سلطةُ القاضِي في إكمال العقدِ وفقًا لطبِيعة التّعاملِ

(دراسة مقارنه)

م.م. حسنين علي هادي

الجامعة الإسلامية/ كلية القانون والعلوم السياسية

https://doi.org/10.61353/ma.0080453

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٢/٢ تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/٣/١ تاريخ نشر البحث ٢٠٢٢/٣/٣١

إنَّ طبيعة التعامل إذا اقترنت بالعقد فسيعمل بذلك العقد، ويصبح حجة على المتعاقدين سواء أورد في وثيقة العقد أم في مستندات التعاقد ، وبأعمال طبيعة التعامل الصحيح ، أي الشرط غير المخالف للنظام العام ، والآداب العامة والمعبر عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويلزم المتعاقدين بكلّ الآثار القانونية المترتبة على أعماله ، والأثر المترتب على أعمال طبيعة التعامل الصحيح يظهر عندما يتبين للقاضي أنَّ هذه طبيعة معبر عن النية المشتركة للمتعاقدين ، فيؤخذ به عند تفسير العقد ، على أن يراعي عند القيام بذلك ، توافق طبيعة التعامل مع عبارات العقد وشروطه ، التي يفسر بعضها بعضاً، وعليه ضرورة بيان دور طبيعة التعامل وإخراجه من دائرة إعماله الضيقة إلى مجال أكثر وسعًا ، وتنظيمه بنصوص آمرة يتمّ إعمالها بصفة أصيلة دونما الحاجة إلى البحث عن حالة عدم اتفاق المتعاقدين لاسيما في ضروب التعاقد التي تزخر بالمسائل التفصيليّة والثانويّة ، التي لا يعر المتعاقدان شأنًا لها أو يتغافلا عنها بسبب دخولهم إلى عتبة التعاقد لأول وهلة.

The nature of the transaction, if it is associated with the contract, it acts and becomes an argument against the contracting parties, whether it is mentioned in the contract document or in the contract documents, and with the nature of the correct transaction, that is, the condition that does not contradict public order and public morals and expresses the common intention of the contracting parties, obligating the contracting parties with all the legal consequences of its actions. And the effect of the actions of the nature of correct dealing appears when the judge finds that this nature expresses the common intention of the contracting parties, so it is taken into account when interpreting the contract, provided that when doing so, the nature of dealing with the terms and conditions of the contract, some of which explain each other, is taken into account. And it is necessary to highlight the role of the nature of the transaction and to bring it out of its narrow sphere of implementation into a more extensive field and to organize it with peremptory texts that are implemented in an authentic manner without the need to search for a case of disagreement between the contracting parties, especially in the forms of contract that are replete with detailed and secondary issues that the contracting parties do not consider or ignore due to Their entry to the threshold of contract at first sight .

الكلمات المفتاحية: سلطة القاضي، العقد، التعامل، المتعاقدين.

المقدمة

إنَّ هذا البحث يدور حول فكرة جوهرية مفادها، أنَّ طبيعة التعامل يكتسب صفة الالزام من اتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمني عليه ، بعبارة أخرى أنَّ الاتفاق يعطي طبيعة التعامل قوة ملزمة شأنه في ذلك شأن بقية شروط العقد الأخرى ، ولا يحق بعد ذلك لأيّ من المتعاقدين أن يتخلص منه إلّا باتفاق أو القانون.

أهمية البحث

إنَّ طبيعة التعامل إذا اقترنت بالعقد يعمل به ، ويصبح العقد حجة على المتعاقدين سواء أورد في وثيقة العقد أم في مستندات التعاقد ، وبأعمال طبيعة التعامل الصحيح ، أي الشرط غير المخالف للنظام العام والآداب العامة والمعبر عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويلزم المتعاقدين بكلّ الآثار القانونية المترتبة على إعماله ، وتظهر أهمية طبيعة التعامل في الوقت نتيجة لكثرة تكراره في العقود والمعاملات المبرمة يومياً بين الأفراد.

مشكلة البحث

تتجلى مشكلة البحث بما أثاره من جدل وتعارض حاد في الفقه القانوني، وذلك لعدم وجود مفهوم محدد بصورة دقيقة لطبيعة التعامل في اطار القانون المدني العراقي، على الرغم من شيوعه في كثير من العقود، إلّا أنَّه لا يزال يثير صعوبات في مجال تحديد هذا المفهوم ، وتبعاً لذلك فقد اختلفت الاتجاهات التي قيلت بصدده، وأدت إلى إدخاله ضمن مفهوم شروط أخرى على الرغم من أنَّه يتشابه معها في بعض الأمور إلّا أنَّه يختلف عنها في أمور جوهرية أخرى .

منهج البحث

سوف نتبع في دراستنا لموضوع سلطة القاضي في إكمال العقد وفقاً طبيعة التعامل طريقة موضوعية مقارنة فهي موضوعية ؛ لأنَّها ستعتمد في بيان الموقف القانوني والفقهي والقضائي تطبيق نصوص القانون المدني العراقي ، وبعض القوانين العربية الأخرى ، فضلاً عن نصوص بعض الأحكام القضائية، وهي

مقارنة، لأنّنا سنتخذ المنهج المقارن سبيلاً لمعالجة موضوع البحث، وستعقد المقارنة بين القانون المدني العراقي وبعض القوانين العربية ، كالقانون المدني المصري ، والاردني ، واليمني ، والجزائري.

خطة البحث

سنوزع موضوع البحث على ثلاثة مطالب، نخصص الأول لمفهوم طبيعة ، في حين نخصص المطلب الثاني لأهمية طبيعة التعامل وتمييزها عما يشتبه بها ، أمّا المطلب الثالث فسنكرسه لبيان أساس طبيعة التعامل عقدنا لبيان أحكام طبيعة التعامل، فإذا انتهينا من دراسة كلّ ذلك ، سوف نصل إلى الخاتمة التي نضمنها أهم نتائج وتوصيات هذا البحث.

المطلب الأول

التعريف بطبيعة التعامل لإكمال العقد

يحتم الخوض في أيّ موضوع من الموضوعات أو في أيّ جزئية منها أن يتمّ التعرض لتعريفها وهذا ما سنحاول اتباعه بشأن طبيعة التعامل ، إذ أصبحت طبيعة التعامل لها سلطان على النفوس، وتحكم في العقول وإحدى الأسباب التي تساعد في تفسير العقد و حل النزاع بين المتعاقدين ، ولغرض الوقوف على بيان تعريف طبيعة التعامل في القانون المدني العراقي سنقسّم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول نتناول التعريف بطبيعة التعامل لغةً، أمّا الفرع الثاني فعقدناه لبيان التعريف الاصطلاحي لطبيعة التعامل في القانون المدني العراقي.

الفرع الأول

تعريف طبيعة التعامل لغة واصطلاحا

تتكون طبيعة التعامل في القانون المدني العراقي من مصطلحين هما الطبيعة والتعامل، ولبيان التعريف اللغوي لهذين المصطلحين ، سنتناولهما على النحو الآتي:

طَبيعة: (اسم) الجمع : طبائع ، الطَّبِيعَةُ : طبع، فطرة، خلقٌ وسجيّة الطَّبِيعَةُ :مِزاجُ الإنسانِ المرَكَّبُ من الأَخلاطِ الطَّبِيعَةُ: القوَّةُ الساريَةُ في الأَجسام التي بها يصلُ الجسمُ إلى كمالِهِ الطبيعيّ و(عِلْمُ الطَّبِيعَةِ) : عِلمٌ يبحث عن طبائع الأشياءِ وما اختصت به من القوة. والطبائعُ الأَربَعُ عند الأقدمين: الحرارةُ، والبرودةُ، والرُّطوبةُ، واليُبُوسةُ[١] ، طبائع النُّفوس والأشياء: خصائصها وصفاتها.

أمّا مصطلح التعامل فالتعريف اللغوي له :

عامَلَ: (فعل) تعاملَ يتعامل ، تعامُلاً ، فهو مُتعامِل ، والمفعول مُتعامَل ، تعامل الشَّريكان:عامل كلّ منهما الآخر، تعاملَ مع صديقِه: عامله، تصرَّف معه.

تَعامُل: (اسم) مصدر تَعَامَلَ ،قَامَتْ عَلاَقَاتُهُمْ عَلَى أَسَاسِ تَعَامُلٍ صَادِقٍ : قِيَامُ عَلاَقَةِ عَمَلٍ مُتَبَادَلَةٍ بَيْنَهُمْ ازدواجيّة التعامل: نفاق، خيانة، تعاشروا كالإخوان وتعاملوا كالأجانب: أي ليس في المعاملات التِّجاريَّة والماليّة محاباة، طريقة التَّعامُل: الطريقة التي يتعامل فيها الشّخص [٢].

أمّا اصطلاحاً فلا توجد تعريف محد لبيان طبيعة التعامل في القانون المدني العراقي ؛ لأنَّها قاعدة نسبية وتختلف من عقد لآخر، انقسم الفقه بصدد إعطاء المعنى القانوني لطبيعة التعامل على اتجاهين: ذهب الأول منها إلى تعريفه بأنَّه شرط جرى العرف على إدراجه في العقود، من دون الحاجة إلى إعادة النصّ عليه صراحةً لاستقرار العمل به وجريان عرف التعامل على ذلك.

