بنود العقد في القانون الإنكليزي
دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي-(*)-

د. يونس صلاح الدين علي
مدرس القانون الخاص
قسم القانون/ جامعة جيهان

المستخلص

تكون العقد من أنواع عديدة من البيانات والوعود والاشتراطات التي يمكننا أن نصنفها مع بعضها البعض تحت عنوان (بنود العقد). وقد تكون البنود صريحة أو ضمنية وتجدر الإشارة إلى أن بنود العقد تحدد نطاق أو مدى حقوق وواجبات كل طرف من الأطراف المتعاقدة. ويمكن أيضا تضييق بنود العقد في القانون الإنكليزي إلى شروط وبنود ضامنة وبنود غير مسماة. فالشروط هي بنود تعاقدية على درجة كبيرة من الأهمية إذ ترتبط ارتباطا وثيقا بجوهر العقد، وتعد بمثابة (قلب العقد). أما البنود الضامنة فهي بيانات تعاقدية تكون على درجة أقل من الأهمية، ولا تعد أمرا جوهريا أو حيويا لتحقيق الغرض الأساس من العقد في تعد البنود غير المسماة بمثابة بنود وسيطة.

ونظم القانون المدني العراقي الشروط التي تقترن بالعقد وصنفها إلى شروط صحيحة وفاسدة وباطلة.

Abstract

It is worth-bearing in mind that the contract is made up of various statements, promises and stipulations, which are grouped together under the word (terms). The term may be express or implied.

(*) أستلم البحث في ٢٠١٣/٤/٩ *** قبل للنشر في ٢٠١٣/٥/٥.

It is to be also that the terms of the contract determine the extent of each party's right and duties.

The terms of the contract can also be classified into conditions, warranties and innominate terms. Conditions in the English law are so important terms that they are closely related to the essence of the contract and considered as the heart of the contract. The warranties are contractual statements of lesser importance and they are not regarded as vital or essential to realize the main purpose of the contract, whereas innominate terms are considered as intermediate ones.

It should also be noted that the Iraqi civil law has organized the conditions associated with the contract, and classified term into valid, corrupt and void conditions.

المقدمة

وتتضمن النقاط الآتية.

أولا: مدخل تعريفي بموضوع البحث.

يتكون العقد في القانون الإنكليزي من ثلاثة أركان هي التراضي والنية التعاقدية ومقابل الالتزام بالوعد. وتكون هذه الأركان عادة ما تكون قوام العقد البسيط. في حين يتطلب إنعقاد العقد الشكلي توفر ركن الشكلية فضلا عن الأركان الثلاثة المذكورة سابقاً. إلا أن تركيزنا في هذه الدراسة سوف ينحصر في العقد البسيط (simple contract) الذي يتحدد مضمونه بالبنود التعاقدية التي يتضمنها أو التي تقترن به وهذه البنود تكون إما صريحة أو ضمنية. ويتكون هذان النوعان من أنواع عديدة وتقسيمات فرعية. ويتركز محور هذه الدراسة كذلك في المقارنة بين بنود العقد في القانون الإنكليزي والشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي أو ما يعرف بالشروط التقييدية لوجود كثير من أوجه الشبه

بينهما. ويعد مضمون العقد في القانون الإنكليزي بما يتضمنه من بنود تعاقدية من المواضيع المهمة في هذا القانون ويقابله أثر العقد من حيث المضمون والشروط التي تقترن بالعقد في القانون المدني العراقي. في حين أن مبدأ خصوصية العقد في القانون الإنكليزي يقابله مبدأ نسبية العقد من حيث الأشخاص في القانون المدني العراقي، وتجدر الإشارة كذلك إلى أهمية تفسير بنود العقد في القانون الإنكليزي. فتفسير هذه البنود غالبا ما يحدد طبيعتها القانونية. فضلا عن ذلك فإن لكل نوع من أنواع هذه البنود التعاقدية وسائل ومعايير خاصة لتفسيرها.

ثانيا: أسباب اختيار موضوع البحث.

١- ندرة الأبحاث والدراسات القانونية المعمقة ولاسيما المقارنة منها مع القانون الإنكليزي. إذ لحظنا قلة الدراسات المقارنة التي يجريها الباحثون القانونيون في العراق التي يكون محورها المقارنة بين القانون الإنكليزي من جهة والفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي من جهة أخرى لوجود كثير من أوجه الشبه بينهما.

٢- محاولة إجراء دراسة مقارنة معمقة بين بنود العقد في القانون الإنكليزي والشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي.

ثالثا: نطاق البحث.

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على مضمون العقد في القانون الإنكليزي وما يتضمنه من أنواع متعددة من البنود التي تقابل الشروط التي تقترن بالعقد أو ما يعرف بالشروط التقييدية بأنواعها.

رابعا: صعوبات البحث.

تنحصر صعوبات البحث في قلة المصادر والأبحاث والدراسات القانونية التي تتعلق بالقانون الإنكليزي، ولا سيما دراسة القانون الإنكليزي من الباحثين والأكاديميين القانونيين في العراق. إذ يكون من النادر ما يمكن الحصول على محور دراسة قانونية مقارنة القانون الإنكليزي بالقانون العراقي.

خامسا: منهجية البحث.

تتركز هذه الدراسة على أساس منهج البحث القانوني التحليلي المقارن. فهي تتمحور على القانون الإنكليزي (الذي يمثل بقانون العقد الإنكليزي) بوصفه محوراً أساساً مع مقارنته بالقانون المدني العراقي على وفق الأساس العام والفقه الإسلامي في بعض الجوانب بوصفها نظم قانونية مقارنة.

سادسا: هيكلية البحث (خطة البحث).

في ضوء ما تقدم فإننا سوف نقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث على وفق ما يأتي:

١- المبحث الأول: التعريف ببنود العقد في القانونين الإنكليزي والمقارن.

٢- المبحث الثاني: تصنيف بنود العقد في القانونين الإنكليزي والمقارن.

٣- المبحث الثالث: تفسير بنود العقد في القانونين الإنكليزي والمقارن.

المبحث الأول

التعريف ببنود العقد في القانونين الإنكليزي والمقارن

يحتاج العقد في القانون الإنكليزي لينعقد صحيحا إلى توفر ثلاثة أركان[١] هي: التراضي (والذي يتحلل بدوره إلى إيجاب وقبول) فضلا عن النية التعاقدية ومقابل

(١) تجدر الإشارة إلى أن أركان العقد في القانون الإنكليزي وهي: التراضي (consent) والنية التعاقدية (contractual intention) ومقابل الالتزام أو العوض (consideration) لا تعد جميعها تسميات مرادفة أو مجرد اختلاف مسميات مع أركان العقد في القانون المدني العراقي وهي: الرضاء والمحل والسبب. فإذا كان الرضاء ركنا مشتركا في العقد بمقتضى القانونين، وإن مقابل الالتزام أو العوض يقابل ركن السبب في النظرية التقليدية، الذي يتمثل بالسبب القصدي أو سبب الالتزام، فإن المقارنة قد تدق فيما يخص ركن النية التعاقدية، والتي يكون حجر الأساس فيها اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني، لذا تقترب من التراضي، إلا أنها تقترب أيضا من السبب في النظرية الحديثة وهو الباعث الدافع إلى التعاقد، والذي لا يمكن معرفته إلا بالرجوع إلى نوايا المتعاقدين. فإذا ما خلا العقد الإنكليزي من النية التعاقدية، فإن الفقه الإنكليزي غالبا ما يكفيه كخطاب نوايا (Letter of intent) أو خطاب مساندة (Letter of comfort)=

الالتزام (أي العوض) ويعرف هذا النوع من العقود في القانون الإنكليزي بالعقد البسيط(Simple Contract) والذي يتميز عن العقود المصدقة (أو العقود الشكلية) (Contracts by deed) بضرورة احتوائه على المقابل خلافا للعقود المصدقة التي يمكن أن تصير صحيحة نافذة على الرغم من خلوها من المقابل[١]. إلا أنه مع توفر هذه الأركان الثلاثة فإنه يبقى من الضروري تحديد نطاق الالتزامات التي تنشأ عن العقد. إذ يجب توضيحها بدقة ومن ثم تحديد ملامحها وسماتها[٢].

وهذا ما يقودنا إلى دراسة مضمون العقد أو محتوياته (Contents of the Contract) وهو ما يعرف ببنود العقد (The Terms of the Contract) التي سوف نكرس هذا البحث لدراستها دراسة التي تقترن مع الشروط التي تقترن بالعقد في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية. لذا نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على وفق ما يأتي:

=أو اتفاق أدبي أو مجرد تعهد شرفي (gentleman's agreement). والغريب في الأمر أن قانون العقد الإنكليزي (law of contract) الذي يعادل النظرية العامة للعقد في القانون المدني العراقي والدول اللاتينية التي أخذت بنظام القانون المدني، لم يتطرق إلى المحل بوصفه ركناً مستقلاً في العقد الإنكليزي، على الرغم من الإشارة في مواضع مختلفة من قانون العقد، لمزيد من التفصيل ينظر:

Stepen Smith, Atiyah's introduction to the law of contract, sixth edition, oxford university press, p.98-105.

ينظر كذلك د. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلوأمريكي، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص٤، و د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ١٩٦٣، ١٩٧.

(1) Paul Richards.Law of Contract, Fourth edition, Financial times pitman publishing, 1999, p.46.

(2) Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract.Fifteenth edition, Oxford University Press, 2007, p.157.

١- المطلب الأول: تعريف بنود العقد.

٢- المطلب الثاني: خصائص بنود العقد.

٣- المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لبنود العقد.

المطلب الأول

تعريف بنود العقد

لقد جرت العادة في القانون الإنكليزي أن يقوم الطرفان اللذان يبرمان عقوداً تجارية بتوثيق أو فحوى الالتزامات أو تدوينها التي تنشأ عن مثل هكذا عقود في وثيقة شكلية مكتوبة (Formal Written Document) في حين يكفي مجرد الاتفاق الشفوي (Oral Agreement) في الغالبية العظمى من العقود الأخرى. فضلاً عن ذلك فإن القانون قد يسهم أيضا في إدراج مزيد من البنود في العقد الإنكليزي إما عن طريق التشريع أو العادات التجارية (Trade Usage). وتؤدي المحاكم أيضاً دوراً في تضمين العقود بنوداً تعتقد بأنها ضرورية لمنح تلك العقود فاعلية تجارية أو عندما يسود الاعتقاد لديها بأن أحد البنود كان سيتم إدراجه أو تضمينه في عقد ما لولا وقوع الأطراف المتعاقدة في إهمال أو سهو بخصوص تضمين ذلك البند في العقد. لذا يعرف جانب من الفقه الإنكليزي[١] بنود العقد بأنها: (مجموعة بيانات أو وعود أو اشتراطات قد تكون صريحة أو ضمنية يجري إدراجها في العقد وبدورها تحدد نطاق حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين فضلاً عن المعالجات (أي التعويضات) المتاحة في حال الإخلال بتلك البنود التي تتحدد (أي المعالجات) وفقا لأهمية كل بند من بنود العقد).

ويعرفها جانب آخر من الفقه الإنكليزي[٢] بأنها: (البيانات التي يتم إدراجها قبل أو وقت إنعقاد العقد والتي قد تكون شفوية أو تحريرية وبالتالي فإن التعويض المترتب لمصلحة

(1) Robert Duxbury, Nutshells contract Law, Fifth Edition, sweet and Maxwell, 2001, p.32.

(2) Ewan Mckendrick, contract law, sixth edition, palgrave macmillan, 2005, p.180.

الطرف المتضرر من الإخلال بأحد تلك البيانات سوف يعتمد على كيفية تفسير القانون لذلك البيان). يتبين من هذين التعريفين بأن محتوى العقد أو مضمونه في القانون الإنكليزي يتكون من مجموعة بيانات أو اشتراطات يتفق عليها الطرفان المتعاقدان إما شفويا أو تحريريا ويؤدي الإخلال بأحد هذه البنود إلى نهوض المسؤولية العقدية للطرف المخل فضلا عن ان الأثر القانوني لذلك الإخلال يدور حول الأهمية التي يتمتع بها كل بند على وجه الخصوص لأن البند يعد وسيلة مهمة لتحديد نطاق الالتزامات التي تنشأ عن العقد(١).

أما في القانون المدني العراقي الذي يتأثر في هذا الجانب بالفقه الإسلامي فإن بنود العقد يمكن مقارنتها بما يعرف بالشروط المقترنة بالعقد أو ما يعرف بالشرط التقييدي. وقد عرف جانب(٢) من فقه القانون المدني في العراق الشرط التقييدي أو المقترن بالعقد بأنه: (ما يقترن بالعقد ويقيد من حكمه في المعقود عليه). ويتميز هذا النوع من أنواع الشرط عن نوع آخر يسمى بالشرط التعليقي وهو ما يعلق عليه نشوء العقد وتمامه أو زواله ويعد من أوصاف الالتزام لذا يختلف عن الشرط التقييدي أو الشرط المقترن بالعقد والذي هو اتفاق يتناول آثار العقد بالتأكيد أو التعديل، ويكون آثار العقد إما بإضافة التزام جديد ليس من مقتضى العقد أو استبعاد التزام من مقتضى العقد. وعرفه جانب آخر من فقه القانون المدني في العراق بأنه (كل شرط يضاف إلى العقد ليغير بعض أحكامه العامة)(٣). الفقه الإسلامي بين الشرط والركن، فعلى الرغم من أن كليهما لا وجود للعقد أو للشيء إلا بوجودهما، إلا أن الركن يتوقف عليه وجود العقد أو الشيء ويكون جزء من حقيقته وماهيته في حين أن الشرط خارج عن حقيقة الشيء وما هيته ويلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود. وقد يكون الشرط شرعيا أو جعلياً. فالشرط الشرعي هو ما وضعه الشارع فأوجب علينا مراعاته. أما الشرط الجعلي فهو ما يشترطه المتعاقدان أو إحداهما وتكون الغاية منه تحقيق مصلحة خاصة وهو إما أن

(1) Paul Richards, ibid, p.101.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص٤٠٧.

(٣) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص١٣٤.

