دور القاضي في أكمال نطاق العقد طبقاً للمادة (٨٦) مدني عراقي

أ .م .د .سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي
جامعة الأنبار - كلية القانون/ الفلوجة

Abstract

Judiciary plays a positive role to a large degree of interest in the contract and in maintaining of nullity and in facilitating its implementation in order to achieve the purpose for which the basis of the contract was made. Has been demonstrated this role by giving the judge a number of authorities: including his authority to reduce the obligations of the contractor aggrieved in netting contracts (1) and deduct the part that like nullity of the contract to maintain the remaining part of the contract the right (the theory of derogation contract) (2) and the transfer of the contract falsehood to contract where there are the pillars of this last decade shows that the intention of the parties was Stnasrv to the conclusion of this contract (3), and reduce the obligation onerous to the extent possible if there were some incidents of extraordinary public were not anticipated when the contract has made the implementation of a contractor of its obligations tired so threatened by massive loss (4). Reflected the positive role of the judge is widely and important assistance in the conclusion of the contract through the organization of some of the issues Akdan silent about its organization. This is what will be the subject of study in this research

المقدمة:

يلعب القضاء دوراً ايجابيا على درجة كبيرة من الأهمية في انعقاد

العقد وفي المحافظة عليه من البطلان وفي تيسير تنفيذه لأجل تحقيق الغرض الأساس الذي من أجله أبرم العقد. وقد تجلى هذا الدور من خلال منح القاضي عدة سلطات: منها سلطته في إنقاص التزامات المتعاقد المغبون في عقود المعاوضة[١] وأقتطاع الجزء الذي شابه البطلان من العقد للمحافظة على الجزء الباقي من العقد الصحيح (نظرية انتقاص العقد)[٢] وتحويل العقد الباطل إلى عقد أخر أذا ما توفرت فيه أركان هذا العقد الأخير وتبين أن نية الطرفين كانت ستنصرف إلى ابرام هذا العقد[٣]، وإنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أذا ما طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند أبرام العقد جعلت تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته مرهقاً بحيث يهدده بخسارة فادحة[٤]. ويتجسد الدور الايجابي للقاضي بشكل واسع ومهم بالمساعدة في إبرام العقد من خلال تنظيم بعض المسائل التي سكت العاقدان عن تنظيمها. وهذا ما سيكون موضوع الدراسة في هذا البحث.

أولاً/ أهمية الموضوع:

أناط المشرع سلطه أكمال العقد وسد النقص الذي يعتريه بالقاضي، فأصبحت هذه السلطة من ضمن السلطات التي يتمتع بها القاضي إزاء مضمون العقد إلى جانب سلطته في تفسير العقد وتكييفهِ. والاعتراف بهذه السلطة للقاضي يأتي في أطار تعزيز دوره الايجابي وإخراجه من دائرة التطبيق الحرفي للنص إلى دائرة الفعالية و التأثير في ظروف تطبيق النص وذلك باعتماد صياغة مرنة تمنح القاضي سلطة تقديرية لجعل النص القانوني يواكب مقتضيات التطور من خلال فهم النص على نحو يوائم الواقع المعروض على القاضي .و القراءة المتمعنة لنص المادة (٨٦)[٥] مدني عراقي تكشف مدى المرونة التي صيغت بها المادة لتعطي للقاضي سلطة إكمال نطاق العقد. ورغم أهمية موضوع نطاق العقد والحالات التي يتدخل فيها القاضي

لإكمال هذا النطاق، فأن الكتابات المتخصصة المعمقة حول هذا الموضوع نادرة في الفقه العراقي، وكذلك فأن أحكام القضاء العراقي في هذا الموضوع قليلة جداً، ولذلك اعتمدنا كثيراً على الفقه المصري وعلى تطبيقات محكمة النقض المصرية التي تيسر الحصول عليها.

ثانياً/ مشكلة البحث:

الأصل أن المتعاقدين يضعان تنظيماً لكل المسائل التي ينتظمها العقد ويحدد أن ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات إلا أن المتعاقدين قد يغفلان تنظيم ببعض المسائل التفصيلية لأنها لم تخطر ببالهما أو أنهما لم يتوقعاها حيث أن تنظيم كل المسائل التفصيلية يتطلب درجة عالية من التوقع ومن الإحاطة الدقيقة بموضوع العقد وهذا ما يفوق قدرة المتعاقدين في أحيان كثيرة خاصةً أذا ورد العقد على مسائل فنية وتكنولوجية وكذلك مع السرعة في أبرام العقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة خاصةً شبكة الانترنت، كل ذلك جعل تركيز المتعاقدين ينصب على المسائل الجوهرية في العقد دون غيرها. وبذلك فأن العقد قد لا ينظم بعض المسائل الجزئية أو قد لا يتناول بعض أوجه العلاقة العقدية، وهذا لا يؤثر على انعقاد العقد وصحته لان المشرع أجاز انعقاد العقد بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية (م ٨٦ مدني عراقي)، لكن سنواجه عقد غير كامل لأنه لم يضع تنظيماً لكافة المسائل ومن ثم يكون بحاجة للإكمال.

فإكمال العقد هو وسيلة لمعالجة النقص الذي يشوب مضمون العقد بإضافة بعض الالتزامات إلى العقد لتنظيم المسائل التي تركها المتعاقدان أو ليكون تنفيذ العقد متفقاً مع مبدأ حسن النية وما يقتضيه من أمانة في التعامل .

ويهدف البحث إلى رسم صورة واضحة عن تدخل القاضي لإكمال النقص الذي يشوب مضمون العقد طبقاً لنص المادة (٨٦) مدني عراقي، وذلك من خلال تحليل هذا النص و

الوقوف على تفسيره فقهاً وتطبيقاً قضاءً.

ثالثاً/ خطة البحث:

أذا كان المشرع قد أعترف للقاضي بسلطة أكمال العقد من خلال تنظيم مسائله التفصيلية ، فهل إن القاضي يستطيع تنظيم هذه المسائل كيفما يشاء أم أن هناك شروط ينبغي توافرها لممارسة هذه السلطة وضوابط يلتزم بها عند ممارسته لهذه السلطة.

تقتضي الإجابة عن هذا التساؤل تقسيم البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: شروط ممارسة القاضي لصلاحية أكمال العقد طبقاً للمادة (٨٦) مدني عراقي.

المبحث الثاني: آلية قيام القاضي بإكمال العقد طبقاً للمادة (٨٦) مدني عراقي.

فإذا فرغنا من ذلك كله وصلناه بخاتمة نسجل فيها أبرز نتائج هذا البحث الذي سيتخذ طريق التحليل و المقارنة منهجاً له .

المبحث الأول

شروط ممارسة القاضي لصلاحية أكمال العقد طبقا للمادة (٨٦) مدني عراقي

يعرف العقد بأنة ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بِقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه(٦).

أذاً لكي ينعقد العقد يجب أن يصدر أيجاب من طرف ثم يصدر قبول مطابق له من الطرف الأخر. ويجب أن يكون تلاقي القبول مع الإيجاب وتطابقه معه في كافة المسائل التي تضمنها الإيجاب بغض النظر عن درجة أهميتها سواء كانت مسائل جوهرية ترتبط بطبيعة العقد المراد إبرامه أم مسائل ثانوية ترتبط ببعض التفصيلات. فرفض أية مسألة يتضمنها الإيجاب، حتى لو كانت ثانوية، يحول دون انعقاد العقد لعدم تطابق الإيجاب والقبول[٧] . ولكن هل من الضروري أن يتم الاتفاق على جميع المسائل ؟.

ليس من الضروري أن يتم التطابق على المسائل الثانوية طالما

أن الإيجاب لم يتضمن هذه المسائل، إلا أن هناك مسائل جوهرية للعقد لا مفر من الاتفاق عليها بين المتعاقدين أي لابد من تطابق الإيجاب والقبول بشأنها. فإذا لم يتم التطابق بشأن هذه المسائل الجوهرية فلا يكون هناك عقد [٨]. إذاً الإيجاب يجب أن يتضمن المسائل الجوهرية وبعبارة أدق أن يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية، ولكن لا يتصور إلزام الأطراف بأن تتضمن عقودهم تنظيما لجميع المسائل بما فيها الثانوية لان في ذلك مشقة قد تحول بينهم وبين أبرام العقود[٩].

أذاً الاكتفاء بالاتفاق على المسائل الجوهرية لقيام العقد يعد أمراً طبيعياً يفرضه الواقع العملي، ويستفاد ضمناً من قيام المشرع بوضع قواعد تفصيلية لتنظيم العقود المختلفة[١٠]. فهناك مسائل تفصيلية ثانوية قد يناقشها المتعاقدان، ويتفقان بشأنها، فعندها ينعقد العقد أذا تم الاتفاق على المسائل الجوهرية أيضاً. ولا يحول دون انعقاد العقد إغفال الطرفان البحث في المسائل التفصيلية وتركها لاتفاق لاحق. فإذا اتفقا عليها كان بها، لكن ما الحل أذا اختلفا ولم يتوصلا إلى أتفاق بصدد هذه المسائل المؤجلة ؟.

الحل تضمنته المادة (٨٦ ف٢)[١١] مدني عراقي، ومقتضاه قيام القاضي بتكملة العقد وتحديد هذه المسائل مسترشداً بطبيعة العقد وأحكام القانون و العرف و العدالة. وقبل أن نبحث تفصيلاً في كيفية قيام القاضي بإكمال العقد بتحديد المسائل التفصيلية نبحث أبتداءً في شروط ممارسة القاضي لهذه الصلاحية .ويتضح من نص المادة (٨٦ف٢) مدني عراقي انه ينبغي توافر شروط ثلاثة لممارسة القاضي لسلطته في إكمال العقد بتحديد مسائله التفصيلية هي:

١. الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية.
٢. الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية.
٣. عدم تعليق المتعاقد لانعقاد العقد على وجوب الاتفاق بشأن المسائل التفصيلية.

