الالتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانكليزي (دراسة مقارنة)

Implied contractual obligation and its source s in Iraqi and English law (comparative study)

ا.م.د. ماجد مجباس حسن

Dr.Majed Majbas Hassan

majid_hassan@uomisan.edu.iq

كلية القانون والسياسة- الجامعة العراقية

تاريخ قبول البحث ٢٠٢٤/١٠/٢٩

تاريخ نشر البحث ٢٠٢٤/١٢/٢٥

الملخص

مادام العقد قد نشأ صحيحا ملزما لا يبقى الا ان يلتزم المتعاقدان بتنفيذه طبقا لما اشتمل عليه جميعا، ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانونا مالم يخرج عن دائرة النظام العام والآداب، بيد ان جل ما يتبادر الى الذهن في هذا المقام هل يعد مضمون العقد هو فقط ما ظهرت به ارادة المتعاقدين، وضمنوه كبنود عقدية في صلب العقد ذاته، ام ان العقد قد يمتد الى بنود لم يتم التصريح عنها بمناسبة العقد، ولكن المسرى الطبيعي للأمور، ولأعمال الغايات التعاقدية المشروعة يقتضي ان تكون هناك التزامات تعاقدية لا يمكن ان تتحقق الفائدة المرجوة من العقد دون اعمالها، ولو سكت المتعاقدين عن ادراجها، وهذا الاقتضاء قد يحتمه القانون او العرف او العدالة او طبيعة الالتزام، وعليه فالالتزام العقدي الضمني هو التزام لم يعبر عنه صراحة، وانما يتم اعماله طبقا للقانون او العرف او العدالة او مما تقتضيه طبيعة الالتزام، وسيان كان ذلك في القانون العراقي او في الانكليزي.

الكلمات المفتاحية :(ضمني، مصادر، عقدي، الالتزام).

Abstract

As long as the contract has been created as valid and binding, all that remains is for the contracting parties to commit to implementing it in accordance with what it all includes, and the judge applies the contract as if he were applying a law unless it goes beyond the scope of public order and morals. However, the most that comes to mind in this regard is whether the content of the contract is only what the will of the contracting parties has shown, and they have included it as contractual clauses in the body of the contract itself, or whether the contract may extend to clauses that have not been stated on the occasion of the contract. However, the natural course of things, and the implementation of legitimate contractual purposes, requires that there be contractual obligations that cannot

fully achieve the desired benefit from the contract without implementing them, even if the contracting parties are silent about including them in the contract. This requirement may be imposed by law, custom, justice, or the nature of the obligation itself. Accordingly, the implied contractual obligation is an obligation that has not been explicitly expressed, but rather is implemented in accordance with the law itself, custom, justice, or what the nature of the obligation requires, regardless of whether that is in Iraqi or English law.

Keywords: (implicit, sources, contractual , Obligation).

مقدمة:

يتميز الالتزام العقدي الضمني عن غيره من الالتزامات بانه التزام لم يصرح به من قبل اطراف العقد، وانما يتم اعماله طبقا لمصادر متعددة حددها القانون من اجل اعطاء فاعلية للعقد، وتحقيق الطموحات التعاقدية المشروعة لأطرافه، ومن ثم البحث في الالتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانكليزي يقتضي ان نقدم له بمقدمة موجزة وفق المحاور الاتية:

اولا: اهمية البحث

تتلخص اهمية البحث فيما يقدمه من حلول عملية تضمنتها التشريعات محل الدراسة، لتوفير غطاء قانوني من اجل اعمال التزامات عقدية لم يصرح بها المتعاقدين، ولم تتضمنها وثيقتهم العقدية بشكل مباشر، ولان القول بأعمال التزامات لم تنص عليها ارادة المتعاقدين من شانه يثير المخاوف من امكانية ادراج مثل هكذا التزامات على خلاف الارادة التعاقدية، وهو ما قد يؤدي الى احلال ارادة القاضي محل ارادة اطراف العقد وهذا ما يمنعه القانون، وعليه بات من الضرورة بمكان البحث في ماهية الالتزامات العقدية الضمنية ومصادرها، خاصة اذا ما علمنا بعدم وجود دراسات علمية متخصصة بهذا الشأن، ومن ثم تتعاظم اهمية هذا البحث ليكون محاولة علمية تفتح الباب للبحث في الالتزامات العقدية الضمنية، والتنظير لها لتكون بعد ذلك مادة علمية يمكن الاستعانة بها من قبل القضاة، والمختصين في

البحث العلمي القانوني، كما تزيد اهمية البحث بوصفه دراسة مقارنة في القانون الانكليزي الذي ينتمي الى نظام قانوني مختلف عن القانون العراقي، ولكون الالتزامات العقدية الضمنية تمت معالجتها في القانون الانكليزي بطريقة مفصلة وصريحة اكثر منها في القانون العراقي.

ثانيا: اشكالية البحث

لا توجد مرحلة من مراحل العقد ايا كان نوعه تخلو من حكم القواعد العامة[١]، او تطويع هذه القواعد لتنطبق عليها ابتداء من مرحلة المفاوضات مرورا بالاثار وصولا الى مرحلة التنفيذ الذي يعد النهاية الطبيعية للالتزام العقدي، ومسألة التزام المتعاقدين بمضمون عقدهما وتنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، من المسائل التي شغلت مساحة واسعة من تفكير الفقه وانبرت لها التشريعات بالتنظيم الدقيق، الا انها لازالت تمثل التحد الاكبر الذي يواجه نظرية العقد برمتها، بسبب ما يصاحب هذه المرحلة من خطر الاخلال، فاينما وجد العقد وجدت معه احتمالية اخلال اطرافه بتنفيذ التزاماتهما العقدية سواء كانت هذه الالتزامات صريحة او ضمنية[٢]، والالتزامات العقدية الضمنية بموجب القواعد العامة هي الالتزامات التي تستشف من طبيعة الظروف المحيطة بالعقد وان لم يصرح بها من قبل اطرافه، ولكن مسالة اعمال هذه الالتزامات ليس بالامر الهين اليسير، فما هو تعريف الالتزامات العقدية الضمنية، وما هي المصادر التي ترد من خلالها، وهل تم تنظيمها في القانون العراقي كما هو الحال في القانون الانكليزي، سنعمد من خلال البحث على الاجابة عن هذه الاسئلة بشيء من التفصيل، والتي تمثل بمجملها القطب الذي تدور حوله اشكالية البحث.

---

١ – ينظر نص المادة (٧٦/ ١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٥١ التي نصت على انه (تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليه هذا الفصل).

٢ – ينظر مؤلفنا د. ماجد مجباس حسن: تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ط١، ص١٩.

