دور العدالة في تكميل العقود

The Role of Justice in Complement of Contract

الباحث / رياض أحمد عبد الغفور و الأُستاذ الدكتورة/ شروق عباس فاضل

جامعة النهرين – العراق

تاريخ إرسال المقال :2019/12/12 ----تاريخ قبول المقال : 2019/12/28

Email : dralimajeed82@gmail.com

الملخص

بمقتضى القواعد العامة في القانون المدني, ان مضمون العقد لا يقتصر على الالتزامات التي ذكرت فيه صراحة, بل يتناول أيضا مسائل تفصيلية لم تذكر فيه, وكل ما يعتبر من مستلزماته.

والأصل أن يتم تحديد مضمون العقد بالرجوع الى إرادة المتعاقدين, فإذا فشلت تلك الإرادة في ذلك, او لم يحصل اتفاق أطراف العقد بشأنها, هنا يأتي دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين, اذ منحه المشرع صلاحية تكميل مضمون العقد, مسترشدا بعدة موجهات حددها له، من بينها قواعد العدالة.

وسوف نسلط الضوء في هذا البحث على دور العدالة في تكميل مضمون العقود المدنية, للتعرف على أحكامها وحالاتها وشروطها حسب أحكام قانوننا المدني وبعض القوانين المدنية المقارنة الأخرى, هذا الدور الذي قد لا يكون واضحا للكثير من الناس, لما يحيط فكرة العدالة من غموض, ناهيك عن الدور الذي يمكن ان تلعبه في تكميل مضمون العقد بالالتزامات التي سكتت إرادة المتعاقدين عن ذكرها, والتي تعد من مستلزماته.

الكلمات المفتاحية : العدالة , العدل , العدالة العقدية , تكميل العقد , مضمون العقد, نطاق العقد

Abstract:

According to the general rules of civil law, the content of the contract is not limited to the obligations that are expressly mentioned in it, but also deals with detailed issues not

mentioned, and all of its requirements.

The basic principle is that the content of the contract is determined by back to the will of the contractors, if that will fails to do so, or if the parties to the contract have not agreed on it, here comes the role of the judge in supplementing the will of the contractors, as the legislator has given him the authority to supplement the content of the contract, guided by several directives that he has determined for him, from Among them are the rules of justice.

We will shed light in this research on the role of justice in supplementing the content of civil contracts, to get acquainted with their provisions, cases and conditions according to the provisions of our civil law and some other comparative civil laws, this role which may not be clear to many people, because of the ambiguity surrounding the idea of justice, not to mention The role it can play in supplementing the content of the contract with the obligations that the contractor's will have been silent about, and which are among its requirements.

:key words

Justice, contractual justice, contract completion, contract content, contract scope

المقدمة

تتعدد الأدوار التي تؤديها العدالة على نطاق القانون المدني بوجه عام, وفي العقود المدنية بوجه خاص, فهي على نطاق القانون تعد إحدى الموجهات المهمة التي تلهم المشرع عند سن النصوص القانونية, كذلك يسترشد بها القاضي في تكميل النقص الذي قد يقع في النص القانوني, وفي إيجاد الحل للقضية المعروضة أمامه عند افتقاد الحل في المصادر او القواعد الأخرى, و أيضا تعينه في تفسير هذا النص, للوصول الى القصد الحقيقي للمشرع.

كذلك تؤدي العدالة أدوارا متعددة على نطاق العقود المدنية, وتتجلى اهميتها جميع مراحل العلاقة العقدية و ما قبلها, بدءاً من مرحلة التفاوض, وصولا إلى مرحلة إبرام العقد, ومرورا بتنفيذه, وانتهاء في انقضائه, ويظهر ذلك جليا في تفسير عبارات العقد للوصول الى الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين, كذلك يسترشد بها القاضي في تكميل مضمون العقد بمستلزماته والمسائل التفصيلية التي لم تذكر فيه, ولها دورا فاعلا ايضا في حماية التوازن العقدي بين أطرافه.

ومن بين هذه الأدوار التي تضطلع بها العدالة ويستعين بها القاضي, بناء على اجازة من المشرع, هو دورها في تحديد وتكميل مضمون العقد, أي تكملة إرادة المتعاقدين بالمسائل التفصيلية وكل ما يعتبر من مستلزمات العقد.

حيث ان مضمون العقد لا يقتصر على الالتزامات التي ذكرت فيه صراحة, بل يتناول أيضا مسائل تفصيلية, أو إضافية لم تذكر فيه, وكل ما يعتبر من مستلزماته , و بدونها لا يتحقق الغرض المتوخى من العقد باعتبار أن تلك المسائل والمستلزمات التي أضافها القاضي هي مما تستوجبها طبيعة العقد والغرض من إبرامه, حتى و ان لم تذكر فيه.

و يطلق على تكميل مضمون العقد بالمسائل التفصيلية, وكل ما يعتبر من مستلزماته في الفقه المدني, تكميل او استكمال العقد(Integration du contract).

والأصل ان يتم تحديد مضمون العقد بالرجوع الى إرادة المتعاقدين, فإذا فشلت تلك الإرادة في ذلك, او لم يحصل اتفاق أطراف العقد بشأنها, هنا يأتي دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين, اذ منحه المشرع صلاحية تكميل العقد, مسترشدا بعدة موجهات حددها له، من بينها قواعد العدالة, بمعنى ان العدالة تساهم في تكملة ارادة المتعاقدين اي تكملة مضمون العقد, بالمسائل التفصيلية والمستلزمات التي غفلت ارادة المتعاقدين عن النص عليها عند ابرام العقد.

وتفعيل الدور التكميلي للعدالة يسمح للقاضي بأن يعالج القصور في القاعدة القانونية, و في مضمون العقد, ذلك القصور الذي يمكن ان يحدث اختلالاً في التوازن بين المصالح المتنازعة, ومن ثم الخلاف والاختلاف بين المتعاقدين.

ويستمد التكميل أهميته من عدم اقتصار دور القاضي على إضافة البنود التفصيلية الناقصة, وتحديد مستلزمات العقد التي يلتزم بها المتعاقدان ، وإنما يمتد كمرحلة أولى ليشمل التثبت من وجود العقد في ذاته, باشتماله على أركانه الجوهرية ومدى استيفائها شروطها القانونية ، وإذا سلم القاضي بانعقاد العقد, بدأ في التثبت من توافر شروط التكميل التي استلزم المشرع المدني توفرها كمرحلة ثانية، ثم يدرس الهيكل العام للعقد، ليقرر أي المعايير الذي سيستعين بها في التكميل, على أن يكون ذلك وفقا لطبيعة العقد في مرحلة ثالثة .

وسوف نسلط الضوء في هذا البحث على دور العدالة في تكميل مضمون العقود المدنية, للتعرف على أحكامها وحالاتها وشروطها حسب أحكام قانوننا المدني وبعض القوانين المدنية المقارنة الأخرى, هذا الدور الذي قد لا يكون واضحا للكثير من الناس, لما يحيط فكرة العدالة من غموض, ناهيك عن الدور الذي يمكن ان تلعبه في تكميل مضمون العقد بالالتزامات التي سكتت إرادة المتعاقدين عن ذكرها, والتي تعد من مستلزماته.

وبحث هذا الموضوع يتطلب منا أولا ان نحدد مفهوم العدالة وتكميل العقد في مبحث أول , ثم نتناول في مبحث ثاني رجوع القاضي الى العدالة لتكميل مضمون العقد , وفي مبحث ثالث نتناول دور العدالة في تحديد مضمون العقد .

فالأصل أن يتم تحديد مضمون العقد بالرجوع الى إرادة المتعاقدين, فإذا فشلت تلك الإرادة في ذلك, او لم يحصل اتفاق أطراف العقد بشأنها, هنا يأتي دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين, اذ منحه المشرع صلاحية تكميل العقد, مسترشدا بعدة موجهات حددها له، من بينها قواعد العدالة, بمعنى ان العدالة تساهم في تكملة ارادة المتعاقدين اي تكملة مضمون العقد, بالمسائل التفصيلية والمستلزمات التي غفلت ارادة المتعاقدين عن النص عليها عند ابرام العقد.

هذا الدور الذي قد لا يكون واضحا للكثير من الناس, لما يحيط فكرة العدالة من غموض, ناهيك عن الدور الذي يمكن ان تلعبه في تكميل مضمون العقد بالالتزامات التي سكتت إرادة المتعاقدين عن ذكرها, والتي تعد من مستلزماته.

كما ان تفعيل الدور التكميلي للعدالة يسمح للقاضي بأن يعالج القصور في القاعدة القانونية, و في مضمون العقد, ذلك القصور الذي يمكن ان يحدث اختلالاً في التوازن بين المصالح المتنازعة, ومن ثم الخلاف والاختلاف بين المتعاقدين.

يتناول هذا البحث بيان دور العدالة في تكميل مضمون العقود المدنية, للتعرف على أحكامها وحالاتها وشروطها حسب أحكام قانوننا المدني وبعض القوانين المدنية المقارنة الأخرى.

المبحث الأول:مفهوم العدالة وتكميل العقد

قبل أن ندخل في بيان دور العدالة في تكميل مضمون العقد, وما يعتبر من مستلزماته, لابد لنا بداية من توضيح مفهوم كل من العدالة, وتكميل مضمون العقد, وهذا ما سنتناوله في المطلبين التاليين.

المطلب الأول:مفهوم العدالة

العدالة لغة : اسم مشتق من العدْل, و العدْل هو: الحكم بالحق, وهو خلاف الجور والظلم, وما قام في النفوس على انه مستقيم[1] , و عدَل بين المتخاصمين : أنصف بينهما وتجنَّب الظُّلْم والجَوْر ، و أعطى كلَّ حقٍّ حقَّه [2].

كما قد تأتي بمعنى الأمر المتوسط بين الإفراط والتفريط, ومنه قوله تعالى: {وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا}[3] أى عدلاً فالوسط والعدل يأتيان بمعنى واحد[4] .

و يظهر لنا مما تقدم ان معنى العدالة لغة يأتي مزيجا من القيم الأخلاقية والاجتماعية, و لها معنا واسعا يضم مفاهيم متعددة كالإنصاف والمساواة والاستقامة والاعتدال والتوسط والتوازن والاستواء، والعدالة اسم لهذه المفاهيم او لبعضها، والقسْط هو معنى محدد من العدل يدل على المساواة.

اما معنى العدالة اصطلاحا, فقد أُعطيت لها معان عديدة، وهو ما يستوجب فرزاً أكاديميا علميا متأنياً ودقيقا لها, لذا سنبين مفهوم العدالة كمفهوم عام, ثم مفهومها في اطار العلاقة العقدية, في الفرعين التاليين.

---

1 – ابن مظور, ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري, معجم لسان العرب, ج 13 , القاهرة , الدار الجامعية للتأليف والترجمة, بلا سنة طبع, ص 458., المعلم بطرس البستاني , معجم محيط المحيط , مكتبة لبنان بيروت . 1987, ص 581.

2 – محمد عبد الرؤوف المناوي, التوقيف على مهمات التعاريف, الجزء الاول, تحقيق د. محمد رضوان الداية , الطبعة الاولى , , دار الفكر, بيروت– دمشق 1410 هـ , ص 507

3 – القرآن الكريم/ سورة البقرة / آية رقم 143

4 – محمد عبد الرؤوف المناوي, المرجع نفسه, ص 507

الفرع الأول:المفهوم العام للعدالة

اهتم الفلاسفة والمفكرون والباحثون منذ القدم حتى يومنا هذا بتناول ودراسة فكرة العدالة ووضعوا لها عدة مفاهيم وصور متعددة, وأطلقوا عليها تسميات مختلفة على مدار التأريخ, اختلفت باختلاف الزاوية التي نظر منها كل منهم إليها, وأعطوا لها مفهوما عكَس الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للعصر الذي عاشوا فيه, فمنهم من نظر إليها من زاوية الأخلاق والمثل العليا, ومنهم من نظر إليها نظرة نظرة دينية, واعتبرها آخرون ضرورة من الضرورات الاجتماعية التي تقتضيها طبيعة الحياة الآمنة الهانئة المستقرة[1], حتى فيها احد الفقهاء (ان العدالة هي ذلك النجم القطبي لكل تكوين قانوني)[2].

فقد عدها أرسطو إحدى الفضائل الأربع التي سلم بها اغلب الفلاسفة وهي : الحكمة والعفة والشجاعة والعدالة[3] . وقد عبر عنها(جوستنيان) في مدونته بأنها (حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه, والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار) [4] , وعرفها (سيشرون) فقيه روما, بأنها (إيتاء كل ذي حق حقه دون المساس بالصالح العام)[5].

وذهب القديس توماس الاكويني (Saint Thomas d'Aquino)' احد ابرز فقهاء الكنيسة في العصور الوسطى– الذي عقد الصلح بين الفكر المسيحي والفكر الارسطوي– الى تاكيد مذهب ارسطو في ان القانون الطبيعي هو القانون العقلي وان الله لا يأمر بشيء, الا لأنه حسن بحسب العقل, ولم عن شيء الا لأنه قبيح في نظر العقل, وفي ذلك قال توماس الاكويني:(ان نظام العدل كنظام الطبيعة يأتي عند الله)[6].

---

1 – د.منذر الشاوي, حديث الى القضاة, بغداد , وزارة العدل, قسم الإعلام القانوني, 1979, ص 51.

2 – الفقيه كيلسن , نقلا عن أستاذنا د. حسن علي الذنون, فلسفة القانون , مطبعة العاني, بغداد, 1975, ص 163.

3 – احمد عبد الحسيب عبد الفتاح, العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع , دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, 2018, ص 14

4 – أستاذنا د.حسن علي الذنون , فلسفة القانون , المرجع نفسه, ص 163, عبد العزيز فهمي ,مدونة جستنيان في الفقه الروماني, عالم الكتاب , بيروت لبنان, بلا سنة نشر, ص 5., د.حسن كيرة , المدخل الى القانون, القانون بوجه عام,منشأة المعارف, الإسكندرية, 2014 , ص 150 هامش رقم 2

5 – د.مصطفى سيد صقر, فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية,مكتبة الجلاء الجديدة, المنصورة , 1995,ص379 . د.فايز محمد حسين, فلسفة القانون ونظرية العدالة , بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية, كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية, مصر., العدد 2 , 2010, ص 1392–1393.

6 – د. سمير تناغو, النظرية العامة للقانون, منشاة المعارف, الاسكندرية, بلا سنة طبع, ص 138.