المطلع على التعريف أعلاه يرى بأنَّه يتطلب حدوث التكرار في طبيعة التعامل ؛ كي يكون شرطًا جاريًا به العرف، إذ يمكن تعريف الشرط الجاري به العرف على أنَّه الشرط الذي جرى به التعامل بين الناس ، وإن لم يكن مما يقتضيه العقد ، أو يلائمه أو مما يثبت بالنصّ كما لو تعارف الناس على تحمل البائع أجرة الوزن ، أو أن يحضر العامل معه الأدوات الضرورية لعمله أو غير ذلك[٣].

ولكنّ مع ذلك لابدّ من إيضاح أهم أوجه الاختلاف بين الاثنين ، الذي يكمن في أنَّ التكرار في طبيعة التعامل لا يولد شعورًا بضرورة اتباعه ، وهذا بخلاف الحال في الشرط الجاري به العرف الذي من مقتضاه تولد الشعور بإلزاميته باستمرار اتباعه[٤] ، ويلاحظ أنَّ طبيعة التعامل لا يُعدّ ملزمًا للمتعاقدين بصدد تكراره، وإنّما يكتسب عن طريق الاتفاق الصريح أو التضمين للمتعاقدين.

وهذا ما يفترض أن يكون على علم بمضمونه فإذا كان المتعاقدان أو أحدهما يجهله وجب حينئذ استبعاده وعدم تطبيقه، أمّا الشرط الجاري به العرف فيُعدّ ملزمًا بذاته من دون الحاجة إلى الاتفاق على إلزامه لطالما يكتسب الالزام من شعور المتعاقدين بعدم جواز مخالفته[٥].

أمّا طبيعة التعامل فلا يفترض في القاضي العلم به ولا يطبقه من تلقاء نفسه وعلى كلّ ذي مصلحة التمسك به أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع مع مراعاة تقدمه على الشرط العرفي عند التطبيق وذلك في

حالة وجود نزاع يتعلّق به بمسألة معينة بالعقد إذا كان من شأنه أن يحل النزاع مع اشتراط عدم مخالفته للنظام العام والآداب ؛ وكونه معبراً عن نية الطرفين.

الفرع الثاني

خصائص طبيعة التعامل

تمتاز طبيعة التعامل في اطار القانون المدني العراقي بمجموعة من الخصائص أهمها:

أولاً: نسبية طبيعة التعامل في القانون المدني العراقي

من أهم الخصائص التي تتميز فيه طبيعة التعامل في اطار القانون المدني العراقي هي نسبية، التي تعني أنَّ آثار العقد تنصرف إلى طرفيه من دون أن تتعدى كقاعدة عامة للغير ، وتسري بحقه[٦].

بمعنى آخر أنَّ طبيعة التعامل الناتجة عن العقد لا يكون له أثر وقوة ملزة، إلّا على المتعاقدين ومن يكون في حكمهم.

إذن يترتب على الأخذ بهذه القاعدة أنَّ أثر العقد يقتصر على طرفيه ، وهكذا فأنَّ الالتزامات وما ينشأ من طبيعة التعامل لا تنصرف إلّا إلى المتعاقدين ، ولكن مع ذلك فأنَّ هذا الأمر يختلف في العقد عن طبيعة التعامل ، ففي العقد قد ينصرف إلى غير المتعاقدين كالخلف العام ، والخلف الخاص[٧]، أمّا طبيعة التعامل فأنَّها تقتصر على طرفي العقد فقط ، وهذا ما نصّ عليه المشرّع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ٥١ المعدل في المادة١٤٢(١– ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أنَّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام....)[٨]. ومن الأمثلة على عدم انصراف طبيعة التعامل إلى غير المتعاقدين من الخلف العام حصول شخص على حق انتفاع ، فهذا الحق لا ينصرف إلى الوارث المنتفع كون حق الانتفاع تقتضي طبيعته أن ينتهي بموت صاحبه.

ثانياً: توافق طبيعة التعامل مع الغرض المقصود في التعاقد

يُعدّ الغرض المقصود من التعاقد جزءاً لا يتجزأ من النية المشتركة للمتعاقدين ؛ لذلك لابدّ أن يكون متوافقا معه، أمّا في حال تحقق تعارض بينهما ، فالغرض يكون مرجحًا بوصفه غاية ، والشرط ما هو إلّا وسيلة حتى ولو أتسم الشرط بالوضوح في العبارة ، وتكمن الأهمية من وجوب توافق طبيعة التعامل مع

الغرض هو أنَّ ظهور الأثر من وراء تحقق الشرط يظهر في ضوء الغرض الذي ينوي المتعاقدان تحقيقه ، إذ أنَّ طبيعة التعامل عندما يعمل به في العقد لابدّ أن يكون دالًا على غرض التعاقد ومطابقًا له ، ولطبيعة العقد ، أما إذا تبين العكس من ذلك فهذا يعني عدم ترتيب أي أثر للشرط[٩]، وينبغي إعمال طبيعة التعامل مراعاة نوع العقد ، وغرضه والغرض المقصود منه بسبب الاختلاف في شروط وعبارات .

ثالثاً :عدم مخالفة طبيعة التعامل لاتفاق المتعاقدين

يشترط في طبيعة التعامل في اطار القانون المدني إلّا يوجد تصريح من المتعاقدين بخلاف مضمون طبيعة التعامل ، فإذا صرّح المتعاقدان بخلاف ما جرى عليه طبيعة التعامل فأنَّه يعمل بما اتفقا عليه ولا عبرة بطبيعة التعامل[١٠]، وتعني أنَّه لا يصار إلى ما يدلّ عليه اللفظ أو العمل أو الظرف أو عادة الناس إذا كان هناك تصريح منصوص عليه لفظًا أو كتابةً يخالف هذه الدلالة ، ومن ثمّ فأنَّ العُرف يقوم مقام الشرط إذا لم يكن في المعاملة نصّ يحول دون الرجوع إليه[١١]، ومثال ذلك أنَّه لو كان طبيعة التعامل تقضي بأن نفقات تسليم المبيع واجرة الشحن وتغليف البضاعة على المشتري لكنّ اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك فقررا أن تكون النفقات على البائع فيعمل بالاتفاق ولا عبرة بطبيعة التعامل ، وكذلك على سبيل المثال في الإعارة أنَّه من المعلوم أنَّها تتقيد في المكان والمقدار به يقيدها به المعير ، ولو جاء قيده مخالفًا للمعتاد إذ لا عبرة للعادة مع التصريح بخلافه فلو أنهى صاحب السيارة (المعير) أن يركبها المستعير أكثر من مرتين وأن لا يسير إلّا في وقت معين وألا يخرج بها من العراق فعلى المستعير أن يتقيد بذلك ولو خالف طبيعة التعامل ، وهذا المثال وغيره إنّما هو دليل على عدم إمكانية العمل طبيعة التعامل في القانون طالما أنَّه يوجد نصّ صريح أو بند موضوع من قبل المتعاقدين في العقد مما يقتضي العمل به والاستغناء عن طبيعة التعامل حتمًا[١٢].

رابعاً: مرونة طبيعة التعامل في القانون المدني العراقي

يقصد بطبيعة التعامل في القانون المدني العراقي أنَّ الفرض أو الحل فيها غير محدد تحديداً دقيقاً أي تكون عباراته مرنة ؛ لتتسع لجميع الاحتمالات والوقائع وأكثر هذه القواعد هي قواعد القانون ، فالقانون المدني يحوي قواعد قانونية مرنة مثل المادة ٨٦ المادة (٢٠٠٠ – واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتمّ الاتفاق عليها فأنَّ

المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة)[١٣]، فهنا لا يوجد معيار محدد لبيان طبيعة الموضوع فهذه قاعدة مرنة تسمح للقاضي بتفسيرها بما يتفق وطبيعة العقد، فالصياغة المرنة تتميز بأنَّها تحقق العدالة أو العدل الواقعي ؛ لأنَّها تمكن القاضي من إعطاء الحلّ المناسب لكلّ واقعة أو الحلّ الذي يتفق مع ظروف كلّ حالة وملابساتها، ومن مميزات الصياغة المرنة لطبيعة التعامل في اطار القانون المدني قدراتها على التطور ، ومسايرة التغيرات الاجتماعية أيضاً ، ومواجهة الوقائع والحالات الجديدة التي تكشف عنها الحياة العملية ، وقد يعاب على القواعد المرنة أنَّ من شأنها أن تؤدي إلى التحكم بسبب ما تمنحه للقاضي من سلطات واسعة، إلّا أنَّ ذلك القول غير صحيح فالقاضي أثبت من الناحية العملية التطبيق الدقيق لتلك القواعد والبعد عن الشبهات؛ فضلاً عن الدور الرقابي لمحكمة الاستئناف ومحكمة التمييز ، إذ أنَّها تؤدي دوراً هاماً في ضبط الحلول وتوحيد المعايير المطبقة في هذا الشأن[١٤].

