلب الثاني

السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى التعامل به بين المتعاقدين

فإذا لم يحدد المتعاقدان الثمن في عقد البيع عند أبرام العقد، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصدا اعتماد السعر المتداول في التجارة (٧).

---

(١) د. سامي بن ابراهيم السويلم: البيع والتأجير بثمن متغير، رابطة العالم الاسلامي، المجمع الفقهي، الدورة الثانية والعشرون ، مكة المكرمة،٢٠١٤ ،ص٤٠.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية (البيع، والمقايضة)، الجزء الرابع، دار التراث العربي، بيروت، بلا سنة نشر،ص٣٧٥.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو: عقد البيع، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية،٢٠٠٩، ص١٠٤.

(٤) نصت المادة (٤٥) من القانون الدني العراقي على أن: (١ – يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين. ٢ – والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات التنفيذ إلا اذا نص صراحة على قصر الموطن هذا على أعمال دون أخرى).

(٥) نصت المادة (٥٤١) من القانون المدني العراقي علة أن: (مطلق العقد يقتضي بتسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد واذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده اعتبر مكانه محل اقامة البائع)، وتقابل نص المادة (٣٤٧) من القانون المدني المصري .

(٦) نصت المادة (١١٦٣) من قانون العقود الفرنسي على أن: (يكون الأداء قابلاً للتعين حيثما يمكن أستنباطه من العقد أو بالاحالة إلى الأعراف...)

(٧) نصت المادة (٥٢٨) من القانون المدني العراقي على أن: (إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما)، كما نصت المادة (٤٢٤) من القانون المدني المصري على أن : (إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع, فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبيّن من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما).

ويجوز أن يكون السعر المتفق عليه هو سعر متوسط السوق ، أي السعر أخذ متوسط السعر في السوق في حال إنخفض سعر السوق أو ارتفع ، أي وفق مؤشر معين في السوق [١]

فقد يظهر من ظروف التعاقد إن المتعاقدين قد أتفقا ضمنياً على أن يكون الثمن المحدد هو السعر المتداول في التجارة، فالعبرة هنا بقيمة المبيع الذي يحدده التداول التجاري بين التجار وليس بقيمته الحقيقية وقت التنفيذ [٢] ، فهنا يرجع في تحديد الثمن إلى سعر المتداول بين التجار أو سعر البورصة أو سعر الأسواق المحلية في مكان التسليم ، وسواء كان هذا السعر ثابتاً أم متغيراً ، ويمكن للمتعاقدين الاستعانة بخبير من التجارة لمعرفة السعر المتداول في التجارة لقيمة الاداءات المتبادلة في العقد [٣].

وقد يكون المقصود هو الثمن الذي جرى التعامل به بين المتعاقدين سابقاً، فإذا أعتاد أحد التجار بأن يورد لأحد الأشخاص بضاعة معينة دون تحديد الثمن، فيمكن الرجوع إلى التعامل السابق بينهما لتحديد الثمن[٤]، فهنا الثمن غير مقدر ولكنه قابل للتقدير بالاستعانة بهذا الأساس ليتمكن المتعاقدان من حماية إقتصاديات العقد عند حدوث ظرف يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد[٥].

المطلب الثالث

الثمن الذي اشترى به البائع

وقد يتفق المتعاقدان على أن قيمة الأداء في العقد عند التنفيذ تكون بنفس الثمن الذي اشترى به البائع [٦]، فقد أجاز المشرع العراقي بأن يكون تحديد الثمن على أساس الثمن الذي اشترى به البائع وذلك حسب مفهوم المادة (٥٣٠) من القانون المدني العراقي [٧].

ويتوجب على المتعاقد عند إتفاق الطرفين على هذا الأساس أن يقوم ببيان الثمن الحقيقي للمتعاقد الآخر الذي اشترى منه السلعة[١]، وإلا عد غشاً إذا كان الثمن الذي حدده المتعاقد أعلى من الثمن الذي أشترى به[٢]، ويمكن للمشتري أن يثبت هذا الغش بجميع طرق الأثبات [٣].

---

(١) د. عباس حسن الصراف: شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي ،بغداد، ١٩٥٦، ص١١٦.

(٢) د. احمد محمد الرفاعي: القانون المدني (العقود المدنية: البيع والإيجار)، جامعة بنها ، مصر، بلا سنة نشر، ص٥٦.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو: عقد البيع، المصدر السابق، ص١٠٣.

