مستلزمات العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل[١]
دراسة مقارنة مع القانون المدني العراقي والفقه الإسلامي

م. سندس علي عباس
Sundus.abbas@su.edu.krd
كلية القانون/جامعة صلاح الدين
أ. م. د. هوزان عبدالمحسن
hozan.abdullah@su.edu.krd
كلية القانون/جامعة صلاح الدين

Contract requirements in the amended French Civil Code

Sunduss Ali Abbas
College of Law/University of Salahaddin
Asst. Prof. Dr. Hozan Abdel-Mohsen
College of Law/University of Salahaddin

الملخص

يتحدد مضمون العقد وفق التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ – ٢٠١٦ بأحكام القانون وشروط العقد ومستلزمات العقد، ويقصد بمستلزمات العقد الإلتزامات التبعية (حقوق العقد) التي يضيفها القاضي في عملية تكملة النقص الموجود في العقد لتنفيذ الأثر الأصلي للعقد (حكم العقد) بما يتفق مع القواعد الامرة او الأحكام القطعية أو العرف أو العدالة، وقد تأثر المشرع الفرنسي بالفقه الإسلامي في تنظيمه لمستلزمات العقد فقيد إلى حد ما من سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بإضافة إلتزام بما يعد من مستلزمات العقد وذلك بمراعاة التسلسل الوارد في (م١١٩٨) من القانون المدني الفرنسي، بخلاف المشرع العراقي الذي وسَّع من سلطة القاضي في هذا الشأن، وقد تبين تفوق الفقه الإسلامي على القانون فيما يتعلق بالتمييز بين الأثر الأصلي للعقد وبين أثره التبعي بخلاف المشرع العراقي الذي وقع في خلط بين المسألتين، وقد تفادى المشرع الفرنسي في تعديله الجديد هذا الخلط، وعليه، توصلنا إلى عدة استنتاجات منها، دقة الفقه الإسلامي في اختيار المصلحات وتنظيم أحكام مستلزمات العقد بما يخدم العدالة، بخلاف القانون الذي لم يتمكن لحد الان الوصول إلى المستوى التشريعي الرفيع الذي وصل إليه الفقه الإسلامي، فعلى إثره اقترحنا على المشرع العراقي تعديل (ف٢/م١٥٠) وإلغاء موافقة مستلزمات العقد لطبيعة الإلتزام لأنه أمر بديهي.

الكلمات المفتاحية: مستلزمات العقد. معايير مستلزمات العقد. حكم العقد. حقوق العقد. الإلتزامات الأصلية. الإلتزامات التبعية

Abstract

The content of the contract is determined according to the new amendment to the French Civil Code No. 131-2016 with the provisions of the law, the terms of the contract and the requirements of the contract. The requirements of the contract mean the ancillary obligations (contract rights) that the judge adds in the process of supplementing the deficiency in the contract to implement the original effect of the contract (the contract ruling) in accordance with the peremptory rules, peremptory provisions, custom or justice. The French legislator was influenced by Islamic jurisprudence in its regulation of contract requirements, depriving to some extent of the judge's discretionary authority with regard to adding an obligation to what is considered to be contract requirements, taking into account the sequence contained in Article (1198) of the French Civil Code, unlike the Iraqi legislator who expanded the judge's authority in that matter, It became clear the superiority of Islamic jurisprudence over the law in terms of distinguishing between the original effect of the contract and its consequential effect, unlike the Iraqi legislator, who got confused between the two issues. In his new amendment, the French legislator avoided this confusion. Accordingly, we reached several conclusions, including the accuracy of Islamic jurisprudence in choosing the interests and organizing the provisions of the requirements of the contract in a manner that serves justice, unlike the law, which has not yet been able to reach the high legislative level that Islamic jurisprudence has reached. As a result, we proposed to the Iraqi legislator to

[١] بحث مستل من اطروحة لم تناقش بعد.

amend paragraph 2 of Article (150) and canceling the consent of the contract requirements due to the nature of the obligation because it is self-evident.

Keywords: Contract supplied. Contract Requirements Standards. Contract rule. Contract rights. Original obligations. Ancillary obligations

المقدمة

طرأ على القانون المدني الفرنسي تعديل جذري في ٢٠١٦ بموجب مرسوم قانون رقم (١٣١ -٢٠١٦) على نظرية الإلتزام بصورة عامة وأحكام العقد بصورة خاصة، حيث استحدث المشرع الفرنسي مصطلحا جديدا لم يعرفه القوانين المدنية المتأثرة به، وهو مصطلح مضمون العقد المشروع والمؤكد، وهو عبارة عن شروط تعاقدية وأحكام قانونية، إضافة إلى مستلزمات العقد، فما المقصود بمستلزمات العقد، وما هي محدداتها ومعايرها، وهل يختلف مستلزمات العقد في القانون المدني الفرنسي عن ما هو عليه في القانون المدني العراقي والفقه الإسلامي؟ هذه التساؤلات وغيرها سنحاول الإجابة عليها في سياق هذا البحث

أهمية البحث

إن دراسة مسنلزمات العقد في القانون المدني الفرنسي الجديد، لها أهمية علمية قانونية خاصة بالنسبة للقانون المدني العراقي كونه تأثر بشكل ملحوظ بالقانون المدني الفرنسي من جهة، وتأثره بالفقه الإسلامي من جهة أخرى، ولأن المشرع المدني الفرنسي قد تأثر إلى درجة كبيرة بالفقه الاسلامي، فعند المقارنة بين النظامين تظهر أهمية هذه الدراسة، أما أهميته العملية فتكمن في تسهيل تنفيذ الأثر الأصلي للعقد (حكم العقد) عن طريق حقوق العقد أو الإلتزامات التبعية.

أهداف البحث

١- بيان المقصود من مستلزمات العقد في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني العراقي والفقه الإسلامي.
٢- بيان ما يعتبر من مستلزمات العقد.
٣- التمييز بين القانون والفقه الإسلامي فيما يعتبر من مستلزمات العقد والمعايير التي يستند إليها القاضي في إضافة إلتزام ما.

إشكالية البحث

هنالك قصور في التنظيم لمستلزمات العقد في القانون المدني العراقي وفي ترتيبه لمحددات مستلزمات العقد خصوصا في (ف٢/م١٥٠) والتحليل الخاطئ ل (ف٢/م٨٦) يستدعي مناقشته واقتراح بدائل وتعديلات عليها كي ينسجم مع التطورات التشريعية، والنظرة الفقهية الإسلامية لمستلزمات العقد.

تساؤلات وفرضيات البحث

١- هل وفق المشرع العراقي في تنظيمه لمستلزمات العقد؟
٢- هل يستند القاضي عند تحديد وتكملة مضمون العقد بما يعد من مستلزمات العقد إلى المعايير الشخصية أم الموضوعية؟
٣- هل ينسجم التنظيم القانوني لمستلزمات العقد في القانون المدني العراقي مع التعديل الجديد للمشرع المدني الفرنسي، وهل يتوافق مع الفقه الإسلامي؟
٤- ما المقصود ب (حكم العقد) و (حقوق العقد)؟

منهجية البحث

تم اتباع المنهج التحليلي والمقارن في دراستنا لهذا الموضوع، وذلك بتحليل المواد المنظمة لموضوع مستلزمات العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل ومقارنته بالقانون المدني العراقي والفقه الإسلامي.

هيكلية البحث

بعد المقدمة، يضم البحث في محتواه مبحثين، حيث نتناول في المبحث الأول تعريف مستلزمات العقد في القانون والفقه الإسلامي، فنخصص المطلب الأول لدراسة المقصود من مستلزمات العقد في القانون، والمطلب الثاني نخصصه لدراسة المقصود من مستلزمات العقد في الفقه الإسلامي. أما المبحث الثاني فسنبحث فيه تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد في القانون والفقه الإسلامي، حيث نتناول في المطلب الأول تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد في القانون ومعاييرها، أما المطلب الثاني فسندرس فيه تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد في الفقه الإسلامي ومعاييرها، ثم نأتي إلى أهم الاستنتاجات والمقترحات، وأخيرا قائمة بالمصادر المعتمدة.

