محددات مستلزمات العقد

في القانون المدني البحريني

دراسة مقارنة

The determinants of contract requirements in Bahraini civil law

Comparative Study

الدكتور / حازم سالم محمد الشوابكة

Dr. Hazem Salem Ali AlShawabkeh

hazim.shawabkeh@asu.edu.bh

Mobile: ٠٠٩٧٣-٣٦٨٠٨٧٨٥

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق- جامعة العلوم التطبيقية

مملكة البحرين

٢٠٢٠

محددات مستلزمات العقد

في القانون المدني البحريني

دراسة مقارنة

حازم سالم محمد الشوابكة.

كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين .

البريد الإلكتروني:hazim.shawabkeh@asu.edu.bh

ملخص :

تعتبر محددات مستلزمات العقد من الموضوعات التي يسهم فيها القضاء بعملية إكمال مستلزمات العقد، فهنا يثور التساؤل حول مصدر الالتزامات التي يضفيها القاضي إلى مضمون العقد الذي يشوبه النقص أو الغموض، لأن الأصل أن العقد هو شريعة المتعاقدين فلا يستطيع القاضي التدخل في إرادة المتعاقدين، فهل تعد مستلزمات العقد التي يضيفها القضاء هل تعتبر من ضمن إرادة المتعاقدين، أم أنها تعبير عن إرادة المشرع، هذه التساؤلات وغيرها كانت محط أنظار هذه الدراسة، فتم تقسيمها إلى أربعة مباحث تناولت دور أحكام القانون في تحديد مستلزمات العقد، وطبيعة الالتزام وعلاقته بمستلزمات العقد، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين وعلاقته بمستلزمات العقد، ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وارتباطه الوثيق بمستلزمات العقد.

الكلمات المفتاحية : محددات ، مستلزمات ، العقد ، القانون المدني البحريني ، دراسة مقارنة .

The determinants of contract requirements in Bahraini civil law

Comparative Study

Hazem Salem Mohammed Shawabkeh

College of Law, University of Applied Sciences, Kingdom of Bahrain.

E-mail : hazim.shawabkeh@asu.edu.bh

Abstract:

The contract requirements are considered to be a matter in which the court contributes to the completion of the contract requirements. This raises the question of the source of the obligations that the judge adds to the content of the contract, which is incomplete or ambiguous, because the original fact that the contract is the contract of contract is the contract of contract, and the judge cannot interfere with the contract's will. The first is that the government of the United States has not yet done so, and that it has not yet done so. The principle of the contract is the pacta sunt servanda and its relationship to the terms of the contract, the principle of good faith in the execution of the contracts and its close association with the terms of the contract.

Key words: determinants, requirements, contract, Bahraini civil law, a comparative study.

مقدمة:

ان تحديد مستلزمات العقد يعد جزءاً من عملية تفسير العقد ، حيث يقوم القاضي بتحديد مضمون الالتزامات التعاقديه من خلال البحث عن إرادة كل من طرفي العقد ، بعد ذلك يحاول القاضي البحث في عبارات العقد بالاضافه للاعتبارات الخارجية لتكميل ما اعترى العقد من نقص ، والوقوف ايضا على ما هو من مستلزمات العقد ، من حيث طبيعة الالتزام، أو العرف أوما يفرضه القانون، وذلك لضرورة تفسير العقد. (الأشقر، ٢٠١٨، ص٤٤٠، سلطان، ١٩٨٣، ص١٩٥).

عرف المشرع البحريني العقد في المادة (٢٩) من القانون المدني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ بانه "اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين".

والأصل أن أطراف العقد عند إبرامه يضعان تنظيماً للمسائل كافة المراد تنظيمها به ويحددان المقصود منه وذلك ببيان التزامات الأطراف والآثار التي تترتب على تنفيذ تلك الالتزامات، إلا أنهما قد يغفلان عن تنظيم بعض المسائل التفصيلية، وهذا الإغفال قد يكون راجعاً إلى ان هذه المسائل لم ترد في أذهانهم أو راجعاً إلى عدم توقعها عند إبرام العقد وخاصة مع السرعة في انجاز المعاملات وإبرام العقود. وهو أمر تقتضيه ضرورات المنطق، فلا يمكن للعاقدين تضمين واستقصاء جميع أحكام البيع في العقد، فهي ليست باليسيرة (الأشقر، ٢٠١٨، ص٤٤١).

إن هذا الإغفال لبعض المسائل قد لا يؤثر على صحة العقد مما يجعل العقد مبرماً بمجرد توافر الأركان الجوهرية له.

وهنا يبدو مبدأ سلطان الارادة واضحاً بحيث يترتب عليه أن مضمون العقد يقتصر على تلك الحقوق والالتزامات التي اتجهت ارادة المتعاقدين إليها وذلك عند تفسير العقد بالمفهوم الضيق وانه لا يجوز تبعاً لذلك امتداد نطاق العقد ليشمل حقوق والتزامات أخرى لم تنصرف إليها ارادة المتعاقدين، إلا أن ذلك قد يصعب لسببين:

احدهما أن هناك التزامات تبعية ولم تنصرف إليها ارادة المتعاقدين ومع ذلك تلزمهما لأنه بدونها لا يتحقق الغرض من العقد أو يتعذر على أحد الطرفين أو كلاهما تنفيذ التزامه.

ويقصد بالالتزام التبعي أن كل التزام غير أصلي وهو يرمي إلى تحقيق الغرض العملي الذي يقصده المتعاقدان أو تتطلبه طبيعة العقد، أي ان هذه الالتزامات تهدف إلى توفير الآثار النافعة للعقد وتجعله ملائماً للظروف.

والآخر أن العقد وفي كثير من الأحوال لا يتضمن تنظيماً لكل جوانب العلاقة التعاقدية وهنا قد يغفل المتعاقدان عن تنظيم أمور إما عمداً أو سهواً إذا كانت آثارها في مرحلة ما قبل التعاقد قد تؤخر أو تحول دون إبرام العقد أو لأن العمل لم يجري على مواجهتها لاستحالة توقع النتيجة التي تترتب على ما يستجد من ظروف وعدم توقع كيفية سير الأحداث.

لقد أعطت التشريعات المدنية للقاضي المدني سلطة اكمال مستلزمات العقد وذلك بموجب نصوص تشريعية موجودة في كل القوانين مثالها: المادة (١٢٧) من القانون المدني البحريني، والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري، والمادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٠٢) من القانون المدني الاردني، وعليه يرى الباحث انه لابد من دراسة العوامل التي يسترشد بها القاضي لتحديد نطاق العقد.

أهمية الدراسة :

يحظى موضوع مسلتزمات العقد بأهمية كبيرة قد يجهلها المتعاقدين وغيرهم من جمهور الناس، حيث أنهم يعتقدون بأن العقد قاصر على ما ورد فيه من التزامات أساسية دون النظر إلى أهمية مستلزمات العقد في اتمام العقد وتحقيق غاياته. وعلى الرغم من أن مستزمات العقد هي من الالتزامات الثانوية الضرورية للعقد وليس من التزاماته الأصلية ولكن بدونها قد لا يتحقق الغرض من العقد، حيث تهدف هذه المستلزمات إلى تحقيق الآثار النافعة للعقد وتجعله ملائماً للظروف، فهي تكمل حاجات المتعاقد وتشبع بواعثه لإبرام العقد أصلاً.

أهداف الدراسة:

من منطلق تلك الأهمية التي حظي بها موضوع الأحكام القانونية لالتزام المدين بتنفيذ مستلزمات العقد وإلى جانب قلة الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، فقد هدفت الدراسة إلى توضيح مفهوم مستلزمات العقد وتسليط الضوء على عناصر تلك المستلزمات وما هي النصوص القانونية التي تحكم هذه المستلزمات وماهي الإشكالية الخاصة بها.

مشكلة الدراسة:

تتجلى مشكلة البحث في عدم وضوح مفهوم مستلزمات العقد بشكل عام ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بشكل خاص، مما يترك الموضوع برمته لتقدير القاضي الذي يعتمد في تحديد هذه المستلزمات على القانون وروحه والعرف وما يقدره وطبيعة التصرف والغاية منه، وهو أمرٌ ليس بالسهل في أيامنا هذه حيث العلاقات التعاقدية المعقدة.

منهج الدراسة:

سنتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي من خلال عرض النصوص القانونية التي تتناول موضوع البحث، وكذلك المنهج التحليلي المقارن، عن طريق تحليل النصوص القانونية الوطنية ومقارنتها مع النصوص القانونية المقارنة وتحليلها واستنتاج المبادئ منها، مع الاستشهاد بأحكام محكمة التمييز البحرينية في الأحكام ذات العلاقة.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: دور أحكام القانون في تحديد مستلزمات العقد.

المبحث الثاني: طبيعة الالتزام وعلاقته بمستلزمات العقد.

المبحث الثالث: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وعلاقته بمستلزمات العقد.

المبحث الرابع: مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وارتباطه الوثيق بمستلزمات العقد.

المبحث الأول

دور أحكام القانون في تحديد مستلزمات العقد

جاء النص في المادة (٥٨) من القانون المدني البحريني أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي بناء على الطرف الذعن أن يعدل من هذه الشروط برفع ما فيها من اجحاف او يعفية كلية منها ولو ثبت علمه وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ويستفاد من النص السابق أن للقاضي سلطة تعديل العقد، وهي سلطة تخرج عن حدود المهمة العادية التي تقتصر على التفسير، كما أن للقاضي سلطة تفسير العقد في الأحوال كافة سواءً كانت العبارات واضحة أو غير واضحة، وأن ما ورد في القانون من الاعتبار لتفسير العقود يقتصر على حالة غموض العبارة ليس مقصوداً لذاته ولا يزيد على كونه عيوب في الصياغة (بن ناصر، ٢٠١٠، ص٦٩).

وهذا يعني أن القضاء يسعى للموازنه بين مبدأ سلطان الإرادة و بين أن تكون هذه الإرادة حرة وغير خاضعة للعوامل الاقتصاديه والاستغلال الأحادي من قبل الأطراف. أي بمعنى إجبار أطراف العقد على الالتزام بموضوعية الإرادة التعاقدية. (معداوي، ٢٠٢٠، ص٦٢).