يأتي مقترنا بالعقد أو يعلق عليه العقد[١]. ويرى جانب من فقه القانون المدني في العراق[٢] بأن التقييد غالباً ما يصاغ بعبارة (على أن) أو (على شرط أن) أو (بشرط أن) وتوحي هذه العبارات بوجود الأمر المقيد. على العكس من التعليق الذي يصاغ بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط فعلين مثل (إذا) و(إن) و(متى) و(كلما)، وتسمى الجملة التي تدخل عليها الأداة الشرطية بـ (الشرط) أو (جملة الشرط) وتسمى الجملة الأخرى بـ (جزاء الشرط).

المطلب الثاني

خصائص بنود العقد

تتسم بنود العقد في القانون الإنكليزي بخصائص عديدة إلا أنه تبرز من بين الخصائص كلها خاصيتين مهمتين سوف نسلط عليها الضوء بالتفصيل في الفرعين الآتيين:

١- الفرع الاول: خاصية اليقين certainty.

٢- الفرع الثاني: خاصية الادماج incorporation

الفرع الأول

خاصية اليقين Certainty

تعد خاصية اليقين (certainty) من أهم الخصائص التي تتسم بها بنود العقد في القانون الانكليزي. فالمحاكم الانكليزية قد تُعد العقد باطلا اذا لم تكن بنوده حقيقية أو يقينية على نحو كاف على وفق معيار الرجل العاقل أو المعتاد[٣]. ففي السابقة القضائية (scammell v. ouston, HL 1941) عد مجلس اللوردات العقد المبرم بين الطرفين

(١) د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص١٤٧.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩، ص٦٩ و٧٠.

(3) Stephen Smith, Atiyah's introduction to the law of contract, sixth edition, clarendon press, oxford, 2005, p.43.

لشراء حافلة بموجب بنود البيع الايجاري (أو الايجار الساتر للبيع) (hire_purchaseterms) عقدا يفتقر الى القوة الملزمة ولا يمكن تنفيذه لان بنوده يكتنفها الغموض ولا تتسم باليقين الكافي لإنشاء عقد صحيح ملزم . وجاء في حيثيات قرار مجلس اللوردات بأن هناك اشكال وصيغ متعدده كثيرة لعقود البيع الايجاري ولم يحدد الطرفان المتعاقدان ضمن بند البيع الايجاري المدرج في العقد صيغة أو شكل معين من هذه الاشكال لذا فان عقدهما لا يمكن تنفيذه[١]. أما في العقود التجارية فان المحاكم الانكليزية كانت قد جرت العادة لديها في تنفيذ هذه العقود حتى ان كانت تتسم بالغموض والابهام وذلك بالرجوع الى الاعراف التجارية والمعاملات السابقة بين الطرفين. ففي السابقة القضائية (Hillas co.Ltd v. Arcos Ltd HL 1932) لم يتضمن عقد البيع المبرم بين الطرفين ثمناً محدداً للمبيع، على وفق المعاملات السابقة بين الطرفين فقد توصلت المحكمة إلى استنتاج مفاده ضرورة تطبيق ما يعرف في القانون الإنكليزي بالثمن المعقول (reasonable price) بموجب المادة الثامنة من قانون بيع البضائع الإنكليزي لعام ١٩٧٩.وفي سابقة قضائية أخرى (sudbrook trading estate Ltd v.Eggleton 1982). فقد تبين للمحكمة أن الطرفين المتعاقدين نفسيهما حددا في صلب العقد آلية معينة لتوضيح وحل المشكلات جميعها التي تتعلق بالبنود الغامضة وغير اليقينية. أما إذا تبين للمحكمة بأن البند الغامض أو المبهم غير ذي معنى تماما، فإنه يمكن أن تقوم بحذفه من العقد نهائيا فيما لو تأكدت من عدم جدواه[٢]. ففي السابقة القضائية المعروفة بـ(Nicolene Ltd v. Simmonds CA 1953) تضمن عقد البيع المبرم بين الطرفين بندا ينص على تطبيق (الشروط المعتادة للقبول usual conditions of acceptance) و لعدم وجود مثل هكذا شروط فقد أهملت المحكمة هذا البند لغموضه وعدته عديم المعنى[٣].

(1) Robert Duxbury, ibid, p.32.

(2) Robert Duxbury, ibid, p.33.

(3) Edwin Peel, Treitel, the law of contract, 12th edition, sweet and Maxwell, 2010, p.54.

وتجدر الإشارة إلى أنه وعلى الرغم من أن القانون الإنكليزي لا يسلم بصحة عقد التفاوض ولا يعده عقداً ملزماً لخلو بنوده من ميزة اليقين. إلا أن المحاكم الإنكليزية تسلم بصحة ما يعرف بالاتفاق بعدم التفاوض مع الغير لمدة محددة أو بالإنكليزية (Lock out agreement) لأن بنوده تتسم في الغالب بخاصية اليقين وهي تتمثل ببنود تحدد مدة هذا الاتفاق[١]، ففي السابقة القضائي(walford v. miles HL, 1992) سلم مجلس اللوردات بصحة هذا النوع من العقود لقيام أحد الأطراف بالاتفاق مع الطرف الآخر بعدم التفاوض مع الغير لمدة محددة في بند من بنود العقد، ويعد مجلس اللوردات بأن إدراج الطرفين لبند في العقد يحدد مدة عدم التفاوض مع الغير يجعل من هذا العقد متمتعا بخاصية اليقين ومن ثم تكون له قوة ملزمة خلافا لعقود التفاوض الأخرى. وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن المحاكم الإنكليزية أقرت بالقوة الملزمة للعقود التي تتضمن بنودا غامضة في حالة ما إذا ترتب في ذمة أحد الأطراف التزاما بإزالة الغموض وعدم اليقين (uncertainty)[٢] ففي السابقة القضائية (David T Boyd co v. Louis Louca 1973) كان العقد المبرم بين الطرفين يدور حول بيع بضائع شريطة التسليم على (متن سفينة F.O.B) راسية في ميناء دنماركي صالح للملاحة). فقد تعد المحكمة بأن هذا البند لا يتسم بالغموض وعدم اليقين بل هو بند من شأنه أن يجعل العقد صحيحا نافذا لأن البائع ملتزم باختيار الميناء الصالح للملاحة لنقل الشحنة.

أما إذا أردنا مقارنة هذه الخاصية (أي اليقين) بالخصائص التي تميز الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي فإننا نجد بأن هذه الخاصية متوافرة أيضا في الشروط المقترنة بالعقد. إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على أنه (١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة). إذ يذهب جانب من فقه القانون المدني في العراق[٣] إلى أن هذا القانون تأثر في هذه المادة بالفقه الحنفي الذي يصنف الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أصناف: صحيحة وفاسدة

---

(1) Michael Furmston, ibid, p.87.

(2) Treitel, The Law of contract, ibid, p.53.

(٣) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص١٣٤.

وباطلة. والذي يهمنا هو الشرط الصحيح الذي إما أن يأتي مؤكدا لمقتضى العقد أو ملائماً له أو موافقاً لمقتضاه وفي الحالتين ينبغي أن يكون الشرط على درجة كافية من الوضوح واليقين لتعلقه بمقتضى العقد ومقتضى العقد هو مضمونه أو أثره الجوهري أو الأساس أو الالتزامات الجوهرية التي هي من مستلزمات العقد. لذا ينبغي أن يكون الشرط المؤكد لمقتضى العقد واضحا لا لبس فيه، كما يرى جانب آخر من الفقه[١] بأن الشرط الذي يقتضيه العقد لاشك في صحته بل أن صحته أمر بديهي مسلم به لان تقرير مقتضى العقد ومضمونه الجوهري وهذا المقتضى بحد ذاته من دون شرط. لذا فالشرط تأكيد وبيان ووضوحه امر مفروغ منه. ويتوفر هذا الوضوح أو اليقين اذا كان الشرط قد جرى به العرف في التعامل.

الفرع الثاني

خاصية الإدماج Incorporation

بموجب هذه الخاصية فإن البيانات والاشتراطات كلها التي يراد لها ان تصير بنوداً في العقد وجزءً لا يتجزأ من مضمونه ينبغي ان تدمج في محتوى العقد وهي لا تصير كذلك بحسب رأي جانب من الفقه الانكليزي[٢] الا اذا اتجهت نية الطرفين المتعاقدين الى ذلك. وهناك طريقتان لإدماج البنود في العقد الانكليزي على وفق ما يأتي:

أولا: الادماج بالإشارة الصريحة incorporation by express reference.

ثانيا: الادماج بدون اشارة صريحةincorporation without express reference.

اولا: الادماج بالإشارة الصريحة.

اذا كانت بنود العقد مدرجة في اكثر من وثيقة واحدة وكانت احدى هذه الوثائق تشير بصراحة الى وثيقة اخرى فان هذه الوثيقة الثانية يتم العمل بموجب البنود المدرجة فيها. مثال ذلك اذا كان العقد المبرم بين الطرفين يتوقف نفاذه على بنود قياسية (standard terms) يحددها احد الاتحادات التجارية فان هذه البنود تدمج في العقد بالإشارة الى أو

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٣، محل العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨، ص١٠٧.

(2) Treitel, ibid, p.208.

الرجوع الى ما يقرره الاتحاد المعني من بنود واذا ما كان هنالك تعديلات عديدة لهذه البنود، فان المحكمة تفسر العقد على اعتبار انه يشير بديهيا الى احدث التعديلات الجارية على هذه البنود. مما يعني بأن عملية الادماج ينبغي أن تتضمن بشكل مستمر التعديلات جميعها التي يقرها الاتحاد أو النقابة المعنية. اما اذا كانت البنود المدرجة في الوثائق التعاقدية متضاربة من حيث المضمون وتم اللجوء إلى طريقة الإدماج بالإشارة الصريحة فترجع المحاكم الإنكليزية إلى نية الطرفين المتعاقدين لترجيح بند على آخر، في السابقة القضائية (Adamastos shipping co. v. Anglo-saxon petroleum co 1959) فقد أدرج الطرفان المتعاقدان بندا في العقد ينص على أن نفاذ عقد إيجار السفينة (charter party) يتوقف على نصوص قانون نقل البضائع بحراً لعام ١٩٣٦ الأمريكي وتبين عند الرجوع إلى نصوص هذا القانون أنها تشير صراحة إلى عدم إمكانية تطبيق هذا القانون على هذا النوع من العقود. لذا فقد رجع مجلس اللوردات إلى نية الطرفين بعد مواجهة ثلاثة خيارات وهي إما نبذ العقد ككل أو نبذ البند المدرج فيه الذي ينص على أن نفاذه يتوقف على القانون المعني أو نبذ المادة الخامسة من القانون المعني التي تنص على عدم إمكانية تطبيق نصوص هذا القانون على هذا النوع من العقود. وبالرجوع إلى نية الطرفين فقد أخذ مجلس اللوردات بالخيار الأخير وأقر بوجود عقد يلتزم بموجبه مالك السفينة ببذل العناية اللازمة لتوفير سفينة صالحة للملاحة[١].

ثانيا: الإدماج بدون إشارة صريحة.

في هذه الحالة قد يدرج العقد في وثائق عديدة إلا أن كل وثيقة لا تشير صراحة إلى الوثيقة الأخرى، فعلى سبيل المثال يتم إبرام عدة صفقات في ظل عقد رئيس (master contract). ويصار إلى تنفيذ كل وثيقة تعاقدية عند إبرام كل عقد على إنفراد. مع العلم أن هذه العقود جميعها تخضع للعقد الرئيس حتى وإن لم توجد فيها إشارة إليه ومثل هذا الادماج من دون اشارة صريحة يبدو أنه يتوقف أيضا على نية الطرفين المتعاقدين[٢]. وأخيراً فقد حددت المحاكم الإنكليزية ثلاث نقاط ينبغي مراعاتها من الأطراف

(1) Treitel, ibid, p.209.

(2) Treitel, ibid, p.209.

المتعاقدة وقت انعقاد العقد فيما يتعلق بإدماج البنود في الوثيقة التعاقدية[١]. النقطة الأولى هي أنه ينبغي ملاحظة هذه البنود قبل انعقاد العقد أو وقته ففي السابقة القضائية (olley v. Marlborough court Ltd 1949).

وجدت المحكمة إعلاناً موجوداً في غرف الفندق ينص على إعفاء إدارة الفندق من أية مسؤولية مترتبة على سرقة وفقدان أشياء تعود للنزلاء في الفندق. وقررت المحكمة في حكمها بأن هذا البيان لا يمكن إدماجه في العقد المبرم بين إحدى الضيوف وإدارة الفندق كبند تعاقدي أو أنه لا يعد مدمجاً في هذا العقد ومن ثم تعد المحكمة إدارة الفندق مسؤولة عن سرقة معطف الفراء الخاص بتلك السيدة لأنها لم تشاهد الإعلان إلا بعد إبرام عقد الفندقة في صالة الاستقبال وقبل الدخول إلى الغرفة. أما النقطة الثانية فهي أن البنود ينبغي أن تدرج في الوثيقة التعاقدية التي من المؤمل أن ترتب آثاراً قانونية[٢]. والنقطة الثالثة هي أنه ينبغي اتخاذ خطوات معقولة للفت انتباه أو اهتمام الطرف الآخر. ففي السابقة القضائية بـ(parkerv. south Estern Railway 1877) ثبت للمحكمة بأن الاختبار المطلوب تطبيقه هو ما إذا كان المدعى عليه قد اتخذ خطوات معقولة للفت انتباه المدعي إلى البند المدرج في العقد أم لا وليس ما إذا كان المدعي قد قرأ البند فعلا أم لا.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لبنود العقد

يدخل الطرفان المتعاقدان غالبا في مناقشات وأحياناً في مفاوضات قبل ابرام العقد وتكون هذه المناقشات أو المفاوضات كما اشرنا سابقا اما شفوية او تحريرية. الا ان ذلك لا يعني بالضرورة ان البيانات جميعها التي تتمخض عن هذه المناقشات او المفاوضات التي تسبق انعقاد العقد تعد بنودا عقدية (Contractual terms) لذا وللتعرف بدقة على الطبيعة القانونية للبنود التعاقدية التي هي محور دراستنا فانه ينبغي ان نميز بينها وبين مسألتين مهمتين. الاولى: هي الاوصاف التعاقدية (mere represntation) والثانية: هي

(1) Ewan Mckendrick, ibid, p.191.

(2) Ewan Mckendrick, ibid, p.192.

ما يعرف في القانون الانكليزي بالبند الجوهري(Fundamental term). فالأوصاف التعاقدية بحسب رأي جانب من الفقه الانكليزي[١].