كما حظيت مبادئ العدالة باهتمام غير متناه في التشريع الإسلامي, فقد اعتبر اقرارها احد اسرار التشريع الالهي, و احد مقاصد ثلاثة توخاها الله تعالى من شرعه, وهي اقرار العدل, ورسوخ التكافل الاجتماعي, وتحقيق مصالح العباد, وجعلها من أساسيات الحياة الفردية، والاجتماعية، والأسرية، والسياسية, كما اعتبر اقرارها هدفاً لجميع الرسالات السماوية؛ فبالعدل أرسل الله تعالى الرسل، وأنزل كتبه, وهذا ما أكدته الاية الكريمة في قوله تعالى : (لقد أرسلنا رسلنا بالبينات, و أنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط

وعلى صعيد الفقه القانوني الحديث, عرف الفقيه والمؤرخ الانكليزي (السير هنري جيمس مين) في كتابه (القانون القديم), العدالة بأنها: (مجموعة القواعد القائمة الى جانب أحكام القانون و المستندة الى أسس مستمدة من وحي العقل والعدل المطلق, والتي تهدف الى تعديل أحكام القانون وتوسيعها)[2].

و قد رأى البروفيسور(روبرت اليكسي) في كتابه فلسفة القانون أن (العدالة ما هي إلا صحة توزيع والتبعات, والموازنة بين: الذنب والعقوبة, بين الضرر والتعويض, بين الأداء ومقابله, او هو بعبارة مبسطة هي صحة التوزيع والموازنة, والقانون يجب ان لا يكون عادلا فحسب, بل يجب ان يكون صائبا ينطوي على الحكمة أيضا ضمن إطار العدالة)[3].

ووصفها الدكتور (عبد الحي حجازي) بأنها: (إحساس أخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي وظيفته الموائمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة)[4].

وعرفها الدكتور (عبد الباقي البكري) بأنها: (مجموعة من القواعد التي تصدر عن مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة).[5]

وعرفها آخرون بأنها: (ما يمليه العقل السليم استجابة للمصالح الأكثر احتراما)[6].

---

1 – القرآن الكريم/ سورة الحديد /الآية رقم 5.

2–رحيم حسين موسى, العدالة الضريبية,رسالة ماجستير قدمت الى كلية الحقوق/جامعة النهرين,بغداد,2002 , ص 22

3 – روبرت أليكسى, كتاب فلسفة القانون مفهوم القانون وسريانه, تعريب د. كامل فريد السالك, منشورات الحلبي الحقوقية, الطبعة الثانية, 2013, ص 68 هامش 1.

4– د.عبد الحي حجازي, المدخل لدراسة العلوم القانونية, القسم الأول, القانون وفقا للقانون الكويتي(دراسة مقارنة), مطبوعات جامعة الكويت, الكويت, 1972, ص 217.

5– د.عبد الباقي البكري ,الأستاذ زهير البشير, المدخل لدراسة القانون, الطبعة الثالثة, شركة العاتك لصناعة الكتب, 2011, ص68.

6 – إسماعيل نامق حسين, العدالة وأثرها في القاعدة القانونية, دار الكتب القانونية, 2011, ص 67.

ونخلص من هذه التعاريف بأن العدالة كمفهوم عام هي إحساس أخلاقي, يمليه الضمير المستنير وتطمئن له النفس النقية, ويكشف عنه العقل السليم , وهي توحي بحلول منصفة و إعطاء كل ذي حق حقه بلا إفراط او تفريط , على نحو متزن.

فجوهر العدالة إذن يستهدف تحقيق المساواة بين الأفراد، على نحو يقيم التوازن بين المصالح المتعارضة، فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه, حيث لا مجال للإضرار بالغير، ولا إثراء على حسابه دون وجه حق.

الفرع الثاني:مفهوم العدالة في إطار العلاقة العقدية

يظهر مفهوم العدالة في إطار العلاقة العقدية, من خلال بيان بعض الفلاسفة والفقهاء في تقسيماتهم لصور العدالة, ولعل ابرز هذه التقسيمات, هو التقسيم الذي يعود بجذوره الى الفيلسوف الإغريقي أرسطو[1], وتبناه من بعده كثير من الفقهاء والباحثين, وهو تقسيم العدالة إلى صورتين بارزتين تختلف باختلاف أطرافها:

أولا : عدالة تسود علاقة الفرد بالجماعة السياسية اي بالدولة, بوصفهم أعضاء او مواطنين فيها, من حيث توزيع الثروات والمنافع العامة و الأعباء بينهم , وهي اما عدالة تجب للفرد على الجماعة فتسمى العدالة التوزيعية, وأما عدالة تجب للجماعة على الفرد فتعرف باسم العدالة الاجتماعية, التي من أهم مقوماتها والحرية وتكافؤ الفرص[2] .

ولما كان الأفراد غير متساوين في قدراتهم وكفاءتهم, لذا فإنهم لا يعاملون معاملة متساوية على أساس فالعدالة هنا تقوم على مبدأ الاستحقاق، أي أن يحصل كل فرد على ما يستحقه من المنافع او الأعباء العامة, يتناسب و إمكانياته وعطائه وظروفه [3].

ثانيا:عدالة تسود علاقات الأفراد فيما بينهم وتنظم التعاملات بينهم, وهي العدالة التبادلية[1] , وبمقتضى هذه العدالة يحق لكل طرف في هذه العلاقة أن يستلم عوضا مكافئا ومعادلا وموازنا لما أعطى[2].

---

1 – ويرى استاذنا د. حسن علي الذنون, ان العدالة التبادلية هي اول صور العدل وأكثرها بدائية ,وتطبق بين الأفراد قبل تدخل الدولة وبدونها. د. حسن الذنون, فلسفة القانون, مرجع سابق, ص 165.

2 – وقد ذهب بعض الفقهاء في العصر الحديث الى دمج العدالة الاجتماعية مع العدالة التوزيعية واعتبار الاولى صورة للثانية, على سبيل المثال استاذنا د. حسن الذنون, فلسفة القانون, مرجع سابق ,ص 172,164, ايضا د.محمد محسوب, ازمة العدالة العقدية في القانون الروماني,دار النهضة العربية,القاهرة, 2000, ص 232–233.

3 – أستاذنا د.حسن الذنون , فلسفة القانون, مرجع سابق, ص 165. أيضا د. حسن كيرة , مرجع سابق , ص 153 .

ولا يقتصر العدل التبادلي على الروابط العقدية التي تنشأ بين الأفراد, بل ينطبق أيضا على جميع العلاقات التي تنشا بينهم سواء كانت عقدية ام غير عقدية, فإذا تسبب شخص بخطئه في اصابة الغير بضرر, فأن مقتضى العدالة التبادلية يلزم الشخص المخطئ بتعويض المضرور بمقدار ما لحق الأخير من ضرر[3].

ويمكن تخصيص المفهوم العام للعدالة في مجال العقود بمعنى محدد, هو العدالة ذات الطابع الفني, التي اساس التوازن والتناسب بين الاداءات المتقابلة التي تنسجم مع طبيعة العقد, لا وفقا للمثالية الشخصية التي توصف بأنها فكرة واسعة ونسبية ومتغيرة, باختلاف الظروف والأشخاص والحالات ويصعب ضبطها بمعيار محدد و واضح [4].

ومفهوم التوازن العقدي الذي تجسده العدالة في نطاق العلاقة العقدية يتنازع فيه اتجاهان :

الاول : الإتجاه الشخصي

وهذا المفهوم يعتبر إمتدادا للنزعة الفردية التي أرسى دعائمها مبدأ سلطان الإرادة, ويعتبر ان كل ما إرتضاه المتعاقدان متوازن بالضرورة على أساس أن الإرادة تصنع عدالتها بنفسها (فمن قال عقدا فقد قال عدلا)[5] , ولا يجوز للمشرع ولا القاضي أن يتدخل في تعديل هذا التوازن, لان ذلك –في نظرهم– يشكل عائقا أمام الحرية التعاقدية , ويحد من قدرة الإرادة على الانطلاق والنشاط والإبداع.

الثاني : الإتجاه الموضوعي

وهذا المفهوم يمثل انعكاسا للنزعة الاجتماعية يتعلق بما يراه طرف خارجي عن العقد (المشرع او القاضي) الذي له الحق في حماية التوازن العقدي , على وفق مقتضيات العدالة .

---

[1] – وتسمى العدالة هنا تبادلية لان عملها يقع بمناسبة تبادل الاشياء والخدمات بين الافراد داخل المجتمع, كما تسمى أيضا العدالة التصحيحية, لان مهمتها الأساسية تصحيح الاختلال في الذمم المالية الناتج عن انتقال الاموال من ذمة الى اخرى كالبيع, او عمل غير مشروع, كالفعل الضار .

د. احمد ابراهيم حسن, غاية القانون, دراسة في فلسفة القانون, دار المطبوعات الجامعية, 2016,ص 150

2 – د.سمير تناغو, مرجع سابق , ص 143.

3 – د. احمد إبراهيم حسن, مرجع سابق, ص 151.

[4] – د. محسن عبد الحميد البيه , النظرية العامة للالتزامات, مصادر الالتزام , الجزء الاول, المصادر الارادية, مكتبة الجلاء الجديدة, المنصورة , 1993,ص 369 , خالد عبد حسين , مرجع سابق, ص 119

5 – انظر: د. سمير تناغو , مرجع سابق, ص 143.

وفي الواقع أن التوازن العقدي في بعده الموضوعي ومن خلال الآليات التي تسمح بحمايته وتحقيقه هو بلا شك لبنة أساسية في بناء العدالة العقدية وفي تهذيب الإرادة وحسن توجيهها حتى تستقيم بوظيفتها ولا تكون آداة هيمنة و استغلال ومن ثم حماية التوازن العقدي.

وقد عرف الفقيه جاك غستان العدالة في نطاق العقود وهو ما اسماه ب(مبدأ العدالة العقدية) وعدها غاية في العقد, بأنها :(حماية التوازن العقدي بين أطرافه, بحصول كل متعاقد على المنفعة المادية المقصودة منه, بما يتناسب مع الأداء الذي قدمه الى الطرف الاخر, وبما يقتضيه مبدأ حسن النية)[1] .

وعرفها البعض بأنها (العدالة التي تقضي بان العقد لا يكون صحيحا, إلا اذا كان خاليا من عدم التوازن الواضح بين الحقوق والالتزامات المتقابلة)[2].

كما عرفت بأنها (حصول كل طرف من أطراف العقد على المنفعة المقصودة منه بما يتناسب مع ما يحصل الطرف الاخر)[3].

و يرى الفقيه (جاك غستان), ان العدالة العقدية تتحلل الى عنصرين, هما تحقيق المنفعة المقصودة, بين الأداءات, بمعنى ان يحصل كل طرف في العقد على المنفعة المقصودة منه بما يتناسب مع ما يحصل المتعاقد الاخر من العقد, وبما يقتضيه مبدأ حسن النية[4]. اي ان عناصر العدالة العقدية لدى الفقيه غستان عناصر , هي المنفعة العقدية , التوازن بين الاداءات , ومبدأ حسن النية.

بيد اننا نرى أن مفهوم العدالة في العقود لدى الفقيه (جاك غستان), قد اقتصر على ذكر دورها في اعادة او حماية التوازن الاقتصادي بين الأداءات المتبادلة لاطراف العلاقة العقدية, ولم يتناول الصور والأدوار الأخرى للعدالة , والمتمثل بالدور الحاكم للعلاقة العقدية في حال غياب النص في المصادر الاخرى, او في حالة الإحالة إليها من تلك المصادر, اضافة الى دورها في تفسير وتكميل العقود المدنية.

فمن خلال الرجوع الى نصوص القانون المدني, وتطبيقات العدالة في العقود– نجد ان هناك ادوارا اخرى للعدالة غير حماية التوازن العقدي , فقد يكون دورها حاكما للعقد , عندما يوجد نقص في المصادر

1 – جاك غستان , المطول في القانون المدني – تكوين العقد – ترجمة منصور القاضي, مراجعة د. فيصل كلثوم, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع, بيروت–لبنان, 2008, ص 258–262.

2 – د. ايمن إبراهيم العشماوي , نظرية السبب والعدالة العقدية, دار النهضة العربية, 2008 , ص97

3 – د. منصور حاتم محسن, العدالة العقدية, بحث منشور في مجلة جامعة بابل, العلوم الإنسانية, المجلد الخامس والعشرون, العدد السادس, 2017 ص2585.

4 – جاك غستان , مرجع سابق, ص 258–262

الأخرى التي تحكم العقد مثل التشريع والعرف كما في نص الفقرة الثانية من المادة (1) من القانون المدني العرقي رقم 40 لسنة 195, او عندما لا يوجد قصور في التشريع ولكن القاضي لا يطبق النص التشريعي تطبيقا حرفيا بل يراعي المرونة في تطبيقها مراعاة للظروف الخاصة بموضوع النزاع, كذلك قد يلجأ القاضي العدالة باعتبارها احد الموجهات التي حددها له المشرع, يستعين بها في تفسير ارادة المتعاقدين وتكميل العقد, كما في نص (المادتين 86 و 2/150) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951, اللتان سيأتي شرحهما.

فالعدالة العقدية تجتمع فيها صفتان بارزتان, وهي ذات(طبيعة مزدوجة) كونها عدالة وعقدية , فهي تتراوح بين عدالة تمثل قيمة وفضيلة عليا تحكم سلوك الأفراد , وعقدية تطبق على علاقات ومعاملات الأفراد اليومية من الناحية المدنية, مما يجعلها تتغير في المعنى والدور الذي تلعبه من حالة الى اخرى , مما يستدعي تغير نتائج تطبيق العدالة او كيفية تطبيقها مع الحفاظ على الجوهر الثابت, فالعدالة العقدية هي ذات تطبيقات وادوار متعددة من تطبيقات العدالة العامة في مجال المعاملات المالية .

ولم يعد هدف العدالة مقتصرا على مجرد الامتناع عن ايقاع الضرر بالغير, او إعطاء كل ذي حق حقه, و هي تنطوي على شيء اعمق وابعد من ذلك , وهو تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة من اجل حماية اللازم لسكينة المجتمع الانساني وتطوره[1], وايجاد حل عادل للعلاقة القانونية عليها في حال انعدام النص في المصادر الأخرى او عند الإحالة إليها, ولها أيضا دور تفسيري وتكميلي للنصوص القانونية والاتفاقية[2].