من المعلوم أن قوام العقد إرادة، حيث أن مبدأ الرضائية في العقد يعد المبدأ الرئيس في القانون البحريني، وإن لم يتم النص مباشرة على أن العقد شريعة المتعاقدين[١].

وقد ساهم تطور الحياة بشكل ملحوظ في احداث فوارق بين طرفي التعاقد، بحيث أصبح أحد الطرفين يتمتع بقوة وموقع متميز عن الطرف الآخر، الأمر الذي تطلب فرض الضمانات التي تحمي الطرف الأضعف في عملية التعاقد (زيدان، ٢٠٠٠، ص٨٤).

ولمزيد من التفاصيل سيتم تناول المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الاول: المقصود بأحكام القانون .

المطلب الثاني: كيفية استخدام القانون لتحديد مستلزمات العقد.

المطلب الأول

المقصود بأحكام القانون

بعد أن يفرغ القاضي من تفسير العقد، ينتقل لتحديد مستلزمات العقد، وتحديد هذه المستلزمات لا يقتصر على ما ورد في العقد معبراً عن ارادة العاقدين المشتركة[٢]، بل يتناول أيضاً ما يعد من مستلزمات العقد (سلطان، ١٩٨٣، ص٢٢٨).

إن إضافة المستلزمات الخاصة بالعقد يتم من قبل القاضي بلا قيد أو شرط، فالمستلزمات تعد جزءاً من العقد، وتعد إضافتها واقعة لا محالة، في حين أن الاستكمال يأتي في حال انطباق شروط الاستكمال من الاتفاق على المسائل الجوهرية، ووجود أمور تفصيلية لم يتم الاتفاق عليها، إضافة لبقية شروط استكمال العقد (أبو رمان، ٢٠١٤، ص١٨٥).

ولتمام التعاقد يكتفي الاتفاق على عناصر العقد الجوهرية، ولو لم يتعرض الطرفان للمسائل التفصيلية. وعليه كثيراً ما لا نجد في العقد بياناً وافياً لتفاصيل ما ينشأ عنه من الالتزامات، والقاعدة في هذا الشأن أن العقد يمتد أثره ليلزم بكل ما هو من مستلزماته فوق ما ورد فيه، ويتم تحديد مستلزمات عقد من العقود وفقاً لمصادر القانون المختلفة الأصلي منها والاحتياطي (الجمال، ١٩٩١، ص١٨٧).

وأول المصادر التي تستخدم لتحديد مستلزمات العقد القانون. ويقصد به النصوص المكملة والمفسرة لا النصوص الآمرة. فالمتعاقدان إذا لم ينصا على بعض الأحكام التفصيلية، فالمفروض أنهما أرادا ترك الأمر إلى الأحكام القانونية الواردة بشأن تلك المسائل. ففي عقد البيع لابد من الاتفاق على المسائل الجوهرية كالمبيع والثمن، أما المسائل الثانوية كنفقات تسليم المبيع ومكان التسليم ونفقات العقد، فقد تولت النصوص القانونية المكملة بيان حكمها ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك (الشباني، ٢٠١٤، ص١).

والواقع أن التنظيم التشريعي للعقود يتضمن قواعد قانونية مكملة لإرادة المتعاقدين بعضها ورد ضمن القواعد العامة، وأغلبها ورد بصدد تنظيم العقود المسماة، كل عقد على حدة، ومن هنا إذا كان العقد من العقود المسماة فإن بنوده تكمل بالقواعد التي نص القانون عليها في صدد هذا العقد ثم بالقواعد العامة، أما إذا كان من العقود غير المسماة فتكمل بنوده بالقواعد العامة ثم بتطبيق القواعد المنصوص عليها بالنسبة لأقرب العقود المسماة من خلال طرق الاستنتاج المختلفة، ومن أمثلة القواع المكملة تلك القواعد الموجودة في صدد عقد البيع والتي تقتضي بأن مكان تسليم المبيع هو المكان الذي يوجد فيه وقت البيع (أبو السعود، ٢٠٠٠، ص٤٠).

ثم يلي القانون العرف، ويقصد به تلك الشروط المألوفة التي جرى العرف على إدراجها في العقود بحيث أصبحت معروفة للمتعاقدين من غير ذكر في العقد. مثال ذلك

ما يقضي به العرف في بعض البلدان من إضافة نسبة مئوية إلى ما يدفع في الفنادق والمطاعم والمقاهي، وهو ما يطلق عليه (الخدمة). (الشباني، ٢٠١٤، ص١). فالعرف له دور فعال في تكملة العقود خاصة في العقود التجارية ومن أمثلة العرف المكمل القاعدة المعمول بها في مجال التجارة من قيام التضامن بين المدينين عند تعددهم ولو لم يوجد نص على ذلك في العقد (فرج، ١٩٨١، ص٧٣).

ومن الجدير بالإشارة إلى أنه ليس من الضروري ورود المبادئ القانونية ضمن النصوص والقواعد القانونية، فقد يحصل أن يوجد مبدأ ولم ينص عليه صراحةً، وإنما أملته الضرورة العملية، ومن هنا يأتي دور القاضي لتأصيل السند والأساس القانوني لها في ثنايا المواد القانونية، ليضع لها بعداً وإطاراً قانونياً، ومن ثم لتصاغ الأحكام القانونية المتعلقة بها. ولئن كان المشرع يغفل أحياناً النص عن هذه المبادئ ليتسنى إقرارها وصياغتها إن استلزم الأمر (أحمد، د.ت، ص٣٤).

إلا أن هذه المبادئ التي قد تفرض نفسها عند الحاجة قد تكون مبهمة وغامضة يعتريها النقص أو قد لا تغطي جميع أوجه الحالة بالمعالجة، ومن هنا يبرز دور المشرع لصياغتها بصورة متكاملة (أحمد، د.ت، ص٣٤).

ويعد مصطلح القانون من أكثر المصطلحات التي تشيع بين الناس، ويوجد فهم لدى الجميع وبدرجات متفاوته بمعنى القانون، وما له من أثر في حياة الناس، وجميع النشاطات تخضع بشكل عام للقانون (عبد القادر، ٢٠١٥، ص٨١) .

ويعرف القانون على أنه: "مجموعة قواعد منظمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تحملهم السلطة العامة فيه على احترامها ولو بالقوة عند الضرورة" (سلطان، ١٩٨٣، ص١٦). كما يعرف على أنه: "مجموعة قواعد عامة مجردة تنظم سلوك الإنسان في المجتمع ويتضمن جزاءً مادياً حالاً يوقع ضد من يخالفها" (البعلبكي، ٢٠٠٢، ص١١). ومن هنا فإن القاعدة القانونية هي قاعدة سلوك اجتماعي وعامة مجردة، وكذلك هي قاعدة مرتبطة بجزاء مادي يكفل لتلك القاعدة الاحترام والالزام، الأمر الذي يقتضي بيان خصائص القاعدة القانونية وهي: (عبد القادر، ٢٠١٥، ص٨٣) أن المشرع قد حدد النص القانوني كمصدر مهم لتحديد واستكمال مستلزمات العقد، وقد جاءت لفظة القانون كمصدر بشكل مطلق، باعتبار أن القانون يعني مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين (الصدة، ١٩٩٢، ص١٣).

ولم يحدد المشرع ما إذا كان المقصود النصوص القانونية المفسرة أم الآمرة. وحيث أن العاقدين لا يملكان البحث في تطبيق أو عدم تطبيق القواعد الآمرة، باعتبارها ملزمة، ولا يجوز بأي حال الاتفاق على خلاف حكمها، فمن هنا يكون المقصود من النص الأحكام المفسرة، إضافة إلى أن الغالب من قواعد العقود المسماة هي قواعد مفسرة، إلا أن ذلك لا يمنع من استكمال مستلزمات العقد بما تضمنه النص الآمر، وفي نفس الوقت فإن الفائدة العملية من استكمال مستلزمات العقد تكون معدومة، ذلك أن المتعاقدين ملزمان لا محالة بتطبيق النص الآمر سواءً اتفقا عليه أو لم يتفقا أضيف إلى

العقد أم لا، فالنتيجة واحدة وهي أنهما ملتزمان بالنص الآمر ولا حاجة لاستكمال مستلزمات العقد أو أضافته من قبل القاضي أو من قبلهما وإن تغيرت أحكام القانون أو تعدلت بموجب قانون لاحق فإن أحكام هذا القانون لا تسري على العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم (بدراوي، ١٩٧٥، ص٣٩٢). وتطبق القواعد القانونية المكملة ما لم ينص المتعاقدان على خلاف حكمها، ومثال ذلك نص المادة (٣٩١) [٣] من القانون المدني البحريني التي اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع فيستكمل القاضي غير ذلك في حالة الاتفاق على عكسه، كذلك نص المادة (٤٨٤)[٤] من القانون المدني الأردني التي حددت الأجل فيستكمل القاضي العقد بما ورد في هذه المادة من أن الأجل يكون من تاريخ تسليم المبيع، وكذلك الأمر في المادة (٤٦٢)[٥] من القانون المدني المصري التي تبحث في نفقات عقد البيع ومصاريفه والتي تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

وذهب اتجاه فقهي الى أن القاعدة القانونية تستند إلى إرادة المتعاقدين الضمنية، وأنها ملزمة بالانتهاء لا بالابتداء، حيث إذا تم النص عليها في العقد تصبح ملزمة، فيما ذهب اتجاه آخر الى أنها ملزمة ابتداءً وانتهاءً ما لم يوجد اتفاق على خلافها، أما عند استكمال العقد فالأمر يختلف ذلك أن الطرفين لم يضمنا المسائل التفصيلية فيكون النص القانوني المكمل وقتها واجب التطبيق ذلك أنهما لم يضعا النص على هذه المسائل إنما عملاً على ارجاء البت فيه إلى حين (أبو السعود، ١٩٨١، ص٢٥٤).

