Journal Of the Iraqia University (72-4) November (2024)

ISSN(Print): 1813-4521 OnIine ISSN:2663-7502
Journal Of the Iraqia University
available online at: https://www.mabdaa.edu.iq

القيد الشرطي التشريعي على حرية الارادة التعاقدية دراسة مقارنة

م. م علاء حسين حمد
أ . د ميري كاظم عبيد الخيكاني
جامعة بابل كلية القانون

Legislative conditional restriction on freedom of contractual will - A comparative study

Prof. Dr. Mary Kazim Obaid Al-Khaikani / Asst.Lect. Alaa Hussein Hamad
University of Babylon - College of Law

المستخلص

عند النظر إلى حرية الارادة من خلال القيود التشريعية المفروضة عليها نجد أن هناك مرحلة تسبق مرحلة المفاوضات وهي مرحلة السعي إلى تلك المفاوضات أو السعي إلى التعاقد، ففي ظل التطور الذي وصل اليه الانسان من الناحية الاقتصادية وظهور أنواع جديدة ومهمة من العقود من جهة، وتدخل جهة الادارة في تنظيم القطاعات الصناعية والتجارية وتعاقدها مع اشخاص القانون الخاص من جهة أخرى، وسعي اشخاص القانون الخاص سواء كانوا اشخاص طبيعين أو معنويين إلى الدخول في المشروعات الاقتصادية الكبرى من جهة ثالثة، كلها اسباب حدت بالمشرع إلى تنظيم تلك العقود بقواعد قانونية امرة لا يمكن تجاوزها، والقواعد القانونية قد تكون في صورة شروط لا تستطيع الارادة الدخول في المفاوضات العقدية أو ابرام العقد قبل تحققها، أو تهيئة الاسباب التي تؤدي إلى تحققها، فالارادة من حيث الأصل حرة في التعاقد من عدمه، وإذا ما اختارت التعاقد فأنه قد لا تستطيع التعاقد في بعض أنواع العقود ألا عند توافر تلك الشروط التي نص القانون عليها والتي تمثل القيود على حرية الارادة، ونحن بالتأكيد لا نتحدث هنا عن العقود البسيطة التي تتم بصورتها التقليدية، فالتطور الاقتصادي افرز لنا أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة سابقاً كعقود الاستثمار أو عقود الشراكة أو عقود البناء والتشغيل، والتي نظمت احكامها القوانين الخاصة بها، والتي اصبحت عماد التطور الصناعي والتجاري في كل بلد، وبالتالي فأن هذه القيود سيكون لها الاثر المهم في عملية التعاقد وتحقيق الغاية منها، فكلما كانت قيود سهلة وميسرة وبسيطة كانت عملية التعاقد كذلك، أما إذا كانت قيود صعبة ومعقدة كانت عملية التعاقد كذلك معقدة وصعبة وبالتالي يكون وجودها وبال ليس على حرية الارادة فحسب بل في تحقيق المصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية كذلك، لذلك سنحاول في هذا البحث بيان ماهية الشرط القانوني المقيد لحرية الارادة التعاقدية وتميزه عن غيره من أنواع الشرط وأهم تطبيقاته. الكلمات المفتاحية ، القيد الشرطي، حرية الارادة ، تعريف الشرط القانوني، ، الاجازة، مستندات ما قبل التعاقد، خطاب الضمان، دراسة الجدوى الاقتصادية.

Abstract

When looking at freedom of will through the legislative restrictions imposed on it, we find that there is a stage preceding the negotiation stage, which is the stage of seeking those negotiations or seeking to contract. In light of the development that man has reached in terms of the economy and the emergence of new and important types of contracts on the one hand, and the intervention of the administration in organizing the industrial and commercial sectors and contracting with private law persons on the other hand, and the endeavor of private law persons, whether natural or legal persons, to enter into major economic projects on the third hand, all of these

reasons prompted the legislator to organize those contracts with binding legal rules that cannot be bypassed. The legal rules may be in the form of conditions that the will cannot enter into contractual negotiations or conclude a contract before they are achieved. The will is originally free to contract or not, and if it chooses to contract, it may not be able to contract in some types of contracts except when those conditions stipulated by the law are met, which represent restrictions on freedom of will. We are certainly not talking here about simple contracts that are carried out in their traditional form, as economic development has produced new types of contracts that were not previously known, such as investment contracts, partnership contracts, or construction and operation contracts, the provisions of which have been regulated. Its laws, which have become the mainstay of industrial and commercial development in every country, and therefore these restrictions will have an important impact on the contracting process and achieving its purpose, the easier, simpler and more accessible the restrictions are, the more complex the contracting process will be, but if the restrictions are difficult and complex, the contracting process will also be complex and difficult, and therefore its existence will be a burden not only on freedom of will but also on achieving the general economic and social interest, so in this research we will try to explain the nature of the legal condition restricting freedom of contractual will and distinguishing it from other types of conditions and its most important applications.

المقدمة

أن البحث في موضوع القيد الشرطي على حرية الارادة التعاقدية في سعيها إلى التعاقد يقتضي أن نسلط الضوء على جوهر فكرته، وبيان اهميتها وتحديد نطاقه، واسباب اختياره، والهدف الذي نحاول الوصول اليه، فضلا عن بيان منهج البحث وخطته ولذلك سنحاول بيان تلك المحاور تباعاً لتكون مقدمة للموضوع:

اولاً: جوهر فكرة البحث:

كثيرة هي القيود التي ينص عليها المشرع بشكل قواعد قانونية أمرة لا يمكن تجاوزها أو الاتفاق على خلافها والتي تحد أو تقيد من قدرة الارادة في سعيها إلى ابرام العقود، وغالباً ما نجد هذه القيود في القوانين الخاصة والتي تعنى بتنظيم عمل جهة الادارة من جهة، وتنظم آلية التعاقد مع اشخاص القانون الخاص بالنسبة للعقود التي تعنى بها من جهة أخرى، مثل قانون الاستثمار الذي نظم آلية عمل هيئات الاستثمار من جهة ونص على الشروط الواجب توافرها في المستثمر قبل ابرام عقد الاستثمار من جهة أخرى وهذا الجانب من قانون الاستثمار هو الذي يعنينا في نطاق الدراسة، وهذا القيود كثيرة لا يجمعها جامع لذلك سنحاول أن نعيد قسم منها إلى اصل عام واحد وهو الشرط القانوني، فكثير من تلك القيود هي شروط قانونية ينبغي توافرها قبل ابرام العقد.

ثانياً: اهمية البحث:

تبرز اهمية البحث في بيان ما يعتبر من الشروط القانونية التي تحد أو تقيد حرية الارادة في سعيها إلى التعاقد، والاثر المترتب عند عدم توافر تلك الشروط من جهة، والاثر المترتب عند الافراط أو التفريط في تلك الشروط، فكلما زادة تلك الشروط كلما قيدت حرية الارادة بشكل اكبر قد يصل إلى منعها في سعيها لابرام العقود، تلك الارادة التي ينبغي أن تبقى تتمتع بجزء من حريتها في ابرام العقود، لان حرية الارادة التعاقدية من النتائج التي تترتب على مبدأ سلطان الارادة، ذلك المبدء الذي يعد هو الأصل حسب القواعد العامة وما يرد عليه من قيود تكون استثناء على ذلك الأصل.

ثالثاً: نطاق البحث:

يتحدد نطاق البحث بالقيود الشرطية على حرية الارادة، أي ما نص عليه القانون من شروط قانونية ينبغي توافرها من اجل اجراء المفاوضات العقدية وابرام العقود، ومحاولة بيان مفهوم تلك الشروط وتمييزها عن غيرها من أنواع الشرط، وبعض التطبيقات عليها، واثرها التقييدي على حرية الارادة، والتعليقي بالنسبة للعقود التي يعلق انعقادها على توافر تلك الشروط.

رابعاً: اشكالية موضوع البحث:

تكمن اشكالية البحث في أن هذه الشروط القانونية هي قواعد قانونية آمرة، لا يمكن تجاوزها أو الاتفاق على خلافها، وينص عليها المشرع من اجل غايات اهمها ضمان تحقيق المصلحة العامة، ولكن الافراط في تلك الشروط أو إذا قصرت تلك الشروط في تحقيق المصلحة العامة أو الغاية من النص عليها، فأن ذلك سيؤدي إلى اثر انعكاسي، أي انه سيكون لها اثر سلبي على حرية الارادة، فالاكثار في الشروط القانونية وتعقد اجراءات تحققها قد يؤدي إلى احجام الارادة في سعيها إلى التعاقد، وقد يؤدي إلى عدم انعقاد العقود.

خامساً منهجية البحث

أن المنهج الاقرب لنطاق البحث هو المنهج التحليلي المقارن والذي يعتمد على تحليل النصوص في القوانين الخاصة والتي تتناول تنظيم بعض أنواع العقود التي تتم بين اشخاص القانون الخاص وجهة الادارة أو بين اشخاص القانون انفسهم ولكن القوانين الخاصة نظمت احكامها بقواعد قانونية خاصة كاقانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ أو قانون هيئة المدن الصناعية العراقي رقم ٢ لسنة ٢٠١٩ ومقارنتها بالقوانين المصري والفرنسي.

سادساً: هيكلية البحث

للاحاطة بموضوع البحث والوقوف على مفهوم الشرط القانوني كقيد على حرية الارادة التعاقدية أرتئينا تقسيم البحث إلى مبحثين الأول لتحديد مفهوم القيد الشرطي على حرية الارادة والثاني لطبيقات هذا القيد ومدى فاعليته واثره على حرية الارادة التعاقدية.

المبحث الأول: القيد الشرطي على حرية الارادة

تتضمن العديد من التشريعات الخاصة أو التشريعات الفرعية (اللوائح) وهي بصدد تنظيم أنواع معينة من العقود على شروط يجب على من يريد التعاقد أن يستوفيها، أو يهئ الاسباب التي تؤدي إلى تحقق تلك الشروط، فمن لم تتحقق فيه تلك الشروط لا يستطيع التفاوض على ذلك العقد الذي نص القانون على شروطه، ففي قانون الاستثمار مثلاً الحصول على إجازة الاستثمار من هيئة الاستثمار وتوافر رأس المال للمشروع الاستثماري بنسبة معينة شروط يجب توافرها حتى يتمكن المستثمر من الدخول في المفاوضات الخاصة بعقود الاستثمار[١]، وكذلك في قانون المدن الصناعية حيث تضمن القانون شرط الحصول على إجازة المدن الصناعية من اجل الدخول في مفاوضات عقود انشاء أو تطوير أو تشغيل المدينة الصناعية[٢]،ويختلف الشرط هنا في المرحلة السابقة على التعاقد عنه في المرحلة التالية على التعاقد من حيث مصدره ومن حيث اثاره، كما ويختلف من حيث كونه شرط تقيدي وتعليقي يتوقف عليه نشوء العقد كمصدر الالتزام الطرفين، وليس نشوء الالتزام العقدي بأثر رجعي عند تحققه، لذلك سنبين في هذا المبحث مفهوم القيد الشرطي ومدى فاعليته أو الاثار المترتبة عليه وصوره تطبيقاته في مطلبين.

المطلب الأول: مفهوم القيد الشرطي وصوره

كثيرة هي القيود التشريعية على حرية الارادة في المرحلة السابقة على التعاقد ولكن من هذه القيود التي يمكن ردها إلى اصل عام هي الشروط التي يشترطها المشرع في بعض أنواع العقود، فمن خلال مراجعة القوانين الخاصة بتلك القيود نجد أن المشرع غالباً ما يشترط شروط معينة ينبغي توافرها من اجل قدرة الارادة إلى الوصول إلى مرحلة المفاوضات، فالشروط التي يشترط المشرع توافرها اصبحت النافذة التي من خلالها يتدخل المشرع في توجيه الارادة لتمارس نشاطها في نطاق القانون، ويختلف مفهوم الشرط القانوني أو الشرط بصفته قيداً على حرية الارادة عن بقية أنواع الشرط، ويختلف تبعاً لمفهومه اثره كذلك، لذلك سنبين في هذا المطلب تعريف القيد الشرطي على حرية الارادة وتميزه عن غيره من أنواع الشرط.