المبحث الأول

تعريف مستلزمات العقد في القانون والفقه الإسلامي

يتكون مضمون العقد وفق التعديل الذي أجراه المشرع الفرنسي على قانونه المدني رقم (١٣١-٢٠١٦) من شروط العقد ومناطه إرادة المتعاقدين، وأحكام القانون وهي النصوص الآمرة التي على المتعاقدين الإلتزام بها عند فرض شروطهم على بعض، ومستلزمات العقد، فما المقصود من مستلزمات العقد وفق مفهومها القانوني ومفهومها في الفقه الإسلامي؟

المطلب الأول

المقصود من مستلزمات العقد في القانون

لم يتم تعريف مستلزمات العقد في القانون المدني الفرنسي الجديد ولا القانون المدني العراقي، ولكن هنالك موجهات يستند إليها القاضي في عملية إكمال العقد، يساعد في إيضاح المقصود من مستلزمات العقد، فعلى أساسها تطرق الفقه القانوني لتعريفها، وكما يأتي:

الفرع الأول

تعريف مستلزمات العقد في القانون المدني الفرنسي الجديد

وضع المشرع الفرنسي محددات لبيان المقصود من مستلومات العقد ترشد القاضي في تفسيره لمستلزمات العقد إلى المقصود منها، فقد نصـــت (م١١٩٤) من القانون المدني الفرنســـي الجديد، على أنه: **(لا تلزم العقود بما ورد فيها فقط بل بجميع ما هو من مســـتلزماتها**

بمقتضى العدالة والعرف أو القانون)[١]، فيذهب جانب من الفقه إلى أن مفهوم مستلزمات العقد غامضة بحد ذاته[٢]، ويمكن تحديد المقصود منها من خلال التمييز بين حكم العقد وحقوقه، فحكم العقد يعني المضمون الجوهري للعقد ويتمثل في الأثر أو الالتزام الأصلي له، وهو نقل ملكية المبيع، ونقل ملكية المنفعة في عقد الإيجار....وهكذا[٣]، بينما يتمثل حقوق العقد في الالتزامات التبعية التي تؤكد مضمون العقد او تقتضيه طبيعته او تكمله او تحفظه، فهي التزامات تلازم العقد ويترتب عليها حتى عند عدم الاتفاق عليها، لأن هذه الالتزامات لا غنى عنها لتحقيق جوهر العقد وأثره الأصلي، فلا يتحقق التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلا بتسليمه، وهو التزام تبعي تؤكد الالتزام الأصلي، وقد يكون الالتزام تكميليا للالتزام الأصلي، كتسليم البائع المبيع وكل ما يعد من توابعه وملحقاته، أو يكون الغرض من الالتزام التبعي حفظ المبيع وحفظ حقوق مالكه كالتزام البائع بضمان عدم التعرض الشخصي والقانوني للمبيع ولحقوق المشتري، وضمان الاستحقاق، وبالتالي فإن مستلزمات العقد تعني حقوق العقد، ويقصد بها: (مجموعة الالتزامات التبعية التي تلازم العقد وتترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحاً)، بغض النظر عن اتجاه ارادة المتعاقدين اليها[٤].

الفرع الثاني

تعريف مستلزمات العقد في القانون المدني العراقي

نص المشرع المدني العراقي على محددات تبين المقصود من مستلزمات العقد، فنصت (ف٢/م١٥٠) من القانون المدني العراقي، على أنه: **(ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)**، يتضح من النص أن المشرع العراقي قد اشترط موافقة مستلزمات العقد مع (القانون، العرف، العدالة) وطبيعة الالتزام الأصلي للعقد، فعلى القاضي البقاء في نطاق طبيعة الالتزام عند إضافة إلتزامات تبعية لتكملة العقد[٥]، وإلا فإن حكمه يتعرض للنقض[٦].

أود أن أشير إلى ملاحظة، وهي ورود (طبيعة الإلتزام) في (ف/٢،م/١٥٠) نلاحظ أن المشرع قد ألزم المتعاقدين ليس فقط بالمسائل التي تم ذكرها والاتفاق عليها وإنما أيضا الإلتزام بما يفرضها القاضي من إلتزامات تبعية باعتبارها من مستلزمات العقد وفقا للقانون والعرف والعدالة بما يتلائم مع طبيعة الإلتزام الأصلي وتسمى هذه العملية ب(تكملة العقد)، ويعتبر حكم القاضي منشئا لإلتزام تبعي، لأن المتعاقدين لم يتعرضا أصلا للإلتزامات التبعية، فلم ينجم بينهما خلاف حولها، من جانب آخر ذكرت (ف/٢،م/٨٦) والتي قضت بأنه: (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد.... وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة الموضوع وأحكام القانون والعرف والعدالة) طبيعة الموضوع، أي أن الإلتزامات التبعية يجب أن تكون موافقة لطبيعة الموضوع، لان الإلتزام التبعي قد تم التعرض له من قبل المتعاقدين فوجب على القاضي ان يتحقق من ملائمة هذا الالتزام لطبيعة موضوع العقد، وهذه تسمى تفسير العقد وليس تكملته، لأن المتعاقدين قد تعرضا للمسائل التفصيلية وحال الخلاف دون اتفاقهما عليها، فالقاضي يقوم بتفسير إرادة المتعاقدين الظاهرة أو الباطنة ليتبين له ما قصداه من ذكرهما للمسائل التفصيلية، وبالتالي تقرير التزام أساسه إرادتهما، فيعتبر حكم القاضي كاشفا وليس منشئا، وهذا ما أكدت عليه (م١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي الجديد، ولكن لم تذكر هذه المادة موائمة الإلتزامات التبعية التي يضيفها القاضي لطبيعة الإلتزام، لأنه تحصيل حاصل، فأي إلتزام تبعي يتم فرضه من قبل القاضي يجب أن يكون وفقا لحكم العقد أي طبيعة الإلتزام الأصلي، لأن تلك الإلتزامات تفرض أصلا لتسهيل تنفيذ حكم العقد، فذكر موافقة الإلتزام التبعي لطبيعة الإلتزام زيادة لا لزوم لها. وقد استعمل المشرع العراقي أداة الربط (و) بين الوسائل التي يستند إليها القاضي لتكملة مضمون العقد بما يعد من مستلزماته، وهذا يعني إعطاء سلطة تقديرية واسعة للقاضي في اختيار وسيلة أو الاستناد إلى الوسائل مجتمعة، بينما نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد استعمل أداة الربط (و) بين العدالة والعرف، وأداة الربط (أو) بين العدالة والعرف مجتمعة وبين القانون، لتقيد من السلطة التقديرية للقاضي في عملية إكمال مضمون العقد، وبهذا يقترب أكثر من الفقه الإسلامي، **فنأمل من المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع الفرنسي ويقوم بتعديل (ف٢/م١٥٠) بالشكل الآتي: (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون أو العرف او العدالة)، والملاحظ أيضا ان المشرع الفرنسي بخلاف المشرع العراقي قد بدأ بالعدالة والعرف ثم بالقانون في (م١١٩٤)، وهذه إشارة إلى أن التعديلات التي أجريت على القانون قد كان تحت تأثير القضاء والعرف المتبع حاليا.**

---

(١) ينظر نص (م١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي مترجمة إلى اللغة العربية لدى محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص٨٠.

(٢) ينظر، د.حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٩، ص٢٠٤. ود.علي مجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، دار الثقافة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٧٧. ود.محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة- مصر، ١٩٩٣، ٣٦٦/١.

(٣) ينظر، معاذ بن عبد العزيز المؤذن، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور – الجلفة، المغرب،ع/ التاسع، أفريل ٢٠٢١، ص٣٠٣.