هي مجرد عملية حث أو ترغيب (inducement) لإقناع الطرف الاخر للدخول في العملية التعاقدية وابرام العقد وهي ليست بنداً من بنود العقد بالمعنى الصحيح للكلمة والدليل على ذلك انه في حالة الاخلال بها فان الطرف المتضرر لا يمكنه رفع دعوى الاخلال بالعقد. إلا أنه ومع ذلك فإن جانبا آخر من الفقه الإنكليزي يرى بأن الأوصاف التعاقدية بحد ذاتها ليست مجردة تماما من الآثار القانونية جميعها لأنه ليس بإمكان الطرف المتعاقد أن يدلي بجميع أشكال البيانات غير الحقيقية والموهومة والزائفة لمجرد ترغيب أو حث الطرف الآخر لإبرام العقد من دون أن تنهض مسؤولية الطرف الأول عن هذه الأوصاف الموهومة أو الزائفة ففي هذه الحالة يكون أمام الطرف الثاني الخيار بين دعويين، الدعوى الأولى هي دعوى الخطأ المدني على أساس الغش (tort of deceit)[٢] أما الدعوى الثانية فهي دعوى التدليس أو الوصف غير الحقيقي (misrepresentation) بموجب تشريع التدليس لعام ١٩٦٧ أما المسألة الثانية التي ينبغي التمييز بينها وبين البنود التعاقدية فهي ما يعرف بالبند الجوهري أو الأساس (Fundamental term) والبند الجوهري هو جوهر العقد الذي يروم الطرفان المتعاقدان ابرامه وهو لا يمكن استبعاده اطلاقا عن طريق شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية (exclusion clause) ويرى جانب من فقه القانون الانكليزي[٣] بأن الاخلال بالبند الجوهري للعقد يمثل ما يعرف بمبدأ الاخلال الجوهري (Fundamental breach) وهو إخلال يصل إلى حد من الجسامة والخطورة إذ لا يمكن للطرف المخل أن يحتمي وراء شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية للتهرب من مسؤوليته لأن الإخلال قد مس بنداً من بنود العقد أكثر أهمية وجوهرية من البنود الأخرى لأنه بحسب هذا الرأي الفقهي يمثل أساس العقد برمته. أما البنود التعاقدية التي هي مدار بحثنا هذا فإنه يمكن القول بأن طبيعتها القانونية

(1) Roberts Duxbury, ibid, p34.

(2) Paul Richards, ibid, p.102.

(3) Guest, Anson's law of contract, 26th edition, oxford university press, 1984, p.152.

تتمثل في كونها بيانات تمثل تعبيراً عن إرادة الطرفين المتعاقدين في تحمل الالتزامات التي تنشأ عن العقد وأن الإخلال بها يمكن الطرف المتضرر من رفع دعوى الإخلال بالالتزام التعاقدي[١]. وهذا هو التكييف الراجح للطبيعة القانونية للبنود التعاقدية لذا فهي تختلف عن الأوصاف التعاقدية والبند الجوهري الذي يمثل أركان العقد.

وإذا ما قارنا الطبيعة القانونية للبنود التعاقدية في القانون الإنكليزي مع الطبيعة القانونية للشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي فإنه يمكننا القول بأن جانباً من فقه القانون المدني العراقي[٢] يرى بأن الكذب المجرد من الحيل وإعطاء البيانات الكاذبة لا يعد تدليساً إلا إذا أصاب الكذب أو تعلق بواقعة معينة لها اعتبارها في التعاقد فعندئذ يعد تدليساً فمبالغة التاجر في وصف بضاعته ومدحها لا يعد احتيالاً حتى وإن بلغ حد الكذب ما دام ذلك يدخل ضمن الإطار المألوف في التعامل. إلا أنه في عقد التأمين مثلاً فإن الإدلاء ببيانات كاذبة يعد طريقا احتياليا لأهمية تلك البيانات في مثل هذا النوع من العقود. ونحن نجد بأن هذا الموقف يقترب من موقف القانون الإنكليزي بخصوص الأوصاف التعاقدية المجردة التي أشرنا إليها آنفا. وقد ذكر القانون المدني العراقي أيضا فكرة مقتضى العقد التي تمثل مضمون العقد أو أثره الجوهري والأساسي أو أركانه وذلك في الفقرة الأولى من المادة (١٣١) التي نصت على أنه: (يجوز أن يقترن بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة) ونجد كذلك بأن فكرة مقتضى العقد التي استلهمها المشرع العراقي من الفقه الإسلامي تقترب من فكرة البنود الجوهرية أو الأساسية للعقد في القانون الإنكليزي التي هي بحسب رأي الفقه الإنكليزي[٣] تمثل مضمون العقد أو الالتزامات الجوهرية التي تنشأ عنه إذ أن عدم تنفيذها يؤدي إلى انهيار العقد لذلك فإنه لا يمكن، وكما رأينا سابقاً، للمدين في المسؤولية التي تنشأ عن عدم تنفيذ البند الجوهري في العقد أن يحتمي بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لأهمية وخطورة هذا النوع من البنود وتأثيرها على مصير العقد، والتكييف الراجح للشروط التي تقترن بالعقد في القانون المدني العراقي أنها شروط تقييدية تعد اتفاقاً

(1) Paul Richards, ibid, p.102.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٣٠٠.

(3) Guest, ibid, p.153.

يتناول آثار العقد بالتأكيد أو التعديل، وهي ترتبط بالمحل غالبا إلا إذا كانت هي الباعث الدافع إلى التعاقد فترتبط بالسبب على وفق نظريته الحديثة[١].

المبحث الثاني

تصنيف بنود العقد في القانونين الإنكليزي والمقارن

يصنف الفقه والقضاء الإنكليزيين بنود العقد في القانون الإنكليزي إلى نوعين رئيسين هما: البنود الصريحة (Express terms) والبنود الضمنية (Implied terms) لذا سوف نسلط الضوء في هذا المبحث على هذين النوعين من البنود وتقسيماتهما الفرعية الأخرى على وفق ما يأتي:

١- المطلب الأول: البنود الصريحة للعقد.

٢- المطلب الثاني: البنود الضمنية للعقد.

المطلب الأول

البنود الصريحة للعقد

إن البنود التعاقدية الصريحة هي تلك البيانات التي يتفق عليها الطرفان المتعاقدان بشكل محدد أو صريح شفوياً أو تحريرياً[٢].

فإذا أبرم الطرفان عقداً شفوياً (Oralcontract) فإن مهمة القاضي تنحصر في التحقق من البيانات التي اتفق عليها الطرفان وذلك من الأدلة المطروحة أمامه وهي مهمة صعبة ولاشك. أما إذا تم تدوين العقد في محرر كتابي أو وثيقة فإن مهمة القاضي في هذه الحالة في إثبات مضمون العقد ليست صعبة لأن بنود العقد يمكن إثباتها بسهولة ووضوح عن طريق الوثائق التعاقدية (contractual documents) وتنحصر مهمة القاضي في هذه الحالة

(١) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠، ص١١١.

(2) Ewan Mckendrick, ibid, p.184.

في تفسير بنود العقد المدرجة في تلك الوثائق وهذا ما سوف نتناوله في المبحث الثالث من هذه الدراسة. لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول تصنيف بنود العقد من حيث تكوينها وفي الثاني تصنيف بنود العقد من حيث أهميتها على وفق ما يأتي يأتي:

١- الفرع الأول: تصنيف بنود العقد من حيث تكوينها.

٢- الفرع الثاني: تصنيف بنود العقد من حيث أهميتها.

الفرع الأول

تصنيف بنود العقد من حيث تكوينها

تصنف بنود العقد من حيث تكوينها إلى بنود تعاقدية حقيقية ومجرد أوصاف. فالبيانات التي يدلي بها الطرفان في أثناء فترة المفاوضات التي تؤدي إلى إبرام العقد صنفها فقه القانون الإنكليزي[١] إلى هذين الصنفين. فالأوصاف (representations) كما أشرنا إليها سابقاً. هي بيانات تحث الأطراف أو ترغبهم في إبرام العقد إلا أنها لا تشكل جزءاً من العقد أو عنصر من عناصره. أما البنود التعاقدية الحقيقية (contractual terms) فهي على العكس من ذلك تعهدات أو وعود أو بيانات وعدية بذا تشكل جزء لا يتجزأ من العقد المزمع إبرامه. فإذا ما ثبت عدم صحة الوصف فإن الجزاء المترتب سوف يتحقق بإقامة ما يعرف بدعوى التدليس (action for misrepresentation) أما إذا جرى الإخلال ببند تعاقدي حقيقي فإن الجزاء سوف يتحقق بإقامة دعوى الإخلال بالعقد[٢]. إن المشكلة التي تواجه المحاكم الإنكليزية دائماً هي كيفية التمييز بين البيانات المدرجة في الوثائق التعاقدية لمعرفة ما إذا كانت مجرد أوصاف أما أنها بنود تعاقدية حقيقية. وليس هذا التمييز هو بالأمر السهل لذا فقد تبنت المحاكم الإنكليزية معياراً موضوعياً يقوم على أساس التحليل الموضوعي لنية الطرفين المتعاقدين وذلك بالرجوع إلى معيار الرجل المعتاد أو العاقل (reasonable man) الذي بإمكانه أن يقرر ما إذا كانت نية الطرفين المستنبطة من البيانات التعاقدية هي مجرد أوصاف أم بنود حقيقية. إلا أن هذا المعيار ليس من السهولة بمكان تطبيقه لذا فقد

(1) Michael Furmston, ibid, p.165.

(2) Paul Richards, ibid, p.102.

قامت المحاكم الإنكليزية بتطوير بعض الوسائل لمساعدة القاضي في تطبيق هذا المعيار الموضوعي والتعرف على نية الطرفين وسوف نتناول هذه الوسائل بالتفصيل في المبحث الثالث من هذه الدراسة عند التطرق إلى موضوع تفسير بنود العقد في القانون الإنكليزي. أما إذا قارنا هذا التصنيف بالتصنيف الذي اعتمده القانون المدني العراقي للشروط التي تقترن بالعقد فإننا نجد بأن هذا القانون نص على إباحة الشروط المقترنة بالعقد إباحة عامة إلا إذا كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب. فإذا كان الشرط مخالفا للقانون أو للنظام أو للآداب فإن الشرط يبطل وحده ويبقى العقد صحيحاً ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والعقد سوية. ويرى جانب من فقه القانون المدني في العراق(١) بأن هذا القانون قسم الشروط المقترنة بالعقد تقسيماً يشبه التقسيم الذي اتبعه فقهاء المذهب الحنفي والذين قسموا الشروط التي تقترن بالعقد إلى ثلاثة أقسام وهي: صحيحة وفاسدة وباطلة. وقد تناولت الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي الشرط الصحيح بقولها: (يجوز أن يقترن العقد بشرط...) وبينت أنواعه وهو ما يكون موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً لمقتضاه أو ملائماً له أو جرى به العرف والعادة في التعامل و نصت الفقرة الثانية في بدايتها على نوع آخر من أنواع الشروط الصحيحة وهو الشرط الذي فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب. و أشار الشطر الثاني من الفقرة الثانية من المادة (١٣١) إلى الشرط الباطل وهو ما يكون ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والآداب. ويرى جانب من فقه القانون المدني في العراق(٢) بأن الفقرة الأولى من المادة (١٣١) مستنبطة من الفقه الإسلامي أما الفقرة الثانية من هذه المادة فهي مستوحاة من الفقه الغربي ولم يوضح نص المادة الشروط الباطلة الذي أشار فيه إلى الشروط الصحيحة، لذا فإنه يمكن استنباطها من مفهوم المخالفة لنص المادة (١٣١) وهي الشروط التي تخالف مقتضى العقد والشروط التي لم يجر بها العرف أو العادة والشروط التي ليس فيها منفعة لأحد المتعاقدين أو للغير. ففي هذه الحالات جميعها يبطل الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً إلا إذا كان الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد المقترن به كذلك. وقد أبطل القضاء العراقي الشرط في أحد

(١) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص١٣٥.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص٤١٨.

قراراته[١] بوصفه شرطاً باطلاً لمخالفته لمقتضى العقد واعتبر العقد صحيحاً لأن الشرط لم يكن هو الباعث الدافع إلى التعاقد تطبيقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (كما يجوز أن يقترن (العقد) بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب، وإلا ألغي الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا) وقد جاء في ذلك القرار بأنه (ظهر من اعتراف المدعيين المميزين بأنهما كانا قد باعا السيارة التي ادعيا ملكيتها إلى الشخص المدعو... وهذا قد باع السيارة إلى الغير على الرغم من اشتراطهما عليه بعدم بيعها قبل تسديد ثمنها كاملا بموجب مقاولة تحريرية بينهما لذا يطلبان رفع الحجز الاحتياطي الموضوع عليها من قبل الغير وتسليمها إليهما. إذ لا أثر بهذا الشرط له في هذه المقاولة لمنافاته لمقتضى العقد ولذا يكون القرار المميز القاضي برد دعوى المميز موافقا للقانون). إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإن اتجاه محكمة تمييز العراق كان اتجاها خاطئا فيما يتعلق بهذا الحكم. إذ يجوز تعليق انتقال الملكية على شرط واقف هو تسديد كامل الثمن، كما في حالتي البيع بالتقسيط والبيع الإيجاري أو ما يعرف بالإيجار الساند للبيع بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم البيع)، فإذا قام المشتري بالوفاء بأقساط الثمن في الموعد المحدد، يتحقق الشرط الواقف وتنتقل الملكية إليه بأثر رجعي في البيع بالتقسيط، ويسري نفس الحكم على الإيجار السائر للبيع والذي يعد في حقيقة الأمر بيعا محضا، يعلق فيه انتقال ملكية المبيع إلى المشتري على شرط واقف هو تسديد كامل الثمن. ونحن نجد بأن القانون المدني العراقي صنف الشروط المقترنة بالعقد تصنيفا يختلف عن تصنيف بنود العقد في القانون الإنكليزي سواء من حيث تكوينها أو من حيث أهميتها كما سنجد لاحقا. والواقع أن القانون المدني العراقي صنف الشروط المقترنة بالعقد أو التقييدية تصنيفا آخر هو من حيث أثرها في العقد الذي تقترن به أي من حيث مشروعيتها وعدم مشروعيتها إلى شروط صحيحة وباطلة. فالشرط الصحيح هو الشرط المعتبر

(١) ينظر القرار ٢٤٥/صلحية/٥٨/ في ١٩٥٨/٢/١٣ منشور لدى سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٢، ص١٢٤.