وهكذا نجد ان العدالة العقدية ذات مفهوم واسع ويتغير مضمونه حسب المكان والزمان والحالات , ويختلف دورها حسب مراحل العقد ومضمونه و إرادة المتعاقدين, ومركز أطراف العلاقة, واعتمادها يحتاج إلى مرونة في صياغة القواعد القانونية لتصبح مواكبا للمستجدات التي تحدث في الحياة بسبب التطورات الاقتصادية والاجتماعية.

و لن يستطيع أي متعاقد ان يأخذ دور المشرع ولا القاضي في استخلاص العدالة، لكن من واجبه أن يكون مستقيماً مخلصاً أمينا عدلاً حسن النية وقت التفاوض وعند إبرام العقد أو تنفيذه وفي حال نشوب النزاع.

المطلب الثاني:مفهوم تكميل مضمون العقد

1 – د. وليم سليمان قلادة, التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري, دراسة مقارنة, الطبعة الاولى, المطبعة التجارية الحديثة, القاهرة, 1955, ص 422, د. حسن علي الذنون, فلسفة القانون, مرجع سابق, ص 164.

2 – احمد عبد الحميد شويش, قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة, مؤسسة شباب الجامعة, 2003, ص 26–27

بمقتضى القواعد العامة التي تحكم العقد, حيث ان مضمون العقد لا يقتصر على الالتزامات التي ذكرت فيه صراحة, بل يتناول أيضا مسائل تفصيلية لم تذكر فيه , وكل ما يعتبر من مستلزماته, في إطار النسق العام لهيكل العقد.[1]

والعقد المتكامل هو العقد الذي يتضمن تنظيما وافيا لكافة المسائل التي لابد من مواجهتها حتى لا يكون مصدرا لمظالم لا يمكن التسامح فيها، وحتى يكون تنفيذه متفقا مع مقتضيات العدالة و مبدأ حسن النية[2].

ولكن قد لا يتضمن العقد احيانا تنظيما كاملا لكافة جوانب العلاقة العقدية, اذ قد يغفل أطرافه تنظيم العديد من الأمور، أما سهوا أو عمدا، إذا كانت آثارها في مرحلة ما قبل التعاقد قد تؤخر إبرامه أو تحول دون إبرامه، أو عن غير دراية بأهمية أمر معين, أو لأن العمل لم يجر على مواجهة هذه الآثار، لاستحالة توقع النتائج التي تترتب على ما يستجد من ظروف وعدم توقع كيفيه سير الأحداث مستقبلا.

والأصل انّ المتعاقدين هما من يتولّيان تحديد الالتزامات الواردة في العقد, تطبيقا لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين), جوهرية كانت أو تفصيلية دون تدخل من أي جهة كانت، إلا انه و بعد التطور الذي حدث نتيجة الثورة الصناعية و الاقتصادية التي عرفتها مجتمعاتنا الحديثة مما أدى إلى تعدد العقود و تنوعها, فأصبحت تتسم بالتعقيد و التركيب, الأمر الذي نتج عنه انعدام أو اختلال التوازن المعرفي والاقتصادي بين المتعاقدين في كثير من الأحيان و بالتّالي اختلال التوازن في العلاقة العقدية.

ولأنه يتعين على المشرع ضمان تنفيذ المتعاقدين للعقد بحسن نية, وبطريقة لا يتضرر فيها طرفاه, خاصة الطرف ا لضعيف في العلاقة, و كذلك من أجل تمكينهما من الانتفاع به انتفاعا كاملا, فإنّ المشرع قد أوكل إلى القاضي مهمة تحديد وتكميل مضمون العقد بعد تكييفه, و تفسير ما غمض فيه من بنود، هذا التكميل يكون بإضافة ما نقص فيه من التزامات تفصيلية ارجأ المتعاقدان الاتفاق عليها لاحقا, او ما يعتبر من مستلزمات العقد.

ويعتمد القاضي في تحديد مضمون العقد– عند رفع النزاع اليه– بالاعتماد اولا على أساس ما ارتضاه الطرفان بالفعل ونصا عليه في العقد , وثانيا على العوامل او الموجهات التي حددها له المشرع, بهدف استكمال هذا المضمون.[1]

1 – د. عاطف النقيب , مرجع سابق, ص 385.

2 – د. حسام الدين كامل الاهواني, حسام الدين كامل الاهواني, النظرية العامة للالتزام, الجزء الاول, مصادر الالتزام, الطبعة الثانية, بدون اسم مطبعة, 1995, ص 302.

ومن هنا يرجع القاضي في شأن استكمال ما لم يصرح به العقد ويدخل في مضمونه, وهو ما يعرف العقد(Integration du contract) إلى عدة موجهات حددها المشرع للقاضي, ليسترشد بها تحديد مضمون العقد, وهي طبيعة الالتزام, والقانون في أحكامه التكميلية والمفسرة, والعرف ويضاف إليه الشروط المألوفة, والعدالة[2], لإعمال سلطته التقديرية في ذلك .

حيث تؤدي العدالة –مع العوامل الاخرى– التي حددها المشرع للقاضي, دورا بارزا في تكميل ارادة المتعاقدين وتحديد مضمون العقد بالمسائل التفصيلية التي لم يتفق بشأنها المتعاقدان عند إبرام العقد, وإنما أرجئا الاتفاق عليها في وقت لا حق. وكذلك يستعان بها في تحديد مستلزمات العقد.

هذا و يتجاذب موضوع منح القاضي سلطة تكميل مضمون العقد نزعتان:

الاولى: نزعة شخصية, يتبناها المذهب الفردي, وتعتبر امتداد لمبدأ سلطان الإرادة, حيث ترى ان تكميل مضمون العقد موكول إلى إرادة المتعاقدين فقط, ولا يسمح لطرف اخر خارج العلاقة العقدية ان يتدخل في ذلك.

الثانية: نزعة موضوعية, تمثل انه يمكن لإرادة أخرى مختلفة عن إرادة المتعاقدين, سواء أكانت إرادة القاضي, ان تحدد مضمون العقد وفقا لضوابط وموجهات معينة يحددها المشرع[3].

و هذا التنازع في وجهات النظر حول تحديد مضمون العقد, أثار جدلا واسعا على صعيد فقه القانون المدني. فأنصار النزعة الشخصية, قد اعترضوا على منح القاضي سلطة تكميل مضمون العقد, على أساس أنها ستلزم المتعاقدين بما وراء السطور، وهي سلطة واسعة، بموجبها يمكن أن تزيد في التزامات المتعاقدين, وفي ذلك القاضي ببنود العقد، وفي ذلك مساس وإهدار لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[4], ويقررون بأن إعادة النظر في العقد هي مسألة من اختصاص المتعاقدين وحدهم، وأن القاضي لا يمكنه أن يتعدى مهمته و الدور المرسوم وهو الفصل في المنازعات طبقا للنصوص القانونية المحددة، وإنما تفسيرها بغية إنقاذ حكمها بين

---

1 – د. بلحاج العربي, نظرية العقد في القانون المدني الجزائري, (دراسة مقارنة), ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2015, ص 418 –419

2 – د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, الجزء الاول نظرية الالتزام بوجه عام, مصادر الالتزام, دار النشر للجامعات المصرية, 1952, ص 507

3 – خالد عبد حسين الحديثي, تكميل العقد, منشورات الحلبي الحقوقية, 2012, ص 40, 52. د. علي فيصل الصديقي, مرجع سابق, ص 43 , 219

4 – د. اسامة احمد بدر, تكميل العقد, دراسة في القانونين المصري والفرنسي, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 2011, ص 79

بينما يرى الفريق الآخر الذي يمثل أنصار النزعة الموضوعية , انه ليس هنالك ما يبرر سلب او تقييد سلطة القاضي في تكميل العقد ، لأن خطر سلبها او تقييدها أشد من خطر إطلاقها، حيث إن تقييدها يمنع القاضي من تحرى العدالة في معاملات الناس وتصرفاتهم , لذلك ذلك أن أصبح لزاما أن يتمتع القاضي بسلطة يتمكن من خلالها من تحقيق العدالة على هدى شعوره ووحي ضميره لحفظ التعادل في تصرفات الناس وتحقيق من عقودهم[1] .

ورغم هذا الجدل الذي لازال قائما لدى بعض الفقهاء والباحثين, إلا إن التشريعات المدنية المقارنة قد منحت القاضي سلطة تكميل مضمون العقد, ، وحددت له الموجهات او المعايير التي يسترشد بها في تحديد مضمون العقد, من بينها العدالة, كما سيأتي شرحها لاحقا.

وجدير بالذكر ان القاضي أثناء نظره موضوع العقد المختلف فيه, يمارس مهام اخرى الى جانب مهمة التكميل, بهدف الوصول إلى الحكم الذي يراه مناسبا, ومن بين أهم هذه المهام, هو عملية تفسير العقد, قد تتداخل او تختلط مع مهمة تكميله لدى البعض رغم تباينهما في بعض المسائل, حيث ان قيام القاضي بتفسير ر العقد يعد من اقرب العمليات القانونية لقيامه بتكميله, وكثيراً ما يتوصل القاضي إلى تكميل العقد او تعديله من خلال قيامه بمهمة التفسير.[2].

وتتمثل ابرز نقاط الاختلاف ما بين تفسير العقد وما بين تكميله, في ان التفسير هو عملية ذهنية يقوم بها القاضي لتوضيح ما غمض من بنود العقد وتحديد معالم هذه البنود داخل إطار العقد, مستهدفا الوصول إلى حقيقة الإرادة والنية المشتركة للمتعاقدين, وتساهم العدالة في الكشف عن تلك الإرادة الحقيقية المشتركة حال عدم وضوحها او عدم وضوح العبارة الدالة عليها, اما تكميل العقد فهو قيام القاضي بإضافة ما نقص من بنود العقد التفصيلية التي أرجأ الاتفاق عليها الى بعد إبرام العقد, وتحديد مستلزمات العقد, التي لم تذكر صراحة فيه[3], وتلعب العدالة دورا هاما في تكملة مضمون العقد, اي تكملة ارادة المتعاقدين باعتبارها إحدى الموجهات المهمة التي يستعين بها القاضي في ذلك.

ومع ان الرأي الراجح – في نظرنا– يذهب الى تمييز تفسير العقد عن تكملته, الا ان هنالك علاقة ترابط وتكامل بينهما ضمن الإطار العام للعقد, فالتفسير غالبا ما يوصلنا الى تكميل العقد او تعديله, كما ان

---

1 – د. سحر بكباشي, دور القضاء في تكميل العقد, منشأة المعارف,الإسكندرية , 2008, ص 17

2 – اشار الى هذا الاتجاه: خالد عبد حسين, مرجع سابق, ص 62, د.أسامة احمد بدر, مرجع سابق, ص 71, د. سحر بكباشي, مرجع سابق, 178

3 – خالد عبد حسين , المرجع نفسه, ص 62

يحتاج الى تفسير عبارات العقد لإكمال ما سكتت الإرادة عن ذكره, ولكن لكل واحد منهما نظامه الخاص به. فالغاية من التفسير هي الكشف عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين, اما الغاية من تكميل العقد هي تكملة إرادة المتعاقدين, بإضافة التزامات سكتت الإرادة عن ذكرها في العقد و إكمال مضمونه, وفي كلتا العمليتين يكون للعدالة دور بارز فيهما, اذ يمكن ان يسترشد بها القاضي في الكشف عن الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين, وأيضا في تكملة إرادة المتعاقدين في تحديد مضمون العقد, بالمسائل التفصيلية, والمستلزمات التي لم ترد في العقد.

وبناء على كل ما تقدم يمكن تعريف تكميل العقد بأنه:(استكمال ما لم يصرح به العقد, لتنظيمه وتحديد مضمونه, ولسد النقص او الفجوات التي اعترته, بالرجوع الى الموجهات العامة التي حددها المشرع, والتي مكملة لإرادة المتعاقدين)[1], او هو (قيام القاضي بإضافة التزامات الى مضمون العقد الأصلي على وفق التي وضعها المشرع)[2] .

المبحث الثاني:رجوع القاضي الى العدالة لتكميل مضمون العقد

بحث هذه المسالة يتطلب منا اولا ان نحدد مدى جواز رجوع القاضي واستناده الى العدالة في تكميل مضمون العقد, ومن ثم نتناول الاساس القانوني لرجوع القاضي الى العدالة في تكميل مضمون العقد, في مطلبين متتاليين:

المطلب الأول:مدى جواز رجوع القاضي واستناده إلى العدالة في تكميل مضمون العقد

تمثل العدالة قيمة عليا لها منزلة سامية، وهي تؤسس للنظام المثالي الذي يتمنى الجميع الوصول إليه. وتسمو على بقية الأنظمة والقواعد القانونية الاخرى.

وفي نطاق العلاقة العقدية تلعب العدالة أدوارا متعددة, و هامة في مختلف مراحل العقد وما يسبقه من مفاوضات، حيث يفترض أن المتعاقدان قد تعاقدا تحت سيادتها، وأنهما قد ابتعدا عن الوسائل غير المشروعة في التعاقد، وسلكا الطرق المشروعة و المألوفة الموصلة اليه، والذي يسلكه عادة الأسوياء من الناس الذين يتوفر لديهم حسن النية في التعامل و الإحساس بالعدالة ومراعاة مقتضياتها، وتجنب الإضرار بالآخرين, او الإثراء على حسابهم دون وجه حق.

---

1 – د. بلحاج العربي , مرجع سابق, ص 419

2 – خالد عبد حسين , مرجع سابق, ص 10

و قد اختلفت آراء الفقهاء, وتطبيقات القضاء بشأن سلطة القاضي في الرجوع إلى مبادئ العدالة في تكميل العقد, بين اتجاهين اثنين:

الاتجاه الأول : يقيد أنصار هذا الاتجاه من سلطة القاضي في تكميل و كذلك تفسير و تعديل العقد إلى قواعد العدالة, ولا يسمحون بالنيل من مبدا عدم المساس بالاتفاقات او ما يعرف بمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)، الذي كرسته المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي– قبل التعديل – والتي نصت على ان(الاتفاقات تقوم بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة الى من ابرمها , ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاهم او الأسباب التي يجيزها القانون)[1].

وقد تزعم هذا الاتجاه أنصار المدرسة التقليدية او ما عُرف بمدرسة الالتزام بحرفية النص , التي سادت الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر , والتي قدست تقنين نابليون وإرادة مشرعه , ولم تعترف بمصدر آخر للقانون سوى التشريع, ولم تعترف بمصادر القانون الاخرى مثل العرف والعدالة[2], حيث يتهيب هؤلاء من الاستناد إلى العدالة في الأحكام، ويرون أنه بعد صدور قانون نابليون لا توجد قواعد العدالة إلا في نصوص التشريع، حيث تسكن العدالة فيها.

