

اثر العنصر النفسي في تنفيذ العقد
(دراسة مقارنة في القانونين العراقي والانكليزي))

م.م ماجد مجباس حسن
كلية القانون - جامعة ميسان

ا.م.د. حسين عبد القادر معروف
كلية القانون - جامعة البصرة

مقدمة:

لا يعد من المبالغة القول ان تنفيذ العقد يرتكز في الاساس الى ما جال في نفس اطرافه من حاجات وغايات سعوا اليها عن طريق ابرام العقد. وهذه الحاجات والغايات ما هي الا كوامن نفسية باطنية . يعبر عنها في اطار العقد بتجسيد مادي اطلق عليه التعبير. ومن هنا كانت اهمية دراسة العنصر النفسي في العقد. اذ ركز فقهاء القانون المدني على هذا العنصر، فظهرت مصطلحات : الارادة، النية، الباعث. بل ان بعض الباحثين^(١) قد عنون دراسته بعنوان ((النظرية العامة للقصد المدني))، ساعيا الى تأسيس نظرية عامة للقصد على نحو ما هو متعارف عليه في فقه القانون الجنائي من بحث للقصد الجنائي في الجرائم.

ولذلك فان تأصيل العنصر النفسي في نطاق العقد يعد امرا اساسيا لتحديد اثره في تنفيذ العقد . وهو ما سيكون مادة هذه المقدمة .

لقد حلل بعضهم^(٢) العمل الارادي الى اربعة مراحل ،هي: التصور والادراك ، ثم المداولة، ثم التصميم، واخيرا مرحلة التعبير .

فالتصور والادراك يكون حيث يشعر الشخص برغبة في اشباع حاجة معينة جلبت انتباهه، فاذا ما استقرت لديه هذه الرغبة بصورة واضحة انتقل الى المرحلة الثانية وهي المداولة، وفيها يزن الامور وما يمكن ان يترتب عليها من نتائج ، وهنا ينحصر تفكيره بين الاقدام لإشباع تلك الحاجة او في تركها ، وكذلك في اختيار افضل الوسائل التي يمكن اللجوء اليها للوصول الى هذا الاشباع . فاذا ما استقر على الاقدام على الفعل وتبلورت لديه الوسيلة المناسبة دخل مرحلة التصميم ، وهذه هي الارادة. اذ تكون الارادة هنا جادة واعية تتجه نحو غرض معين.

وهذا التحليل للعمل الارادي لم يكن مانعا من اختلاف فقهاء القانون المدني في تحديد اقسامه التي يمكن ان يرتب القانون اثرا على احدها بمعزل عن الاخر . اذ ذهب جانب من الفقه^(٣) الى ان العنصر النفسي في العقود بصورة عامة يتجسد بالإرادة، اذ انه على الرغم من المراحل الثلاث التي يمر بها العمل الارادي الا انه من التعقيد الفصل بينها من الناحية الواقعية، فهي مراحل مترابطة وتتبنى احداها على الاخرى، اذ لا يتصور ان نصل الى مرحلة المبادلة دون المرور

(١)- د. محمد سليمان الاحمد، النظرية العامة للقصد المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت، ٢٠٠٩.

(٢)- انظر في ذلك د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، ٢٠٠٠ ص ١٨٦-١٨٧، هامش رقم (٢). د. عبد الرحمن عياد ، اساس الالتزام العقدي، المكتب المصري للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٣٦.

(٣)- د. السنهوري ، المرجع السابق، ص ١٨٦. ليون دوكيه، دروس في القانون العام، مجلة العدالة، العدد(٣)، ١٩٧٩، ص ٤٥٢ ، د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥ ، فقرة (٥٥) ص ٥٩.

بمرحلة الادراك ،وكذا الحال فيما يتعلق بمرحلة التصميم ،وبذلك فان هذه المراحل تشكل بمجموعها ارادة المتعاقد. ومنها جاء تعريفهم للإرادة على نحو يشتمل على كل مراحل العمل الارادي، اذ عرف بعضهم^(٤) الارادة انها "عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين"، وعرفها بعض^(٥) اخر انها " نشاط نفسي او قوة نفسية واع اتجه الى تحقيق غرض معين بالاستعانة بوسيلة ملائمة تعين على بلوغ هذا الهدف".

في حين ذهب جانب اخر من فقهاء القانون^(٦) الى التمييز بين المراحل التي يتألف منها العنصر النفسي ، وعلى وجه الخصوص التميز بين الارادة والنية، اذ عرف بعضهم^(٧) النية انها "استهداف غاية، او بعبارة اخرى ان يتمثل الشخص في ذهنه هذه الغاية وان يعمل على تحقيقها". كما عرفها اخر^(٨) انها " العزم على امر معين ، وهي القوة المحركة للإرادة نحو الغرض المباشر للشخص". وذهب اخر^(٩) الى ان النية هي "قصد امر معين يرتب عليه القانون اثرا من الاثار وعزم القلب على فعله في الحال او الاستقبال".

فالنية على وفق ما ذهب اليه بعضهم^(١٠) "ذات طبيعة ذاتية بحتة لا حاجة لإظهارها لأنها غير متوجهة، بينما الارادة وان كانت ظاهرة نفسية بحسب الاصل الا انها يجب ان تكون ظاهرة الى العالم الخارجي لكي تترتب عليها الاثار القانونية". اذ تنصرف النية " الى انجاز عملية مثل البيع او الشراء او القرض وما الى ذلك من العمليات القانونية التعاقدية، بينما الارادة تنصرف الى الحصول على محل معين ، فإرادة المشتري هي الحصول على المبيع وإرادة البائع هي الحصول على الثمن ، بينما نية البائع والمشتري في هذه الحالة هي البيع والشراء اي انجاز العملية القانونية".

وفي تقديرنا ان ما ذهب اليه الاتجاه الثاني محل نظر، اذ ان العنصر النفسي لا يخضع لديناميكية الحركة بحيث يمكن الفصل بين مراحلها على نحو ما ذهب اليه انصار هذا الاتجاه، فلا يمكن ضبط افكار الانسان من حيث تحديد المرحلة التي يمكن ان يقف عندها القرار الارادي قبل ان تتجسد الارادة بشكل مادي، سواء بالتعبير عنها في نطاق التصرف القانوني، او بمظهر

(٤)- د. السنهوري ، المرجع السابق، فقرة (٧٥)، ص ١٨٦ ،هامش رقم (٢).

(٥)- ليون دوكيه ، المرجع السابق ، ص ٤٥٣ .

(٦)- د. عبد الحي حجازي ، موجز النظرية العامة للالتزام ،الجزء الاول ، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥، فقرة(٣٥)، ص ٣٢. د. محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية واثره في عقود المعاوضات ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الاولى، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٠٦ وما بعدها. د. شيرزاد عزيز سلمان، حسن النية في ابرام العقود ، دار دجلة، الطبعة الاولى، الاردن، ٢٠٠٨، ص ١٣٥-١٣٧

(٧)- د. عبد الحي حجازي ، المرجع السابق، فقرة(٣٥)، ص ٣٢ .

(٨)- د. شيرزاد عزيز سلمان ، المرجع السابق، ص ١٣٥ .

(٩)- د. محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

(١٠)- د. شيرزاد عزيز سلمان ، المرجع السابق، ص ١٣٥-١٣٦ .

خارجي آخر في نطاق العمل المادي. اذ ليس بالإمكان ان نحدد المرحلة التي وقف عندها العنصر النفسي طالما لم تتجسد ماديا بحيث يكون لها مظهر خارجي يمكن فهمه ومن ثم ترتيب الحكم عليه .

ولذلك فان الارادة هي المراحل الثلاث مجتمعة ،اذ لا ارادة دون باعث، فالأخير هو "الجانب النفسي لموقف معين سواء أكان شيئا ام واقعة"⁽¹¹⁾ . كما انه لا ارادة دون عزم او قرار نفسي (نية). ولا ارادة دون اتجاهها الى احداث اثر قانوني.