(٤) ينظر، د.عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٨٥، ٢٩٩/١. و د.غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص١٣٣. و د.مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٣، ١٤٩/١. ود.إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، جامعة الكويت، ١٩٩٥، ص٢٦٩.

(٥) ينظر، عامر علي حسن ابو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دار الحامد، عمان – الأردن، ٢٠١٥، ص٩٨. و دكتور أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص٤٩. و د.سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص١٩٨.

(٦) ينظر، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في ٩/ كانون الثاني/ ١٩٩٠، النشرة المدنية V1، رقم٢، ص٢ مشار اليه لدى، جاك غستان، المطول في القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ص٧٩. ود.مصطفى الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، ٢٠٠٢، ٣١٧/١-٣١٨.

المطلب الثاني

المقصود من مستلزمات العقد في الفقه الإسلامي

نخصص هذا المطلب لدراسة المقصود من مستلزمات العقد في ضوء الفقه الإسلامي، ومقارنتها بما ورد في القوانين محل المقارنة.

الفرع الأول

تعريف مستلزمات العقد في الفقه الإسلامي

إن المقصود من مستلزمات العقد هو حقوق العقد، فيترتب على كل عقد حكم خاص به بأمر الشارع، فحكم عقد البيع هو نقل ملكية كل من المبيع والثمن، وحكم عقد الإجارة نقل ملكية كل من المنفعة والأجرة، وبالتالي لكل عقد حقوق تتعلق بحكمه وهي من مستلزمات العقد، فهي تمثل مجموع الإلتزامات والمطالبات التي تؤكد حكم العقد وتنفذه، ولم يستعمل الفقه الإسلامي مصطلح الإلتزامات وإنما اكتفى باصطلاح الحقوق أي حقوق العقد، وهي حقوق ملزمة وعبَّر عن الإلزام بالإجبار، ويعبر عن حقوق العقد ب (شروط مقتضى العقد)، ومقتضى العقد هو حكمه، وشروط مقتضى العقد هي حقوق العقد إذا اشترطها المتعاقدان من باب التأكيد، لأن شرطها كعدمها، إذ أنها لازمة بموجب العقد، هنا تبرز دقة الفقه الإسلامي في تصور العقد وفي تعبيره عن هذا التصور وفي اختيار المصطلحات[1].

الفرع الثاني

المقارنة بين القانون والفقه الإسلامي فيما يعد من مستلزمات العقد

وقع القانون في خلط بين الأثر الأصلي المترتب على العقد بقوة القانون (والذي يقابل حكم العقد بقوة الشرع) وبين الإلتزامات المترتبة على العقد، وهي الآثار التابعة للأثر الأصلي، فقد دلت على ذلك (ف٢/م٦٩) من القانون المدني العراقي، على أنه: (ويعتبر حقا شخصيا الإلتزام بنقل الملكية...)، يتضح من نص المادة الخلط الذي وقع فيه القانون بين حكم العقد وحقوقه، فانتقال الملكية اثر أصلي (حكم العقد) الذي يترتب على العقد، وصياغة النص توحي بأن الأثر الأصلي لم يقع بعد، فنقل ملكية المبيع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن إلى البائع يتم بمجرد العقد، وأما ما يلتزم به المتعاقدان فهو تنفيذ لما يترتب على هذا الأثر أو الحكم، اما ما نصت عليه (م٢٤٧) من القانون المدني العراقي، على أنه: (الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الإلتزام شيئا معينا بالذات....)، فيفيد بأن الالتزام بنقل الملكية الناشئ عن عقد البيع ينفذ فوراً بمجرد العقد بقوة القانون، أي أن حكم عقد البيع هو نقل الملكية فور العقد، وأما أن يسبق نقل الملكية التزام بنقلها، فهذا الوضع بقية تخلفت عن تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد. وعليه، يتبين لنا أن الفقه الإسلامي قد أثر بشكل ملحوظ في القانون المدني الفرنسي[2]، وقد تأثر الفقه الفرنسي في هذا الخصوص بالفقه الإسلامي، فنقل عن (بونكاز) أن العقد ذاته ينقل الملكية – وهذا هو ما يعبر عنه الفقه بأن حكم عقد البيع هو نقل الملكية دون ذكر أي التزام في هذا الشأن، لأن النقل يتم بأمر الشارع أي بقوة النص الشرعي وأما الالتزام الناشئ عن العقد فهو الالتزام بتسليم الشيء المبيع والالتزام بدفع الثمن وهذا ما عبر عنه الفقهاء بدقة بأنه حقوق العقد التي تؤكد حكمه وهو نقل الملكية، ومن هذا يتضح لنا أن الفقه الإسلامي جاء دقيقاً في تعبيراته مقارنة بالقوانين[3].

على ضوء ما تقدم يمكن القول بان المقصود من مستلزمات العقد هي حقوق العقد وتعني: **(الالتزامات التبعية المتعلقة بحكم العقد والتي تنشأ بإرادة الأطراف المتعاقدة عند اشتراطها صراحة او ضمنا أو عن طريق إضافتها من قبل القاضي وفقا لاحكام الشريعة والعرف ومبادئ العدالة)**. فإذا وجد نقص في تلك الإلتزامات التبعية والتي تتعلق بحكم العقد، فإن القاضي يقوم بتكملته، ويسمى ذلك تكملة مضمون العقد، لأن مضمون العقد يتحدد باحكام القانون وشروط العاقدين ومستلزمات العقد.

المبحث الثاني

تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد في القانون والفقه الإسلامي

ذكرنا في المبحث الأول بأنه هنالك موجهات أو محددات في القانون يمكن الإستناد إليها لبيان المقصود من مستلزمات العقد، وفي هذا المبحث يتم دراسة تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد في القانون والفقه الإسلامي في مطلبين.

المطلب الأول

تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد في القانون ومعاييرها

يستعين القاضي في عملية تكملة النقص الذي يعتري العقد بما يعد من مستلزماته بجملة من المحددات بموجب معايير تشريعية، فما هي هذه المحددات وما هي المعايير التي يستند إليها القاضي في تقرير ما يعتبر من مستلزمات العقد؟

الفرع الأول

محددات مستلزمات العقد

يستعين القاضي عند تحديده لمستلزمات العقد بالقانون أو العرف أو العدالة بما يتفق مع طبيعة العقد، وهذا ما أكدته (م١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي الجديد و (ف٢/م١٥٠) من القانون المدني العراقي، فعن طريق القواعد القانونية المكملة يساهم المشرع في إكمال التنظيم الإداري للجوانب المختلفة للعقد، ويساهم في تحديد مضمون العقد عن طريق تطبيق القاضي لهذه القواعد على المسائل التي لم تنظمها إرادة

---

(١) ينظر، ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد، المغني مع الشرح الكبير، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م، ١٤١/٥ – ١٤٢.

(٢) ينقل الكثير من المستشرقين ما يؤكد ترجمة أهم المؤلفات من الفقه الإسلامي إلى الفرنسية والتي يتقدمها مصنفات الفقه المالكي ، فيقول الفقيه الفرنسي (سيديو): المذهب المالكي هو الذي استوقف نظرنا على الخصوص....، وقد عهدت الحكومة الفرنسية إلى (د.بيرون) أن يقوم بترجمة كتاب المختصر في الفقه لخليل بن إسحاق... . ينظر، عبد السلام أحمد فيغو، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، ع٢٢، طرابلس، ليبيا، ص٢٠. و خالد السنيد، قانون نابليون تأثر بالفقه الإسلامي، مجلة المحامي، العدد الأول، ذوالقعدة، ١٤١٩هـ، ص ص١٨،١٩.

(٣) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار القلم، بيروت- لبنان، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢، ٧٧٠/٢. و د.عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، الرياض، ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م، ١١٤/١-١١٥. ومحمد سلامة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م، ص٩٥. والشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٤٢٩هـ- ٢٠٠٨م، ص٣٠٦.