ويعود سبب معارضتهم هذه ايضا, الى خشيتهم من تحكم القضاء في تفسير العقد والانحراف عن المعنى قصده المتعاقدان إلى معنا آخر, وهو موقف ينبع من تقديسهم كذلك لمبدأ سلطان الإرادة الذي كرسته 1134– قبل التعديل– السالفة الذكر, وإذا كان ولا بد من اللجوء إليها، فإنهم يستندون في تطبيقها إلى فكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين[3].

واستنادا على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يمكن لمحكمة الموضوع في كل الأحوال أن إرادة المتعاقدين متذرعة بتطبيق قواعد العدالة ، كما يجب على قاضي الموضوع أن يضع في اعتباره الوقت الزمان والظروف المحيطة بالعقد عند القضاء بتعديل البنود التي اتفق عليها المتعاقدان بإرادتهما الحرة, كما بأنه ليس مسموحا لقضاة الموضوع تعديل الاتفاق المشروع والمبرم بحجة العدالة أو أي سبب اخر[4] .

كما يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجب أن تقتصر رقابة محكمة النقض الفرنسية على مخالفة القانون دون مبادئ القانون الطبيعي و العدالة.

1 – القانون المدني الفرنسي بالعربية, طبعة دالوز 2009, الطبعة الثامنة بعد المئة , ص 1060.
2 – الأستاذ عبد الباقي البكري , الأستاذ زهير البشير , المدخل لدراسة القانون, مرجع سابق, ص 122
3 – عبد الحكم فودة, تفسير العقد,منشأة المعارف, الإسكندرية, 2002, ص 182
4 – اشارت اليه د. سحر البكباشي, مرجع سابق, ص 157

على أنه إذا كانت هنالك خشية من تحكم القاضي إذا استند إلى العدالة في تكميل العقود، فإن هذا الأمر قد دفع بعض المشرعين إلى وضع حدود وضوابط لما يقضي به القاضي استنادا الى العدالة، كما هو الحال في المادتين (724و 756) من القانون المدني السويسري، حيث يتحدد فيهما التعويض العادل بقيمة الشيء قيمة المحصول[1] .

الاتجاه الثاني: على عكس ما ذهب اليه الاتجاه السابق – يرى أنصار هذا الاتجاه جواز الاستعانة بمبادئ في تفسير وتكميل وتعديل العقد ، على اعتبار ان العدالة هي التي يجب أن تسود وتحكم علاقة المتعاقدين، المفترض أن يكونا قد ادخلاها في حسابها أو استلهماها عند التفاوض والتعاقد وتنفيذ العقد[2].

ويرى أنصار هذا الاتجاه ان مراعاة العدالة يحول دون ان يكون العقد مصدرا لظلم احد المتعاقدين, او على الأقل يمكن ان يخفف من المظالم التي قد تنشا عن الرابطة العقدية[3].

وفي هذا المعنى قال الفقيه بوتيه : (يجب ان تسود العدالة العقد , فحينما تضار المساواة , ويعطى احد المتعاقدين أكثر مما يأخذ يصبح العقد معيبا لانه خالف العدالة التي يجب ان تسوده)[4] .

ويضيف أنصار هذا الاتجاه الحديث , ان العدالة إذا لم تكن من القواعد التي نصت عليها القوانين, فإنه يمكن للقاضي أن يدخلها في حسابه عند تفسير العقد أو تحديد مضمونه, إذا لم يوفر له النص في العقد ولا النص التشريعي ولا في الأعراف, ما يتيح له أن يفسر العقد أو يحدد مضمونه على الوجه الذي يرتاح إليه قانونا وضميرا[5].

ورغم هذا الجدل الذي قام بين الاتجاهين السابقين, الا ان التشريعات المدنية المقارنة قد منحت القاضي سلطة تكميل مضمون العقد مستندة في ذلك الى موجهات محددة منها مقتضيات العدالة, ويظهر ذلك واضحا من خلال بعض نصوصها.

حيث أقرت مختلف التشريعات المدنية للقاضي صراحة ممارسة هذه السلطة، وحددت له الموجهات التي يسترشد بها في تحديد مضمون العقد ، فنجد المشرع الفرنسي نص على ذلك بموجب المادة : (1194)

1 – د.عبد الحكم فودة , مرجع سابق, ص 182

2 – د. عاطف النقيب , مرجع سابق, ص 387

3 – د. حسام الدين كامل الاهواني, مرجع سابق, ص 304.

4 – د.وليم سليمان قلادة, مرجع سابق, 279ص

5 – د. عاطف النقيب ,مرجع سابق, ص 387

قانون العقود الفرنسي الجديد: (لا تلزم العقود بما هو منصوص عليه فقط, بل ايضا بجميع ما يعتبر من وفقا للعدالة والعرف والقانون).

وكذلك اجاز القانون المدني المصري صراحة للقاضي تكميل مضمون العقد, وفقا لموجهات محددة من بينها العدالة , وذلك في موضعين , الأول في المادة (95) التي نصت على انه :(اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها, اعتبر العقد قد تم, و اذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فأن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

اما الموضع الثاني فنجده في نص المادة : (148) في فقرتها الثانية على أنه: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكنه أيضا يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

و على ذات النهج سار المشرع العراقي أيضا ، حيث نص على حالة تكميل مضمون العقد– وفقا لضوابط وموجهات حددها, من بينها مراعاة العدالة– ايضا في موضعين الأول نجده في نص الفقرة الثانية من المادة (86) منه , والتي جاء فيها :

(اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل, فيعتبر العقد قد تم، و اذا قام خلاف ع لى المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

والموضع الثاني نجده في نص الفقرة الثانية من المادة (150) من القانون المدني التي جاء فيها:

(ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

وتجد الاشارة الى ان القضاة قد لا يصرحون عند اصدار أحكامهم باستنادهم الى العدالة, ولكن يستشف ذلك من بين السطور, ولم يقتصر الأمر في بعض الأحيان على الحالات التي يخلو فيها الاتفاق من نص

لذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية تقبل إهدار الشرط الصريح في العقد، بمقولة أن نية الطرفين لم تتعلق به، والحقيقية أن المحكمة ترفض تطبيقه لما يترتب عليه من نتائج ظالمة، مستندة في ذلك إلي العدالة[1].

و حتى لا يتهم القاضي أيضا بالنكول عن القضاء – نجده يلجأ إلى مقتضيات العدالة، ليستلهم منها الحل النزاع, ودور القاضي عندئذ ليس الوقوف على ما يريده الطرفان فحسب, بل أيضا استعراض مجموعة القائمة في الدعوي، والتي تكشف عنها ظروف الواقع، ذلك ما تتجه إليه الإرادة الحقيقية للطرفين، للوقوف علي حقيقة النزاع، وإعطاء الحل الأكثر عدالة، والمتفق مع القانون والمنفعة المشتركة [2].

وتكميل مضمون العقد يعتبر من مسائل القانون , لا من مسائل الواقع, فإذا حدد القاضي مضمون العقد ، خضع في هذا التحديد لرقابة محكمة النقض او التمييز ، فتستطيع هذه المحكمة أن تعقب على حكمه, و أن تأخذ عليه انه أضاف التزامات لا يستلزمها العقد , ووجب عندها نقض الحكم[3].

وتطبيقا لذلك , جاء في حكم لمحكمة التمييز في العراق ما نصه : (ان قواعد العدالة تقتضي على المحكمة تتجاوز في تقدير قيمة الملك المستملك بدلات ما جاوره من املاك, وليس بينها اي تفاضل او امتياز)[4].

المطلب الثاني:الأساس القانوني لرجوع القاضي إلى العدالة في تكميل مضمون العقد

اذا كان التوجه الحديث لعموم الفقهاء, وأحكام القضاء المقارن قد سار على نهج منح القاضي سلطة تكميل مضمون العقد وفقا لضوابط وموجهات محددة سنتناولها لاحقا, إلا ان هنالك اختلافا آخر قد نشأ بين الفقهاء حول أساس سلطة رجوع القاضي الى العدالة عند تكميل العقد, هل يكون بالاستناد الى القواعد العامة المقررة في القوانين المدنية, ام يتطلب الأمر نصا خاصا يستند اليه القاضي في ذلك, وقد انقسمت آراء الفقه, حول هذا الموضوع على اتجاهين اثنين :

الإتجاه الأول : كفاية القواعد العامة في تكميل مضمون العقد

---

1 – د.عبد الحكم فودة, مرجع سابق, ص 183

2 – د. أسامة احمد بدر, مرجع سابق, ص 84–86, د. عاطف النقيب, مرجع سابق, ص 387

3 – د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, الجزاء الاول,مرجع سابق, ص 510, د. فتحي عبد الرحيم عبد الله, شرح النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, منشأة المعارف الإسكندرية, 2001, ص 324, المحامي , فوزي كاظم المياحي, القانون المدني العراقي فقها وقضاء , الجزء الثالث, نظرية العقد , القسم الثاني, مطبعة السيماء, بغداد , 2018, ص 301 , د. بلحاج العربي ص 421.

4 – حكم محكمة التمييز رقم 972 ج/ 67 في 1968/4/20, منشور في مجلة القضاء العراقية, العدد الرابع, السنة الثالثة والعشرون,1965 , ص 126.

يرى أنصار هذا الاتجاه, ان الأحكام التي تقررها القواعد العامة في القانون المدني, تكفي لوحدها , كي يستند إليها القاضي في رجوعه إلى العدالة لتكملة العقد.

وعلى هذا الأساس , يرى البعض أن المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي, التي جاء فيها ان القاضي الذي يمتنع عن الحكم بذريعة نقص القانون او غموضه او عدم كفايته, يمكن ملاحقته لارتكابه امتناعا عن إحقاق الحق , تبرر إمكانية أن يحكم القاضي طبقا للعدالة , و ان هذه المادة تشكل الأساس للسلطة الحاكمة الممنوحة استثناء القاضي في تكملة العقد .

الإتجاه الثاني : وجوب الاستناد الى نص خاص في تكميل مضمون العقد

يرى ان استناد القاضي الى العدالة في تفسير العقد وتكميله وتعديله يجب ان يستند الى نص او ترخيص من المشرع ولا تكفي فيها الإجازة العامة الواردة في المادة 4 من التقنين المدني وهذا يعني أن اللجوء إلى العدالة ، سواء من أجل التفسير أو من أجل التكملة او التعديل ، يحتاج إلى وجود تصريح تشريعي سابق للقاضي التدخل في حالة واقعية معينة استنادا إلى مبدأ العدالة[1].

ولكن إذا كان ما تقدم هو الوضع في القانون الفرنسي، فإن التساؤل الذي يثور هو , هل تكفي الإجازة العامة في القانون المدني المصري والقانون المدني العرقي أم يلزم وجود نص خاص يسمح للقاضي الاستناد الى العدالة عند تفسير العقد ؟

بعبارة أخرى هل يكفي نص المادة الثانية من القانون المدني المصري, الذي يكرس مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة, او قواعد العدالة حسب تعبير المشرع العراقي, كمصدر للقانون؟

يمكن القول هنا بأن نص المادة الثانية من القانون المدني المصري والعراقي يكفي, نظرا لأن هذين يعتبران قواعد العدالة مصدرا عاما للقانون, ويسريان على جميع المسائل المدنية التي يتناولانها, أما المادة من التقنين المدني الفرنسي فلا يكفي الاستناد عليها في الرجوع الى قواعد العدالة, لأنها تقتصر على تحميل القاضي التزام الفصل في القضية المعروضة وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، ومن ثم لا تعتبر مبادئ مصادرا عاما للقانون في النظام القانوني الفرنسي[2].

1 – اشار الى هذي الاتجاهين, د اسامة احمد بدر, مرجع سابق, ص 69–74 د. سحر بكباشي , مرجع سابق, ص 156, عابد فايد عبد الفتاح, العدالة في القانون, بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية, العدد السادس والعشرون, 2012, ص 235

2 – عابد فايد عبد الفتاح, مرجع سابق, ص 37.

ولكن مع ذلك, فانه يمكن الاستناد الى نصوص قانونية, في رجوع القاضي الى العدالة لتكميل مضمون العقد , والتي نصت صراحة على منح القاضي هذه السلطة ، وحددت له الموجهات التي يسترشد بها في تحديد مضمون العقد ، كما في المادة : (1194) من قانون العقود الفرنسي الجديد, و المادة : (148 /2) من القانون المدني المصري, و المادتين (2/150) و (86) من القانون المدني العراقي و التي اشرنا اليها سابقا, وسنتناول أحكامها لاحقا.

المبحث الثالث:دور العدالة في تحديد مضمون العقد

بينا سابقا ان مضمون العقد لا يقتصر على الالتزامات التي ذكرت فيه صراحة, بل يتناول أيضا مسائل تفصيلية لم تذكر فيه, وكل ما يعتبر من مستلزماته.

والأصل أن يتم تحديد مضمون العقد بالرجوع الى إرادة المتعاقدين, فإذا فشلت تلك الإرادة في ذلك, او لم يحصل اتفاق أطراف العقد بشأنها, هنا يأتي دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين, اذ منحه المشرع صلاحية تكميل مضمون العقد, مسترشدا بعدة موجهات حددها له، من بينها قواعد العدالة. حيث تؤدي العدالة أدوارا متعددة على نطاق العقود المدنية, ومن بين هذه الأدوار المهمة, مساهمتها في تكملة مضمون العقد اي تكملة ارادة المتعاقدين, بالمسائل التفصيلية والمستلزمات التي غفلت إرادة المتعاقدين عن النص عليها عند ابرام العقد.
و سوف نتناول في هذا المبحث, صورتين من صور تكميل مضمون العقد التي عالجتها النصوص القانونية في قانوننا المدني وبعض القوانين الأخرى المقارنة, كالقانون المصري, وهي تكميل مضمون العقد بالمسائل التفصيلية, وتكميله بما يعد من مستلزماته , وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول:دور العدالة في تكميل مضمون العقد بالمسائل التفصيلية

عند إبرام العقد, قد يتفق المتعاقدان فورا على جميع المسائل دون تأجيل بعضها الى المستقبل , وقد يحصل ان يتفق المتعاقدان على بعض هذه المسائل، ويرتضيان إرجاء اتفاقهما على بعضها الآخر، إلى وقت لاحق، على أمل منهما في وصولهما إلى الاتفاق بشأنها مستقبلاً .