وبناء على ذلك فإننا لا نعتقد بدقة القول ان النية غير متوجهه في حين أن الارادة متوجهه. اذ ان النية تمثل الارادة وهي متوجهه دائما ولنا من نصوص القانون المدني سندنا في ذلك، فلو ناقشنا النصوص التي استعملت مصطلح النية لوجدنا ان النية متوجهة الى احداث الاثر القانوني. فعلى سبيل المثال نصت المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي على انه "١- من حاز وهو حسن النية منقولا او سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد. ٢- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح، مالم يتم الدليل على عكس ذلك." فهذا النص يشير الى نية متوجهه الى احداث اثر قانوني ، بدليل ان المشرع يقتضي وجود سبب صحيح ،وان افترضه المشرع افتراضا قابلا لإثبات العكس، فالسبب الصحيح يعني تصرفا قانونيا كان بإمكانه انتاج اثره وهو نقل ملكية المنقول لو انه صدر من مالك المنقول، ووجود تصرف قانوني يعني ان ارادة الحائز كانت قد اتجهت الى احداث اثر قانوني هو تملك المنقل، الا ان عدم صدور التصرف من المالك منعها من انتاج اثرها، لذلك فالنية في هذا النص هي في الاساس متوجهه. وان استعمال المشرع لمصطلح النية هو للدلالة على الارادة. وهو ما ينفي اساس التمييز بين النية والارادة.

ومن الجدير بالذكر انه ليس من شأن ما نقول به من عدم التمييز بين الارادة والنية، وان الارادة هي المراحل النفسية التي يمر بها العمل الارادي، ان يؤدي الى الخلط بين التصرف القانوني والعمل المادي ، اذ يبقى التمييز بينهما امر جليا، فللارادة دور كبير في تحديد مضمون الالتزام الارادي في التصرف القانوني، لا نجد مثيلا له في العمل المادي، حيث ترتبط اثار التصرف القانوني ارتباطا وثيقا بالارادة ، فالقانون يرتب الاثار بالقدر الذي اتجهت اليه الارادة . اما في العمل المادي لا نجد الارادة تتمتع بمثل هذه الاهمية، فعند وقوع عمل مادي معين وان خالطته الارادة يقوم القانون بتحديد مضمون الالتزام المترتب عليه دون ان يكون للإرادة اي دور

الا في حدود الاثر الذي يترتب عليه القانون عليها .فحياسة المنقول، على سبيل المثال، تعد سببا للتملك ان استندت الى سبب صحيح، اذ يأخذ المشرع بنظر الاعتبار النية (الارادة)، الا ان العمل الاساس في ترتيب الاثر القانوني هو واقعة الحيازة ،وهو اثر انفرد به المشرع ولم يكن للإرادة دور في ذلك. فالحياسة هنا عمل مادي خالطته الارادة ،دون ان يكون لها الاساس في تحديد مضمون الالتزام، وانما تكفل المشرع بذلك. وعلى الرغم من وجود الارادة الا ان الحيازة تعد عمل مادي وليس تصرفا قانونيا.

ومن كل ذلك نخلص الى ان العنصر النفسي يتحدد في نطاق العقد بالإرادة بما تنبسط عليه من مراحل ثلاث، وهي الباعث والنية والتوجه.

ولما كان تنفيذ العقد يعتمد في الاساس على الاطار العام او الاساس الذي حددته الارادة بصورة واضحة، فضلا عن ارتباطه بعوامل يمكن عن طريقها تحديد نطاق التنفيذ . لذلك خصصنا المطلب الاول لبحث العنصر النفسي في الاطار الاساس لتنفيذ العقد، وخصصنا المطلب الثاني لبحث العنصر النفسي في اطار عوامل تحديد نطاق التنفيذ .

المطلب الاول

العنصر النفسي في الاطار الاساس لتنفيذ العقد

ان ارادة المتعاقدين هي التي تحدد الالتزامات الناشئة عن العقد، ومن ثم تلقي على عاتق الاطراف عبء تنفيذ عقدهم طبقا لما اشتمل عليه اي طبقا لما حددته ارادتهم، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وهذا ما سنبحثه في فرعين نخصص اولهما للعنصر النفسي في تحديد الالتزامات، ونفرد الثاني للعنصر النفسي في تحديد كيفية تنفيذ العقد .

الفرع الاول

العنصر النفسي في تحديد الالتزامات

تعد الارادة العنصر الاساس في تحديد التزامات المتعاقدين، اذ لا يمكن ان يتجاوز العقد من حيث النطاق الالتزامات التي حددتها الارادة، لا من حيث نوع الالتزامات ولا من حيث مقدارها، وليس للعقد اثر سوى ذلك الذي حدده المتعاقدين واتجهت ارادتهما اليه، فالارادة هي المصدر الذي يرتب الاثر في التصرفات القانونية بما لها من سلطان ذاتي، ولا يكون للقانون دور سوى احتضان واقرار ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين، ومن ثم يجب ان تحدد هذه الاثار بالرجوع الى الارادة التي بدورها تحدد نطاق العقد ، ثم تنفيذه في حدود هذا النطاق، ولا يجوز ان يشتمل هذا النطاق على التزامات لم تتصرف اليها ارادة المتعاقدين لان ذلك يعني خروج على الارادة نفسها، كما يعني فرض التزامات على المتعاقدين لم تتجه ارادتهما اليها، وهذا ينافي مبدأ استقلال الارادة، اذ يؤدي الى الزام شخص دون ارادته^(١٢).

^{١٢} - حسين عبد القادر معروف: النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص ٤٠ وما بعدها.

فالعقد يتكون بتطابق ارادتين، وهذا ما يتفق مع مبدأ سلطان الارادة، اذ ان من مقتضيات هذا المبدأ ان الشخص لا يلتزم الا اذا اراد ان يلتزم وبالقدر الذي اراد ان يلتزم به^(١٣).

وعليه فنطاق العقد يجب ان يحدد نوعا ومقدارا وفقا لما اتجهت اليه ارادة الاطراف دون زيادة او نقصان في التزاماتهم، وذلك لان كلا منهما قد التزم مسبقا ان يشغل ذمته المالية بهذا القدر من الالتزام ومن ثم فلا يمكن ان نطالبه بتنفيذ التزام لم يحدد مسبقا بارادته.

ولا يمكن للقاضي ان يتدخل في حياة العقد بحجة التفسير ويضيف الى نطاقه مدى اوسع مما حدده المتعاقدان بل يجب عليه ان يعتمد ارادة المتعاقدين ولا يحيد عنها، والا يكون قد تجاوز حدود سلطته وتدخل في تكوين وتحديد مضمون العقد، ومن ثم يكون العقد من عمله هو لا من عمل المتعاقدين^(١٤). وفي ذلك تنص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه...) ^(١٥). كما ان احترام تحديد الارادة لالتزاماتها دفع المشرع الى منع الخروج عن هذه الارادة حتى ان كان محل الوفاء بالالتزام يزيد عن المحل المحدد مسبقا دون رضا الدائن، اذ نصت المادة (١/٣٩٠) على انه (اذا كان الدين مما يتعين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلا منه بدون رضا الدائن حتى وان كان مساويا في القيمة للشئ المستحق او كانت له قيمة اعلى).

وبناء على ذلك يجب تنفيذ الالتزامات طبقا لما حددته ارادة المتعاقدين ولا يجوز لأية جهة تعديل نطاق هذه الالتزامات ما دامت في حدود النظام العام والآداب العامة. فنص المادة (١٥٠) نص وجوبي يلزم المتعاقدين تنفيذ التزاماتهم التي حددتها ارادتهم مسبقا، كما يلزم القاضي بعدم اضافة اي التزام او انقاص اي التزام بخلاف التحديد الارادي لأطراف العقد.