(٤) نصت المادة (١١٦٣) من قانون العقود الفرنسي على أن: (يكون الأداء قابلاً للتعين حيث يمكن استنباطه من العقد أو بالإحالة إلى ... العلاقات السابقة للاطراف، ودون الحاجة الى اتفاق جديد بين الأطراف).

(٥) د. السنهوري: الوسيط،ج٤، المصدر السابق، ص٣٧٧.

(٦) وتسمى تولية ويقصد بها البيع بمثل الثمن الاول دون زيادة او نقص، أنظر نص الفقرة الثانية من المادة (٥٣٠) من القانون المدني العراقي.

(٧) نصت الفقرة الاولى من المادة (٥٣٠) من القانون المدني العراقي على أن: (يجوز البيع مرابحة او تولية او اشراكاً او وضعية)، ولا يوجد مقابل لها في القوانين المقارنة، أنظر ذلك الموجز في العقود المسماة، د. سعيد مبارك؛ د. طه الملا حويش؛ د صاحب الفتلاوي، مكتبة السنهوري،بغداد،٢٠١٢،ص٧٥.

وكما يجوز أن يتفق الطرفان على أن يزيد مقدار الثمن الذي يحدده البائع بنسبة معينة أو مبلغ معين يمثل مقدار الربح، أو أن ينقص عنه بقليل(٤).

المطلب الرابع

ترك تقدير الثمن لأجنبي يتفق عليه المتعاقدان.

يجوز أن يتفق المتعاقدان على تفويض الغير بتقدير قيمة الاداءات الملزمة في العقد عند تنفيذه ، فما يحدده هذا الشخص يكون ملزماً لكل من البائع والمشتري، لأنه موكل (٥) من قبلهما في تحديد هذه القيمة، فيصح العقد ويعد تاماً من الوقت الذي أتفق فيه المتعاقدان على تفويض الغير بتحديد الثمن، وهذا ما تجيزه نص المادة (١٥٩٢) من القانون المدني الفرنسي، فإذا لم يقم بتحديد الثمن، لأي سبب ، كأن مات أو أمتنع ، فلا ينعقد العقد ويعد كأنه غير موجود ، فلا يمكن للمتعاقدين وحتى القاضي على إجبار المفوض لتحديد الثمن (٦).

فكل ما سبق يجوز الأخذ به في القانون العراقي ، على الرغم من عدم وجود فيه نص محدد كما في القانون المدني المصري و القانون المدني الفرنسي ، لأنه لا يوجد ما يحول من ترك تحديد الثمن إلى الخبراء ، ما دام يحقق مصلحة لطرفي العقد ، وغير مخالف للنظام العام أو الآداب (٧).

وهناك أتجاه رافض إلى التعاقد بالثمن المفتوح أو البيع المستقبلي، مبرراً ذلك بأن الثمن المفتوح يتعذر العلم به حين التعاقد، لأنه قد يكون بمثابة وسيلة احتياله، فقد يكون الثمن عند التنفيذ أعلى من ثمن المثل حين التعاقد فيتضرر المشتري أو العكس فيتضرر البائع(٨)، وهذا الاتجاه غير راجح لأن الأسس التي يعتمدها المتعاقدان والتي أقرها المشرع العراقي، لا يمكن معها تصور احتمال وجود الغبن لإتفاق المتعاقدان مثلاً على أن البيع يكون على أساس سعر السوق وقت تنفيذ العقد، فالبيع يتم بنفس القيمة التي

---

(١) نصت المادة (١١٦٤) من قانون العقود الفرنسي على أن: (يجوز الاتفاق في عقود ألاطار، على أن ينفرد احد الأطراف بتحديد الثمن، ويقع على عاتقه اثبات القيمة في حالة وقوع النزاع)

(٢) نصت المادة (١١٦٤) من قانون العقود الفرنسي على أن: (... عند تحقق الاستغلال في تحديد الثمن، يجوز رفع دعوى أمام القاضي بقصد الحصول على تعويض، وفسخ العقد عند الاقتضاء)، كما ونصت المادة (١١٦٥) من نفس القانون على أن: (يجوز للدائن أن يحدد الثمن ، في عقود أداء الخدمات ...).

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو: عقد البيع، المصدر السابق، ص١٠٣.

(٤) نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٣٠) من القانون المدني العراقي على أن: (والمرابحة بيع بمثل الثمن الاول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم والتولية بيع بمثل الثمن الاول دون زيادة او نقص، والاشراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن، والوضعية بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان مقدار معلوم منه).