المطلب الثاني

أهمية طبيعة التعامل وتمييزها عما يشتبه به

بعد أن تطرقنا سابقا إلى تعريف طبيعة التعامل وخصائصها سنبين في هذا المطلب أهمية طبيعة التعامل في الفرع الأول منه، وتميزها عمّا تشتبه معها من مصطلحات في الفرع الثاني:

الفرع الأول

أهمية طبيعة التعامل

طبيعة التعامل هي في كلّ الأحوال تستخدم لحلّ النزاع المعروض في الدعوى، إذ أنَّ طبيعة التعامل تتعامل بمستويات مختلفة ، ففي العقد تختلف عن الالتزام ، وتختلف من عقد لآخر، وتساعد القاضي في أن يكون أكثر معرفة ودراية بطبيعة الدعوى المعروضة أمامه ، فإحالة النصّ القانوني على طبيعة التعامل تجعل القاضي أكثر معرفه ودراية ، إذ يتطلب ذلك البحث عن طبيعة التعامل ، ومعرفتها باستخدام الطرق والسبل المشروعة كافة ، وفي هذا الفرع سوف نتطرق لدور طبيعة التعامل وعلى النحو الآتي:

١ـ تأثير طبيعة التعامل في نطاق العقود وأهميته

ـ من حيث الانعقاد : إنَّ العقد لا ينعقد إلّا بارتباط الايجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، لذلك فإنَّ أثر طبيعة التعامل يكون من جهة الايجاب ، وقد أشارت بذلك

المادة (٩٢) من القانون المدني المصري " إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة ، أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإنَّ ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا إذا لم يتمّ بيان العكس من التعبير ، أو من طبيعة التعامل "، فالأصل هنا أنَّ الإيجاب ينتج أثره إذا اتصل التعبير عنه بعلم من وجه إليه ، ومات من صدر عنه الإيجاب ، إلّا أنَّ الاستثناء هو إذا تبيّن من طبيعة التعامل أنَّ بموت الموجب لا يمكن ترتيب أثر على إيجابه إذا مات أو فقد الأهلية ، وهذا مالم يشر إليه المشرّع العراقي.

اما من جهة القبول ، ولكي ينعقد العقد لابد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ،فاذا لم يطابق القبول الايجاب لا ينعقد العقد ، بيد ان حالة وجود تعامل مسبق يكشف عن طبيعة تعامل اعتاد المتعاقدان عليها في معاملاتهم جعلت من السكوت قبولا ضمن حالات خاصة والتي كان لطبيعة التعامل السابقة بينهم دورا مهما في انعقاد العقد وهذا ما أشارت إليه المادة(٨١) مدني عراقي(١٥).

اما اهمية طبيعة التعامل في تنفيذ العقد: فتظهر بوضوح من خلال تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد وما يدخل في البيع دون ذكر(١٦) ، كذلك اهمية طبيعة التعامل في آثار العقد : في تحديد وبيان الآثار التي تنصرف إلى الخلف العام من عقود ابرمها السلف ، حيث ان بعض الآثار لا تنصرف إلى الخلف العام وبالتالي ينقضي العقد إذا تبين من طبيعة التعامل التي قادت إلى ابرامه بين السلف والمتعاقد الآخر بان لا تنصرف آثاره إلى الخلف العام استثناء(١٧).

٢-اهمية طبيعة التعامل في نطاق الالتزامات

ففي تنفيذ الالتزام : اشار المشرّع في المادة (٢٤٩) مدني عراقي(١٨) ،حين يكون التنفيذ العيني للالتزام فيها غير ممكن دون تدخل المدين الشخصي ، فأنَّ للدائن الحق في رفض الوفاء من غير المدين ، إذا اقتضت طبيعة الالتزام ان تكون شخصية المدين محل اعتبار لكفاءة أو لصفة فيه ، وبذلك فأنَّ تنفيذ الالتزام يتوقف على شخص المدين بالذات ، ولا يقبل التنفيذ من غيره . ٣-اهمية طبيعة التعامل وتأثيرها في الاوصاف التي تلحق الالتزام : حيث ان –

الاصل هو إنّ الشرط إذا تحقق واقفا كان أم فاسخا ، كان له أثر رجعي يستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ، إلّا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أنّ وجود الالتزام أو زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط وهذا ما نصّت عليه المادة (٢٩٠) مدني عراقي(١٩) كذلك تبرز اهمية طبيعة التعامل في نطاق انتقال الالتزام : ففي حوالة الحق جاءت – المادة ٣٦٢ مدني عراقي (٢٠)،على أنَّه يجوز للدائن ان يحول إلى

غيره ما له من حق على مدينه إلّا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، فهنا لا ينتقل الحق في الحالات التي يكون فيها ذلك الحق متصلا اتصالا وثيقا بشخص الدائن ، أو روعيت فيه شخصيته ، كحق الشريك في شركات الأشخاص ، أو حق الدائن في النفقة .

الفرع الثاني

تمييز طبيعة التعامل عما يشتبه بها

تختلط طبيعة التعامل عن موضوعات أخرى تشتبه بها وهي :

أولاً/ طبيعة التعامل والعرف

يمكن تعريف العرف على أنَّه الشرط الذي جرى به التعامل بين الناس ، وإن لم يكن مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو مما يثبت بالنصّ كما لو تعارف الناس على تحمل البائع أجرة الوزن أو أن يحضر العامل معه الأدوات الضرورية لعمله أو غير ذلك(٢١).

ويتشابه العرف مع طبيعة التعامل في أنَّ كلاهما وسيلة يلجأ إليها القاضي لحلّ النزاع المعروض أمامه أي كان مصدره، ولكنّ مع ذلك لابدّ من إيضاح أهم أوجه الاختلاف بين الاثنين والذي يكمن أنَّ التكرار في طبيعة التعامل لا يولد شعورًا بضرورة اتباعه ، وهذا بخلاف الحال في الشرط الجاري به العرف ، الذي من مقتضاه تولد الشعور بإلزاميته باستمرار اتباعه.

ويلاحظ أنَّ التعامل لا يُعدّ ملزمًا للمتعاقدين بصدد تكراره، وإنّما يكتسب عن طريق الاتفاق الصريح أو التضمين للمتعاقدين، وهذا ما يفترض أن يكون على علم بمضمونه فإذا كان المتعاقدان أو أحدهما يجهله وجب حينئذ استبعاده وعدم تطبيقه، أمّا الشرط الجاري به العرف فيُعدّ ملزمًا بذاته من دون الحاجة إلى الاتفاق على إلزامه لطالما يكتسب الالزام من شعور المتعاقدين بعدم جواز مخالفته(٢٢)، أمّا طبيعة التعامل فلا يفترض في القاضي العلم به ، ولا يطبقه من تلقاء نفسه وعلى كلّ ذي مصلحة التمسك به أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع مع مراعاة تقدمه على الشرط العرفي عند التطبيق ، وذلك في حال وجود نزاع يتعلّق به بمسألة معينة بالعقد إذا كان من شأنه أن يحل النزاع مع اشتراط عدم مخالفته للنظام العام والآداب وكونه معبراً عن نية الطرفين.

ثانياً/ تمييز طبيعة التعامل عن تفسير العقد

يهدف تفسير العقد إلى تحديد معنى النصوص الواردة في العقد وبيان مدلولها ، ولا تظهر الحاجه إلى تفسير العقد إذا كانت عباراته واضحة في دلالتها ، ومطابقة لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين ، ومن هنا تظهر أهمية التفسير إذا كانت عبارات العقد يشوبها الغموض ، مما يجعل معناها غير واضح ، أو أنَّها تحتمل أكثر من معنى، وكي يتعرف القاضي على عبارات العقد يستعين بوسائل داخلية ، ويكون ذلك برجوعه إلى عبارات العقد ذاته ، واستعمال مجموعة من القواعد الفقهية التي تساعده في استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين من عبارات العقد(٢٣).

وتتشابه طبيعة التعامل في القانون المدني العراقي مع تفسير العقد في أنَّ كلاهما يردان على العقد الصحيح الذي استوفى أركانه وشروطه ، وأنَّهما من السلطات التي يتمتع بها القاضي ، التي تكون وظيفتها تحديد مضمون العقد ، وبيان ما ينشأ عنه من التزامات .

وتختلف طبيعة التعامل في القانون المدني العراقي عن تفسير العقد، في أنَّ التفسير تتضح أهميته إذا كانت عبارات العقد غامضة ، وتحتاج إلى استجلاء معناها ، بينما طبيعة التعامل يقوم بها القاضي إذا كان مضمون العقد يشوبه النقص عند ترك المتعاقدين لبعض المسائل من دون تنظيم(٢٤)، وهذا ما نصّت عليه المادة٨٦ (٢٠٠٠ – وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أنَّ العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تمّ، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتمّ الاتفاق عليها فأنَّ المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

وإنَّ الحل الذي يتوصل إليه القاضي في تفسير العقد يكون كامناً في العقد نفسه ، ولكنّ كان يكتنفه الغموض ، ويتوصل القاضي للكشف عنه مستعيناً بقواعد التفسير(٢٥)، أمّا طبيعة التعامل فأنَّه لا يقتصر على ما قصد إليه المتعاقدان وإنّما يتجاوز ذلك إلى ما يترتب على العقد من التزامات تفرضها طبيعة التعامل، ولو لم يتفق عليها المتعاقدان صراحةً أو ضمناً(٢٦).

ثالثاً/ تمييز طبيعة التعامل عن تعديل العقد

الأصل أنَّ العقد شريعة المتعاقدين فلا يملك أيّ من المتعاقدين تعديله، إلّا أنَّ المشرّع أورد استثناءً على ذلك ، إذ يجوز أن يتفق المتعاقدان على تعديل العقد أو نقضه(٢٧).

وتتشابه طبيعة التعامل في القانون المدني مع تعديل العقد بأنَّ كلاهما يردان على عقد صحيح ويهدفان التي تحقيق الموازنة بين المتعاقدين.

ولكنّ طبيعة التعامل تختلف عن تعديل العقد بأنَّ طبيعة التعامل تهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها بالطرق كافة، وبعوامل خارجية للوصول إلى أصل العقد ، فبالإمكان إضافة التزامات جديدة لم يشر إليها المتعاقدان على وفق طبيعة التزام، بينما التعديل يكون في الأصل موجهاً ضد إرادة تحقيقاً لهدف سام يسعى إليه المشرّع ، وهو العدل ورفع الظلم والحيف، الذي لحق بأحد المتعاقدين نتيجة غبن لحقه أثناء ابرام العقد ، أو أثناء تنفيذه كعقد الاذعان[٢٨].