اما عن موقف القانون الانكليزي من هذه المسألة، فقد ذهب جانب من الفقه الى ان اطراف اي عقد هم بمثابة المشرع لقانون عقدهما وكل منهما يلزم بالتصرف على نحو مطابق لهذا الاتفاق، والا فهو ملزم بالتعويض اي خاضع للجزاء الذي تفرضه المحكمة.

(It involves two ideas (1) Agreement (2) obligation: in short the parties in every contract may be regarded as making in some sense, a law

^{١٣} - د. جليل الساعدي: الارادة الباطنة- دراسة في القانون المدني العراقي- مكتب نور العين للطباعة، بغداد، ٢٠١١، ص ١٠.

^{١٤} - حسين عبد القادر معروف: المرجع السابق، ص ١٤٢.

^{١٥} - يرى د. جليل الساعدي ان هذه المادة في القانون العراقي تقابل فكرة التنفيذ التام في القانون الانكليزي، انظر د. جليل الساعدي: اصول العقد في القانونين الانكليزي والعراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد ٢٥، ١٤، ٢٠١٠، ص ١٧٧.

of themselves , each being bound to make his conduct conform of his agreement, or arise to pay damages or otherwise subject to some penalty or compulsion at the hand of the courts the suit of the other party)(¹⁶)

فالقاعدة العامة في النظام الانكلوامريكي هي ان التنفيذ التام لكل بنود العقد المفروضة على احد اطرافه يعفيه او يحرره من المسؤولية المتولدة عن ذلك العقد، رغم ان الطرف الاخر يبقى ملزما بقدر الالتزامات المتعلقة به، ولكن وفقا لأحكام القانون العمومي لا يوجد شيء دون التنفيذ التام للعقد بدقة ووفقا لعناصر وشروط العقد يمكن ان يحرر المتعاقد من ذلك العقد. لذلك اذا كان العقد مبرم على بيع منقول ينفذ فقط عند تسليم الكمية المعينة بالضبط في الزمان والمكان والطريقة المتفق عليها.

(the complete performance of all the stipulation of a contract binding are of the parties thereto discharges him for all liability thereon though the other party may still Be pound, as far as any stipulations upon his are concert. Ned but nothing less than full performance strictly according tc the terms of the contract will , at common law , discharge it. Thus, a contract for the sale of personal property is performed only the delivery of the precise , quantity specified at the time and puce and in the mod agreed)(¹⁷).

وان اكثر طريقة واضحة لنهاية العقد هي تلك التي تتم عن طريق تنفيذ (A و B) للعقد اي ان يقوم B بأداء بعض الخدمات ثمنا لما قام به A ، والعقد في نهاية الامر يصل الى نهايته عن طريق الاداء، وحكم القاعدة العامة هي يجب ان يتطابق الاداء مع ما اتفق عليه الاطراف، بحيث ان فعل شيء اقل او مختلف عما اتفق عليه فلا يعد وفاء بالتزاماتهم التعاقدية.

(the most obvious way in which a contract may come to an end is by its being performed . If A and B make a contract under which A is to perform some service and B is to bay him for it, than when A has

¹⁶ نقلا عن علي يوسف صاحب: مفهوم العقد في القانون الانكلو امريكي- دراسة مقارنة- مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العددان الاول والثاني، مجلد ٣، ٢٠١٠، ص ٣١٣.

¹⁷ e. venkatesam – hand book On mercantile law – third edit ion – sree ramaprasad press 65 . broad way madras1 p35.

performed his service and B has paid the money . both parties have discharged their contractual obligation , and the contract is at end)^(١٨).

ويقابل انقضاء العقد بالتنفيذ (performance) في القانون الانكليزي انقضاء الالتزام بالوفاء في القانون العراقي، ويتناول هذين القانونين هذا الموضوع في باب انقضاء العقد، ويشترط في القانون الانكليزي كما لاحظنا كي يكون التنفيذ موجبا لانقضاء العقد يجب ان يكون تاما.

(^{١٩}) the general doctrine that performance must be precise and exact)

مما تقدم يتضح لنا ان كلا القانونين العراقي والانكليزي يعطي الدور الكامل لإرادة الاطراف في تحديد التزاماتهم التعاقدية، ومن ثم فالعنصر النفسي يبسط سلطانه الكامل في تحديد هذه الالتزامات، فلا يجوز ان يتحلل المتعاقد من التزاماته التعاقدية الا بتنفيذ جميع الالتزامات التي حددتها ارادة المتعاقدين المشتركة مسبقا، وفي المفهوم المقابل لا يجوز الزام اي طرف منهما بتنفيذ التزام لم تحدده اردتهما مسبقا، ولا يجوز للقاضي ان يلزم المتعاقدان كأصل عام^(٢٠)، بأكثر مما ألزمتهم ارادتهم التعاقدية.

الفرع الثاني

العنصر النفسي في تحديد كيفية (طريقة) تنفيذ العقد

بعد ان ينتهي القاضي من عملية تفسير العقد وتحديد نطاقه، يجب ان يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه، مادام العقد نشأ صحيحا ملزما، وهو لا يكون صحيحا ملزما الا في الدائرة التي يجيزها القانون ويرعى ارادة الاطراف في حدود النظام العام والآداب العامة، ومن ثم يطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانونا، وهذا مقتضى قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لان العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين. بل هو ينسخ القانون فيما يخرج منه عن دائرة النظام العام والآداب، ومن ثم فلا يجوز للقاضي نقض العقد او تعديله، كما لا يجوز نقض العقد او تعديله من احد المتعاقدين لان العقد وليد ارادتين وما تعقده ارادتان لا

^{١٨} F.R.D AVLES: concise college texts contract , London , sweet and Maxwell 1977, p189

^{١٩} - د. جليل الساعدي: المرجع السابق، ص ٢٠٩.

^{٢٠} - يلاحظ ان المشرع اجاز للقاضي التدخل في حياة العقد في مناسبات قليلة لغرض اعادة التوازن التعاقدية الذي اختل اختلالا فاحشا مثل حالة الظروف الطارئة وعقود الاذعان انظر نص المادة (١٦٧) والمادة (٢١٤) من القانون المدني العراقي.

تحله ارادة واحدة، وهذا هو الاصل اي تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، ومع ذلك يجوز نقض العقد او تعديله باتفاق المتعاقدين او لأسباب يقرها القانون^(٢١).

لكن التسليم بان العقد شريعة المتعاقدين وبوجوب تنفيذ جميع اثاره قد يحمل المتعاقد في بعض الاحيان على التمسك في العقد ومحاولة المغالاة في الافادة منه على حساب العاقد الاخر بان يختار في تنفيذه الطريق الاكثر اجحافا بذلك العاقد الاخر، كأن يتفق الراكب مع سائق سيارة الاجرة على نقله الى جهة معينة، فيختار السائق اطول طريق لذلك او يعتمد اطالة المسافة بسلوك طريق غير لازم ليزيد على الراكب اجرة النقل.

لذلك الزم المشرع المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهم بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فنصت المادة(١٥٠/١) من القانون المدني العراقي على انه(يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية). والمقصود بحسن النية هنا ضرورة مراعاة الاخلاص والامانة وتوخي القصد والاعتدال في تنفيذ العقد حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وبالا على العاقد الاخر ففي المثال المتقدم يوجب حسن النية على الناقل ان يسلك اقرب طريق الى الجهة التي يقصدها والا كان مخلا بتنفيذ العقد بحسن نية^(٢٢).