ثالثا: اهداف البحث

يهدف البحث الى بيان ماهية الالتزام العقدي الضمني من خلال التعريف به سواء في القانون العراقي او في القانون الانكليزي، وبيان المصادر التي من خلالها يستطيع القاضي الكشف عن التزامات تعاقدية لم يصرح بها من قبل اطراف العلاقة التعاقدية، فضلا عن ان البحث يهدف الى بيان كيفية المعالجة التشريعية للالتزام العقدي الضمني في القانون المدني العراقي مقارنة بالقانون الانكليزي.

رابعا: هيكل البحث

وينبسط البحث اضافة الى المقدمة والخاتمة الى مطلبين وكما ياتي:

المطلب الاول: التعريف بالالتزام العقدي الضمني

الفرع الاول: التعريف بالالتزام العقدي الضمني في القانون العراقي.

الفرع الثاني: التعريف بالالتزام العقدي الضمني في القانون الانكليزي.

المطلب الثاني: مصادر الالتزام العقدي الضمني.

الفرع الاول: مصادر الالتزام العقدي الضمني في القانون العراقي.

الفرع الثاني: مصادر الالتزام العقدي الضمني في القانون الانكليزي.

خاتمة:

خامسا: منهج البحث

سنعتمد في البحث المنهج التحليلي المقارن منهجا لهذه الدراسة منتقلين بين الاستقراء والاستنباط في النصوص الناظمة لفكرة الالتزام العقدي الضمني في القانون المدني العراقي والقانون الانكليزي، وتوجهات

القضاء العراقي والقضاء الانكليزي بما لا يتجاوز القدر الضروري لتحقيق الترابط الموضوعي واستيفاء مقتضيات البحث العلمي في هذا الموضوع.

المطلب الاول

التعريف بالالتزام العقدي الضمني

سنبحث في فرعين مستقلين تعريف الالتزام العقدي الضمني في القانونين العراقي والانكليزي نخصص اولهما لتعريف الالتزام العقدي الضمني في القانون العراقي، ونفرد الثاني لتعريف الالتزام العقدي الضمني في القانون الانكليزي.

الفرع الاول

تعريف الالتزام العقدي الضمني في القانون العراقي

قبل ان نلج بتعريف الالتزام العقدي الضمني لابد من تفكيك مفرداته في خطوة اولى، ليتسنى لنا بعد ذلك ان نعرفه في خطوة ثانية، فالالتزام لغة مأخوذ من اللزوم المشتق من الفعل لزم، يقال لزم الشيء فالتزمه[١]، وهو بمعنى مصاحبة الشيء للشيء دائما[٢].

اما على مستوى الاصطلاح القانوني فيعرف الالتزام بانه رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بموجبها احدهما ويسمى المدين باداء مالي الى الاخر الذي يسمى الدائن[٣].

١ – ابن منظور : لسان العرب، ص٥٤١، احمد الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، ص٥٥٢.

٢ – احمد فارس، عبد السلام محمد هارون: مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩، ص٢٤٥.

٣ – د. احمد حشمت ابو ستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، ١٩٤٥، ص٢٢– ٢٣، د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص٢١.

وعرفه جانب من الفقه بانه (الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن عمل)[١]، والحق الشخصي هو الالتزام ذاته، اذا نظرت اليه من جهة الدائن سميته حقا، واذا نظرت اليه من جهة المدين سميته التزاما[٢]، ولا يفرق القانون المدني العراقي ما بين تعبير (الالتزام) ولفظ (الدين)، كما يؤدي بتعبير الدين ذات المعنى بتعبير الالتزام والحق الشخصي، والى ذلك اشارت المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (١- الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا او يقوم بعمل او يمتنع عن عمل.....٣- ويؤدي التعبير (الالتزام) وبلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي).

ولكل التزام لابد من وجود مصدر، ومصدر الالتزام هو السبب القانوني الذي انشأ الالتزام، والعقد هو مصدر الالتزام الاوسع والاكثر تطبيقا في الحياة العملية، فالعقد هو توافق ارادتين على انشاء التزام[٣]، كعقد البيع الذي يتفق بموجبه البائع والمشتري على انشاء التزامات تعاقدية منها ما هو من جانب البائع، كالالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، ومنها ما يكون من جانب المشتري، كالالتزام بدفع الثمن[٤].

وعليه فالالتزام العقدي هو ذلك الالتزام الذي مصدره العقد، وتعد الارادة العنصر الاساس في تحديد التزامات المتعاقدين، اذ لا يمكن ان يتجاوز العقد بمضمونه الالتزامات التعاقدية التي حددتها تلك

١ – د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٣، ٢٠٠٩، ص١٢٥.

٢ – د. حسن علي الذنون: النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦، ص٨.

٣ – ينظر نص المادة (٧٣) مدني عراقي التي نصت على انه (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)

٤ – د. عبد الرزاق السنهوري: مصدر سابق، ص١٣١.

الارادة، لا من حيث نوع الالتزامات، ولا من حيث مقدارها، وليس للعقد اثر سوى ذلك الذي حدده المتعاقدين واتجهت اردتهما اليه[١].

ويحدد مضمون العقد في ضوء الارادة الظاهرة، أي التعبير عن الارادة او ما استعمله المتعاقدان من عبارات عند ابرام العقد، فاذا اعسر على القاضي اعمال الارادة الظاهرة اتجه صوب الارادة الباطنة، أي ما قصده المتعاقدان من وراء الالفاظ المستعملة في التعاقد بعبارة اخرى يلجيء الى البحث عن نيتهما المشتركة[٢]، كما ان الارادة الباطنة في العقد لا تقتصر على الارادة الحقيقية الصريحة للمتعاقدين بل تشمل ايضا ارادتهما الضمنية او تلك الارادة المحتملة، والتي تعني ايجاد الحل بافتراض ما سيفعله المتعاقدان لو انهما توقعا المسألة منذ البداية[٣].

وتعرف الارادة الضمنية بانها الارادة المعبر عنها بوسيلة لا تدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود، ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود عن غيره من المعاني المحتملة، وعرف اخر الارادة الضمنية بانها الارادة المعبر عنها بتعبير غير متعارف بين الناس، ولكن ظروف العلاقة التعاقدية الخاصة بين الطرفين لا يمكن تفسيره الا بوصفه تعبيرا عن الارادة التعاقدية[٤].

وعرفت الارادة الضمنية كذلك على انها الارادة المعبر عنها بإفصاح غير مباشر او بوسيلة لا تتفق مع المألوف بين الناس[٥].

---

١ – د. حسين عبد القادر معروف، د. ماجد مجباس حسن: اثر العنصر النفسي في تنفيذ العقد دراسة مقارنة في القانونين العراقي والانكليزي، بحث منشور في المؤتمر العلمي الوطني الرابع لكلية القانون جامعة البصرة، عدد خاص بوقائع المؤتمر، ص١٩٩.