وسنبحث كل شرط من هذه الشروط الثلاثة في مطلب مستقل:

المطلب الأول/ الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية:

ينبغي لانعقاد العقد اتفاق الطرفان (الموجب و القابل) على جميع المسائل الجوهرية، لأنها هي التي تحدد ماهية العقد الذي اتجهت إليه نية الطرفين، كما تحدد المقابل الذي يلتزم به كل طرف قبل الأخر، ومعلوم ان المقابل الذي يلتزم به كل طرف هو سبب التزام الطرف الأخر حسب النظرية التقليدية في السبب[١٢]، وبهذا فأن الاختلاف بشأن المسائل الجوهرية يحول دون ابرم العقد حتى لو اتفق على بقية المسائل. و السؤال الذي يطرح نفسه: ما هي المسائل الجوهرية التي يجب ان يتفق عليها المتعاقدان، وبعبارة أخرى أذا نشب الخلاف بين المتعاقدين فأدعى أحدهما أن المسألة المختلف فيها مسألة ثانوية لا تحول دون انعقاد العقد، فدفع الأخر بأنها مسألة جوهرية لم يحصل الاتفاق عليها، فما هو المعيار الذي يحتكم إليه لفصل النزاع ؟.

أختلف الفقهاء في معيار التمييز بين المسائل الجوهرية و المسائل الثانوية، فمنهم منْ تمسك بالمعيار الشخصي ومنهم منْ نادى بالمعيار الموضوعي وسنبحث ذلك تفصيلاً في فرعين:

الفرع الأول/ المعيار الشخصي:

مقتضى هذا المعيار الاستناد إلى الإرادة، فالمسألة الجوهرية هي التي أضفت عليها إرادة أحد المتعاقدين أو إرادتهما معا هذا الوصف. وبذلك فأنه حتى المسألة التي هي بطبيعتها ثانوية يمكن أن تتحول إلى مسألة جوهريه بطريقة إرادية وذلك أذا علق أحد المتعاقدين أو كليهما انعقاد العقد على الاتفاق عليها[١٣] وعلى ذلك قد يكون أمراً جوهريا بالنسبة للبائع أو المشتري أو كليهما معا أن يتم تسليم المبيع في مكان معين أو زمان معين أو أن يتم الوفاء بالثمن بموجب صك أو بالتقسيط أو في وقت محدد، رغم أن

تحديد مكان تسليم المبيع وزمان الوفاء بالثمن هي بطبيعتها مسائل ثانوية وضع المشرع الأحكام المنظمة لها [١٤] وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن (محكمة الاستئناف قدرت بموجب سلطتها، إن بعض المسائل التفصيلية عادةً كتأريخ دفع الثمن أو تاريخ التسليم، كانت في الحالة الراهنة معتبرة من قبل البائعة كعناصر مكونة لرضاها،وقد تمكنت من الاستنتاج من ذلك كلهُ أن عقد البيع لم ينعقد)[١٥] أذاً حسب المعيار الشخصي المسألة تكون جوهرية، وان كانت في ذاتها قليلة الأهمية وعلى فرض نشوب خلاف بشأنها فأنه لا يؤثر في أمكانية انعقاد العقد وتنفيذه لان القاضي يستطيع حسمها بسهولة لوجود قاعدة قانونية مكملة تحكمها، وذلك لان إرادة المتعاقدين أو إرادة احدهما اتجهت إلى عدها جوهرية بل أكثر من ذلك فان المسألة تتحول إلى مسألة جوهرية حتى وان لم تكن ترتبط بعناصر تكوين العقد بل كانت خارجة عن العقد ما دام احد المتعاقدين قد تمسك بها وأعلن للطرف الآخر أن رضاؤه بالتعاقد معلق عليها[١٦]. مثال ذلك الحصول على قرض لتمويل المشروع الذي يتضمنه العقد. وقد حاول البعض من أنصار المعيار الشخصي أن يقيد من إطلاقه بالقول إن المسألة تعد جوهرية إذا اعتبرتها الإرادة المشتركة للمتعاقدين المحتملة كذلك. أي لا يصح الاستناد إلى إرادة احدهما فقط لتمييز المسائل الجوهرية من المسائل الثانوية بل يجب الاستناد إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين ويتم الكشف عن هذه الإرادة المشتركة بعدة طرق مثل المسلك السابق لهما في المعاملات السابقة أو من خلال الظروف التي أحاطت بإبرام العقد و التي تنم عن أن المسألة محل النقاش لم يكن ليبرم العقد إلا إذا تم الاتفاق بشأنها[١٧]. وقد اخذ ا لقانون المدني الكويتي بهذا الرأي الأخير، فقد نصت المادة (٥٢ ف ١) منه على (إذا اتفق المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعلقا أموراً ثانوية على أمل اتفاقهما عليها مستقبلاً، فان ذلك لا

يمنع من انعقاد العقد، ما لم يظهر أن إرادتهما المشتركة قد انصرفت إلى غير ذلك).

وقد وجه البعض النقد إلى الرأي الأخير على اعتبار أن مصطلح الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا يطلق إلا في حالة التعاقد والحالة التي نتعرض لها هنا هي حالة عدم انعقاد لذلك لا يوجد داع للبحث عن الإرادة المشتركة لعدم وجود العقد أصلاً إذ يكفي لعدم انعقاد العقد عدم رضا احد المتعاقدين بشرط معين ولا يلزم أن يكون عدم الاتفاق مشتركاً بين الطرفين. وينتهي هذا الرأي إلى وجود اختلاف في قواعد التفسير بين تفسير أحكام العقد حيث توجد الإرادة المشتركة وبين تفسير المواقف التي تكون في فترة ما قبل انعقاد العقد حيث لم تولد بعد إرادة المتعاقدين المشتركة. ولذلك يكفي لاعتبار المسألة جوهرية أن تكون كذلك بالرجوع إلى الإرادة الفردية لأحد الأطراف، فالإرادة الفردية وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة تستطيع أن تعلق رضاءها بالتعاقد على الاتفاق في مسألة معينة فتصبح هذه المسألة جوهرية لا يتم العقد إلا بالاتفاق عليها. فهذه المسائل كان يمكن للعقد أن يقوم دون الاتفاق عليها لو أنها لم تكن بالنسبة لأحد الأطراف من الأهمية بحيث انه لم يكن يرغب في التعاقد إلا بعد الاتفاق عليها[١٨] .

وبالرغم من الاختلاف بين الاتجاهين (اتجاه الإرادة المنفردة واتجاه الإرادة المشتركة) إلا أنهما يتقاربان إذ نظرنا إلى اتجاه الإرادة المنفردة من ناحية التطبيق الواقعي فإذا كان يكفي الاعتداد بإرادة احد المتعاقدين لوصف المسألة جوهرية فأنة يشترط في تلك الإرادة ألا تظل أمراً كامناً في النفس بل لابد من إظهارها للطرف الآخر بأي شكل. إذ أن التعبير عن الإرادة سواء كان صريحاً أم ضمنياً لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الطرف الأخر[١٩]. أي أن يعلم الطرف الأخر بأن النية اتجهت إلى اعتبار مسألة ثانوية بطبيعتها (حسب المعيار الموضوعي) مسألة

جوهرية وذلك قبل صدور القبول الذي يؤدي إلى انعقاد العقد. ويضاف إلى ذلك انه إذا كانت كل مسألة لا تقتضيها طبيعة العقد يفترض أن لها أهمية ثانوية، فانه يجب على منْ يدعي أن هذه المسألة الثانوية قد تحولت من وجهت نظره إلى مسألة جوهرية أن يثبت هذه الصفة الجديدة. ولا يكفي في ذلك أن يثبت أن الاتفاق على هذه المسألة كان محل اعتبار أساس في نظره، بل يجب عليه أن يثبت اتصال ذلك بعلم الطرف الأخر أي أن هذه المسألة قد دخلت في دائرة التعاقد. ويتحقق علم الطرف الأخر بتحول المسألة الثانوية إلى جوهرية إما باستخلاص ذلك صراحةً أو ضمناً مما ورد في الإيجاب وإما أن يستخلص من مجموع ظروف التعاقد وملابساته التي تحيط بالطرفين.

الفرع الثاني/ المعيار الموضوعي:

تمسك معظم الفقه[٢٠] بالمعيار الموضوعي الذي يستند إلى طبيعة وماهية العقد لتمييز المسائل الجوهرية عن المسائل الثانوية.

ومفاد هذا المعيار أن كل المسائل المميزة للعقد عن غيره من أنواع العقود هي مسائل جوهرية. حيث أن لكل عقد غرضاً اقتصادياً يسعى إلى تحقيقه وهناك التزامات تحقق هذا الهدف هي التي تكون دون غيرها من الالتزامات، بمثابة المسائل الجوهرية لهذا العقد. وبعبارة أدق فان المحال التي ترد عليها الالتزامات المحققة لهدف العقد الاقتصادي هي المسائل الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها لأجل انعقاد العقد [٢١]. مثلاً يجب لانعقاد البيع الاتفاق على الثمن والمبيع باعتبارهما من المسائل الجوهرية لهذا العقد[٢٢]. وفي عقد الإيجار تكون العين المؤجرة والأجرة والمدة هي المسائل الجوهرية لهذا العقد[٢٣]. وفي عقد المقاولة، الذي به يتعهد المقاول بان يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجراً يتعهد به الطرف الآخر (م ٦٨٤ مدني عراقي)، تكون المسائل الجوهرية التي يلزم الاتفاق عليها لانعقاده هي العمل محل التزام المقاول والأجر محل التزام رب العمل.