وقد اختلف فقهاء القانون في مفهوم حسن النية، اذ يرى بعضهم ان مبدأ حسن النية ذو مفهوم موضوعي، وذهبوا الى ان مبدأ الحرية التعاقدية قد يؤدي الى مظالم او حتى الى استغلال الانسان لأخيه الانسان، ومن ثم من الضرورة بمكان اللجوء الى خارج العقد بغية معالجة التوازن داخل العقد، وفي نطاق هذا التفكير حاول الاستاذ(فوان) اعتبار حسن النية مفهوما تعديليا لهذا التوازن، اذ يرى(ان حسن النية يفرض التطبيق الدقيق بكل ضمير بقصد الحماية لكل من الطرفين، كما يفرض حسن النية اخضاع الالتزام لمبدأ الانصاف الجماعي).

وحاول البعض من انصار هذا الاتجاه الحاق مبدأ حسن النية بمفهوم النظام العام، وذلك بحجة ان النظام العام يمثل قيда او تحديدا لحرية الارادة، ولم يضبط اي تعريف له وهو مفهوم غير واضح المعالم، وفائدته انه يرمي الى الانسجام الاجتماعي، وهو من السعه بحيث يمكن ان يستوعب مبدأ حسن النية.

^{٢١} - د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ج١، ص٦٩٨.

^{٢٢} - د. سليمان مرقس: نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦، ص٣٣١.

كما يقول بعضهم ان حسن النية مبدأ قانوني مستمد من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين، وهو ليس قاعدة قانونية بالمعنى الفني للقانون، بل يمكن استقراؤه من المبادئ العامة التي تعبر عن الفكرة السائدة للوجود التي تأتي القواعد العامة لتعبر جزئياً عن الافكار التي تتضمنها هذه المبادئ. ومنهم من ينادي بموضوعية مبدأ حسن النية عن طريق الحاقه بمفهوم العدالة والانصاف، اذ يرون ان الانصاف مفهوم غامض وغير واضح وان حسن النية هو الانصاف، وان القاضي اذا ما ارتكز الى حسن النية فهو يحكم بمقتضى قواعد العدالة والانصاف، وان حسن النية هو الاداة لتحقيق العدالة والانصاف ووسيلة التعديل اللازمة لفكرة العدل، وحسب قول (دسناس) ان حسن النية احد العوامل التي تمتاز بفكرة العدل لتمكن بصورة افضل من اعطاء كل ذي حق حقه وتحقيق الانصاف، وان التنفيذ بحسن نية يبدو وكأنه من احداثات الانصاف التي كرسها القانون^(٢٣).

ويذهب الرأي الراجح في الفقه الى بسط سلطان العنصر النفسي على تنفيذ العقد بحسن نية، اذ يرون ان هذا المبدأ هو مبدأ ذاتي المفهوم، قوامه ارادة الاطراف حسب المقصد المشترك لهم، ويرتبط حسن النية بالمقصد المشترك للأطراف ارتباط لا يقبل الانفكاك عنه، ومن ثم يتعذر على المحكمة ادخال اثر غير متوقع لدى الاطراف بحجة مراعاة مبدأ حسن النية، ورغم الصعوبات التي تواجه الباحث في القصد المشترك للأطراف او الارادة المشتركة لهم، الا انه لا يمكن البحث عن حسن النية الا من خلال المقصد الحقيقي المشترك لأطراف العقد، وفي هذا يقول الاستاذ (اوبري ورو) انه (يجب ان تنفذ الاتفاقات بحسن نية، اي بمعنى طبقاً لمقصد الاطراف وللهدف الذي من اجله تم انعقادها)^(٢٤).

وقد تسنى للقضاء العراقي ترسيخ هذا المبدأ في اكثر من مناسبة، اذ جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق ان (الاصل في تفسير عبارات العقد ان يؤخذ بالمعنى الحقيقي ولا يجوز الانحراف عنه الى غيره الا اذا تأيد من ظروف الدعوى ما يدل على ان المتعاقدين اساء استعمال هذا التعبير وقصدا معنى اخر فيجب حينئذ البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین)^(٢٥).

^{٢٣} - انظر في عرض هذه الآراء د. عبد المنعم موسى ابراهيم: حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص ٨٩ وما بعدها.

^{٢٤} - انظر في عرض هذا الاتجاه د. عبد المنعم موسى ابراهيم: المرجع السابق، ص ٨٦.

^{٢٥} - انظر قرار محكمة تمييز العراق ذي الرقم ١٠١٣/حقوقية/٦٨ بتاريخ ١٠/٣/١٩٦٨، منشور لدى ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص ٣٣٣.

ويرى الاستاذ السنهاوري في تعليقه على المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري التي كانت تنص على انه(فاذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل) انه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عندما حذفت المعيار الثاني الخاص بنزاهة التعامل واستبقت على معيار حسن النية، انما اعتمدت المعيار الذاتي دون المعيار الموضوعي، اما ما ذكرته في تقريرها من انها حذفت العبارة التي تقرر المعيار المادي لان عموم تعبير حسن النية(وهذا هو المعيار الذاتي) ما يغني عنها فغير صحيح لان المعيار الذاتي لا يغني عن المعيار المادي، لذلك يجب القول بعد هذا التعديل ان المشرع المصري اقتصر على المعيار الذاتي، وهو معيار حسن النية هنا^(٢٦).

ومن جانبنا لا نؤيد الرأي الذي ينادي بموضوعية مبدأ حسن النية ، لأنه من غير الممكن تسمية البحث عن النوايا وما تخفيه النفس من قرارات حسنة او سيئة بمعيار موضوعي، ذلك اننا نعتقد بان النية تعني القرار والباعث هو الذي يحرك القرار ثم يتوجه الشخص بناء على ذلك القرار، لذلك يقال حسن وسوء النية اي حسن وسوء القرار داخل نفس المتعاقد، وان الاتجاه الموضوعي لحسن النية قد بني على حجج متناقضة من شأنها ان تجعله يدحض نفسه بنفسه، اذ استند الى حجة التطبيق الدقيق بكل ضمير حماية لكلا الطرفين، ونحن نتسأل هل يستقيم هذا القول الا اذا قلنا ان مبدأ حسن النية مبدأ ذاتي المفهوم، فاذا كان مبدأ موضوعي المفهوم يطبق على كل الحالات بشكل جامد دون الحاجة الى الخوض بما يخفيه ضمير المتعاقدين لان الضمير فكرة داخلية تختلف من شخص لآخر.

ولا جدال في ان مبدأ حسن النية بذاته يدل على الارادة الحقيقة للأطراف، ويبلغ حسن النية اوجه في تصويره قوة الارادة لإنشاء الالتزام بذاتها بغض النظر عن طرق التعبير عنها عندما يكون حسن النية وحده معيارا لإنشاء الالتزام، من ذلك تملك الحائز للثمار والزوائد متى كان حسن النية، وفي هذا نصت المادة(١١٦٥) مدني عراقي على انه(يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته)، اذ ان الحائز الذي يضع يده على الشيء معتقدا بحسن نية بانه مالكة يمتلك الثمار^(٢٧).

والقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضي منهما ان ينفذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، ذلك ان حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ العقود جميعها، ولم يعد الامر كما كان في

^{٢٦} - د. عبد الرزاق السنهاوري: المرجع السابق، ص ٧٠٠.

^{٢٧} - د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه: الحقوق العينية، المكتبة القانونية، بغداد، ج٢، بلا سنة طبع ، ص ٢٦٠.

القانون الروماني عقود حرفية التنفيذ (contract de droit stract) وعقود رائدها حسن النية (contract de donne foi)^(٢٨).