المطلب الثالث

أساس طبيعة التعامل ونطاقها

سنتطرق في هذا المطلب إلى أساس طبيعة التعامل الواردة في القانون المدني في الفرع الأول ومن ثمّ نبين نطاق طبيعة التعامل في الفرع الثاني:

الفرع الأول/ أساس طبيعة التعامل في القانون المدني

اختلف الفقه القانوني كثيرًا بشأن الأساس الذي بني عليه طبيعة التعامل ومعرفة القوة الملزمة التي يمتلكها، وذهب هذا الفقه باتجاهات عدّة وآراء كثيرة يمكن تلخيصها بعاملين: هما التأثير الخارجي في طبيعة التعامل والقوة الذاتية التي يملكها طبيعة التعامل وعليه قسمنا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول التأثير الخارجي في طبيعة التعامل ، ونتناول في الفرع الثاني القوة الذاتية لطبيعة التعامل ، وعلى النحو الآتي :

أولاً: التأثير الخارجي في طبيعة التعامل

يذهب رأي إلى تأسيس إلزام طبيعة التعامل على قيام القضاء بتطبيقه بالفعل، إذ أنَّ هذا التطبيق يأخذ على عاتقه تحديد القاعدة القانونيّة وينقلها من مصاف السلوك التلقائي غير الواعي إلى مصاف القواعد القانونيّة بالمعنى الدقيق، ووفقًا لهذا الرأي فأنَّ طبيعة التعامل يكون في حال سكون وجمود حتى حكم المحاكم به وإصدار أحكام قضائية استنادًا إليه، ومن ثمّ فأنَّ القضاء له الفضل في خلق طبيعة التعامل ، وتقديمه للعالم الخارجي بما يسبغه عليه من قوة ملزمة كما في القاعدة القانونية[٢٩].

وإذا كان الأمر كذلك فلابدّ من ملاحظة أنَّ القضاء يؤدي دور الوسيط في تحديد معنى طبيعة التعامل في القانون المدني تحديدًا من شأنه أن يزيل الغموض والابهام عنه ؛ وذلك لأنَّ طبيعة التعامل ليست نصًا مكتوبًا واضح المعنى ، وإنّما لابدّ من استخلاصه بطريقة ما(٣٠).

بينما ذهب رأي آخر إلى تأسيس إلزام طبيعة التعامل على ذات الضمير للمتعاقدين الذي ارتضاه وخضع له استنادًا بأنَّ مرد القانون هو إرادة الجماعة التي يعبر عنه ممثلوها في حالة التشريع وتعبر عنها بصورة مباشرة في طبيعة التعامل(٣١).

ثانياً :القوة الذاتية للطبيعة التعامل

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى البحث عن أساس إلزام طبيعة التعامل في الحاجات ، والمصالح العملية التي تستدعي التزام به، فالثبات والاستقرار الملازم بين المتعاقدين وإيجاد تنظيم يتسمّ بالعدالة بين المجتمع بما يحقق أهداف وتطلعات الصالح العام يستلزم بأن تكون طبيعة التعامل ملزمة في حال غياب الحل الصريح في التشريع وعدم قدرته على التنظيم الكامل والشامل لعلاقات بين المتعاقدين(٣٢) ، ويذهب الباحث مع رأي القائلين بأن يكون التشريع أساسًا لإلزامية طبيعة التعامل إذ لا نقاش في إمكانية إنكار التشريع واللوائح بإلغاء طبيعة التعامل، وإذا كانت طبيعة التعامل تقوم بدور تكميلي فهذا الدور معطاة لها من قبل التشريع ، ويستطيع التشريع بأيّ وقت إلغاء أو تقليل هذا الدور.

الفرع الثاني

نطاق طبيعة التعامل

سنبحث نطاق طبيعة التعامل على النحو الآتي:

أولا: نطاق طبيعة التعامل في العقود والالتزامات

طبيعة التعامل هي في كلّ الأحوال التي تستعمل لحل النزاع المعروض في الدعوى، إذ أنَّ طبيعة التعامل تتعامل بمستويات مختلفة ، ففي العقد تختلف عن الالتزام وأنَّها تختلف من عقد لآخر، وتساعد القاضي في أن يكون أكثر معرفة ودراية بطبيعة الدعوى المعروضة أمامه، فإحالة النص القانوني على طبيعة التعامل تجعل القاضي أكثر معرفه ودراية إذ يتطلب ذلك البحث عن طبيعة التعامل ومعرفتها باستخدام الطرق والسبل المشروعة كافة ، وفي هذا الفرع سوف نتطرق إلى نطاق طبيعة التعامل وعلى النحو الآتي:

١ـ نطاق طبيعة التعامل في نطاق العقود من حيث انعقاده وصحته وتنفيذه بعد الانعقاد :

من حيث الانعقاد :

إنَّ العقد لا ينعقد إلّا بارتباط الايجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، لذلك فأنَّ أثر طبيعة التعامل من جهة الايجاب ، أشارت بذلك المادة (٩٢) من القانون المدني المصري بأنَّه "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فأنَّ ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا إذا لم يتمّ بيان العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل" فهنا الأصل أن الإيجاب ينتج أثره إذا اتصل التعبير عنه بعلم من وجه إليه ومات من صدر منه الإيجاب ، إلّا أنَّ الاستثناء هو إذا تبيّن من طبيعة التعامل أنَّ بموت الموجب لا يمكن ترتيب أثر في إيجابه إذا مات أو فقد الأهلية، وهذا مالم يشر إليه المشرّع العراقي، أمّا من جهة القبول كي ينعقد العقد لابد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فإذا لم يطابق القبول الايجاب لا ينعقد العقد ، إلّا أنَّ حالة وجود تعامل مسبق يكشف عن طبيعة تعامل اعتاد المتعاقدان عليها في معاملاتهم ، جعلت من السكوت قبولا من ضمن حالات خاصة ، كان لطبيعة التعامل السابقة بينهم دور هام في انعقاد العقد ، وهذا ما أشارت إليه المادة(٨١) مدني عراقي .

أمّا نطاق طبيعة التعامل في تنفيذ العقد فتظهر بوضوح في تحديد ما يعدّ من مستلزمات العقد وما يدخل في البيع من دون ذكر، كذلك نطاق طبيعة التعامل في آثار العقد ففي تحديد وبيان الآثار التي تنصرف إلى الخلف العام من عقود ابرمها السلف ، إذ أنَّ بعض الآثار لا تنصرف إلى الخلف العام ، ومن ثمّ ينقضي العقد إذا تبيّن من طبيعة التعامل التي قادت إلى ابرامه بين السلف والمتعاقد الآخر بأن لا تنصرف آثاره إلى الخلف العام استثناء .

٢ـ نطاق طبيعة التعامل في الالتزامات

أشار المشرّع في المادة (٢٤٩) مدني عراقي في تنفيذ الالتزام حين يكون التنفيذ العيني للالتزام فيها غير ممكن من دون تدخل المدين الشخصي ، فأنَّ للدائن الحق في رفض الوفاء من غير المدين ، إذا اقتضت طبيعة

الالتزام أن تكون شخصية المدين محل اعتبار لكفاءة أو لصفة فيه ، وبذلك فأنَّ تنفيذ الالتزام يتوقف على شخص المدين بالذات ، ولا يقبل التنفيذ من غيره .

٣ـ نطاق طبيعة التعامل وتأثيرها في الاوصاف التي تلحق الالتزام :

إنَّ الأصل هو أنَّ الشرط إذا تحقق واقفا كان أم فاسخا له أثر رجعي يستند إلى الوقت الذي تمّ فيه العقد ، إلّا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أنَّ وجود الالتزام أو زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط ، وهذا ما نصّت عليه المادة (٢٩٠) مدني عراقي، كذلك تتضح أهمية طبيعة التعامل في نطاق انتقال الالتزام ففي حوالة الحق جاءت – المادة ٣٦٢ مدني عراقي على أنَّه يجوز للدائن ان يحول إلى غيره ما له من حق على مدينه إلّا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، فهنا لا ينتقل الحق في الحالات التي يكون فيها ذلك الحق متصلا اتصالا وثيقا بشخص الدائن، أو روعيت فيه شخصيته ، كحق الشريك في شركات الأشخاص ، أو حق الدائن في النفقة.

ثانياً: نطاق طبيعة التعامل في المستندات المختلفة

إنَّ نطاق أعمال طبيعة التعامل لا يقتصر على ما يرد في وثيقة العقد، وإنّما يشمل كلّ ما يرد في المستندات التعاقدية[٣٣]، متى كان طبيعة التعامل متوافقة مع النية المشتركة للمتعاقدين من جهة، والغرض المقصود والنص الأمر من جهة أخرى[٣٤] ، بعبارة أخرى فأنَّ نطاق طبيعة التعامل يمتد إلى الشروط الواردة في المستندات التعاقدية السابقة أو اللاحقة التي تعدّ جزءاً من العقد[٣٥].