ولم يوضح المشرع كذلك فيما إذا كانت الأحكام القانونية المقصودة هي تلك الواردة في القانون المدني أم في قانون خاص آخر. ولعل في ترك المساحة مفتوحة أمام القاضي للاختيار توسعة من المشرع للقاضي ليستبين الحكم المكمل الأنسب بناءً على ما لديه من وقائع، فإن وجد القاضي قانوناً خاصاً يحكم المسألة، فيعد القانون الخاص هو الأولى بالتطبيق نظراً للمبدأ القانوني المستقر لدى الاجتهاد القضائي والقائل بأن "القانون الخاص يقيد العام". وإذا لم يساعد القانون الخاص القاضي وكان العقد محل الاستكمال من العقود المسماة يعود القاضي لأحكام العقد المسمى في القانون المدني، وإن لم يجد فيطبق أحكام النظرية العامة للعقد في القانون المدني (حمدي، د.ت، ص١٥٣). أما في حال لم يكن ذلك العقد من العقود المسماة فيرجع إلى أحكام القواعد العامة المباشرة وفي حال لم يجد فيقوم بتطبيق القواعد التي تم النص عليها بالنسبة لأقرب العقود للعقد المراد تكميله من العقود المسماة (الجمال، ٢٠٠٠، ص١٧٣).

المطلب الثاني

كيفية استخدام القانون لتحديد مستلزمات العقد

للقاضي أن يستعين بالنص القانوني الذي يصلح كمصدر لاستكمال مستلزمات العقد وذلك من خلال التطبيقات القضائية المختلفة، حيث ظهر ذلك في أحكام محكمة التمييز الأردنية في كثير من اجتهاداتها.

وقد جاء التأكيد في أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية على أن النص الخاص للأحكام المنظمة للعقد يطبق في حال خلو الاتفاق من تنظيم المسألة مثل نص المادة (٧٩٣) من القانون المدني الأردني التي حددت وقت دفع الأجر في عقد المقاولة في قرارها الذي جاء فيه "تلزم المادة ٧٩٣ من القانون المدني صاحب العمل بدفع الأجر عند تسليم المعقود عليه إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك وعليه فإن لم تقتنع المحكمة بأن هناك اتفاق أو عرف يلزم المميز ضده الذي اتفق مع المميز على أن يضع له درابزين بمبلغ متفق عليه بدفع الثمن قبل التسليم يعطي الحق للمميز ضده بالمطالبة بفسخ العقد عملاً بالمادة ٢٤٦ من القانون المدني واسترداد ما دفعه للمميز لامتناع المميز عن تركيب الدرابزين رغم انذاره لأن التسليم في هذه الحالة لا يتم إلا بتركيب الدرابزين".

ومن أمثلة الالتزامات التي يمكن اضافتها والتي يقتضيها النص القانوني الالتزام بالتعاون بالنسبة للوكيل بالتزامه بموافاة الموكل بالمعلومات الضرورية، حيث نصت المادة (٦٤٧) من القانون المدني البحريني على أنه: "أ) إذا كانت الوكالة بلا أجر، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص المعتاد. ب) فإذا كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الشخص المعتاد".

ونجد مجموعة مزايا تتمتع بها النصوص القانونية في مجال تقييم القانون كمصدر لاستكمال مستلزمات العقد، ومنها تمتع القانون بالسهولة عندما نرجع اليه، ومن يصدر النص القانوني هي الجهة التشريعية المتخصصة، وبالتالي فما تصدره من قوانين يكون بناءً على دراسة وخبرة ونفع للمتعاقدين والمواطنين وهو بذلك يعد متميزاً عن العرف الناشئ عن عادات الناس، اضافة إلى كونه تميز بالوحدة القانونية، كما أنه يرد مكتوباً، وتأتي أحكامه واضحة محددة وذلك يساعد الأفراد على معرفة الحقوق الخاصة بهم، كما يحدد لهم واجباتهم مما يؤدي لشيوع الأمن والاستقرار في المجتمع (الجمال، ٢٠٠٠، ص١٧٥).

المبحث الثاني

طبيعة الالتزام وعلاقته بمستلزمات العقد

جاء النص من قبل المشرع البحريني على مصادر استكمال مستلزمات العقد، بدءًامن طبيعة المعاملة. وطبيعة الالتزام من الأمور المهمة للوصول إلى استكمال العقد، وبالشكل السليم قانوناً (فودة، ١٩٩٢، ص٢١٩).

وقد نصت المادة (٣٧) من القانون المدني البحريني على أن: "الإيجاب هو العرض الذي يقدمه شخص لآخر بعزمه على إبرام عقد معين بمجرد أن يقبله الموجب له. ويلزم أن يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية "، ثم اتبع ذلك في المادة (١٢٧) بالنص على أن: "لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون ، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته ، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة ، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل ". ويمكن أن يستفاد من النصين السابقين أن المشرع البحريني يعتمد على النية الحقيقية على اعتبار أنها المنشيء للعقد والمحدد لآثاره.

ولمزيد من التوضيح سيتم تناول هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: المقصود بطبيعة الالتزام.

المطلب الثاني: علاقة طبيعة الالتزام بمستلزمات العقد.

المطلب الأول

المقصود بطبيعة الالتزام

ثبت في القانون أن الاتفاق على العناصر الجوهرية كافٍ لتمام العقد، وفي غالب الأحيان يقوم القاضي بإكمال مستلزمات العقد حسب كل عقد، وهنا يصبح العقد ملزماً للعاقدين وهو ما عبر عنه القانون بالقول أن العقد شريعة المتعاقدين، حيث أن العقد قانون المتعاقدين (بكر، ٢٠٠٩، ص٣٥١).

ولم يعرف المشرع أو يوضح المقصود بطبيعة الالتزام، والتي يسترشد بها القاضي ليستكمل مستلزمات العقد. وقد ذهب جانب من الفقه (فودة، ١٩٩٢، ص٢٢٢) إلى توضيح طبيعة الالتزام بناءً على تنظيم العقد القانوني، إذ أن القانون هو من يحدد طبيعة الالتزام، حيث يعرف بأنه الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه أو هو تنظيم قانوني للمادة التي عالجها المتعاقدان في عقديهما. كما تناول جانب من الفقه طبيعة الالتزام من حيث أنها تستلزم أن يلحق العين ما هو تابع لها، وما يستلزم

تلك الطبيعة من ملحقات وتوابع، ومنها ما جاء في المادة (٣٨١) من القانون المدني البحريني والمادة (٤٣٢) من القانون المدني المصري المتعلقتين بالالتزام بتسليم المبيع حيث يشمل بيع العين ملحقاتها الضرورية[٦].

وجاء في اجتهاد لمحكمة التمييز الأردنية في قرار لها[٧]:"بما أن عقد المشاركة عقد مشروع وليس فيه أي مخالفة لاحكام القانون أو النظام العام فإن المميز ضده ملزم بتنفيذ ما التزم به تجاه المميز في ذلك العقد، المشروع، أما ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من حيث قولها أن (عقد المشاركة بالأرباح والاستثمار) الموقع من فريقي هذه القضية لا يعتبر من حكم عقد المشاركة الوارد ذكره في المادة (٥٨٢) من القانون المدني وذلك لأنه لم يرد فيه ذكر لمسألة الخسارة ابداً وأنه قد نص فيه على أن يضمن المميز رأس المال المرفوع من المميز ضده والبالغ عشرين ألف دينار بغض النظر عن حساب الربح والخسارة فإن ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف في قولها هذا وما تضمنه من تفسير لشروط عقد المشاركة فيه خروج على طبيعة المعاملة وما ورد في العقد من شروط ومستلزمات هذا العقد والبينة المشتركة لفريقه وذلك أنه من مستلزمات عقد الشراكة أن ينفذ كل شريك جميع ما التزم به في العقد وان يساهم كل منهم في الخسائر بنسبة ما يرتب له العقد من أرباح، كان على محكمة الاستئناف أن تفصل في النزاع بين المميز والمميز ضده على ضوء أحكام العقد وطبيعته والأحكام والنصوص القانونية التي تحكمه ومبادئ العدالة ونجد أن طبيعة المادة تشمل حالتها سواءً كانت مشروعة للتعامل أم لا، أو كانت قابلة للحفظ بالتبريد مثلاً".

وطبيعة المادة محل التعامل تعد من قبيل طبيعة المعاملة التي تستوجب مراعاتها من قبل القاضي عند استكمالها العقد. وقد استقر الفقه والقضاء على أن ملحقات المأجور تشمل كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله طبقاً لما تقضي به طبيعة الشيء والعرف وقصد المتعاقدين وأن تحديد الأشياء التي تعد من ملحقات العين المؤجرة تختلف باختلاف الظروف والمحكمة هي التي تقدر ما إذا كان شيء معين يعتبر من الملحقات أم لا؟ (أبو جميل، ١٩٨٨، ص٣٨).

المطلب الثاني

علاقة طبيعة الالتزام بمستلزمات العقد

إن طبيعة الالتزام قد تصعب على القاضي إذا كانت البنود التي يراد استكمالها ذات أبعاد تخصصية أو تقنية، وهو لا يعلم بها، ومن هنا فإن ذلك يستوجب الاستعانة بأهل الخبرة لبيان طبيعة الالتزام، والإجابة عن أسئلته واقتراح البنود المستكملة حتى يقدرها بما لديه من سلطة تقديرية لإقرارها بشكل نهائي كأحد بنود العقد. أما بالنسبة لآلية تطبيق طبيعة الالتزام باعتبارها أحد مصادر لاستكمال للعقد، فإن المشرع الأردني قد نص عليها معطوفة على بقية المصادر الأخرى ولم يميزها، وهو منهج المشرع المصري (الجمال، ٢٠٠٠، ص١٧٣).

وتناول المشرعان البحريني والأردني طبيعة الالتزام بشكل عام ومثال ذلك ما تم النص عليه في عقد البيع في المادة (٣٩٩) من القانون المدني البحريني التي جاء فيها: "يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع. ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية"، كذلك نصت المادة (٤٩٤) من القانون المدني الأردني على أنه: "١- يتم تسليم المبيع إما بالفعل أو بأن يخلي البائع بين المبيع والمشتري مع الإذن له بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته. ٢- ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته ويختلف باختلاف حاله".