الذي لا خلاف في وجوب اعتباره والوفاء به مع العقد[١]. ومن تطبيقاته في القانون المدني العراقي خيار الشرط في عقد البيع بموجب المادة (٥٠٩) وبمقتضاه يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما أن له أو لشخص أجنبي خيار فسخ العقد أو إمضاءه في مدة معينة يتفقان عليها. أما الشرط الباطل فهو ما كان مخالفا للنظام العام أو الآداب وهو إما شرط لغو أو مبطل للعقد. فالشرط اللغو هو ما لم يكن الدافع إلى التعاقد فيلغو الشرط ويصح العقد. أما الشرط المبطل للعقد فهو الدافع إلى التعاقد وهو سبب العقد ويخالف هذا السبب للنظام العام والآداب فيبطل هو والعقد. وأخيراً فإن هناك الشرط الفاسد[٢] وهو ما ليس من مقتضى العقد أو مما يؤكده ولم يرد به نص ولم يجر به العرف أو العادة إلا أن فيه منفعة لأحد العاقدين أو للغير[٣]. وقد ذهب جانب من فقه[٤] القانون المدني في العراق إلى أن المشرع العراقي لم يأخذ بفكرة الشرط الفاسد والدليل على أن الفقرة الثانية من المادة (١٣١) أجازت أن يكون في الشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير ومن المعروف أن الشرط الفاسد الذي يفسد العقد هو الذي فيه منفعة لها صاحب يطالب بها. وبإجازته للشرط الذي ينطوي على نفع لأحد العاقدين أو للغير فإن المشرع العراقي يكون قد ساوى بين هذا النوع من الشروط والشرط الذي يؤكد مقتضى العقد أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة ويعد كلاهما شرطاً صحيحاً لأنه ابتدأ كلا الفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٣١) بعبارة: (يجوز أن يقترن...) ولذا حسم الخلاف الذي كان يدور بين الفقهاء حول أن يعد الشرط الذي فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير مفسداً للعقد ولم يأخذ بالشرط الفاسد. خلافا للفقه الحنفي الذي يميز ما بين اقتران الشرط الفاسد بعقود المعاوضة المالية وبين اقترانه في غير عقود المعاوضات المالية وكذلك عقود التبرع. إذ يذهب هذا الفقه إلى أن يعد كل شرط متضمن لمنفعة زائدة على أصل مقتضى العقد مخالفاً لعقد المعاوضة المالية ومفسداً له كمن يبيع سلعة بشرط أن يستعملها وقتا معينا فالشرط فاسد ويفسد العقد

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص١١١.

(٢) د. احمد فراج حسين، مصدر سابق، ص١٩٣.

(٣) د. احمد بخيت الغزالي، د. عبد الحليم منصور، د. احمد محمد لطيف، مقدمة الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩، ص٤٤٤.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص٤١٨.

لأنه كالربا. أما إذا كان الشرط في غير عقود المعاوضات المالية كعقود التبرع فيغلو الشرط ويبقى العقد صحيحاً لا أثر له على العقد. ويرى الدكتور (السنهوري) بأن موقف المشرع العراقي من الشروط التي تقترن بالعقد يقترب من موقف المذهب الحنبلي الذي اعتنق قاعدة عامة هي أن الأصل في الشروط الإطلاق والإباحة ما لم تكن منافية لمقتضى العقد أو مناقضة للشرع وقد تأثر الفقه الغربي بهذا المذهب فيعد كل شرط يقترن بالعقد صحيحاً إلا إذا كان مخالفا للقانون أو للنظام العام أو للآداب فيلغي الشرط ويصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا لذا يكون القانون المدني العراقي قد بلغ درجة عالية من التطور عندما أباح الشروط المقترنة بالعقد إباحة عامة إلا إذا كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب. لذا خالف المذهب الحنفي الذي يذهب إلى أن الأصل في الشروط هو التقيد والمنع وإلى ضرورة التمسك بمقتضى العقد فلا يبيح إلا الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة أي التعامل[١]. ونحن نجد أنه كان يجدر بالمشرع العراقي أن يأخذ بالشرط الفاسد لأهميته وأن يميز بين شرط فاسد يفسد العقد وشرط فاسد يلغي من دون أن يفسد العقد فيسقط الشرط ويبقى العقد. ويكون الشرط الفاسد مفسدا للعقد إذا كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر ولكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للغير أو لمحل العقد نفسه[٢]. ويكون في المعاوضات المالية أية مبادلة مال بمال، كأن يكون في عقد البيع منفعة للبائع الذي يبيع مثلاً داراً ويشترط أن يسكنها شهراً. أو تكون المنفعة للمشتري كمن يشري محصولاً ويشترط على البائع أن يحصده. أو قد تكون المنفعة لمحل العقد نفسه كما لو كان المبيع رقيقاً فيبيعه صاحبه ويشترط على المشتري ألا يبيعه أو يهبه. فالمبيع إذ صارت للجميع له منفعة بعقد البيع يستوفيها من المشتري وهي ألا تتداوله الأيدي بيعاً وشراء وقد تكون المنفعة لأجنبي. كما لو باع البائع طعاماً إلى المشتري واشترط عليه أن يتصدق به على الفقراء. ويكون الشرط في هذه الحالات جميعها فاسداً ويفسد العقد أيضا لأنه يتضمن منفعة تجوز المطالبة بها إلا أنها تمثل زيادة لا يقابلها عوض فهي أشبه ما يكون بالربا والمنتفع به غير راض من دون. كما أن العقد هو عقد معاوضة مالية أو مبادلة مال بمال. أما الشرط

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مصدر سابق،ج٣، ص١٧٥.
(٢) د. السنهوري، المصدر نفسه ، ج٣، ص١٢١.

الفاسد الذي يسقط ويلغي ويبقى العقد صحيحاً فهو شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه ولم يجر به التعامل، ومع ذلك فليس فيه منفعة لأحد كمن يبيع داراً ويشترط على المشتري أن يهدمها وليس لكليهما ولا للغير منفعة في ذلك. فيسقط الشرط ويبقى العقد صحيحا ويضاف إلى هذه الحالة الأخيرة حالة اقتران الشرط الفاسد بعقد من عقود المعاوضة غير المالية أو مبادلة مال بغير مال كالنكاح أو حتى في التبرعات كالهبة فيلغو الشرط ويصح العقد.

الفرع الثاني

تصنيف بنود العقد من حيث أهميتها

ليست بنود العقد في القانون الإنكليزي جميعها بالأهمية نفسها فبعضها يفوق البعض الآخر من حيث الأهمية. وعلى هذا الأساس فإن القانون الإنكليزي يصنف البنود التعاقدية من حيث أهميتها إلى شروط (Conditions) وبنود ضامنة أو (ضمانات) (Warranties) وبنود غير مسماة (in nominate terms).

يعد الشرط في القانون الإنكليزي بندا مهما من بنود العقد إذ يتصل بجوهر العقد ويعد قلب العقد (heart of the contract) وهو أمر حيوي أو أساس لتحقيق الغرض الرئيسي للعقد. وإذا أخل أحد الطرفين المتعاقدين بالشرط فإن الطرف المتضرر يحق له المطالبة بفسخ العقد فضلا عن التعويضات[١].

ففي السابقة القضائية (Poussard v. spiers and pond 1876) تقرر أن تؤدي الممثلة دورا رئيساً في المسرحية التي كانت ستعرض في ذلك الموسم إلا أنها تأخرت عن الحضور إلى ما بعد أسبوع من بدء الموسم الفني مما أضطر المنتج للبحث عن بديلة لها. وعندما حضرت قررت إدارة المسرح إنهاء خدماتها وفسخ عقدها، فأقامت تلك الممثلة دعوى الإخلال بالعقد إلا أنها خسرت القضية فقد قررت المحكمة أو تعد عدم حضور الممثلة لمدة أسبوع يعد إخلالا بشرط مدرج في العقد لأن الليلة الأولى من العرض المسرحي عادة تعد الذروة في الأهمية قياسا بالليالي التالية لذا كان من حق المنتج فسخ العقد[٢]. أما البنود الضامنة

(1) Robert Duxbury, ibid, p.37.

(2) Paul Richards, ibid, p.122.

(أو الضمانات) في القانون الإنكليزي فهي بيانات تعاقدية أقل أهمية من الشرط، وهي لا تعد أمرا حيويا أو أساسيا لتحقيق الغرض الرئيس للعقد بل هي شيء ثانوي بالنسبة لجوهر العقد. وأن الإخلال بها يعطي الحق للطرف المتضرر المطالبة بالتعويضات فحسب وليس فسخ العقد[١]. ففي السابقة القضائية (Bettini v. Gye 1876) تقرر أن يقوم مطرب بالأداء الفني في مسارح عديدة لموسم كامل. وقد أدرج في العقد بند يقتضي منه الحضور قبل بدء الموسم بستة أيام لإجراء بروفات على خشبة المسرح. إلا أنه حضر قبل بدء الموسم بثلاثة أيام فحسب. وقد أقام المنتج دعوى يطلب فيها اعتبار غياب المطرب بمثابة إخلال بشرط تعاقدي وبالتالي فسخ العقد إلا أن المحكمة اعتبرت في حكمها بأن البند الذي جرى الإخلال به ليس شرطاً بل مجرد بند ضامن (Warranty) وأن لا يحق للمنتج له إقامة دعوى فسخ العقد بل من حقه الحصول على التعويض فحسب، لأن حضور البروفات لا يعد سوى أمراً ثانوياً بالنسبة لتحقيق الغرض الرئيس من العقد.

ويرى جانب من الفقه الإنكليزي[٢] بأن مسألة التمييز بين الشرط التعاقدي والبند الضامن قد تدق في كثير من الأحيان، وأن على القاضي الرجوع إلى نية الطرفين المتعاقدين بالاستعانة بمعايير موضوعية. ويضرب لنا الفقه الانكلوسكسوني[٣] مثالين واضحين للتمييز بين الشروط العقدية والبنود التعهدية كما يأتي، فلو أن شخصاً تعاقد مع تاجر خيل على شراء حصان وأدرج المشتري شرطاً في العقد ينص على ضرورة أن يكون الحصان هادئاً، سهل الانقياد والترويض وقام التاجر بانتقاء الحصان المناسب بنفسه ثم تبين لاحقاً بأن الحصان الذي اشتراه الشخص هو حصان جامح وصعب الانقياد وقام بطرح صاحبه أرضا مما سبب له كسوراً مضاعفة. هنا يرى الفقه بأن البيان الذي أدرجه المشتري يعد شرطاً تعاقدياً له درجة كبيرة من الأهمية لأنه يعد أمراً أساسياً لتحقيق الغرض الرئيسي للعقد. أما لو قام المشتري بنفسه باختيار الحصان دون تدخل البائع ثم طلب من البائع إعطاءه تعهد

(١) د. مصطفى سلمان حبيب، المصطحات القانونية في العقود الإنكليزية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص١١٠.

(2) Robert Duxbury, ibid, p.38.

(3) Varsheny elements of business laws, chand, 2003, p.226.

يضمن سهولة انقياد الحصان وعدم خطورته، ولا يعد التعهد المدرج في العقد في هذه الحالة الثانية شرطاً تعاقدياً بل مجرد بند ضامن أو ضمانة لا يرقى من حيث الأهمية إلى مستوى الشرط لأنه يعد أمراً ثانوياً لتحقيق الغرض الرئيس للعقد.

وأخيرا فإن التصنيف الثالث لبنود العقد من حيث أهميتها يتمثل بنوع آخر من البنود يطلق عليها البنود غير المسماة وتسمى أيضا بالبنود الوسيطة (intermediate terms) وهي البنود التي لا يمكن تصنيفها إلى شروط تعاقدية أو بنود ضامنة بشكل مباشر وليس بإمكان المحكمة التعرف على طبيعتها القانونية إلا بعد معرفة الآثار التي تنجم عن الإخلال بهذه البنود[١]. مما يعني بأن الآثار القانونية التي تنجم عن الإخلال بالبنود غير المسماة لا تعتمد على أهمية تلك البنود أو مكانتها من العقد بل على الآثار المترتبة على الإخلال بهذه البنود بحد ذاته (أي الآثار).

ومن السوابق القضائية الشهيرة التي توضح آلية عمل هذا النوع من البنود السابقة القضائية

Hong Kong fir shipping co. Ltd v. Kawasaki kisen kasiha Ltd. (CA 1962) والتي تتلخص وقائعها بقيام المدعى عليهم باستئجار سفينة من المدعين لمدة سنتين.ثم تبين بعد ذلك بأن محركات السفينة كانت قديمة والطاقم لا يتمتع بالكفاءة المطلوبة مما ترتب على ذلك عدم القدرة على تسيير السفينة وخسارة عشرين أسبوعا من العمل. لذا فقد قام المدعى عليهم بفسخ عقد إيجار السفينة مدعين وجود إخلال في شرط تعاقدي مدرج في العقد ومفاده تقديم سفينة من أهم خصائصها أن تكون صالحة للملاحة[٢] (seaworthy ship). هنا أقام المدعون دعوى على أساس وجود فسخ تعسفي لعقد إيجار السفينة وادعوا بأن الإخلال الذي ارتكبوه ليس من النوع الذي يعطي الحق للمدعى عليهم لفسخ العقد بل أن حقهم يقتصر على المطالبة بالتعويضات فحسب. ولمعرفة الطبيعة القانونية لهذا البند عن طريق تحديد الآثار القانونية المترتبة على الإخلال به، فقد وضعت المحكمة معياراً يستند إلى تساؤل مفاده هل أن المدعى عليهم حرموا من المنافع جميعها التي كان من حقهم الحصول

(1) Robert Duxbury, ibid, p.38.

(2) Stephen Smith, ibid, p.199.