الفرع الأول: تعريف القيد الشرطي للشرط عموماً معنيان: **الأول** معناه الفعلي ("وهو مصدر للفعل شرط فهو شارط للأمر الفلاني، والامر مشروط وفلان مشروط عليه أو مشروط له، وقد يطلق على المشروط نفسه فيراد به ما يلزمه الانسان على نفسه")، وهو معنى الحديث الشريف ("المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً")[٣].**والثاني** هو المعنى الاصطلاحي، ويعرف الشرط بهذا المعنى بأنه ("ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان خارجاً عن حقيقته أو ماهيته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء")[٤]، وهو بهذا المعنى اسم جامد وليس مصدراً.**اما في القانون فله ثلاث معاني الأول: الشرط المقترن بالعقد:** وعرفه بعض الفقه بأنه ("الشرط الذي يضاف إلى اصل العقد بحيث يوجب بهذا الشرط أمراً زائداً على العقد")[٥]، وعرفه أخر بأنه ("التزام بأمر مستقبل ممكن ومشروع يضيفه المتعاقدين إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به حكم العقد تعديلاً أو تغييراً أو اضافة")[٦]، وهو تعريف اشار إلى مصدر الشرط واثره ومقوماته، فالشرط هنا تقييدي[٧]، يتقيد به اثر العقد، وأرادي يشترطه احد المتعاقدين أو كلاهما عند ابرام العقد، واقتراني لأنه يضاف إلى اصل العقد، ويمكن تصور انشاء العقد بدونه، فهو امر خارج عن اركان التصرف القانوني الذي يقترن به[٨]، كما انه اشار إلى اهم مقوماته وهي أن يكون امرً مستقبل، وغير محقق الوقوع، وان يكون ممكناً ومشروعاً، وقد نصت على هذا النوع من الشرط الفقرة الأولى من المادة (٣١) من "القانون المدني العراقي" على (١-"يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة ٢- كما يجوز أن يقترن العقد بشرط فيه نفع الاحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالف للنظام العام أو للاداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضاً")، ولم يتضمن القانون المدني المصري نصاً مماثل لما نص عليه المشرع العراقي، بل تضمنت بعض نصوصه بعض تطبيقات هذا النوع من الشرط، أما المشرع الفرنسي فأنه قد خلط بين الشرط المقترن بالعقد والشرط التعليقي كوصف للالتزام وأغفل اهمية ودقة التمييز بينهما[٩]أي أن الشرط

المقترن بالعقد هو شرط أرادي، ويقترن بالعقد بعد اكتمال اركانه، ويقيد من اثر العقد وليس تقييد الارادة ذاتها[١٠]، وليس تعليقي يتوقف عليه انشاء العقد وتكوينه، وهو بذلك يختلف عن الشرط بوصفه قيداً. **والثاني هو: الشرط كوصف للالتزام:** وعرفه بعض الفقه الشرط بوصفه وصف من اوصاف الالتزام بأنه ("امر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله")[١١]، ويجب لاعتباره كذلك أن يكون امرً مستقبل أي غير متحقق عند نشوء الالتزام، وان يكون غير محقق الوقوع، فيجب أن لا يكون مستحيلاً أو محقق الوقوع في المستقبل، ويتوقف على تحققه نشوء الالتزام أو زواله[١٢]، وهو نوعين شرط واقف أو فاسخ، والشرط هنا مصدره الارادة، فأرادة طرفي العقد هي التي تشترط الشرط عند التعاقد فيكون العقد معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، فالشرط هنا أمر عارض لا يمكن أضافته إلى العقد ألا بعد اكتمال عناصره، فيضاف إليه، ويمكن أن يتم العقد بدونه[١٣]، فالعقد المضاف اليه شرط ارادي ينشأ صحيحاً مكتمل الاركان، ولكنه غير نافذ ألا بتحقق الشرط، إذا كان الشرط واقف، أو يكون العقد نافذاً ولكنه معلق على خطر الزوال إذا كان الشرط فاسخاً، و لا يشترط أن يكون الشرط هنا أرادي يتوقف على ارادة احد الطرفين أو كلاهما، فهو قد يكون شرطاً احتمالياً يتوقف تحققه أو تخلفه على عامل خارجي لا علاقة له بأرادة الطرفين، ألا انه ليس شرطاً قانونياً مصدر القانون وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٨٦) من "القانون المدني العراقي" على ("العقد المعلق هو ما كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ") أما المادة (٢٦٥) من القانون المدني المصري فقد نصت على ("يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده او زواله مترتبا على امر مستقبل غير محقق الوقوع") أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة (١٣٠٤) على ("يعتبر الموجب شرطياً عندما يتعلق بحدث مستقبلي وغير أكيد، يعتبر الشرط موقفاً عندما يؤدي تحقيقه إلى جعل الموجب محضاً وبسيطاً، يتعبر الشرط فاسخاً عندما يؤدي تحقيقه إلى انعدام الموجب")[١٤]، ففي جميع هذه النصوص نص المشرع على الشرط كوصف يلحق بالعقد أو بالالتزام، فيكون نفاذ العقد أو زواله معلقاً على تحقق الشرط، فالشرط كوصف للالتزام اذاً شرط تعليقي وليس تقييدي يعلق علية نفاذ العقد أو زواله، وله اثر جعي عند تحققه أو تخلفه[١٥]، ومصدره الارادة أو حدث خارجي وليس القانون[١٦]**والثالث هو الشرط القانوني:** ويعرفه الفقه[١٧] بأنه ("ما يتطلبه المشرع لترتيب اثر قانوني معين") كأشتراط تمام الاهلية لصحة العقد، أو مشروعية المحل أو السبب، أو اشتراط الرسمية لصحة التصرفات الواردة على العقار، ألا أن تلك الشروط تتعلق بانعقاد العقد وترتيب اثاره، والشرط الذي نقصده بنطاق دراستنا هو الشرط بمعناه الاصطلاحي الذي سبق الإشارة اليه، هو الشرط الذي يجب توافره قبل انعقاد العقد، ومصدره القانون، ودون أن يكون للارادة دور في اشتراطه أو الاتفاق على خلافه[١٨]، فالشرط القانوني في المرحلة السابقة على المفاوضات هو الشرط الذي يتوقف عليه انشاء العقد في المستقبل، وقد تضمن التشريعات الخاصة بانواع معينة من العقود أو التشريعات الفرعية (اللوائح) الخاصة بتلك القوانين الكثير من الشروط القانونية التي تقييد حرية الارادة، وهذه الشروط ما هي ألا نتيجة لتدخل الدولة بسبب التطور الاقتصادي والاجتماعي في تنظيم طائفة مهمة من العقود، فمن يسعى إلى ابرام تلك العقود والدخول في مفاوضاتها يجب عليه اولاً أن يستوفي الشروط التي فرضتها القوانين الخاصة بها، فما يتطلبه القانون من شروط يتوقف على تحققه انشاء تلك العقود، و تدخل الدولة غالباً ما يكون عن طريق تنظيم عمل جهة الادارة، فقد ذكرنا أن اغلب القوانين الخاصة واللوائح الفرعية تصدر لتنظيم عمل جهة الادارة أو الجهة القطاعية عن نشاط اقتصادي أو تجاري أو اجتماعي معين، وجهة الادارة تبرم طائفتين من العقود، العقود المدنية وتخضع لقواعد القانون الخاص، وعقود ادارية تخضع لقواعد القانون العام[١٩]، وأين كان العقد الذي تبرمه الادارة أن احد طرفي العقد قد يكون شخص من اشخاص القانون الخاص وهذا الذي يهمنا في نطاق الدارسة، فالشروط التي تضعها القوانين تكون مقيدة لحرية هذا الطرف من العقد، كما في عقود الاستثمار أو عقود انشاء وتطوير المدن الصناعية أو عقود الشراكة مع القطاع الخاص.نخلص مما تقدم أن القيد التشريعي الشرطي على حرية الارادة في المرحلة السابقة على التعاقد هو (امر مستقبل غير محقق الوقوع ينص عليه القانون، ويتوقف على تحققه انشاء العقد) ويمكن لنا القول ايضاً أن تحقق الشرط يكون بأرادة احد طرفي العقد أو كلاهما، لان المشرع بعد النص على الشروط القانونية يترك للارادة حريتها في استيفاء تلك الشروط أو تهيئة اسباب تحققها من اجل الوصول إلى مرحلة المفوضات العقدية. **الفرع الثاني: تمييز الشرط القانوني عن غيره من أنواع الشرط** ويختلف الشرط القانوني عن الانواع السابقة من عدة وجوه هي: **اولاً:** يختلف من حيث مصدره فالقيد الشرطي التشريعي مصدره القانون، ولا يمكن أن يكون مصدره الارادة، لان الارادة التعاقدية أو المفاوضات العقدية لم تكون قد بدئت في هذه المرحلة لانها مرحلة سابقة على المفاوضات، ومن جهة أخرى أن هذه الشروط هي المنفذ التي يتدخل من خلالها المشرع في تنظيم بعض أنواع العقود[٢٠]، فعند عدم النص عليها فأننا نعود إلى الأصل العام وهو حرية الارادة في انشاء ما تشاء من العقود، واضافة لذلك فأن الشروط عموما تقسم من حيث مصدرها إلى قسمين الأول هي الشروط الارادية أو الجعلية وهي ما كانت بأرادة المتعاقدان أو احدهما وهي نوعين في مجال نظام العقود، فهي قد تكون مقترنة بالعقد، أو قد يعلق عليها نفاذ العقد أو زواله، أي قد تكون اقترانية أو تعليقية[٢١]، والثاني هو الشرط الشرعي أو القانوني، وهي الشروط التي يضعها المشرع ويلزمنا بمراعاتها واحترامها، ويترتب على

مخالفتها عدم صحة العقد أو بطلانه[٢٢]**ثانياً:** ويختلف من حيث اثره فهو تقييدي ويقيد الارادة ذاتها، فلا يكفي وجود الارادة الحرة لانشاء العقد عند وجود شرط تقييدي ما لم يتم استيفاء ذلك الشرط، وهو تعليقي بذات الوقت، يتوقف على تحققه انشاء العقد وتكوينه، ففي بعض أنواع العقود وعندما ينص المشرع على شرط معين، فلا يمكن انعقاد العقد أو الدخول في المفاوضات بشأنه قبل تحقق ذلك الشرط، فهو ما يتوقف عليه انعقاد العقد وليس نفاذه أو زواله.**ثالثاً:** ويختلف عن الشرط التعليقي من حيث أن ليس له اثر رجعي، فالعقود التي ينص القانون على شروط معينة قبل انعقادها لا تنعقد ألا بعد تحقق الشرط، فلا يعتبر العقد قد انعقد من وقت تحقق الشرط.**رابعاً:** ويختلف كذلك الشرط القانوني من حيث خصائص ومقاومات الواقعة الشرطية التي يتكون منها[٢٣]، فالواقعة الشرطية في الشرط المقترن بالعقد أو الشرط التعليقي، يجب أن تكون أمر مستقبل وغير محقق الوقوع وان تكون مشروعة وعارضة، أما الواقعة الشرطية في الشرط القانوني الذي نحن بصدده فيكفي فيها أن تكون امر مستقبل وغير محقق الوقوع فقط، وبالامكان تحققها، لان المشرع عندما يضع نصاً قانونياً بصورة شرط يقيد فيه حرية الارادة فهو لا بد أن يكون شرط مشروعاً قصد به المشرع تحقيق غايات معينة اهما تحقيق العدالة او المصلحة العامة، وكذلك ان تكون الواقعة الشرطية امراً عارضاً فهي ليس من مقومات الشرط القانوني، لان الاخير لا يلحق بالعقد بعد تكوينه، بل أن تكوين العقد يتوقف على تحققها.