ويبدو من السهولة تطبيق هذا المعيار على العقود المسماة لتحديد مسائلها الجوهرية لكن الصعوبة في تطبيقه تكون في ميدان العقود غير المسماة التي لم ينظمها المشروع بقواعد محددة والتي لا يمكن حصرها بعدد معين لان ظهورها يرتبط من ناحية بالحاجة إليها بفعل تطور الحياة الاقتصادية ويرتبط من ناحية اخرى بمبدأ سلطان الإرادة الذي يسمح للمتعاقدين بحرية صياغة عقودهم بصيغ جديدة تشبع حاجاتهم العملية ولا يقيد من هذه الحرية إلا قيد النظام العام والآداب العامة[٢٤].

ومع ذلك فان المعيار الموضوعي يمكن تطبيقه في العقود غير المسماة، إذ يستطيع القاضي أن يحدد المسائل الجوهرية في ضوء أحكام القواعد العامة وبالوقوف على الهدف الاقتصادي المراد تحقيقه من وراء إبرام العقد، وذلك بتعيين الالتزامات المحققة لهذا الهدف لتكون هي المسائل الجوهرية للعقد. فمثلاً في كل عقود المعارضة يكون الالتزام بأداء المقابل هو الالتزام المهم في العقد باعتبار الحصول على المقابل هو الهدف الاقتصادي لكلا الطرفين وبالتالي يكون هذا الالتزام مسألة جوهرية في العقد. وإذا انصب العقد على خدمة فان مضمون هذه الخدمة يعد مسألة جوهرية يجب الاتفاق عليها [٢٥].

ويمكن للقاضي الاستعانة بظروف التعاقد وملابساته والعرف السائد للتمييز بين المسائل الجوهرية والثانوية[٢٦].

ورغم أن بعض الفقه تبنى المعيار الموضوعي لأجل تمييز المسائل الجوهرية من المسائل التفصيلية إلا أنه نادى بضرورة تكملته بالمعيار الشخصي لان هذا الأخير هو الذي يفسر عدم انعقاد العقد عند عدم الاتفاق على بعض المسائل رغم انها تعد ثانوية. بحسب المعيار الموضوعي، وذلك لأنها تحولت إلى مسائل جوهرية بإرادة احد المتعاقدين أو كليهما[٢٧]. هذا هو موقف الفقه أما بالنسبة للتشريع فلم

يتبنى معياراً محدداً من المعيارين السابقين لتحديد المسائل الجوهرية، فالنصوص الواردة سواء في القانون المدني العراقي أم المقارن تشير فقط إلى ضرورة اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية لكي ينعقد العقد، أما المسائل الثانوية فلا يمنع عدم الاتفاق عليها من انعقاد العقد مادام لم يعلق احد المتعاقدين انعقاد العقد على ضرورة الاتفاق عليها أي مادام ان المسائل الثانوية لم تتحول إلى مسائل جوهرية حسب المعيار الشخصي (وعلى التفصيل السابق). فقد جاء في نص المادة (٨٦ف٢) مدني عراقي عبارة (... ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل). وبمفهوم المخالفة إن احد الطرفين إذا اشترط ذلك لم ينعقد العقد، وهذا يعني إن المسألة الثانوية قد تحولت إلى مسألة جوهرية.

الرأي الراجح: نرى أن الراجح الاعتماد على المعيار الموضوعي مع تكملته بالمعيار الشخصي لتحديد كون المسائل المختلف عليها جوهرية أم ثانوية، فالأساس هو الاعتماد على طبيعة العقد و الأوصاف المميزة له و المرتبطة بالهدف الاقتصادي الذي يسعى لتحقيقه لأجل تمييز المسائل الجوهرية عن الثانوية. ولكن قد يرى احد المتعاقدين، ولأسباب مختلفة، إن مسألة ما من مسائل العقد رغم أنها تعد ثانوية حسب المعيار الموضوعي إلا أنها بالنسبة له تعد جوهرية فيعلق رضاؤه بالعقد على الاتفاق عليها. فهنا لابد من احترام إرادة هذا المتعاقد والقول بعدم انعقاد العقد إلا بعد الاتفاق على هذه المسالة. ومن هنا تبرز ضرورة إكمال المعيار الموضوعي بالمعيار الشخصي لنقف بوضوح على الحد الفاصل بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية.

المطلب الثاني/ الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية:

بينا فيما سبق كيفية تحديد المسائل الجوهرية التي لابد من الاتفاق عليها لانعقاد العقد ،فاذاماتحددت المسائل الجوهرية فانه ما عداها تعد مسائل ثانوية. وفي

الحقيقة إن المسائل الثانوية تحدد حسب المعيار الموضوعي الذي يستند إلى طبيعة العقد وماهيته بمعنى أن كل الالتزامات التي لا تتصل بتحقيق غاية العقد الأساسية تصنف ضمن المسائل الثانوية كزمان ومكان تسليم المبيع في عقد البيع.

إذاً المسائل الثانوية لا يمكن أن تحدد وفق معيار شخصي أي حسب إرادة الأطراف. وبذلك فانه ليس بإمكان المتعاقدين أن يصنفا مسالة، تعد جوهرية حسب المعيار الموضوعي، ضمن المسائل الثانوية ويرجأن الاتفاق عليها لوقت لاحق لانعقاد العقد لان العقد لا ينعقد إلا بالاتفاق على جميع المسائل الجوهرية، بخلاف المسائل الثانوية بطبيعتها إذ أن عدم الاتفاق عليها أثناء المفاوضات لا يمنع من انعقاد العقد (٢٨). وعموماً فانه لكي يمارس القاضي سلطته في إكمال العقد عن طريق الفصل في المسائل الثانوية، يجب أن يكون الأطراف قد احتفظوا ابتداءً اثناء المفاوضات صراحة" أو ضمناً بمسائل تفصيلية (ثانوية) للاتفاق عليها في وقت لاحق. وبعبارة أدق لكي يتحقق هذا الشرط يجب أن تكون المسائل الثانوية قد عرضت أثناء المفاوضات، وسواء ثار الخلاف بشأنها أو لم يثر ،إلا أن الطرفان أرجئا الاتفاق عليها إلى ما بعد إبرام العقد [٢٩]. ولذلك فان المسائل الثانوية التي لم يحصل تفاوض بشأنها، وبالتالي لم يتفق المتعاقدان على تسويتها بموجب اتفاق لاحق، لا يشملها حكم المادة (١٨٦ف٢) مدني عراقي الذي يعطي للقاضي صلاحيته الفصل في المسائل الثانوية إذ ورد في هذه المادة النص صراحةً على (..واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد..) وهذه العبارة صريحة في وجوب أن تكون المسائل التفصيلية قد أثيرت أثناء التفاوض ولكن المتعاقدان لم يحسماها واحتفظا بها للمستقبل لعلهما يوفقان إلى حل بشأنها يرضيهما معاً [٣٠].

المطلب الثالث: عدم تعليق المتعاقدان لانعقاد العقد على وجوب الاتفاق بشأن المسائل التفصيلية:

إذا علق الطرفان انعقاد العقد على وجود الاتفاق على مسألة ما من مسائل العقد، فإن هذا التعليق يجعل هذه المسألة ضمن عداد المسائل الجوهرية حتى لو كانت بطبيعتها (حسب المعيار الموضوعي) ثانوية، وبالتالي لا يمكن القول بانعقاد العقد قبل الاتفاق على هذه المسألة. وإذا لم ينعقد العقد فلا مجل للحديث بعد ذلك عن سلطة القاضي في إكماله لأن سلطة القاضي في إكمال العقد بتحديد بعض التفصيلات تفترض ان العقد منعقد أصلاً. والحقيقة أن نص المادة (٨٦ف٢) يقيم قرينة قانونية على أن المتعاقدين قد أرادا عدم تعليق انعقاد العقد على حدوث اتفاق بشأن المسائل التفصيلية طالما انه لم يرد شرط صريح في العقد يفيد مثل هذ التعليق[٣١]، إذ ورد في هذا النص عبارة (..ولما يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل....)[٣٢]. وبذلك إذا ادعى احد المتعاقدين إن انعقاد العقد قد علق على حدوث اتفاق بشان المسائل التفصيلية، فعليه أن يثبت ما يدعيه لأنه يدعي خلاف ما ثبت بحكم القانون. وبناء على ما تقدم فان مجرد ذكر بعض المسائل التفصيلية أثناء المفاوضات وإيراد تحفظ بشأنها لا يمنع من انعقاد العقد ، طالما لم يرد اشتراط صريح يعلق انعقاد العقد على حصول الاتفاق على تلك المسائل. ولا يؤثر في قيام العقد ألا يصل المتعاقدان، في الوقت الذي حدداه، إلى اتفاق بشأن المسائل التي أجلا حسمها[٣٣].

وعموماً فان الأمر لا يخرج في نهاية المطاف عن كونه تفسيرا لإرادة المتعاقدين فإذا قام دليل على أن نيتهما لم تتصرف إلى إبرام العقد إلا بعد الاتفاق الكامل على جميع مسائل العقد الجوهرية والثانوية، امتنع على القاضي استخدام سلطته في إكمال العقد، وتحتم عليه إذا ما عرض أمامه النزاع أن يقضي بان العقد لم يبرم[٣٤].