ويرتب القانون على صفة النية اثاراً معينة فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فيمنح المدين مهلة ميسرة اذا كان في عدم تنفيذه للعقد حسن النية. ويجازي سوء النية في عدم تنفيذ العقد، فيلزم المدين في المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذي كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد اذا كان هذا المدين في عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاً او خطأ جسيماً، وهذا يدل على قاعدة تنهي عن الغش وتأمر بحسن النية في تنفيذ العقود. كما يجوز للمتعاقد ان يعفي نفسه من كل مسؤولية ناتجة عن عدم تنفيذه لالتزامه العقدي ان لم يرتكب غشاً او خطأ جسيماً، اي متى كان حسن النية^(٢٩). ويتجلى مبدأ حسن النية في التزام المتعاقدين بالتعاون فيما بينهم ويجب ان لا يكون هناك تعسف من احدهما في استعمال حقه عند تنفيذ العقد^(٣٠).

اما في القانون الانكليزي، فالنية هي ركن من اركان العقد، فأركان العقد هي التراضي والنية التعاقدية ومقابل الالتزام^(٣١). فالأصل في هذا القانون انه لا عقد بغير نية لخلق رابطة قانونية بين المتعاقدين.

(an, agreement, even though it is supported by consideration, is not binding as a contract if it was made without any intention of creating legal relation)^(٣٢)

اما في يتعلق باثر العنصر النفسي اي متى يكون مبدأ حسن النية معياراً مؤثراً في تنفيذ العقد كما هو الامر لدى المشرع العراقي، فالملاحظ ان القانون الانكليزي رغم استقلال مقوماته ومنابعه الاصلية، الا انه تأثر بالقانون الروماني مباشرة او بالواسطة منذ القرون الوسطى فقد لاحظ البروفيسور (Buckland) مشابهة كبيرة بين عدد غير قليل من مبادئ العدالة الانكليزية ومثيلاتها في القانون الروماني، ولقد ترددت كلمة (الضمير) كثيراً في ارجاء محاكم المستشارين الملكيين مقرونة بالمعاني الدينية والفلسفية، والى جانب هذه الكلمة ترددت مرادفات اخرى تدل

^{٢٨} د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام- المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧، ص ٣٨٧.

^{٢٩} - انظر نصوص المواد (١/١٧٧) و (٣/١٦٩) و (٢/٢٥٩) من القانون المدني العراقي.

^{٣٠} - د. عبد المجيد الحكيم، ا. عبد الباقي البكري، ا.م. محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، المكتبة القانونية، بغداد، ط ٤، ٢٠١٠، ص ١٦١.

^{٣١} - د. صلاح الدين علي: بنود العقد في القانون الانكليزي- دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، مجلة الراافدين للحقوق، المجلد ١٦، العدد ٥٨، السنة ١٨، ص ٦٨.

^{٣٢} - د. جليل الساعدي: اصول العقد في القانون الانكليزي والعراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٢٥، العدد ١، ٢٠١٠، ص ١٧٧.

بالضرورة على حسن النية منها (الثقة الحسنة) و (العقل) و (الحق) و(المعقول) و (السبب والثقة الحسنة). ومن جهة اخرى فان احكام محاكم المستشارين حافلة باحترام الاعراف وبإخضاع تنفيذ الالتزامات للمقاصد والمعاني ومراعاة الظروف ومنع الغش^(٣٣).

والتطبيقات التي تدل على مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود في القانون الانكليزي كثيرة، من ذلك التزام المتعاقد في تنفيذ التزامه التعاقد في الوقت المحدد، اذ يثور التساؤل هنا عما اذا كان الوقت هو جوهر العقد، والجواب في القانون العام مالم ينص العقد على خلاف ذلك يجب ان يكون الاداء في الوقت المحدد.

(if the contract states a definite time for performance , the question may arise whether the time is of the essence ,, of the contract that is the classic way of putting it. And the broad answer is that a common law time is of essence and in equity it is not. At common law , unless the contract provides otherwise, performance must be completed by the date specified)^{٣٤}

كما ان القانون الانكليزي قد قرر وبالتحديد في احكام الغلط في طبيعة الوثائق الموقعة مبدأ (ليس بتوثيقي) (non est. factum). ويتلخص مبدأ غير توثيقي او ليس توثيقي او ليس المقصود، او ليس من فعله او صنيعه ، انه يوجد بعض الاشخاص الاميين او العمي كانوا يقعون ضحية الغش من خلال العقود المكتوبة ،والمبدأ كان يعطي اهمية لتوقيع حسن النية على العقد او للموقع حسن النية على العقد ففي قضية (Thorough goods case(1584) الذي هو أمي وقع على وثيقة عن اجرة متأخرة والواقع ان الوثيقة كانت لنقل ملكية المحكمة قررت ان تلك الوثيقة كانت غير ملزمة للموقع لأنها كانت بناء على توقيع خاطئ. ولكي ينجح هذا الدفع في الدعاوى الحديثة على الطرف الذي وقع في الغلط ان يحقق ثلاثة عناصر او شروط:

ا- ان الوثيقة التي وقعت كانت تختلف جذريا عن التمثيل الحقيقي لها، او انها تختلف عن الواقع او ما كان يعتقد الموقع.

ب- الطرف الموقع لم يكن مهما في توقيعه الوثيقة او اطلاعه على محتوياتها.

^{٣٣} - عبد الجبار ناجي الملا صالح: مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٣، ص ١٥.

^{٣٤} - f.r. DAVIES: op, cit, p194.

ج- لا يوجد طرف ثالث حسن النية سوف يتضرر بسبب ذلك.

The defense of non est. factum (this is not deed) appeared in the 16th century to prevent an illiterate or blind defrauded by virtue of a written contract . the principle was that the law should give relief to an innocent signed of a contract whose consent is genuinely liking . in thorough good s case (1584)(CCP) an illiterate (thorough good s) signed what one johan ward had told him was a release of rental areas in favor of William good s property to chicken . in reality the document transferred thorough chicken . the court held that the document was not binding no thorough good because it had been falsely explained to him before signature.

In order for the defense to succeed in modern cases the mistaken party must satisfy three elements:

a-that the document which was signed was radically different in character or effect from what the signing party thought was agreed.

b- that the signing party was not careless in signing the document without verifying its contents.

c- that no innocent third party will suffer undue hardship^(٣٥).

وعليه فالملاحظ ان القانون الانكليزي يأخذ بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد كما هو الامر بالنسبة للمشرع العراقي وان اختلفت الالفاظ التي يستخدمها الاول الا انها تدل بالضرورة على اتجاهه للأخذ بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود كما هو الامر بالنسبة للثاني، كما انه يأخذ بمبدأ حسن النية بشكل صريح بموجب مبدأ (ليس بتوثيقي) فالمشرع الانكليزي وهو يوازن بين المصالح الخاصة قد جعل من مبدأ حسن النية وهو معيار ذاتي صرف بحسب مبدأ (ليس بتوثيقي) اساسا لخلق استثناء على قاعدة عدم الطعن بالعقود الشكلية بعد توثيقها، كما انه خلق استثناء على هذا الاستثناء متى ما تعلق الامر بطرف ثالث حسن النية هو الآخر فلاحظ ان الاخير اولى بالحماية،

ومن ثم لا يجوز لمن تصرف تصرفاً شكلياً وان كان ممن يدخل تحت نطاق مبدأ (ليس بتوثيقي) ان يتمسك به متى ما رتب التصرف اثرًا بحق شخص ثالث حسن النية .