وما يفهم من طبيعة العقد لا يقتصر على الفصيلة التي يندرج تحتها العقد من بين فصائل العقود إنما يمتد الى ما اعطاه المتعاقدان له من ذاتية خاصة تكشف عنها عناصره المختلفة (السنهوري، ص٦٩١). ومثال آخر ما جاء في نص المادة (٢١٣/أ) من القانون المدني البحريني التي نصت على أنه: "في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين، كما يجوز له أن يطلب الحكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك"، كذلك ما نصت عليه المادة (٣٥٦) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا كان موضوع الحق عملاً، واستوجبت طبيعته أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن أن يرفض الوفاء به من غيره".

كما أن المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني بينت في المادة (٢/٢٠٢) أن طبيعة الالتزام تقتضي أن يلحق العين ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات ويستند المشرع في هذا الصدد الى القواعد الفقهية الواردة في مجلة الأحكام العدلية وفي القانون المدني مثل التابع تابع ولا يفرد بحكم ومن ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته وإذا سقط الأصل سقط الفرع وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه[٨].

فالقاضي هو من يستكمل مستلزمات العقد وفقاً لطبيعة الالتزام ووفقاً للقانون والعدالة والعرف، أو باعتبارها بمثابة دستور تستظل به العناصر التي ذكرها المشرع فطبيعة الالتزام ما هي إلا الموجه للقاضي للوصول إلى البنود المستكملة التي تتفق وهدف المشرع فهي بالتالي لا تصلح كوسيلة مستقلة للاستكمال إنما يستكمل القاضي العقد بإحدى الوسائل الباقية مسترشداً بطبيعة الالتزام على خلاف ما جاء النص به في المادة في كل من القانون البحريني والأردني والمصري الذين ساوى بين الوسائل جميعها وطبيعة المعاملة (السنهوري، ص٦٩١).

المبحث الثالث

مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وعلاقته بمستلزمات العقد

عرف المشرع البحريني العقد في المادة (٢٩) من القانون المدني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ بانه "اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين". وهذا التعريف يقارب ما عرفته المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه إلتزام كل منهما بما وجب عليه لآخر"، وكذلك المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ إذ تنص على أنه: "إرتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".

فيما لم يعرّف القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ العقد على خلاف القانون القديم تاركاً تعريفه للفقه. وعلى خلاف القانون المدني الفرنسي مصدر القانون المدني المصري، الذي عرف العقد في المادة (١١٠١) منه (الجمال، ٢٠٠٠، ص١٧٥) بأنه" اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بإعطاء شيء أو بفعله أو بالإمتناع عن فعله"[٩].

وبالعودة لتعريف العقد الوارد في المادة (٢٩) من القانون المدني البحريني، والمادة (٨٧) من القانون المدني الأردني يرى بعض الفقه أنه لم يكن تعريفاً دقيقاً للعقد بذاته ولكن جاء موفقاً في بعض مواقعه في إبراز المبادئ الأساسية التي تحكم نظرية العقد بحسب رؤية المشرع الأردني لها، فقد أكّد المشرع الأردني مفهوم الرضائية في العقد والتي تشمل على كل من مبدأ الحرية العقدية والعقد شريعة المتعاقدين عندما إشترط توافق الإيجاب والقبول، ثم أكّد مبدأ المشروعية في العقد من خلال اشتراطه لوجوب ثبوت الأثر في المعقود عليه، وقيام الالتزامات على عاتق أطراف العقد، حيث لا يتحقق هذان الأثران للعقد بوصفه عقداً إلاّ إذا كان صحيحاً وهذا ما أشارت إليه المادة (١٦٧) مدني أردني (ملكاوي، ٢٠٠٨، ص٥٠٠-٥٠٩)[١٠].

وأمّا ما ينشأ من آثار عن العقد الباطل فليست أثراً له كعقد وإنما كواقعة مادية، وهو مما يدفعنا للقول بأن نص المادة٢٩ من القانون المدني البحريني هو تفسيراً للعقد وليس تعريفاً دقيقاً له.

ولمزيد من التفاصيل سيتم تناول المبحث في المطلبين الآتيين:

المطلب الاول: تعريف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

المطلب الثاني: علاقة مبدأ حرية التعاقد بمستلزمات العقد.

المطلب الأول

تعريف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

القاعدة أن كلا العاقدين يلتزمان بما ورد في العقد من التزامات ، إلا أن هذه الالتزامات العقدية لا تنحصر فقط بما اتفق عليه العاقدان في بنود العقد، وذلك بالرجوع الى نص المادة ١٢٧ من القانون المدني البحريني ((لا يقتصر العقد على يرد فيه من شروط او يسري عليه من احكام القانون ، وانما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته ، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تملية العدالة،ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل)) ىبل يتجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزماته وفق القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام . ويجوز للقاضي أن يضيف إلى مضمون العقد، ما يقضي به العرف أو العدالة أو القوانين او طبيعة التعامل، ولأن القانون هو عبارة عن نظام اجتماعي الغاية منه حماية الفرد وتحقيق المساواه والتوازن بين المصالح المختلفة، لذلك يستوجب على القاضي أن يقدر ما إذا كان في التزام قانوني تنظيم أيسر للعلاقات بين طرفيه، ولعل أفضل تطبيق لسلطة القاضي، في هذه الإضافة، تلك الالتزامات الصادرة عن الالتزام بحسن النية وعلى وجه الخصوص الالتزام بالاستقامة وعدم الغش في المعاملات بشكل عام وفي مراحله المختلفة وخاصة في مرحلة المفاوضات خاصة وهو الذي يفتقر إلى تنظيه في نصوص تشريعية (أحمد، د.ت، ص٢٢٧).

ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً. وكما أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين منفرداً بإرادته وحده أن ينقض العقد أو ينهيه أو يعدّل فيه، فإنه لا يجوز للقاضي أن يفعل شيئاً من ذلك، وهذا ما يعبّر عنه بالقول أن العقد شريعة المتعاقدين، ذلك أن العقد له شأن القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين.

وعليه فإن إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة التي يكتسبها العقد، فهي تفرض احترام قداسة مضمونه من جهة، وتستوجب تنفيذه من جهة ثانية، (علاق، ٢٠٠٨/٢٠٠٧، ص١٣). كما أن العقد ينسخ القانون في حدود النظام العام والآداب العامة، وأن أحكام القانون التي تدخل في هذه الحدود ليست إلا أحكاماً تكميلية لإرادة المتعاقدين، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في نطاق هذه الأحكام التكميلية، سرى عليهما ما أراداه لأنه هو الأصل، واختفت الأحكام التكميلية، لأن البديل يتوارى إذا ظهر الأصيل (السنهوري، ص٦٩٨) ، فكما لا يجوز للفرد أن يتحلل من إلتزام فرضه القانون لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من إلتزام أنشأه عقد كان هو طرفاً فيه (جعفر، ١٩٨٢، ص٣٠-٣١).

وسبق وأن أوردنا أن العقد أخذ معنى قوته الإلزامية عن القانون الروماني الذي كان يعبر عن الإرتباط القانوني بما كان يسميه وبه يرتبط المدين بدائنه – مجازاً – ولا يفك قيده إلا بقيامه بما إلتزم به وأخذ بها فقهاء القانون الفرنسي ونصّت عليها المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي بقولها (الاتفاقيات المعقودة على وجه شرعي تعتبر

مقام القانون لمن عقدوها) ثم صارت هذه القاعدة من المبادئ الأولية في تشريع كل بلد فقد نصت عليها المادة (١٢٨) من القانون المدني البحريني بقولها: "العقـد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون"، كذلك المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري بقولها: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". وفي ذات الصياغة نصت المادة ١٩٦ من القانون المدني الكويتي والمادة ١٤٨ من القانون المدني السوري، كما نصت المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي عليها فقالت (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)، كما نص القانون المدني الأردني على هذه القاعدة[١١] في المادة (٨٧) بقوله "العقد هو إرتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه إلتزام كل منهما بما وجب عليه للآخر" ونصت المادة (٢٤١) منه على ما يلي: "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون".

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: "من المقرر ـ في قضاء هذه المحكمة ـ أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه أو للأسباب التي يقررها القانون ومن ثم لا يعتد بتعديل فيه يستقل به أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة"[١٢].

وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين فليس معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق فهنالك وجوه شبه كما أن هنالك وجوه اختلاف وكما يلي:

أوجه الشبه بين نصوص العقد ونصوص القانون:

١. إن كلاً منهما ملزم ويترتب على مخالفته جزاء.

٢. جواز حل العقد وإلغاء القانون بالطريقة التي صنع بها كل منهما.

٣. يجب أن يسيطر حسن النية على تطبيق القانون وتنفيذ العقد.

أوجه الخلاف بين نصوص العقد ونصوص القانون:

١. لا يجوز للعقد أن يخرج على نص قانوني آمر (يعتبر فيه من النظام العام)، فيما يجوز للقانون أن يلغي قانوناً ولو كان معتبراً من النظام العام.

٢. قد يقع إلغاء العقد بغير الطريقة التي تم بها العقد، على خلاف القانون فلا يلغي إلا بالنحو الذي عمل به، فهنالك بعض العقود يحرّم القانون إلغاءها ولو برضاء الطرفين إلا في أحوال معينة – كزواج المسيحيين – كما أن بعض العقود تحل بإرادة واحدة ولو أنشئت بإرادتين، كالحق المخول لأحد طرفي عقد العمل الفردي المبرم لمدة غير محددة

بإنهائه بإرادته الفردية، وكذلك الحال في عقود الوكالة والوديعة والشركة والإيجار إذا كانت عقود الشركة والإيجارات غير محددة المدة (القاضي، ١٩٩٧، ص٢-٣).

٣. أن تفسير القانون مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز أما تفسير العقود فهو مسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه. وبناءً على ذلك فقد قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: "العبرة في تكييف العقد هي بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين وأن فهم الواقع في الدعوى وتقدير أقوال الشهود واستخلاص نية المتعاقدين من أوراق الدعوى هو مما تستقل به محكمة الموضوع وذلك كله بشرط أن يكون استخلاصها سائغاً له أصله الثابت في الأوراق ومؤديا إلى النتيجة التي انتهت إليها لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الاتفاق المبرم بين الطرفين وكالة بالعمولة وذلك أخذا مما قرره الطاعن عند استجوابه وما شهد به شاهدا المطعون ضده الأخيران وكان استخلاص الحكم المطعون فيه على النحو المتقدم سائغاً له أصله الثابت ومؤدياً إلى النتيجة التي انتهى إليها فإن النعي عليه في هذا الخصوص يكون على غير أساس"[١٣].