المبحث الثاني

آلية قيام القاضي بإكمال العقد طبقا لنص المادة (٨٦) مدني عراقي

ينعقد العقد، كما بينا سابقا ، بأتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية وأن أحتفاظا بمسائل تفصيلية للاتفاق عليها في وقت لاحق طالما انهما لم يعلقا أنعقاد العقد على حصول اتفاق حاسم حول هذه المسائل .وهذا يعني التزام كل من المتعاقدين بالاستمرار بالتفاوض حول هذه المسائل التفصيلية .أذاً العقد ينعقد ويرتب اثاره كاملة ومن بين تلك الأثار التزام بالتفاوض على عاتق كل من المتعاقدين .وتنفيذ هذا الألتزام يقتضي قيام كل من الطرفين ببذل جهد معقول وسلوك يتفق مع مبدأ حسن النية و الثقة المشروعة بين الافراد .ويتجسد ذلك بالقيام بعمل ايجابي يتمثل بالتعاون لتذليل الصعوبات وتقريب وجهات النظر لأجل الوصول إلى اتفاق حاسم بشأن المسائل التفصيلية [٣٥]. و الالتزام بالتفاوض بصدد المسائل التفصيلية هو بطبيعتهِ التزام ببذل عناية (بوسيلة) لا بتحقيق غاية. إذ أن محل هذا الالتزام هو بذل الجهد المعقول من كلا الطرفين للتوصل إلى هذه الغاية المتمثلة بالاتفاق على المسائل المعلقة. وهو ما يعني مباشرة التفاوض بحسن نية واتخاذ مواقف بناءة من شأنها تقريب وجهات النظر. ولكنه لا يعني التوصل في النهاية حتما إلى الاتفاق المنشود. ولكن إذا أخل أي من الطرفين بالتزامهِ هذا وذلك بأن لم يبذل العناية المطلوبة لإنجاح المفاوضات رغم مشاركته فيها، فهنا تقوم مسؤوليته العقدية لأن الالتزام بالتفاوض التزام عقدي[٣٦].

وإذا اخفق المتعاقدان في الوصول إلى اتفاق حول المسائل الثانوية المعلقة رغم قيامهما بالتفاوض بحسن نية، قام القاضي بالفصل في هذه المسائل.

و السؤال هو كيف يقوم القاضي بهذة المهمة ؟.

يقتضي البحث في كيفية قيام القاضي بحسم الخلاف حول المسائل

التفصيلية، الوقوف ابتداءً على طبيعة دور القاضي عند قيامة بهذه المهمة، ثم بعد ذلك نبحث كيفية قيام القاضي بأداء مهمته هذه من خلال بحث الموجهات التي يسترشد بها في تنظيم المسائل التفصيلية. وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: طبيعة دور القاضي عند تنظيمه المسائل التفصيلية.

المطلب الثاني: الموجهات التي يسترشد بها القاضي عند تنظيم المسائل التفصيلية.

المطلب الأول/ طبيعة دور القاضي عند تنظيمه المسائل التفصيلية:

لا يتدخل القاضي لحسم الخلاف حول المسائل التفصيلية إلا بناء على طلب يقدمه احد العاقدين أو كليهما بعد أن يعجزا بمفردهما عن الوصول إلى أتفاق بشأن هذه المسائل.

ولكن يجب على القاضي قبل الشروع بتنظيم المسائل المختلف عليها أن يحدد نوعها هل هي ذات صفة جوهرية أم ثانوية ؟. فإذا وجد القاضي أن المسائل المختلف عليها جوهرية، فعندئذ لا يتدخل لان العقد لم ينعقد بعد و الطرفان ما زالا في مرحلة التفاوض، ومن ثم يجب أن يترك لهما تنظيم المسائل المعلقة. أما أذا وجد القاضي أن المسائل المتروكة ثانوية فحينئذ يشرع القاضي بتنظيمهما[٣٧].

وقد ناقش الفقه طبيعة دور القاضي عند تنظيمه للمسائل الثانوية وفقاً لنص المادة (١٨٦ف٢) مدني عراقي، و النصوص المقارنة المقابلة لها، وفيما أذا كان يظل في حدود دوره التقليدي المتمثل بتفسير العقد، أم انه يجاوز حدود هذا الدور ليساهم في تكوين العقد ؟.

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله فهو لا يقتصر على تفسير ما أتفق علية المتعاقدان ، بل يتجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه، فهو أذن يساهم في صنع (تكوين) العقد. فالمشرع جعل القاضي دورا في تكوين العقد مخالفاً بذلك القواعد العامة التي تقصر دور القاضي على تفسير العقد[٣٨].

وقد برر الدكتور السنهوري منح المشرع للقاضي دوراً في تكوين العقد بالقول (ويوجه هذا الحكم فيما نطوى عليه من جرأة أنه مادام المفروض أن المتعاقدين قد أرادوا أبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية، أستتبع ذلك أن نفرض أيضاً أنهما أرادا أن يحل القاضي محلهما ليبت فيما اختلفا فيه..))[٣٩].

ويذهب رأي أخر ان السلطة الممنوحة للقاضي وأن كانت تجاوز سلطته العادية في تفسير ارادة المتعاقدين وتمتد لأستكمال مانقص منها ، إلا ان ذلك لايعني ان القاضي يساهم في تكوين العقد وذلك لان تدخلهِ يأتي لاحقاً على انعقاد (تكوين) العقد وليس سابقاً عليه[٤٠] .فالعقد في هذه الحاله أنعقد بعد اتفاق العاقدين على المسائل الجوهرية ،

وأن ما يحتفظان به من مسائل تفصيلية لا يؤثر على جوهر العقد أياً كان تنظيم هذه المسائل مادام العاقدين لم يعلقا أبرام العقد على حصول أتفاق بشأنها، مما يدل على ان أرادة العاقدين قد اتجهت إلى ترك تسوية هذه المسائل للقاضي إذا ما ثار خلاف بشأنها[٤١].

ونرى أن هذا الرأي جدير بالتأييد فالقاضي عندما يكمل نطاق العقد بتنظيم المسائل التفصيلية، وفقا لنص المادة (٨٦ف٢) مدني عراقي، لا يساهم في تكوين العقد وإنما يساهم في تحديد نطاق العقد وما ينتجه من التزامات تحكم المسائل التفصيلية التي ترك العاقدان تنظيمها. فإرادة القاضي تتدخل إلى جانب إرادة العاقدين في تنظيم مسائل العقد الثانوية وذلك بعد اكتمال نشوءه باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية. ولا ضير في أعطاء القاضي هذه السلطة لأن لجوء المتعاقدين إلى القاضي بعد فشلهما في التوصل إلى اتفاق بشأن المسائل الثانوية دليل على تسليمهما بقدرة القاضي على أيجاد حل لهذه المسائل لما يتمتع به من مؤهلات، كما ان هذه السلطة تعزز الدور الايجابي للقاضي إذ تعطيه دوراً مهماً في تحديد مضمون العقد[٤٢].

المطلب الثاني

الموجهات التي يسترشد بها القاضي عند تنظيم المسائل التفصيلية

يسترشد القاضي عند إكمال نطاق العقد بتنظيمه لمسائله الثانوية بعدة موجهات. وتمثل هذه الموجهات معايير موضوعية مجردة عن إرادة المتعاقدين. فالقاضي لا يبحث عما يحتمل أن يريده المتعاقدان لو أنهم نظموا المسائل التفصيلية، كما أن ما يحكم به لا يمثل أردتهم المفترضة. وقد حدد القانون المدني العراقي في المادة (٨٦ف٢) منه هذه الموجهات الموضوعية بما يأتي:

طبيعة الموضوع ، احكام القانون، العرف، العدالة. علماً أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في صياغة نص المادة (٨٦ف٢) مدني عراقي، فالنص جعل هذه الموجهات على قدم المساواة وكان من الأفضل أن يجعل الموجهات المتمثلة (بالقانون و العرف و العدالة) مرتبطة بطبيعة العقد لكي تتحقق الموائمة بين ما تقررهُ هذه الموجهات بصدد المسائل التفصيلية وبين ما تقتضيهِ طبيعة العقد الذي يجري أكمال نطاقه، وهذا يستلزم أن يعدل نص المادة (٨٦ف٢) مدني عراقي باستبدال عبارة (طبيعة الموضوع) بعبارة (طبيعة العقد) وجعل الأخيرة الموجه الرئيسي الذي تنضوي تحته الموجهات الأخرى.

وسنبحث الموجهات أعلاه تباعاً في الفروع الآتية:

الفرع الأول/ القانون:

يساهم المشرع في أكمال التنظيم الإرادي للعقد بما يضعه من قواعد قانونية تنظم الجوانب المختلفة للعقد وتسد النقص الذي يشوب التنظيم الذي يتفق عليه المتعاقدان، وسواء كانت هذه القواعد أمرة أم مفسرة. ويرمي المشرع بوضعه قواعد تنظم الجوانب المختلفة للعقد إلى تحقيق هدفين أساسين هما:

أولهما: تفعيل العقد بإكمال اتفاق الطرفين. لان المشرع يفضل فاعلية العقد على عدمها.