إلّا إذا ارتكب المتعاقد الذي وضع طبيعة التعامل غشاً أو تدليساً دفع به المتعاقد الآخر إلى القبول بشروط ليس له علم بها ، فإذا ادعى أحد المتعاقدين جهله طبيعة التعامل ، وكي يصل للمطالبة بعدم إعمال طبيعة التعامل في العقد سيما إذا كان قليل الخبرة بالتعاقد ، ولم يتاح له الوقت الكافي لمعرفة طبيعة التعامل في العقود كلّها ، ففي هذه الحالة إذا توفرت لدى القاضي قناعة بصحة قول المدعي ، له أن يحكم بجعل التوقيع الموجود على العقد قرينة غير قاطعة على قراءة المتعاقد للعقد ، وفهمه وعلمه بكلّ شروطه، أي أنَّ التوقيع وإن كان يعدّ قبولاً بالتعاقد، إلّا أنَّه لا يعني العلم بالشروط جميعها الواردة في الوثيقة الموقعة من قبل المتعاقد القليل الخبرة بالتعاقد وذلك لتوفير الحماية له[٣٦].

مما تجدر الإشارة إليه بهذا الصدد أنَّ عد التوقيع قرينة غير قاطعة على العلم بطبيعة التعامل ، تعدّ استثناء وهذا الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ، وإنّما يقتصر على الحالة التي يكون فيها أحد الطرفين متعاقداً قليل

الخبرة بالتعاقد ، ومن أجل حمايته من الشروط التي يضعها أحد المتعاقدين لمصلحته من دون أن يعلم بها المتعاقد الآخر ، فيحكم بعدم أعمالها بحقه ، وهذا خلاف ما هو الحال عليه فيما إذا كان كلا الطرفين محترفين ويمارسان التخصص نفسه ، وكلّ منهما على علم بطبيعة التعامل التي تدرج في العقود، فأنَّ مجرد السماح لأحدهما بالادعاء بعدم علمه من شأنه تحقيق مصلحة هذا الطرف على حساب الآخر، ولذلك فأنَّ الواقع العملي حاول دحض هذه القرينة للمحافظة على استقرار المعاملات وتدعيماً لمبدأ حرية التعاقد(٣٧).

أمّا طبيعة التعامل الواردة في المستندات التعاقدية، فإذا ورد واضحاً لا لبس فيه ولا غموض ومفصلاً ومحدداً للالتزامات، التي تقع على عاتق المتعاقد الآخر، يعمل به مع الأخذ بنظر الاعتبار وجوب إعلام المتعاقد بطبيعة التعامل علماً حقيقياً ورضائه به ، فلا يكفي لإعماله اطلاع المتعاقد عليه من دون أن يكون قد علم به(٣٨).

ويتمّ إعمال طبيعة التعامل المدرجة في المستندات متى ما نصّ في العقد على اعتبار المستندات بما ورد فيها من الشروط جزء من العقد، أو يدرج شرط في العقد ينصّ على إعمال شروط المستندات التي أثبت علم المتعاقد بها، مثال ذلك طبيعة التعامل الذي يقضي بعدم مسؤولية صاحب الفندق عن سرقة الأشياء الثمينة التي يضعها النزلاء في غرفهم(٣٩)، فلإعمال هذا الشرط ينبغي على صاحب الفندق أن يلفت نظر النزيل إلى أنَّ الشروط المكتوبة في لوحة الاعلان بما فيها شرط عدم المسؤولية تعد جزءاً من العقد ، وبخلاف ذلك لا يعمل بالشرط لعدم وجود ما يدلّ على عد هذا الشرط جزءاً لا يتجزأ من العقد(٤٠).

مثال ذلك طبيعة التعامل المدرج في تذكرة السفر الذي ينصّ على عدم مسؤولية الناقل ، إذا لم يعلم به المتعاقد إلّا بعد حجز مقعده ، فأنَّ الشرط لا يعمل به ولا يتقيد المتعاقد به ، سيما إذا تبيّن أنَّ الشرط لم ينشر ولم يوضع في مكان ظاهر بحيث يتمكن من يرغب في التعاقد من الاطلاع عليه ، والعلم به ، ومن ثمّ يعمل به ويصبح ملزمه له(٤١)، ويعدّ المتعاقد في هذه الحالة سيء النية ؛ لأنَّه تعمد عدم ابلاغ المتعاقد الآخر بالشرط الذي قد يكون له أثر في قبول المتعاقد بالتعاقد ، بحيث لو كان يعلم به لما وضع توقيعه على العقد ، ولذلك يعمد محرر الشرط إلى ادراجه في مستندات منفصله عن وثيقة العقد.

وكي يعمل طبيعة التعامل الذي يرد فيها، يجب أن يتفق كلا الطرفين على هذه المستندات اللاحقة، وذلك لاحتمال أن يتضمن هذا الطبيعة تعديلاً للعقد وللالتزامات المترتبة على الطرفين، وبما أنَّ تعديل العقد لا

يمكن أن يتمّ بإرادة جانب واحد وإنّما لابد من اتفاق كلا الطرفين عليه استناداً إلى نص المادة(١/١٤٦) من القانون المدني العراقي ، التي نصّت على أنَّه (إذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلّا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)[٤٢].

ومن النص يتضح أنَّ اتفاق الطرفين على المستند اللاحق يجعله بما ورد فيه من شروط جزءاً من التعاقد ولا يمكن بعد ذلك لأيّ منهما أن يدعي عدم الاعتداد به ، وبناءً على ذلك قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها على أنَّ(الملحق وإن نفت المدعية المميز عليها(المؤمن لها) موافقتها عليه وادعت بطلانه بلوائحها المؤرخة في ١٩٦٧/١٢/٢ و ١٩٦٧/١٢/١٧و ١٩٦٨/٥/٢٣، غير أنَّها كانت قد تمسكت به في لائحتها المؤرخة في ١٩٦٧/١/٢٨، فلا يسمع قولها بعدم الاعتداد به وعلى ذلك فأنَّ الملحق يعتبر جزءاً من عقد التأمين[٤٣] .

وقضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها يتعلق بإحدى المستندات الملحقة بالعقد وهي ايصال الشراء فقد جاء في قرارها (فمن يتذرع بالشرط الوارد فيها ، عليه أن يثبت أنَّ من أرسلت إليه الفاتورة قد أخذ علماً بها وقبلها).

ومما تجدر الإشارة إليه بهذا الصدد أنَّ للمتعاقد أن يعلن رفضه على أعمال طبيعة التعامل المدرج في المستندات اللاحقة ، متى ما تبيّن أنَّ الاضافة أو التعديل لا تتفق مع مضمون العقد.

المطلب الرابع

أحكام طبيعة التعامل في نطاق القانون المدني

سنتناول هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول

أحكام طبيعة التعامل في تصحيح العقد

يسعى المشرّع إلى التقليل من حالات بطلان العقود والحد من آثارها لما يترتب على ذلك من نتائج سيئة تتمثل في زعزعة الثقة المشروعة واستقرار التعامل بين الأفراد، لذلك نجده يحاول لتفادي حالات البطلان وتصحيح العقود كلما امكن ذلك، وقد تجسد ذلك باعتناقه للنظريات التي تسهم في تحقيق هذا الهدف ومن مثل نظرية تحول العقد، ونظرية تصحيح العقد، فطبيعة التعامل في القانون المدني تسهم في التصحيح العقد هو إحدى الوسائل لتفادي الحكم ببطلان العقد وله صور عـدّة:

فقد يتمّ التصحيح عن طريق طبيعة التعامل قد يكون بتغيير عنصر من عناصر العقد، فإذا كان الأخير معيباً بما يهدده بالبطلان ، فمن الممكن تصحيحه باستبدال العنصر المعيب بعنصر آخر جديد يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً[٤٤]، فمن يشتري شيئاً معتقداً خطأً له قيمة أثرية يكون قد وقع في غلط يعطيه الحق في نقض العقد، إلّا أنَّ مدعي الغلط يبقى ملزماً بالعقد إذا ما أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد وفقاً لطبيعة التعامل ، بأن عرض تسليم الشيء الذي انصرفت إليه نية مدعي الغلط، وفي الاستغلال يجوز في عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف المستغل دعوى الابطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن ، فعرض ما يكفي لرفع الغبن هو ادخال عنصر جديد في العقد يؤدي إلى تصحيحه، وكذا الحال في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل في بيع العقار المملوك لناقص الأهلية إذا كان في البيع غبن يزيد على الخمس، ويعد تصحيحاً لعقد القسمة إكمال نصيب المتقاسم المغبون ما نقص من حصته إذا لحقه غبن يزيد على الخمس.

فتصحيح العقد على وفق الصورة السابقة هو تغيير عنصر من عناصر العقد المعيبة بعنصر جديد ينقله من دائرة البطلان إلى دائرة الصحة والنفاذ عن طريق طبيعة التعامل .

وقد يتمّ تصحيح العقد بانتقاص الجزء المعيب منه، فإذا كان العقد يحتوي على شقٍ باطل وآخر صحيح، فمن الممكن تصحيحه بإزالة الشق الباطل إذ تستقر الصحة في الشق الصحيح من مثل تخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧% ، وتخفيض الأجل الاتفاقي للبقاء في الشيوع إلى خمس سنوات.

الفرع الثاني

أحكام طبيعة التعامل في المحافظة على طبيعة العقد

سنقسم هذه الفرع على النحو الآتي:

أولاً: إزالة التعارض بين عبارات العقد

يعني التعارض وجود تضارب بين المعنى الحرفي للألفاظ ونية المتعاقدين ، كأن يوجد أكثر من شرط في العقد ، ويحدث بينهما تعارض ، أو قد تبدو شروط الاتفاق واضحة ومحددة بالنظر إلى كلّ شرط بصورة منفردة، ولكن عند تقريبها من بعضها ، يظهر تعارضها بعضها مع بعض[٤٥]، أو مع المفهوم العام للعقد والغرض الاقتصادي منه، ولا يمكن إزالة هذا التعارض إلّا بالتفسير ، إذ تغلب النية المشتركة للمتعاقدين على التعبير المادي عنها[٤٦].