فأذا لم يتوصل الطرفان الى اتفاق بشأنها لاحقا وحصل نزاع بينهما , ورفع النزاع الى القاضي حول هذه المسائل التفصيلية , هنا نكون امام صورة من الصور التي تتطلب تكميل العقد , وفيها يرجع القاضي في شأن استكمال ما لم يصرح به العقد ويدخل في مضمونه, إلى عدة موجهات حددها له المشرع, ليسترشد بها في

تحديد مضمون العقد, وهي طبيعة الالتزام, والقانون في أحكامه التكميلية والمفسرة, والعرف ويضاف إليه الشروط المألوفة, إضافة الى العدالة[1], لإعمال سلطته التقديرية في ذلك.

ولفهم هذا الدور الذي تلعبه العدالة في تكميل إرادة المتعاقدين وتحديد مضمون العقد بصورة واضحة جلية والإحاطة بمتعلقات الموضوع قدر الإمكان, لابد لنا بداية من ان نحدد مدى كفاية الاتفاق على المسائل الجوهرية لانعقاد العقد , ثم نوضح المقصود بالمسائل التفصيلية التي يكون للعدالة دور في تحديدها, و ما هو معيار التفرقة بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية, وهل للإرادة في تحديد هذه المسائل, لنصل بعدها إلى دور العدالة في تكميل مضمون العقد بالمسائل التفصيلية.

و سنوزع دراستنا لهذا المطلب على ثلاثة فروع, نتناول في الأول مدى كفاية الاتفاق على المسائل الجوهرية لانعقاد العقد, ومن ثم نوضح في الفرع الثاني مفهوم المسائل التفصيلية, ونبين في الفرع الثالث, دور العدالة في تكميل مضمون العقد بالمسائل التفصيلية.

الفرع الأول:مدى كفاية الاتفاق على المسائل الجوهرية لانعقاد العقد

معلوم ان العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين, بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في عليه, و إذا كان العقد ينعقد باتصال القبول بعلم الموجب2، فإن التساؤلات تثار حول ما إذا كان يكفي لانعقاد العقد تلاقي الإيجاب والقبول على المسائل الجوهرية أم يجب أن يمتد ذلك الى كافة المسائل فهل يؤدي الاتفاق على المسائل الجوهرية الى تمام انعقاد العقد ؟ أم يعتبر ذلك مرحلة في التفاوض لم يتم العقد، إلا بعد امتداد الاتفاق إلى المسائل الثانوية؟

في الواقع أن الاجابة عن هذه التساؤلات يتنازعه رأيان :

الرأي الاول, يقرر بأن العقد لا ينعقد إلا إذا تم الاتفاق على جميع المسائل, من ضمنها المسائل المعلقة أي المؤجلة .

اما الرأي الثاني, فيقرر انعقاد العقد فورا، على شرط أن يكون الاتفاق قد ورد على كل المسائل الجوهرية فيه، ولم يؤجل إلا الاتفاق على ما هو ثانوي منها.

---

[1] – د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, الجزء الاول نظرية الالتزام بوجه عام, مصادر الالتزام, دار النشر للجامعات المصرية, 1952, ص 507

2 – د. عبد المجيد الحكيم, الاستاذ عبد الباقي البكري, الاستاذ زهير البشير, مرجع سابق, ص 35

وقد اعتمد القانون المدني المصري الحل الثاني في المادة 95 منه, وسارت على خطاه أغلب القوانين العربية التي استوحته، كالقانون المدني العراقي (في المادة 86)، والقانون المدني السوري في (المادة 96

حيث نصت المادة (95) من القانون المدني المصري على أنه :

(اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها , اعتبر العقد قد تم , واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فأن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

اما عن موقف المشرع العراقي , فقد نص في المادة 86 من القانون المدني على :

1(– يطابق القبول الإيجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها, اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت الاتفاق بالكتابة[2].

2 – و اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل, فيعتبر العقد قد تم، و اذا قام

---

1 – المادة 96 من القانون المدني السوري رقم 43 لسنة 1976 (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على ا لمسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

2 – ويظهر من خلال نص الفقرة الاولى 86 من القانون المدني العراقي, ان العقد ينعقد اذا تم الاتفاق بين الطرفين على (جميع) المسائل الجوهرية التي تم التفاوض بشأنها , اما الاتفاق على (بعض) المسائل الجوهرية لا يكفي لانعقاد العقد, ولالتزام الطرفين حتى لو تمت صياغتها كتابة, فتظل مرحلة ما قبل التعاقد قائمة حتى تمام الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية.

ونرى ان نص هذه الفقرة, يحتاج الى إعادة صياغة , او يصار الى حذفها والاكتفاء فقط بالفقرة الثانية من هذه المادة ,كما فعل المشرع المصري في المادة 95, والتي استوحى منها المشرع العراقي هذا النص , وكما فعلت بعض التشريعات المدنية مثل القانون المدني الكويتي في المادة 52 منه,. ذلك لانها تثير بعض اللبس , فماذا كان قصد المشرع العراقي باعتبار الاتفاق غير ملزم او (لا يكفي لالتزام الطرفين) على حد تعبيره ؟ هل اعتبره عقدا موقوفا على الاتفاق اللاحق على بقية المسائل؟ ام ماذا ؟ ناهيك عما يترتب على كل حالة من اثار قانونية وتفسيرات نحن في غنى عنها. اضافة الى ذلك ان الفقرة الثانية من هذه المادة قد تضمنت ما يريده المشرع من وجوب اتفاق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية لابرام العقد.

لذا نقترح اعتماد صياغة نص المادة (52) من القانون المدني الكويتي , عوضا عن نص المادة 86 من القانون المدني العراقي بفقرتيه الاولى والثانية , لانها ادق فيكون النص كالاتي :

إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعلقا أمورا ثانوية، على أمل اتفاقهما عليها مستقبلا، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد، ما لم يظهر أن إرادتهما المشتركة قد انصرفت إلى غير ذلك.

وإذا لم يصل المتعاقدان إلى الإتفاق في شأن ما علقاه من الأمور الثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة.

خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام والعرف والعدالة).

ونستشف من نصوص هذه المواد أن العقد يتم عند الاتفاق على المسائل الجوهرية فيه بتوافر أركانه واستكمال شروطه الأساسية، و ان عدم تضمن الاتفاق لمسائل ثانوية لا يحول –من حيث المبدأ– دون انعقاد العقد , ما لم يشترط المتعاقدان أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها, ويمكن تعليق الاتفاق على ما هو تفصيلي او ثانوي إلى وقت لاحق،. أما في الحالة التي لا يصل فيها الطرفان الي اتفاق حول المسائل الثانوية المرجأة , يتقرر إبقاء العقد، وتخويل القاضي سلطة حسم الخلاف بشأنها، على هدي من طبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة.

الفرع الثاني:مفهوم المسائل التفصيلية

نظرا لدقة التمييز في بعض الأحوال بين المسائل الجوهرية وبين المسائل التفصيلية او الثانوية ، لذا فقد طرح الفقه عدة آراء في التمييز بينها :

فذهب رأي إلى ترك تقدير ذلك للقاضي, فهو الذي يفصل في كل حالة فيما اذا كانت المسألة المرجأة في عداد المسائل الجوهرية أو التفصيلية , في حين ذهب رأي ثانيا إلى عدم ترك ذلك لتقدير القاضي, تفاديا لاحتمال تحكمه ، و يرى ضرورة وضع التشريع لعدة ضوابط واضحة , لتحديد ما يعتبر جوهريا او ثانويا من مسائل في العقد[1].

وتبنى رأيا ثالثا معيارا شخصيا, وقرر بأن نية المتعاقدين المؤكدة هي معيار التفرقة بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية , فالمسالة تعتبر جوهرية إذا كان الطرفان يمتنعان عن إبرام العقد لو لم يذكر حكمها في العقد. فالمرجع إذن هو نية الطرفين ولهما مطلق الحرية في ان يعتبر مسالة جوهرية او تفصيلية[2].

و اقترح رأي رابع أن يتم تحديد المسائل الجوهرية بمعيار موضوعي وشخصي معا, فيقصد بالعناصر للعقد مسالتين, أولهما العناصر الفنية للازمة لإيجاد العقد وصحته , وهي ما اتفق الفقهاء عل تسميتها باركان العقد وشرائطها, والثانية ما يطرحه احد المتعاقدين او كلاهما أثناء ابرام العقد من شروط يجب ان تكون اتفاق و الا كان العقد باطلا[3].

1 – د. حسام الدين الاهواني, مرجع سابق, ص 107–108

2 – د. وليم قلادة , مرجع سابق, ص 347

3 – د. خالد عبد حسين الحديثي, مرجع سابق, ص 17, حسام الدين الاهواني, المرجع نفسه, ص 108

اما عن موقف القضاء من هذا الموضوع, فانه وفقا لما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية, ان المقصود بالمسائل الجوهرية في العقد , هي أركان العقد وشروطه الأساسية, والتي ما كان ليتم العقد بدونها , فمثلا كان العقد بيعا , فيجب تعيين المبيع, و ان يكون قابلا للتعيين , و ان يتم تحديد الثمن او تحديد الأسس يمكن بمقتضاها تحديده, وكذلك جميع شروط البيع التي يرى الطرفان الاتفاق عليها. وان كان مقايضة ان يتفقا على الشيئين اللذين يقع فيهما المقايضة[1] .

و في حكم لها, رفضت محكمة النقض المصرية انعقاد العقد في حالة عدم الاتفاق على ركن من أركان اذ قد نقضت الحكم الذي يقام على أن بيعا قد تم بين طرفي الخصومة دون أن يعنى بإثبات توافر جميع البيع من رضا و مبيع وثمن، فاذا اكتفى الحكم بإثبات توافر الركنين الأولين وأغفل الركن الأخير بمقولة أن خارج عن نطاق الدعوى كان قضاؤه مخالفا للقانون)[2].

أما خارج إطار أركان العقد فأن المسائل الجوهرية تمتد لتشمل وسائل التي تكون جوهرية بالنظر الى طبيعة وظروف العقد والتعاقد. فطريقة الوفاء بالثمن قد تكون مسألة جوهرية بالنظر إلى طبيعة المعاملة، ففي مجال عقود المقاولات يمكن القول بأن الاتفاق على مقدم الثمن وطريقة الوفاء مقابل ما يتم من أعمال وشروط التحقق من مطابقتها لما تم الاتفاق عليه تعتبر من المسائل الجوهرية[3].

وهنا يبرز تساؤل هام , عن دور الإرادة في تحديد مدى جوهرية أو ثانوية المسألة ؟

من الأمور التي تثير صعوبة خاصة, هو دور الإرادة في تحديد مدى جوهرية أو ثانوية المسألة. فإذا كانت المسألة من المسائل الثانوية في العقد بحسب المعيار الموضوعي, أي لا تتعلق بأركانه وشروطه الاساسية, فهل من شأن الإرادة أن تجعل من هذه المسألة, مسألة جوهرية؟ هل هي الارادة المشتركة للمتعاقدين ام الإرادة الفردية لأحدهما.

يذهب رأي فقهي وتؤيده بعض التشريعات المدنية[4], الى أن المعيار الشخصي الذي بموجبه تتحدد المسائل الجوهرية هو الإرادة المشتركة للمتعاقدين, ولا يصح الركون الى الإرادة الفردية لأحدهما، ذلك أن انعقاد

---

1 –– د. فتحي عبد الرحيم عبد الله مرجع سابق, ص 88

2 – د. حسام الدين الاهواني, مرجع سابق, ص 108

3 – د. بلحاج العربي , مرجع سابق, ص 129, د.حسام الدين الاهواني, المرجع نفسه, ص 111

4 –كالقانون المدني الكويتي الذي نص في المادة 52 منه على :

1– إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعلقا أمورا ثانوية، على أمل اتفاقهما عليها مستقبلا، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد، ما لم يظهر أن إرادتهما المشتركة قد انصرفت إلى غير ذلك. 2– وإذا لم يصل المتعاقدان إلى الإتفاق في شأن ما علقاه من الأمور الثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة.

في حالة الاتفاق على المسائل الجوهرية فقط لا يعدو أن يكون مجرد تفسير للإرادة المشتركة للمتعاقدين، لا يعمل به إلا عندما لا يتبين من خلال شروط العقد أو من الظروف التي صاحبته آن نية المتعاقدين قد انصرفت الى غيره . لذا يتحدد اعتبار المسألة جوهرية في ضوء الارادة المشتركة للمتعاقدين .

ويضيف أنصار هذا الرأي ان القاضي عندما يلجأ الى الظروف الخارجية – حسن النية والتعامل والعدالة– لا يكمل الإرادة بل يكمل التعبير الرئيسي الذي لم يتضمن سوى المسائل الجوهرية, ولهذا يلتجئ من اجل المسائل التفصيلية التي لم يتضمنها هذا التعبير الى الإرادة الباطنية للمتعاقدين التي تكشف عنها مختلف . وتنطبق على هذه المعايير جميعا – العرف والعدالة وحسن النية والأمانة والثقة – جميع الأحكام التي بخصوص رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في استخلاص ارادة الطرفين [1] .

وما ذهب اليه الاتجاه الثاني قد استقر في القانونين الألماني والسويسري باعتبار ان المسألة تصبح جوهرية اذا كان هناك ما يفيد أن أحد المتعاقدين لم يكن ليبرم العقد لو لم يتم الاتفاق بشأنها , ويكفي لاعتبار المسألة جوهرية أن تكون كذلك بالرجوع الى الإرادة الفردية لأحد الأطراف[2].

ولكن سرعان ما يتقارب الاتجاهان إذا أدخلنا الاتجاه الثاني حيز التطبيق, فإذا كان يكفي الاعتداد بإرادة أحد المتعاقدين لاعتبار المسألة جوهرية الا أن تلك الإرادة لا يجب أن تظل أمرا نفسيا بل لابد من إظهار ذلك بصورة أو أخرى للطرف الآخر، فالتعبير عن الإرادة لابد و أن يتصل الى علم الطرف الآخر لكي ينتج أثره القانوني بإعلام الطرف الآخر ان النية قد اتجهت الى اعتبار مسألة ما مسألة جوهرية.

ونحن بدورنا نؤيد الرأي القائل باعتماد المعيار الموضوعي والشخصي في تحديد جوهرية او ثانوية المسائل التي ترد في العقد, ونرى أنه يكفي لاعتبار مسألة ما مسألة جوهرية– وفقا لمعيار موضوعي– اذا كانت تتعلق باركان العقد او شروطه الأساسية التي تؤثر على انعقاده, او تؤثر في التوازن الاقتصادي بين طرفيه, او تفرغ الالتزام الأساسي للمدين مضمونه.