٢ – د. عبد المجيد الحكيم، أ. عبد الباقي البكري، أ.م. محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٤، ٢٠١٠، ص١٥٢.

٣ – د. جليل الساعدي: الارادة الباطنة في العقد، دراسة في القانون المدني العراقي، مكتب نور العين للطباعة، بغداد، ٢٠١١، ص١٢.

٤ – انظر في عرض التعاريف د. عباس العبودي، د. كاظم حمادي يوسف: النظرية العامة للارادة الضمنية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الخامس، ص١٠.

٥ – د. عبد المجيد الحكيم واخرون: المصدر السابق، ص٣٤.

ولكن السؤال الذي يتبادر الى الذهن في هذا المقام هل يقف القاضي عند تفسيره للعقد في حدود الارادة الظاهرة ام يتخطاها لأعمال الارادة الباطنة، اذا لم تختلف الارادة الباطنة عن الارادة الظاهرة، فسواء تم اعمال الاولى او الثانية لا فرق في ذلك مادامت الاثنتان متطابقتان، ولكن اذا اختلفا يتجاذب الامر نظريتان اولهما ما سارت عليه القوانين اللاتينية، وهي نظرية الارادة الباطنة للمتعاقدين، والتي تبحث عن الارادة فيما تنطوي عليه النفس، اما مظهر التعبير عن الارادة ليس الا قرينة تقبل اثبات العكس، فاذا قام الدليل على ان المظهر المادي لا يتفق مع الارادة النفسية، فالعبرة بالاخيرة لا بالاولى، واذا تعذر الوصول الى معرفة الارادة النفسية عن طريق الجزم، فما على المحكمة الا التعرف عليها عن طريق الافتراض.

اما نظرية الارادة الظاهرة التي تتبناها القوانين الجرمانية، والتي مؤداها ان الارادة لا يعتد بها في مظهرها النفسي، بل في مظهرها الاجتماعي، فالإرادة التي لم تظهر الى العالم الخارجي لا يمكن ان يكون لها اثرا في دائرة المعاملات القانونية على حد وصفهم، والارادة التي تنتج اثر قانونيا هي تلك الارادة التي اتخذت مظهرا اجتماعيا معينا بالتعبير عنها لا الارادة الكامنة في النفس[١].

اما القانون العراقي فقد اقتفى اثر الفقه الاسلامي، ولم ياخذ باحدى النظريتين دون الاخرى، وان كان الواضح انه في مسالة التفسير جعل الارادة الباطنة هي الراجحة على حساب الارادة الظاهرة التي ابقى عليها مرجوحة، اذ نصت المادة (١/١٥٥) على انه (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)، نلاحظ ان العبرة الاولى لدى التفسير هي المقاصد والمعاني، والتي تمثل الارادة الباطنة لا اللفاظ والمباني التي تمثل التعبير عن الارادة او الارادة الظاهرة، فمتى اختلفت الاخيرة مع الاولى كان لزاما على القاضي ان يذهب الى الغوص في نفس المتعاقدين لاعمال الارادة الباطنة (المقاصد والمعاني)، الا انه رغم الاولوية التي اعطاها المشرع للارادة الباطنة، لم يهمل الارادة الظاهرة (الالفاظ والمباني)، ونص عليها ولو مرجوحة كما اسلفنا.

١ – د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧، ص٦٥.

ونرى من جانبنا ان التعريفات السابقة جميعها اقرب لشرح الارادة التعاقدية بمجملها من حيث وجودها وعدم وجودها، وهي تناقش الارادة الضمنية في مرحلة ابرام العقد واعمال ارادة المتعاقدين غير المفصح عنها بالطريقة المألوفة بين الناس، وتناقش دور القاضي في التفسير طبقا لذلك من حيث وجود العقد و عدم وجوده تبعا لوجود الارادة او عدم وجودها، لذلك فان جميع التعريفات والشروح السالفة تدور في فلك الركن الاول للعقد ركن التراضي والمواد الناظمة لوجوده في قانوننا المدني[١]، في حين ان فكرة الالتزام العقدي الضمني بحسب التسلسل المنطقي لتنظيم العقد لا تظهر الا بمرحلة تنفيذ العقد، لذلك ورد تنظيمه في القانون المدني بمرحلة اثار العقد لا ابرامه[٢]، ودور القاضي عند اعمالها يتخطى مرحلة التفسير ليكون له دورا ايجابيا بتكميل الارادة التعاقدية وفقا للمصادر التي حددها القانون.

ويرى الدكتور السنهوري ان القاضي لا يقتصر على ما اتجهت اليه النية المشتركة للمتعاقدين بل يضيف الى ذلك ما يعد من مستلزمات العقد، وقد ذكر القانون على حد وصفه لا على سبيل الحصر اهم العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد هذه المستلزمات، وبعدها تحديد مضمون العقد او نطاقه، وهذه العوامل هي طبيعة الالتزام والقانون في احكامه التفسيرية والمكملة، والعرف، ويضاف اليها الشروط المألوفة في العقد والعدالة[٣].

واذا كان المتعاقد لا يلتزم الا بتلك الالتزامات التي وردت في العقد وذهبت ارادته صوبها، فان هذه الالتزامات ليست فقط المعبر عنها بطريقة صريحة بل تشمل كذلك الالتزامات الضمنية.

مما تقدم يمكن تعريف الالتزام العقدي الضمني بانه الالتزام الذي لم يعبر عنه صراحة في العقد، ولكن يمكن تحديده من خلال ظروف وملابسات العملية التعاقدية او من خلال القانون او العرف او

١ – تنظر من (٧٧ الى ٩٣) مدني عراقي.

٢ – ينظر نص المادة (١٥٠) مدني عراقي.

٣ – د. السنهوري: مصدر سابق، ص٦٩١.

العدالة او بحسب طبيعة الالتزام بما لا يخالف الارادة المشتركة للمتعاقدين ويحمي طموحاتهم العقدية المشروعة[١].