عليها بموجب العقد وذلك بسبب الإخلال ببنود هذا العقد والحوادث التي رافقت هذا الإخلال؟ لقد أجابت محكمة الاستئناف على هذا التساؤل بالنفي وتعد أن هذا النوع من الإخلال لا يسوغ فسخ العقد، وذكرت المحكمة أيضا في حكمها بأنه لو كان المدعى عليهم قد حرموا من جميع هذه المنافع فعندئذ يكون من حقهم المطالبة بفسخ العقد مع التعويض أما في هذه الحالة فلا يحق لهم سوى التعويض. والسؤال المقدم هو أنه إذا ما قارنا تصنيف البنود من حيث أهميتها في القانون الإنكليزي مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي فهل يمكن القول بإمكانية تصنيف الشروط المقترنة بالعقد بحسب أهميتها أيضا؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول بأن مشرع القانون المدني العراقي تأثر بالفقه الإسلامي في صياغة القاعدة العامة التي نظمت الشروط المقترنة بالعقد (ولاسيما الفقرة الأولى من المادة ١٣١) وإذا أمعنا النظر في تقسيم المذهب الحنفي للشروط المقترنة بالعقد فإننا نجده يصنفها بحسب أهميتها[١]: فهناك شرط يقتضيه العقد (أي من مقتضى العقد) كأن يشتري المشتري بشرط تسلم المبيع فالشرط صحيح والعقد جائز وشرط لا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه كالأجل والخيار رخصة وتيسيرا فإنه لا يفسد العقد استحسانا ويعده الشرع من باب المصلحة دون المفسدة وشرط لا يقتضيه العقد ولم يرد به الشرع ولكن يلائم العقد ويوافقه كشراء شيء بشرط إعطاء البائع كفيلاً بالثمن فإن كان الكفيل غير معلوم فالبيع فاسد وإن كان معلوما فالبيع جائز استحسانا وغير جائز عند الإمام زفر على أساس القياس. ورأي علماء الحنفية هو الصائب لأن الكفالة هي توثيق للدين فالشرط يرقى إلى مرتبة الشرط الذي يقتضيه العقد في هذه الحالة. وشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحد المتعاقدين فيه منفعة ومتعارف عليه فيجوز استحسانا عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن حسن الشيباني ولا يجوز عند الإمام زفر على أساس القياس وشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارفه الناس وفيه منفعة لأحد العاقدين كمن يشتري حنطة على أن يطحنها البائع فقد اختلفت الآراء. فهناك رأي بأن البيع فاسد وثان بأن العقد جائز والشرط باطل وثالث أن العقد جائز والشرط جائز. إذ يعد اشتراط المنفعة الزائدة في عقود المعاوضات المالية من باب الربا. أما في المعاوضات غير

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩، ص٦٣و ٦٤.

المالية كالنكاح والخلع وفي التبرعات كالهبة فإن الشرط يسقط ويبقى العقد صحيحا لانتفاء إمكانية وجود الربا في هذه العقود.

المطلب الثاني

البنود الضمنية للعقد

إن البنود الضمنية هي تلك البنود التي لا يتم الاتفاق عليها صراحة أو بشكل محدد في العقد من الطرفين المتعاقدين إلا أنها تفترض أو تدرج ضمنيا في العقد[١]. فالغالبية العظمى من الالتزامات الجوهرية التي يلتزم بها الطرفان المتعاقدان عادة ما يجري النص عليها صراحة في صلب العقد أو في متن العقد نفسه[٢]. ولكن قد يهمل أو يغفل الطرفان المتعاقدان إدراج بعض الالتزامات الأساسية الأخرى أو قد لا يتمكنا من التبصر بالاحتمالات جميعها التي قد تنشأ لاحقا نتيجة المجرى الاعتيادي لسير تنفيذ العقد ففي هذه الحالات جميعها فإنه يمكن افتراض بعض البنود ضمنيا أو إدراجها ضمنيا في العقد لتعويض النقص الذي يشوب العقد من جراء تخلف هذه الالتزامات. هنا فقد أدت المحاكم دورا مهما في هذه العملية التي تناقض بحسب رأي جانب من الفقه الإنكليزي مبدأ الحرية التعاقدية وأن العقد ما هو إلا انعكاس لإرادة المتعاقدين. وللتعرف على أنواع البنود الضمنية في القانون الإنكليزي ومقارنتهما مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول البنود المفترضة أو المدرجة ضمنيا بحكم الواقع وفي الثاني البنود المفترضة أو المدرجة ضمنيا بحكم القانون على وفق ما يأتي:

١- الفرع الأول: البنود المفترضة أو المدرجة ضمنيا بحكم الواقع.

٢- الفرع الثاني: البنود المفترضة أو المدرجة ضمنيا بحكم القانون.

---

(1) Ewan Mckendrick, ibid, p.184.

(٢) د. مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهرين، ٢٠٠١، ص١١٩.

الفرع الأول

البنود المفترضة أو المدرجة ضمنيا بحكم الواقع

كنا قد أشرنا سابقا إلى قيام المحاكم الإنكليزية بإدراج بعض البنود أو افتراضها ضمنياً في العقد لتلافي النواقص على الرغم من انتقاد هذه العملية لمخالفتها لمبدأ الحرية التعاقدية أو لتناقضها معه. ولتجنب هذا التناقض فقد لجأت المحاكم الإنكليزية إلى حيلة قانونية مفادها أنه عندما يجري افتراض البنود ضمنياً في العقد فإنها لا تمنح قيمة قانونية سوى لإرادة الطرفين غير المعبر عنها في العقد (unexpressed will) عن طريق تلافي النواقص التي تشوب العقد[١].

كان الغرض من هذه الحيلة القانونية التي لجأت إليها المحاكم افتراض البنود ضمنياً في العقد على أساس الواقع أو بحكم الواقع. مما يعني بأن البنود التي يجري افتراضها ضمنياً أو إدراجها ضمنياً بحكم الواقع هي تلك البنود المستخلصة من نية الطرفين المتعاقدين فحسب، ولكي يتم ذلك فإنه ينبغي أن يكون البند، بحسب تقدير المحكمة، بنداً واضحاً وضرورياً لمنح العقد الفاعلية الكافية والقوة القانونية المطلوبة، وفي حالة تخلف هذا البند فإن العقد سوف لن يكتمل، ففي السابقة القضائية المعروفة بـ(The Moorcock 1889)[٢] كان المدعى عليهم يمتلكون رصيفاً في مرفأ بحري وقد اتفقوا مع المدعيين للسماح لهم برسو سفينتهم لتفريغ حمولتها. إلا أن السفينة دخلت إلى مياه ضحلة واصطدمت بصخور وتحطمت بسبب المد والجزر. وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح فقد عدت المحكمة المدعى عليهم مسؤولين عن الإخلال ببند ضمني يقضي ببذل العناية المعقولة لتوفير مرفأ آمن ويتضمن هذا البند التزاما يمكن افتراضه ضمنياً ويلتزم به المدعى عليهم تجاه المدعين وقت التعاقد وفحواه أن يتم رسو السفينة بطريقة أو بحالة لا تعرضها للخطر وأن تتخذ العناية المعقولة لتحقيق هذا الأمر. وغاية القول بأنه يمكن افتراض البنود ضمنيا في العقد على أساس الواقع أي على وفق نية الطرفين المتعاقدين.

---

(1) Paul Richards, ibid, p.110.

(2) Stephen Smith, ibid, p.158.

الفرع الثاني

البنود المفترضة أو المدرجة ضمنيا بحكم القانون

ذكرنا سابقاً بأن المحاكم الإنكليزية استعملت الحيلة القانونية لافتراض البنود أو إدراجها ضمنياً في العقد تعبيراً عن الإرادة غير المصرح بها للطرفين المتعاقدين وهذا ما عرف بافتراض البنود أو إدراجها ضمنياً بحكم الواقع، إلا أن المحاكم الإنكليزية لم تقف عند هذا الحد بل تجاوزت هذه الحيلة بافتراضها بنودا في العقود لا تقوم على أساس النية المفترضة للطرفين[١]، مما أسهم في ظهور اتجاه جديد تبنته المحاكم، فبينما كانت في السابق تلجأ إلى الحيلة القانونية لافتراض البنود أو إدراجها ضمنياً بحكم الواقع في أنواع معينة من العقود، بدأت بافتراض البنود في العقود جميعها التي هي من طبيعة واحدة وذلك بحكم القانون. وغالبا ما تكون البنود المفترضة ضمنياً بحكم القانون على ثلاثة أنواع هي[٢]:

أولا: البنود المفترضة ضمنياً بحكم المحكمة Terms Implied by the Court.

ثانيا: البنود المفترضة ضمنياً بحكم التشريع Terms Implied by Statute.

ثالثا: البنود المفترضة ضمنياً بحكم العرف Terms Implied by Custom.

أولاً: البنود المفترضة ضمنيابحكم المحكمة

Terms Implied by the Court

تستند البنود الضمنية المفترضة بحكم المحكمة، وكما رأينا سابقا، على فكرة مفادها أن البند ينشأ من النية الضمنية المفترضة للطرفين المتعاقدين، أما البنود المفترضة بحكم القانون بشكل عام ولا سيما بشكل خاص فهي التزامات تنشأ عن العقد من دون النظر إلى نية الطرفين أو الوقائع والملابسات التي تستخلص منها تلك النية[٣]. وعندما تقوم المحكمة بافتراض البند ضمنياً في عقدها وفي قضية معينة فإن تلك القضية تصير سابقة قضائية تستعين بها المحاكم الأخرى لتضمين العقود بنوداً مماثلة في القضايا

(1) Paul Richards, ibid, p.110.

(2) Ewan Mckendrick, ibid, p.204.

(3) Paul Richards, ibid, p.113.

الأخرى كلها التي هي من النوع نفسه. ففي السابقة القضائية المعروفة بـ(Liverpool city council v. Irwin 1976)[١] قام المجلس البلدي بتأجير شقق لمستأجرين، وفي الوقت الذي كان فيه عقد الإيجار يفرض التزامات عديدة على عاتق المستأجرين، التزم العقد الصمت تجاه الالتزامات المفروضة على المجلس البلدي بخصوص أعمال الصيانة الخاصة بالمباني. ونتيجة لذلك فقد تعرضت مصاعد المباني إلى التلف وتحطم معظمها فامتنع المستأجرون عن دفع الأجرة احتجاجاً على عدم قيام المجلس البلدي بأعمال الصيانة، وقد قام المجلس البلدي برفع دعوى ضد أحد المستأجرين مطالباً بتخلية الشقة إلا أن المستأجر دفع بإخلال المجلس بالتزام ضمني (implied obligation) في إجراء أعمال الصيانة. وقد تبين للمحكمة بأنه لا يمكن افتراض البند ضمنياً في العقد بحكم الواقع لعدم توفر الشروط المطلوبة لاجتياز اختبار الشخص الثالث الفضولي أو المتفرج الفضولي (officious by stander test)، ولأن هذا البند ليس ضرورياً لمنح العقد ما يعرف بالأثر الفعال للعقد (business efficacy)[٢]. إلا أن مجلس اللوردات أدرج البند ضمنياً بحكم القانون مستنداً إلى التزام المجلس البلدي ببذل العناية اللازمة أو المعقولة (reasonable care) للإبقاء على ديمومة المصاعد والسلالم في المباني. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي[٣] في ضوء تعليقه على هذه السابقة القضائية بأن السبب الذي جعل القضاء الإنكليزي لا يطبق معيار الشخص الثالث الفضولي على هذه السابقة القضائية لافتراض البند ضمنياً بحكم الواقع وليس بحكم القانون (أي بحكم المحكمة في هذه القضية) هو أنه كان يجب لأعمال البند واقعياً أن يعد الطرفان البند من الأمور الواضحة والمسلم بها لو أنه عرض عليهما وقت التعاقد وحصل ذلك لكان يكفي لافتراض البند ضمنياً من حيث الواقع.

(1) Paul Richards, ibid, p.113.

(2) Treitel, ibid, p.225.

(3) Treitel, ibid, p.224.

ثانيا: البنود المفترضة ضمنيا بحكم التشريع

Terms Implied by Statute

هناك بعض التشريعات التي من شأنها تضمين بنود معينة في بعض العقود. ومن أبرز هذه التشريعات قانون بيع البضائع الإنكليزي لعام ١٩٧٩ (Sale of goods ACT 1979). الذي نص على تضمين بعض البنود في عقود بيع البضائع. فالمادة (١٢) تفترض بنداً ضمنياً مفاده تمتع المشتري بحيازة هادئة للمبيع فضلا عن بند ضمني آخر تفترضه المادة (١٣) بضرورة كون البضائع مطابقة للمواصفات المدرجة في العقد، وأوردت المادة (١٤) بنداً ضمنياً يقتضي أن تكون البضاعة المبيعة ملائمة للغرض الذي بيعت من أجله[١]. وفيما يتعلق بالبيع بالعينة أو النموذج (Sale by Sample) فقد نصت المادة (١٥) على بند ضمني بضرورة أن يكون المبيع ككل مطابقا للعينة من حيث النوع. وبالمقابلة فإننا نجد بأن القانون المدني العراقي أجاز افتراض بعض الالتزامات بنص القانون، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) على وجوب تنفيذ الالتزام على وفق ما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

أشارت في فقرتها الثانية إلى أنه: (لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته على وفق لقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

ويرى جانب من فقه القانون المدني في العراق[٢] بأن القانون يتضمن نصوصاً أو قواعد آمرة لا يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها ولكن بالمقابل أيضا فإنه يتضمن نصوصا مكملة أو مفسرة يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها. وينص القانون في كل عقد على أمور جوهرية يجب الاتفاق عليها لينعقد العقد صحيحاً كأركان العقد، وعلى أمور ثانوية تفصيلية ليست بأهمية الأمور الجوهرية نفسها. فإذا لم يتفق المتعاقدان على الأمور الثانوية أو التفصيلية بالنص عليها في العقد، يبرز دور النصوص القانونية المكملة أو المفسرة في

---

(1) Robert Duxbury, ibid, p.40.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، منشورات جامعة جيهان الخاصة، ٢٠١١، ص٤١٤.

تكميل إرادة الطرفين وتحديد نطاق العقد وإبراز إرادتهما لعدم اتفاقهما على الأمور التفصيلية[١]. مثال ذلك المادة (٥٤١) التي تناولت مكان تسليم المبيع والتي نصت على أنه: (١- مطلق العقد يقتضي بتسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده عد مكانه محل إقامة البائع. ٢- أما إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين لزمه تسليمه في المحل المذكور). فالأصل أنه إذا اشترط المتعاقدان في العقد تسليم المبيع في محل معين فإنه يجب الالتزام بهذا المحل. أما إذا لم يتفق المتعاقدان في العقد على تعيين مكان التسليم فإن مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي يكون موجوداً فيه وقت التعاقد. وإذا كان المبيع منقولاً ولم يتعين محل وجوده فالنص يعد مكانه في محل إقامة البائع[٢]. ويتبين من هذا النص بأنه في حالة عدم اتفاق المتعاقدين في العقد على تحديد مكان تسليم المبيع فعندئذ ينبغي التسليم في مكان وجود المبيع، وهذا برأينا يتطابق مع فحوى البنود المفترضة ضمنيا أو المدرجة بحكم التشريع في القانون الإنكليزي. ويتم إدراج الشروط أو البنود وتضمينها في العقد بحكم القانون أي بمقتضى نص تشريعي.