المطلب الثاني

علاقة مبدأ حرية التعاقد بمستلزمات العقد

القاعدة العامة بأن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ بإتفاق أطرافه أو للأسباب التي يقررها القانون، فإن تلك القاعدة لا تنطبق إلا على العقود اللازمة، أما العقود غير اللازمة سواءً بنص القانون أو بإتفاق الطرفين فيجوز فيها إنهاء العقد والتحلل من قوته الملزمة بالإرادة المنفردة، وعلى الرغم من ان الارادة حره في انشاء التصرف الذي تريدة لكنّ هذة الحرية لا تعطيه سلطة تعديل العقد إلا بالإتفاق مع الطرف الآخر للعقد.

فقد نصت التشريعات المختلفة على هذه القاعدة سواءً بنصوص صريحة أو بإستخلاصها من المبادئ القانونية العامة، فقد نصت المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي (اللصاصمة، ٢٠٠٢، ص٤٥) على هذا المعنى بقولها: "الاتفاقات المعقودة على وجه شرعي تعتبر مقام القانون لمن عقدوها ولا يجوز إلغاؤها إلا بإتفاقهم أو للأسباب التي يقررها القانون". ونصت عليها كذلك المادة (١٢٨) من القانون المدني البحريني، والمادة (١٤٧) من القانون المدني المصري، والمادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، والمادة (١٩٦) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٤٨) من القانون المدني السوري، أمّا القانون المدني الأردني فإنه يلتقي مع التشريعات السابقة الذكر فقد جاء هذا المبدأ في المادة (٢٤١) التي نصّت: "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون"[١٤].

قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ويترتب على هذه القاعدة ما يلي:

(١)لا يجوز للمتعاقد أن يستقل بنقض العقد أو تعديله:

إذا كان العقد صحيحاً لازماً فإنه لا يجوز لأحد العاقدين أن ينقض أو يعدل فيه بإرادته وحده الا أن يتفق الطرفان أو بإذن. ووفقاً لذلك فإن نقض العقد أو تعديله يكون من عمل المتعاقدين إذا اتفقا على ذلك، أو قد يتفقا على تخويل هذا العمل لأحدهما، أو قد يكون هذا النقض أو التعديل لسبب أقرّه القانون، فهنالك عقود أجاز فيها القانون لأي من المتعاقدين أن يستقل بنقضه، كالوكالة والوديعة، وأيضاً الشركة والايجار وعقد العمل الفردي عندما تكون هذه العقود الثلاثة الأخيرة غير محددة المدة. كما أن القانون قد يجيز لشخص واحد بعينه أن يستقل بنقض العقد كما في الهبة. ومن المفيد التنويه أن هنالك عقود يمنع القانون الغاءها ولو برضى الطرفين إلا في أحوال معينة كزواج المسيحيين (فتحي، ١٩٨٧، ص٤٥).

وبمقتضى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين يجوز للعاقدين نقض العقد أي أن يتقايل العاقدين العقد برضاهما وفي ذلك تقول المادة (١٤٨/أ) من القانون المدني البحريني، والمادة (٢٤٢) من القانون المدني الأردني والمادة (١٨١) من القانون المدني العراقي (للعاقدين أن يتقايلا العقد برضائهما بعد انعقاده)[١٥]، كما يجوز تعديله بعد إنعقاده برضى عاقديه كما لو اتفقا على زيادة الأجرة أو تخفيضها، فالتراضي على نقض العقد أو تعديله كالتراضي على إبرام العقد فكلاهما جائز (مبروك، ٢٠٠٠، ص٤٥).

ونقض العقد بالاتفاق ليس له أثر رجعي على عكس فسخ العقد الذي يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد سواء كان هذا الفسخ بالإتفاق أو بالتقاضي وفي هذا تقول المادة (١٤٢) من القانون المدني البحريني على أنه: "أ) إذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين التاليتين. ب) إذا استحال على أحد المتعاقدين أن يعيد المتعاقد الآخر إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، جاز الحكم عليه بأداء معادل"[١٦].

(٢) تقييد القاضي بقانون العقد:

إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، قصد منها المشرع بأن يكون العقد نوعاً من القانون الخاص لمن عقدوه برضاهم، وبذلك تتكافئ فيه الاتفاقات والقانون ويتعين على المتعاقدين أن يخضعا لهذه الاتفاقات، كخضوعهم لنصوص القانون، كما يتعين على القاضي حماية تلك الاتفاقات كحمايته للنصوص القانونية ، بمعنى أنه إذا طرح عليه نزاع بشأنها، فإنه يجب عليه تطبيق ذلك القانون الخاص الذي وضعه المتعاقدان فيما بينهما، والذي فرض له القانون تلك الصفة وذلك الإلزام (قلادة، ١٩٥٥، ص٣٤).

ومن الجدير بالاشارة ان يبقى دور القاضي مقيداً بإرادة المتعاقدين، فهو يتقصى

مراميهما ويتعرف على طبيعة المعاملة بينهما، ويحكم في ذلك بما تقتضيه طبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة على أن تكون هذه مكملة لإرادة المتعاقدين اللذين أنشأ العقد، فالقاضي لا يستطيع نقض أو تعديل ما قرراه طرفا العقد، حتى وإن كان ما تقرر منافياً للعدالة. إذ لا يجوز له أن يمس مضمون العلاقة العقدية، بل إنه ملزم باحترام شروطها كيفما جاءت كما تلزمه أحكام القانون تماماً، لأن العدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولا تنسخها (علاق، ٢٠٠٨/٢٠٠٧، ص١٤).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: "الأصل المقرر طبقا لنص المادتين ١٢٨،١٢٩ من القانون المدني ان العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما ان يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون، وأنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما يتضمنه من أحكام وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن وشرف التعامل، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز للقاضي ان يتدخل من تلقاء نفسه ودون طلب من أحد طرفي العقد بتعديل الثمن المحدد في العقد بالزيادة أو النقصان لما قد يراه من أنه لا يتناسب مع القيمة الفعلية للمبيع، ولا يصح ذلك إلا في الاحوال المنصوص عليها في القانون"[١٧].

المبحث الرابع

مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وارتباطه الوثيق بمستلزمات العقد

تكمن أهمية دراسة تاريخ مبدأ حسن النية في معرفة منشأ هذا المبدأ، والفلسفة التي أدت إلى نشوئه، والظروف الاجتماعية التي ساعدت على تعزيزه و الوظائف التي أداها في المجتمع الذي نشأ فيه، لنخرج من كل ذلك بنظرة واضحة عن طبيعة هذا المبدأ الخلقية، التي جعلته موضع تبني الشرائع والأديان قديما وحديثا. وإذا انتهينا إلى هذه النظرة عن طبيعة المبدأ سهل علينا إدراك فحواه في قوانيننا الحاضرة باعتبار أن الماضي يصل إلى الحاضر وأن الفكرة تتكيف دون أن تفقد جوهرها.

مبدأ الثقة أو حسن النية من المبادئ الأساسية التي يجب أن تسيطر على العقود سواء في إبرامها أو تنفيذها. وقد كرَّس المشرع الأردني هذا المبدأ في الفترة الثانية من المادة (١٢٥) من القانون المدني البحريني في صورة عاملي الأمانة والثقة اللذين يتوجب على القاضي أن يستلهمها وهو يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين (بني طه، ٢٠٠٧، ص٤٥). وطبقاً لمعيار الأمانة والثقة تقتضي المادة (١٢٥) من المخاطب أن يكون أميناً في تحصيله لمعنى التعبيرات التي يوجهها إليه المعبر إذ عليه الابتعاد عن تصيد الأخطاء التي يقع فيها المعبر، ليجني من وراء ذلك منفعة لاحق له فيها، إذ أن ذلك يتنافى مع مبدأ حسن النية.

وللإحاطة بهذا المبحث نقسمه إلى المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: تعريف مبدأ حسن النية وكيفية تقديره .

المطلب الثاني: أهمية مبدأ حسن النية في تنفيذ مستلزمات العقد.

المطلب الأول

تعريف مبدأ حسن النية وكيفية تقديره

يعتبر مبدأ حسن النية في العقود جميعها من أهم المبادئ القانونية والتي تحكم مرحلة تكوين العقد وتنفيذه، ومرحلة المفاوضات ما قبل تكوين العقد. وبالرجوع الى نص المادة ١٢٩ من القانون المدني البحريني والتي تنص على انه ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من احكام ، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل)) . نجد ان المشرع ومن خلال النص السابق ذكره بانة يقصد بذلك توخي المتعاقدين الاعتدال في تنفيذ التزاماتهم الناشئة من العقد، ومراعاة الأمانة والنزاهة في ذلك. وعدم قيام المتعاقد بمراعاة هذه الأمانة والنزاهة و الاعتدال في تنفيذ العقد يجعل المتعاقد سيئ النية. ويسمى في اصطلاح القانون غشاً . وحسن النية معيار ذاتي، يعد من مسائل الواقع

لا من مسائل القانون، ومن ثم فهو يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا معقب عليه من محكمة التمييز. ويراعي القانون حسن النية في تنفيذ العقد، فيمنح المدين الذي لم ينفذ التزامه نظرة الميسرة إذا كان حسن النية (صالح، د.ت، ص٣).

إن أسمى مظهر لمبدأ حسن النية هو ذلك المظهر الذي يعبر عن احترام الالتزام الموعود به، بأن يحترم المتعاقد ما تم الاتفاق عليه من الطرف الآخر، وأن يتم التنفيذ وفقاً لذلك وليس كما يريد أحدهما. فهذا المبدأ يعبر عن الصراحة والقصد السوي والإحساس بالأمانة واستقامة الضمير والنية الصادقة والصريحة، تلك النية التي لا تشوبها الرغبة في الإضرار بالغير والإساءة إليه والامتناع عن الغش والتدليس والخداع والغدر (علاق، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص١٨).