الفرع الثاني

تعريف الالتزام العقدي الضمني في القانون الانكليزي

اما على مستوى القانون الانكليزي، فعلى الرغم من ان يكون من الواضح ان عقدا صحيحا قد تم بين المتعاقدين، الا انه مع ذلك من الضروري تحديد نطاق الالتزامات التي انشائها، ولذلك لابد من رسم اطار العقد في حدوده ومداه، ويجب التحقق اولا من ماهية الشروط التي اوردها المتعاقدين صراحة في العقد، بيد ان محتويات العقد لا تقتصر بالضرورة على تلك التي تبدو بظاهره، لانه من الجائز ان تتم مفاوضات الطرفين على اساس العرف التجاري او المحلي الذي يفترض انهما قصدا ضمنا ان تكون احكامه شروط مكملة للعقد، ومجرد التركيز على ما عبر عنه الطرفان صراحة قد يؤدي الى التقليل من مدى التزاماتهما، وعلى ذلك يجوز قبول الدليل على العرف، وفضلا عن ذلك ان بعض الاثار الاضافية يمكن ان تترتب عن طريق القانون بالنسبة لبعض العقود الخاصة، والتي يجب اعمالها رغم جهل الطرفين بها، بل ان في بعض الحالات الخاصة قد تترتب الاثار على عكس ارادة الطرفين[٢].

Although it may be clear that a valid contract has been mad, it will still be necessary to determine the extent of the obligation that it creates. Its map must be drawn, its features delineated and its boundaries ascertained. It must first be discovered what terms the parties have expressly included in ir contract. Even when these have been established, it does not follow that they are all of equal importance. One undertaking may be regarded as of major importance, the breach of it entitling the injured party to end the contract, the of another, though

١ – ولعل في قانوننا المدني ما يعزز هذا التعريف، اذ ورد في المادة (٢/١٥٠) منه على انه (لا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

2- . see G.C. Cheshire, C.H.S. Fifoot, M. P. Furmston: The law of contract, London, 1972, p106.

demanding compensation may leave the contract intact. Rules of valuation have therefore to be elaborated. Moreover, the contents of the contract are not necessarily confined to those that appear on its face. The parties may have negotiated against a background of commercial or local usage whose implication they have tacitly assumed, and to concentrate solely upon their express language may be to minimize or to distort the extent of their liabilities Evidence of custom may thus have to be admitted. Additional consequences, moreover, may have been annexed by statute to particular contracts, which will operate despite the parties ignorance or even, in exceptional cases, contrary to their intention. Finally, the courts may read into a contract some further term which alone makes it effective and which the parties must be taken to have omitted by pure inadvertence. All these implications, customary, statutory or judicial, may be as important as the terms expressly adopted by the parties.

وان تقسيم بنود العقد الى صريحة وضمنية يعد من اعمدة قانون العقود الانكليزي، واذا كانت البنود الصريحة هي تلك البنود التي يضعها المتعاقدين في عقدهم صراحة سواء كتابة او لفظا لا تثير مشاكل في عملية التحقق من وجودها، فان القانون الانكليزي يقر نوعا اخر من البنود وفلسفتها ان المتعاقدون يعتبرون ان بندا من الوضوح بمكان بحيث لا يضمناه في العقد، وفي هذه الحالة يكون من الضرورة تقدير وجود هذا البند لاعطاء فاعلية لنويا المتعاقدين وطموحاتهم العقدية المشروعة[١].

واذا كان من القواعد الاساسية في القانون الانكليزي ان الطرفين احرار في وضع بنود عقدهما، وليس من وظيفة المحكمة ان تنشأ بندا للطرفين، الا ان هذا لا يمنع المحكمة ان تستشف بنودا ضمنية من عقد الطرفين استنادا لظروف كل قضية، وتستشف هذه البنود من اتفاق الطرفين او من سلوكهما او

١ – د. حاتم محمد عبد الرحيم: بنود عقد بيع البضائع، دراسة في القانون الانجليزي مقارنة بالقانون المصري، المجلة الدولية للفقه والقضاء، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد٢، ج٢، السنة٥٨، ٢٠١٦، ص٨٩٣– ٨٩٩.

طبيعة المعاملات السابقة، او قد يستشف البند الضمني من الغرض الذي ابرم العقد من اجله، او من اعطاء العقد اثرا فعالا، او من العرف، واخيرا قد يستشف البند الضمني من التشريع[١].

ويرى جانب من الفقه الانكليزي ان العقد العادي ليس عملا مستقلا عن غيره، بل هو واقع في مجرى التعامل في اطار بعض الروابط الاكثر عمومية، ويقوم العقد بشكل طبيعي على اساس العادات المألوفة لكل من يدخل في مفاوضات مماثلة، والذي يفترض ان تحكم صياغة الاتفاق المقصود، ومن ثم فانه فضلا عن الشروط المتفق عليها صراحة بين المتعاقدين، يمكن ان تكون هناك البعض من الشروط المكملة للعقد من جراء سياقه، والتي تعد كغيرها من الشروط قد تكون لها صفة الشروط الجوهرية او غير الجوهرية، وهذه الشروط المكملة او الضمنية يمكن ان تستمد من العادة او العرف او يمكن ان تستمد من القانون، ويمكن للقضاة استخلاصها كذلك، لكي تؤكد تعبير الطرفين والتحقق من النية المشتركة لهما[٢].

The normal contract is not an isolated act, but an incident in the contract of business or in the framework of some more general relation such as that of landlord and tenant. It will frequently be set against a background of usage, familiar to all who engage in similar negotiation and which may be supposed to govern the language of a particular agreement. In addition, therefore, to the terms which the parties have expressly adopted, there may be others imported into the contract form its context, and they, like their prototypes, may assume the character of condition or of warranties. These implications may be derived form custom or they may rest upon statute or they may be inferred by the judges to reinforce the language of the parties and realize their manifest intention.

١ – د. مجيد حميد العنبكي: مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانجليزي، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٩، ص٧١ وما بعده.

2– see G.C. Cheshire, C.H.S. Fifoot, M. P. Furmston, op, cit, p141.

ويعرف جانب اخر من الفقه البنود الضمنية للعقد على انه الشروط الضمنية هي تلك البنود التي يتم الاعلان عنها بان تكون جزء من العقد على الرغم من ان الاطراف لم يدرجوها بوعي، وتكون المحاكم مستعدة لادراج شرط في العقد اذا اقتنعت ان الاضافة ضرورية لجعل العقد يعكس النية الحقيقية للأطراف[١].

Ldedntification of implied terms in a contact, Implied terms are those that are declared to be part of the contract even though the parties have not consciously included them. The courts may be prepared to imply term into a contract if is satisfied that the addition is necessary to make the contract reflect the true intention of the parties.