ومن أجل استظهار نية الطرفين الحقيقية بشأن هذا التعارض، يقوم القاضي بمحاولة التوفيق بين الشروط المتعارضة عن طريق طبيعة التعامل ، فإذا تمكن من ذلك يعمل بهما معاً ، لتعبيرها عن النية المشتركة ، مثال ذلك لو تضمن عقد البيع شرط ينص على أن يتحمل البائع نفقات تسليم المبيع ثمّ ورد في العقد شرط أخر

ينص على ان نفقات التسليم على المشتري إزاء هذا التعارض يتعيّن على القاضي التوفيق بين الشرطين في تفسيره ، بأن يتحمل البائع نفقات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم ، ونفقات الوزن والقياس والعدد والكيل إذا كان المبيع مما يفرز بإحدى الوسائل وما سواها من النفقات اللازمة لتسليم المبيع ، أمّا تفسير الشرط الثاني فيعني أن يتحمل المشتري نفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى السيارة النقل المجهزة من قبل المشتري بحسب طبيعة التعامل(٤٧).

هذا يعني إذا حدث تعارض بين شرطين مدرجين في وثيقة العقد كلاهما واضح ، وكان أحدهما شرطاً مألوفاً مكتوباً بخط اليد، والآخر مطبوعاً ، ينبغي على القاضي أن يزيل هذا التعارض فأنَّ تمكن من ذلك عن طريق طبيعة التعامل من دون ترجيح أحد الشرطين ، وجب عليه تطبيق كليهما(٤٨).

أمّا إذا لم يستطع القيام بذلك فيجب عليه ترجيح الشرط المخطوط على المطبوع ؛ لأنَّه محل نقاش بين الطرفين ، وتكون إرادتهم فيه ملحوظة ، وبإيرادهم للشرط المخطوط بصورة تتعارض مع الشرط المطبوع ، يكونان قد قصدا تعديله على النحو الوارد بالشرط المخطوط ، وأنَّ هدف الطرفين من هذا الشرط هو التنازل عن حكم الشرط المطبوع.

أمّا إذا حدث تعارض بين شرطين واضحين أحدهما شرط وارد في وثيقة العقد ، والثاني مدرج في مستندات التعاقد فعن طريق طبيعة التعامل ، يتم الترجيح يؤخذ بالشرط الذي يرد في وثيقة العقد ، متى ما أثبت المتعاقد الآخر عدم علمه بالشرط الوارد في المستندات(٤٩).

ثانياً/ أثـر طبيعة التعامل في إكمال نطاق العقد

يقصد بإكمال نطاق العقد(٥٠) قيام القاضي بإضافة التزامات إلى مضمون العقد على وفق المعايير التي وضعها المشرّع(٥١).

فنطاق العقد لا يقتصر على ما ورد فيه من حقوق والتزامات نشأت عن اتفاق الطرفين؛ بل يمتد ليشمل كلّ ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام(٥٢).

وقد اناط المشرّع سلطة إكمال نطاق العقد وسد النقص الذي يعتريه للقاضي ، وأصبحت من ضمن السلطات التي تتمتع بها إزاء مضمون العقد ، إلى جانب سلطته في تفسير العقد ، وتكيفه عن طريق طبيعة التعامل ، والحقيقية أنَّ هناك ترابطاً وثيقاً بين هذه السلطات الثلاث ، فتحديد مضمون العقد يقتضي أن يقوم القاضي باستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين من العبارات الواضحة ، أو من التفسير بالنسبة للعبارات الغامضة ، من ثمّ يقوم بإعطاء الوصف القانوني الصحيح(٥٣)، كي يستطيع رسم صورة واضحة لما ينشأ عنه من التزامات ، أي أنَّ القاضي عندما ينتهي من تفسير العقد وتكييفه ينتقل إلى إكمال النقص الذي يتركه

المتعاقدان في عقدهما ، وهو عندما يقوم بذلك لا يتوقف على طلب من أحد المتعاقدين[٥٤] فكثيراً ما يتفقون على المسائل الجوهرية دون المسائل الثانوية.

وعدم الاتفاق على المسائل الثانوية أو التفصيلية لا يؤثر في صحة العقد ، لأنَّ المشرّع أجاز انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية فقط ؛ إلّا أنّنا سوف نكون أمام عقد لم يضع تنظيماً للمسائل كافة ، التي لابد من مواجهتها ، من ثمّ تظهر الحاجة لإكمال العقد ، وهذا ما نصّت عليه المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي ، التي جاء فيها (وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أنَّ العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعدّ العقد قد تم ، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فأنَّ المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة)[٥٥].

وهذا ما نصّت عليه أيضاً المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (لايقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكنّ يتناول ما يعدّ من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام)[٥٦] ، ومن النصوص أعلاه يتضح أنَّ القاضي يكمل النقص الموجود في المسائل الثانوية ، التي نتيجة سهواً ، أو عمداً لم ينظمها المتعاقدان ، إذ قد يصعب عليهم في كثير من الأحوال تنظيم العلاقة التعاقدية بكلّ تفاصيلها ، وإنّما يتركان بعض التفصيلات إما لأنَّهم لا يتوقعونها أو لجهلهم بها ، أو لعلمهم بها ، وتجنب ذكرها في العقد[٥٧].

ولذلك يتمّ إكمال هذه التفصيلات بالاستناد إلى الوسائل التي أشارت إليها المادتان السابقتان ومنها طبيعة التعامل ، أي يتمّ الرجوع أولاً إلى نصّ القانون الأمر، والمفسر، وإن لم يجد القاضي حلاً اتجه شطر العرف ، فقد يسهم في تحديد مضمون العقد ، فالعرف بمثابة الشروط المشروعة التي يتوجب على القاضي الأخذ بها ، مثال ذلك بيع السيارة يتضمن تسليم ملحقات جرى العرف بوصفها من ضمن البيع كالاطار الاحتياطي وعدة المفاتيح(٣)، فله أيضا الاستعانة بقواعد العدالة[٥٨]، وإن لم تساعده قواعد العدالة اتجه إلى طبيعة الالتزام ، إذ تفرض هذه الطبيعة التزاماً لم يتطرق إليه الطرفان؛ لأنَّه من مفهوم التصرف ولا يحتاج إلى إعادة ذكر ، كالالتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص[٥٩].

ومن طرح المعايير السابقة يتبين لنا أنَّ القاضي إذا لم يسعفه نصّ القانون والعرف اتجه نحو طبيعة التعامل ، مما يعني معه أنَّ دور طبيعة التعامل لا يقتصر على تفسير عبارات العقد الغامضة وإنّما يمكن الاستعانة به لإكمال العبارات الناقصة ، أي أنَّ طبيعة التعامل يضاف إلى العقد ليكمل النقص الموجود في مضمونه وإن لم يدرج فيه .

مما تجدر الإشارة إليه أنَّ بعض الفقه ذهب إلى أنَّ القاضي حينما يكمل العقد بالوسائل السابقة ومنها طبيعة التعامل، فأنَّه يستند في ذلك إلى إرادة المتعاقدين ؛ لأنَّ العقد تصرف قانوني إرادي ، ومن المفروض أن تهيمن الإرادة على مسائله كافة سواء المتعلقة بإنشائه أو ترتيب آثاره ، ولا يمكن لإرادة خارجة عن إرادة المتعاقدين أن تتولى تنظيم أي جانب من جوانب العلاقة التعاقدية ، ولذلك عندما يقوم القاضي بإضافة التزام إلى مضمون العقد، فأنَّه يقوم بتكملة الإرادة الناقصة.

بينما ذهب الآخرون وهو ما نميل إليه ، إلى إنَّ إكمال نطاق العقد عملية قانونية تستند إلى معايير موضوعية مجردة عن إرادة المتعاقدين ، فالقاضي لا يبحث فيما يحتمل أن يريده الطرفان لو أنَّهم واجهوا المسألة محل البحث ولا يسعى لتحديد إرادتهم المفترضة وإنّما يسعى لتحديد مايمكن أن يستنتج من العقد من الناحية الموضوعية.

ثالثاً: تقليل حالات بطلان العقد

تسهم طبيعة التعامل في تقليل حالات بطلان العقد ، وهذا ما نصّ عليه المشرّع العراقي في المادة ٥٢٨ من القانون المدني العراقي (إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أنَّ المتعاقدين نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما).

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة _طبيعة التعامل في القانون المدني العراقي— يمكن أن نوجز أهم نتائج هذا البحث بما يأتي:

١- تكتسب طبيعة التعامل صفة الالزام من اتفاق الطرفين عليه صراحة أو ضمناً ، فأنَّ الزاميته تقتصر على العقد الذي ورد فيه دون العقود الأخرى .

٢- طبيعة التعامل الوارد في العقد يعمل به متى ما تبيّن توافقه مع النية المشتركة للمتعاقدين ومع الغرض المقصود من التعاقد ومع النص القانوني الأمر .

٣- إذا تعارضت طبيعة التعامل مع الغرض المقصود من المتعاقدين فأنَّ الشرط يهمل والغرض يرجح ؛ لأنَّ الشرط وسيلة والغرض غاية، وعند تعارض الوسيلة مع الغاية ترجح الغاية .

٤- إنَّ نطاق أعمال طبيعة التعامل لا يقتصر على وثيقة العقد وإنّما يشمل طبيعة التعامل الواردة في نطاق الالتزام ، وكذلك في أوصاف الالتزام.