المطلب الثاني: الاثر المترتب على القيد الشرطي

تترتب على القيد الشرطي بوصفه من القيود التشريعية على حرية الارادة عدة اثار بحسب وجهة النظر إلى الشرط، فبحسب تأثير الشرط على حرية الارادة يكون الاثر المترتب عليه تقييدي وبحسب اثره على وجود العقد يكون تعليقي، وبحسب الغاية من النص عليه يكون الاثر ايجابي اوسلبي ونبحث في تلك الاثار تباعاً**الفرع الأول: الاثر التقيدي والاثر التعليقي** يترتب على الشرط القانوني اثر يقيد الارادة التعاقدية واثر تعليقي للعقد المراد ابرامه وكما يأتي:**اولاً: الاثر التقييدي:** أن مشرع قانون المدني لم يتضمن الإشارة إلى القيود في المرحلة السابقة على التعاقد باستثناء المشرع الفرنسي في بعض صور الالتزامات في المفاوضات، ولم تتم الإشارة بصورة مباشرة إلى الشروط التي يتطلبها القانون بوصفها قيد على حرية الارادة، ألا أن المشرع الفرنسي اشارة في المادة ١١٠٢ بأن ("كل شخص حراً في التعاقد أو عدم التعاقد وفي اختيار المتعاقد الاخر وتحديد مضمون العقد وشكله وفقاً للحدود المنصوص عليها في القانون"، وان حرية التعاقد لا تجيز مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام")[٢٤] ولم يتضمن القانون المدني العراقي والمصري نص مماثل لما نص عليه المشرع الفرنسي في التعديل الاخير، وأذا امعنا النظر في النص نجد أن حرية الارادة في التشريع الفرنسي محددة بالحدود التي ينص عليها القانون، وهي اشارة غير مباشرة لكل أنواع القيود التشريعية، فحدود القانون هنا لا تتعلق في تحديد مضمون العقد أو شكله وإنما في التعاقد من عدمه أو اختيار المتعاقد الاخر[٢٥]، وحرية التعاقد من عدمه قد تكون مقيد بشروط معينة، نص عليها القانون، أو أن اختيار المتعاقد الاخر قد يكون محدد أو مقيد بشروط يجب استيفائها، اضف إلى ذلك أن الشرط القانوني هو ما يتطلبه القانون لترتيب اثر معين[٢٦]، وانشاء العقود هو من اهم الاثار التي تترتب على حرية الارادة التي يكون الأصل فيها أنها حرة وفق القواعد العامة وان الشخص حر في انشاء ما يشاء من العقود، ألا أن هذه الحرية من الممكن تقييدها بشروط قانونية، فلا يكون لها اثر قانوني ألا بعد توافر تلك الشروط.ويختلف التقييد في الشرط القانوني عنه في الشرط المقترن بالعقد حيث ان الاخير يتعلق في تقييد حكم العقد بالتعديل أو التغيير أو الاضافة عليه[٢٧]، أما اثر الشرط القانوني في المرحلة السابقة على التعاقد فانه مقييد لحرية الشخص في سعيه إلى ابرام العقد، ويرجع ذلك إلى طبيعة الشرط، فالشرط المقترن بالعقد هو شرط مضاف إلى عقد مكتمل الاركان، أما الشرط القانوني فهو شرط لوجود العقد قبل تكوينه، ولذلك فأن الواقعة الشرطية هنا تختلف ويكفي فيها أن تكون امر مستقبل وغير محقق الوقوع، ولكن يجب الانتباه أنه يجب أن لا يكون مستحيلاً وإلا كان النص عليه عبثاً، ولا يمكن للعقد أن ينعقد في هذه الحالة، خلاف الشرط التعليقي أو المقترن بالعقد، فالشرط التعليقي إذا كان واقفاً وكان مستحيلا ترتب عليه زوال العقد، وإذا كان فاسخاً كان العقد نافذاً منذ انعقاده، أما استحالة توفير الشرط القانوني فأنه يعني استحالة الوصول إلى انشاء العقد. فالاثر التقييدي للشرط القانوني هو ما يجعل الارادة غير حرة تماماً في التفاوض على ابرام العقد، بل تكون مقيدة، والقيد لا يتعلق بحرية التعبير عنها، بل بأنعقاد عزمها على اجراء عملية التعاقد**ثانياً: الاثر التعليقي:** اثر الشرط القانوني على وجود العقد هو اثر تعليقي وهو يختلف عن الشرط التعليقي الذي يقترن بالعقد بعد اكتمال العقد، فالشرط القانوني هنا هو ما يتوقف وجود العقد على وجوده وكان خارج عن حقيقته وماهيته، ولا يمكن أن يوجد العقد ألا بوجوده، فتكوين العقد وانشائة معلق على تحقق الشرط، ولا يمكن أن يوجد أو يتحقق وجوده ألا بتحقق الشرط، والشرط هنا ليس عنصر عرضي يضاف إلى الالتزام الارادي المستكمل كافة عناصره، بل أن وجود هذا الالتزام رهناً بتحقق الشرط، فنشوء الالتزام أو تكوين العقد لا يتم ألا بتوافر الشرط، أي أن وجود العقد معلق على تحقق الشرط والاثر التعليقي للشرط هي صفة للشرط المقترن بالعقد والذي سبقت الإشارة اليه، ولكننا لو امعنا النظر في التشريعات العادية الخاصة والتي اصبحت تمثل انعكاس الاتجاهات المعاصرة تسير نحو تقييد دور

الارادة في مجال انشاء العقد وترتيب اثاره[٢٨]، وذلك عن طريق زيادة القيود على مبدأ سلطان الارادة، وهذا القيود التي يجب أن لا تصل إلى حد منع الارادة من انشاء التصرفات القانونية بل الحد من تلك الحرية، فالارادة لا بد وأن تبقى تتمتع بقدر من حريتها في اطار القانون، تكون في صورة شروط يضعها المشرع ويجعل من توافرها عنصر يتطلبه القانون لإكمال الحق، إذ لا يكتمل وجوده الحق ولا يترتب عليه اثر ما لم يستوفي الشروط التي تطلبها القانون، فإذا توافرت هذه الشروط ثبت للحق اثره من وقت تحققها من غير أن يكون لها اثر رجعي[٢٩]، فوجود العقد يتوقف اذاً على تحقق الشروط التي وضعها المشرع، أي أن وجود العقد معلق على وجود الشرط ويرى الباحث أنه لا يشترط أن يكون من مقومات الواقعة الشرطية في المرحلة السابقة على التعاقد والتي يتوقف على تحققها قدرة الارادة على انشاء العقد والدخول في المفاوضات العقدية، أن يكون الشرط امراً عارضاً كما في الشرط التعليقي كوصف للالتزام، وذلك لان العقد لم يكن قد انعقد وان انشائه وتكوينه يتوقف على تحقق الشرط، ما في حالة الشرط كوصف للالتزام فيكون العقد قد انعقد واضيف الشرط اليه ليعلق عليه نفاذه أو زواله، أي انه لا يساهم ابتداءً في تكوين الحق[٣٠]، وكذلك شرط المشروعية وهذا امر بديهي فليس من المعقول أن يعلق المشرع امكانية انشاء العقد على شرط غير مشروع، فالشرط الذي يضعه المشرع يكون بصيغة قاعدة قانونية تتوافر فيها جميع صفات القاعدة القانونية، ولكن يشترط في الواقعة الشرطية أن تكون امر مستقبل وغير محقق الوقوع وهي اقل ما يمكن توافره في الشرط القانوني، فإذا خلت القاعدة القانونية من هذين الأمرين لم تعد قيداً شرطياً على حرية الارادة، بل يمكن أن تكون قيداً أخر غير الشرط، ونبين بإيجاز هذين الامرين :

أ- "أن يكون الشرط امراً مستقبلاً": ويقصد بالامر المستقبل هنا هي الواقعة أو الحدث الذي تطلب القانون وجوده قبل انعقاد التصرف، مثل شرط الحصول على إجازة الاستثمار أو شرط توافر الاعتماد المالي قبل اجراء عقد الاستثمار ومنح إلفرصة الاستثمارية للمستثمر، فالشرط هنا وصف يتحقق في شخص المتعاقد وليس في الالتزام، أي انه يقيد ارادة من يريد التعاقد، فمن حصل على إجازة الاستثمار واستطاع توفير الاعتماد المالي تصبح ارادته مطلقة حرة ويستطيع الدخول في مفاوضات العقد الاستثماري.

ب- أن يكون الشرط أمر غير محقق الوقوع وبالامكان وقوعه، أي أن يكون وقوع الامر المستقبل محتمل الوقوع، قد يقع وقد لا يقع، وان ينصب الاحتمال على وقوع الامر لا على تاريخه، أي أن هذا الامر قد يقع وقد لا يقع[٣١]، فشرط الاجازة في المثال السابق إذا نظرنا اليه من خلال تصور الشخص الذي يريد التعاقد، فالاجازة في مرحلة السعي إلى المفاوضات هي امر غير محقق بالنسبة له ومن المحتمل أن يحصل عليها أو قد لا يحصل عليها، ولكنها ليست متحققه أو مستحيلة التحقق في المستقبل، فإذا كان متحقق الوقوع في المستقبل اصبح اجل، وإذا كان مستحيلاً كان النص عليه عبثاً فالمشرع لا يضع شرطاً قانونياً مستحيل التحقق، لأنه علق على ذلك الشرط اثار قانونية، فإذا استحال الشرط استحالت تلك الاثار التي قصدها، فاشتراط الشيء المستحيل يمنع من قيام الالتزام ووجوده[٣٢]، ويرى بعض الفقه[٣٣] بصدد التعليق على نصوص القانون الخاصة بالشرط كوصف للالتزام بأن المشرع المصري راعى بأن ("يكون الشرط امر مستقبل غير محقق الوقوع") ولم يعطف الاستقبال على عدم التحقق ب واو العطف بل انه جمع بين الوصفين للافصاح عن وجوب تلازمهما[٣٤]، ونرى أن هذا التلازم للوصفين هو ما يجب تحققه في الشرط القانوني كقيد على حرية الارادة في المرحلة السابقة على التعاقد، فالامر المستقبل إذا كان متحققاً لم يكن قيدً على حرية الارادة، ويجب أن لا يكون مستحيلاً كما بينا.

الفرع الثاني: الاثر الايجابي والسلبي رغم اعتراف مشرع القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة بمبدأ سلطان الارادة وحريتها في تنظيم العلاقة التعاقدية، ألا انهم يجدون من الضروري التدخل في بعض الاحيان على نحو مباشر أو غير مباشر لاعتبارات تتعلق بمصلحة عامة أو خاصة أو من أجل تحقيق العدالة[٣٥]، فحرية الارادة التعاقدية وباعتبارها من نتائج مبدأ سلطان الارادة تبقى هي الأصل في جميع العقود، لذلك يجب أن يكون الاستثناء على ذلك الأصل بنص خاص[٣٦]، والنصوص الخاصة التي يضعها المشرع كقيد على حرية الارادة في المرحلة السابقة على التعاقد والتي تكون بصيغة الشرط هي لرسم الطريق امام من يروم ابرام عقود خاصة وذلك للتأكد من صلاحيته لابرام تلك العقود، فقد يكون الشخص غير اهلاً للتعاقد من الناحية المالية، رغم صلاحيته من الناحية العقلية، أو قد يكون الشخص غير اهلا للتعاقد من الناحية المعرفية، لا سيما وان العقود التي تتضمنها التشريعات الخاصة هي على درجة من الاهمية من الناحية الاقتصادية أو التجارية من جانب، ومن جانب أخر غالباً ما يتم التعاقد في هذه العقود مع جهة الادارة، والاخير تسعى للتعاقد مع من تراه جدير بالتعاقد من الناحية المالية، فعدم التعاقد مع من يكون غير جدير بذلك خير من الدخول في منازعات قضائية قد تطول لفترات طويلة، والتعاقد مع من توافرت فيه الشروط التي حددها القانون هي بداية الطريق لتحقيق الغايات التي يقصدها المشرع من النص على تلك القيود، فالأثر الايجابي لتلك الشروط القانونية يتمثل في الغاية التي قصدها المشرع منهاولكن السؤال الذي يمكن أن يثار هنا ماهو الاثر الذي يترتب عند عدم تحقق الغايات التي قصدها المشرع، أي ما هو الاثر الذي

يترتب عند قصور القيد الشرطي عن الاستجابة لما قصده المشرع من وضعه، أو لم تتحقق المصلحة العامة الاقتصادية أو الاجتماعية، أو ما هو الاثر عند الافراط في هذه الشروط حتى تصل إلى الحد الذي تمنع فيه الارادة عن حريتها في ابرام العقود، فالمشرع عندما يضع القيود لا يريد منع الارادة من ابرام العقود، لان ذلك سيؤدي إلى اثر انعكاسي للاثر الايجابي، أي انه سيؤدي إلى نتائج سلبية، أي يمكن لنا القول أن الحفاظ على الاثر الايجابي للقيد الشرطي يكون من خلال النظر إلى حرية الارادة نظرة موضوعية تحفظ وجودها لانها تبقى الاساس في ابرام العقود (عدا العقود الجبرية أو الملزمة)[٣٧] فلا يمكن اجبار الشخص على ابرام عقود الاستثمار وغيرها خلاف ارادته[٣٨]، ولا يمكن كذلك ابرام مثل تلك العقود لكل من يشاء، فالامر بحاجة الموازنة بقدر المستطاع، ومحاول الوصول إلى الاثر الايجابي من القيد الشرطي وتلافي الاثر السلبي أو الانعكاسي للغاية التي قصد المشرع تحقيقها، فتدخل المشرع يجب أن لا يكون ألا لتحقيق مصلحة اولى بالرعاية، وخير الامور اوسطها وهو ما نادى به رأي من الفقه[٣٩] (المعتدلين) الذي رأى ان كل من انصار حرية الارادة وخصومهم قد بالغوا فيما ذهبوا اليه، ونادوا بوجوب وضع الامور في نصابها بان يكون مبدأ سلطان الارادة وما يترتب عليه من نتائج هو الأصل ومبدأ عام، ولا يكون تدخل القانون ألا في حدود معينة، فافضل المذاهب من يحقق الموازنة بين سلطة الدولة وكفالة الحريات إلفردية دون تضحية احدها في سبيل ألاخرى.