وعليه فان الغالبية العظمى من الالتزامات يتم النص عليها صراحة في صلب العقد، ولكن قد يهمل او يغفل طرفا العقد عن ادراج بعض الالتزامات او قد لا يتمكنا من التبصر في الاحتمالات التي قد تنشأ نتيجة المجرى الطبيعي لسير تنفيذ التزامات العقد جميعها، وهنا يمكن افتراضها او ادراجها ضمنا لتعويض النقص الذي قد يشوب العقد نتيجة لتخلف هذه الالتزامات[٢]، ومن ثم فالبنود الضمنية في القانون الانكليزي هي تلك البنود التي لا يتم الاتفاق عليها صراحة او لا تأتي بشكل محدد، الا انها تفترض افتراضا في العقد[٣]. نلاحظ انه في القانون الانكليزي يتصور ان يكون الالتزام العقدي الضمني جوهريا او غير جوهري، في حين لا يصدق هذا على اتجاه المشرع العراقي، اذ اشترط تطابق الايجاب بالقبول تطابقا تاما من حيث الاصل، فنصت المادة (٨٥) من القانون المدني على انه (اذا وجب احد المتعاقدين يلزم الانعقاد للعقد قبول العاقد الاخر على الوجه المطابق للإيجاب)، ولكن هل يعني اشتراط التطابق هذا ان يتطابق القبول مع الايجاب تطابقا حتميا على الالتزامات التي تمثل مضمون العقد بمجملها، ام يمكن

1- . See Geoff Monahan, David Barker: Essential contract law, Cavendish publishing (Australia) pty Limited , London, p46.

٢ – د. مجيد العنبكي: مبادىء العقد في القانون الانكليزي، جامعة النهرين، ص١١٩.

٣ – د. يونس صلاح الدين علي: الوجيز في شرح قانون العقد الانكليزي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٢٤، ص٢٠٩.

اضافة التزامات ومسائل لم يتناولها المتعاقدين، لعل في المادة (٨٦) من القانون ذاته ما يجيب عن هذا التساؤل، اذ نصت على انه (١- يطابق القبول الايجاب اذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق بالكتابة. ٢- واذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعدالة).

نلاحظ ان المشرع العراقي قد ميز بشكل واضح ما بين المسائل الجوهرية والمسائل غير الجوهرية، وعلق تطابق الايجاب بالقبول على شرط الاتفاق على المسائل الجوهرية، وعد تخلف الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية سبب كافي لعدم التزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق كتابة، فالاتفاق الجزئي على المسائل الجوهرية التي تم التفاوض فيها لا يكفي لالزام الطرفين، والمفهوم المخالف لهذا انه لا يمكن الالزام الا في حالة الاتفاق الكامل على جميع المسائل الجوهرية التي تم التفاوض فيها، اما المسائل غير الجوهرية او المسائل التفصيلية فيمكن ان لا تذكر في العقد، ولا يعد تخلفها سببا لعدم انعقاد العقد، اللهم الا اذا اشترط المتعاقدان على انه لا يعد العقد منعقد في حالة عدم الاتفاق على هذه المسائل هنا يصار الى اعمال ارادة المتعاقدين ويعد العقد غير منعقد، وان كانت المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها هي لا تعدو ان تكون مسائل غير جوهرية ليس الا، وفي هذا اعلاء لشأن الارادة من قبل المشرع العراقي اكثر منه لدى المشرع الانكليزي، اذ عد الاخير الالتزامات العقدية الضمنية جوهرية دون التوقف على ارادة المتعاقدين، الا ان الاول قرر لها ان تكون جوهرية استثناء متى ذهبت ارادة المتعاقدين صوب ذلك.

مما تقدم نلاحظ ان البيئة الخصبة لوجود الالتزمات العقدية الضمنية في القانون العراقي هي المسائل غير الجوهرية والمسائل التفصيلية، لان المسائل الجوهرية اشترط القانون الاتفاق الكامل عليها،

وبين ان الاتفاق يكون على المسائل الجوهرية التي تم التفاوض فيها، وان مسالة التفاوض هذه تقضي بالضرورة ان الالتزامات الجوهرية قد تم التعبير عنها صراحة، ومن ثم لا يمكن تصور وجودها او تكميلها ضمنا لانها وردت في صلب التفاوض العقدي، ونص المادة (٢/٨٦) ذاته صرح بان المسائل التفصيلية هي تلك التي تقضي بها المحكمة طبقا لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة، والمادة (٢/١٥٠) الناظمة لاحكام الالتزامات العقدية الضمنية قررت انها تلك الالتزامات التي تقرر طبقا للعوامل ذاتها التي حددتها المادة (٢/٨٦) اعلاه، ومن ثم فالجمع بين النصين يؤدي بالضرورة الى ان الالتزامات العقدية الضمنية هي التزامات ليست جوهرية على عكس القانون الانكليزي الذي قرر ان الالتزامات العقدية الضمنية ممكن ان تكون جوهرية او غير جوهرية.

كما نلاحظ ان نظرية الالتزامات العقدية الضمنية قد وردت بشكل اكثر تنظيما في القانون الانكليزي منها في القانون العراقي الامر الذي انعكس على تعريفها وبقية احكامها، ولكن هذا لا يمنع من القول ان في القانون العراقي ما يكفي من النصوص التي يمكن الركون اليها من اجل ارساء مفاهيم نظرية الالتزام العقدي الضمني كالمادتين (٢/١٨٦) و (٢/١٥٠) من القانون المدني على سبيل المثال لا الحصر.

المطلب الثاني

مصادر الالتزامات العقدية الضمنية

الاصل يجب ان ينصب اتفاق المتعاقدين على جميع المسائل التي تمثل محتوى عقديهما، ليعرف كل منهما سلفا ما له من حقوق وما عليه من التزامات، بيد ان عدم الاتفاق على بعض الالتزامات لا يؤدي بالضرورة الى عدم اعمالها، وانما يصار الى اعمال هذه الالتزامات على انها التزامات ذهبت اليها ارادة المتعاقدين دون النص عليها صراحة، فمضمون العقد لا يقف عند تلك الالتزامات التي ضمنها المتعاقدان صراحة، وانما يمكن ان يتناول ما يعد من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، وبحسب

طبيعة الالتزام، وهذا ما معمول به في القانونين العراقي والانكليزي، وعليه فان الالتزامات العقدية الضمنية يمكن اعمالها وفقا للمصادر التي اجاز القانون ذاته ان تعمل من خلالها، وهذا ما سنبحثه في فرعين نخصص اولهما لمصادر الالتزامات العقدية الضمنية في القانون العراقي، ونفرد الثاني لمصادر الالتزامات العقدية الضمنية في القانون الانكليزي.