المتعاقدين وإدراجها في العقد بشرط عدم الاتفاق على استبعادها صراحة[١]، كالقواعد المكملة المنظمة لمكان وزمان تسليم المبيع أو الوفاء بالثمن[٢]، والقواعد المنظمة لرجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع كليا أو جزئيا[٣]، او عند ظهور عيب خفي في المبيع، وأيضا القواعد التي نصت على نصيب كل من المؤجر والمستأجر في الالتزام بالإصلاحات التي يحتاجها المأجور....وهكذا [٤].

أما القواعد العرفية فيمكنها سد النقص الموجود في التشريع[٥]، وقد يتعاون العرف في ضبط بعض المعايير المرنة في قواعد القانون المدني، كما نصت على ذلك (م٥٣٧) من القانون المدني العراقي، على أنه: (يدخل في البيع من غير ذكر: ج- كل ما يجري العرف على انه من مشتملات المبيع)، وقد نصت (م١٦٣) من القانون المدني العراقي على جملة من القواعد العرفية،: (١-المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص ٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم).

أما قواعد العدالة، فإذا كانت القاعدة القانونية لا تحقق العدالة بل يؤدي تطبيقه الجامد إلى الظلم، يستعين القاضي عند ذلك بقواعد العدالة لتحديد مضامين بعض القواعد القانونية المرنة أو لتعديل البعض منها[٦]، وقد استعان القضاء الفرنسي بقواعد العدالة لإضافة العديد من الالتزامات إلى مضمون العقد، كالتزام الناقل بالسلامة الذي فرض عليه لمصلحة الراكب، والتزام بائع المحل التجاري بعدم المنافسة التي تؤدي إلى انتزاع عملاء المحل الذي فرض عليه لمصلحة المشتري، والتزام العامل بعدم إفشاء الأسرار الخاصة بالمصنع الذي يعمل به[٧].

يذهب جانب من الفقه[٨] إلى أن على القاضي أن يتقّيد بالترتيب الذي ورد في نص (ف٢/م١٥٠) من القانون المدني العراقي، فلا يجوز للقاضي ان يرجع الى العرف الا عندما لا توجد قاعدة في القانون، ولا الى العدالة الا عندما لا توجد قاعدة في العرف. وهذا الرأي حسب اعتقادهم يتوافق مع أحكام نص (ف١و٢/م١) من القانون المدني العراقي وذلك بدليل استعمال الأداة (أو) والذي يفهم منها عدم استطاعة القاضي بالأخذ بتلك الوسائل مجتمعة، وإنما يجب مراعاة التسلسل الوارد فيها[٩]. أما الرأي الآخر في الفقه[١٠]، يرى بأنه لا يتقيد القاضي بالترتيب الوارد في نص الفقرة، فعندما يلجأ إلى القواعد القانونية لتكملة النقص، فإنه يستطيع أن يستمر في التكملة بالاستعانة بقواعد العرف والعدالة، لأن تحديد مستلزمات العقد قد توجد موزعة على المحددات الثلاثة، فلا يعني تعدد مستلزمات العقد أن تلك المحددات تتعارض مع بعضها البعض، بل يعني تكاملها[١١]، وبهذا الخصوص يتوافق نص (م١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي مع نص (ف٢/م١٥٠) من القانون المدني العراقي، ولكنه مختلف عنه في ترتيب المسائل التي يسترشد بها القاضي لتكملة مضمون العقد[١٢]، فالنص الفرنسي وضع

---

[١] ينظر: د.محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة- مصر، ١٩٩٣، ٣٦٧/١. و د. محمد السيد احمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص٢١١.

[٢] ينظر، القرار رقم ٩١٨/مدنية ثالثة/١٩٧٥ في ١٩٧٦/٢/٣، مجموعة الاحكام العدلية، ع١، السنة ٧، ١٩٧٦، ص٢١. و ونص (م٥٧٣) و(ف٢/م٥٧٥) من القانون المدني العراقي.

[٣] ينظر، المواد (٥٥٠- ٥٦٨) من القانون المدني العراقي. والقرار رقم (١٣٨٩)/مدنية ثانية/٨٣-٨٤ في ١٩٨٤/٧/٧، مجموعة الاحكام العدلية، ع١-٤، ١٩٨٤، ص١٩.

[٤] ينظر، المواد (٧٥٠- ٧٦٣) من القانون المدني العراقي. والقرار رقم (٥٢٥/م٦/١٩٧٧) في ١٩٧٧/١١/١٧، مجموعة الاحكام العدلية، ع ٣و٤، السنة ٨، ١٩٧٧، ص٢٤.

[٥] ينظر، نص (ف٢/م١) من القانون المدني العراقي، والقرار رقم ٢٣٣٢ – ص-١٩٥٦ في ٣-٢-١٩٥٧، مجلة القضاء العراقية، ع ٣، السنة ١٥، ١٩٥٧، ص٤٠٦. و قرار رقم ٢٦٥/ب/١٩٤٧ في ٦-١٢-١٩٤٧، مجلة القضاء العراقية، ع ٣، السنة ٦، ١٩٤٨، ص٦٥. وينظر، د.عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، القاهرة، ١٩٦٥، ص١٣٠. و د. سمير إسماعيل، دور العرف في القانون، مجلة المحامين السورية، ع ٦، السنة ٤٧، ١٩٨٢، ص٦٠٨.

[٦] ينظر، د.عبد الحي عبد المجيد حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت – الكويت، ١٩٧٢، ٢١٧/١. ود.محمود السقا، اضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٩١، ص١٥٨. وجاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ٢٠٠٨، ص ص٢٥٨-٢٦٢. والقرار رقم ٩٧٢ ح/٦٧ في ٦٨/٤/٢٠، مجلة القضاء العراقية، ع ٤، السنة ٢٣، ص١٢٦. وينظر، د. محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، المجلة القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة الزقازيق، ع ٧، ١٩٩٥، ص١٨٩.

[٧] ينظر، سمير شيهاني، حمزة قتال، تكميل العقد بين الكشف عن إرادة المتعاقدين وإنشائه، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٠٧، ع ٠١/السنة ٢٠٢١، جامعة البويرة، الجزائر.

[٨] ينظر د. عبد الحي عبد المجيد حجازي، النظرية العامة للالتزام، مطبعة نهضة،القاهرة - مصر، ١٩٥٤، ١٤٠/٢. ود. محسن البيه، مصدر سابق، ص٢٧٠. وعلي فيلالي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ٢٠١٣، ص ص٣٩٠، ٣٩١.

[٩] نصت (ف١و٢/م١) من القانون المدني العراقي، على أنه: (١.تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها. ٢.فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذ لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

[١٠] الملاحظ أن هذه المادة قد جاءت بأحكام عامة، أي أنها تشمل جميع المسائل التي تعرض على القضاء ومن ضمنها العقود، بينما (ف٢/م١٥٠) قد ذكرت تلك الوسائل وربطا بينهم بالأداة (و)، وهذا يعني أن القاضي لا يلتزم بتسلسل تلك الوسائل، وإنما يلجأ إلى الوسيلة التي يراها ملائمة لطبيعة العقد من خلال استعمال سلطته التقديرية، أي أن القاضي حر في اختيار القانون أو العرف أو مبادئ العدالة كل على حدة أو الأخذ بها مجتمعة لتكملة ما شاب العقد من نقص حسب ملائمة الوسيلة لموضوع العقد، ووفقا لقاعدة الخاص يقيد العام نرى بأن القاضي لا يلتزم بما ورد من تسلسل في المادة الأولى وإنما يلتزم بأحكام (ف٢/م١٥٠)، لأن نص الفقرة قد تعلق بموضوع العقد خاصة، أما احكام المادة الأولى فمتعلق بكافة المسائل الواردة في القانون دون تعين لموضوع محدد، وهذا يخالف ما جاء به التعديل الفرنسي كما ذكرنا. أما (م٤)من القانون المدني الفرنسي فلا يكفي للإستناد إليها في الرجوع إلى قواعد العدالة، لأنها تقتصر على الزام القاضي الفصل في القضية المعروضة أمامه وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، ومن ثم لا تعتبر قواعد العدالة مصدرا عاما في النظام القانون المدني الفرنسي، بخلاف المشرع العراقي الذي جعل من قواعد العدالة مصدرا عاما يرجع القاضي إليها في كافة المسائل المدنية، ويتقيد القاضي عند تعلق المسألة بتكملة العقود بنص (ف٢/م١٥٠) من القانون المدني العراقي.