٥- إنَّ الأثر المترتب على إعمال طبيعة التعامل الصحيح يظهر عندما يتبين للقاضي أنَّ هذه طبيعة معبر عن النية المشتركة للمتعاقدين ، فيؤخذ به عند تفسير العقد ، على أن يراعي عند القيام بذلك ، توافق طبيعة التعامل مع عبارات العقد وشروطه ، التي يفسر بعضها بعضاً.

ثانياً: التوصيات

١- ندعو مُشرّعنا العراقي الموقر وعلى السواء في القانون المدني إلى بيان دور طبيعة التعامل ، وإخراجه من دائرة إعماله الضيقة إلى مجال أكثر وسعًا ، وتنظيمه بنصوص آمرة يتمّ إعمالها بصفة أصيلة دونما الحاجة إلى البحث عن حالة عدم اتفاق المتعاقدين لاسيما في ضروب التعاقد ، التي تزخر بالمسائل التفصيليّة والثانويّة ، التي لا يعر المتعاقدان شأنًا لها ، أو يتغافلا عنها بسبب دخولهم إلى عتبة التعاقد لأول وهلة.

٢- نهيب بمُشرّعنا العراقي الموقر أن يعيد الصياغات التشريعيّة التي تُعدّ في صور طبيعة التعامل، مثل الظروف الخارجيّة وملابسات التعاقد، وإكمال العقد ، وتفسيره وتوحيدها تحت مسمى واحد، وهو (قواعد طبيعة التعامل) وذلك تمهيدًا للقاضي في الرجوع إليها وإنفاذ أحكامها على النزاعات المطروحة أمامه.

٣- ندعو مُشرّعنا العراقي الموقر أن يورد تصنيفًا علميًا لطبيعة التعامل بحسب وظيفته من كونه مفسرًا أو محددًا أو مكملًا بعيدًا من سرد الأمثال والحالات التي لا يمكن حصرها.

المصادر والمراجع:

[١]) معجم عربي عربي
https://www.almaany.com/ar/dict

[٢]) معجم عربي عربي
https://www.almaany.com/ar/dict

[٣]) بهذا المعنى د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد،- انعقاد العقد ج١، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٧، ص٤١٦.

[٤]) د. عوض احمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، ط٢، عمان، دار وائل، ٢٠٠٣ ، ص١٤٢.

[٥]) بهذا المعنى د. أنور سلطان،مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، مصدر، ١٩٨٣، ص١٤٢-١٤٣

[٦]) د. حسن علي الذنون ، د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام(دراسة مقارنه بالفقه الاسلامي والمقارن، ج١،ط١، عمان، دار وائل للنشر ، ٢٠٠٢،ص١٧٣.

[٧]) الخلف العام : هو من يخلف غيره بذمته المالية كلّها أو جزء شائع منها، أمّا الخلف الخاص: فهو من يخلفه سلفه بشي معين بذات أو حقاً عينياً، د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي العراقي، ج١، ١٩٨٠، ص١٤٤.

[٨]) تقابلها المادة(١٤٥) مدني مصري ، مادة (٢٠٦) مدني اردني،

[٩]) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقًا لقواعد الاثبات، دراسة فقهيّة وقضائيّة، النسر الذهبي للطباعة، بدون مكان وسنة طبع، ص٣٩.

[١٠]) بهذا المعنى ،محمد بن احمد السرخسي ،المبسوط، بيروت، دار المعرفة، ١٤٠٩هـ.١٩٨٩م، ص١٤

[١١]) مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام، ط١، دمشق دار القلم، ١٩٩٨، ص٨٦٦

[١٢]) بهذا المعنى د. عبد العزيز الخياط ، نظرية العُرف ، عمان، مكتبة الأقصى ، ١٩٧٧ ، ص٥٧.

[١٣]) المادة ٩٢ مدني مصري، المادة٩٢ قانون الليبي والمادة ١٥٣ قانون اليمني

[١٤]) تشكلت الهيأة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ٢٩/ربيع الأول/١٤٣٦ هـ الموافق ٢٠١٥/١/١٩م برئاسة نائب الرئيس السيد سعدي صادق وعضوية القضاة السادة كامل شهاب وعاد هاتف و د.محمد رجب وجاسم داود وجليل خليل وزيدون سعدون ، ومثنى احمد وحجاب ابراهيم ، ونعمان كريم المأذونين بالقضاء باسم الشعب ، وأصدرت القرار الآتي:-

المميز/(ز.ق ا)/وكيله المحامي (ع.ا.)

المميز عليه/مدير عام المنتوجات النفطية في كركوك/ اضافة لوظيفته

ادعى المدعيان (ز.ق) و(م.ع) لدى محكمة بداءة كركوك انه سبق وان تعاقدا مع شركة توزيع المنتجات النفطية التابعة لدائرة المدعى عليه الأول وزير النفط/ اضافة لوظيفته على تشييد المحطة المقامة على القطعة المرقمة٢٥٦/٢٥٩مقاطعة ١٨بايجي/محافظة كركوك وقاما بتشييد المحطة متكاملة على نفقتها الخاصة بمبلغ٧٥٠,٠٠٠,٠٠٠مليون دينار ونفذا كافة التزامها التعاقدية وبعد أن أصبحت المحطة جاهزة للعمل لم تحصل الموافقة من قبل المدعى عليهما/اضافة لوظيفتهما على تشغليهما لذا طلبا الحكم بالزام المدعى عليهما/ اضافة لوظيفته بالموافقة على تشغيل المحطة بعد تجهيزها بالمنتجات النفطية اللازمة وفق العقد المبرم بين الطرفين والضوابط المبينة فيه ابطلت المحكمة الدعوى عن المدعي (م. ع.ق)، وطلب وكيل المدعي (ز.ق.ا) صرف النظر عن المدعى عليه وزير النفط/إضافة لوظيفته وحصر دعواه بالمدير العام لشركة المنتجات النفطية/اضافة لوظيفته فقد اصدرت المحكمة بعدد١٠٨٦/ب/٢٠١٣وبتاريخ٢٠١٣/١١/٢٥ حكماً حضورياً برد دعوى المدعي بحق المدعى عليه/اضافة لوظيفته وابطال دعوى بالنسبة للمدعى عليه وزير النفط/اضافة لوظيفته مع تحميله المصاريف .طعن وكيل المدعي بالحكم تمييزاً بلائحته المؤرخة ٢٠١٣/١١/٢٧اعيد الحكم منقوضاً بموجب قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد٦٢/الهيأة المدنية منقول/٢٠١٤ في ٢٠١٤/١/١٤واتباعاً للقرار التمييزي، أصدرت المحكمة بتاريخ٢٠١٤/٣/٢٣حكماً حضورياً برد دعوى المدعي وتحميله كافة المصاريف .طعن وكيل المدعي بالحكم تمييزاً بلائحته المؤرخة في٢٠١٤/٤/٣.نقض الحكم تمييزاً بعدد ٦٦٥/م.منقول/٢٠١٤ في٢٠١٤/٥/٥ اصدرت ذات المحكمة في٢٠١٤/١١/٢٣حكماً حضورياً يقضي بالإصرار على حكمها السابق المؤرخ٢٠١٤/٣/٢٣والحكم برد دعوى المدعي بحق المدعى عليه الثاني ، وتحميله المصاريف واتعاب لوكيلي المدعى عليه/اضافة لوظيفته الموظفين الحقوقين(ق.ع) و(م.ع ال)مبلغاً مقداره(خمسمائة الف دينار) توزع بحسب النسب وابطال الدعوى بالنسبة للمدعى عليه الأول/وزير النفط/اضافة لوظيفته طعن وكيل المدعي الأول بالحكم تمييزاً بلائحته المؤرخة ٢٠١٤/١١/٢٧ كما طلب عرضها على الهيأة الموسعة .

القـرار

*********// لدى التدقيق والمداولة من الهيأة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد أنَّ الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته القانونية ، فقرر قبوله شكلاً ، وعند النظر في الحكم البدائي المميز فقد وجد أنَّه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون ذلك أنَّ إصرار المحكمة على حكمها المنقوض بالقرار التمييزي عدد٦٦٥/هيئة مدنية منقول/٢٠١٤في٢٠١٤/٥/٥كان في غير محله على الرغم من انه واجب الإتباع كما تقضي بذلك المادة(٢/٢١٥) من قانون المرافعات المدنية لأنَّه يتعلق بإجراءات أصولية منها الخصومة فكان المقتضي الاستعانة بأهل الخبرة وإذا ثبت للمحكمة أنَّ مستلزمات تشغيل محطة تجهيز الوقود متوفرة فيكون لدعوى المميز/المدعي سند من القانون اذ يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام عملاً بأحكام المادة(١٥٠) من القانون المدني إذ أنَّ المحكمة قد خالفت وجهة النظر القانونية المتقدمة في حكمها المميز ما أخل بصحته عليه قرر نقضه وإعادة إضبارة الدعوى لمحكمتها لإتباع ما تقدم واصدار الحكم وفق القانون على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالأكثرية في٢٩/ربيع الأول/١٤٣٦هـ الموافق ٢٠١٥/١/١٩م.

[١٥]) المادة ٨٦ مدني عراقي وتقابلها المادة (٩٨) مدني مصري.

[١٦]) المادة (١٥٠) مدني عراقي يقابلها المادة (١٤٨) مدني مصري .

[١٧]) المادة (١٤٢) مدني عراقي يقابلها المادة ١٤٥ مدني مصري.