الفرع الاول

مصادر الالتزامات العقدية الضمنية في القانون العراقي

مما لا شك فيه انه لا يتصور وجود اشكال متى عبر المتعاقدان عن التزاماتهما العقدية جميعها تعبيرا صريحا، فتطابق قبول احدهما مع ايجاب الاخر حول تلك الالتزامات تطابقا حقيقيا، عندها يلتزم كل منهما بتنفيذ التزامه طبقا لما اشتمل عليه تعبيرهما الصريح هذا وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[١]، بيد ان المشكلة تثور عندما لا يشتمل تعبير المتعاقدان الصريح على الالتزامات العقدية جميعها، وتمسك احدهما بضرورة اعمال ما يعد من الالتزامات العقدية الضمنية، عندها تظهر اهمية قيام القاضي بتكميل العقد، وان مسالة اعمال الاخذ بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين لا يقف عند مرحلة ابرام العقد فحسب بل يتعداه الى مرحلة الاثار، فهل يكتفي القاضي باعمال الالتزامات التي تناولها المتعاقدين بالنص عليها صراحة ام يصار الى اعمال تلك التي لم يرد ذكرها في العقد.

نعتقد ومن خلال الجمع بين نصي المادتين (٢/٨٦ و٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي ان الالتزامات العقدية الضمنية يمكن ادراجها او تكميلها من خلال القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام، وان لم يدرجها المتعاقدين في صلب عقديهما، وهذا ما سنبينه في الاتي:

---

١ – ينظر قرار محكمة بداءة الاعظمية ذي العدد ٩٦١/ب/٢٠١٣ في ٢٣/ ١٢/ ٢٠١٣ الذي جاء فيه على انه (... حيث ان العقد شريعة المتعاقدين وانه اذا نفذ العقد اصبح لازما ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي.....) منشور لدى القاضي ربيع محمد الزهاوي: التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة، ج٣، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص٢٥٤.

اولا: الالتزام العقدي الضمني طبقا للقانون: قد لا يتفق طرفا العقد على بعض الالتزامات العقدية، ولا يتفقان ايضا على ان تخلف الاتفاق على هذه المسائل يؤدي الى عدم الانعقاد، لان الاتفاق الاخير يؤدي الى بطلان العقد اعمالا لنص المادة (٢/٨٦) عملا بإرادتهما الصريحة[١]، فيصار الى تكميل العقد باضافة هذه الالتزامات او افترضها، و اول مصدر لاضافة الالتزامات العقدية الضمنية هو القواعد القانونية المفسرة والمكملة لارادة المتعاقدين، لان عدم الاتفاق على هذه المسائل صراحة يراد به ضمنا ان المتعاقدين قد اتفقا على احالة امر هذه الالتزامات الى القواعد القانونية المكملة والمفسرة[٢]، من ذلك على العامل بموجب عقد العمل ان يخصص عمله لخدمة صاحب العمل[٣]، ومن ثم يلتزم العامل بما ورد في المادة (٩٠٩) من المسائل[٤]، ويلتزم الطرف الاخر بما ورد في المادة (٩١٣) من المسائل، وان لم تذكر هذه الالتزامات في العقد لان القانون عدها من مستلزمات عقد العمل[٥].

ومن ذلك ايضا في عقد البيع يلتزم البائع بتسليم جميع توابع المبيع والاشياء التي لا تقبل الانفكاك عنه وان لم تذكر في العقد، اذ تتدخل ارادة المشرع هنا لاكمال ارادة المتعاقدين، وهذا ما اشارت اليه المادة (٥٣٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (يدخل في المبيع من غير ذكر: أ- ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرا الى الغرض من الشراء، فاذا بيعت بقرة حلوب لاجل اللبن دخل تبيعها الرضيع. ب- توابع المبيع المستقرة، فاذا بيعت دار دخل البستان الواقع في

١ - منير القاضي: ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥١- ١٩٥٢، ص١٥٤.

٢ - منذر الفضل: الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، منشورات ئاراس، اربيل، ٢٠٠٦، ص٢١٢.

٣ - ينظر نص المادة (١/٩٠٠) من القانون المدني التي نصت على انه (عقد العمل يتعهد به احد طرفيه بان يخصص عمله لخدمة الطرف الاخر ويكون في ادائه تحت توجيهه وادارته مقابل اجر يتعهد به الطرف الاخر، ويكون العامل اجيرا خاصا).

٤ - اذ نصت المادة (٩٠٩) من القانون المدني على انه (١- يجب على العامل: ا- ان يؤدي العمل بنفسه ويبذل في تاديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد. ب- ان يراعي مقتضيات اللياقة والاداب. ج- ان ياتمر باوامر رب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه اذا لم يكن في هذه الاوامر ما يخالف العقد او القانون او الاداب، ولم يكن في اطاعتها ما يعرضه للخطر. د- ان يحرص على حفظ الاشياء المسلمة اليه لتادية عمله وهو امين عليها، فلا يضمن الا بتعديه. هـ- ان يحتفظ باسرار رب العمل الصناعية والتجارية، حتى بعد انقضاء العقد. ٢- والعامل مسؤول عن كل مخالفة لاحكام هذه المادة)

٥ - ينظر في التفصيل ذاته منير القاضي: مصدر سابق، ص٢٤٧.

حدودها والطرق الخاصة الموصلة الى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار، واذا بيعت عرصة دخلت الاشجار المغروسة على سبيل الاستقرار. ج- كل ما يجري العرف على انه من مشتملات المبيع)[١]، وعليه فان الالتزام بتسليم التوابع والاجزاء التي لا تقبل الانفكاك ما هي الا التزامات عقدية ضمنية حددت تحديدا تشريعا.

ثانيا: الالتزام العقدي الضمني طبقا للعرف: كذلك قد يتدخل العرف لإضافة التزامات على عاتق المتعاقدين لم تحدد تحديدا صريحا من قبلهما، وهذا معنى قاعدة (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)[٢]، فالعرف ينزل منزلة القانون في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري، وكما للعرف دور في تفسير العقد يكون له دور كبير في تحديد نطاقه، فتضاف الى العقد الشروط التي جرى العرف على ادراجها فيه، ذلك ان هناك عقودا اصبح من المألوف فيها ان تحتوي على عبارات معينة، لدرجة اصبح تكرار هذه العبارات غير ذي فائدة، واصبح لكل من المتعاقدين مطالبة المتعاقد الاخر بتنفيذ هذه الشروط وان لم تذكر في العقد، بوصفها اصبحت عرفا خاصا لهذا العقد، مثال ذلك ما جرت به العادة ان تضاف نسبة مئوية على فاتورة المطاعم والفنادق كأجرة خدمة[٣].

ولكن السؤال الذي يتبادر الى الذهن في هذا المقام من هي الجهة التي تحدد العرف الذي من شأنه ان يكون جزء لا يتجزء من العقد، وان لم ينص عليه صراحة من قبل المتعاقدين، ومن هي الجهة التي تقضي بمسؤولية متعاقد عن التزام عقدي لا ذكر له في العقد، للاجابة عن هذا التساؤل لابد من القول ان الجهة المختصة بتسفير العقد هي الجهة المعنية بتحديد نطاقه، ومن ثم فالمحكمة في حالة

---

١ – وفي عقد الايجار على المؤجر اصلاح وترميم ما حدث من خلل في الماجور ادى الى فوات المنفعة المقصودة منه، وان لم يذكر هذا الالتزام في العقد، المادة (١/٧٥٠) مدني.