المبحث الثاني: تطبيقات القيد الشرطي المحدد للإرادة

كثيرة هي التطبيقات على القيد الشرطي على حرية الارادة، والقيود الشرطية التي نقصدها في نطاق الدراسة هي القيود المحددة للارادة، أي التي تقف حائلاً امام ارادة اشخاص القانون الخاص من ابرام التصرفات، فلا يستطيع ابرامها إلا من استطاع توفير تلك الشروط، ومن اهم تلك الشرط هي الاجازة، حيث تشترط العديد من القانونين حصول الشخص على إذن أو إجازة جهة الادارة قبل ابرام العقود معها، أو قد تتطلب عملية المفاوضات على ابرام العقد وجود وثائق مستندات سابقة على التعاقد يشترطها القانون على احد المتعاقدين لتطمئن الطرف الاخر وتسوقه إلى التفاوض وابرام العقد، وسنبين ذلك في فرعين:

المطلب الأول: الاجازة شرط لابرام بعض أنواع العقود

تعد الاجازة أو الاذن أو الرخصة من اهم القيود الشرطية التي ترد على حرية الارادة، حيث أن مبدأ سلطان الارادة اخذ بالتراجع مقابل زيادة تدخل الدولة في نظام العقد، ومن اجل ضمان تدخل المشرع دون أن يعدم تلك الارادة كلياً وجد نظام الاجازة أو الرخصة، فهو شرط تنفذ من خلاله سلطة الدولة في مواجه حرية الفرد[٤٠]، فأشكال تدخل الدولة قد يكون بأباحة بعض النشاطات الانسانية أباحة مطلقة، أو قد يكون بحظر أنواع معينة من النشاط الانسان الفردي أو الجماعي وذلك لما يترتب على تلك النشاطات من اضرار بالمجتمع، ولا علاقة لهذين النوعين بموضوع دراستنا، أما الشكل الثالث لتدخل الدولة يكون بأن يقيد المشرع بعض أنواع النشاطات بقيود دون حظرها، ويكون ذلك باشتراط الحصول على إجازة لممارستها[٤١]، لذلك سنبين تباعا مفهوم الاجازة ومدى فاعليتها كقيد على الحرية:**الفرع الاولً: مفهوم الاجازة أو الرخصة**لم يرد في القواعد العامة اشارة للاجازة كقيد على حرية الارادة، وإنما ورد هذا الشرط في التشريعات الخاصة، فنشاط اشخاص القانون الخاص سواء كانوا اشخاص طبيعين أو معنويين الذي يخضع لنظام الاجازة في العراق كشرط للتعاقد متعدد الجوانب والاشكال، فقد يكون النشاط يتعلق باستغلال الثروات الطبيعية، أو يتعلق بالاستثمار أو اقامة الصناعات الكبرى، أو يتعلق بممارسة المهن أو الحرف الخاصة[٤٢]، وأن البحث في مفهوم الاجازة يقتضي الإشارة إلى كل تلك القوانين، لذلك سنكتفي بالاشارة إلى اهم واحدث القوانين والتي اشترطت الاجازة (كشرط لابرام العقود المتعلقة بنشاطها) واهم هذه القوانين هي قانون الاستثمار وقانون المدن الصناعية، والتعليمات رقم ١ لسنة ٢٠٢٤ الخاصة بالاستثمار و الشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص[٤٣]، لان الاجازة في هذه القوانين هي قيد على حرية الارادة، ولكونها من القوانين الحديثة والمهمة في مجال التنمية الاقتصادية.ففي قانون الاستثمار نصت الفقرة الثانية من المادة ١٩ من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ والتي جاء فيها ("تمنح الهيئة إجازة استثمار لانشاء المشروع بناءً على طلب يقدم إليها من المستثمر ويشمل الطلب الذي يتقدم به المستثمر ما يأتي: أ- استمارة الطلب المعدة من الهيئة ب- خطة تمويل المشروع مقترنة بضمان جهة التمويل من مؤسسة مالية معتمدة ج- المشاريع التي قام بها المستثمر أو شركائه في العراق أو خارجه والجهات الساندة له في تنفيذه د- تفاصيل المشروع المراد الاستثمار فيه والجدوى الاقتصادية هـ- جدول زمني لانجاز المشروع") ولم يعرف قانون الاستثمار الاجازة، كما انه يلاحظ للوهلة الأولى أن الاجازة هنا للمارسة النشاط وليس لابرام عقد الاستثمار، ألا اننا إذا امعنا النظر نجد أن الفقرات التاسعة والعاشرة من المادة الأولى من ذات القانون عرفت المستثمر العراقي و الأجنبي بأنه الشخص الحاصل على إجازة الاستثمار، فاشترطت لمنح صفة المستثمر أن يكون قد حصل هلى إجازة الاستثمار من الجهة المختصة بمنحها، ونص البند ب من الفقرة الثانية من المادة (١٠) من ذات القانون في الفصل المخصص لمزايا وضمانات المستثمر على ("يتم ابرام عقد المشروع الاستثماري مع الجهة القطاعية المنظمة للنشاط أو

مع الهيئة مانحة الاجازة على أن يبرم العقد الخاص بالعقار مع الجهة المالكة") والعقد هنا يبرمه من حصل على إجازة الاستثمار واكتسب صفة المستثمر وهو شخص من اشخاص القانون الخاص ويتم ابرام العقد مع جهة الادارة، فتكون الاجازة شرط يقيد حرية الشخص ولا يمكنه من الوصول إلى مرحلة المفاوضات ألا بعد استيفائه أما قانون المدن الصناعية العراقي رقم ٢ لسنة ٢٠١٩ فقد عرف الاجازة بنص صريح في الفقرة السادسة من (١) بأنها ("الوثيقة التي تمنحها هيئة المدن لانشاء أو تطوير أو تشغيل مدينة صناعية") ونصت المادة (٩) منه على (اولاً: "تمنح الهيئة أجازة المدن لانشاء أو تطوير أو تشغيل مدينة صناعية"، ثانياً: "تحدد شروط منح الاجازة المنصوص عليها في البند اولاً من هذه المادة بتعليمات يصدرها الوزير") ولم تصدر هذه التعليمات لحد الان[٤٤]، كما اصدر مجلس الوزراء العراقي حديثاً التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٢٤ الخاصة بالاستثمار والشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص، وقد منحت هذه التعليمات الجهات الممولة في ميزانية الحكومة الاتحادية الصلاحية في ابرام عقود الاستثمار أو عقود الشراكة مع القطاع الخاص، أي ابرام العقود بين جهات الادارة واشخاص القانون الخاص، وقد تضمنت هذه التعليمات على أنواع جديدة من العقود لم ينظمها المشرع العراقي بقواعد قانونية خاصة لكل منها، ولم تتضمن هذه التعليمات أي تعريف للاجازة.أما في مصر فلم يعرف قانون الاستثمار الاجازة، وعرفها قانون تيسير اجراءات منح تراخيص المنشأت الصناعية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٧ بمصطلح الترخيص وفرق بين نظام الترخيص بالاخطار وهو خاص بجهة الادارة، ونظام الترخيص المسبق وهو المقصود بنطاق دراستنا وعرفته الفقرة الخامسة من المادة (١) بأنه ("قيام المنشأت الصناعية التي تمثل درجة كبيرة من المخاطر المتعلقة بالامن أو الصحة أو السلامة أو البيئة بالحصول على موافقة مسبقة من الجهة الادارية المختصة قبل اقامتها أو تشغيلها أو ادارتها") أما على مستوى الفقه القانوني فقد حاول بعض الفقه[٤٥] في العراق تعريف إجازة الاستثمار بأنها("قرار اداري صادر عن احدى هيئات الاستثمار بعد تقديم طلب وتوافر الشروط القانونية، يسمح بموجبها للمجاز بممارسة نشاط استثماري معين من الانشطة المسموح بها قانوناً ويلتزم بمقتضاها بواجبات قانونية محددة ويتمتع بمزايا وضمانات وإعفاءات متعددة")، و في مصر فقد عرفها بعض الفقه[٤٦] الاجازة بشكل عام بانها ("وسيلة من وسائل تدخل الدولة عند ممارسة الافراد لنشاط معين وذلك لاجل الوقاية مما قد ينجم عن هذا النشاط من أضرار تصيب النظام العام والصالح العام وهذا ما يتطلب من الادارة أن تفرض ما تراه مناسباً وملائما من الاحتياطات التي من شأنها أن تقي من هذه الإضرار")، أما في فرنسا فيدل لفظ الترخيص في على انه قيد على الحرية أو الحق، فالترخيص هو ("العمل الذي يخول القدرة على فعل شيء معين")[٤٧] ويتضح من ذلك أن أن الترخيص هو استثناء من الحرية وانه لا يراد به تقييد حرية المرخص له وانما يقصد بهالتخفيف عنه، فهي إذن بممارسة حق معيين، أي الاذن بممارسة امر مباح اصلاً.

الفرع الثاني: مدى فاعلية الاجازة كقيد شرطي لابرام العقود الاجازة وسيلة من وسائل تدخل الدولة في ممارسة النشاط الفردي، فالمشرع عندما يشترط الحصول عليها قبل ابرام بعض أنواع العقود له غاية مباشرة غير تلك الغايات التي يقصدها من القيود التشريعية عموماً، وغاية المشرع هو الوقوف على ما يمتلكه المتعاقد من مؤهلات معرفية اومالية أو ما لديه من تجارب سابقة، وذلك للوقاية مما قد ينشأ من ضرر لو انه تعاقد مع أيا كان من اشخاص القانون الخاص، فنرى أن المشرع ومن خلال نصوص القانون يمكن جهة الادارة بأن تتخذ ما تراه مناسباً من احتياطات لمنع وقوع الضرر، فالعقود التي يشترط القانون لابرامها الحصول على إجازة من جهة الادارة المختصة على قدر من الاهمية، ولا يمكن المجازفة في ابرامها مع أي شخص عادي، بل لا بد أن تتوافر فيه مؤهلات معينة، من اجل نجاح عملية التعاقد والوصول بها إلى مراحلها النهائية، ولجهة الادارة رفض منح الاجازة إذا لم تتوافر تلك المؤهلات، فلجهة الادارة سلطة تقديرية في قبول أو رفض منح الاجازة[٤٨]، وقد ذكرنا ما نصت عليه المادة ١٩ من قانون الاستثمار بأن تمنح الهيئة المختصة إجازة الاستثمار بناءً على طلب يقدم إليها مرفق به ما يؤيد المقدرة المالية للمستثمر والمشاريع التي قام بتنفيذها وغيرها من المتطلبات، وهذه المتطلبات لمنح الاجازة الاستثمارية الغاية منها الوقوف على مدى صلاحية الشخص للحصول على تلك الاجازة، فتقيد الحرية هنا لا يقصد به حرمان الأشخاص من التعاقد وإنما اختيار الافضل بينهم والموازنة بين الحرية الفردية للأشخاص وبين مصلحة المجموع التي تتكفل بها الدولة، فسلطة المشرع في فرض نظام الاجازة ليست متروكة لتقديره البحت أو لطريقته في التعبير عن ارادة المجموع وانما هي سلطة مقيدة في الاصل بحسن التوفيق بين المصالح الخاصة الفردية وبين المصلحة العامة تبعا لنوع النشاط الذي يراد تقييده، فالمشرع في هذا الشأن مقيد بقاعدة قانونية عليا تقضي بأن اختصاصه في هذا الجانب محدد ايضاً بالحريات والحقوق الفردية ("مبدأ سلطان الارادة والحرية التعاقدية") باعتبارها مبدأً قانونياً اسبق في الوجود من اختصاص السلطة التشريعية، فينبغي أن لا يكون التقييد ألا للضرورة وبالقدر اللازم له[٤٩]. ويرى الباحث أن اشتراط الاجازة مهما كان له من اثر ايجابي في اختيار المتعاقد الافضل مع جهة الادارة ذو الكفاءة المالية والمعرفية، ومنحها الحق في مراقبة تنفيذه للعقود التي اشترطت الاجازة من اجل عقدها، وصلاحية سحب تلك الاجازة، فأن تلك الاجازة من ناحية المتعاقد الاخر تمثل قيد حقيقي على أرادته وحريته في ابرام العقود التي تعلقت بها تلك الاجازة، وينبغي أن لا يصل القيد إلى