فقضى في الفقرة الأولى من المادة (52) من القانون المدني الكويتي بالانعقاد الفوري للعقد، إذا كان الاتفاق قد ورد بالفعل على المسائل الجوهرية فيه، و اقتصر الإرجاء على ما يعتبر منها ثانويا.

(بيد أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد تفسير للإرادة المشتركة للمتعاقدين. ومن ثم فلا يعمل به إلا عندما لا يستبين من شروط العقد أو من الظروف التي اكتنفته أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى غيره). المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي الجزء الاول.

1 – د. وليم قلادة , مرجع سابق, ص 352

2 – د. حسام كامل الاهواني, مرجع سابق, ص 110.

كذلك تعد المسألة جوهرية– وفقا لمعيار شخصي– اذا اتضح من مجموع الظروف أن أحد المتعاقدين لم ليبرم العقد بدون الموافقة على هذه المسألة, و يمكن أن يستخلص ذلك من مجموع ظروف وملابسات التي تحيط بكل من الطرفين. كما ان التعبير عن الإرادة صريحا كان أو ضمنيا لا يعتد به إلا إذا اتصل بعلم وجه إليه وهذه المسائل لابد من الاتفاق عليها بين المتعاقدين, وبخلاف ذلك فان العقد يكون باطلا[1].

وبناء على هذا الرأي , فإن المسائل التفصيلية او الثانوية تشمل كل ما لا يدخل ضمن المسائل الجوهرية وفق المعيارين الموضوعي والشخصي, اي التي لا تتعلق باركان العقد او شروطه الأساسية, ولا تتعلق باقتصاديات العقد ولا تؤثر في التوازن الاقتصادي بين طرفيه, و كل مسألة تمنع ابرام العقد اذا لم يتفق الطرفان عليها يستخلص القاضي ذلك من طبيعة الموضوع ومجموع ظروف وملابسات التعاقد التي تحيط بكل من الطرفين, وكذلك بالرجوع الى العدالة والعرف وما مبدأ يقتضيه حسن النية في التعامل, في تحديد ماذا كانت المسالة تعتبر جوهرية او ثانوية في العقد.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية (أنه إذا كانت هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق أحكام القوانين واللوائح فيما يعرض عليها من منازعات بين أصحاب الأعمال و بين العمال ، فإن لها إلى جانب هذا الأصل رخصة أجازها لها القانون، وهي أن تستند إلى العرف ومبادئ العدالة في إجابة بعض المطالب الخاصة و التي لا ترتكن إلى حقوق مقررة لهم في القانون)[2].

وهكذا نجد ان العوامل التي حددها المشرع, ومن ضمنها مقتضيات تحقيق العدالة بين أطراف العقد, يمكن ان يستعين بها القاضي ويكون لها دور مهم في حسم الخلاف بشان المسائل التفصيلية التي يفشل أطراف العلاقة العقدية في الاتفاق بشأنها مستقبلا .

و أيضا نرى إن للعدالة وبقية العوامل الأخرى دور في تقدير المسألة فيما اذا كانت جوهرية او تفصيلية في العقد.

1 – د. حسام الاهواني, المرجع نفسه, ص 111

2 – اشارت اليه د. سحر بكباشي, مرجع سابق, ص 37.

الفرع الثالث:دور العدالة في تكميل مضمون العقد بالمسائل التفصيلية

العدالة كما ذكرنا سابقا وسيلة مهمة من الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتكميل العقد فيما لم ينظمه المتعاقدان، والعدالة المقصود بها هنا هي العدالة المكملة لإرادة المتعاقدين عند عدم تنظيم المتعاقدين لأثار العقد في مسالة معينة، وكثير من الأمور التي تقضي بها العدالة نص عليه القانون بنصوص خاصة؛ من ذلك أن البائع ملزم بعدم التعرض للمشتري في العين المبيعة، ومن ذلك أيضا أن بائع المتجر يلتزم نحو المشتري ألا ينافسه منافسه ينتزع بما عملاء المتجر، وذلك بفتح متجر آخر قريب منه، وهذا الالتزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد، ولذلك نجد المشرع في كثير من الحالات يحيل القاضي إلى قواعد العدالة لتحديد نطاق إلتزام المتعاقد كما مر بنا.

والمشرع عندما أحال القاضي الى قواعد العدالة قصد في حقيقة الامر ان يجتهد القاضي برأيه ليحسم النزاع المنظور من قبله وفق ما يقتضيه الشعور بالإنصاف من تقرير العدالة بين أناس على ان يصدر القاضي في اجتهاده من اعتبارات موضوعية وليس عن اعتقاده الخاص, لا يحق له ان يؤسس حكمه على عقيدته ومثله و أفكاره الخاصة, وان يطبق ما كان يضعه هو من قواعد لو أوكل إليه أمر تشريعها[1].

و من هذا المنطلق أجاز المشرع العراقي للقاضي بموجب نص المادة (٨٦) الفقرة الثانية مدني عراقي أن يرجع إلى قواعد العدالة لتنظيم المسائل التفصيلية التي أغفلها المتعاقدان وتكملة نطاق العقد الذي يشوبه النقص, حيث نصت على :

(اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل, فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

وكما هو الحال في رجوع القاضي إلى قواعد العدالة باعتبارها مصدرا رسميا للقاعدة القانونية، فأنه أيضا عندما يرجع القاضي إلى قواعد العدالة كضابط يستعين به لتنظيم المسائل التفصيلية، يجب عليه أن لا ينظر العدالة على وفق مفهومه الخاص أو أنه يعمل فكرته الشخصية العدالة 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 المسالك المطابق الثقة المشروعة فيما بينهما. ومن هنا ذهب بعض الفقه إلى تخصيص

1 – سحر بكباشي, المرجع نفسه, ص 154

العام للعدالة بمعنى محدد هو العدالة ذات الطابع الفني وتعني العدالة بمعناها الفني هذا, التوسع في مضمون على وفق قواعد التجربة بحيث يسود التوازن والتناسب بين الأداءات المتقابلة على وفق معايير التجربة الفنية، وفقا للمثالية الشخصية القاضي، فالعدالة هنا هي العدالة المكملة لأثار العقد عند علم تنظيم المتعاقدان آثاره مسألة معينه[1].

وقد أدرك المشرع العراقي مدى سعة فكرة العدالة بمعناها العام لذا قيد هذا المعنى العام الفضفاض عن ربطه بطبيعة العقد، فالعدالة التي يلجأ إليها القاضي عند تنظيم المسائل الثانوية هي العدالة المنسجمة مع العقد[2].

فمن طبيعة عقد البيع مثلا ان يستلزم تسليم أصل الشيء المبيع بالإضافة الى جميع ملحقاته الضرورية وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعماله طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء, و لو لم تذكر الملحقات في العقد. فمن باع وجب عليه ان يسلم السجلات التي تبين ما عليه من ديون وما له من حقوق وما يتصل به من عملاء, ومن باع سيارة يعتبر قد انه باع معها جميع الأدوات الإضافية التي لا غني عنها في تسييرها [3].

ومن اجل إعمال أحكام المادة(86)من القانون المدني العراقي , والمادة (95) من القانون المدني المصري, ومثيلاتها في التشريعات المقارنة, في تكميل مضمون العقد , وبالتالي إعمال دور العدالة في تحديد المسائل التفصيلية التي اختلف فيها المتعاقدان , باعتبارها إحدى العوامل التي حددها المشرع للقاضي ليستهدي بها في هذا الصدد. لابد ان تتوفر ثلاث شروط مستوحاة من نصوص هذه المواد , وهي:

1 – وجوب اتفاق على المسائل الجوهرية عند انعقاد العقد .

2– الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد, ولم يشترطا ان العقد لايتم عند عدم الاتفاق عليها.

3– ان يحصل عدم الاتفاق لاحقا على المسائل التفصيلية.

ففي هذه الحالة وبتوفر شروطها يتدخل القاضي– عند رفع النزاع اليه– في تكميل إرادة المتعاقدين وتحديد مضمون العقد. فالقاضي يتولى الفصل في المسائل التفصيلية التي أرجئ الاتفاق عليها , فيما لم يتراض

[1] – خالد عبد حسين, مرجع سابق, 119

2 – د. سعد حسين الحلبوسي, دور القاضي في إكمال نطاق العقد, طبقا للمادة (86) مدني عراقي, بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية, العدد الأول, 2010, ص22.

3 – د. فتحي عبد الرحيم عبد الله, مرجع سابق, ص 322, د. بلحاج العربي, مرجع سابق, ص 129

بشأنها, مستهديا في ذلك بالموجهات التي حددتها المادة 86 ومدني عراقي و95 مدني مصري , طبقاً الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

العقد بالعديد من الالتزامات، مثل الالتزام بضمان السلامة الذي فرض على عاتق الناقل لمصلحة الراكب, والالتزام بعدم المنافسة الذي فرض على بائع المحل التجاري لمصلحة المشتري بأن لا ينافسه بما يؤدي إلى عملاء المتجر، والتزام العامل بعلم إفشاء الأسرار الصناعية الخاصة بالمصنع الذي يعمل فيه[1].

وهناك الكثير من الالتزامات التي كانت تستند إلى العدالة إلا أنها أصبحت الآن مقررة بنصوص تشريعية صريحة، ومن ذلك ما تقضي به المادة (535) مدني عراقي من أن البائع لا يلتزم فقط بنقل ملكية المبيع, ولكنه يلتزم أيضا بالامتناع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيل أو عسيرا، وكذلك ما قضت به المادة (1026) من القانون المدني العراقي, من إلزام الدائن بأن يسلم الكفيل الذي أستوفي حقه منه كافة المستندات اللازمة الرجوع هذا الكفيل بما وقاه على المدين الأصلي.

المطلب الثاني:دور العدالة في تحديد مستلزمات العقد

لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه من مسائل جوهرية وتفصيلية, بل يتناول أيضا ما يعتبر من مستلزماته, و يسترشد القاضي في تحديد هذه المستلزمات بعوامل حددها له المشرع , وهي طبيعة الموضوع او الالتزام والقانون والعرف والعدالة.

هذا الحكم نصت عليه كثيرمن التشريعات المدنية منها, القانون المدني الفرنسي – قبل التعديل – في المادة 1135 منه بقولها: (تلزم الاتفاقيات ليس فقط بما هو معبر عنه , بل ايضا بجميع النتائج التي يقرها الانصاف او العرف او القانون للالتزام بحسب طبيعته)[2], وهو موقف اكده ايضا المشرع الفرنسي في الخاص بتعديل قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016, وحرص على تطبيقه ضمن سياق توجهه في تحقيق العدالة العقدية في كافة مراحل العقد حيث نصت المادة 1194 من هذا المرسوم بقولها: (لا تلزم بما هو منصوص عليها فقط, بل أيضا بجميع ما يعتبر من توابعها وفقا للعدالة والعرف والقانون)[3] .

1 – د. أسامة احمد بدر, مرجع سابق, ص 72

2 – القانون المدني الفرنسي باللغة العربية, طبعة دالوز 2009, مرجع سابق,ص 1027

3 – وتجدر الإشارة ان مرسوم تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016 , جاء بفكرة مضمون العقد كبديل عن فكرة السبب والمحل, و الواقع ان المشرع الفرنسي في هذا المرسوم, ان كان قد تخلي عن المحل والسبب مصطلحا , فانه فانه قد احتفظ بهما مضمونا ووظيفة , بمعنى انه كان تجديدا شكليا اكثر مما هوحقيقي وهو ما يمكن تبينه من خلال التمعن ببعض المواد التي جاء بها المرسوم

كذلك نص على هذا الحكم القانون المدني المصري في المادة 148بفقرتها الثانية بقولها :

(لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه , ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته, وفقا للقانون والعرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام).

و قد سار على نفس الطريق القانون المدني العراقي, اذ نص على الحكم المتقدم في المادة (150) بفقرتها الثانية, والمتعلقة بتحديد مستلزمات ومضمون العقد , والتي جاء فيها :

1 – يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

2 – ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

وجدير بالذكر ان التكملة بهذا المعنى العام الذي أشارت إليه هذه المواد, لا يختلط بالتكملة التي تتم بناء على نص خاص (بتكملة مسائل العقد التفصيلي) , كما في المادة (86) من القانون المدني العراقي, والمادة (95) من القانون المدني المصري التي تكلمنا عنها في المطلب السابق , اذ ان التكملة في تلك الصورة تكون في حالة الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية عند إبرام العقد ثم عدم الاتفاق عليها لاحقا, فيأتي القاضي هناك ليمارس دوره في تكميل ارادة المتعاقدين ومضمون العقد, كما ان المشرع– كما رأينا– في تلك الصورة قد فرق بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية, و قصر دور القاضي على تحديد المسائل التفصيلية دون الجوهرية التي لا ينعقد العقد بدونها.

اما تكملة ارادة المتعاقدين ومضمون العقد في هذه الصورة, فيتعلق بالتوسعة في مضمون العقد وتحديد مستلزمات او التزامات لم يرد ذكرها ابدا في العقد ولم يتم تنازلها في مرحلة التفاوض, ولم يتم الاتفاق بين المتعاقدين ابتداءا على تاجيل الاتفاق عليها مستقبلا, لكنها تعتبر من مستلزمات العقد, وتكون ملزمة للمتعاقدين, كما ان المسائل التفصيلية, لا تعتبر في الاصل من مستلزمات العقد او تكون ملزمة للمتعاقدين , الا اذا اعتبرها القانون او الاتفاق ذلك, او تبين من ظروف التعاقد ان العقد ما كان لينعقد او ينفذ او يستمر بدونها. اما مفهوم المستلزمات , فينصرف مفهومها الى ما هو جوهري في العقد وملزم للمتعاقدين.

الجديد , مثل المادة 1162 والمادة 1163. فقد اعاد المشرع تنظيم احكام المحل والسبب دون تسميتها مع الاخذ بنظر الاعتبار مالحقهما من تطور قضائي., لذا قال بعض الفقه – بحق– في هذا الصدد , انه منطقيا من الصعوبة تجاوز (المحل والسبب) في العقد, وان تعديل 2016 لم يفلح في استبعادهما, فقد (خرجا من الباب ليعودا من النافذة).