[١١] ينظر: فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقها وقضاء، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٨، ٣٠١/٣. وجمعة زمزم، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، ٢٠١٤، ص٣٦٩. ورياض أحمد عبد الغفور و شروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع ١٣، جامعة مولاي طاهر بسعيدة، الجزائر، ٢٠١٩، ص١٣

[١٢] ينظر، هادي عزيز علي، أحكام العقد، مكتب زاكي، بغداد، ٢٠٢١، ص٦٦٤. و عابد فايد عبد الفتاح، العدالة في القانون، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ع السادس والعشرون، ٢٠١٢، ص٣٧. و خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠١٢، ص٤٤. و سليمان مرقس، نظرية العقد، دار الكتب القانونية، شتات، القاهرة – مصر، ١٩٨٧، ٥٠٦/١.

العدالة والعرف أولا والقانون ثانيا، بينما وضع النص العراقي القانون اولا، ويختلف عنه أيضا في أن المشرع الفرنسي قيد سلطة القاضي التقديرية بين الأخذ بالعدالة والعرف مجتمعة وبين القانون، أي أن القاضي يلجأ إلى العدالة والعرف اولا، فإن لم يجد في الوسيليتين ما يكمل به مضمون العقد فإنه يلجأ إلى القانون.

الفرع الثاني

المعايير التي يستند إليها القاضي في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد

عندما يقوم القاضي بتكملة مضمون العقد من خلال الالتزامات التي يضيفه إليه، فإن هذه الالتزامات إما أن تكون امتدادا لإرادة الأطراف المتعاقدة ، وان عملية التكملة ما هي إلا كشف لهذه الإرادات بالوسائل والمحددات المقررة بالنصوص القانونية أي الإستناد إلى المعايير الشخصية وفقا لرأي في الفقه[١]، وهذا الرأي منتقد لانه لم يميز بين تفسير العقد واكماله، فالتفسير يستند الى الإرادة، لذلك يلجأ القاضي في عملية تكملة العقد الى معايير موضوعية وليس شخصية[٢]. لأنه لا توجد أي رابطة بين إرادة المتعاقدين والالتزامات التي يضيفها القاضي إلى مضمون العقد، لأن هذه الالتزامات تنبع من معايير موضوعية أجاز المشرع للقاضي الرجوع إليها في حالة قصور العقد عن تنظيم المسائل التي تعتبر من مستلزمات العقد[٣] وقد اعتبرت (ف١/م١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي و (ف٢/م١٥٠) من القانون المدني العراقي أن ما يكمل به مضمون العقد هي وسائل موضوعية لا شخصية، وذلك عندما قضت بان العقود لا تلزم فقط بما ورد فيها بل تشمل كذلك المستلزمات التي تقتضيها العدالة والعرف او القانون[٤]. ومستلزمات العقد معيار مرن ومتطور، يتأثر بظروف الزمان وإمكانيات المتعاقدين الاقتصادية والمعرفية، وطبيعة المحل الذي يرد عليه العقد، مثل، فرض التزامات على البائع لم تكن مفروضة عليه من قبل، كالالتزام بالسلامة او الالتزام بالإعلام، بوصفهما التزامات تقتضيها طبيعة عقد البيع في الوقت الحاضر[٥].

ونرى بأن القاضي يستند إلى المعايير الموضوعية لتكملة مضمون العقد، لأن القانون ألزمه باتباع تلك الوسائل دون اكتراث لإرادة المتعاقدين، وعندما يرجع القاضي إلى إرادة المتعاقدين أي الاستناد إلى المعيار الشخصي فإنه يقوم بعملية تفسير العقد وليس تكملته، كما نصت على ذلك (ف٢/م٨٦) من القانون المدني العراقي، لأن المتعاقدان قد تعرضا للمسائل التفصيلية ولكنهما لم يتفقا عليها فحدث خلاف بينهما بسبب عدم الاتفاق،أما عملية إكمال النقص في العقد فقد نصت عليها (ف٢/م١٥٠) من القانون المدني العراقي،لأن المتعاقدين لم يتعرضا أصلا إلى الإلتزامات التبعية، فيقوم القاضي بإضافة إلتزام يعد من مستلزمات العقد وفقا لطبيعة الإلتزام الأصلي والعرف والعدالة وأحكام القانون.

المطلب الثاني

تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد في الفقه الإسلامي ومعاييرها

تركت الشريعة الإسلامية المعاملات المدنية كالعقود والشروط المدرجة فيها وتكملتها بما يعد من مستلومات العقد للإجتهادات القضائية[٦]. فما هي محددات مستلزمات العقد في الفقه الإسلامي وما هو المعيار المتبع في تحديد تلك المستلزمات؟

الفرع الأول

تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد في الفقه الإسلامي

يتفق الفقه الإسلامي مع القانون إلى حد كبير في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد، فالقاضي ملزم باتباع الاحكام الشرعية من القرآن والسنة عند قيامه باستكمال ما نقص من مضمون العقد، فلا يلجأ إلى العرف أو الإجماع أو القياس عند وجود الأحكام الشرعية في القرآن أو في السنة النبوية الصحيحة، فإن لم يجد ما يكمل به مضمون العقد من تلك المصادر لجا إلى قواعد العدالة من خلال الاستناد إلى المصلحة والاستحسان وغيرها في عملية تكملة العقد، بعد أن يستشير العلماء والفقهاء[٧]، روى معاذ بن جبل (رضي الله عنه)، أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لما بعثه إلى اليمن، قال: كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله؟ قال: اجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله (صلى الله عليه وسلم) على صدر معاذ وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله[٨]. وهذا ما كان يفعله أبو بكر وعمر وبقية الصحابة (رضوان الله عليهم) والقضاة، فإن اتفقت آرائهم كان إجماعا، كإجماع الصحابة على إعطاء الجدة السدس ميراثا، وإعطاء الجد السدس عند عدم الأب ووجود الإبن....، وقد لعب الإجماع دورا مهما في تغيير الأحكام بحسب الزمان والعادات والأمكنة والأحوال في القضايا التي

---

(١) ينظر: د.غني حسون طه، مصدر سابق، ص٣٥٣. ود.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص٣٨٨. و د.حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣، ص٢٧٤. و
Henri et Léon ،Jean Mazeaud ،François chabas ،Leçons De droit civil ،8 édition ،paris 1991 ،p.319-320.

(٢) ينظر، د. علي فيصل علي الصديقي: مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية –دراسة مقارنة-، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2019، ص ص ٤٣، ٢١٩. وخالد عبد حسين الحديثي، مصدر سابق، ص٦٢. ورياض أحمد عبد الغفور، وأ.د. شروق عباس فاضل، مصدر سابق، ص١٥.

(٣)ينظر، د.عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢م، ص١١٠. وجاك غستان، مفاعيل العقد وآثاره، مصدر سابق ،ص ص٨٠-٨١ ، ود.حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص٢٠٤. و
Alex Weili ،François Terré ،droit civil ،paris ، les obligation,2021.p369..

(٤) ينظر: جاك غستان، مفاعيل العقد أو اثاره، مصدر سابق، ص ص٨٠- ٨١. و د.اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٩٦، ص٣٠٩.

(5) Alex Weili ،François Terré ،op.cit ،p..٣٦٩ , 370.