(٥) ولست هنا في معرض بيان طبيعة عمل هذا الشخص المفوض هل هو نائب أم محكم أو خبير، ولكنه عمل ممزوج بين عمل كلاً منهم ، فهو ليس تحكيماً بشكل بحت ، أو خبرة فنية، ولكن الرأي الراجح بأنه يعد وكيلاً عن كلاً منهما ، ينظر من أراء الفقهاء ، د. عباس حسن الصراف: شرح عقدي البيع والايجار ، المصدر السابق، ص ١١٧.

(٦) د.السنهوري: الوسيط٤، المصدر السابق،ص٣٧٩.

(٧) د. عباس حسن الصراف: شرح عقدي البيع والايجار، المصدر نفسه،ص١١٨.

(٨) د. سامي بن ابراهيم السويلم : البيع والتأجير بثمن متغير،المصدر السابق، ص٣٩.

قد يتعامل بها أفراد المجتمع ، ولا يمكن توقع الغبن من الأفراد جميعاً ، مما ينتج عنه توازن العقد اقتصادياً.

فقد أعطى المشرع المبرر بالتعاقد على أساس الثمن المفتوح من خلال القانون المدني العراقي[١]والقوانين المقارنة [٢] لتحديد الثمن في العقد عند التنفيذ، لتجنب النزاعات التي يسببها اختلال التوازن الاقتصادي للعقد الناتج عن مشاكل اختلال قيمة الاداءات عند التنفيذ، ولمحاولة التقليل من مخاطر التضخم في الاقتصاد وزيادة كمية الطلب على المنتجات الضرورية، التي قد ينتج عنها ضياع حقوق المتعاقدين عند اختلالها، فعند عدم تحديد الثمن بأسلوب الثمن المفتوح بالاعتماد على نية المتعاقدين في تحديد الأسس التي يتعين بها الثمن متى ما انصرفت إرادتهم إلى التعاقد بالرغم من عدم تحديد الثمن وقت أبرام العقد [٣].

الخاتمة:

وفي ختام هذه الدراسة توصلنا إلى مجموعة من النتائج والمقترحات نعرضها تباعاً وكما يأتي:

الاستنتاجات:

١- إن الحفاظ على توزان العقد إقتصادياً غاية تحقق عدالة التعاقد ، من خلال تطويع العقد الإتفاقي ، الذي يجعل العقد في منطقة وسطى بين المرونة والقوة , كي يتجنب طرفي العقد منازعات تستلزم نفقات وجهد ، يمكن تجنبها عن طريق إدراج شروط إتفاقية تجعل العقد مرناً وقابلاً للتكيف مع مختلف الظروف التنفيذ ، التي يمكن أن تغيير حتى لا يختل التوازن الاقتصادي للعقد بحيث يتحمل أحد المتعاقدين وحده أثر تلك الظرف , مع احتفاظه بقوته ، التي تمنع المتعاقدين من الإفلات من قوته الملزمة .

٢- إذا أصبح العقد متوازناً على رغم من ما استجد من ظروف عند التنفيذ, فأن ذلك لآ يحقق مصلحة طرفي العقد فقط ، بل ينعكس إيجاباً على تداول السلع والخدمات وينتشل العقد من احتمالية فسخه، دون أن يترتب على تلك الظروف اختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد .

٣- يعد التطويع وسيلة وقائية احتياطية معده مسبقاً من قبل المتعاقدين في مرحلة الإبرام ، عندما يتوقع المتعاقدان حدوث ظروف معينة في مرحلة التنفيذ تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ، لمنع اختلال التوازن الاقتصادي للعقد أو التقليل من آثار الاختلال بالقدر ممكن.

المقترحات:

(١) أنظر المواد: (٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٣٠) من القانون المدني العراقي.

(٢) نصت المادة (١١٦٦) من قانون العقود الفرنسي على أن: (عندما لايكون وصف الأداء معيناً أو قابلاً للتعين بمقتضى العقد، يجب على المدين أن يقدم أداء يحمل وصفاً يتفق مع توقعات الأطراف المشروعة مع مراعاة طبيعة الأداء والاعراف وقيمة المقابل).

(٣) د. حيدر فليح حسن : البيع على أساس الثمن المفتوح ،دراسة في ضوء قانون التجارة الامريكي الموحد واتفاقية الامم المتحدة للبيوع الدولية، بحث منشور، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد،المجلد٢٩،العدد١،٢٠١٤ ، ص٣.