وثانيهما: حماية المتعاقدين بعضهم في مواجهة البعض الأخر،

مهما كان المتعاقدان من حيث عدم التبصر أم عدم الدراية بالمسائل القانونية[٤٢]. فالقواعد المكملة تساهم في تحديد مضمون العقد، إذ يطبق القاضي هذه القواعد على المسائل التي لم تنظمها أرادة المتعاقدين ويعدها مندرجة في العقود إلا إذا استبعدها الطرفان صراحةً. ومن أمثلة هذه القواعد ما نص عليها المشرع بشأن مكان وزمان تسليم المبيع[٤٣] مكان الوفاء بالثمن وزمانه)[٤٤]وما يرجع به المشتري على البائع اذا استحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً، أو أذا ظهر فيه عيب خفي) [٤٥] كذلك القواعد المكملة بشأن الإصلاحات التي يلتزم بها المؤجر وتلك التي يتحملها المستأجر[٤٦]

الفرع الثاني/ العرف:

العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة مع اعتقادهم في إلزام هذا السلوك لهم، فهو بعبارة وجيزة سلوك معتاد أو اعتياد ملزم[٤٧] ويلعب العرف دورين أساسين في نطاق القانون المدني:

الدور الأصلي للعرف:

يلعب العرف دوراً أصلياً في نطاق القانون المدني يتمثل بسد النقص الحاصل في التشريع. وقد نصت على هذا الدور المادة (الأولى/ الفقرة٢) من القانون المدني العراقي بقولها (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقيه حكمت المحكمة بمقتضى العرف...) .ومن أمثلة استناد القضاء إلى العرف لحل النزاع المعروض لعدم وجود نص تشريعي، ما قضت به محكمة التمييز العراقية في قرارها الصادر في ١١ كانون الثاني ١٩٥٥م في قضية تتلخص وقائعها بأن شخصاً عين مديراً لأحد الفنادق وسكن الفندق الذي عين مديراً له. حصل بعد ذلك خلاف بين المدير وصاحب الفندق حول ما أذا كان المدير ملزماً بدفع أجور السكن أم لا .قررت محكمة التمييز بأن العرف يقضي بأن مدير الفندق يسكن في الفندق ليتمكن من الإشراف على الأمور المتعلقة بإدارته. والمحافظة على أثاثه، ولذلك فلا يلزم ببدل

الإيجار[٤٨] ففي هذه القضية طبق القاضي العرف لسد النقص الحاصل في النصوص التشريعية حيث لم تعالج النصوص التشريعية هذه المسألة، ولا يوجد اتفاق حول إلزام أو عدم إلزام مدير الفندق بأجرة السكن.

الدور التابع للعرف:

قد يلعب العرف دوراً تابعاً للقاعدة التشريعية عندما لا يسد نقصاً في التشريع وإنما تفوضهُ القاعدة التشريعية القيام بتنظيم مسألة معينة أو تطلب منه مساعدتها في ضبط معيار مرن ورد فيها أو كشف نية المتعاقدين عند غموض الإرادة الظاهرة. ومن أمثلة معاونة العرف للنص القانوني في ضبط معيار مرن ما نصت علية المادة (٥٣٧) مدني عراقي من انه (يدخل في البيع من غير ذكر كل ما يجري العرف على انه من مشتملات المبيع). فبعبارة مشتملات المبيع عبارة مرنة استعان النص التشريعي بالعرف لأجل تحديدها. ومن تطبيقات القضاء العراقي بصدد مساعدة العرف للنص التشريعي في ضبط معيار مرن، ما قضت به محكمة التمييز من أن (التأسيسات الكهربائية هي من مشتملات المبيع عرفاً ولذلك فأنها تدخل بالبيع بدون ذكر) [٤٩] ومن أمثلة النصوص التشريعية التي أحالت إلى العرف لتنظيم مسألة معينة ما نصت عليه المادة (٥٥٨/ف٢) مدني عراقي من أن (العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار أو أرباب الخبرة). إذ ترك المشرع تحديد ما يعتبر أو ما لايعتبر عيباً للعرف التجاري .و أيضاً ما نصت علية المادة (١٧٥) مدني عراقي من ان (..يتبع في طريقة احتساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري). فهذا النص أحال إلى العرف تحديد طريقة احتساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري. يتضح مما تقدم أن العرف يعد أحد الموجهات التي يستعين بها القاضي لتنظيم المسائل الثانوية وتحديد الالتزامات التبعية التي تدخل ضمن مستلزمات العقد وفقاً لطبيعة العقد .وهذا ما نصت عليه صراحةً المادة

(٣٧١) من قانون الموجبات و العقود اللبناني بنصها على (يجب أيضاً على القاضي أن يعتد من تلقاء نفسه بالبنود المرعية عرفاً، وان كانت لم تذكر صراحةً في نص العقد)[٥٠].

ويمكن للقاضي أيضاً أن يستعين بالعادة الاتفاقية لتكملة العقد وتحديد ما يدخل في مستلزمات العقد إذ أن للعادة الاتفاقية دوراً مهماً في المعاملات القانونية بين الأفراد، فهي تكمل وتفسر العديد من العقود إلا إنها لا تقوم بهذا الدور إلا على أساس اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها[٥١]. ومن الأمثلة على ذلك الشروط المألوفة التي جرت العادة على أدراجها في عقود معينة بحيث أصبحت جزءاً من هذه العقود ولو لم تذكر فيها إلا إذا نص المتعاقدان على استبعادها، وبذلك يجوز لكل واحد منهما مطالبة الأخر بتنفيذ مقتضى هذه الشروط ولو لم يرد ذكرها في العقد لأنها أصبحت عرفاً جزءاً من هذا العقد. كالعادة التي جرت بإضافة نسبة مئوية على الحساب النهائي للعميل (١٠% أو ١٥%) لصالح عمال الخدمة في المطاعم والنوادي و المقاهي وغيرها في صورة وهبة أو بقشيش. و العادة التي جرت في عقد الشركة باقتسام الأرباح بنسبة الثلث لصاحب حصة العمل و الثلثين لصاحب رأس المال طالما لم يتفق المتعاقدان على كيفية اقتسام الأرباح[٥٢].

الفرع الثالث/ العدالة:

عرفت العدالة بأنها (شعور بالإنصاف، وهو شعور كامن بالنفس يميل له الضمير النقي والعقل السليم ويوحي بحلول تسري على الأشخاص و الحالات مراعية دقائق الظروف والجزئيات وهادفة إلى إيفاء كل ذي حق حقه).[٥٣]وعرفت أيضاً بأنها (شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير ويهدي إلى أعطاء كل ذي حق حقه، دون الجور على حقوق الآخرين)[٥٤]. وقيل إنها (ما يستقر في

النفس و الوجدان من شعور يستهدف المساواة مع مراعاة الظروف والملابسات)[٥٥]. ويتضح من كل هذه التعاريف أن جوهر فكرة العدالة هو حصول كل إنسان على حقه، فهي وسيلة لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة و المحافظة على النظام اللازم لبقاء المجتمع وتقدمه، فلا وجود للنظام بدون عدالة[٥٦]. وعندما أحال المشرع العراقي في المادة (١) مدني عراقي القاضي إلى قواعد العدالة ليؤسس حكمهُ عليها متى عجز عن استنباط حكم القضية التي ينظرها من المصادر الرسمية الأخرى (التشريع، العرف، الدين . مبادئ الشريعة الإسلامية .)، إنما أراد أن يقطع على القاضي طريق الامتناع عن إصدار الحكم في القضية المعروضة عليه بحجة افتقاد القاعدة القانونية (الحل) في المصادر الرسمية المعروفة للقانون. وبذلك يجب على القاضي الرجوع إلى قواعد العدالة ليستنبط منها حكماً يحسم به النزاع في كل حالة يفتقد فيها الحل من المصادر الرسمية التي تعلوها منزلةً. لكن قواعد العدالة ليست واضحة المدلول ولا بينة المعالم ولا تقدم حلول محددة منضبطة.فالمشرع عندما أحال القاضي إلى قواعد العدالة قصد في حقيقة الأمر أن يجتهد القاضي برأيهِ ليحسم النزاع المنظور من قبلهِ وفق ما يقتضيه الشعور بالأنصاف من تقرير العدالة بين الناس على أن يصدر القاضي في اجتهاده من اعتبارات موضوعية وليس عن اعتقادهِ الخاص. فلا يحق له أن يؤسس حكمه على عقيدتهِ ومثلهِ وأفكارهِ الخاصة وان يطبق ما كان يضعه هو من قواعد لو أنيط به تشريعها، وإلا أصبح القاضي مشرعاً وهو أمر لا يجوز[٥٧]. ومن هذا المنطلق أجاز المشرع العراقي للقاضي بموجب نص المادة (٨٦ف٢) مدني عراقي أن يرجع إلى قواعد العدالة لتنظيم المسائل التفصيلية التي أغفلها المتعاقدان وتكملة نطاق العقد الذي يشوبه النقص. وكما هو الحال في رجوع القاضي إلى قواعد العدالة باعتبارها مصدراً رسمياً للقاعدة

القانونية، فأنه أيضاً عندما يرجع القاضي إلى قواعد العدالة كضابط يستعين به لتنظيم المسائل التفصيلية، يجب عليه أن لا ينظر إلى العدالة على وفق مفهومه الخاص أو أنه يعمل فكرته الشخصية للعدالة عند أكمال نطاق العقد، وإنما عليه أن ينطلق من اعتبارات موضوعية تنسجم مع طبيعة العقد وما يستلزمه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد من قيام المتعاقدين بسلوك المسلك المطابق للثقة المشروعة فيما بينهما [٥٨]. ومن هنا ذهب بعض الفقه إلى تخصيص المعنى العام للعدالة بمعنى محدد هو العدالة ذات الطابع الفني وتعني العدالة بمعناها الفني هذا: التوسع في مضمون العقد على وفق قواعد التجربة بحيث يسود التوازن والتناسب بين الأداءات المتقابلة على وفق معايير التجربة الفنية، لأوفقاً للمثالية الشخصية للقاضي، فالعدالة هنا هي العدالة المكملة لأثار العقد عند عدم تنظيم المتعاقدان لأثارهِ في مسألة معينه[٥٩] . وقد أدرك المشرع العراقي مدى سعة فكرة العدالة بمعناها العام لذا قيد هذا المعنى العام الفضفاض عن طريق ربطه بطبيعة العقد، فالعدالة التي يلجأ إليها القاضي عند تنظيم المسائل الثانوية هي العدالة المنسجمة مع طبيعة العقد .وجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي أستند إلى قواعد العدالة لإثراء مضمون العقد بالعديد من الالتزامات، مثل الالتزام بضمان السلامة الذي فرض على عاتق الناقل لمصلحة الراكب [٦٠]. والالتزام بعدم المنافسة الذي فرض على بائع المحل التجاري لمصلحة المشتري بأن لا ينافسه بما يؤدي إلى انتزاع عملاء المتجر[٦١]، والتزام العامل بعدم إفشاء الأسرار الصناعية الخاصة بالمصنع الذي يعمل فيه[٦٢]. وهناك الكثير من ألالتزامات التي كانت تستند إلى العدالة إلا أنها أصبحت الآن مقررة بنصوص تشريعية صريحة، ومن ذلك ما تقضي به المادة (٥٣٥) مدني عراقي من أن البائع لا يلتزم فقط بنقل ملكية المبيع ولكنه يلتزم أيضاً بالامتناع عن كل عمل من