منع تلك الارادة من ابرام تلك العقود، أو ممانعة الارادة ذاتها من السعي إلى تحقق الشرط والوصول إلى المفاوضات بشأن تلك العقود وتتحقق تلك الممانعة لاسباب عديدة تتعلق بذات الشرط، أي شرط الاجازة واهم تلك الاساب هي:

١-للحصول على الاجازة وتحقق شرطها لا بد من اتباع اجراءات ومتطلبات يقرها القانون، وكلما تعقدت تلك الاجراءات اصبحت سبباً في عزوف الارادة للسعي والحصول عليها[٥٠]، وكلما كانت تلك الاجراءات سهلة وميسرة سعت الارادة إلى تحقيقها والحصول على الاجازة، ففي مصر اصدر المشرع قانون تيسير إجراءات منح تراخيص المنشأت الصناعية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٧ وعرف فيها الرخصة ونظم اجراءات منحها وحدد الجهة المانحة لها، ونص المشرع المصري في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ المعدل بالقانون رقم ١٤١ لسنة ٢٠١٩ على سريان ذات الاجراءات المنصوص عليها في قانون تيسير اجراءات منح التراخيص إذا كانت ايسر في التطبيق، كما نص القانون على انشاء وحدة ادارية في هيئة الاستثمار تسمى مركز خدمة المستثمرين وذلك لتبسيط اجراءات الاستثمار وتيسيرها ويتولى هذا المركز تلقي طلبات منح التراخيص والبت فيها[٥١]، وكذلك نص في قانون الهيئة العامة للتنمية الصناعية رقم ٩٥ لسنة ٢٠١٨ على سريان ذات الاجراءات المنصوص عليها في قانون تيسير الاجراءات أعلاه، في حين لم ينص المشرع العراقي على مثل هذا القانون، بل نص على اجراءات منح إجازة الاستثمار في قانون الاستثمار[٥٢]، ونص على اجراءات أخرى وجهة أخرى يقدم إليها الطلب في قانون المدن الصناعية وبتعليمات يصدرها وزير الصناعة يحدد فيها شروط منح الاجازة[٥٣]، ثم اصدر مجلس الوزراء العراقي التعليمات رقم ١ لسنة ٢٠٢٤ التي سبقت الإشارة إليها والخاصة بعقود الاستثمار والشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص ونصت الفقرة السادسة من المادة (٥)على (أي نوع من أنواع التعاقد يتفق مع أحكام هذه التعليمات ويعتمد بقرار من مجلس الوزراء وبما لا يتعارض مع التشريعات ذات العلاقة ولمجلس الوزراء النظر بمنح أي من عقود الشراكة إجازة استثمارية) ولم تحدد التعليمات اجراءات منح الاجازة وهل يتم اعتماد ذات الاجراءات في قانون الاستثمار ومن هية الجهة التي يقدم إليها الطلب، مع أن الموضوع اختياري لمجلس الوزراء، وهل هذا يدل على أن الاجازة شرط في عقود الشراكة، أي انه إذا لم يقوم مجلس الوزراء بمنحها يجب الحصول عليها من هيئة الاستثمار؟

٢-تعدد الاجازات وتعدد الجهات المانحة لها[٥٤]، حيث ورد في الفقرة اولاً من المادة (١٩) من قانون الاستثمار على (يحصل المستثمر على الاجازة إضافة إلى حصوله على باقي الاجازات لغرض التمتع بالمزايا والاعفاءات التي تقدمها الهيئة) فما هو عدد تلك الاجازات والجهات المانحة لها ؟فهل يجب على المستثمر الحصول على عدة اجازات من اجل التمتع بالمزايا والاعفاءات التي تقدمها هيئة الاستثمار، ومن هية الجهات المانحة لتلك الاجازات، ألا يشكل هذا الشرط عائق امام المستثمرين حيث أن الحصول على إجازة الاستثمار يتطلب متطلبات واجراءات يصعب تحقيقها في بعض الاحيان بالاضافة إلى المدة الزمنية التي تستغرقها تلك الاجراءات، فكيف الحال إذا تعددت تلك الاجازات، هذا من جانب قانون الاستثمار، ونجد في قانون المدن الصناعية أن الفقرة الأولى من المادة ١٨ تنص على ("تسري الاعفاءات الكمركية والضريبية المنصوص عليها في قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ أو في قانون الاستثمار الصناعي للقطاعيين الخاص والمختلط رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٨ على جميع الانشطة الاقتصادية المجازة في المدينة الصناعية") فهل على مطور المدينة الصناعية والحاصل على إجازة انشاء أو تطوير المدينة الصناعية والحصول على إجازة من هيئة الاستثمار اضافة إلى حصوله على إجازة انشاء أو تطوير المدينة الصناعية من هيئة المدن الصناعية من اجل الحصول على الاعفاءات الكمركية والضريبية، أم أن تلك الاعفاءات تقتصر على من يقوم بالاستثمار في المدن الصناعية فقط ولا تشمل مطور المدينة الصناعية، افلا كان الأولى أن يكون قانون المدن الصناعية يختص بتنظيم عمل جهة الادارة فقط، وترك موضوع منح الاجازة وتحديد التزامات وحقوق الجهة المتعاقدة معها إلى أحكام قانون الاستثمار من اجل توحيد الاجراءات وسرعتها ووحدة الاجازة للمنوحة للمستثمرين لا سيما وان مطور المدن الصناعية هو مستثمر وهو من اشخاص القانون الخاص.

المطلب الثاني: وثائق ومستندات ما قبل التعاقد

من الشروط القانونية التي يشترطها القانون ومقيدة لحرية الارادة التعاقدية هي وجوب توافر وثائق ومستندات في مرحلة السعي إلى التعاقد، وغالباً ما يشترط القانون مثل هذه الوثائق في التشريعات الخاصة ببعض أنواع العقود، مثل وثائق التأمين أو التمويل المالي أو الحصول على التراخيص أو الموافقات اللازمة من اجل اتمام عملية التعاقد، ونبين في هذا الفرع مفهوم الوثائق والمستندات التي يتطلبها القانون (كقيد تشريعي) والاثر المترتب عليها وبعض صورها تباعا:**الفرع الاول: مفهوم الوثائق والمستندات القانونية في مرحلة السعي إلى التعاقد.**اختلف الفقه في تحديد الوثائق والمستندات في مرحلة ما قبل التعاقد، فقد ذهب جانب من الفقه التقليدي[٥٥] إلى التضيق من مفهوم تلك الوثائق وقصرها على على المحررات التي تثبت الاتفاقات التمهيدية بين الطرفين، أي الوثائق الصادرة من احد الطرفين إلى الاخر والتي تحمل في ثناياها النية التعاقدية بين

الطرفين، وتتعدد المصطلاحات المستخدمة لتلك الاتفاقات "كالاتفاقات المنظمة للتفاوض" أو "الاتفاقات الملزمة للتفاوض" أو "اتفاقات المبدأ" أو "اتفاقات الاطار" وهي لا تمثل غاية في ذاتها بل هي وسيلة للوصول إلى العقد النهائي، ولذلك يرى جانب من الفقه أنها تنتمي إلى مرحلة المفاوضات، وتظل محكومة بقواعدها فلا تكون عقود مستقلة بذاتها[٥٦]، وذهب بعض الفقه الفرنسي في أن مفهوم هذه المستندات ينحصر "بمحررات العقود أو الاتفاقات التمهيدية والتي تتسم بالوقتية أو تكون غير نافذة كالوعد بالتعاقد أو العقد الابتدائي"[٥٧]، وليس هذا المفهوم لمستندات ما قبل التعاقد هو المقصود في نطاق دراستنا لان هذا المفهوم يقتصر على الوثائق أو المستندات التي تنشأ بأرادة احد الطرفين أو كلاهما، ونحن نقصد بنطاق دراستنا الوثائق والمستندات التي نص المشرع على وجوب توافرها والتي تعد قيود على حرية الارادة.أما الفقه القانوني الحديث[٥٨] فقد ذهب إلى التوسع في تحديد مفهوم تلك الوثائق والمستندات التي تسبق انعقاد العقد النهائي، ويرون أن مفهوم الوثائق والمستندات السابقة على التعاقد يشمل بالاضافة إلى المستندات التي اشار إليها الفقه التقليدي، على الوثائق التي تطمئن الطرف الاخر وتجعله يقدم على المفاوضات بعد وصول تلك التعهدات والضمانات اليه ممهدة بتوقيع الطرف الأول، ويقترب المفهوم الذي نقصده من هذا المفهوم في جانب وهو أنها وثائق تطمئن الطرف الاخر وتجعله يُقدم على التعاقد، وتختلف عنها في أنها ليست تعهدات أو ضمانات يوقعها احد الطرفين للاخر، وإنما هي وثائق يشترط القانون وجودها بحيث يترتب على وجودها اثر قانوني وهو الوصول إلى امكانية اجراء المفوضات وانعقاد العقد، ويترتب على تخلفها عدم امكانية اجراء المفاوضات وانعقاد العقد، فهي شروط قانونية يتوقف على وجودها تكوين العقد وانعقاده[٥٩]فالفقه الحديث قد خرج عن اقتصار مفهوم الاتفاقات والعقود التمهيدية كونها مفاهيم ضيقة لمستندات ما قبل التعاقد، إلى تبني مفاهيم أخرى جديدة تستوعب ما قد تتضمنه مرحلة ما قبل التعاقد من "وثائق ومستندات" افرزها الواقع المتطور من الحياة سواء من الناحية الاقتصادية أو التجارية أو الصناعية[٦٠]. وما تبعه من تدخل الدولة في تنظيم تلك النشاطات وقد كان ذلك سبباً حدى بالفقه الحديث إلى تتبع البدايات الأولى لمرحلة السعي إلى التعاقد من خلال تلك الوثائق والمستندات التي تكشف عند توافرها عن الارادة التعاقدية لجميع الاطراف أو احدهم في الدخول في علاقة تعاقدية ما زالت بعيدة الأمد وتحتاج إلى فترة زمنية قد تطول وقد تقصر لتجميع اكبر قدر من تلك المعطيات حتى لحظة ابرام العقد[٦١] وقد عرف بعض الفقه مستندات التعاقد بصورة عامة بأنها ("كل ما يستخدم لأغراض الاثبات بما في ذلك الرسوم والتسجيلات والصور")[٦٢]، كما أنها وردت في قاموس (ROBERT) بأنها ("كل كتابة يقصد بها الإعلام أو الاثبات شريطة التوقيع عليها")[٦٣]، وهذه التعريفات اشارت الى الوثائق بصورة عامة سواء كانت في مرحلة ما قبل التعاقد أو بعدها، كما بينت أن الغاية منها هو الاثبات. والحقيقية اننا إذا أردنا الوصول إلى مفهوم محدد لمستندات ما قبل التعاقد بوصفها قيد على حرية الارادة، ينبغي التفرقة بين نوعين من تلك الوثائق والمسندات وذلك من حيث مصدرها، وثائق أو مستندات مصدرها ارادة المتفاوضين على العقد، وهي تكون في صورة "اتفاقات مؤقتة سابقة على التعاقد" بين الطرفين[٦٤]، وذلك في العقود المهمة التي قد تستغرق المفاوضات فيها وقت كبير، ويكون الطرفين بحاجة إلى تثبيت ما تم التوصل بشأنه من اتفاقات بصورة مكتوبة (وثائق أو مستندات)، وقد اختلفت تسميات تلك الاتفاقات كما أنها لا تمثل غاية في ذاتها كما ذكرنا بل هي وسيلة لتحقيق غاية معينة هي الوصول إلى العقد النهائي، وهي لا ترقى من حيث قيمتها القانونية إلى مرتبة التعبير البات والملزم عن الارادة ("الايجاب الملزم") لافتقارها إلى مقوماته الاساسية[٦٥]، ولم يتناول المشرع العراقي أو التشريعات المقارنة هذه الاتفاقات لا بالتعريف ولا بتنظيم احكامها، لذلك حاول بعض الفقه[٦٦] تعريفها بأنها (" الاتفاق الذي ينشئ على عاتق احد الطرفين أو كليهماالتزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما اثناء التفاوض على العقد أو عند فشله")، وقد اختلف "الفقه والقضاء" حول قيمتها القانونية وهو خلاف لم يحسم لحد الان، باعتبارها فكرة تمس بمبدأ سلطان الارادة والحرية التعاقدية[٦٧]، والذي ينبغي عدم المساس به ألا في حالات استثنائية كما ذكرنا، وهذا النوع من المستندات يخرج عن نطاق دراستنا لانها ارادية المصدر وليست قانونية.وقد تكون هذه "المستندات أو الوثائق" مصدرها القانون، حيث تفرض هذا المستندات كقيود على حرية الارادة من خلال "التنظيم القانوني" الخاص بأنواع معينة من العقود[٦٨]، والذي من المفترض أن يحكم العملية التفاوضية أو التمهيدية بعد توافر تلك المستندات، أي أن حصول المفاوضات أو ابرام العقد النهائي يتوقف على وجود تلك المستندات، فهي شروط يتوقف على توافرها الوصول إلى مرحلة المفاوضات، وغالباً ما تتصل بتلك المرحلة، فهي قد تكون شروط يجب إلى المتعاقد توفيرها للبدء في المفاوضات، وهذا النوع من المستندات هي التي تعنينا في نطاق دراستنا كقيود تشريعية على حرية الارادةولم اجد في كتب الفقه تعريف لذلك النوع من المستندات أو الوثائق، لذلك يمكن لنا تعريفها بأنها (مستندات أو وثائق يشترط القانون توافرها في احد المتعاقدين في الفترة السابقة على التعاقد ويكون من شأنها أن تطمئن المتعاقد الاخر وتجعله يقدم على اجراء المفاوضات والتعاقد، أو لضمان حسن تنفيذ العقد الذي من المفترض ابرامه مستقبلاً، ويترتب على تخلفها عدم صحة العقد المزمع ابرامه)وأن الاثر الذي يترتب على تخلف تلك الشروط هو عدم صحة العقد عند انعقاده ويحكم ببطلانه، لا سيما في العقود التي تكون جهة الادارة طرف فيها[٦٩]، لان هذه المستندات يشترطها القانون