وهذا المبدأ يشترط أن يسود في كافة مراحل العقد، سواءً في مرحلة ما قبل العقد، أو مرحلة تكوينه، وحتى تنفيذ العقد، وإلا عد العاقد السئ النية مخلاً بالتزامه ومسؤولاً مسؤولية عقدية عن ذلك الإخلال. وحسن النية لا يعدو أن يكون معياراً شخصياً يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه من محكمة التمييز (صالح، د.ت، ص٣)..

ومن قبيل الإلتزام بحسن النية في تفسير العقود أن المتعاقد الذي وجه إليه إيجاب تضمَّن خطأ أو غموضاً في الصياغة وكان على علم بذلك أو كان بإستطاعته أن يتبيَّنه، فإن الأمانة وحسن النية تقتضي ألاّ يستغل هذا الخطأ أو الإبهام.

فإذا كان هذا واجباً على المخاطب فهناك في المقابل واجب على المُعبِّر أن يُدْخِل في إعتباره أن المخاطب سيأخذ تعبيراته بمعناها الظاهر، وبحسب ما أُتيح أمامه من ظروف، فيثق في أن ظاهرها يمثل الإرادة الحقيقية للمعبر، ومن ثم يكون عليه أن يبتعد عن أن تكون له عمداً أو إهمالاً إرادتان، إحداهما ظاهرة ينخدع بها المخاطب، وأخرى باطنة يستحوذ عليها ويتمسك بها متنافياً بذلك مع مقتضيات مبدأ الثقة وحسن النية.

إنّ تبنّي المشرع البحريني في القانون المدني نظرية الثقة بخصوص الإرادة المكونة للعقد يُحتِّم عليه الأخذ بمبدأ حسن النية، حيث أن نظرية الثقة ومبدأ حسن النية صنوان لا يفترقان. وحيث أن نظرية الثقة لا تهدف إلى حماية أحد طرفي العقد بوجه التحديد بل أنها تهدف في الحقيقة إلى حماية أية إرادة حسنة منشئة للعقد في مواجهة الإرادة السيئة، وهذا واضح من كونها لا تأخذ بالمعنى الحرفي لنص العقد بل بالمعنى الذي يعطيه له المخاطب بحسن نية (فودة، ١٩٩٩، ص٢٣٠).

وإذا لاحظ القاضي أن أحد الطرفين قد حاد عن هذا المبدأ كان عليه بموجب معياري الأمانة والثقة أن يرُدَّه إلى صوابه ليستخلص النية المشتركة المتفقة مع هذين المعيارين ضماناً لاستقرار المعاملات (بني طه، ٢٠٠٧، ص٥٥).

وبالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني البحريني نجد أن الفقرة الأولى منها تنص على أنه "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها أو بمفهومها". و الواضح من هذا النص أن مهمة القاضي تتمثل بتطبيق النصوص القانونية، ثم حدد المشرع المصادر التي يستقي منها القاضي حكمة في حالة عدم وجود نص يحكم المسألة التي أمامه في المادة ذاتها[١٨]. و بما أن مبدأ حسن النية قاعدة قانونية نصت عليها المادة (١٢٧) من القانون المدني البحريني والمادة (١/٢٠٢) من القانون المدني الأردني، فهذا يعني أن القاضي ملزم بتطبيقها، ويجب في هذا الصدد أن نوضح بإيجاز خصائص القواعد القانونية ثم نربطها بمتطلب حسن النية الذي نص علية المشرع.

فالقواعد القانونية تتميز بمجموعه من الخصائص، تتمثل في أنها قاعدة عامه ومجردة، بمعنى أن القاعدة القانونية تنشأ مجردة لا تتعلق بشخص معين بذاته ولا بواقعة بعينها (الصدة، ١٩٩٤، ص٥٥). هذا التجريد يهيئ لها عموم التطبيق و فكرة العمومية تعني أن حكمها ينطبق على كل الأشخاص وعلى كل الوقائع، وهكذا يتضح أن فكرة التجريد تؤدي إلى عموم تطبيق القواعد القانونية على كل الأشخاص وعلى كل الوقائع التي تتوافر فيهم الصفات أو الشروط التي تحددها هذه القواعد (الزعبي، ٢٠٠١، ص١٤-١٨).

إن تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يغني عن نظرية التعسف في استعمال الحق في نطاق بعض العقود احيانا ، إذ ان المتعاقد الذي يطالب بحقه دون مراعاة مبدأ حسن النية يكون مخلاً بالتزاماته ، و مسؤولاً عن ذلك مسؤولية عقدية؛ قبل أن يكون مسؤولاً عن ذلك مسؤولية تقصيرية (صالح، د.ت، ص٣).

انقسم الفقه القانوني حول تحديد معنى مبدأ حسن النية إلى تبني عدة معايير على النحو الآتي: (سي أعمر، و شاينة، ٢٠١٧-٢٠١٨، ص١١-١٥)

أولاً: المعيار الذاتي لحسن النية

يقتضي هذا المعيار النظر إلى نية المتعاقد المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو بالسوء، بالبحث عن العوامل النفسية التي حركت النية.

ثانياً: المعيار الموضوعي لحسن النية

يستلزم هذا المعيار من قاضي الموضوع النظر في الظروف الخارجية العامة التي يخضع لها الناس كافة ويقدر سلوك الشخص بحسب السلوك المألوف للشخص المعتاد، فإذا انحرف المتعاقد عن هذا السلوك الواجب، كان هذا الانحراف خروجاً عن حدود حسن النية، يستوجب مسؤوليته.

ثالثاً: المعيار الواجب اتباعه في تقدير حسن النية (المعيار المختلط)

لاشك أنه لا يمكن الاعتماد على المعيار الذاتي لوحده لأنه معيار غير منضبط وغير مستقر وهو معياراً شخصياً يختلف من شخص لآخر، لأنه يعتمد على الكشف عن نية المتعاقد الباطنة وهو أمر صعب تحقيقه. كما أنه لا يمكن الاعتماد على المعيار الموضوعي لوحده الذي يرجع فيه إلى موضوع العقد وشكله الظاهر، ويلجأ إليه عند تعذر الكشف عن معرفة اتجاه نية المتعاقد.

لذا فإنه بلاشك أن من المستحسن أن يقاس حسن النية بكلا المعيارين الذاتي والموضوعي، فهما يشتركان في هدف واحد وهو امتناع المتعاقد الإتيان بعمل يضر بمصلحة المتعاقد الآخر أو الحصول منه على كسب غير مشروع، سواءً بقصد أم من غير قصد.

المطلب الثاني

أهمية مبدأ حسن النية في تنفيذ مستلزمات العقد

تعود أهمية حسن النية كقاعدة قانونية للصلة الوثيقة بين القانون والأخلاق، فالكثير من القواعد القانونية تقوم على أسس أخلاقية، كالقواعد التي تلزم بالوفاء بالعهود و تحريم الإثراء بلا سبب. وتأكيداً لذلك يرى اغلب الفقه القانوني، أن مبدأ حسن النية يعزز الجانب الأخلاقي في القوانين الوضعية (عيسى، ١٩٩٩، ص٢٤)، حيث انه يتضمن مفاهيم أخلاقية تدعو المتعاقد لعدم استغلال ثغرة قانونية أو فرصة سانحة لكسب منفعة على حساب غيره، إذ إن التزام المتعاقد بهذا المبدأ يوفر هامشا أخلاقيا، يحول دون استغلال متعاقد لمتعاقد آخر. ويظهر دور مبدأ حسن النية في تعزيز الجانب الأخلاقي من خلال الالتزامات المتفرعة عن هذا المبدأ كالالتزام بالتسامح والالتزام بالتعاون، التي تهدف إلى تحقيق الأمانة العقدية وكشف التصرفات غير الأمينة (الرفاعي، ٢٠٠٠، ص٤).

وهكذا كان لمبدأ حسن النية في تطوره ولصلته بالأخلاق الأثر القويم في أن يرد الأمور إلى نصابها، وأن يعلي شأن القاعدة الأخلاقية في النطاق القانوني (الحداد، ١٩٩٧، ص١٠).

والسؤال الذي يثور هنا، ما هو اثر العوامل الأخلاقية في نظرية الالتزامات؟

تؤثر العوامل الأخلاقية تأثيراً كبيراً في نظرية الالتزامات، فنظرية سوء استعمال الحق والنظرية التي تقضي بان الغش يفسد العقود و المبدأ القائل بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام، كل هذه نظريات مشبعة بالروح الخلقية وهي تقوم على محاربة سوء النية والضرب على أيدي العابثين بالأخلاق والآداب العامة. علاوة

على وجود الالتزامات الطبيعية والتي تسمى في الفقه الإسلامي بالواجبات الدينية وهي التزامات تمت بصلة متينة إلى قواعد الأخلاق، و يعترف بها القانون، وهذا ما تنص عليه المواد(٢٠٢- ٢٠٣-٢٠٤)من القانون المدني البحريني . وتمثل الالتزامات الطبيعية منطق وسط بين القانون والأخلاق، بل هي المنطقة المشتركة بينهما حيث لا جبر في تنفيذها ولكن إذا قام المدين بالوفاء بها وهو يعلم بذلك يصح وفائه ولا يجوز له استرداده، وهكذا تمتزج بذلك القواعد الأدبية بالقواعد القانونية حتى تصبح شيئاً واحداً (السنهوري، ١٩٨٠، ص١٠).

وتعود أهمية مبدأ حسن النية للقاضي في أن مبدأ حسن النية يوسع من صلاحيات القاضي، والأمر الذي يمكنه من سد ثغرات القانون و حماية الاستقرار القانوني ومواجهة الظروف والوقائع الجديدة التي لم يتناولها المشرع بنص قانوني يعالجها، فيغطي بذلك غياب النص في بعض الحالات المستجدة.

أما في العلاقات التعاقدية فإنه في كثير من الأحوال يصعب على المتعاقدين أن ينظما المسائل الخاصة التي تعاقدا عليها بكل تفاصيلها، وعندئذ يكون لمبدأ حسن النية الدور الكبير في تكملة العقد بما يفرضه من التزامات على كلا المتعاقدين، خاصة انه يفترض في المتعاقدين أنهما يتعاملان بأمانة وببواعث مشروعة لتحقيق مصالح مشروعة (الحداد، ١٩٩٧، ص٩٢).