شأنه ان يجعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً، وكذلك ما قضت به المادة (١٠٢٦ف١) مدني عراقي من إلزام الدائن بأن يسلم الكفيل الذي أستوفى حقه منه كافة المستندات اللازمة لرجوع هذا الكفيل بما وفاه على المدين الأصلي. وقد نشب خلافاً في الفقه حول مدى التزام القاضي بالترتيب الذي ورد في المادة (٨٦ف٢) مدني عراقي و النصوص المقابلة لها[٦٣]. أي هل يجب عليهِ أن يرجع أولاً إلى القانون ثم العرف ثم قواعد العدالة. إذ أنقسم الفقه بهذا الصدد إلى رأيين:

الرأي الأول: قال أن القاضي عليه أن يتقيد بالترتيب الذي حدده المشرع، فلا يجوز للقاضي أن يرجع إلى العرف إلا عند عدم وجود قاعدة في التشريع، ولا إلى العدالة إلا عند عدم وجود قاعدة في العرف[٦٤].

الرأي الثاني: يقول إن القاضي عندما يلجأ إلى الموجهات الثلاثة المذكورة في النص التشريعي لأجل تنظيم المسائل الثانوية، فأنه غير مقيد بالترتيب الوارد في النص، فهو يستطيع أن يحسم المسائل الثانوية استناداً إلى العدالة ولو وجد عرف ينظم هذه المسائل. بل لا يتعين عليه الالتزام بالحكم الوارد في قواعد التشريع المكملة بصدد المسائل الثانوية ، فيستطيع إهمال حكم النص المكمل وتطبيق حكم العرف بصددها[٦٥].

ونرى أن الاتجاه الثاني هو الأرجح. إذ أن القاضي يجب عليه أن يبحث عن الحل المناسب وفق الموجهات التي أشار إليها القانون، والذي يكون أكثر اتفاقاً مع ظروف العقد وطبيعته. وهو ينظم المسائل الثانوية بالرجوع إلى الموجهات الثلاثة السابقة مجتمعة أو متفرقة دون مراعاة ترتيبها الوارد في نص القانون.

الخاتمة:

توصلنا في ختام هذا البحث إلى النتائج الآتية:

١. إن القانون المدني العراقي كغيره من القوانين المقارنة أعطى للقاضي سلطة إكمال نطاق العقد الذي يشوبه النقص، ليعالج بهذا الحكم حالات كثيرة تقع في الواقع

العملي للمعاملات بين الإفراد. إذ كثيراً ما يترك المتعاقدين تنظيم الكثير من المسائل إما سهواً أو عمداً، وذلك بان يتفقوا على المسائل الجوهرية للعقد تاركين المسائل التفصيلية دون أتفاق أخذاً بحكم المادة (٢/٨٦) مدني عراقي الذي أجاز انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية وإذا قام نزاع حول المسائل التفصيلية المتروكة فأن القاضي يفصل فيها وفق الموجهات التي أوردتها هذه المادة.

٢.تبين لنا أن الراجح هو الاعتماد على المعيار الموضوعي (طبيعة العقد و الأوصاف المميزة له) مع تكملته بالمعيار الشخصي (الإرادة) لتحديد ما أذا كانت المسائل المختلف فيها جوهرية أم ثانوية.

٣. إن أكمال نطاق العقد يعني قيام القاضي بإضافة الالتزامات التي تقتضيها طبيعة العقد و التي لم ينظمها المتعاقدان، وقد مثل هذا تحولاً حقيقياً في دور القاضي من التطبيق الحرفي للنص إلى فضاء الاجتهاد الخلاق من خلال مساهمته الفاعلة في أثراء وتحديد مضمون العقد.

٤. أن القاضي عندما يكمل نطاق العقد بتنظيم المسائل التفصيلية، وفقاً لنص المادة (٨٦) مدني عراقي فأنه لا يساهم بذلك في تكوين العقد لان تدخله يأتي لاحقاً على تكوين (انعقاد) العقد باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية وليس سابقاً عليه، وإنما القاضي يساهم في تحديد نطاق العقد وما ينتجه من التزامات تحكم المسائل التفصيلية.

٥. أن القاضي عندما يكمل نطاق العقد لا يستند إلى إرادة المتعاقدين لاستحالة الاستدلال عليها وإنما يرجع إلى معايير موضوعية تدور حول طبيعة العقد وذلك من خلال الاسترشاد بالموجهات التي حددتها المادة (٢/٨٦) مدني عراقي وهي: القانون و العرف و العدالة. علماً أن القاضي يستطيع تنظيم المسائل

التفصيلية بالرجوع إلى هذه المواجهات الثلاثة مجتمعة أو متفرقة دون مراعاة ترتيبها الوارد في نص القانون.

الهوامش:

١. نصت المادة (١٢٥) مدني عراقي على (أذا كان احد العاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقدهِ غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول....).

٢. نصت المادة (١٣٩) مدني عراقي على (أذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره، عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً).

٣. نصت المادة (١٤٠) مدني عراقي على (إذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد).

٤. نصت المادة (٢/١٤٦) مدني عراقي على (على انه إذا أطرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقا للمدين. بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

٥. تقابلها المادة (٩٥) مدني مصري، والمادة (١٠٠) مدني أردني، المادة (٥٢) مدني كويتي، المادة (١٤١) معاملات مدنية أمارتي.

٦. المادة (٧٣) مدني عراقي.

٧. د .عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج١: مصادر الالتزام، دون مكان وسنة نشر، ص٢٩٩.

٨. قضت محكمة النقض المصرية بأنه (يشترط قانونا لانعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب. فإذا أقترن القبول بما يعدل الإيجاب فلا يكون في حكم القبول الذي يتم به التعاقد، وإنما يعتبر بمثابة أيجاب جديد لا ينعقد به العقد إلا أذا صادفه قبول من الطرف الأخر. فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب التي أوردتها أن الخلاف بين الإيجاب و القبول يتناول مسألة جوهرية في التعاقد الذي كان يراد أبرامهُ وأنه ليس وليد خطأ مادي وقع فيه الطرف القابل ورتبت على عدم مطابقة القبول للإيجاب أن العقد لم ينعقد أصلاً بين الطرفين فأنها لا تكون قد خالفت القانون) طعن رقم ١٤٢ لسنة ٢٨ق ز جلسة ١٩٦٣/٥/٢، س١٤، ص٦٥٣، موسوعة القضاء و الفقه للدول العربية، ج٢٤٩، ص٦٩٩.

٩. د .غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٧١م، ص١٣٣.

١٠. د .مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، ج١: مصادر الالتزام، مطبعة الجامعة، بغداد،١٩٧٣م، ص١٤٩.

١١. نصت المادة (٢/٨٦) مدني عراقي على (وإذا أتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فأن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف و العدالة).

١٢. ينظر في تفصيل هذه النظرية: د .عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ، ١٩٥٢،ص٤٣٦-٤٥١. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١: انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧م، ص٤٢٢-٤٤١.

١٣. د .حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص٧٠.

نصت المادة (٥٤١) مدني عراقي على (١. مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد. وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده، أعتبر مكانه محل أقامة البائع. ٢. أما إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين، لزمه تسليمهُ في المحل المذكور).

ونصت م (٥٣٦) مدني عراقي على (على البائع ان يسلم المبيع وتوابعهِ إلىالمشتري عند نقدهِ الثمن .ولو شرط المشتري أخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز) .

١٤. نقض مدني ١٩٨٧/٥/٢ نقلا عن جاك غستان، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد أو أثاره) ترجمة منصور القاضي، ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١م، ص٣٢٤ هامش/٢.

١٥. د . صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، ط١، بدون مكان النشر، ٢٠٠١ ص٧٠-٧١. وأيضاً د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص١٥٧-١٥٨.

١٦. د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمراحل السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة ، ٢٠٠٢م، ص٢٤.

١٧. د. حسام الدين الاهواني، مصدر سابق، ص١٤٠.

١٨. نصت المادة (٩١) مدني مصري على (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم منْ وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك).

١٩. د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص٢١٩ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٧م، ص٧٦ د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٢٣، د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت، ٢٠٠٠م، ص١٢٢ وما بعدها.

٢٠. د. محمد إبراهيم الدسوقي الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مطبوعات الإدارة العامة للبحوث الرياض، ١٩٩٥م، ص٣٤.

٢١. قضت محكمة النفض المصرية بأنة (متى كان الحكم قد حصل تحصيلاً سائغاً إن البيع محل الدعوى لم ينعقد لعدم الاتفاق على العين المبيعة، وأن كل ما حصل أذن إن هو إلا مجرد أعمال تحضيرية لم تنته باتفاق ملزم لطرفين، وبناء على ذلك رفض دعوى صحة التعاقد على هذا البيع، فلا يقبل النعي عليه أنه اخطأ في تطبيق القانون على واقعة الدعوى).

نقض مدني ١٩٥٠١١١١٩ مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية و التجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية، س١، ١٩٥٠م، ص٢٠٣.