بقواعد قانونية أمرة لا يمكن الاتفاق على خلافها، فيكون العقد الذي اشترطت فيه تلك المستندات ولم يتم توفيرها قد فقد احد عناصره، إذ لا يكتمل وجوده الحق ولا يترتب عليه اثر ما لم يستوفي الشروط التي تطلبها القانون، فإذا توافرت هذه الشروط ثبت للحق اثره من وقت تحققها من غير أن يكون لها اثر رجعي[٧٠]وإذا ما وجد أن "المستند أو الوثيقة" ما قبل التعاقد التي اشترطها القانون ومنحها الصفة القانونية وعلق نشوء الالتزام على توافرها فأن ذلك من شأنه أن يقيد "حرية الارادة التعاقدية" أو أن يحصرها في نطاق ضيق بالقدر الذي يضمن معه الغاية المباشرة المتوخاة من ذلك المستند أو الوثيقة، ودون المساس بالمبادئ العامة الواجب مراعاتها في ابرام العقود[٧١]،ولذلك فأنه بقدر ما يكون لتلك المستندات أو الوثائق باعتبارها قيود على حرية الارادة من اثر ايجابي يتمثل في الغايات من تشريعها، فأنها قد يكون لها اثر سلبي يتمثل في حرمان الارادة من سعيها إلى التعاقد، لأنه كلما زادة تلك القيود وتعقدت اجراءاتها كلما احجمت الارادة من سعيها في توفيرها وبالتالي احجامها على التعاقد.

الفرع الثاني: نماذج لمستندات أو وثائق ما قبل التعاقد:تتعدد المستندات أو الوثائق التي يشترط القانون توافرها تبعاً للتشريعات الخاصة التي تختص بتنظيم بعض أنواع العقود، ومن تلك المستندات أو الوثائق ما يأتي:

١-**"خطاب الضمان":** عرف مشرع القانون التجاري خطاب الضمان[٧٢]، وهو من العمليات المصرفية بالاصل، وقد اختلف الفقه في بيان المقصود منه وذلك لتعدد الغايات من اصداره، وعرفه بعضهم[٧٣] بأنه ("تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناءً على طلب العميل (الآمر) بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد) مبلغاًمن النقود عند أول طلب منه، سواء أكان طلباً مجرداً أم مبرراً أم مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب، يقدمها المستفيد خلال اجل محدد عادة أو غير محدد في اثناء سريان اجله دون أي معارضة من العميل المضمون أو البنك الضامن على أن يكون الضامن شخصاً غير المتعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المستفيد") وهذا التعريف وان كان موسعاً ألا انه الاقرب لنطاق البحث، حيث يبرز فيه دور خطاب الضمان وهو كفالة المتعاقد امام المستفيد من جهة، وان التزام المصرف في هذا التعهد هو التزام مستقل تماماً عن أي علاقة أخرى بين الآمر والمستفيد من جهة أخرى[٧٤]، وبسبب هذه الخصائص يكون له اهمية بالنسبة لشخص الآمر إذ انه يحل محل التأمين النقدي الذي تطلبه جهة الادارة عند الدخول معها في علاقات عقدية، ففي العقود المهمة التي تكون الدولة طرفاً فيها، غالباً ما تنص القوانين الخاصة المنظمة لها على ان يقدم من يسعى للتعاقد معها ما يؤيد مقدرته المالية مع خطاب الضمان، ولخطاب الضمان في هذه الحالة ثلاث فوائد فهو من ناحية المصرف يعد من العمليات المصرفية، ومن ناحية المستفيد فهو كفالة ضامنة لشخص الآمر(المتعاقد معه) ويستطيع الحصول على مبلغه عند أول مطالبة للمصرف ويكون ذلك عند اخلاله بما تم الاتفاق عليه في العقد، أما من جهة المتعاقد فأن خطاب الضمان بالنسبة له من المستندات التي تدل على صدق نواياه وجديته في ابرام العقد[٧٥]، وتطمئن الطرف الاخر وتجعله يقدم على ابرام العقد وتضمنه له ما ينشأ عن التنفيذ من اخطأ توجب المسؤولية والتعويض، والمشرع عندما يشترط وجود مثل هكذا مستند غايته أن يكون انعقاد العقد وتنفيذه قد تم وفق ما أراده المشرع بغية تحقيق الغاية منه وهو تحقيق الصالح العام، ولذلك يتعين على من يسعى إلى التعاقد في العقود التي تشترط وجود هكذا ضمان أن يقوم بتحقيق الشرط اولاً، فعليه أن يسعى إلى توفير هكذا مستند من اجل امكانية الدخول في المفاوضات العقدية، ولذلك يعد خطاب الضمان من الشروط القانونية عند النص عليه ومن القيود التشريعية على حرية الارادة التعاقدية، مثال ذلك ما نص في قانون الاستثمار مثلاً أن طلب الحصول على الاجازة يجب ان يكون مصحوب ("بخطة تمويل المشروع مقترنة بضمان جهة التمويل من مؤسسة مالية معتمد")[٧٦]، ولم اجد مثل هذا النص في قانون الاستثمار المصري، بل نصت الفقرة السابعة من المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ على أن صدور الشهادة بالترخيص للمشروع الاستثمار تتضمن ("رأس مال المشروع المرخص به والمصدر والمدفوع منه") دون أن تشترط لمنح الترخيص وجود خطة تمويل مقترنة بالضمان (أي مقترنة بخطاب الضمان).

٢-**دراسة الجدوى الاقتصادية:** الأصل وفق مبدأ سلطان الارادة ليس فقط حرية التعاقد، وإنما حرية المفاوضات ايضاً، فلا يجبر الشخص على الدخول في المفاوضات، كما أن له العدول عنها أو الانسحاب منها في أي وقت يشاء إذا ما وجد أن الشروط المطروحة للتفاوض غير مناسبة له، لذا نجد أن طرفي العقود التي تتعلق بالمشاريع الاقتصادية المهمة امام اعتبارات متناقضة، طرف يرغب في أن تكون أرادته حرة في مسألة المفاوضات العقدية والاستمرار فيها أو العدول عنها متى شأء، وطرف أخر يرغب في الحصول على ضمانات كافية قبل الدخول في تلك المفاوضات[٧٧]، وذلك خشية من ضياع فرصة المفاوضات وما يترتب عليها من هدر للوقت وتكاليف ونفقات أو ما قد يصل اليه في تلك المفاوضات من أن شخص المتعاقد غير اهلاً للتعاقد من الناحية المالية والمعرفية، ويتوجب عليه اختيار شخص أخر والدخول معه في مفاوضات قد لا يكتب لها النجاح ايضاً، أو قد يكون من دخل المفاوضات سيء النية يطمح بالحصول على معلومات العقد واسرار تلك المفاوضات، لذلك

تتضمن التشريعات الحديثة المتعلقة بالعقود المهمة شرط على من يروم الدخول في المفاوضات بشأنها تقديم دراسة للجدوى الاقتصادية من المشروع المزمع ابرام العقد بشأنه، كما أن دراسة الجدوى اليوم من الركائز الاساسية التي يعتمد عليها في تطوير أفكار واساليب الاستثمار، ولذلك عرفها بعض الفقه[٧٨] بأنها ("الوسيلة العلمية والعملية التي عن طريقها يتم التأكد، وبشكل موضوعي، من أن المشروع المقترح تتوافر فيه الأسس والمقومات الفنية والاقتصادية التي تتيح له تعقب أقصى المنافع والارباح التي تسوغ تفضيله على باقي البدائل المتاحة")، أي أن دراسة الجدوى منهجية لاتخاذ القرار وتعتمد على اساليب وادوات واسس علمية من اجل الوصول إلى المعرفة الدقيقة لاحتمال نجاح أو فشل ابرام العقود المتعلقة بالمشارع والاستثمارات المهمة[٧٩]، وبسبب فاعلية دراسة الجدوى الاقتصادية في اتخاذ تلك القرارات نجد أن اغلب التشريعات الخاصة المعاصرة والمتعلقة بالعقود المهمة قد نصت عليها كشرط في البدء بعملية المفاوضات وابرام العقود، ويترتب على تخلف تقديمها عدم اجراء المفاوضات أو عدم منح الترخيص أو الاجازة للبدء بعملية التعاقد واجراء العقد، ورغم ما لدراسة الجدوى الاقتصادية من فائدة لا سيما لجهة الادارة الطرف المتعاقد مع اشخاص القانون الخاص، ألا أنها تعتبر من القيود المهمة والمؤثرة على حرية ارادة الاخير، لان اعدادها يتطلب وجود اشخاص من ذوي الخبرة وذلك لان توفير هذا الشرط يكون بمعزل عن اجراءات تنظيم العقد والمفاوضات بشأنه، كما انه يتطلب معرفة بتفاصيل المشروع المزمع اجراء العقد بشأنه وكل ما يتعلق به، اضافة إلى الالمام والدراسة المتكاملة للمشاريع المماثلة، ودراسة الامكانيات المتاحة للمتعاقد ومدى ملائمة المشروع لتلك الامكانيات.

الخاتمة

بعد بيان مفهوم القيد الشرطي التشريعي على حرية الارادة التعاقدية، واثره على حريتها، وتسليط الضوء على بعض تطبيقاته نصل إلى بعض الاستنتاجات والتوصيات نبينها فيما يأتي:

اولاً: الاستنتاجات:

١- أن "حرية الارادة التعاقدية" هي الأصل حسب القواعد العامة في "التشريع العراقي" والتشريعات محل المقارنة، وان ما يرد عليها من قيود تشريعية قد تكون في صورة شروط ينبغي توافرها قبل أبرام بعض أنواع العقود تبقى استثناء من ذلك الأصل، لذلك يجب عدم التوسع في تفسيرها أو القياس عليها، وينبغي أن ينص المشرع عليها بشكل يضمن التوازن بين حرية الارادة من جهة، والغرض الذي قصده المشرع وهو مصلحة المجموع من جهة أخرى.

٢-يمكن تعريف القيد الشرطي على حرية الارادة بأنه (امر مستقبل غير محقق الوقوع ينص القانون على وجوب توافره ويتوقف على تحققه انشاء العقد) ويختلف الشرط القانوني عن الشرط المقترن بالعقد أو الشرط كوصف للالتزام من حيث مصدره، واثره على حرية الارادة، والواقعة الشرطية المكونة له.

٣-تختلف الواقعة الشرطية في الشرط القانوني عن غيرها في الشرط المقترن بالعقد أو الشرط كوصف للعقد، حيث يكفي فيها أن تكون امر مستقبل غير محقق الوقوع وبالامكان تحققها، أما في باقي أنواع الشرط فانه يجب كذلك أن تكون مشروعة وعارضة، لان الشرط القانوني الذي ينص عليه المشرع هو دائما شرط مشروع، واما أن تكون الواقعة امر عارض فهي ليست من مقومات الشرط القانوني، لان الشرط القانوني لا يلحق بالعقد بعد تكوينه، بل أن تكوين العقد يتوقف على تحقق الشرط.