د. محمد حسن قاسم , القانون المدني – مصادر الالتزام – العقد , مرجع سابق, ص 350–351

ومهمة القاضي في كلتا الحالتين او الصورتين يطلق عليهما الفقه الحديث بتكميل او استكمال مضمون كما ان العناصر التي حددها المشرع للقاضي في كلتا الصورتين ليستعين بها في تكميل ارادة المتعاقدين و مضمون العقد بالمسائل التفصيلية وكل ما يعتبر من مستلزماته ,هي ذاتها و من طبيعة واحدة , تتمثل بطبيعة الموضوع او الالتزام , والقانون والعرف والعدالة) [1].

كما ينبغي التذكير الى ان التكميل الذي نعنيه هنا , هو التكميل الذي يمارسه القاضي , ولا نعني به التكميل الاتفاقي للعقد, الذي يتم باتفاق المتعاقدين , فمعلوم ان المتعاقدين يستطيعان تكملة المسائل الثانونية التي ارجئا الاتفاق عليها عند ابرام العقد الى وقت لاحق. كما لا نعني بالتكميل هنا, التكميل القانوني للعقد الذي يجريه المشرع , بتكملة شرط العقد , بإضافة بعض الشروط إليه عند سكوتهما عن تنظيم صريح مخالف , مثال ما أشار إليه المشرع من ان تسليم المبيع يكون على نفقة البائع , والتزام البائع بالضمان, وحق المستأجر في التأجير من الباطن او التنازل عن الإيجار عند عدم النص على خلاف ذلك .

و ان كان هذا التكميل القانوني يعد تدخلا في عمل القاضي , إلا إن فائدته تجب ذلك, فهي تسعف غالبية الأفراد غير الملمين بالقانون على انجاز معاملاتهم, كما انه يؤدي الى تسهيل المعاملات الأكثر شيوعا في الاقتصادية . بالإضافة إلى انه يخفف من عدد القضايا التي كان من الممكن أن تزدحم بها المحاكم في حالة وجوده[2].

ويشوب عبارة (مستلزمات العقد), التي يلتزم بها المتعاقد, حتى و ان لم ترد في العقد, بعض الغموض وتختلف فيها الرؤى حول مدلولها القانوني.

الامر الذي يحتم علينا بداية ان نتناول هذه المواضيع ونستعرض اهم الاراء التي تناولتها, محاولين رفع اللبس و ازالة الغموض عنها, والوصول الى مفهوم محدد وواضح قدر الامكان لمصطلح (مستلزمات العقد), ثم نتناول بعدها دور العدالة في تكميل مضمون العقد بهذه المستلزمات, باعتبارها احد الموجهات الاساسية التي حددها المشرع للقاضي في تحديد هذه المستلزمات التي لم ترد في العقد, ثم نبين مدى التزام القاضي بالترتيب اذي حددته التشريعات المدنية للموجهات او المعايير التي يستند اليها في تكميل مضمون العقد من بينها العدالة, وذلك في الفروع الثلاث التالية:

1 – د. حسام كامل الاهواني, مرجع سابق, ص 302

2 – عبد الحكم فودة , مرجع سابق, ص163–164.

الفرع الأول:مفهوم مستلزمات العقد

ذكرنا ان الاتجاه السائد في التشريعات المدنية, نص على أن العقد لا يقتصر فقط على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه , بل يلزمهم أيضا بكل ما هو من مستلزماته.

وفي الواقع أن كلمة مستلزمات في حد ذاتها, هي كلمة غامضة لا تفيد او تعطي مدلولا قانونيا محددا .

لذا طرحت في سبيل توضيحها عدة آراء فقهية:

فقد استند رأي في توضيح مفهومها , الى الرجوع لبعض أحكام الفقه الإسلامي التي ميزت بين حكم العقد وحقوقه, و(حكم العقد) حسب منظورهم يتمثل بالأثر الأصلي للعقد , مبينين ان لكل عقد جوهر وذاتية خاصة تميزه عن غيره من العقود, فعقد البيع يتمثل اثره الأصلي في نقل ملكية الشيء , وعقد الإيجار اثره الأصلي يتمثل في نقل ملكية المنفعة ,وعقد النقل يتمثل اثره الأصلي في نقل شخص او شيء من مكان الى اخر[1] .

اما (حقوق العقد) فيقصدون بها تلك الالتزامات التبعية التي تؤكد الأثر الأصلي للعقد او تحفظه او تكمله. فهي أحكام تلازم العقد وتترتب عليه ولو لم يتفق عليها , لان جوهر العقد وأثره الأصلي لا يتحقق الا بها. ويساوي أنصار هذا الاتجاه بين مستلزمات العقد وبين حقوق العقد , ويرون ان هذه المستلزمات عبارة عن مجموعة الالتزامات التبعية التي تلازم العقد, و تترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحا , بصرف النظر عن اتجاه إرادة المتعاقدين إليها[2].

ويخلط جانب من الفقه بين مستلزمات العقد وبين الملحقات, وهو بصدد توضيحه لمفهوم مستلزمات العقد ويورد أمثلة على ذلك انه من باع عينا, يعتبر انه باع بالإضافة الى أصل العين, ملحقاتها الضرورية وكل ما بصفة دائمة لاستعمالها طبقا لما تقضي بها طبيعة الأشياء, ومن باع متجرا وجب عليه ان يسلم المشتري السجلات التي تبين ما للمتجر من حقوق وما عليه من التزامات وديون تجاه العملاء .[3]

---

1 – أشار الى هذا الرأي: د. سلام عبد الله الفتلاوي, إكمال العقد,المؤسسة الحديثة للكتاب, الطبعة الاولى , لبنان , 2012, ص 86.

2 – د. سلام عبد الله الفتلاوي, إكمال العقد, المرجع نفسه, ص 87, خالد عبد حسين, مرجع سابق, ص 132

3 – د. عبد الرزاق السنهوري, مصادر الحق,دراسة مقارنة بالفقه الغربي, الجزء السادس,اثر العقد بالنسبة الى الموضوع– زوال العقد , الطبعة الثانية منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت– لبان, 1998, ص 15, د. حسام كامل الأهواني, مرجع سابق, ص 303,د. أسامة احمد بدر, مرجع سابق, ص 45

في حين يميز آخرون بين مستلزمات العقد وبين الملحقات , فيرى ان مستلزمات العقد, هي التزامات مرتبطة بالعقد لازمة الدخول فيه وفي نطاقه ومضمونه , بخلاف الملحقات التي ترتبط بمحل العقد او الشيء الذي يرد عليه العقد .

ويقرر هذا الاتجاه ان مصطلح مستلزمات العقد ليس الا صفة تلك الالتزامات المستحدثة التي تضاف الى و ان هذه المستلزمات لا تعد قاعدة او أساس يبنى عليه التزام جديد بل المستلزمات ذاتها تمثل التزاما جديد يضاف الى العقد[1].

و نحن وان كنا نتفق مع ما ذهب إليه الرأي الأخير في التمييز بين مستلزمات العقد وبين ملحقات الشيء, على اعتبار ان الاُولى ترتبط بالتزامات العقد , والثانية ترتبط بمحله او بالشيء الذي يرد عليه العقد. الا أننا لا نتفق معه في إخراج الملحقات من نظام تكميل العقد, ذلك لان الملحقات تتعلق بالمحل, والمحل ركن من أركان كل عقد, وبدونه كان العقد باطلا.

كما لا نتفق مع ما يذهب اليه بأن مستلزمات العقد تقتصر على الالتزامات الجديدة او المستحدثة التي تضاف الى العقد . ونرى – متفقين في ذلك مع ما يذهب اليه الفقه الإسلامي, بأن المستلزمات تشمل كل ما يتصل بالعقد من التزامات تلازمه منذ ابرامه, وتترتب عليه ولو لم يتفق عليها الاطراف, و كل ما يتصل بجوهر العقد وغايته واركانه واثاره التي لا يتحقق الا بها.مبتعدين في ذلك عن الجدل الفقهي حول تحديد المفهوم القانوني لمصطلح المستلزمات, وما يثيره من اختلاف الرؤى بينهم, وما يثيره من اشكالات تتعلق باختلاطه بمفاهيم اخرى خاصة مع مفهوم الملحقات.

و نعتقد ايضا بأن المشرع عند وضعه لمصطلح مستلزمات العقد, كان قاصدا إيراده بهذه الصيغة, كمصطلح مرونة, وليس له مدلول قانوني محدد , وذلك لكي يضفي مرونة على النص و يترك سلطة ومساحة تقديرية للقاضي, ليدخل في مضمون العقد – الى جانب الالتزامات التي يجيء بها عاقداه وتلك التي يشترطها ما يعتبر من توابع العقد ومستلزماته وفقا لما تمليه العدالة مع مراعاة طبيعة العقد والالتزام, وبالنظر إلى الهدف المقصود منه, وما يقتضيه التعامل من حسن نية وأمانة ونزاهة[2]. لهذا فقد سارع المشرع و أحال الى عدة مصادر تتحدد في ضوئها تلك المستلزمات بالنسبة لكل عقد ولكل طائفة من العقود بصفة عامة .

---

1 – د. علي فيصل الصديقي, مرجع سابق, ص 275.

2 – وفي معنى قريب , ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي (تحت تأثير تغلغل فكرة العدالة في ثنايا عصرنا , على شيء معقول من التوسعة في مضمون العقد الى جانب الأحكام التي يجيء بها عاقداه وتلك التي ينص عليها القانون , ما يعتبر من توابع العقد ومستلزماته).

د. علي فيصل الصديقي, مرجع سابق, ص 270

الفرع الثاني:دورالقاضي في تكميل مضمون العقد بمستلزماته

لا يقتصر مضمون العقد على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يشمل ايضا كل ما يعتبر من مستلزماته.

فالقاضي عندما يرفع اليه نزاع بشأن مضمون العقد يستدعي اطراف العلاقة محاولا التقريب بين وجهات النظر للوصول الى نيتهما المشتركة, فاذا لم يفلح في ذلك , يلجأ الى الوسائل التي منحها اياه القانون ليحكم على هديها أي بما توحي إليه قواعد العدالة و وبحسب قواعد العرف والقانون وطبيعة الالتزام .

وعلى القاضي عند لجوئه الى العدالة لتكملة مضمون العقد بمستلزماته , ان يوازن بين مصلحة الطرفين وان يوازن بين اداءاتهم , بحيث لا يكون العقد مصدرا لظلم احد المتعاقدين , مع الاخذ بنظر الاعتبار الهدف المقصود من العقد وطبيعته وما اشتمل عليه , وحسب ما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل.

فالبائع لا يلتزم فحسب أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري, بل يجب عليه أيضاً أن عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيراً, وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد, و بائع المتجر يلتزم نحو المشتري إلا ينافسه منافسة ينتزع بها عملاء المتجر ، وهذا التزام تقتضيه وإن لم يذكر في العقد. والعامل الفني إذا عمل في مصنع فاطلع على أسراره الصناعية بحكم عمله يلتزم إلا بهذه الأسرار لمصنع منافس ولو لم يشترط عليه ذلك, وما يستنبطه العامل من اختراعات أثناء عمله يكون من حق رب العمل ، إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضي منه إفراغ جهده في الابتداع، ولو لم يشترط رب العمل في العقد أن يكون له الحق فيما يهتدي إليه من المخترعات , وفي عقد التأمين على يجب على المؤمن له إلا يكتم عن شركة التأمين ما أصيبه من أمراض خطيرة خفية ، إذا كان من شأنها أن تؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة. وتعد نظرية الحوادث الطارئة تطبيقاً لمبدأ العدالة في تحديد مضمون وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام صار مرقهاً للمدين إلى حد يخل بالعدالة الواجبة.[1]

وبذلك يتكامل تطبيق نص المادة 150 , بفقرتيها الاولى والثانية من القانون المدني العراقي التي نصت على: (1 – يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2 – ولا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة طبيعة الالتزام).

[1] – نقلا عن د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, الجزء الاول , مرجع سابق, ص 510.

ولابد من الإشارة الى انه انطلاقا من فكرة تكميل القاضي لمضمون العقد قام القضاء المقارن , بإدخال من الالتزامات في العقود بالرغم من عدم وجود أي نص عليها سواء في القانون أو العقد, استنادا الى العدالة, وأبرز مثال على ذلك تحميل أحد المتعاقدين بالالتزام بالسلامة في مجال عقد النقل ، حيث أصبح يلتزم بنقل الراكب إلى جهة الوصول سليما معافى, وهذا الالتزام من الالتزامات بتحقيق نتيجة, وأساس وضع هذا الالتزام على عاتق الناقل هو اعتبارات العدالة، و انتقل الالتزام بالسلامة إلى العديد من العقود الأخرى , فاعتبارات العدالة المستمدة من حسن النية في تنفيذ العقود ومراعاة للطبيعة الفنية المعقدة لبعض العقود هي جعلت القضاء يتجه إلى إضافة هذا الشرط[1].

و من أهم الالتزامات التي ظهرت حديثا الالتزام بالتبصير والذي بدأ ظهوره في العقود الطبية, ثم انتقل إلى العقود التي تبرم بسبب الطبيعة الحرفية لأحد المتعاقدين. فكان المفروض حتى وقت قريب أن يقوم كل بالاستعلام بنفسه عن كافة المعلومات اللازمة ، أما الآن ونظرا لتطور فكرة حماية المستهلك فقد أصبح الحرفي يلتزم بتبصير المتعاقد الآخر بمخاطر الشيء وطريقة استعماله وتقديم النصيحة والتعاون في العديد من العقود امثل عقود الحاسبات الالكترونية, وهذا الالتزام يوجد على مستوى انعقاد العقد وعلي مستوى تنفيذه، ويمكن رد هذا الالتزام إلى مقتضيات العدالة, ومبدأ حسن النية في ابرام العقود وتنفيذها[2].

الفرع الثالث:مدى إلتزام القاضي بالترتيب الذي حدده المشرع في تكميل مضمون العقد

انقسم الرأي بشأن مدى التزام القاضي بالترتيب الذي ورد في المادة (2/86) من القانون المدني العراقي, والمادة (95) من القانون المدني المصري ومثيلاتها في القوانين الأخرى, حول تدرج المعاييرالتي يستعين بها قاضي الموضوع في تكميل ما نقص من بنود العقد التفصيلية إلى اتجاهين:

الاتجاه الاول: يذهب إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يتعدى الترتيب الذي أورده المشرع في المصادر التي يستعين بها القاضي في تكميل العقد ، فلا يجوز له مثلا أن يرجع العرف إلا عند عدم وجود قاعدة قانونية مكملة تحكم النزاع . فيجب الرجوع إلى قواعد القانون ثم العرف ثم القواعد المستمدة من مبادئ العدالة .