٢ – اذ نصت المادة (١٦٣) على انه ١- المعروف عرفا كالمشروط شرطا، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص. ٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم. ٣- والممتنع عادة كالممتنع حقيقة)، ونصت المادة (١٦٤) على انه (١- العادة محكمة عامة كانت او خاصة. ٢- واستعمال الناس حجة يجب العمل بها)

٣ – د. السنهوري: مصدر سابق، ص٦٩٣- ٦٩٤.

النزاع على وجود العرف من عدمه هي من تنبري للحكم بشانه، ولكن سلطة المحكمة ليست مطلقة بتحديد وجود العرف من عدمه، بل يجب عليها ان تلتجئ الى ارباب الخبرة لتحديد ذلك، وهذا ما سار عليه قضاء محكمة تمييز العراق الاتحادية، اذ ورد في قرار لها على انه (ان اقرار المدعى عليه بانه تسلم المبلغ المدعى به عن قوة المزارعة هو اصطلاح محلي يصار فيه الى العرف بعد ان اختلف الطرفان في تفسيره ويجب تكليفهما بانتخاب خبير وعند عدم اتفاقهما تقوم المحكمة بانتخابه لبيان المعنى المراد من الاصطلاح المذكور)[١]

ثالثا: الالتزام العقدي الضمني طبقا لقواعد العدالة: ومن الامور التي يسترشد بها القاضي لتحديد نطاق العقد هي تلك التي تقتضيها العدالة، من ذلك ان البائع يلتزم بعدم التعرض للمشتري في العين المبيعة، والتاجر الذي يبيع متجره يلتزم بعدم منافسة مشتري المتجر بفتح متجر اخر وانتزاع عملائه منه[٢]، وهذه التزامات تقتضيها العدالة وان لم تذكر في العقد، وقد يورد القانون نصوصا صريحة بشأن بعض الالتزامات التعاقدية التي تقتضيها العدالة من ذلك المادة (٥٤٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (١- يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل اجنبي يدعي ان له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري. ٢- ويثبت ضمان التعرض وان لم ينص عليه في العقد)، وعليه فان ضمان التعرض من الالتزامات التعاقدية الضمنية التي تقتضيها العدالة، ويمكن الاحتجاج بها وتحريك مسؤولية المتعاقد الاخر، وان لم تذكر في العقد.

١ - ينظر قرار محكمة تمييز العراق ذي العدد: ١٧١٨/ حقوقية/٦٢ في ١٢/١٨/ ١٩٦٣ منشور لدى ابراهيم المشاهدي: المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، بلا سنة طبع، ص٣٣٣.

٢ - د. حسين عبد القادر معروف، د. ماجد مجباس حسن: مصدر سابق، ص٢١٥.

كما ان من العدالة ان يلتزم العامل الذي يطلع على الاسرار الصناعية في المعمل الذي يزاول عمله فيه بان لا يبوح بتلك الاسرار، وان لم يشترط عليه ذلك في العقد[١]، وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له الا يكتم عن شركة التامين الامراض الخطيرة الخفية، متى كان من شانها ان تؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة[٢]

رابعا: الالتزام العقدي الضمني طبقا لطبيعة الالتزام: وطبيعة الالتزام هي الاخرى تملي على القاضي ان يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة، فمن باع عينا يعتبر قد باع اضافة الى اصل العين ملحقاتها الضرورية، وما اعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقا لما تقرره طبيعة الاشياء، اذ ان طبيعة الالتزام في عقد البيع توجب ان يشمل العقد ملحقات العين المبيعة وان لم تذكر في العقد، فبيع السيارة يشمل اطاراتها ورخصتها وادواتها الاحتياطية المعدة للطوارئ، وبيع المتجر يشمل الاسم التجاري، والحق في اجارة المكان، وان لم تذكر في العقد[٣].

والى ذلك اشارت المادة (٥٣٧/أ) التي نصت على انه (يدخل في المبيع من غير ذكر: أ- ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرا الى الغرض من الشراء...)، ومن ثم يتغير الغرض من الشراء بحسب تغير طبيعة الالتزام، فالطرق الخاصة بالدار تدخل في البيع وان لم ينص عليها في العقد، اذ ان طبيعة اعداد الدار للسكن تقتضي لزاما ان تكون هناك طرق مؤديه اليها، كما ان الذي يشتري بقرة حلوب لاجل اللبن، لزاما يدخل رضيعها في عقد البيع وان لم يذكر ذلك في العقد.

---

١ – ينظر نص المادة (٩٠٩) مدني عراقي التي نصت على انه (١- يجب على العامل ...هـ- ان يحتفظ باسرار رب العمل الصناعية والتجارية، حتى بعد انقضاء العقد).

٢ – د. السنهوري: المصدر السابق، ص٦٩٤.

٣ – د. السنهوري: مصدر سابق، ص٦٩١، د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، نظرية العقد، ط٥، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩، ص٢٩١، د. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية، البيع- الايجار- المقاولة، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص٩٨.

ومن الجدير بالاشارة ان تحديد نطاق العقد يعد من مسائل القانون التي لمحكمة التمييز رقابة عليها، اذ ان كشف القاضي عن التزامات تعاقدية ضمنية طبقا للقانون او العرف او العدالة او طبيعة الالتزام يعد تحديدا لنطاق العقد، وهو يخضع في تحديده للنطاق هذا لرقابة محكمة التمييز، اذ تسطيع هذه المحكمة ان تعقب على حكمه، وان تؤاخذه ان انتقص من نطاق العقد او زاد فيه، فاذا طبق القاضي بعض شروط العقد دون بعضها، كان ذلك انتقاص لبنود العقد يوجب نقض الحكم[١]، كما يجوز للمحاكم العليا ان تقضي بنقض الحكم متى ادخل في نطاق العقد التزام لم تقض به نصوص القانون او العرف او العدالة او طبيعة الالتزام او اذا اهمل ان يدخل فيه التزام عقدي تقضي به العوامل المختلفة هذه[٢].