فالمشرع لا يمكنه أن يسن من القواعد المكملة لإرادة طرفي العلاقة ما يحيط بكل تفاصيل علاقتهما على اختلافها و تنوعها، إذ غاية ما يمكن أن يتناوله بالنص تلك المسائل التي تبدو أمامه أكثر عرضاً في العمل حسبما تبيح له ظروف الحال حصرها .تبقى مسائل أخرى لا يتناولها المشرع بالنص، إما لأنها قليلة الحدوث في العمل، و إما لأن الشارع نفسه لم يستطع حصرها لسبب أو لآخر، وإما لأنها جدت في العمل بعد صياغة التشريع، وإما لغير ذلك من الأسباب، فكان تنفيذ العقد هو النطاق الرحب الذي يعمل فيه مبدأ حسن النية. وهو في عمله في ذلك النطاق إنما يفترض معه افتراضاً بديهياً مؤداه أن طرفي العلاقة هما أحرص الناس على مصالحهما، فما يريانه في صالحهما يحرصان على إيراده في العقد، سواءً إيجاباً بتضمينه في العقد أم سلباً بأن يحظرا أو يحظر أحدهما تطبيق نص من النصوص المكملة. ثم يبقى ما يسكتان عنه وهما في سكوتهما هذا يفترض أنهما بداية ارتضيا ما وراء ذلك من قواعد يفرضها العرف والأمانة والذمة وشرف التعامل، وغيرها من مقتضيات حسن النية والذي ترجم بالنص التشريعي الذي يقضي بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق وحسن النية [١٩].

وهو ما يرمي إلى إبقاء الثقة بين المتعاقدين، والقضاء على الأهداف الأنانية، وفرض حد أدنى من التضامن والتسامح بينهما والسلوك الأمين مظاهر تأثر القانون بالأخلاق واضحة في شتى نواحي القانون، فهي تبدو في علاقات الأسرة وفي نظام الزواج وفي العلاقات المالية وبوجه خاص في وجوب حسن النية وبذل العناية والأمانة في تنفيذ الالتزامات، وعدم جواز استرداد المدين ما أداه باختياره تنفيذا لواجبات أخلاقية

(عبدالله، ١٩٩٦، ص٤٧).

ومبدأ حسن النية بهذا يوفر الحماية اللازمة لمصالح الأفراد سواءً تلك التي تتعلق بالنظام العام أو تلك التي لا تتعلق بالنظام العام. ومن خلال المساهمة بحماية الشرعية القانونية وإلزام المتعاقدين بها، وعدم مساسهم بالنظم الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية السائدة في المجتمع، فينشأ العقد وينفذ بطريقة قانونية فتعم النزاهة ويعم شرف التعامل في تنفيذ العقود، ذلك أن أفراد المجتمع متعاقدون بشكل أو بآخر، وكل هذا يؤدي لاستقرار التعامل، لأن القانون يفرض الجزاء على من يخالف مقتضيات مبدأ حسن النية، مما يشكل رادعًا يحول دون المساس بالحدود والأسس التي تجعل تنفيذ العقد قانونيًا. لذلك فإن على المتعاقد في أثناء تنفيذه للعقد أن يتقيد بالنية المشتركة للمتعاقدين، وأن لا يخرج عن الحدود التي تفرضها القوة الملزمة للعقد (الحداد، ١٩٩٧، ص١٥٦-١٥٧).

فمن يكتسب حقا بحسن نية، فإن حسن نيته يحصن هذا الحق، ولا يبطل التصرف الذي اكتسب بموجبه هذا الحق، كما في حالة الدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ثبوتها في بيان وصي التركة، ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة، فلا يجوز لهم أن يرجعوا على الذي كسب بحسن نية حقًا على أموال التركة، وإنما لهم الرجوع على الورثة في حدود ما عاد عليهم من التركة[٢٠].

من خلال النصوص القانونية وأحكام المحاكم التي تم توضيحها، نجد أن القاضي ملزم بإعمال مبدأ حسن النية، وذلك لأن المشرع البحريني شدد على ذلك ، حيث ربط بين مبدأ حسن النية وبين النظام العام والآداب العامة، فأصبح مبدأ حسن النية بمقتضياته من القواعد الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، وتمس مصالحه وهي فوق مصالح جميع الأفراد وبالتالي لا يجوز لهم مخالفتها باعتبار انها جزء من النظام العام.

الخاتمة

ان للموضوع اهميته في ضوء توسع العلاقات التعاقدية التي لا تتطلب التركيز فقط على العناصر الجوهرية في العقد، وإنما تقتضي أيضاً الاهتمام بالعناصر الثانوية فيه، ومراعاة مستلزماته لما يتفق مع مبدأ حسن النية وأخلاقيات التعامل بين أطراف العقد التي لا يمكن الاستغناء عنها كجزء من عرف التعامل بين الناس في كل العقود .

وقد خلصت الى جملة من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

في ضوء ما تقدم بيانه توصل الباحث إلى النتائج التالية:

١. أعطى المشرّع القاضي المدني سلطة إكمال مستلزمات العقد وذلك بموجب نصوص تشريعية موجودة في كل القوانين مثالها: المادة (١٢٧) من القانون المدني البحريني، والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري، والمادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي، مما يشير إلى اهتمام المشرّعين بهذه المستلزمات في الكثير من القوانين.

٢. بعد أن يفرغ القاضي من تفسير العقد ينتقل لتحديد مستلزمات العقد، وتحديد هذه المستلزمات لا يقتصر على ما ورد في العقد من إرادة العاقدين المشتركة، بل يتناول أيضاً ما يعد من مستلزمات العقد، وذلك لسد ثغرات القانون وحماية الاستقرار القانوني ومواجهة الظروف والوقائع الجديدة.

٣. يكفي لتمام العقد الاتفاق على عناصر العقد الجوهرية، ولو لم يتعرض الطرفان للمسائل التفصيلية، وكثيراً ما لا نجد في العقد بياناً وافياً لتفاصيل ما ينشأ عنه من الالتزامات على نحو تثور معه مشكلة تكملة ما ورد فيه. والقاعدة في هذا الشأن أن العقد يمتد أثره ليلزم بكل ما هو من مسلتزماته فوق ما ورد فيه، ويتم تحديد مستلزمات أي عقد من العقود وفقاً لمصادر القانون المختلفة الأصلي منها والاحتياطي.

٤. أكد الفقه على منزلة العرف وضرورة الأخذ به واعادة الاعتبار له كما هو الحال في الفقه الإسلامي كوسيلة مهمة لاستكمال مستلزمات العقد، كما تعد العدالة مبدأ أصيلاً في الشريعة الإسلامية، ومبادئ العدالة تكرّست في مجلة الأحكام العدلية، ولهذا المبدأ دور بالغ لأهميته في تحديد مستلزمات العقد والزام المدين بتنفيذها.

ثانيا: التوصيات

بعد أن قمت بعرض النتائج، فإنني اوصي ما يلي:

١- نظراً للتقارب والتداخل بين المسائل التفصيلية الواردة في المادة (٤٣) ومستلزمات العقد في المادة (١٢٧) من القانون المدني البحريني باعتبارها تطبيقاً للامور التفصيلية اوصي بالتنسيق بين الاثنين ودمجهما في مادة واحدة خصوصاً وأن المشرع البحريني اعتمد نفس المعايير للاستدلال عليها.

٢- توحيد المصطلحات القانونية، بين المادتين (٤٣-١٢٧) مدني بحريني، حيث استخدم المشرع مصطلح طبيعة العقد في المادة (٤٣) بينما استخدم مصطلح طبيعة التعامل في المادة (١٢٧).

٣- اوصي المشرع البحريني بتعديل نص المادة ١٢٩ من القانون المدني البحريني من خلال تعديل مصطلح ((شرف التعامل بالاستعاضة عنها بعرف التعامل)) .

٤- حث المتعاقدين بكل الوسائل للاتفاق على المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية بما فيها مستلزمات العقد قدر المستطاع للتقليل من حالات الجدل والاختلاف حول هذه المسائل ، بالاضافة الى التقليل من الأعباء الموضوعة على كاهل القضاء لاستنباط ما يعد من مستلزمات العقد والاستعانة بالخبراء وما ينجم عن ذلك من تكاليف وغبن قد يلحق بإحد أطراف العلاقة التعاقدية.

٥- حينما يحصل الاشتباه بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية ومنها مستلزمات العقد، أي حينما يصعب الفصل في أمر ما، باعتباره من الأمور الجوهرية أو التفصيلية فإن الباحث يقترح على القضاء اعتباره من مستلزمات العقد حماية للدائن من جهة، ولأن المسائل الجوهرية تكون معروفة ومألوفة للمتعاقدين على الأغلب بعكس مستلزمات العقد التي لا حدود أو حصر لها في ظل التقدم الفني والتقني .

قائمة الهوامش

(١) تنص المادة (٣١) من القانون المدني البحريني على أنه: "يلزم لوجود الرضاء توافر الإرادة عند إجراء التصرف، وأن يحصل التعبير عنها، وتعتبر الإرادة متوفرة عند إجراء التصرف ما لم يثبت العكس أو يقضي القانون بخلاف ذلك"، وتنص المادة (١٢٨) من ذات القانون على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون".

(٢) قضت محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١٥، القاعدة ١٤٨، جلسة ٢٠١٧/٤/٢٥م بأن: "المقرر في قضاء هذه المحكمة – وفقاً لنص المادة ٥٢ من القانون المدني أن النية المشتركة للعاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في دلالة الاتفاق على دفع مبلغ من النقود كعربون عند إبرام العقد، وما إذا كان المقصود به مقابل خيار العدول عن تنفيذ العقد مقابل هذا المبلغ أو تأكيد بتاته والبدء في تنفيذه بسداد جزء من المبلغ المتفق عليه. ٢- المقرر أن سلطة محكمة الموضوع في استخلاص الواقع وتقدير الأدلة واستظهار نية العاقدين وما إذا كان المبلغ المدفوع مقابل خيار العدول عن العقد أم تأكيد بتاته، مقيد بأن يكون استخلاصها سائغاً وتقديرها مقبولاً".