نقترح تدخل المشرع العراقي لسن وتشريع قواعد قانونية تلزم المتعاقدين بالإعتماد على بند تأشيري معين يكون الغرض منه تطويع العقد في حال اختلال التوازن الاقتصادي له عند التنفيذ، وبما يجعله يلاءم المتغيرات والمستجدات التي يتعرض لها العقد في هذه المرحلة.

قائمة المصادر

اولاً: الكتب القانونية :

١- د. احمد محمد الرفاعي: القانون المدني (العقود المدنية: البيع والإيجار)، جامعة بنها ، مصر، بلا سنة نشر .
٢- د. إدوار عيد: اثر إنخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية (نظرية الحوادث الطارئة)، مكتبة زين الحقوقية، لبنأن،١٩٩٠.
٣- د. عباس حسن الصراف: شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد،١٩٥٦.
٤- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية (البيع، والمقايضة)، الجزء الرابع، دار التراث العربي، بيروت، بلا سنة نشر.
٥- د. سعيد مبارك؛ د. طه الملا حويش؛ د صاحب الفتلاوي: الموجز في العقود المسماة، مكتبة السنهوري،بغداد،٢٠١٢.
٦- د. سليمان مرقص: أحكام الالتزام، بلا طبعة او دار نشر، القاهرة، ١٩٥٧.
٧- د. سمير عبد السيد تناغو: عقد البيع، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية،٢٠٠٩.
٨- أستاذنا الدكتور. نافع بحر سلطان: قانون العقود الفرنسي الجديد، مطبعة المنتدى،ط١، ٢٠١٧.

ثانياً: الرسائل الجامعية

١- د. آمال احمد ناجي: تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، بغداد،٢٠٠٣.
٢- د. سالم عبد الرضا طوريش: الالتزام النقدي، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين للحقوق، بغداد، ٢٠٠٢.

ثالثاً : البحوث القانونية

١- د. حيدر فليح حسن: البيع على أساس الثمن المفتوح ،دراسة في ضوء قأنون التجارة الامريكي الموحد واتفاقية الامم المتحدة للبيوع الدولية، بحث منشور، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد،المجلد٢٩،العدد١، ٢٠١٤.

٢- د. صبري حمد خاطر: تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين،المجلد٢،العدد٣،بغداد،١٩٩٨.
٣- د. طارق كاظم عجيل: تطويع التعويض في ظل التحولات الاقتصادية، بحث منشور، موقع مجلس القضاء الاعلى،٢٠١٤.
٤- د. عصمت عبد المجيد بكر: اثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية (دراسة مقارنة)،بحث مستل من مجلة القانون المقارن، بالعدد٣٢ ، ٢٠٠٢.

ثالثاً : قرارات قضائية:

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٩٨٦/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٧/ت/٢٣٢) المؤرخ في ٢٠١٧/١/٢٦، غير منشور.
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٦٤٣/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٧/ت/٢٠٤) المؤرخ في ٢٠١٧/١/٢٥، غير منشور.
٣. قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية الهيئة الثالثة بالعدد(١٦٣٣/س/٢٠١٦) المؤرخ في ٢٠١٦/١١/٢٣، غير منشور.
٤. قرار محكمة التمييز: المرقم (٦٨/ هيئة العامة/٢٠٠١) المؤرخ في ٢٠٠١/٩/١٦، غير منشور.

رابعاً : القوانين :

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (المعدل) .
٢- قانون البنك المركزي العراقي رقم٦٤ لسنة١٩٧٦.
٣- قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة٢٠٠٤ وتعديلاته.
٤- تعليمات البنك المركزي العراقي لسنة١٩٩٥/٩/٤، منشور في الوقائع العراقية بالعدد٣٥٧٩ في ١٩٩٥/٩/٦.
٥- القانون المدني المصري رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ .
٦- القانون المدني الفرنسي.
٧- قرار مجلس قيادة الثورة رقم (١٢٧) في ١٩٩٩/٧/٢٤، منشور في الوقائع العراقية بالعدد٣٧٨٥ في ١٩٩٩/٨/٢.
٨- قرار مجلس قيادة الثورة رقم (٩٨) لسنة ١٩٩٩ ، منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٧٨١ في ١٩٩٩/٧/٥.