٢٢. قضت محكمة التمييز العراقية بأنه (إذا اتفق الطرفان على تعيين المأجور ومقدار بدل الإيجار ومدته وعينا أن المدة تبدأ من تاريخ إكمال النواقص فيكون العقد تاماً وليس مشروع ابتدائي) قرار رقم ٢٧٦/ أستئنافية، ١٩٦٩م/ في ١٩٧٠\١٤\١٤م، النشرة القضائية، العدد١، السنة الأولى، ص٣٩.

٢٣. د. مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص ١٣٣.

24. Schmidt(J), Negociation et conclusion des contrats , 1982 , p.53 .

أشار إليه د. صالح ناصر العتيبي، مرجع سابق، ص٦٦ هامش ٢١.

٢٥. استعانت محكمة النقض المصرية بظروف التعاقد وملابساته للتمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية فى حكم لها جاء فيه (إن الطرفين قد اتفقا على أن يقوم الطرف الأول بتوزيع الأفلام موضوع العقد سينمائياً داخل مصر و خارجها، وتلفزيونياً خارجها، ويتم ذلك بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها بين الطرفين. فقد دل ذلك على انعقاد العقد وتمامه فعلا بين الطرفين. وذلك دون توقف على حصول اتفاق آخر بشأن الطريقة التي يتم بها التوزيع، إذ أن هذا الأمر لا يعدو، بسبب ظروف التعاقد وملابساته، أن يكون من قبيل المسائل التفصيلية التي تتصل بتنفيذ العقد والتي احتفظ الطرفان ببحثها في حينه، حتى إذا ما اتفقا بشأنها جرى التنفيذ وإلا رفعا ما اختلفا فيه إلى المحكمة المختصة) ضمن رقم ١٨٨٠ لسنة ٤٩ ق. جلسة ١٣\٢٩\ ١٩٨٣، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية، س٣٤ ، ١٩٨٣ ، ص٨٥١ .وقد استعانت محكمة استئناف **Rouen** الفرنسية بالعرف إضافة إلى طبيعة التعامل لتحديد المسائل الجوهرية، فقضت في حكمها الصادر في ١٩٩١\١٤\١٦ بأن (غياب اتفاق أطراف العقد على تحديد

مدة تسليم السيارة المستعملة ووقت دفع الثمن يعد سببا لعدم انعقاد العقد، لان العقود الواردة على السيارات المستعملة يكون فيها تحديد مدة التسليم ودفع الثمن عنصران جوهريان، حيث جرى العرف وطبيعة التعامل على ان مثل هذه السيارات تتغير حالتها وقيمتها بسرعة).

نقلا عن د .عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) ،ط١،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،مطابع الارز، عمان ٢٠٠٠م، ص٦٨.

٢٦. د .صالح العتيبي، مصدر سابق، ص٧٤.

٢٧. د .ياسر الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص١٤.

د.ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول : مصادر الحقوق الشخصية ، المجلد الأول : نظرية العقد، القسم الأول: انعقاد العقد، ط١، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠٠٢م، ص٢١٨ . ٢١٩.

٢٨. د. صالح ناصر العتيبي، مصدر سابق، ص٧٧.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (في حالة عدم تحديد مقدار الأجر في عقد المقاولة، فان ذلك يعد من المسائل التفصيلية التي لا تحول دون إبرام العقد). طعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٩ ق، جلسة ١٩٩٤\٦\١٥، مجموعة الإحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية، ص ٤٥، ج ٢، ص٩٩٨.

٢٩. د. ياسر الصيرفي، مصدر سابق، ص١٦.

٣٠. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة، ١٩٨٤م، ص١٦٣.

د .عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق ص١٤٨.

٣١. قضت محكمة النقض المصرية (بأن اتفاق المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية لانعقاد العقد واحتفاظهم بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد دون اشتراط أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها يعتبر معه العقد قد تم) طعن رقم ٦٦٦ لسنة ١٥٨ق، جلسة ١٩٩٢\١٢\٢٣م، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية، س٤٣، ج٢، ص١٣٧٣.

٣٢. يخالف المشرع العراقي في موقفه، موقف كل من القانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري حيث لا ينعقد العقد في القانون المدني الألماني إلا عند الاتفاق على المسائل التفصيلية أيضاً، في حين لا يعترف القانون المدني السويسري أصلاً بالمسائل التفصيلية ويكتفي في انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية وبهذا يكون المشرع العراقي قد تبنى موقفا وسطا يوازن بين احترام إرادة طرفي العقد ومبدأ استقرار المعاملات.

٣٣. د.عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص١٦٤.

٣٤. د. صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، مصدر سابق، ص٨١.

٣٥. د. صالح ناصرالعتيبي، مصدر سابق ، ص٨٢.

٣٦. د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، مصدر سابق، ص١٢٦.

٣٧. د .محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص٢٧.

وقد قضت محكمة النقض المصرية (إن الحكم المطعون فيه، إذا اعتبر الاتفاق بين الطرفين على الأرض المبيعة والثمن، مع إرجاء تحرير عقد البيع النهائي إلى أن تقوم به الإدارة القانونية للجنة الإصلاح الزراعي بالشروط التي تراها فيه، انه لا يعدو أن يكون مشروعاً لعقد بيع، دون أن يبحث فيما أذا كانت الشروط المرجأة جوهرية أم ثانوية ، فأنه يكون متسماً بالقصور مما يتعين معه نقضه) طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٣٩ق ، جلسة ١٩٧٥\١١\١٦م، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية و التجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية، س٢٦، ص١٨٣.

٣٨. د. السنهوري، الوسيط ،ج١، مصدر سابق ،ص٢١٨-٢١٩.

د.عبد الرحمن سعودي، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، أطروحة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، دون ذكر سنة، ص٢٠-٢١.

د .نزيه محمد صادق المهدي، النظرية العامه للالتزام، ج١: مصادر الالتزام، دون مكان نشر، ٢٠٠٤م، ص٣٧.

د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣م، ص٢١.

٣٩. د. السنهوري، المصدر نفسه، ص٢١٩.

٤٠. د. حسام الدين الأهواني، مصدر سابق، ص٧٠.

د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد و الإرادة المنفردة دون مكان نشر، ١٩٨٧م، ص١٢٠.

د. ياسر الصيرفي، مصدر سابق، ص١٩.

٤١. د. ياسر الصيرفي، المصدر السابق، ص١٩.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بصدد المادة (٩٥)، المقابلة للمادة (٨٦) مدني عراقي، ما نصه (وفي هذه الحالة يتولى القاضي أمر الفصل في المسائل التفصيلية التي أرجئ الاتفاق عليها ما لم يتراضى العاقدان بشأنها. وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضي، فلا يقتصر على تفسير إرادة المتعاقدين، بل يستكمل ما نقص منها). مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٤٦.

٤٢. د. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة لالتزامات، مصادر الالتزام، ج١: المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة،١٩٩٣م ،ص٣٦٧.

٤٣. قضت محكمة التمييز العراقية (إن العقد الذي يستند اليه المدعي لم يعين محل التسليم فكان على المحكمة أن تجنح إلى تطبيق أحكام الفقرة (١) من المادة (٥٤١) مدني إذ إن مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد وإذا لم يتعين محل وجوده أعتبر مكانه محل إقامة البائع....) قرار رقم ٩١٨/ مدنية ثالثة / ١٩٧٥ في ١٩٧٦/٢/٣، مجموعة الأحكام العدلية، ١٤، س٧ ، ١٩٧٦م، ص٢١.

٤٤. نصت المادة (٥٧٣) مدني عراقي على (أذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أداؤه في المكان المشترط أداؤه فيه، فإذا لم يعين المكان وجب أداؤه في المكان الذي يسلم فيه المبيع، وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع

وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق،ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك). ونصت المادة (٥٧٥/ ف٢) مدني عراقي على (ويجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً في بيع سلعة بنقد أن احضر البائع السلعة. أما اذا بيعت سلعة بمثلها فيسلم المبيع والثمن معاً).

٤٥. تنظر المواد (٥٥٠. ٥٦٨) مدني عراقي. وقضت محكمة التمييز بصدد العيوب الخفية (إذا تعهد البائع بمسؤوليته عن أي عيب يظهر في المبيع لمدة معينة، فلا يجوز رد دعوى المدعي بحجة أن العيب الذي ظهر في المبيع هو عيب ظاهر لان تعهد المدعى عليه (البائع) يشمل العيوب الظاهرة والخفية، ذلك أن اقتصار التعهد على العيوب الخفية لا يحتاج إلى سند تعهد لان القانون قد ألقى على البائع ضمان العيوب الخفية (المادتان ٥٥٩ و٥٧٠) قرار رقم ١٣٨٩/ مدنية ثانية /٨٣ .٨٤ في ٧/ ٧/ ١٩٨٤م، مجموعة الأحكام العدلية، ع ١. ٤، ١٩٨٤م، ص١٩.

٤٦. تنظر المواد (٧٥٠ .٧٦٣) مدني عراقي. وقضت محكمة التمييز في هذا الصدد (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز مخالف للقانون لان المحكمة لم تراعِ ، احكام المادتين٧٦٣ / ٢ و ٧٦٤ / ٢ من القانون المدني بالنسبة للأضرار المحدثة في المأجور، ذلك ان المادة ٧٦٣ / ٢ تقضي بإلزام المستأجر بالأضرار الطفيفة التي يلزم بها العرف كالزجاج والأقفال والمصابيح الكهربائية وما إلى ذلك، أما المادة ٧٦٤ / ٢ فإنها تقضي بان يكون هناك استعمال غير اعتيادي في بقية الأضرار...) قرار رقم ٥٢٥ / م ٦ / ١٩٧٧ في ١٧ / ١/ ١٩٧٧م، مجموعة الأحكام العدلية، ع ٣ و٤، س ٨، ١٩٧٧م، ص٢٤.