(٣) التي تنص على أنه: "....فإذا كان الثمن يدفع أقساطا، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي وفقاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٢٢٦). فإذا وفيت جميع الأقساط، اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع ما لم يتفق على غير ذلك. ...".

(٤) التي تنص على أنه: "إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً فإن الأجل يبدأ من تاريخ تسليم المبيع".

(٥) التي تنص على أن: "نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

(٦) نصت المادة (٣٨١) مدني بحريني على أنه: "البيع عقد على تمليك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء ثمن نقدي، ويشمل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه وذلك وفقاً لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وقصد المتعاقدين"، كذلك نصت المادة (٤٣٢) من القانون المدني المصري: "يشمل التسليم ملحقات المبيع" وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين".

(٧) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٩٧/٢٣٧٤ تاريخ ١٩٩٨/٢/٧، المنشور على الصفحة ٣٢٨ من عدد المجلة القضائية رقم ٢ بتاريخ ١٩٩٨/٨/١، مركز قسطاس، عمان، الاردن.

(٨) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني، ج١، ص٢٤٠.

(٩) القانون المدني الفرنسي الصادر في شباط لسنة ١٨٠٤، والمعدل بالقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦م

(١٠) وتنص المادة ١٦٧ مدني أردني "العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له".

(١١) أنظر أيضاً المادة (١٩٩) مدني أردني والتي تنص على "١. يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك. ٢. أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما".

(١٢) الطعن رقم ٤١١ لسنة ٢٠٠٥، القاعدة ١٣٥، جلسة ٢٠٠٦/٣/٢٧م.

(١٣) الطعن رقم ١٩٩٧/٩٦، القاعدة ١٢٩، جلسة ١٩٩٧/١٢/٧م.

(١٤) أنظر المواد ٨٧، ١٩٩، مدني أردني.

(١٥) أنظر المادة (١٤٩) مدني بحريني إذ تنص على أن "تعتـبر الاقالة، من حيث أثرها، بمثابة الفسخ في حق المتعاقدين وبمثابة عقد جديد في حق الغير"، كذلك ما نصت عليه المادة (٢٤٣) مدني أردني على أن: "الإقالة في حق العاقدين فسخ...".

(١٦) كذلك نصت المادة (٢٤٨) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا إنفسخ العقد أوفُسخ أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد فإذا إستحال ذلك يحكم بالتعويض". وهذا هو نفس نص المادة (١٦٠) من القانون المدني المصري.

(١٧) حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ٢٠١٧/٥٢١، القاعدة ٥٠، جلسة ٢٠١٨/٣/٢٧، والطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٢٠١٧، القاعدة ٨٥، والطعن رقم ١٠٠ لسنة ٢٠١٧، القاعدة ٦٢، جلسة ٢٠١٨/٤/٢٤م، والطعن رقم ٨٩٥ لسنة ٢٠١٥، القاعدة ٢٢٣، جلسة ٢٠١٧/٦/٦م.

(١٨) تقابلها المادة (١/٢) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦)

(١٩) المادة (١٢٧) مدني بحريني، والمادة (٢٠٢) مدني أردني، انظر الجبوري، ياسين مرجع سابق، ص٢٤٨.

قائمة المراجع

١- أبو السعود، رمضان. (٢٠٠٠). شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

٢- أبو السعود، رمضان. (١٩٨١). الوسيط في شرح القانون المدني. القاهرة: دار النهضة العربية.

٣- أبو جميل، وفاء. (١٩٨٨). الالتزام بالتعاون دراسة تحليلية وتأصيلية. القاهرة: دار الكتاب.

٤- أحمد، هلدير أسعد. (د.ت). نظرية الغش في العقد. تقديم الدكتور محمد سليمان أحمد. بيروت: دار الكتب العلمية.

٥- الأشقر، أسامة عمر سليمان. (٢٠١٨). الالتزام بالتبصير في العقود المالية من المنظور الفقهي. بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الثالث والثلاثون. الجزء الأول، ربيع الثاني ١٤٣٩هـ/ يناير ٢٠١٨م .

٦- بدراوي، عبد المنعم. (١٩٧٥). النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري مصادر الالتزام. القاهرة: مكتبة سيد وهبة.

٧- البعلبكي، روحي. (٢٠٠٢). القاموس القانوني الثلاثي. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

٨- بكر، عصمت. (٢٠٠٩). نظرية العرف في الفقه الإسلامي. بيروت: دار الكتب القانونية.

٩- بن ناصر، المقاطعي. (٢٠١٠). دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني. رسالة ماجستير غير منشورة. عمان: الجامعة الأردنية.

١٠- بني طه، يحيى أحمد. (٢٠٠٧). مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود. رسالة دكتوراه غير منشورة. عمان: جامعة عمان العربية للدراسات العليا.

١١- جعفر، علي (١٩٨٢). تاريخ القانون والشرائع. الطبعة الأولى. بيروت: المؤسسة الجامعية.

١٢- الجمال، مصطفى. (٢٠٠٠). السعي إلى التعاقد مظاهرة وآثاره القانونية. القاهرة: الدار الجامعية.

١٣- الجمال، مصطفى. (١٩٩١). شرح أحكام القانون المدني: مصادر الالتزام. القاهرة: مؤسسة المعارف للطباعة والنشر.

١٤- جمعة، نعمان أركان الظاهر. (١٩٧٧). كمصدر للحق، التنازع بين القانون والواقع المستقر، القاهرة: المنظمة العربية للتربية والثقافة، معهد الدراسات والبحوث العربية.

١٥- حسن ، أبو رمان. (٢٠١٤). دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة. اطروحه دكتوراه غير منشورة. عمان: جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

١٦- حمدي، عبد الرحمن و منتصر، سهير. (د.ت). مبادئ القانون نظرية الحق، مصادر الالتزام واحكامه. بيروت: دار الفكر العربي.

١٧- الزعبي، عوض. (٢٠٠١). المدخل إلى علم القانون. الطبعة الأولى. عمان: دار وائل للنشر.

١٨- زيدان، حداد. (٢٠٠٠). حسن النية في تكوين العقد. رسالة ماجستير غير منشورة، المفرق، الأردن: جامعة آل البيت.

١٩- سلطان، أنور. (١٩٨٣). مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني. القاهرة: دار النهضة العربية.

٢٠- السنهوري، عبد الرازق. (١٩٨٠). النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد. القاهرة: دار الفكر.

٢١- السنهوري، عبد الرزاق. (٢٠١١). الوسيط في شرح القانون المدني. الطبعة الثالثة. القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية.

٢٢- الشباني، عبدالأمير جفات كروان موسى. (٢٠١٤). تحديد نطاق العقد. مجموعة محاضرات ملقاة على الطلبة. المحاضرة ٢١. العراق: جامعة بابل. كلية القانون.

٢٣- صالح، فواز. (د.ت). آثار العقد. مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

http://arab-ency.com.sy/law/detail/١٦٥٣٢٠

٢٤- الصدة، عبد المنعم. (١٩٩٢). مصادر الالتزام. القاهرة: دار النهضة العربية.

٢٥- الصدة، عبد المنعم. (١٩٩٤). أصول القانون. الإسكندرية: منشأة المعارف.

٢٦- عبد القادر ، صالح. (٢٠١٥). العوامل التي تحدد نطاق العقد: دراسة فقهية مقارنة. اطروحة دكتوراه غير منشورة. السودان: جامعة أم درمان الاسلامية.

٢٧- علاق، عبد القادر. (٢٠٠٨/٢٠٠٧). أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها – دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. الجزائر. تلمسان: جامعة أبو بكر بلقايد.

٢٨- عبيدات، يوسف محمد. (٢٠٠٩). مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع.

٢٩- عيسي. محمد جمال. (١٩٩٩). مفهوم العقد، دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي. القاهرة: دار النهضة العربية.

٣٠- فرج ، توفيق حسن. (١٩٨١). المدخل للعلوم القانونية. الإسكندرية: منشأة المعارف.

٣١- فودة، عبد الحكيم. (١٩٩٢). الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي. القاهرة: دار الكتب القانونية.

٣٢- فوده، عبدالحكيم. (١٩٩٩). الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية. الإسكندرية: منشأة المعارف.

٣٣- القاضي. محمد مصباح. (١٩٩٧). مبدأ حسن النية في قانون العقوبات.دراسة تحليلية لفكرة حسن النية في القانون المصري والقانون المقارن. القاهرة: دار النهضة العربية.

٣٤- قلادة، وليم سليمان. (١٩٥٥). التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري. الطبعة الأولى. القاهرة: المطبعة الحديثة.

٣٥- اللصاصمة، عبد العزيز. (٢٠٠٢). دور القاضي في تفسير العقد وتعديل مضمونه. مجلة البحرين، ١.

٣٦- مبروك، ممدوح محمد. (٢٠٠٠). أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته. الطبعة الأولى. القاهرة: المكتب الفني للإصدارات القانونية.

٣٧- معداوي نجية. (٢٠٢٠). مضمون العقد بين حرية الارادة وقيود المشرع. بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية. المجلد الرابع. العدد الثاني. الجزائر: جامعة محمد بوضياف بالمسيلة. كلية الحقوق والعلوم السياسية.

٣٨- ملكاوي، بشار عدنان. (٢٠٠٨). تقييم تعريف العقد في القانون المدني الأردني. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٥، العدد الثاني.

٣٩- معوض، فؤاد. (٢٠٠٤). دور القاضي في تعديل العقد: دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

٤٠- منصور، محمد. (٢٠٠٠). أحكام الالتزام. بيروت: الدار الجامعية.

٤١- المغربي، محمود. (١٩٧٩). الوجيز في تاريخ القوانين. الطبعة الأولى. بيروت: المؤسسة الجامعية.

٤٢- الحداد، رومان منير. (١٩٩٧). حسن النية في تكوين العقد. عمان: الجامعة الأردنية.

٤٣- الرفاعي، أحمد. (٢٠٠٠). الالتزام بالتسامح. القاهرة: دار النهضة العربية.

٤٤- عبد الله. محمد. (١٩٩٦). المدخل إلى علم القانون أو النظرية العامة للقانون. دمشق: مطبوعات جامعة دمشق.