المطلب الثاني

العنصر النفسي في عوامل تحديد نطاق تنفيذ العقد

وسنناقش معنى عوامل تحديد نطاق تنفيذ العقد . وتأصيل العنصر النفسي في هذه العوامل في الفرعين الآتيين :

الفرع الاول

معنى عوامل تحديد نطاق تنفيذ العقد

لا يقتصر القاضي على الزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، بل يضيف اليه ما يعتبر من مستلزماته، وقد اشارت الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي الى العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق ما يعتبر من مستلزمات العقد، اذ نصت على انه) ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

ويقصد بالقانون هنا النصوص المكملّة او المفسرة لا النصوص الامرة، فاذا لم ينص المتعاقدان على جميع الامور التفصيلية في العقد فيفترض انهما ارادا ترك ذلك الى احكام القانون الواردة في المسائل التي لم ينصا عليها، اذ يتطلب القانون في كل العقود امور جوهرية لا بد من الاتفاق عليها لنشوء العقد كالمبيع والتمن في عقد البيع، وامور ثانوية اذا لم يتفق عليها المتعاقدان فالنصوص القانونية المكملّة او المفسرة تأتي لتكمل ارادة المتعاقدين وتحدد نطاق تنفيذ العقد، وتكشف عن ارادتهما اذا لم يكونا قد توقعا ما يعرض لهما. مثال ذلك عدم اشارة المتعاقدان الى نفقات تسليم المبيع ومكان دفع الثمن^(٣٦)، فيفترض ان المتعاقدين قد ارادا اعمال حكم المادة (٥٧٣) مدني عراقي اذ نصت على انه) اذا كان مكان اداء الثمن معيناً في العقد لزم ادائه في المكان المشروط ادائه فيه فاذا لم يعين المكان وجب ادائه في المكان الذي يسلم فيه المبيع،

^{٣٦} - د. عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق، ص ٣٨٨.

واذا لم يكن الثمن مستحقا عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق،
مالم يوجد عرف او قانون يقضي بغير ذلك)

كما يتدخل العرف غالبا في تحديد نطاق العقد وما يعد من مستلزماته، ويضاف الى الشروط
المألوفة وهي الشروط التي جرى العرف على ادراجها في العقد بحيث اصبحت تعتبر معلومة
من المتعاقدين ولو لم تدرج في العقد. مثال ذلك ما يقضي به العرف في بعض البلدان اضافة نسبة
مئوية الى ما يدفع في الفنادق والمطاعم والمقاهي وهو ما يقال له الخدمة^(٣٧).

وهذا ما سار عليه قضاء محكمة تمييز العراق اذ جاء في قرار لها انه(يجوز تفسير عبارات
العقد بالدلالة العرفية للألفاظ)^(٣٨).

ومن الامور التي يسترشد بها القاضي لتحديد ما يعد من مستلزمات العقد العدالة، فكثير من
الامور التي تقضي بها العدالة نص عليها القانون بصوص خاصة، من ذلك ان البائع ملزم بعدم
التعرض للمشتري في العين المبيعة، والتاجر الذي يبيع متجره يلتزم بعدم منافسة مشتري المتجر
بفتح متجر اخر قريب وانتزاع عملائه منه^(٣٩).

فضلا عن طبيعة الالتزام فإنها تعد من العوامل المحددة لما يعد من مستلزمات العقد، فاذا باع
شخص عقارا فعليه ان يسلم المشتري مفاتيح العقار. وكذلك من يبيع سيارة يجب ان يسلم معها
الادوات اللازمة لتشغيلها مع اوراق ملكيتها^{٤٠}

اما في القانون الانكليزي فالقاعدة الاساسية هي ان الطرفين احرار في وضع بنود عقدهم
الخاصة، ولا يمكن للمحكمة ان تجبر احد المتعاقدين على تنفيذ بند لم تتصرف اليه ارادته. بيد
ان هناك حالات يمكن للمحكمة ان تستشف بنودا ضمنية استنادا لظروف كل قضية، اذ قد يستشف
البند الضمني من قصد الطرفين او سلوكهما او طبيعة المعاملات السابقة بينهما، فاذا اتفق
الطرفان على ان يبيع احدهما للآخر شيئا معيناً واتفقا على الثمن وعلى ان لا يدفع حالا ولم يحددا
موعدا لذلك فيكون البند الضمني هنا هو ان يدفع الثمن في موعد معقول حسب طبيعة الظروف.
وقد يستشف البند الضمني من الغرض الذي ابرم العقد من اجله، فالذي يستأجر منزلا للسكنى
يجب ان يكون صالحا لذلك حسب طبيعة ظروف الحالة وان لم ينص المتعاقدين على ذلك، اذ في

^{٣٧} - د. عبد المجيد الحكيم، ا. عبد الباقي البكري، ا.م. محمد طه البشير: المرجع السابق، ص ١٦٠.

^{٣٨} - انظر قرار محكمة التمييز ذي الرقم ١٥٤/م ١٩١٧/١ منشور لدى ابراهيم المشاهدي: المرجع السابق ،
ص ٣٣٣ .

^{٣٩} - د. عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق، ص ٣٨٩.

^{٤٠} - د. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية- البيع- الاجار- المقالة- المكتبة الفانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص ٩٨.

القضية (Samueles v Davis) اتفق المدعي وهو (طبيب اسنان) على قيامه بصنع طقم اسنان لزوجة المدعى عليه، وبعد الانتهاء من ذلك اتضح ان طقم الاسنان غير ملائم الى الحد الذي لم تسطع زوجة المدعى عليه استعماله مما جعل الاخير يمتنع عن دفع الثمن، حكم من قبل محكمة الاستئناف، ان السؤال هنا هو ليس ما اذا كان هناك بيع بضائع او عقد عمل ومواد وانما المهم هو هل الطقم صالح، وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون طقم الاسنان صالحا.

واذا كان هناك تعامل سابق فان هذا التعامل هو الذي يحدد موعد دفع الثمن وان لم يتضمن العقد بندا صريحا عن ذلك الموعد^(٤١).

وقد يستشف البند الضمني من خلال اعطاء العقد اثرا فعالا (Business Efficacy)، والاثار الفعال للعقد يمكن ايضا من خلال القضية (The Moorcock)، وما ابداه القاضي اللورد باون (Bowen)، فيها، وتتلخص وقائعها في ان المستأنف اتفق مع المستأنف عليه لتحميل وخزن بضاعة من السفينة (موكوك)، وكانت منطقة النهر مملوكة من قبل طرف ثالث وخارج سيطرة المستأنف الذي لم يقوم باتخاذ اي خطوة للتأكد من ان تلك المنطقة امنة لرسو السفينة، وكن نتيجة لذلك اصطدمت السفينة بقاع النهر بسبب المد والجزر مما ادى الى تضرر السفينة، حكم بان المستأنف مسؤول من حيث ان السفينة لا يمكن استعمالها مع هذا الحاجز والرصيف في مثل هذه الظروف، ولان المستأنف كان ضمنيا يمثل قدرته على اتخاذ العناية المعقولة، وما كان القانون ليرغب بهذا التضمنين الا لإعطاء هذه الصفقة اثرا فعالا (تجاريا) مما يريده رجال الاعمال.

كما يعد العرف من العوامل التي يحدد فيها البند الضمني في القانون الانكليزي، اذ يمكن ان يستشف البند الضمني من العرف المحلي او من تجارة خاصة او حتى من العرف العام، شريطة ان يكون ذلك العرف معينا ومعقولا وشائعا ولا يعارض اي نص تشريعي او بند صريح في العقد، اذ في القضية (1917) (Harley and co v Nagata) حكم بان العرف يقضي بدفع عمولة الوسيط في حالة استئجار سفينة بموجب مشاركة زمنية، عند حصول مالكي السفينة على بدل ايجار السفينة لا عند توقيع عقد المشاركة.

كما يمكن ان يستخلص البند الضمني اخيرا من التشريع، ويتجلى ذلك في تشريع بيع البضائع ١٨٩٣ و ١٩٧٩ (Sale of good Act 1893, 1979) الذي نص على بنود ضمنية

^{٤١} - د. مجيد العنبيكي: مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، المجلد ٣، ٣٤، ١٩٩٩، ص ٧١.