٤٧. د. حسام الدين الأهواني، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول: نظرية القانون، القاهرة، ١٩٩٣-١٩٩٤م، ص١٦١.

٤٨. نقلا عن د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج١، النظرية العامة للقاعدة القانونية، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢م، ص٣٩١-٣٩٢.

وأيضاً قررت محكمة التمييز العراقية المبدأ الأتي (يكون للعرف قوة القانون إذا لم يوجد نص تشريعي). حكم محكمة التمييز برقم ٢٣٣٢/ص/١٩٥٦ في ١٩٥٧/٢/٣م، مجلة القضاء العراقية، ع٣، س١٥ ،١٩٥٧م، ص٤٠٦.

٤٩. حكم محكمة التمييز الصادر في ١٩٥٤/١/١٧م. نقلاً عن د. مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص٣٩٢.

٥٠. قضت محكمة التميز العراقية (إذا لم تتعين مدة تسليم المبيع في العقد يصار إلى العرف بحكم (م١٧١) من قانون التجارة – قانون التجارة الملغي رقم ٦٠ لسنة١٩٤٣ – وعليه لا تسمع الدعوى المقامة بطلب فسخ العقد بداعي عدم تسليم المبيع الذي لم يعين تأريخ تسليمهِ إذا ثبت ان التسليم عرفاً لم يحن بعد) قرار رقم ٢٦٥/ب/١٩٤٧ في ١٩٤٧/١٢/١٦م، مجلة القضاء العراقية، ع٣، س٦ ، ١٩٤٨م، ص٦٥.

٥١. يتمثل الفرق بين العادة الاتفاقية والعرف في أن العرف يعد قانوناً يطبقه القاضي من تلقاء نفسه لافتراض علمه به في حين أن العادة مجرد اعتياد يفتقر إلى الإلزام بغير سند اتفاقي. فمصدر التزام الأطراف بالعرف هو استجماعه لركنين: مادي (هو الاعتياد) ومعنوي (هو الشعور بالالزام)، أما العادة الاتفاقية فهي عرف مجرد من الركن المعنوي أو هي عرف في طور التكوين. ومفاد ذلك أن تطبيق القاضي لها رهين باتفاق الأطراف على إعمالها

وهي بذلك تخالف العرف الذي يطبق ولو جهل الأطراف حكمهُ. ومع ذلك يمكن أن ترقى العادة الاتفاقية إلى مرتبة العرف المكمل، الذي يلزم المتعاقدين إذا لم يتفقا على ما يخالف حكمهُ، وذلك عندما يحيل المشرع إليها بنص صريح وعندئذ تصبح واجبة الأتباع طالما لم يتفق على خلافها.

د .حسام الدين الاهواني، المصدر السابق، ص١٦٢.

أ .عبد الباقي البكري و أ .م .زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بيت الحكمة ' بغداد ، ١٩٨٩ ، ص١٤٣- ١٤٤ .

٥٢. د. السنهوري، الوسيط، ج١، ص٦٢١.

٥٣. أ. عبد الباقي البكري و أ. م. زهير البشير، المصدر نفسه، ص٦٨.

٥٤. د. السنهوري، الوسيط، ج١، ص٨٤٠.

٥٥. د. حسام الدين الأهواني، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص١٩٠.

٥٦. د. محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في المجلة القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق – جامعة الزقازيق، ع٧، ١٩٩٥م، ص١٨٩.

٥٧. جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما نصه (ولم يشأ المشروع أن يجاري التقنين المدني السويسري فيأذن للقاضي أن يطبق في هذه الحالة ما كان يضع هو من قواعد لوعهد اليه بأمر التشريع (م ١ ف ٢) بعد ان اخذ على هذه الصيغة من ناحية الشكل أنها تخول القضاء حق إنشاء الأحكام القانونية مع أن عمله ينحصر في تطبيق هذه الأحكام فحسب، ولم يشأ المشروع كذلك ان يحيل القاضي إلى المبادئ العامة في قانون الدولة (م ٣) من التقنين المدني الايطالي الجديد أو إلى مبادئ القانون العامة حسب (م

١) من التقنين الصيني بل احتفظ بعبارتي القانون الطبيعي و العدالة. وإذا كانت التقنينات الحديثة لا تفضل هاتين العبارتين من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليهما من الإبهام إلا أن الواقع أن هذه العبارات جميعاً لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني و إنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، وهي تقتضيه في اجتهاد هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص).

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج١، ص١٨٨ .

وجاء في حكم لمحكمة التمييز العراقية (أن قواعد العدالة تقتضي على المحكمة أن لا تتجاوز في تقدير قيمة المال المستملك بدلات ما جاوره من أملاك وليس بينها أي تفاضل أو امتياز) حكمها رقم ٩٧٢ح/ ٦٧في٢٠/ ٤ / ١٩٦٨م، منشور في مجلة القضاء، ع٤ ، س٢٣، ص١٢٦.

58. philippe Malaure , Laurent Ayne's , cours de droit civil , Les obligations , 6e'dition,paris,1995,p352

٥٩. د. محسن البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص٣٦٩.

٦٠. هذا ألالتزام مقرر في القانون العراقي بنص صريح هو المادة (١٠/أولا) من قانون النفل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣م و التي نصت على (يسأل الناقل عن الأضرار لتي تصيب الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل. ويبطل كل أتفاق يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من هذه المسؤولية).

٦١. أخذ المشرع العراقي بهذا الالتزام في المادة (٢/٧٦) من قانون التجارة الملغي رقم ٤٩ لسنة١٩٧٠م، التي نصت على (لا يجوز لمنْ تصرف في المتجر بنقل ملكيتهِ إلى الغير أن يزاول تجارة مماثلة لنشاط المتجر بكيفية يترتب

عليها ضرر لمنْ ألت الملكية إلا أذا أتفق على خلاف ذلك). علماً أن قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ لم ينص على مثل هذا الحكم.

٦٢. نصت المادة (٣٥) من قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧م على (يحظر على العامل أن: أولا: يفشي الأسرار التي يطلع عليها بحكم عملهِ حتى بعد تركة العمل). ينظر في عرض موقف القضاء الفرنسي هذا: جاك غستان، مفاعيل العقد أو آثاره، مصدر سابق ، ص٧٢.

٦٣. المادة (٤٠) مدني مصري، المادة (١٠٠ف٢) مدني أردني.

٦٤. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة،١٩٥٤م، ص١٤٠ د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص١٦٣ د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص١٤٨ د. محسن البيه، مصدر سابق، ص٢٧٠.

٦٥. د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، مصدر سابق، ص٢٠٦.

٦٦. د .محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٩٢م، ص١٢١.

المصادر :

باللغة العربية:

أولاً/الكتب:

١. د .انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٣ .
٢. جاك غستان، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد أو آثاره)، ترجمة منصور القاضي، ط١، المؤسسة الجامعية للدارسات و النشر و التوزيع، بيروت، ٢٠٠١.
٣. د .حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٢م.
٤. د .حسام الدين كامل الأهواني، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول: نظرية القانون ، القاهرة ، ١٩٩٣-١٩٩٤م.
٥. د .سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، دون مكان النشر، ١٩٨٧م.
٦. د .صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، ط١، دون مكان نشر، ٢٠٠١م.
٧. عبد الباقي البكري و أ. م. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩م.
٨. د .عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢: مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤م.
٩. د عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مطبعة جرينبرج، القاهرة، ١٩٥٢م.

١٠. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤م.

١١. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١: انعقاد العقد، شركة الطبع و النشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧م.

١٢. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧م.

١٣. د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات ج١: مصادر الالتزام، دون مكان وسنة نشر.

١٤. د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطابع الأرز، عمان،٢٠٠٠م.

١٥. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١م.

١٦. د .مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج١: النظرية العامة للقاعدة القانونية، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢م.

١٧. د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، ج١: مصادر الالتزام، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٣م.

١٨. د .محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج١: المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٣م.

١٩. د. محمد أبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في أدارة المفاوضات و أبرام العقود، مطبوعات الإدارة العامة للبحوث، الرياض، ١٩٩٥م.

٢٠. د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.
٢١. د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة لسابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر، القاهرة، ٢٠٠٢م.
٢٢. د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٩٢م.
٢٣. د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت،٢٠٠٠م.
٢٤. د. نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، ج١: مصادر الالتزام، دون مكان نشر، ٢٠٠٤م.
٢٥. د. ياسر الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
٢٦. د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الأول: انعقاد العقد، ط١، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠٠٢م.

ثانياً/ الرسائل و البحوث:

١. عبد الرحمن سعودي، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة، دون ذكر السنة.
٢. د. محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في المجلة القانونية و الاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق . جامعة الزقازيق، ع٧، ١٩٩٥م.

ثالثاً/ مجموعة الأحكام القضائية:

١. موسوعة القضاء و الفقة للدول العربية، ج٢٤٩، الدار العربية للموسوعات، القاهرة،١٩٨٥م.
٢. قضاء محكمة التمييز العراقية، المجلد الخامس، بغداد، ١٩٧١م.
٣. مجموعة الأحكام العدلية، تصدر عن وزارة العدل في الجمهورية العراقية، (ع١،س٧، ١٩٧٦م)، (ع٣و٤، س٨، ١٩٧٧م)، (ع١-٤ لسنة ١٩٨٤م).
٤. مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية و التجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، (س١)، (س٢٦)، (س٣٤)، (س٤٣ج٢)، (س٤٥ج٢).
٥. مجلة القضاء العراقية، (ع٣، س٦)، (ع٣، س١٥).

باللغة الفرنسية:

6- philippe Malaure , Laurent Ayne's , cours de droit civil , Les obligations e'dition , paris, 1995.