ثالثا: البنود المفترضة ضمنيا بحكم العرف

Terms Implied by Custom

إن الوسيلة الثالثة لتضمين البنود في العقد الإنكليزي هي الاستعانة بالأعراف (customs) وبالعادات التجارية (trade usages) إذ يتم اللجوء إليها في بعض المسائل التي يتخذ العقد حيالها الصمت[٣] ويجري إدماجها في عقد يتعلق بمهنة أو حرفة أو تجارة معينة ولاسيما عندما يثبت شيوع أعراف أو عادات تجارية في هذه المهن أو الحرف.

ويرى هذا الجانب من الفقه الإنكليزي بأنه إذا كانت البنود مستنبطة أو مستوحاة، أو مستشفة من العرف فإن تضمينها في العقد الإنكليزي من المحكمة يعد استثناءً من القاعدة

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص١٦٠.

(٢) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاولة، المكتبة القانونية، بغداد ٢٠٠٧، ص٩٥.

(3) Stephen Smith, ibid, p.163.

العامة التي تقضي بضرورة قيام القاضي بتضمين العقد بنوداً كان ينبغي على الطرفين المتعاقدين أن يتوقعا بأن تصير جزءاً من عقدهم بحكم الواقع أو بحكم المجرى العادي للأمور. ففي السابقة القضائية (Hutton v. warren 1836) ثبت للمحكمة عن طريق عرف محلي بأن يستأجر الأرض الزراعية ملزم بزراعتها بطريقة معينة تتناسب مع نوع موقع تلك الأرض ومن حقه عند إنهائه لعقد الإيجار أن يتقاضى مبلغاً من المال يمثل تعويضاً عادلاً عن البذور التي زرعها وجهد العمل الذي بذله في زراعة الأرض. وقد ذكرت المحكمة المالية (court of exchequer) في حكمها بأنه يجب إدراج أو تضمين هذه البنود المستنبطة من العرف العقد فضلا عن وجوب تفسير العقد على وفق الأعراف[١]، أما إذا ما قارنا موقف القانون الإنكليزي بتضمين العقود بنود مستشفة من العرف بموقف القانون المدني العراقي فإننا نجد، وكما أشرنا سابقا. بأن هذا الأخير أجاز أن يقترن العقد بشرط يكون جاريا به العرف والعادة. والشرط الذي جرى به العرف والعادة هو الشرط الذي تعارف الناس على اشتراطه في معاملاتهم، ويرى جانب من فقه القانون المدني في العراق[٢] بأن من أهم خصائص العرف الذي يستخلص منه الشرط أن يكون العرف معتبرا شرعا، فإن كان كذلك فهو يصحح الشروط التي تعد في الأصل مفسدة للعقد.

فلو تعارف الناس مثلا على قيام البائع بتوصيل المبيع إلى مكان المشتري صح ذلك العرف وصحح معه الشرط المقترن بالعقد والمستخلص منه. ويرى هذا الجانب من الفقه بأن الشرط الذي جرى به العرف المعتبر شرعا يعد استثناءً على القاعدة العامة التي أوردها الفقه الحنفي التي تعد كل شرط ينطوي على منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد شرطا مفسدا لعقد المعارضة المالية ومنع اقترانه بالعقد أما لو كان الشرط في غير عقود المعاوضات المالية كالزواج فيلغي الشرط ويبقى العقد صحيحا. هذا فضلا عن استثناءين آخرين وهما الشرط الذي ورد الشرع والقانون بجوازه كخيار الشرط والذي أخذ به المشرع العراقي والشرط الذي يلائم مقتضى العقد كاشتراط البائع بتقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل ويعد هذا الشرط صحيحا كونه توثيق لمقتضى العقد.

---

(1) Michael Furmston, ibid, p.172.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص٤١٦.

المبحث الثالث

تفسير بنود العقد في القانونين الإنكليزي والمقارن

تفسير البنود هو إزالة الغموض الذي يكتنفها وإبانة المعنى الحقيقي للنص. ويؤكد الفقه الانكليزي[١] بأن المبدأ الاساس الثابت في القانون الإنكليزي هو وجوب ان يتم تفسير الوثائق التعاقدية التي تتضمن اتفاق الطرفين المتعاقدين تفسيرا موضوعيا. وهذا يعني بأن القانون الانكليزي يأخذ بالمذهب الموضوعي في التفسير الذي يدور حول فكرة مؤداها انه ليس من المهم معرفة ما كان ينوي احد الطرفين المتعاقدين من وراء التعاقد أو ما أدركه الطرف الآخر وفهمه من نية الطرف الاول بل ان المهم هو ما كان يمكن للشخص المعتاد أو العاقل (reasonable person) ان يفهمه من الكلمات التي صيغ منها البند التعاقدي لو كان مكان الطرفين المتعاقدين[٢]. فالتفسير هو التحقق من المعنى الذي يمكن ان يصل الى مدارك الشخص العاقل أو المعتاد الذي يفترض ان يكون محيطا بالتفاصيل كلها التي ينبغي ان يدركها الطرفان وقت التعاقد. أما بالنسبة إلى القانون المدني العراقي، فقد أخذ هذا القانون بالمذهب المختلط في تفسير العقد، واتخذ موقفاً وسطاً[٣] بين المذهبين الموضوعي والشخصي في التفسير[٤] فنراه تارة يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة في الفقرة الثانية من المادة (١٥٥) من

---

(1) Treitel, ibid, p.211.

(2) Ewan mckendrick, ibid, p.180.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص١٣٢.

(٤) هناك ثلاثة انظمة في تفسير العقد، وهي النظام الشخصي أو ما يعرف بنظرية الإرادة الباطنة، التي تعد مبدأ سلطان الإرادة أساس التفسير وتغلب الإرادة الباطنة على التعبير المادي، وقد أخذ بها القانون الفرنسي، والنظام الموضوعي أو ما يعرف بنظرية الإرادة الظاهرة، أو نظرية التعبير عن الإرادة، والتي تغلب التعبير المادي على الارادة الباطنة، وأخذ بها الفقه الإسلامي والقانون الألماني والقانوني الإنكليزي، والنظام المختلط في تفسير العقد، الذي يتخذ سبيلاً وسطاً بين النظريتين، وقد سار عليه والمصري، ينظر د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالأسكندرية، ٢٠٠٢، ص٥٠.

القانون المدني العراقي، والتي نصت (على أن الأصل في الكلام حقيقة...) فالمعنى الحقيقي للألفاظ هو تعبير الإرادة الظاهرة، ونصت المادة (٧٣) على أن (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) فالإيجاب والقبول هما تجسيد للإرادة الظاهرة، وتعبير عن الإرادة الباطنة، ونراه تارة أخرى يأخذ بنظرية الإرادة الباطنة في الشطر الثاني من الفقرة الثانية من المادة (١٥٥) التي تنص على أنه (إذا تعذرت الحقيقة فيصار إلى المجاز) يعد الأخذ بالمعنى المجازي للألفاظ رجوعا إلى الإرادة الباطنة التي اتجهت إلى المعاني المجازية، فضلا عن الفقرة الأولى من هذه المادة التي نصت على أن (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني). وهذا تغليب للإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة. لذلك فسوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين: نتناول في الاول المعايير المستخدمة في تفسير البنود الصريحة وفي الثاني المعايير المستخدمة في تفسير البنود الضمنية على وفق ما يأتي:

١- المطلب الاول: المعايير المستخدمة في تفسير البنود الصريحة.

٢- المطلب الثاني: المعايير المستخدمة في تفسير البنود الضمنية.

المطلب الاول

المعايير المستخدمة في تفسير البنود الصريحة

هناك معايير عديدة مستخدمة في القانون الانكليزي لتفسير البنود التعاقدية الصريحة التي يتفق عليها الطرفان المتعاقدان صراحة سواء بصيغة شفوية أو تحريرية لذا سوف نبحث في هذا المطلب أهم المعايير الشائعة في القانون الانكليزي التي تستخدم في تفسير البنود الصريحة عن طريق الفروع الاتية:

١- الفرع الأول: معيار أسلوب البيانات وتوقيتها.

٢- الفرع الثاني: معيار أهمية البيانات.

٣- الفرع الثالث: معيار المهارة الحرفية والمعرفة الخاصة.

٤- الفرع الرابع: معيار كتابة البيانات.

٥- الفرع الخامس: معيار التحقق من صدق البيانات أو صحتها.

الفرع الأول

معيار أسلوب وتوقيت البيانات

يستخدم هذا المعيار لتفسير بنود العقد في القانون الإنكليزي ولاسيما الصريحة منها. وبموجب هذا المعيار فإن طول الفترة الزمنية ما بين إدراج البيانات في الوثيقة العقدية وبين إبرام العقد يعد من الأمور المهمة التي تحدد ما إذا كان البيان المدرج هو بند تعاقدي (Term) أم مجرد وصف (representation)[١].

وقد جرت العادة لدى المحاكم الإنكليزية أن تفسر الفترة الزمنية الطويلة بين إدراج البيان وإبرام العقد بأنها قرينة على أن هذا البيان هو ليس بند تعاقدي بل مجرد وصف. ففي السابقة القضائية المعروفة في القانون الإنكليزي ب(Routledge v. Mckay 1954) عدت المحكمة بأن الفترة الزمنية الفاصلة بين فترة المفاوضات التي جرى فيها إدراج البيانات وما بين إبرام العقد هي فترة طويلة جدا لذا فإن البيانات غير السليمة المدرجة تفسر أوصافاً وليست بنوداً[٢].

أما في القانون المدني العراقي فإننا نجد بأن هذا القانون قد أورد قواعد عامة في التفسير وذلك في المواد (١٥٥–١٦٦) من القانون المذكور وهذه القواعد في الأصل وضعها الفقهاء المسلمون ليسترشد بها القضاة في تفسير العقد وتعرف أيضا بالقواعد الكلية[٣].يمكن الرجوع أيضا إلى مجلة الأحكام العدلية التي استقى منها المشرع العراقي هذه القواعد وقد صنفت المجلة هذه القواعد الكلية في المواد من (١–١٠٠) من المجلة. وإذا ما قارنا هذا المعيار الذي وضعه القانون الإنكليزي بموقف القانون المدني العراقي، من هذه المسألة. فإننا نجد بأن المادة السادسة من مجلة الأحكام العدلية المتعلقة بإحدى القواعد الكلية في التفسير والتي يمكن للقاضي العراقي العمل بموجبها. نصت على أن (القديم يترك على قدمه) فالقديم إذا كان موافقا للشرع فإنه يترك على قدمه من دون تغيير فإذا قامت الحجة على أنه لم يكن قائما على

---

(1) Paul Richards, ibid, p.102.

(2) Roberts Duxbury, ibid, p.35.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص١٥٣.

سبب شرعي فإنه لا يترك على قدمه بل يزال إذا تمخض عنه ضرر فاحش[١]. ويرى جانب من فقه القانون المدني العراقي[٢] بأن هذه القاعدة هي من القواعد الفقهية الكلية التي مصدرها الاستصحاب الذي هو استدامة حكم سابق في زمان لاحق على أساس عدم ثبوت مزيله. وإذا ما قارنا معيار توقيت البيانات في القانون الإنكليزي مع هذه القاعدة الفقهية الكلية فإننا نجد بأن الحكم الوارد في هذا المعيار يختلف عن حكم قاعدة القديم يترك على قدمه. إذ أن مرور الزمن ليس من شأنه أن يغير من تفسير النص ما دام النص موافقا للشرع أو للقانون على العكس من حكم معيار توقيت البيانات الذي يعطي لمرور الزمن أهمية كبيرة في تغير الوصف القانوني للبيانات التعاقدية. فضلا عن أن المادة (١٦٦) من القانون المدني العراقي نصت على أن (يفسر الشك في مصلحة المدين) ومن شأن ذلك أنه إذا لم يكن بإمكان القاضي إزالة الغموض الذي يكتنف عبارات العقد والتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين فإنه يفسرها على أساس النية المعقولة للمدين وهي أن يلتزم في أضيق نطاق تتحمله عبارات العقد[٣]. مما لاشك في أنه يختلف عن المعيار الإنكليزي الذي يستند على المذهب الموضوعي الذي قوامه معيار الرجل المعتاد أو العاقل وكما أشرنا إليه سابقا. ولا يعطي المعيار الإنكليزي (أي معيار التوقيت) أهمية لنية الطرفين التي هي من العوامل الذاتية الداخلية بقدر ما يعطي من أهمية لعامل خارجي بعيد عن العقد وعباراته وهو مرور الزمان.

الفرع الثاني

معيار أهمية البيانات

بموجب هذا المعيار يمكن للمحاكم الإنكليزية أن تميز ما بين البنود التعاقدية الحقيقية والأوصاف المجردة على وفق طبقا الأهمية النسبية لكل منهما.

(١) د. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، جامعة بغداد، ١٩٨٧، ص٣٨.

(٢) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، الطبعة الخامسة، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ١٩٩٩، ص١٦١.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٤٠٩.

وقد جرت العادة لدى المحاكم الإنكليزية أن تعتبر البيان التعاقدي بندا عقديا حقيقيا لو أن الطرف المتضرر للإخلال بالالتزام المنصوص عليه في هذا البند ما كان ليبرم العقد لولا وجود هذا البيان لأهميته[١] وعلى العكس من ذلك فقد تعد المحاكم الإنكليزية البيان وصفا لأن الطرف المتضرر كان مزمعا على إبرام العقد بصرف النظر عن وجود البيان من عدم وجوده. ففي السابقة القضائية (Bannerman v. white 1881) سأل المشتري البائع ما إذا كانت المادة التي يروم شراؤها قد جرى معالجتها بالكبريت أم لا. وأضاف أنه في حالة معالجتها بالكبريت فإنه سوف لن يقدم على الشراء، وحتى أنه سوف لن يكلف نفسه بالسؤال عن ثمن السلعة. وقد أكد له البائع بأن هذه المادة خالية من الكبريت. لذا فقد عدت المحكمة البيان الذي أدرجه البائع في تأكيده على خلو المادة من الكبريت بأنه بند تعاقدي حقيقي وليس مجرد وصف لأهميته في نظر المشتري[٢]. وإذا ما قارنا هذا المعيار بقواعد التفسير الواردة في القانون المدني العراقي فإننا نجد بأن حكمه يشبه حكم المادة (١٥٥) من القانون التي نصت في فقرتها الأولى على (أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني للألفاظ والمباني) فالعبرة بالمعنى الذي يقصده المتعاقدان من تعابير العقد وليس من مجرد ما تحمله تعابير العقد من معاني لغوية مطلقة[٣].وتبنى العقود على مقاصدها وأغراضها لا على ألفاظها[٤]. وتلك الحال بالنسبة إلى أهمية البيانات في القانون الإنكليزي فإنها تتحدد وفقا لنية طرفي العقد.