في عقد بيع البضائع حماية للمشتري خاصة في المواد (١٢ - ١٤) ، اذ ألزمت المادة (١٢) البائع ان يسلم المبيع الى المشتري خاليا من كل قيد او عائق غير معروف للمشتري وقت ابرام العقد، وكذلك ما ورد في المادة (١٣) المتعلق بالبيع وصفا حيث اوجبت ان يكون المبيع مطابقا للوصف، وكذلك ما ورد في المادة (١٤) المتعلقة بالبيع على وفق النموذج اذ اوجبت ان يكون المبيع مطابقا للنموذج^(٤٢).

(13)sal by description

Where there is contract for the sale of goods by description there is an (f9 term) that the goods will correspond with the description. A1- As regards England and Wales and nor them Ireland, the term implied by subsection(1) above is a condition. 2- If the sale is by sample as well as by description it is not sufficient that the bulk of the goods corresponds with sample if the goods do not also correspond with description. 3- A sale of goods is not prevented from being sale by description by reason only, being exposed for sale or hire they are selected by the buyer . 4- paragraph 4 of schedule 1 below applies in relation to a contract mad before 18 may 1973.)

الفرع الثاني

تأصيل العنصر النفسي في عوامل تحديد نطاق تنفيذ العقد

لقد اثارت طبيعة هذه العوامل نقاشا على مستوى فقه القانون الخاص، اذ هناك من يرى ان دور القاضي في تطبيق معايير تحديد نطاق تنفيذ العقد يكون بجانب دوره في تطبيق فكرة النظام العام، فيعتقد اصحاب هذا التوجه ان نصوص القانون المتممة ذاتها يحكمها هذا المبدأ، فالمشرع يقضي في هذه النصوص بحلول يستقيها مما تقضي به قواعد العرف والامانة والذمة في المعاملات. ويفترض هذا الاتجاه من الفقه ان اطراف العقد انما يجعلون هذه النصوص نبراسا ما داموا لم يتعرضوا لمخالفة هذه الحلول في عقدهم، الا انها ليست نصوصا امرة ملزمة بمعنى ان

^{٤٢} - د. مجيد العنبيكي: المرجع السابق، ص ٧٣.

الاطراف لهم الخروج عنها بنص صريح ولا تعترض هذا الخروج مبادئ النظام العام. كما نادى بعضهم انه ليس في مقدور المتعاقدين الخروج عن عوامل تحديد نطاق العقد (العرف العدالة والذمة والامانة في التعامل) الا اذا كانا يعدلان في ميزان العقد فتزيد المنفعة المقدمة لاحد المتعاقدين مقابلة لما سيفقده بهذا الخروج، فان لم يفعلا طبقت عليهما الاحكام التي يقضي بها العرف والذمة والامانة، اما الخروج عن هذه العوامل دون تعديل لميزان العقد وتقديم ما يقابل هذا الخروج من منافع فهو امر لا يقره القضاء لأنه مخالف للنظام العام.

كما يرى الفقيه سالي ان هذه المعايير وسائل لها قيمتها الذاتية المستقلة عن الارادة المنشئة للتصرف القانوني، فتفسير العقود وتحديد نطاقها لديه يجب ان يبحث فيه عما يوجبه حسن النية والعادات، بحيث لو ان النية الحقيقية جاءت على خلاف حسن النية فيجب ان يستبدل بها تفسير اخر اكثر اتفاقا مع النزاهة ومقتضيات الائتمان.

وقد انتقد الاتجاهين اعلاه من قبل جانب كبير من الفقهاء، اذ يرى بعض الفقه ان ما قدمه انصار الاتجاه الاول من معيار (معيار ميزان العقد) هو معيار غير منضبط، فهل هو الميزان الاقتصادي، ومن ثم تكون المسألة متعلقة في الغبن ام هو الميزان القانوني، فترتبط المسألة بوجود الارادة وصحتها^(٤٣).

ومن جانبنا نعتقد ان الاتجاه الاول يبتعد عن المنطق السليم وجاء بحجج متناقضة تدحض بعضها البعض، اذ من جانب يذهب الى ان القاضي يطبق هذه المعايير كما يطبق النظام العام، ومن جانب اخر يسمح للأطراف بالخروج عليها بحجة تعديل ميزان العقد، فكما هو معلوم ان القواعد التي تعد من النظام العام لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، كما ان مسايرة منطق هذا الاتجاه من شأنه ان يؤدي الى نتائج خطيرة تهدم فكرة الارادة ومبدأ سلطانها في ابرام ما تشاء من التصرفات القانونية، اذ يمكن للقاضي التدخل متى شاء بحجة تطبيق معايير تحديد نطاق العقد لازالت الاخيرة من النظام العام فيمكن للقاضي التدخل في اي مرحلة من مراحل الدعوى وبدون طلب من الاطراف بحجة حماية النظام.

كما ان الاتجاه الثاني يخلط كما لاحظنا بين النية الحقيقة وحسن النية اذ يعتقد ان حسن النية ما هو الا معيار موضوعي خارج عن الارادة بيد اننا لاحظنا ان حسن النية لا يمكن البحث عنه الا في الارادة الحقيقة للأطراف.

^{٤٣} - انظر في عرض هذه الاراء د. وليم سليمان قلادة: التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ص٣٥٠

بينما يرى الاتجاه الغالب في الفقه^(٤٤) ان هذه الوسائل جميعها ظروف خارجية تساهم في الكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين، وتمكن القاضي من تحديد مضمون التزام المدين ومن ثم تنفيذه، فهي جزء من التعبير الثانوي الذي يفصح عن الارادة الملزمة ودورها، ويجب ان تكون الظروف الخارجية كالتعبير الرئيسي التي قد توافق عليه الطرفان معا، وهذا ما ينطبق على العرف الذي يدعي به احد الطرفين اذ يجب ان يثبت انه كان معلوما من الطرف الاخر وان الاثنين قد ارتضياه، فالمتعاقدان هنا يتخذان موقفا لا تدع ظروف الحال شكا على دلالاته حقيقة المقصود.

ولهذا فان العرف والعدالة والثقة والامانة تؤخذ بمعنى نسبي اي بما استخلصه المتعاقدان وخصصاه لحكم العلاقة بينهما، ويرى الاستاذ السنهاوري انه لا يجوز للقاضي ان ينقض عقدا صحيحا او يعدله بدعوى ان النقص او التعديل تقتضيه العدالة، فالعدالة تكمل ارادة المتعاقدين ولا تنسخها^(٤٥).

اما في القانون الانكليزي فالقاعدة العامة هي يجب على طرفي العقد تنفيذ ما تعهدا به بالضبط، ومن ثم على المحكمة عندما يكون الاداء غير كامل ان تفسر اولا العقد من اجل التأكد من طبيعة الالتزام وما اذا كانت مقاييس الاداء الفعلية تصل الى هذا الالتزام.

The general rule is that a party to a contract must perform exactly that he) under took to do . when an issue arises as to whether performance is sufficient, the court must first construe the contract in order to ascertain the mature of the obligation)^(٤٦)

كما لاحظنا ان هناك معايير يمكن من خلالها الوصول الى البنود الضمنية، بيد ان الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الانكليزيين يرى انه يجب ان تكون معايير تحديد نطاق تنفيذ العقد لا تخالف بكل حال من الاحوال الارادة المشتركة للمتعاقدين، اذ جاء في قضية (Les Affreteurs) (1919) Reunis Socite V Leopold walford(London) Lth ان الوسيط يستحق العمولة عند توقيع العقد في حالة استئجار سفينة بموجب مشاركة رصينة ، وذلك بسبب وجود بند صريح يقضي بذلك مخالفا للعرف، ومما قاله اللورد بركنهد (Birkenhead) (... ان رجال

^{٤٤} - انظر على سبيل المثال د. عبد الرزاق السنهاوري: المرجع السابق، ص ٦٥٨، د. وليم سليمان قلادة: المرجع السابق، ص ٣٥١.

^{٤٥} - د. عبد الرزاق السنهاوري: المرجع السابق، ص ٦٩٨.