وينظر، هنري كابيتان، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الاحكام، مجلة القضاء العراقية، ع ٢، السنة ١٥، ١٩٥٧، ص٢١٥. ود. صلاح الدين الناهي، أهم القرارات والاجتهادات القضائية، مطبعة الحوادث– بغداد، ١٩٧٣، ٤/١.

(٦) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط٢، دار القلم، دمشق، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ٤٧/١ -٤٨.

(٧) ابن أبي الدم الحموي الشافعي: ادب القضاء، مجمع اللغة العربية، دمشق، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، ص٤٨. وعبد السلام التونجي، مؤسسة العدالة في الشريعة الإسلامية، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، ١٤٠٢هـ - ١٩٩٣م، ص٢٤.

(٨) رواه الترمذي، محمد بن عيسى،الجامع الصحيح، سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الحديث رقم ١٣٢٧.

لا نص عليها في الكتاب أو السنة، أو التي كان النص فيها مبهما أو قابلا للتأويل[١]. وإن اختلفوا أخذ الإمام أو القاضي بالرأي الراجح، وفي العصور التي تلت عصر الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين التزم القضاة بالحكم بأرجح الأقوال في مذهبهم، وأجاز الفقهاء للخليفة أن يعين للقاضي الحكم بقول معين فيتقيد القاضي به، من هنا أتت مشروعية تقنين الاحكام الشرعية في مواد مرتبة، وإلزام القاضي العمل بها في المحاكم، وخير مثال على ذلك مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران، وقوانين الأحوال الشخصية...[٢] فإن لم يجد القاضي دليلا في الإجماع ليكمل به مضمون العقد لجأ إلى المصدر الرابع وهو القياس[٣]، وجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على القول بالقياس[٤]. فالدليل على حجية القياس هو الإجماع أو النص[٥]. وإذا خالف حكم القاضي المصادر الأربعة السالفة الذكر، فإن حكمه ينقض لأن مستنده باطل بأن خالف دليلا سالما من المعارض الراجح من كتاب الله أو سنة نبوية أو الإجماع أو قياس جلي[٦]. والقياس دليل عقلي يثبت به المجتهد الحكم للواقعة التي لم يرد دليل على حكمها بعد مساواة الفرع لأصله في علة الحكم، فهو إلحاق أمر لا نص فيه ولا إجماع بآخر منصوص على حكمه أو مجمع عليه بسبب تساوي الأمرين في العلة، ويستطيع القاضي أن يلجأ إلى الاستحسان وهو العدول عن قياس وضحت علته إلى قياس خفيت علته، أو هو عدول المجتهد عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل رجَّح لديه هذا العدول، أي أن القاضي في الاستحسان يرى انه إذا طبق النص الوارد على عمومه، أو أجرى القياس الظاهر الذي يبدو للعقل أول الأمر في مسألة من المسائل أوقع ذلك في ضيق وحرج، أو فوت مصلحة راجحة أو أدى إلى مفسدة ظاهرة، عندها يعدل عن ذلك إلى حكم آخر لدليل شرعي آخر اقتضى هذا العدول، وهذا الدليل هو سند الاستحسان، مثل عقد الاستصناع والذي بموجبه يتعاقد شخص مع صانع على أن يصنع له شيئا (لباس، أثاث...)، فالمعقود عليه معدوم وقت العقد ولكنه أجيز استحسانا لجريان العرف والتعامل به من قبل الآخرين. وقد يراعي القاضي في حكمه المصالح المرسلة، وهو كل مصلحة غير مقيدة بنص من الشارع يدعو إلى اعتبارها أو عدم اعتبارها، ولكن يكون في اعتبارها جلب نفع أو دفع ضرر، مثل تضمين الصناع، رغم أن يدهم يد أمانة، ولكنهم وجدوا أنهم إن لم يضمن هؤلاء الصناع ما تحت أيديهم من الأمتعة لاستهانوا بها، ولم يقوموا بواجب المحافظة على ما تحت أيديهم من أموال الناس، فقالوا بالتضمين للمصلحة[٧].

ويسترشد القاضي أيضا بالعرف وبطبيعة التعامل كما هو الأمر في القانون، فقد وردت في مجلة الأحكام العدلية كثير من القواعد الكلية التي تلزم الأخذ بالعرف والعادة في تحديد مضمون العقد وتكملته، منها ما جاءت في (م٣٦) من المجلة، بانه: (العادة محكمة، يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تُجعل حكما لإثبات حكم شرعي)، وتعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت، فقيل في البيع، لو باع بدارهم أو دنانير، وكانا في بلد اختلف فيه النقود مع الإختلاف في المالية والرواج، انصرف البيع إلى الأغلب. وكذلك نصت (م٣٧) من المجلة على أنه: (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)، فلو استعان تاجر برجل في سوق لبيع متاعه، وطالبه الرجل بعد البيع باجرته، نظر إلى تعامل أهل السوق، فإن جرت العادة بان من يعمل مثل هذا العمل يؤجر، فله أجر مثله، وإلا فليس له أجر. وقد نصت (م٣٨) من المجلة أيضا على أنه: (الممتنع عادة كالممتنع حقيقة)، فلو ادعى رجل معروف بالفقر بمبالغ كبيرة على آخر وقال أنه أقرضها إياه، حال كون المدعي لم يرث ولم يصب مالا بوجه آخر، فلا تسمع دعواه، لأنها مما يمتنع عادة فهي كالممتنع حقيقة. فالأصل في تشريع المعاملات هو التعليل، لأن الأحكام الشرعية في المعاملات قاصدة للمصلحة وتدور معها حيثما دارت إذا كانت مصلحة يقرها الشرع ولا يلغيها، وإن المصلحة التي أمر الشارع بحفظها ورعايتها إذا تعارض العرف معها فهو عرف فاسد غير معتبر شرعا، وذلك من باب سد الذرائع، وما تعارف عليه الناس مما لم يرد فيه نص من الشارع يخالفه أو يعتبره وكان محققا لمصلحة دافعا لمفسدة فهو من قبيل المصلحة المرسلة، لأن العرف يرجع إليها غالبا استنادا إلى القاعدة الفقهية (المشقة تجلب التيسير)[٨]. أما عن طبيعة التعامل فتقتضي أن يلحق العين ما هو تابع لها، وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات، فنصت (م٤٧) من المجلة العدلية على قاعدة كلية، وهي: (التابع تابع، فإذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تابعا، ونصت (م٤٩) من المجلة على أنه: (من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته)، كمن يشتري قفلا، فيدخل فيه المفاتيح دون ذكر.

يسترشد القاضي كذلك بقواعد العدالة، لأن العدالة تنطوي على فكرة الإنصاف، فيجب أن يسترشد بقواعدها في كل ما يقرره في عملية إكمال مضمون العقد، لأن للعدالة أثر كبير في إلهام القاضي الصواب في حكمه بعد بذله النشاط الذهني التقديري المطلوب[٩].

---

(١) ينظر، بدران أبو العينين بدران، تأريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، ص٢٠٠ - ٢٠٣.

(٢) محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، ص ص٦٦-٦٧.

(٣) القياس هو: (إثبات حكم معلوم في معلوم آخرلاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت). ينظر، أبي الفتح أحمد بن برهان البغدادي، الوصول إلى الوصول،مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٣هـ ٢٠٩/٢. وأبي حامد الغزالي، شفاء العليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩٠هـ، ٨١/١.

(٤) ينظر، حسام الدين حسين بن علي الحجاج، الكافي شرح البردوي، مكتبة الرشد الرياض، ١٤٢٢، ١٦٤٦/٤. والقرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول في إختصار المحصول من الأصول، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٣هـ، ص٣٨٥. علاء الدين شمس النظر محمد بن أحمد السمرقندي، ميزان الأصول في نتائج العقول، مطابع الدوحة، قطر، ١٤٠٤هـ ص٥٥٥. والآمدي، علي بن محمد التغلي، الإحكام في أصول لأحكام، دار الصميعي للنشر والتوزيع، ١٤١٤هـ ٩/٤. والبغدادي، أبي يعلي محمد بن الحسين الفراء، العدة في أصول الفقه، الرياض، ١٤١٠هـ ٢٨٠/٤.