الفرع الثالث

معيار المهارة الحرفية والمعرفة الخاصة

عندما يبرم الطرفان عقدا في القانون الانكليزي ويكون أحدهما متمتعا بمعرفة فنية أو خبرة أو مهارة افضل مقارنة بالطرف الآخر. فقد جرت عادة المحاكم الانكليزية ان تعد أي بيان يدرجه الطرف الافضل خبرة في العقد يمكن تفسيره كبند تعاقدي حقيقي وليس مجرد

(1) Treitel, ibid, p.385.

(2) Robert Duxbury, ibid, p.35.

(٣) د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص٤٠٤.

(٤) د. محي هلال السرحان، مصدر سابق، ص٣٦.

وصف[١]. وقد طبقت المحاكم الانكليزية معيار المعرفة الخاصة والمهارة الحرفية في عديد من السوابق القضائية والتي من اشهرها السابقتين الآتيتين: ففي السابقة القضائية المعروفة بـ(Dick Bentley productions Ltd v. Harold Smith Motor Ltd, CA 1965) قام تاجر سيارات بتقديم بيانات غير صحيحة تتعلق بالمسافة الإجمالية مقدرة بالأميال التي قطعتها إحدى سياراته منذ تبديل محركها وجهاز التعشيق وذكر في البيان الذي اورده في العقد بأن المسافة هي (٢٠) عشرون الف ميل فحسب. إلا أن المشتري تبين له لاحقا في الفحص الذي خضعت له السيارة بأن المسافة الحقيقية هي مسافة مائة(١٠٠) الف ميل وأن السيارة صارت غير صالحة للاستعمال لذا فقد أقام دعوى الاخلال بالعقد. وتعد محكمة الاستئناف بان البيان المدرج في العقد هو بند تعاقدي حقيقي وليس مجرد وصف لان احد الطرفين وهو المدعى عليه يمتلك معرفة فنية افضل من الطرف الآخر. وقد حكمت بالتعويض لمصلحة المدعي[٢].

أما في السابقة القضائية (Oscar chess Ltd v. Williams, CA 1957) فقد قام شخص ببيع سيارته لتاجر سيارات الا انه ذكر عند البيع عن طريق الخطأ (ولكن بحسن نية) بان السيارة هي من موديل سنة(١٩٤٨) وبعد البيع بستة اشهر اكتشف المشتري بأن موديل السيارة الحقيقي هو من سنة (١٩٣٩). وقد أقام دعوى للمطالبة بالتعويض على اساس الاخلال بالتزام ينشأ عن بند تعاقدي. الا انه اخفق في دعواه لان المحكمة تعد البيان المدرج في العقد هو مجرد وصف لأن البائع لم تكن لديه النية لإلزام نفسه عن طريق التزام تعاقدي بخصوص دقة تاريخ تسجيل السيارة و تعد بأن البائع ارتكب مجرد تدليساً برئا (innocent-misreperentation). وأن المشتري كان في موقف أفضل من البائع للتحقق من صحة وصدق سالبيان المدرج في العقد لامتلاكه للمعرفة الفنية والخبرة الكافية.

(1) Paul Richards, ibid, p.104.

(2) Stephen smith, ibid, p.145.

الفرع الرابع

معيار كتابة البيانات

من المعايير المتبعة في القانون الإنكليزي لتفسير البيانات التعاقدية ومعرفة طبيعتها القانونية هو معيار كتابة البيانات. فإذا ما تم إفراغ اتفاق الطرفين في وثيقة مكتوبة. فالمحكمة غالبا ما تفسر هذه البيانات المدرجة في العقد كبنود تعاقدية حقيقية وليس مجرد أوصاف. كما جرت العادة لدى المحاكم الإنكليزية أن تعد البيانات الأخرى غير المدرجة في الوثيقة التعاقدية كأوصاف مجردة فحسب لاتفاق الطرفين عليها شفويا من دون إفراغها في المحرر المكتوب[١].

ففي السابقة القضائية (Routledge v. Mckay 1954) فقد عدت المحكمة أن البيانات التي اتفق الطرفان عليها شفويا ولم تدرج في الوثيقة التعاقدية لا تمثل بنودا تعاقدية حقيقية بل مجرد أوصاف (mere repersentation).وقد صاغت المحاكم الإنكليزية قاعدة عامة تعرف بقاعدة البينة الشفوية[٢] (parol evidence rule) ومفادها بأنه عندما يتم إفراغ العقد في وثيقة مكتوبة فإنه لا يسمح بإيراد دليل إثبات شفوي لإضافة أي شيء جديد إلى البنود التعاقدية المدرجة في الوثيقة المكتوبة أو لمخالفتها أو لتغييرها أو للإنقاص منها.

ويرى جانب من الفقه الإنكليزي[٣] بأن البينة الشفوية يمكن تصنيفها ضمن نوع أوسع من أنواع أدلة الإثبات ويسمى بالدليل أو البينة الخارجية (extrinsic evidence) التي لا تقتصر على البيانات الشفوية فحسب بل تتعدى ذلك لتشمل بعض الوثائق المكتوبة كمسودات العقود والمراسلات الجارية بين الطرفين .

وقد شعرت المحاكم الانكليزية بقسوة هذه القاعدة فسمحت ببعض الاستثناءات عليها ومن اهم هذه الاستثناءات العرف (Custom) وما يعرف بالعقود التبعية او الفرعية (أو

(1) Robert Duxbury, ibid, p.36.

(2) Michael Furmston, ibid, p.158.

(3) Robert Duxbury, ibid, p.33.

الثانوية) (Collateral contracts)[١] وتسمح المحاكم الانكليزية بإضافة بنود جديدة الى الاتفاق المكتوب وذلك عن طريق الاعراف المحلية والعادات التجارية. وتلك الحال بالنسبة الى العقود التبعية والتي غالبا ما تكون بصيغة اتفاقات شفوية يسمح القضاء الانكليزي بإضافتها بنوداً يمكن ان تضيف شيئا جديدا الى العقد المكتوب[٢].

ففي السابقة القضائية (delassalle v. Guildford ca 1901) كان المدعى عليه يتفاوض مع المدعي من لاستئجار منزل الاخير وقد رفض المدعي ابرام عقد الايجار ما لم يقدم المدعى عليه ضمانة شفوية الى المدعي لإكمال النواقص في نظام الصرف الصحي للمنزل. وقد قدم المدعى عليه بالفعل هذه الضمانة الى المدعي الا انه لم يتم ادراجها كبند تعاقدي في عقد الايجار المكتوب. وبعد ابرام عقد الايجار لم يقم المدعى عليه بإكمال هذه النواقص واخل بتعهده فقاضاه المدعي طالبا التعويضات ليس على اساس عقد الايجار الذي لم يشر الى هذه المسألة بل على اساس عقد تبعي يستند على الضمان الشفوي وقد حكمت له المحكمة بالتعويض على هذا الاساس واشارت في حكمها الى وجود عقدين بين الطرفين الاول هو عقد الايجار المكتوب والثاني هو البيان الشفوي أو الضمان الشفوي لإكمال النواقص في نظام الصرف الصحي وهو عقد تبعي جرى الاخلال به[٣]. أما في القانون المدني العراقي فانه توجد قاعدة من قواعد التفسير تشبه في حكمها معيار كتابة البيانات في القانون الانكليزي الذي يميز كما رأينا، بين البند العقدي ومجرد الوصف. فقد نصت المادة (١٥٧) من القانون المدني العراقي على ان (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح) فالتصريح هو التعبير الصريح وهو اقوى بلا شك من التعبير الضمني وهو الدلالة[٤]. لذا يقدم التعبير الصريح على التعبير الضمني. وقد يكون التصريح بحد ذاته ايضا كتابة أو قولا والكتابة اقوى من القول. و نجد كذلك بان هذا المعيار قد يتطابق في حكمه ايضا مع قاعدة فقهية أخرى نصت عليها المادة الرابعة من مجلة الاحكام العدلية وهي ان (اليقين لا يزول بالشك) فالأمر الثابت ثبوتا يقينيا لا

(1) Robert Duxbury .ibid. p. 36.

(2) Ewan Mckendrick, ibid. p.290.

(3) Treitel, ibid .p. 387.

(٤) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٤٠٦.

يزيله شك ضعيف مشتبه في امره بل يبقى الامر المتيقن هو المؤكد[١] وهذه القاعدة ايضا مصدرها الاستصحاب ويمكن للقاضي العراقي العمل بها. ونحن نجد كذلك بانه وتطبيقاً لهذه القاعدة الاخيرة فان الشروط التي تقترن بالعقد في القانون المدني العراقي اذا كانت مكتوبة فهي من دون شك اقوى من الشروط الشفوية لان الشروط المكتوبة هي بمثابة اليقين الذي لا يرفعه شك ضعيف.

الفرع الخامس

معيار التحقق من صدق البيانات أو صحتها

يستخدم هذا المعيار أيضاً لتفسير البيانات التعاقدية والتمييز بين البند الحقيقي ومجرد الوصف. وقد جرت العادة لدى المحاكم الانكليزية الا تفسر البيان كبند تعاقدي اذا ما قام الشخص الذي ادرج البيان بالطلب من الطرف الآخر التحقق من صحة هذا البيان وتفحص محل العقد[٢]. ففي السابقة القضائية(Ecay v. Godfrey 1947) ذكر بائع القارب بأن القارب المبيع سليم وليس فيه ثمة عيب الا انه نصح المشتري بضرورة تفحص القارب، لذا فقد قضت المحكمة بأن البيان الذي ادرجه البائع هو مجرد وصف ولا يرقى الى مستوى البند التعاقدي الحقيقي.

المطلب الثاني

المعايير المستخدمة في تفسير البنود الضمنية

يثير تفسير البنود الضمنية في القانون الإنكليزي مشكلات أكثر مما يثيره تفسير البنود الصريحة، لأن البنود الضمنية هي بيانات لا يتفق عليها الطرفان المتعاقدان صراحة في صلب العقد خلافا للبنود الصريحة[٣]، ولكن يجري تضمينها في العقود، كما أشرنا سابقا، إما بحكم الواقع أو بحكم القانون. وقد دأبت المحاكم الإنكليزية على تطوير معايير معينة لتفسير

(١) د. محي هلال سرحان، مصدر سابق، ص٣٧.

(2) Ewan Mckendrick, ibid, p.180.

(3) Ewan Mckendrick, ibid, p.184.

البنود الضمنية للعقد وسوف نتناول في هذا المطلب أهم هذه المعايير وهي معيار الشخص الثالث الفضولي (أو المتفرج الفضولي) ومعيار الأثر الفعال للعقد.

١- الفرع الأول: معيار الشخص الثالث الفضولي (أو المتفرج الفضولي).

٢- الفرع الثاني: معيار الأثر الفعال للعقد.

الفرع الأول

معيار الشخص الثالث الفضولي (أو المتفرج الفضولي)

يجري استخدام هذا المعيار من المحاكم الإنكليزية لتفسير البنود الضمنية عادة. ولاسيما البنود المفترضة ضمنيا بحكم المحكمة. ولا يتفق على هذه البنود الطرفان صراحة في العقد. بل أن المحكمة عندما تنظر في الدعوى تفترض اتجاه نية الطرفين المتعاقدين لتضمنيها في العقد دون أن يتم إدراجها صراحة[١]. لتطبيق المحكمة الإنكليزية لهذا المعيار فإنها تفترض أن يكون البند على درجة كبيرة من الوضوح إذ يكون تضمينه في العقد أمرا بديهيا[٢].

فإذا ما مر شخص ثالث فضولي بجانب الطرفين المتعاقدين وهما منهمكين بإبرام العقد واقترح عليها من باب الفضول إدراج هذا البند في العقد فإنهما سيقاطعانه بحده ويرد على اقتراحه بعبارة (أوه بالتأكيد أنه أمر طبيعي) (oh of course).

ووضعت إلى أن المحاكم الإنكليزية قيدين على استعمال هذا المعيار: الأول هو عندما يكون أحد الطرفين غير عالم بالبند الذي يراد إدراجه أو تضمينه في العقد. ففي السابقة القضائية[٣]

spring v. National amalgamated stevedores and dockers society 1956) اتفق المدعى عليهم مع أحد النقابات عام ١٩٣٩ على تطبيق قواعد معينة تحكم انتقال الأعضاء من نقابة إلى أخرى وعرف هذا الاتفاق فيما بعد بـ(Bridlington agreement). وفي عام ١٩٥٥ وافق المدعى عليهم على قبول المدعي عضوا في نقابتهم

(1) Robert Duxbury, ibid, p.39.

(٢) د. مصطفى سلمان الحبيب، مصدر سابق، ص١١٦.

(3) Paul Richards, ibid, p.112.

خرقا للاتفاق المذكور على الرغم من أن المدعي كان يجهل تماما القواعد المنصوص عليها في هذا الاتفاق. وقد علمت اللجنة العليا في اتحاد النقابات التجارية بهذا الخرق وأصدرت أوامرها إلى تلك النقابة بطرد المدعي من عضويتها، فقامت النقابة بطرده.