[١٨]) وتقابلها المادة (٢٠٨) مدني مصري.

[١٩]) يقابلها المادة (٢٧٠) مدني مصري .

[٢٠]) ويقابلها المادة (٣٠٣)مدني مصري.

[٢١]) بهذا المعنى د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد،- انعقاد العقد ج١، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٧، ص٤١٦.

[٢٢]) بهذا المعنى د. أنور سلطان،مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، مصدر، ١٩٨٣، ص١٤٢-١٤٣

[٢٣]) المادة(١٥٥-١٦٢) من القانون المدني العراقي.

[٢٤]) د. عبد الفتاح حجازي، ازمة العقد(دراسة مقارنه) ، اطروحه دكتوراه ، جامعة بغداد، كلية القانون،١٩٩٩، ص١٨٤.

[٢٥٢٥]) د. احمد شرف الدين، نظرية الالتزام، ج١ ، مصادر الالتزام، دون مكان نشر، ٢٠٠٣، ص٢٨٢.

[٢٦]) بهذا المعنى د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٢٠٤.

[٢٧]) د. مصطفى الحمال، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧، ص٢٢٢.

[٢٨]) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، دون مكان نشر، ١٩٩٩، ص١٥٠.

[٢٩]) ينظر: د. حسن كيره ، المدخل إلى القانون – الاسكندرية – منشأة المعارف – ١٩٧٤ ، ص٢٦٨.

[٣٠]) ينظر: بهذا المعنى ادريس العلوي ، المدخل لدراسة القانون، ج١(نظرية القانون)، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ١٩٧٥، ص٥٨٩ .

[٣١]) يراجع محمد علي إمام ، محاضرات في نظرية القانون ، القاهرة ، ١٩٥٧ ، ص٣٦٢

[٣٢]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري وحشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، ١٩٤١م ، فقرة ٧٥ ، ص٢٦٦ .٢٦٧ .

[٣٣]) يتم تبادل المستندات والوثائق عند التعاقد بين طرفي العقد التي تتضمن عروضاً خاصة بالسلع والخدمات ومواصفاتها ومميزاتها وهي مرجع عند الخلاف بين المتعاقدين وقت تنفيذ العقد . انظر د. عبد الفتاح بيومي – مصدر سابق – ص ٥٤ .

[٣٤])) د.برهان رزيق – نظرية العقد في القانون المدني والاداري – الاسكندرية – منشأة المعارف – ٢٠٠٥ ،ص ٨١ .

[٣٥]) في وثائق العقد – د. مصطفى الجمال ، أصول التأمين (عقد الضمان) ط١– بيروت – لبنان – منشورات الجلبي الحقوقية – ١٩٩٩ ، ص ٤١٨ ، ٤٢٢ .

[٣٦]) د. اسماعيل المحاقري ، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط المجحفة فيها – بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية – السنة السادسة عشر – العدد الأول والثاني – ١٩٩٢، ص ٣٠٢ .

[٣٧]) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها (أنَّ فكرة بطلان الشروط التعسفية لا يمكن إثارتها في عقد تم بين مهنين) الدائرة المدنية لمحكمة النقض – ١٩٩٣ – نقلاً عن ،د. جابر محجوب علي – سلامة المشتري من اضرار المنتجات الصناعية المبيعة – القاهرة – دار النهضة العربية – ١٩٩٥ – ص ٧١ .

[٣٨]) د. احمد سعيد الزقرد – نحو نظرية عامة لصياغة العقود – بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية – العدد ٤ – سنة ٣٠ – ٢٠٠٦ –ص٢٠٢.

[٣٩]) د. مجيد حميد العنبكي ، مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي ، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين – المجلد الرابع – العدد الخامس – ٢٠٠٠ ، ص١٢٥.

[٤٠]) د. مصطفى الجمال – مصدر سابق – ص ٤٢٠ .

[٤١]) د.شيماء مصطفى احمد ، عقد الاذعان – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة النهرين – ٢٠٠٠ – ص٣٧و٣٨.

[٤٢]) انظر م (١/١٤٧) مدني مصري ، م(٢١٤) مدني يمني –م(٢٤١) مدني اردني – م(١٠٦) مدني جزائري – م (١١٣٤)مدني فرنسي .

[٤٣]) قرار محكمة التمييز رقم ٢٩١، استئنافية، ١٩٦٩ بتاريخ ١٩٧٠/٨/١٧ ، النشرة القضائية – ع٣ –السنة الأولى – ١٩٧١ – ص ١١٣ .

[٤٤]) د. انور سلطان، مصادر الالتزام – الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية _ بيروت، ١٩٨٣، ص١٩٠.

[٤٥]) د. مصطفى العوجي – القانون المدني – ج١ – العقد –ط١ – بيروت – لبنان – مؤسسة بحسون –١٩٩٥– ص٦٥٠.

[٤٦]) د. عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن – اطروحة دكتوراه – حقوق الاسكندرية – منشأة المعارف – ط١ – ١٩٨٥ – ط٢ – ٢٠٠٢ ، ص٥٧

[٤٧]) د. السنهوري – الوسيط –ج٤ – مصدر سابق –ص٨٤٩و ٨٥١.

[٤٨]) د. برهان زريق – مصدر سابق –ص٩٢.

[٤٩]) د. محمد خليفة سعد – عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشيد والبناء –القاهرة – دار النهضة العربية –٢٠٠٤– ص٧١.

[٥٠]) يختلف الاكمال عن التفسير ، في أنَّ التفسير تبرز اهميته إذا كان التعبير غامضاً لايفصح عن قصد المتعاقدين ، لذلك يشرّع القاضي للبحث عما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين ، من أجل استجلاء المعنى الذي يهدفان إليه ، أو الاكمال فيفترض وجود نقص في تنظيم العقد ، فيعمل القاضي على اكماله ، بأن يضيف إلى النية المشتركة مالم تتناوله إلّا أنَّه يعد من مستلزماته . انظر د.السنهوري – الوسيط –ج١–مصدر سابق –ص٨٣٦.

ب– في التفسير يتوصل القاضي إلى إزالة الغموض الذي يكتنف نصوص العقود بالرجوع إلى عبارات العقد وشروطه ، لذلك فالالتزام الذي يتقرر وجوده في العقد عن طريق التفسير يمكن ردّه إلى لفظ أو جملة في العقد ، أمّا الاكمال فأنّه لايقتصر على ما قصده المتعاقدان ، بل يتجاوز إلى ترتيب التزامات جديدة وإن لم يتفق الطرفان عليها صراحة ، أو ضمناً ،بعبارة أخرى أنَّ اكمال نطاق العقد يعني اضافة التزامات لايمكن ردها إلى العقد نفسه ، بل تضاف استناداً إلى عوامل خارجية عنه ، انظر جميل الشرقاوي – مصدر سابق –ص٢٠٤.

[٥١]) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي – نطاق العقد – اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون –جامعة بغداد – ٢٠٠٦–ص١٤

[٥٢]) د. سعيد سعد عبد السلام – مصدر سابق –ص٢٢٦–٢٢٧.

[٥٣]) د. انور سلطان – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ج١– دار المعارف –١٩٦٥–ص٣٤٥ ، د. محمد حسين عبد الظاهر – مصدر سابق –ص٢٢–٢٣

[٥٤]) د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – مصر – ١٩٥٣– ص١١٢.

[٥٥]) من القانون المدني المصري – م(٢/١٠٠) من القانون المدني الاردني – م(١٥٧) من القانون المدني اليمني – م (٦٥) من القانون المدني الجزائري .

[٥٦]) انظر م (٢/١٤٨) من القانون المدني المصري – م(٢/٢٠٢) من القانون المدني الاردني – م (٢١٥) من القانون المدني اليمني – م (١٠٧) من القانون المدني الجزائري – م(١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي.

[٥٧]) قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها (إذا اتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية جميعها واحتفظا بالمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أنَّ العقد لايتم إلّا عند الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم واذا قام خلاف على المسائل التي ارجى الاتفاق عليها ، كان لهما اللجوء إلى المحكمة للفصل فيه). الطعن رقم ١٨٨ لسنة ٤٩ ق –جلسة ١٩٨٣/٣/٢٩ – س٣٤–ص٨٥ ، د. معوض عبد التواب – المرجع –ج١ مصدر سابق –ص٢٢٤ ، وقضت أيضاً (أن تحديد نطاق العقد منوط بما اتجهت اليه إرادة عاقديه ومايعتبر من مستلزماته وفقاً للقوانين المكملة والمفسرة والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام). طعن رقم ٩٩ لسنة ٥٣ق – جلسة ١٩٨٤/٣/٥ –ص٦١٧ د. احمد سعيد شعلة –مصدر سابق –ص٧٣.وانظر بهذا الصدد نقض مدني مصري – طعن رقم ٤٢٨١ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٧/٥/٥.

[٥٨])كما في التزام العامل بعدم البوح بأسرار العمل الصناعية لمصنع منافس وغير ذلك ، مما يلزم المتعاقدان من غير ذكر طالما تقتضيه قواعد العدالة –د. محمود جمال الدين زكي – مصدر سابق –ص٣١٣–٣١٤– د. احمد محمود سعد – مصادر

الالتزام في القانونين المدنين المصري واليمني – القاهرة – دار النهضة العربية – ص٦٨٦و٦٨٧.- د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة – مصدر سابق – ص٥٧١و٥٧٢.

[٥٩]) د. السنهوري – الوجيز في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام – القاهرة – دار النهضة العربية -١٩٦٦- ص٢٣٧.