(٥) كقياس العبد الزاني على الأمة الزانية في تنصيف الجلدة وهي خمسون جلدة، والحكم بكراهية كل أنواع المعاملات وقت النداء لصلاة الجمعة بالقياس على كراهية البيع الذي نص عليه الشارع، لما في ذلك من الشغل عن الصلاة ..... ينظر، د.عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم العويد، التخصيص بالقياس دراسة أصولية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القصيم، المملكة العربية السعودية، دون سنة نشر، ص٦٠.

(٦) ينظر، د.محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠م، ص١٥١.

(٧) بدران أبو العينين بدران، مصدر سابق، ص ص٢٠٣، ٢٠٧، ٢١٢. و الشاطبي، أبي اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد، الاعتصام، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ٢٠٠٧، ٢/ ٩٥، ١١٠، ١١١، ١١٤، ٣٢٠، ٣٩٨.. والدكتور عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى عمان، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م، ص١٠٧.

(٨) ينظر، الدكتور السيد صالح عوض محمد النجار، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ص ص٦١٧-٦٢٤. ومصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ١٣٩٥هـ - ١٩٨٦، ص٢٦٤.

(٩) ينظر، الدكتور محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م، ص ص١٢٧- ١٢٨. وسيد قطب، العدالة الاجتماعية في الإسلام، دار الشروق، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ص ٦٣، ٦٤.

الفرع الثاني
معايير تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد في الفقه الإسلامي

دون الخوض في تفاصيل هذا الموضوع، فإنه بالإستناد إلى ما سبق ذكره في الفرع الأول من هذا المطلب يتبين لنا أن القاضي في الفقه الإسلامي عليه أن يتقيد بالمعايير الموضوعية في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد، لأن الفقه الإسلامي قد ألزم القاضي وبشدة باتباع أحكام القرآن أولا والسنة النبوية ثانيا، والإجماع ثالثا، والقياس رابعا... وهكذا، فلا يجوز له العدول عن الأحكام القطعية في القرآن والسنة النبوية بحجة تحقيق العدالة شأنه شأن سلطة القاضي في القانون، لأن في تطبيق تلك الأحكام تحقيق لمبدأ العدالة بسبب فرضها من قبل خالق الكون والإنسان، فالقاضي مقيد بتلك الأحكام، أما ما عداها فعليه اعتبار العدالة في مسألة تعرض عليه عند وجوب تحديد التزام ما لإضافته إلى العقد بهدف تكملته وتسهيل تنفيذ حكم العقد، ومفهوم العدالة في الفقه الإسلامي يختلف عن مفهومها في القانون، فبينما يقوم القاضي في القانون بتطبيق العدالة فإنه يحتكم إلى ضميره مع مراعاة العرف وأحكام القانون المتمثلة في القواعد الآمرة، أما القاضي في الفقه الإسلامي فإنه عليه اللجوء إلى المصادر التبعية عند عدم وجود حكم في المصادر الرئيسية، لأن في تطبيق تلك المصادر تحقيق لروح العدالة وغرض الشارع.

في الختام نستنتج ان مستلزمات العقد كإحدى محددات بجانب أحكام القانون وشروط العقد مضمون العقد المنظم في القانون المدني الفرنسي الجديد يقترب في محتواه أو يتشابه كثيرا بما هو عليه في الفقه الإسلامي، ويختلف عنه إلى حد ليس بكبير فيما يعد من مستلزمات العقد، فالقانون المدني الفرنسي والفقه الإسلامي متفقان في أن القاضي من خلال سلطته التقديرية عندما يقوم بإكمال النقص في العقد عليه أن يراعي في ذلك القواعد الآمرة أو الأحكام القطعية، والعرف ومبادئ العدالة، ولكن إضافة إلى ذلك على القاضي في الفقه الإسلامي مراعاة الإجماع والقياس كمصدرين بعد أحكام الشريعة، وقد بين الفقه الإسلامي ما يعتبر من مبادئ العدالة وهي المصادر التبعية (كالاستحسان والمصلحة وسد الذرائع) التي على القاضي اللجوء إليها عند عدم وجود نص معتبر في المصادر الأربعة الرئيسية، بينما لا يوجد في القانون مؤشرات محددة ترشد القاضي إلى ما هو من مبادئ العدالة، فضمير القاضي يحكم ويقرر ما يعتبر من مبادئ العدالة مراعيا في ذلك طبيعة الإلتزام، ورغم أننا نؤيد التعديل الوارد على مستلزمات العقد في القانون المدني الفرنسي، إلا أننا نرى بأفضلية الفقه الإسلامي في تنظيمه لمستلزمات العقد وما يعتبر من مبادئ العدالة، فنامل من المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع الفرنسي في تعديله لاحكام مستلزمات العقد متأثرا في ذلك بالفقه المالكي وخصوصا فيما يتعلق بمحددات مستلزمات العقد وترتيبها.

الاستنتاجات والتوصيات

أولا: الاستنتاجات

١- لم يعرف القانون والفقه الإسلامي مستلزمات العقد، وقد أحسنوا فعلا، لأن المصطلح ذو مفهوم مرن ومتغير.

٢- إن احكام (ف٢/م١٥٠) تتعلق بتكملة العقد بما يعد من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بما يتوافق مع طبيعة الإلتزام، فحكم القاضي في هذه الحالة منشئ لإلتزام تبعي لتنفيذ الإلتزام الأصلي لأن المتعاقدين لم يتعرضا له، بخلاف (ف٢/م٨٦) فإنها تتعلق بتفسير العقد.

٣- بخلاف المشرع العراقي لم يشترط المشرع الفرنسي أن تكون مستلزمات العقد موافقة لطبيعة الإلتزام، لأنه تحصيل حاصل، فلا جدوى من الإلتزام التبعي إذا لم يتوافق مع الإلتزام الأصلي.

٤- وسَّع المشرع العراقي من سلطة القاضي في اختيار وسيلة أو الوسائل مجتمعة في (ف٢/م١٥٠) بدليل وجود أداة الربط (و) بين تلك الوسائل لتكملة مضمون العقد بما يعد من مستلزماته، بينما استعمل المشرع الفرنسي في (م١١٩٨) أداة الربط (و) بين العدالة والعرف، وأداة (أو) بين العدالة والعرف مجتمعة وبين القانون، لتقيد من سلطة القاضي في إكمال العقد، وبهذا يقترب أكثر من الفقه الإسلامي.

٥- ميز الفقه الإسلامي بدقة بين حكم العقد (الأثر الأصلي) وبين حقوق العقد (الإلتزام التبعي)، وقد تأثر به المشرع الفرنسي في تعديله الجديد، فتفادى الخلط بينهما، بخلاف المشرع العراقي الذي وقع في خلط بين المسألتين كما هو جلي في (ف٢/م٦٩) حيث اعتبر نقل الملكية حقا شخصيا.

٦- بخلاف القانون، بين الفقه الإسلامي ما يعتبر من مبادئ العدالة وهي المصادر التبعية (كالاستحسان والمصلحة وسد الذرائع) التي على القاضي اللجوء إليها عند عدم وجود نص في المصادر الرئيسية.

٧- هنالك دلائل واقعية على تأثر المشرع الفرنسي بالفقه الإسلامي لدى تعديله لقانونه المدني، منها قيام الكثير من الفقهاء الفرنسيين بترجمة الكتب الفقهية إلى اللغة الفرنسية والإشارة إلى هذا الفقه كمصدر لتشريع الأحكام كما ذكرت ذلك في متن البحث.