فأقام المدعي دعوى الإخلال بالعقد ضد هذه النقابة مطالبا بإلغاء قرار الفصل. وقد دفعت النقابة في أثناء المرافعة بوجود بند في العقد المبرم بينهما وبين المدعي يقضي باحترام قواعد اتفاق (Bridlington) إلا ان المحكمة رفضت هذا الدفع وأصرت على إلغاء قرار الفصل وأسست المحكمة قرارها على معيار (الشخص الثالث الفضولي)[١]. وذكرت بأنه لو كان هذا الشخص الثالث قد تساءل عما إذا كان قد جرى إدراج اتفاق (Bridlington) في العقد المبرم بين النقابة والمدعي. فإن جواب المدعي في هذه الحالة سيكون: (أنا لا أعلم أي شيء عن هذا الاتفاق) بدلا من الإجابة المعتادة (أوه بالتأكيد أنه أمر طبيعي) لذلك فقد اعتبرت المحكمة بأنه لم يتم إدراج هذا البند في العقد لعدم علم الطرف الآخر به. أما القيد الثاني فهو حالة ما إذا اكتنف موقف الطرفين الغموض أو عدم اليقين بخصوص اتفاقهما على إدراج البند. إذ أن من أهم شروط تطبيق هذا المعيار هو أن يكون البند المزمع تضمنيه في العقد على درجة عالية من الوضوح إذ يكون التسليم به أمرا بديهيا كما أشرنا سابقا. ويرى أحد فقهاء القانون الإنكليزي[٢] بأن هذا المعيار ما هو إلا تجسيد للمعيار الموضوعي المعروف بمعيار الرجل المعتاد أو العاقل (reasonable person) مما يعني بأنه إذا ما كان تضمين البند أو إدراجه في العقد أمرا معقولا يستسيغه الرجل العاقل أو المعتاد فإن ذلك يعد قرينة على اتفاق الطرفين ولو ضمنيا على هذا البند ومن ثم إمكانية تطبيق معيار الشخص الثالث الفضولي. أما إذا رجعنا إلى قواعد التفسير في القانون المدني العراقي فإننا نجد بأنه يمكن إدراج الشروط في العقد أو اقترانها به بحكم العرف وهذا ما يتطابق مع موقف القانون الإنكليزي الذي أجاز استشفاف البند الضمني من العرف[٣]. فقد نصت المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي على أن (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) فالأمور المعروفة بالعرف

---

(1) Robert Duxbury, ibid, p.39.

(2) Treitel, ibid, p.225.

(٣) د. مجيد حميد العنبكي، مصدر سابق، ص١٢١.

التي اعتاد عليها الناس في معاملاتهم تعد كأنها مشروطة في تلك المعاملات وفي العقود التي يبرمونها والتي تدخل ضمن تلك المعاملات وإن لم تذكر في العقد[١]. ونصت على أن (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) وإن لم يدرج في العقود المبرمة بينهم صراحة. ومن ذلك العرف الخاص بالتجار وأرباب الحرف والصناع[٢]. ونصت المادة (١٦٤) من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى على أن (العادة محكمة عامة كانت أو خاصة) ويجري الرجوع إليها حتى وإن لم يرد هناك نص. ونحن نجد بأن هذه القواعد تفسر إمكانية تضمين الشروط في العقد إذا ما تعارف عليها الناس في معاملاتهم وإن لم يتم النص عليها صراحة من الطرفين المتعاقدين، فإذا ما كان هناك عرف شائع في مسألة معينة، فإن الرجل المعتاد أو العاقل يفترض اتفاق الطرفين عليه ضمنيا في عقدهم واشتراطه حتى إن كان ذلك من دون النص عليه صراحة في العقد.

الفرع الثاني

معيار الأثر الفعال للعقد

لقد استخدمت المحاكم الإنكليزية هذا المعيار المعروف بـ(Bussiness efficacy) لافتراض تضمين العقد ببعض البنود الضمنية التي ترى بأنه من البديهي تضمينها في العقد وإن لم يتم النص عليها صراحة. إلا أنها ضرورية في نظر المحكمة لإعطاء الصفقة أثرا فعالا. ففي السابقة القضائية (The Moorcock 1889) التي أشرنا إليها سابقا. فسرت المحكمة العقد المبرم بين الطرفين على اعتبار أنه يتضمن بندا ضمنيا يلزم المدعى عليهم باتخاذ العناية المعقولة لتوفير منطقة آمنة لرسو السفينة. ولم تكن المحكمة ترغب بتضمين هذا البند إلا لإعطاء هذه الصفقة أثرا فعالا (أو تجاريا) كما يرغب به رجال الأعمال[٣]. ويرى جانب من فقه القانون الإنكليزي[٤] بأن استخدام هذا المعيار لتسويغ تضمين البند في العقد ما هو إلا تعبير عن حالة الضرورة (state of necessity).

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٤٠٨.

(٢) د. محي هلال السرحان، مصدر سابق، ص٤٥.

(٣) د. مجيد حميد العنبكي، مصدر سابق، ص١٢١.

(٤) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٤٠٥.

فالمحكمة غالبا ما تقوم بافتراض البنود في العقد وإدراجها ضمنيا إذا ما رأت بأن ذلك يعد ضروريا لإعطاء العقد أثرا تجاريا فعالا. وإذا ما قارنا ذلك بموقف القانون المدني العراقي فإننا نجد بأن المادة (٣٢) من مجلة الأحكام العدلية التي استمد منها القانون المدني العراقي الكثير من القواعد الكلية[١] نصت على أن (الحاجة تنزل منزلة ضرورة عامة أو خاصة). فطالما أن الحاجة تكون ماسة إلى إدراج شرط معين فإن تضمينه في العقد يكون بمنزلة الضرورة[٢].

الخاتمة

وتتضمن النتائج والتوصيات.

أولا: النتائج.

١- إن بنود العقد في القانون الإنكليزي هي مجموعة بيانات أو وعود أو اشتراطات قد تكون صريحة أو ضمنية يتم إدراجها في العقد وتحدد نطاق حقوق الطرفين المتعاقدين والتزامهما فضلا عن التعويضات التي يمكن أن يحصل عليها أي طرف في حالة إخلال الطرف الآخر بالالتزامات الناشئة عن تلك البنود. أما الشروط التي تقترن بالعقد في القانون المدني العراقي أو ما يعرف بالشروط التقييدية فهي تلك التي تقترن بالعقد وتقيد من حكمه في المعقود عليه وهي تتضمن كل اتفاق يتناول آثار العقد بالتأكيد أو التعديل. وقد تبين من مقارنة التعريفين وجود تشابه بين بنود العقد الإنكليزية والشروط التي تقترن بالعقد في القانون المدني العراقي.

٢- عند مقارنة الطبيعة القانونية لبنود العقد مع الطبيعة القانونية للشروط التي تقترن بالعقد يتبين لنا بأن بنود العقد هي بيانات تمثل تعبيراً عن إرادة الطرفين المتعاقدين في تحمل الالتزامات التي تنشأ عن العقد وأن الإخلال بها يمكن الطرف المتضرر من رفع دعوى الإخلال بالالتزام التعاقدي. يتمثل الطبيعة القانونية للشروط المقترنة بالعقد في كونها شروط تقييدية تعد اتفاقا يتناول آثار العقد بالتأكيد أو

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر نفسه ، ص٤٠٥.

(٢) د. محي هلال السرحان، مصدر سابق، ص٩٠.

التعديل وهي ترتبط بالمحل غالبا إلا إذا كانت هي الباعث الدافع إلى التعاقد فترتبط بالسبب وفق نظريته الحديثة.

٣- تصنف بنود العقد في القانون الإنكليزي إلى بنود صريحة وبنود ضمنية. أما البنود الصريحة فتصنف إما من حيث تكوينها أو من حيث أهميتها. فهي تصنف من حيث تكوينها إلى بنود تعاقدية حقيقية ومجرد أوصاف. أما في القانون المدني العراقي فتصنف الشروط التي تقترن بالعقد من حيث أثرها في العقد الذي تقترن به إلى شروط صحيحة وباطلة. والشروط الصحيحة هي شروط معتبرة أما الشروط الباطلة فهي إما شرط لغو أو شرط مبطل للعقد. وتصنف بنود العقد في القانون الإنكليزي من حيث أهميتها إلى شروط وبنود ضامنة (أو ضمانات) وبنود غير مسماة. وعند مقارنة تصنيف بنود العقد في القانون الإنكليزي من حيث أهميتها مع الشروط التي تقترن بالعقد في القانون المدني العراقي فإننا نجد بأن المشرع العراقي وإن لم يصنف هذه الشروط بحسب أهميتها إلا أنه تأثر بالفقه الإسلامي عندما استقى منه هذه الشروط ولاسيما بالفقه الحنفي. وعند الرجوع إلى الفقه الحنفي بوصفه أحد مصادر القانون المدني العراقي نجد بأنه يتضمن بين دفتيه تقسيما للشروط المقترنة بالعقد بحسب أهميتها. فهناك شرط يقتضيه العقد وهناك شرط ورد الشرع بجوازه وشرط آخر يلائم العقد ويوافقه وثمة شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين ومتعارف عليه. وأخيرا شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارفه الناس وفيه منفعة لأحد المتعاقدين.

وتصنف البنود الضمنية في القانون الإنكليزي إلى بنود مفترضة أو مدرجة ضمنيا بحكم الواقع وبنود مفترضة او مدرجة ضمنيا بحكم القانون. وفي هذه الحالة الثانية تكون إما مفترضة بحكم المحكمة أو بحكم التشريع أو بحكم العرف. وعند مقارنة البنود الضمنية في القانون الإنكليزي مع الشروط التي تقترن بالعقد في القانون المدني العراقي. فإننا نجد بأن أحد أنواع الشرط الصحيح في القانون المدني العراقي

هو الشرط الذي جاء أو ورد به النص كما في شرط الخيار (أو خيار الشرط) وهذا بطبيعته يشبه البنود الضمنية المفترضة بحكم التشريع في القانون الإنكليزي. وقد أجاز القانون المدني العراقي أن يقترن العقد بشرط يكون جارياً به العرف والعادة. والشرط الذي جرى به العرف والعادة هو الشرط الذي تعارف الناس على اشتراطه في معاملاتهم وهو يشبه البنود الضمنية المفترضة ضمنياً أو المستشفة بحكم العرف.

٤- يتم تفسير بنود العقد في القانون الإنكليزي بموجب عديد من المعايير والتي يستخدم بعضها في تفسير البنود الصريحة والبعض الآخر في تفسير البنود الضمنية. وإذا ما قارنا موقف القانون الإنكليزي في تفسير بنود العقد مع موقف القانون المدني العراقي، فإن القانون المدني العراقي استخدم أيضا عددا من القواعد الفقهية الكلية في تفسير العقود وقد استمدها من مجلة الأحكام العدلية. ويشبه هذه القواعد بعضها في حكمه معايير تفسير البنود في القانون الإنكليزي والبعض الآخر يختلف عنها.

ثانيا: التوصيات.

بعد الانتهاء من عرض النتائج فإننا نقترح التوصيات الآتية:

١- نجد من الضروري أن يعيد المشرع العراقي النظر في موقفه ويأخذ بالشرط الفاسد وأن لا يقتصر على الشرط الصحيح والباطل. إذ أنه أورد قاعدة عامة أباح بموجبها الشروط المقترنة بالعقد إباحة عامة إلا إذا كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب. محاولا الربط بين الفقه الإسلامي في الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي والفقه الغربي في الفقرة الثانية من هذه المادة. وكان يجدر به التطرق إلى الشرط الفاسد لتضمنه منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد ولاختلاف أحكامه في المعاوضات المالية وفي غير المعاوضات المالية.

٢- نقترح إضافة فقرة جديدة إلى نص المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي تميز ما بين الشرط الفاسد الذي يفسد العقد في المعاوضات المالية ولا يفسده في غير المعاوضات المالية بما يأتي: (إذا اقترن العقد بشرط لا يؤكده مقتضاه ولا يلائمه

ولا يكون جاريا به العرف والعادة وفيه منفعة لأحد العاقدين أو للغير وكان من عقود المعاوضة المالية فيفسد الشرط والعقد. ما لم يكن العقد من غير المعاوضات المالية أو من التبرعات فيلغي الشرط ويصح العقد).

٣- ونقترح إضافة فقرة أخرى إلى نص المادة (١٣١) تنص على حكم الشرط الفاسد الذي يلغي من دون أن يفسد العقد فيسقط الشرط ويبقى العقد بما يأتي: (إذا اقترن العقد بشرط لا يؤكد مقتضاه ولا يلائمه ولا يكون جارياً به العرف والعادة وليس فيه منفعة لأحد العاقدين أو للغير فيلغى الشرط ويصح العقد).

٤- يمكن الاستفادة من معيار أهمية البيانات التعاقدية المعمول به لدى المحاكم الإنكليزية لمعرفة ما إذا كان الشرط المقترن بالعقد بموجب المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي هو مما يقتضيه العقد أو يؤكد مقتضاه أو يلائمه أم لا لذا نقترح على المشرع العراقي إدراج الفقرة الآتية: (إذا لم يكن الطرف المتضرر للإخلال بالالتزام الوارد في الشرط المقترن بالعقد ليبرم العقد لولا وجود هذا الشرط فهو تأكيد لمقتضى العقد أو ملاءمة له).

المصادر

أولا- المصادر باللغة العربية.

١. د. أحمد بخيت الغزالي، د. عبد الحليم منصور، د. احمد محمد لطيف، مقدمة الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩.

٢. د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥.

٣. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاولة، المكتبة القانونية، بغداد ٢٠٠٧.

٤. د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

٥. سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٢.

٦. د. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلوامريكي، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.

٧. د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالأسكندرية، ٢٠٠٢

٨. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٣، محل العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨.

٩. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.

١٠. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ١٩٦٣.

١١. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠.

١٢. د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، منشورات جامعة جيهان الخاصة، ٢٠١١.

١٣. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩.

١٤. د. مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهرين، ٢٠٠١.

١٥. د. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، جامعة بغداد، ١٩٨٧.

١٦. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، الطبعة الخامسة، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ١٩٩٩.

١٧. د. مصطفى سلمان حبيب، المصطحات القانونية في العقود الإنكليزية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.

ثانيا– المصادر باللغة الإنكليزية.

1. Edwin Peel, Treitel, the law of contract, 12th edition, sweet and Maxwell, 2010.
2. Ewan Mckendrick, contract law, sixth edition, palgrave macmillan, 2005.
3. Guest, Anson's law of contract, 26th edition, oxford university press, 1984.
4. Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract. Fifteenth edition, Oxford University Press, 2007.
5. Paul Richards. Law of Contract, Fourth edition, Financial times pitman publishing, 1999.
6. Robert Duxbury, Nutshells contract Law, Fifth Edition, sweet and Maxwell, 2001.
7. Stephen Smith, Atiyah's introduction to the law of contract, sixth edition, clarendon press, oxford, 2005.
8. Varsheny elements of business law , chand, 2003.