٤-من صور القيد الشرطي التشريعي مستندات ما قبل التعاقد، والتي يشترط المشرع وجودها قبل ابرام العقد ويمكن تعريفها بأنها (مستندات أو وثائق يشترط القانون توفيرها من احد المتعاقدين أو كلاهما قبل ابرام العقد، ويكون من شأنها أن تطمئن المتعاقد الآخر وتجعله يقدم على أجراء المفاوضات والتعاقد أو لضمان حسن تنفيذ العقد الذي يفترض ابرامه مستقبلاً، ويترتب على تخلفها عدم صحة العقد المزمع ابرامه)

٥-في بعض العقود التي نضمتها القوانين الخاصة قد نجد أن طرفيها امام اعتبارات متناقضة، طرف يرغب في أن تكون أرادته حرة في كل ما يتعلق بالعقد، وطرف أخر يرغب في الحصول على ضمانات كافية قبل ابرامه، وقد يتكفل المشرع في النص على تلك الضمانات في صورة شروط تحفظ التوازن بين هذه الاعتبارات لما لتلك الموازنة من اهمية في ديمومة وجود العقود وتنظيمها والحفاظ على النظام العقدي كونه من اهم المرتكزات الاقتصادية والاجتماعية.

ثانياً: التوصيات:

١- أن يأخذ المشرع بنظر الاعتبار أن الأفراط في النص على الشروط القانونية، وتعقيد اجراءات تحقيقها قد يؤدي إلى احجام الارادة في سعيها إلى ابرام العقود وبالتالي قد يؤدي النص على تلك الشروط إلى نتائج عكسية للهدف الذي قصده المشرع من النص عليها، لذلك يجب أن يكون النص عليها وفق معايير تضمن الموازنة بين حرية الارادة التعاقدية، وقصدر المشرع من النص عليها.

٢- على المشرع في التشريعات الخاصة ببعض أنواع العقود أن يأخذ بنظر الاعتبار أن حرية الارادة التعاقدية هي الأصل وان ما ينص عليه من شروط هي استثناء من ذلك الأصل، لذلك ينبغي أن لا ينص على شروط قانونية تقيد تلك الحرية ألا عند الضرورة ولغرض تحقيق المصلحة العامة.

٣-على المشرع أن يبين الاجراءات الخاصة بكيفية تحقيق الشروط القانونية وتوحيدها قدر الامكان، بعيداً عن اللبس والغموض، لان هذه الشروط قواعد قانونية لا يمكن تجاوزها أو الاتفاق على خلافها، وبالتالي فأن عدم استطاعة تحقيقها يؤدي إلى عدم ابرام العقود التي علق انعقادها على تحقيق تلك الشروط.

المصادر

اولاً: كتب الفقه القانوني

١- د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، ج٢، أحكام الالتزام والاثبات، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٦٧.

٢- د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥.

٣- د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والاثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

٤-د. سليمان مرقس، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٧.

٥- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٦٠.

٦- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية، ١٩٦٤، فقرة ٢٤.

٧- د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام ، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٠.

٨- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ط٣، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٧٧.

٩- د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧.

١٠- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.

ثانياً: الكتب القانونية المختصة

١- د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، تصميم العقد، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٣.

٢- د. احمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، المكتبة المصرية، مصر، ٢٠١٠.

٣- د. احمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، بيروت.

٤- د. اسامة ابو الحسن مجاهد، شرحرح قانون العقود الفرنسية الجديد، شرح لتعديل القانون المدني الفرنسي في ٢٠١٦ مقارناً بالقانون المدني المصري في اهم المواضع، مطبعة نادي القضاة، مصر، ٢٠٢٣.

٥- د. اسامة الحارس، المحاسبة الادارية، دار الحامد للنشر ، الطبعة الأولى، عمان، ٢٠٠٤.

٦- د. ايمان طارق شكري، اثر الشرط في حكم العقد- دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.

٧- د. حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الاسلامي- دراسة مقارنة، دار كنوز اشبيليا للطبع والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.

٨- د. حسن علي كاظم المجمع، الشروط المقيدة في عقد الترخيص- دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠١٦.

٩- د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج٢،ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢.

١٠- د. عبدالله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والاداب، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٨.

١١- د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، ط٢، دار النهضة الثقافية، القاهرة، ٢٠٠٥.

١٢- د. عبد الحكيم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون والعقد الابتدائي، ط٢، دار الكتب القانونية، ١٩٩٢.

١٣- د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد و القواعد الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

١٤- د. محمد الطيب عبد اللطيف، نظام الترخيص والاخطار في القانون المصري، دراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، ١٩٧٥.

١٥- د. محمد بحر العلوم، عيوب الارادة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، مطبعة زيد للنشر، بغداد، ٢٠٠٩.

١٦- د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

١٧- د. محمد سعيد حسين امين، العقود الادارية، بدون دار نشر، مصر، ٢٠٠٥.

١٨- د. محمد شتا ابو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

١٩- د. محمد ماهر ابو العينين، التراخيص الادارية والقرارات المرتبطة والمتعلقة بها في قضاء وافتاء مجلس الدولة- دراسة تحليلية، الكتاب الأول، ط ١، دار ابو المجد للطباعة ، مصر، ٢٠٠٦.

٢٠- د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.

٢١- د. مصطفى احمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

٢٢- د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٢.

٢٣- د. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليها في علاقات التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٢.

٢٤- د. نبيل ابراهيم اسعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الاموال، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١.

٢٥- د. هبد المطلب عبد الحميد، دراسات الجدوى الاقتصادية لاتخاذ القرارات الاستثمارية، الدار الجامعية للطباعة، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

٢٦- د. ياسين محمد الجبوري، الواقعة الشرطية – دراسة في مفهوم الشرط في القانون المدني الاردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الزيتونة الاردنية، العدد ٢١، ٢٠٠٤.

ثالثاً: الكتب الأجنبية المتخصصة

1-F.Collart -Dutilleul, Des contrats préparatoires à la vente de l'immeuble, Paris, 1988.

2-I.Najjar, L'accord de principe, Dalloz, Sirey 1991, Cahier chron XIII P.

3-J.M. Mousseron, Technique contractuelle, Éditions Juridiques Lefebvre, Paris, 1988.

رابعاً: الرسائل والاطاريح

١-اسامة محمد سليمان الدباس، الواقعة الشرطية في القانون المدني الاردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٤.

٢-حازم عبد الكريم حمود، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ٢٠١٦.

٣-صبرينة حميد حجاج، عقد التامين بين الحرية التعاقدية والقيود التشريعية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الاردن، ٢٠١٦.

٤-عبد الامير علي موسى، النظام القانوني للترخيص أو الاجازة في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨١.

٥-متعب محمد علي مشعل، الاتفاقات المؤقتة السابقة على التعاقد- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ٢٠٢٠.

٦-مصطفى كامل محمد علي، الشروط والاجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وأثرها على عقود الادارة، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦.

٧-قاسم محمد حنتوش الهيمص، التنظيم القانوني لسلطة الادارة في سحب إجازة الاستثمار في التشريع العراقي- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٦.

٨-وليد طارق فيصل جواد، الشرط المقترن بعقد الإيجار- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، ٢٠١٩.

خامساً: البحوث القانونية

١-د. احمد سعيد الزقرد، حق المشتري في اعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفاز، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة التاسعة عشر، الكويت، ١٩٩٥.

٢-د. اشرف جنوي، حرية التعاقد والنظام العام العقدي، بحث منشور في مجلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، ٢٠١٦.

٣-د. اكرم محمود حسين، موضوعية الارادة التعاقدية- دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، مجلد ٩، العدد ٣١، ٢٠٠٧.

٤-د. بدر سعد العتيبي، التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد ٢، العدد التسلسلي ٣٠، الكويت، ٢٠٢٠.

٥-د. ذكرى محمد حسين الياسين، التزامات اطرافقي عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد ٦، العدد ٤، ٢٠٢٤.

٦-رغد فوزي عبد الطائي، سحب الترخيص في قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، المجلد ٤ العدد ١٤، ٢٠١٢.

٧-د. سجى عمر شعبان، ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون – دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد١٠، العدد٣٧، ٢٠٢١.

٨-د. نسيغة فيصل، الضمانات المصرفية المستقلة – دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، ٢٠٢٠.

سادساً: القوانين

القوانين العراقية

١-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢-قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

٣-قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل

٤-قانون المدن الصناعية رقم ٢ لسنة ٢٠١٩.

٥-تعليمات رقم ١ لسنة ٢٠٢٤ الصادر من مجلس الوزراء والخاصة بالاستثمار والشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص.

القوانين الأجنبية

١-القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

٢-قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

٣-قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٩.

٤-قانون تيسير اجراءات منح تراخيص المنشأت الصناعية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٧.

٥-القانون المدني الفرنسي رقم ١٨٠٤ المعدل في عام ٢٠١٦.

٦-نصوص القانون المدني الفرنسي، عربي – فرنسي – انكليزي، تحت اشراف البروفسور ميشال سجعان، منشورات شركة لكسيس نكسيس، مجموعة صادر، ٢٠٢٠، الباب الثالث، قانون العقود الفرنسية الجديد لسنة ٢٠١٦.

٧-القواعد المتعلقة بالضمانات المصرفية بمجرد الطلب والضمانات المتقابلة رقم ٧٥٨ لسنة ٢٠١٠ الفرنسية.

هوامش البحث

[١] – ينظر في ذلك: نص الفقرة الثانية من المادة ١٩ من قانون الاستثمار والتي نصت على (تمنح الهيئة إجازة استثمار لانشاء المشروع بناء على طلب يقدم إليها من المستثمر ويشمل الطلب الذي يقدم إليها ما يأتي: ..... ب- خطة تمويل المشروع مقترنة بضمان جهة التمويل من مؤسسة مالية معتمدة.....)

[٢] – ينظر في ذلك: نص الفقرة اولاً من المادة ٩ من قانون هيئة المدن الصناعية التي نصت (تمنح الهيئة إجازة المدن لانشاء أو تطوير أو تشغيل مدينة صناعية)

[٣] – نقلاً عن د. ياسين محمد الجبوري، الواقعة الشرطية – دراسة في مفهوم الشرط في القانون المدني الاردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الزيتونة الاردنية، العدد ٢١، ٢٠٠٤، ص٢٦٦.

[٤] – د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ط٣، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٧٧، ص١٥٦.

[٥] – د. عبدالله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والاداب، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٨، ص٧٩.

[٦] – د. ايمان طارق شكري، اثر الشرط في حكم العقد– دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص٢١.

[٧] – د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٠، ص١١١.

[٨] – وليد طارق فيصل جواد، الشرط المقترن بعقد الإيجار– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، ٢٠١٩، ص٥.

[٩] – د. ايمان طارق شكري، المصدر السابق، ص٢٣.

[١٠] – د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج٢، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢، ص٦٤٠، حيث انه عرف الشرط المقترن بالعقد بأنه ما اتفق عليه المتعاقدين بدون استعمال اداة الشرط لتحديد علاقتهما وتعيين موجباتها وتغيير أحكام العقد العادية زيادة أو نقصاناً وسمي بشرط التقييد لأنه يقيد احكام العقد.

[١١] – د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والاثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٧٩.

[١٢] – د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، مصدر السابق، ص١٥٩.

[١٣]– د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية، ١٩٦٤، فقرة ٢٤، ص ٣٤.

[14] – Art: 1304.(L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple.Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation.

ينظر في الترجمة: نصوص القانون المدني الفرنسي، عربي – فرنسي – انكليزي، تحت اشراف البروفسور ميشال سجعان، منشورات شركة لكسيس نكسيس، مجموعة صادر، ٢٠٢٠، الباب الثالث، قانون العقود الفرنسية الجديد لسنة ٢٠١٦، ص٤٠٣.

[١٥] – د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والاثبات، مصدر سابق، ص٢٨٤.

[١٦] – يذكر الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن بعض الفقه يرى بأن هناك اوضاع قانونية معلقة على شرط مصدره القانون ويسوقون على ذلك امثلة مثل الوصية التي يتوقف استحقاقها على تحقق حياة الموصى له ووفاة الموصي، وكذلك الميراث، ويرى بأن الشروط في تلك الامثلة ليش شروط بالمعنى القانوني لان الشرط امر عارض لا يلحق الحق ألا بعد اكتمال عناصره، والشرط في الامثلة المتقدمة عنصر من عناصر الحق ذاته، ونحن نرى خلاف ذلك فالشرط في الامثلة المذكورة هي شروط قانونية لاستحقاق الوصية والميراث ولا تدخل في الحق ذاته، ألا أن تلك الحقوق لا تنشأ من تصرفات قانونية يكون للارادة دور فيها بل من وقائع مادية نظم القانون والمشرع الاسلامي اسباب وشروط استحقاقها واحكامها، وان الذي حدى بالفقه لهذا القول هو أن المشرع المصري في نص المادة ٢٦٥ علق نشوء الالتزام أو زواله على الشرط، وليس العقد كما نص على ذلك المشرع العراقي، والعقد هو احد مصادر الالتزام، فالعقد كمصدر للالتزام يمكن أن يكون بسيطاً أو معلقاً على شرط، ولا يمكن أن يعلق نفاذ العقد أو زواله على شرط مصدره القانون: ينظر في رأي د. عبد الرزاق السنهوري، مؤلفه الوسيط، ج٣، المصدر السابق، ص٣٤.