ثانيا: التوصيات

نوصي المشرع العراقي:

١- أن يحذو حذو المشرع الفرنسي المتأثر بالفقه الإسلامي، وذلك بتعديل (ف٢/م١٥٠) بالشكل الآتي: (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون أو العرف او العدالة).

٢- أن يسلك اتجاه المشرع الفرنسي في تعديله لاحكام مستلزمات العقد متأثرا في ذلك بالفقه الإسلامي وخصوصا فيما يتعلق بمحددات مستلزمات العقد وترتيبها والتمييز بين حكم العقد وحقوقه.

قائمة المصادر

القرآن الكريم

أولا: الكتب

١- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، جامعة الكويت، ١٩٩٥.

٢- ابن أبي الدم الحموي الشافعي: ادب القضاء، مجمع اللغة العربية، دمشق، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.

٣- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني مع الشرح الكبير، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٤- أبي الفتح أحمد بن علي البغدادي، الوصول إلى الوصول، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٣هـ.

٥- أبي حامد الغزالي، شفاء العليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩٠هـ.

٦- أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١.
٧- اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٩٦.
٨- الآمدي، علي بن محمد التغلي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصميعي للنشر والتوزيع، ١٤١٤ه.
٩- بدران أبو العينين، تأريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
١٠- البغدادي، محمد بن الحسين الفراء، العدة في أصول الفقه، الرياض، ١٤١٠هـ.
١١- جاك غستان، المطول في القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
١٢- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ٢٠٠٨.
١٣- الجامع الصحيح، سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١٤- حسام الدين حسين بن علي الحجاج، الكافي شرح البردوي، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٢.
١٥-حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٩.
١٦- حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣.
١٧- خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠١٢.
١٨- سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.
١٩- سليمان مرقس، نظرية العقد، دار الكتب القانونية، شتات، القاهرة – مصر، ١٩٨٧.
٢٠- السيد صالح عوض محمد النجار، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٢١- سيد قطب، العدالة الاجتماعية في الإسلام، دار الشروق، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٢٢- الشاطبي، أبي اسحاق ابراهيم بن موسى، الاعتصام، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ٢٠٠٧.
٢٣- الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٢٤- صلاح الدين الناهي، أهم القرارات والاجتهادات القضائية، مطبعة الحوادث – بغداد، ١٩٧٣.
٢٥- عامر علي حسن ابو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دار الحامد، عمان – الأردن، ٢٠١٥.
٢٦- عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، الرياض، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٢٧- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت – الكويت، ١٩٧٢.
٢٨- عبد الحي عبد المجيد حجازي، النظرية العامة للالتزام، مطبعة نهضة، القاهرة - مصر، ١٩٥٤.
٢٩- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢م.
٣٠- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار القلم، بيروت- لبنان، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢.
٣١- عبد السلام التونجي، مؤسسة العدالة في الشريعة الإسلامية، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، ١٤٠٢هـ - ١٩٩٣م.
٣٢- عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى عمان، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
٣٣- عبد العزيز بن إبراهيم العويد، التخصيص بالقياس، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القصيم، المملكة العربية السعودية، دون سنة نشر.
٣٤- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.
٣٥-عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٨٥.
٣٦- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، القاهرة، ١٩٦٥.
٣٧- علاء الدين شمس النظر محمد بن أحمد السمرقندي، ميزان الأصول في نتائج العقول، مطابع الدوحة، قطر، ١٤٠٤هـ.
٣٨- علي فيصل علي الصديقي: مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٩.
٣٩- علي فيلالي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ٢٠١٣.
٤٠-علي مجيدة، النظرية العامة للالتزام، دار الثقافة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٤١-غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.
٤٢- فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقها وقضاء، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٨.
٤٣- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول في إختصار المحصول من الأصول، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٣هـ.
٤٤-مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٣.
٤٥-محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة- مصر، ١٩٩٣.
٤٦- محمد السيد احمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٤٧- محمد بن عبد الله المرزوقي، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠م.
٤٨-محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.
٤٩- محمد سلامة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٥٠- محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

٥١- محمود السقا، اضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٩١.
٥٢- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م.
٥٣- مصطفى الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، ٢٠٠٢.
٥٤- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط٢، دار القلم، دمشق، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٥٥- مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ١٣٩٥هـ - ١٩٨٦.
٥٦- هادي عزيز علي، أحكام العقد، مكتب زاكي، بغداد، ٢٠٢١.

ثانيا: الأطاريح والرسائل والبحوث

١- جمعة زمزم، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، ٢٠١٤.
٢- رياض أحمد عبد الغفور وشروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع ١٣، جامعة مولاي طاهر بسعيدة، الجزائر، ٢٠١٩.
٣- سمير إسماعيل، دور العرف في القانون، مجلة المحامين السورية، ع ٦، السنة ٤٧، ١٩٨٢.
٤- سمير شيهاني، حمزة قتال، تكميل العقد بين الكشف عن إرادة المتعاقدين وإنشائه، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٧، ع ٠١/السنة ٢٠٢١، جامعة البويرة، الجزائر.
٥- عابد فايد عبد الفتاح، العدالة في القانون، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ع ٢٦، ٢٠١٢.
٦- محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، المجلة القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة الزقازيق، ع ٧، ١٩٩٥.
٧- معاذ بن عبد العزيز المؤذن، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور – الجلفة، المغرب، ع ٩، أفريل ٢٠٢١.
٨- هنري كابيتان، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الاحكام، مجلة القضاء العراقية، ع ٢، السنة ١٥، ١٩٥٧.

ثالثا: المجلات

١- مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة مولاي طاهر بسعيدة، الجزائر، ع ١٣، ديسمبر ٢٠١٩.
٢- مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٠٧، ع ٠١/السنة ٢٠٢١، جامعة البويرة، الجزائر.
٣- المجلة القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة الزقازيق، ع ٧، ١٩٩٥.
٤- مجلة القضاء العراقية، ع ٢، ٣، السنة ١٥، ١٩٥٧.
٥- مجلة المحامين السورية، ع ٦، السنة ٤٧، ١٩٨٢.
٦- مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ع ٢٦، ٢٠١٢.
٧- مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور – الجلفة، المغرب، ع ٩، أفريل ٢٠٢١.

رابعا: القوانين والقرارات

١- حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية، ٩/كانون الثاني/١٩٩٠، النشرة المدنية V1، رقم٢.
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤١ لسنة ١٩٥١.
٣- القانون المدني الفرنسي المعدل ١٣١ - ٢٠١٦.
٤- قرار رقم ٢٦٥/ب/١٩٤٧، ١٩٤٧/١٢/٦، مجلة القضاء العراقية، ع ٣، السنة ٦، ١٩٤٨.
٥- قرار محكمة تمييز العراقية رقم ٢٣٣٢، ١٩٥٧/٢/٣، مجلة القضاء العراقية، ع ٣، السنة ١٥، ١٩٥٧.
٦- القرار رقم ٩٧٢ ح/٦٧، ٦٨/٤/٢٠، مجلة القضاء العراقية، ع ٤، السنة ٢٣.
٧- القرار رقم ٩١٨/مدنية ثالثة/١٩٧٥، ١٩٧٦/٢/٣، مجموعة الاحكام العدلية، ع١، السنة ٧، ١٩٧٦.
٨- القرار(٥٢٥/م/١٩٧٧/٦)، ١٩٧٧/١١/١٧، مجموعة الاحكام العدلية، ع ٣و٤، السنة ٨، ١٩٧٧.
٩- القرار (١٣٨٩)/مدنية ثانية/٨٣-٨٤ في ١٩٨٤/٧/٧، مجموعة الاحكام العدلية، ع١-٤، ١٩٨٤.

سادسا: المصادر الفرنسية

1- Alex Weili ،François Terré ،droit civil ،paris ، les obligation,2021.
2- Henri et Léon ،Jean Mazeaud ،François chabas ،Leçons De droit civil ،8 édition ،paris 1991.