^{٤٦} - Chitty: contract twenty – fthth edition London sweet and Maxwell , 1983, p763.

الاعمال يكونون بالفعل على علم تام بالعرف الذي راوا من الصواب الاتفاق على خلافه، ولما كان يراد من العرف ان يكون مكملًا للعقد بوصفه قانون الطرفين وليس القضاء عليه لذلك يجب ان لا يكون العرف مخالفاً للبنود الصريحة في العقد بل يجب ان يكون اداة خادمة لها اكثر من ان يكون عاملاً من عوامل تحريفها وان يساعد على تحقيق الغرض من بنود العقد وفاعليتها^(٤٧).

وفي تقديرنا ان الاتجاه الذي ينادي بكون هذه العوامل وسائل يمكن من خلالها الكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين لتحديد نطاق عقدهم ومن ثم وضعه موضع التنفيذ هو الاتجاه الاقرب الى المنطق القانوني السليم، كونه يتماشى مع مبدأ سلطان الارادة، وان الاخيرة هي العنصر الاساسي في تحديد التزامات اطراف العقد، ومن ثم لا يجوز للقاضي بحجة اعمال العرف او مبادئ العدالة ان يخالف الارادة المشتركة للمتعاقدين، وان يلزمهم بتنفيذ التزام او انقاص حق لم ترتضيه ارادتهم المشتركة بحجة تحقيق العدالة، بل اكثر من ذلك فان ما سار عليه قضاء محكمة التمييز انه على القاضي ان يرجع الى اهل الخبرة لمعرفة المدلولات العرفية، اذ جاء في قرار لها انه) ليس للحاكم ان يغلب المعاني العرفية لتفسير عبارات العقد من تلقاء نفسه دون اللجوء الى اهل الخبرة من الوسط الذي يتداول العبارة التي يراد تعيين مدلولها العرفي^(٤٨).

وعليه فالعنصر النفسي في كلا القانونين العراقي والانكليزي يبسط سلطانه على عوامل تحديد نطاق تنفيذ العقد عن طريق استعانة القاضي بها للوصول الى الارادة المشتركة للمتعاقدين.

^{٤٧} - د. مجيد العنبيكي: المرجع السابق، ص ٧٣.

^{٤٨} - انظر قرار محكمة تمييز العراق ذي الرقم ٣٢٧٧/حقوقية/ ١٩٦٢ منشور لدى ابراهيم المشاهدي: المرجع السابق، ص ٣٣٣.

الخاتمة:

من خلال البحث توصلنا الى مجموعة من النتائج يمكن ان نجمل اهمها، وتوصية نعتقد باهميتها، وذلك فيما يأتي:

اولا: النتائج

١- لاحظنا في تنفيذ العقد ان العنصر النفسي يبسط سلطانه بذاته، اذ تتحدد التزامات الاطراف من خلال ارادتهم المشتركة، ومن ثم لا يجوز الزام اي طرف منهم بتنفيذ التزام لم تنصرف اليه اردته مسبقا، ولا فرق في هذا الاتجاه بين القانونين العراقي والانكليزي فكلاهما يوجب تحديد الالتزامات من خلال ارادة المتعاقدين المشتركة.

٢- كما تبين لنا انه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، المبدأ الموجود في القانون العراقي الذي تقابله مجموعة من الالفاظ في القانون الانكليزي التي من شأنها ان تدل عليه مثل الأمانة والذمة في التعاملات والمعقولية وغيرها، واخذ القانون الانكليزي بحسن النية بشكل صريح عندما قرر مبدأ (ليس بتوثيقي)، كما توصلنا الى ان مبدأ حسن النية ذاتي المفهوم اذ لا يمكن البحث عنه خارج ارادة المتعاقدين.

٣- واخيرا تبين لنا من خلال البحث ان العنصر النفسي يمتد سلطانه ليصل الى عوامل تحديد نطاق العقد التي تتمثل بالعرف والعدالة والتشريع وطبيعة الالتزام، اذ ان كلا القانونين العراقي والانكليزي يأخذ بهذه العوامل لتحديد نطاق العقد، وان كان القانون الانكليزي قد توسع بهذه العوامل بشكل اكثر تفصيلا مما عليه الحال لدى المشرع العراقي، الا اننا لاحظنا ان هذه العوامل في كلا القانونين ما هي الا ادوات للكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين، ومن ثم لا يمكن ان تكون سلطة عليا على ارادتهم بل هي خادمة لارادتهم للكشف عنها من اجل تحديد التزاماتهم التعاقدية بغية تنفيذها.

ثانيا: التوصيات

نوصي بان يأخذ المشرع العراقي بما سار عليه القانون الانكليزي من الاخذ بمعيار الاثر الفعال للعقد لتحديد نطاقه بغية تنفيذه وان يعدل نص المادة (٢/١٥٠) لتكون بالشكل الاتي) ولا يقتصر

العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة والاثـر الفـعال للعقد بحسب طبيعة الالتزام وما انصرفت اليه الارادة الحقيقية للمتعاقدين).

المصادر:

اولاً: المصادر العربية

- ١- ابراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.
- ٢- د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥
- ٣- د. جليل الساعدي: اصول العقد في القانونين العراقي والانكليزي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد ٢٥، ع ١٦، ٢٠١٠.
- ٣- د. جليل الساعدي: الارادة الباطنة في العقد- دراسة في القانون المدني العراقي- مكتب نور العين للطباعة، بغداد، ٢٠١١.
- ٤- د. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المسماة- البيع- الايجار- المقاوله- المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.
- ٥- د. حسين عبد القادر معروف: النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩.
- ٦- د. سليمان مرقس: نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦.
- ٧- د. شيرزاد عزيز سلمان، حسن النية في ابرام العقود ، دار دجلة، الطبعة الاولى، الاردن، ٢٠٠٨،
- ٨- د. صلاح الدين علي: بنود العقد في القانون الانكليزي، دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد ١٦، ع ٥٨، سنة ١٨.
- ٨- عبد الجبار ناجي الملا صالح: مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٣.
- ٩- د. عبد الحي حجازي ، موجز النظرية العامة للالتزام ،الجزء الاول ، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥

١٠- د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٩.

١١- د. عبد المجيد الحكيم و أ. عبد الباقي البكري و أ.م. محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ط٤، ٢٠١٠.

١٢- عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ج١، بيروت، ٢٠٠٠.

١٣- د. عبد الرحمن عياد ، اساس الالتزام العقدي ،المكتب المصري للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٢.

١٤- علي يوسف صاحب: مفهوم العقد في القانون الانكلوامريكي- دراسة مقارنة- مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العددان الاول والثاني، مجلد٣، ٢٠١٠.

١٥- ليون دوكيه ،دروس في القانون العام ،مجلة العدالة، العدد(٣)، ١٩٧٩

١٦- د. محمد سليمان الاحمد، النظرية العامة للقصد المدني ،مشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت، ٢٠٠٩.

١٧- د. محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية واثره في عقود المعاوضات ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الاولى، الاسكندرية، ٢٠٠٨،

١٨- د. محمد طه البشير و د.غني حسون طه: الحقوق العينية، المكتبة القانونية، بغداد، ج١، بلا سنة طبع.

١٩- د. مجيد العنبكي: مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، مجلد٣، ع٣، ١٩٩٩.

٢٠- د. وليم سليمان قلادة: التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ط١، بلا سنة طبع.

ثانيا: المصادر الاجنبية:

- 1-Cavendish essential series: Essential contract law, second Edition, by
www. Cavendishpublishing.com.
- 2-Chitty : contract twenty- fhth edition London sweet and Maxwell, 1983
- 3-E.R.D Avles: conclse collge texts contract, London, sweet and maxwall
1977, p189.
- 4-Venkatesam- hand book on mercatiole law-third, edition- sree
ramaprasad press, 5. Brod way madras 1 p35.