[١٧] – د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٣، المصدر السابق، ص ٣٥. ود. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٦٠، ص ١٧٩.

[١٨] – د. حسن علي كاظم المجمع، الشروط المقيدة في عقد الترخيص– دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص١٣٥.

[١٩] – د. محمد سعيد حسين امين، العقود الادارية، بدون دار نشر، مصر، ٢٠٠٥، ص٥.

[٢٠]– اسامة محمد سليمان الدباس، الواقعة الشرطية في القانون المدني الاردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٤، ص١.

[٢١]– د. احمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، بيروت، ص١٤٧.

[٢٢] – د. سجى عمر شعبان، ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون – دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد١٠، العدد٣٧، ٢٠٢١، ص٣٢٣.

[٢٣]– الواقعة الشرطية هي الامر المستقبل في ذاته، أي الواقعة المكونة للشرط والتي تكون غير قائمة قبل التصرف المعلق عليها وهي واقعة مستقبلية وليس من الماضي أو الحاضر ، ينظر في ذلك: د. ياسين محمد الجبوري، مصدر سابق، ص ٢٦٥وما بعدها، و اسامة محمد سليمان الدباس، المصدر السابق، ص١٥.

[24] – Art. 1102– Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

ينظر في ترجمة المواد أعلاه: البروفسور ميشال سجعان، قانون العقود الفرنسية الجديد لسنة ٢٠١٦، مصدر سابق ص٣٦٥.

[٢٥] – د. اسامة ابو الحسن مجاهد، شرحرح قانون العقود الفرنسية الجديد، شرح لتعديل القانون المدني الفرنسي في ٢٠١٦ مقارناً بالقانون المدني المصري في اهم المواضع، مطبعة نادي القضاة، مصر، ٢٠٢٣، ص٧٦.

[٢٦] – د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، ج٢، أحكام الالتزام والاثبات، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٦٧، ص ٢٨٦.

[٢٧] – ايمان طارق شكري، المصدر السابق، ص٩٠.

[٢٨]– د. اكرم محمود حسين، موضوعية الارادة التعاقدية– دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، مجلد ٩، العدد ٣١، ٢٠٠٧ ، ص٦٦.

[٢٩]– د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٣، مصدر سابق، ص ٣٥.

[٣٠]– د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٣، مصدر سابق، ص ٢٣.

[٣١] – د. حسن علي كاظم المجمع، مصدر سابق، ص ١٣٧.

[٣٢] – د. حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الاسلامي– دراسة مقارنة، دار كنوز اشبيليا للطبع والتوزيع، الطبعة الأولى، السعودية، ٢٠٠٩، ص١٩.

[٣٣] – د. محمد شتا ابو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص١٠.

[٣٤] – ينظر في ذلك: نص المادة (٢٦٥) من القانون المدني المصري التي نصت على ("يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتب على امر مستقبل غير محقق الوقوع") اما المشرع العراقي فلم ينص على أن يكون الشرط امر مستقبل غير محقق الوقوع بل نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٨٦) على أن ("يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا محققاً ولا مستحيلاً").

[٣٥]– د. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليها في علاقات التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٢، ص٥٤.

[٣٦]– د. اشرف جنوي، حرية التعاقد والنظام العام العقدي، بحث منشور في مجلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، ٢٠١٦، ، ص١٨٧.

[٣٧] – حيث يتلاشى دور الارادة إلى حد كبير في التنظيم العقدي للعقود الجبرية أو الملزمة، وتحل محلها إرادة المشرع الذي يتولى فرض العقد على الطرفين بقواعد امرة لا يكون بالوسع مناقشتها أو تعديلها أو الاتفاق على خلافها، والتي يتوجب على المشرع فيها انه قد اتخذ كل ما ينبغي للموازنة بين حقوق الطرفين: للمزيد ينظر في ذلك، صبرينة حميد حجاج، عقد التامين بين الحرية التعاقدية والقيود التشريعية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الاردن، ٢٠١٦. ، ص ٤٠ وما بعدها.

[٣٨]– د. محمد بحر العلوم، عيوب الارادة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، مطبعة زيد للنشر، بغداد، ٢٠٠٩، ص٤٥.

[٣٩]– نقلاً عن د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص٨٣.

[٤٠] – عبد الامير علي موسى، النظام القانوني للترخيص أو الاجازة في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨١، ص٨.

[٤١] – تنظيم النشاط دون حظره يكون بأحد طريقين، الأول اخضاع ممارسة النشاط لاذن سابق من احدى الجهات الادارية أي الترخيص به، والثاني يكون بوضع الشروط والاحكام العامة الواجب مراعاتها بالنسبة لكل الأشخاص الذين يريدون ممارسة نشاط معين ومن هذه الشروط الحصول على الاجازة أو الترخيص، للمزيد ينظر في ذلك: د. محمد ماهر ابو العينين، التراخيص الادارية والقرارات المرتبطة والمتعلقة بها في قضاء وافتاء مجلس الدولة– دراسة تحليلية، الكتاب الأول، ط ١، دار ابو المجد للطباعة ، مصر، ٢٠٠٦، ص٢٨.

[٤٢]– عبد الامير علي موسى، مصدر سابق، ص٧٠.

[٤٣]– صدرت هذه التعليمات بموجب قرار مجلس الوزراء العراقي رقم ٢٤٢٧٧ لسنة ٢٠٢٤ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤٧٧١ في ٢٠٢٤/٤/٢٩.

[٤٤] – من خلال الانتقال إلى هيئة المدن الصناعية واسئلة اجاب عليها الاستاذ عدنان حسين طوبان مدير القسم التجاري في هيئة المدن الصناعية، خلال زيارة للهيئة بتاريخ ٢٠٢٤/٧/٢٩. بأنه لم تصدر التعليمات الخاصة بمنح الاجازة في الشروط الواجب توافرها في مطور المدينة الصناعية.

[٤٥]– قاسم محمد حنتوش الهيمص، التنظيم القانوني لسلطة الادارة في سحب إجازة الاستثمار في التشريع العراقي– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٦، ص٢٠.

[٤٦] – د. محمد الطيب عبد اللطيف، نظام الترخيص والاخطار في القانون المصري، دراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، ١٩٧٥، ص٤٢٧.

[٤٧] – د. محمد ماهر ابو العينين، مصدر سابق، ص٦٦.

[٤٨] – عبد الامير علي موسى، مصدر سابق، ص ٧٧.

[٤٩]– د. محمد ماهر ابو العينين، مصدر سابق، ص٧٠.

[٥٠]– رغد فوزي عبد الطائي، سحب الترخيص في قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، المجلد ٤ العدد ١٤، ٢٠١٢، ص ٢٢٩.

[٥١] – ينظر في ذلك: الشق الأول من المادة (٢١) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري.

[٥٢] – ينظر في ذلك المواد (١٩ و ٢٠) من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

[٥٣] – ينظر في ذلك المواد (٩ و ١٠) من قانون هيئة المدن الصناعية رقم ٢ لسنة ٢٠١٩.

[٥٤] – حيث نصت المادة ٤ من قانون الاستثمار على تشكيل هيئة الاستثمار وكيفية ادارتها ونصت المادة ٥ من ذات القانون على أن تشكل هيأت استثمار في الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم ويكون لها صلاحية منح اجازات الاستثمار، كما نصت المادة ٥ من تعليمات رئاسة الوزراء رقم ١ لسنة ٢٠٢٤ على أن لرئاسة الوزراء النظر بمنح أي من عقود الشراكة إجازة استثمارية.

[٥٥] – د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق، ص٢١٦ ؛ د. سليمان مرقس، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٧، ص١٤٢؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص١١٥؛ د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، ط٢، دار النهضة الثقافية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٧.

[٥٦] – د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٢ ، ص٢٣٣.

[57] – F.Collart –Dutilleul, Des contrats préparatoires à la vente de l'immeuble, Paris, 1988. P. (1) 262 et s.

نقلاً عن حازم عبد الكريم حمود، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ٢٠١٦، ، ص٦١.

[٥٨] – د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص٣؛ د. مصطفى احمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغيرفي مجال الائتمان، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٧؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، تصميم العقد، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٣، ص٦٥.

[٥٩] – وتتباين هذه الشروط (المستندات ما قبل التعاقد) من حيث العدد والنوع بتباين العقود ذاتها ومراحل التطور التي طرأت على جوانبها القانونية المختلفة، للمزيد ينظر في ذلك: د. نبيل ابراهيم اسعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الاموال، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص١٤٧.

[٦٠] – د. عبد الحكيم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون والعقد الابتدائي، ط٢، دار الكتب القانونية، ١٩٩٢، ص١٠-١١.

[61] – I.Najjar, L'accord de principe, Dalloz, Sirey 1991, Cahier chron XIII P. 57-58.

نقلاً عن J.M. Mousseron, Technique contractuelle, Éditions Juridiques Lefebvre, Paris, 1988,P.77.

حازم عبد الكريم حمود، مصدر سابق، ص٦٤.

[٦٢] – د. احمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، المكتبة المصرية، مصر، ٢٠١٠، ، ص١٣.

[٦٣] – نقلا عن: حازم عبد الكريم حمود، مصدر سابق، ص٦٥.

[٦٤] – متعب محمد علي مشعل، الاتفاقات المؤقتة السابقة على التعاقد– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ٢٠٢٠، ص٩.

[٦٥] – د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥، ص٨٤.

[٦٦] – د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٤٧.

[٦٧] – د. حسام الدين كامل الاهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية، مصدر سابق، ص١٢.

[٦٨] – حازم عبد الكريم حمودة، مصدر سابق، ص٩٣.

[٦٩] – مصطفى كامل محمد علي، الشروط والاجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وأثرها على عقود الادارة، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص٤١ وما بعدها.

[٧٠] – د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٣، مصدر سابق، ص ٣٥.

[٧١] – د. احمد سعيد الزقرد، حق المشتري في اعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفاز، ، ١٩٩٥، ص٢٧٩.

[٧٢] – عرف المشرع العراقي في المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ "خطاب الضمان" بأنه ("تعهد يصدر من مصرف بناءً على طلب احد المتعاملين معهَ (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك دون قيد أو شرط") ؛والى ذات التعريف اشار المشرع المصري في المادة (٣٥٥) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ،١٩٩٩؛ أما في فرنسا فقد أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس مؤخراً في ٣/ديسمبر/ ٢٠٠٩ القواعد المتعلقة بالضمانات المصرفية بمجرد الطلب والضمانات المقابلة رقم ٧٥٨ والتي دخلت حيز التنفيذ في ١/يوليو/٢٠١٠وقد عرفت المادة (٢) من هذه القواعد خطاب الضمان بأنه ("أي تعهد اياً كانت تسميته أو وصفه ينص على الدفع عند تقديم طلب مستوفً")؛ ينظر في التعريف الفرنسي وترجمته: د. بدر سعد العتيبي، التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة– دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد ٢، ٣٠، ٢٠٢٠، ص٩٨.

[٧٣]– د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد و القواعد الدولية، ٢٠٠٠، ص١١.

[٧٤] – د. نسيغة فيصل، الضمانات المصرفية المستقلة بحث منشور في مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، ٢٠٢٠، ص٥٦.

[٧٥] – د. بدر سعد العتيبي، مصدر سابق، ص ٩١.

[٧٦] – ينظر في ذلك نص البند ب من الفقرة ثانياً من المادة ١٩ من قانون الاستثمار العراقي.

[٧٧]– د. ذكرى محمد حسين الياسين، التزامات اطرافقي عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد ٦، العدد ٤، ٢٠٢٤،ص٢٨٤.

[٧٨]– د. اسامة الحارس، المحاسبة الادارية، دار الحامد للنشر ، الطبعة الأولى، عمان، ٢٠٠٤، ص٦٦.

[٧٩] – د. هبد المطلب عبد الحميد، دراسات الجدوى الاقتصادية لاتخاذ القرارات الاستثمارية، الدار الجامعية للطباعة، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص٢٤.