الاتجاه الثاني: لا يرى حرجا من الاستعانة بجميع العناصر السابق ذكرها مجتمعة، وأنه لا يوجد محل قاعدة التدرج الخاصة بمصادر القانون ، لأننا لا نبحث عن حل لمشكلة محددة وإنما نحن بصدد تحديد

1 – أ. د.شروق عباس فاضل , الالتزام بضمان السلامة , مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الدكتوراه / القسم الخاص, في كلية الحقوق , جامعة النهرين , العراق, للعام الدراسي 2016–2017.

2 – د.سحر بكباشي, مرجع سابق, ص 158–160, د. حسام الأهواني , المرجع نفسه, ص 305–306.

المستلزمات العقد التي قد توجد موزعة في جميع العناصر السابقة. فتعدد المستلزمات لا يعني تعارضها ، تضامنها ، بعكس مصادر القانون ، فقد تتعارض الحلول المستفادة من المصادر المختلفة [1].

ونحن بدورنا نرى ان تقدم العدالة , على بقية العوامل الاخرى التي يستهدي بها القاضي في تكميل مضمون العقد, باعتبارها ذات قيمة عليا تسمو على بقية العوامل او المصادر الاخرى, والحل الذي سترشد القاضي لاشك انه سيكون مرضيا وعادلا للطرفين, وحسنا فعل المشرع الفرنسي, عندما قدم العدالة على بقية الضوابط الاخرى في تحديد مضمون العقد إدراكا منه لأهميتها ودورها الكبير في تحديد مضمون العقد التي تكفي لوحدها في تحديد هذا المضمون, حيث نص على ذلك في قانونه المدني–قبل التعديل– في المادة بقوله (تلزم الاتفاقيات ليس فقط بما هو معبر عنه , بل أيضا بجميع النتائج التي يقرها الإنصاف او العرف او القانون للالتزام بحسب طبيعته)[2], وهو موقف اكده أيضا في توجهه الجديد في مرسوم تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016, في تحقيق العدالة العقدية في كافة مراحل العقد ,,حيث نصت المادة منه بقولها: (لا تلزم العقود بما هو منصوص عليها فقط, بل أيضا بجميع ما يعتبر من توابعها وفقا للعدالة والعرف والقانون).

وتمتد رقابة محكمة التمييز او النقض على عمل القاضي في تكميل مضمون العقد عن طريقين : الأول مراقبة المصادر التي يستلهم منها القاضي إعمال هذه السلطة والثاني عن طريق مراقبة الأسباب التي اعتمد عليها القاضي في حكمه على النزاع المعروض[3].

خاتمة :

إن المقصود بتكميل مضمون العقد , قيام القاضي بإضافة التزامات الى مضمون العقد الأصلي, عندما سكتت ارادة المتعاقدان عن ذكرها في العقد, وذلك وفق المعايير التي وضعها المشرع, وهي طبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة, والأصل أن يتم تحديد مضمون العقد بالرجوع الى إرادة المتعاقدين, فإذا فشلت تلك الإرادة في ذلك, او لم يحصل اتفاق أطراف العقد بشأنها, هنا يأتي دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين, اذ منحه المشرع صلاحية تكميل مضمون العقد, مسترشدا بعدة موجهات حددها له، من بينها قواعد العدالة.

1 – د. سعد الحلبوسي, مرجع سابق, ص 23, د. حسام كامل الأهواني, النظرية العامة للالتزام, مرجع سابق, ص 304

2 – القانون المدني الفرنسي باللغة العربية, مرجع سابق,ص 1027

3 –د. سحر بكباشي, مرجع سابق, ص 17

فالمشرع العراقي قد أجاز للقاضي تكميل مضمون العقد وفقا لموجهات وضوابط محددة من بينها العدالة, وقد عالج – كنظيره المصري– صورتين لتكميل مضمون العقد,الصورة الاولى هي اكمال مضمون العقد بالمسائل التفصيلية التي لم يتفق عليها المتعاقدان بعد تأجيلها عند ابرام العقد في المواد (86 من القانون المدني العراقي/ تقابلها المادة 95 من القانون المدني العراقي), والصورة الثانية هي تكميل مضمون العقد بمستلزماته, وذلك في المواد (2/150 من القانون المدني العراقي, تقابلها المادة 2/148 من القانون المدني المصري).

تؤدي العدالة –مع العوامل الاخرى– التي حددها المشرع للقاضي, دورا بارزا في تكميل ارادة المتعاقدين وتحديد مضمون العقد بالمسائل التفصيلية التي لم يتفق بشأنها المتعاقدان عند إبرام العقد, وإنما أرجئا الاتفاق عليها في وقت لا حق. وكذلك يمكن للقاضي ان يسترشد بها في تحديد مستلزمات العقد.
و يمكن القول ان للعدالة ثلاثة ادوار رئيسية في مجال تكميل العقود المدنية وهي:

أ– دورها باعتبارها نصا عاما يحكم جميع المسائل التي وردت في القانون المدني, ومن ضمنها مسائل العقود, باعتبارها إحدى الموجهات المهمة التي تلهم المشرع في نطاق القانون بصورة عامة, وكذلك يستعين بها القاضي في تكميل النقص ومواجهة القصور, و إيجاد الحل للقضية المعروضة أمامه عند افتقاد الحل في المصادر الاخرى.

و يبرز دور العدالة في هذا الجانب من ناحيتين, الأولى : إنها تلهم المشرع المدني وتدفعه – عند سنه للنصوص القانونية– إلى إشاعة روح الخير في الحياة القانونية, و التشبع بروح الإنصاف في وضعه الأحكام, والارتقاء و السمو بالتنظيم الاجتماعي فيما يشرعه.

و الناحية الثانية: ان المشرع أحيانا يحيل القاضي الى العدالة اذا افتقد النص فيما اصطلح على تسميتها بمصادر القانون الرسمية الاخرى, للبت في النزاع المطروح أمامه. مثال على ذلك ما جاءت به المادة الاولى من القانون المدني العراقي رقم40 لسنة 1951, و التي سبق بيانها.

ب– دورها في تكميل مضمون العقد ب(المسائل التفصيلية), التي أرجأ المتعاقدان الاتفاق عليها عند ابرام العقد إلى المستقبل, ثم فشلوا في ذلك, باعتبارها احدى الموجهات الاساسية التي يستعين بها القاضي في تحديد هذه المسائل التفصيلية.

ج– دورها في تكميل مضمون العقد ب(مستلزماته), و ان لم تذكر صراحة في العقد, ايضا باعتبارها الموجهات الاساسية التي يستعين بها القاضي في تحديد هذه المستلزمات.

1-انقسم الرأي بشأن مدى التزام القاضي بالترتيب الذي ورد في المادة (2/86) من القانون المدني عراقي, والمادة (95)من القانون المدني المصري, ومثيلاتها في القوانين الأخرى, حول تدرج المعايير التي يستعين بها قاضي الموضوع في تكميل ما نقص من بنود العقد التفصيلية إلى اتجاهين:

الاتجاه الاول: يذهب إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يتعدى الترتيب الذي أورده المشرع في المصادر التي يستعين بها القاضي في تكميل العقد .

الاتجاه الثاني: لا يرى حرجا من الاستعانة بجميع العناصر السابق ذكرها مجتمعة، وأنه لا يوجد محل لإعمال قاعدة التدرج الخاصة بمصادر القانون ، لأننا لا نبحث عن حل لمشكلة محددة وإنما نحن بصدد تحديد المستلزمات العقد التي قد توجد موزعة في جميع العناصر السابقة. فتعدد المستلزمات لا يعني تعارضها ، وإنما تضامنها ، بعكس مصادر القانون ، فقد تتعارض الحلول المستفادة من المصادر المختلفة .

ومن جانبنا فـ اننا قد رأينا ان تقدم العدالة, على بقية العوامل الأخرى التي يستهدي بها القاضي في تكميل العقد , باعتبارها ذات قيمة عليا تسمو على بقية العوامل او المصادر الاخرى, والحل الذي سترشد القاضي اليه لاشك انه سيكون مرضيا وعادلا للطرفين, وحسنا فعل المشرع الفرنسي, عندما قدم العدالة على بقية الضوابط الاخرى في تحديد مضمون العقد إدراكا منه لأهميتها ودورها الكبير في تحديد مضمون العقد التي قد تكفي لوحدها في تحديد هذا المضمون, حيث نص على ذلك في قانونه المدني-قبل التعديل- في المادة ,1135 و اكده أيضا في توجهه الجديد في مرسوم تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016, في تحقيق العدالة العقدية في كافة مراحل العقد ,,حيث نصت المادة 1194 منه بقولها: (لا تلزم العقود بما هو منصوص عليها فقط, بل أيضا بجميع ما يعتبر من توابعها وفقا للعدالة والعرف والقانون).

قائمة المراجع :

أولا : القرآن الكريم

ثانيا : الكتب

- ابن منظور ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري, معجم لسان العرب, ج 13 , القاهرة , الدار الجامعية للتأليف والترجمة, بلا سنة طبع
- د. احمد إبراهيم حسن, غاية القانون, دراسة في فلسفة القانون, دار المطبوعات الجامعية, 2016
- احمد عبد الحسيب عبد الفتاح, العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, 2018
- د. ايمن إبراهيم العشماوي , نظرية السبب والعدالة العقدية, دار النهضة العربية, 2008

- احمد عبد الحميد شويش, قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة, مؤسسة شباب الجامعة, 2003
- د. اسامة احمد بدر, تكميل العقد, دراسة في القانونين المصري والفرنسي, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 2011
- د. بلحاج العربي , نظرية العقد في القانون المدني الجزائري , (دراسة مقارنة) , ديوان المطبوعات الجامعية,الجزائر, 2015
- بطرس البستاني , معجم محيط المحيط , مكتبة لبنان بيروت, 1987
- جاك غستان , المطول في القانون المدني – تكوين العقد – ترجمة منصور القاضي, مراجعة د. فيصل كلثوم, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع, بيروت–لبنان, 2008
- د. وليم سليمان قلادة, التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري, دراسة مقارنة, الطبعة الاولى, المطبعة التجارية الحديثة, القاهرة, 1955
- د.حسن علي الذنون, فلسفة القانون , مطبعة العاني, بغداد, 1975
- د.حسن كيرة , المدخل الى القانون, القانون بوجه عام,منشأة المعارف, الإسكندرية, 2014
- د. حسام الدين كامل الاهواني, النظرية العامة للالتزام, الجزء الاول, مصادر الالتزام, الطبعة الثانية, بدون اسم مطبعة, 1995
- محمد عبد الرؤوف المناوي, التوقيف على مهمات التعاريف, الجزء الاول , تحقيق د. محمد رضوان الداية ,دار الفكر , بيروت– دمشق, 1410 هـ.
- د.منذر الشاوي, حديث الى القضاة, بغداد , وزارة العدل, قسم الإعلام القانوني, 1979
- د. محمد محسوب, ازمة العدالة العقدية في القانون الروماني,دار النهضة العربية,القاهرة, 2000
- د. محسن عبد الحميد البيه , النظرية العامة للالتزامات, مصادر الالتزام , الجزء الاول, المصادر الارادية, مكتبة الجلاء الجديدة, المنصورة , 1993,
- د. مصطفى سيد صقر,فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية,مكتبة الجلاء الجديدة, المنصورة , 1995
- د. سحر بكباشي, دور القضاء في تكميل العقد, منشأة المعارف,الإسكندرية , 2008
- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي, اكمال العقد,المؤسسة الحديثة للكتاب, الطبعة الاولى , لبنان , 2012
- د. سمير تناغو, النظرية العامة للقانون, منشاة المعارف, الاسكندرية, بلا سنة طبع.

- د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, نظرية الالتزام بوجه عام , مصادر الالتزام, دار النشر للجامعات المصرية, القاهرة, 1952.
- د.عبدالرزاق السنهوري, مصادر الحق,دراسة مقارنة بالفقه الغربي, الجزء السادس,اثر العقد بالنسبة الى الموضوع– زوال العقد , الطبعة الثانية منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت– لبان, 1998
- عبد العزيز فهمي ,مدونة جستنيان في الفقه الروماني, عالم الكتاب , بيروت لبنان, بلا سنة نشر
- د.عبد الحي حجازي, المدخل لدراسة العلوم القانونية , القسم الأول, القانون وفقا للقانون الكويتي(دراسة مقارنة), مطبوعات جامعة الكويت, الكويت, 1972
- د.عبد الباقي البكري ,الأستاذ زهير البشير, المدخل لدراسة القانون, الطبعة الثالثة, شركة العاتك لصناعة الكتب , 2011
- د.عبد الحكم فودة, تفسير العقد,منشأة المعارف, الإسكندرية, 2002
- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله, شرح النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, منشأة المعارف الإسكندرية, 2001
- فوزي كاظم المياحي, القانون المدني العراقي فقها وقضاء , الجزء الثالث, نظرية العقد , القسم الثاني, مطبعة السيماء, بغداد , 2018
- روبرت أليكسى , كتاب فلسفة القانون مفهوم القانون وسريانه, تعريب د. كامل فريد السالك, منشورات الحلبي الحقوقية, الطبعة الثانية, 2013
- روزنتال و يودين, الموسوعة الفلسفية ,وضع لجنة من العلماء والأكاديميين السوفيتيين, بإشراف روزنتال , و يودين, ترجمة سمير كرم, دار الطليعة للطباعة والنشر, بيروت , لبنان , 1985

ثالثا : الرسائل والاطاريح الجامعية

- إسماعيل نامق حسين, العدالة وأثرها في القاعدة القانونية, دار الكتب القانونية, 2011
- رحيم حسين موسى, العدالة الضريبية,رسالة ماجستير قدمت الى كلية الحقوق/جامعة النهرين,بغداد,2002

رابعا : البحوث المنشورة

- د. سعد حسين الحلبوسي, دور القاضي في إكمال نطاق العقد, طبقا للمادة (86) مدني عراقي, بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية, العدد الأول, 2010
- فايز محمد حسين , فلسفة القانون ونظرية العدالة , بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية, كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية, مصر., العدد 2 , 2010

- د.عابد فايد عبد الفتاح, العدالة في القانون, بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية, العدد السادس والعشرون, 2012
- د.منصور حاتم محسن, العدالة العقدية, بحث منشور في مجلة جامعة بابل, العلوم الإنسانية, المجلد الخامس والعشرون, العدد السادس, 2017

القوانين :

- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 مع تعديلاته بالعربية, طبعة دالوز 2009, الطبعة الثامنة بعد المئة.
- قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016.