ونعتقد ان سلطة محكمة الموضوع باضافة التزام عقدي طبقا لاحدى المصادر سالفة الذكر ليست مطلقة، بل يجب ان يستند القاضي بتفسيرها الى نص القانون متى كان مصدر الالتزام العقدي الضمني القانون، والبحث في قواعد العدالة متى كان مصدره العدالة، والتعمق باختلاف طبيعة كل التزام وحسب اختلاف العقود متى كان مصدر الالتزام العقدي الضمني ورد طبقا لطبيعة الالتزام، وقد لا تكفي مجرد دراية القاضي وعلمه بتحديد واضافة بعض الالتزامات العقدية بل يجب عليه الركون الى اهل الخبرة بتحديده، فاذا كان الالتزام العقدي الضمني قد ورد طبقا للعرف، لا يمكن للقاضي ان يركن اليه ويضيف التزاما عقديا دون الرجوع الى اهل الخبرة بتحديد ذلك العرف من حيث معناه، و وجوده اصلا، وهذا ما سار عليه قضاء محكمة تمييز العراق الاتحادية[٣]، كما لا يمكن للقاضي ان يعمد الى اضافة التزام عقدي

---

١ – ينظر في المعنى ذاته د. السنهوري: مصدر سابق، ص٦٩٥.

٢ – د. سليمان مرقس: مصدر سابق، ص٢٩٢.

٣ – اذ ورد في قرارها سابق الذكر على انه (ان اقرار المدعى عليه بانه تسلم المبلغ المدعى به عن قوة المزارعة هو اصطلاح محلي يصار فيه الى العرف بعد ان اختلف الطرفان في تفسيره، ويجب تكليفهما بانتخاب خبير وعند عدم اتفاقهما تقوم المحكمة بانتخابه لبيان المعنى المراد من الاصطلاح المذكور)، ينظر قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية ذي العدد ١٧١٨/ حقوقية/ ٦٢ في ١٨/ ١٢/ ١٩٦٣ منشور لدى ابراهيم المشاهدي: مصدر سابق، ص٣٣٣، ومن ذلك قرار المحكمة ذاتها ذي العدد ٣٢٧٧/ حقوقية/ ٦٢ في ١٠/ ٤/ ١٩٦٣ الذي نص على انه (ليس للحاكم ان يغلب المعاني العرفية لتفسير عبارات العقد من تلقاء نفسه دون اللجوء الى اهل الخبرة من الوسط الذي يتداول العبارة التي يراد تعيين مدلولها العرفي)، المصدر ذاته، ص٣٣٣.

ضمني طبقا للقانون او العرف او العدالة او طبيعة الالتزام، متى كان الالتزام العقدي الضمني مخالفا لالتزام عقدي صريح، لان هذا يعد احلالا لإرادته محل ارادة المتعاقدين ومصادرة لها، وهذا ما لا يقره القانون، لان القاضي عندما ينبري الى اضافة التزام عقدي طبقا للعوامل سالفة الذكر انما يقوم بتكميل ارادة المتعاقدين وتفعيل طموحاتهم العقدية المشروعة لا مخالفة ارادتهم الصريحة، بوصف الاخيرة يطبقها القاضي كما يطبق القانون متى كانت لا تخرج عن دائرة النظام العام والاداب العامة، وهذا ما عبر عنه الدكتور السنهوري بالاتي:(ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانونا، لان العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين. بل هو ينسخ القانون فيما يخرج منه عن دائرة النظام العام والاداب، وقد رأينا ان الاحكام القانونية التي تخرج من هذه الدائرة ليست الا احكاما تكميلية او تفسيرية لارادة المتعاقدين، فاذا تولى المتعاقدان بارادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد، كان العقد هو القانون الذي يسري عليهما، وتوارى البديل امام الاصيل، وهذا هو معنى العقد شريعة المتعاقدين)[١].

وقد تسنى لمحكمة تمييز العراق الاتحادية ان ترسخ مبدأ عدم جواز اضافة التزام عقدي ضمني طبقا للعوامل اعلاه متى كان ذلك مخالفا لارادة المتعاقدين الصريحة في مناسبات عديدة من ذلك قرارها ذي العدد ١٠١٣/حقوقية/٦٨ في٦٨/١٠/٣ الذي قضى على انه (الاصل في تفسير عبارات العقد ان يؤخذ بالمعنى الحقيقي ولا يجوز الانحراف عنه الى غيره من المعاني الا اذا تأيد من ظروف الدعوى ما يدل على ان المتعاقدين اساءا استعمال هذا التعبير وقصدا معنى اخر فيجب حينئذ البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين).

وايا كان العامل الذي استند عليه القاضي باضافة التزام عقدي ضمني، فانه يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز، اذ يجوز للمحكمة العليا ان تنقض الحكم متى لاحظت ان القاضي لم يدخل في نطاق

١ – د. السنهوري: مصدر سابق، ص٦٩٨.

العقد ما تقضي به طبيعة الالتزام او نصوص القانون او العرف او العدالة، او اذا ادخل فيه ما لا يجوز ادخاله طبقا لاي من العوامل اعلاه[١].

الفرع الثاني

مصادر الالتزامات العقدية الضمنية في القانون الانكليزي

اضافة الى الشروط التي يتم الاتفاق عليها صراحة من قبل المتعاقدين، ممكن ان تكون هناك البعض من الشروط المكملة للعقد من جراء سياقه، وهي كغيرها من الشروط قد تاخذ صفة الشروط الجوهرية او الشروط غير الجوهرية، وهذه الشروط المكملة او الضمنية يجوز ان تكون طبقا للعادة او العرف او يمكن ان تستند الى القانون، ويمكن استخلاصها عن طريق القضاة، لكي تؤكد تعبير الطرفين والوصول الى نيتهما المشتركة[٢].

Ln addition, therefore, to the terms which the parties have expressly adopted, there may be others imported into the contract form its context, and they, like their prototypes, may assume the character of conditions or of warranties. These implications may derived from custom or they may rest upon statute or they may be inferred by judges to reinforce the language of the parties and realize their manifest intention وهذا ما سنبحثه في الفقرات الاتية:

اولا: الالتزام العقدي الضمني طبقا للعرف: يمكن الاستناد الى العرف لاستشفاف البند الضمني سواء كان ذلك العرف محلي او عرف خاص بتجارة معينة او حتى عرفا عاما، شرط ان يكون العرف معينا ومعقولا وشائعا، ولا يتعارض مع بند تشريعي او بند عقدي صريح، وقد تسنى للقضاء الانكليزي ان يرسخ مسألة اعتماد الالتزام العقدي الضمني طبقا للعرف في مناسبات عديدة من ذلك قضية Harley and Co V.

١ – د. سليمان مرقس: مصدر سابق، ص٢٩٢، وينظر بالمعنى ذاته د. السنهوري: مصدر سابق، ص٦٩٥.

٢ – see Cheshire, Fifoot, Furmston, op,cit, p141.

(1917) Nagata التي حكم بموجبها بان العرف يقضي بدفع عمولة الوسيط في حالة استئجار سفينة بموجب مشارطة زمنية، عند حصول مالكي السفينة على بدل ايجار السفينة لا عند توقيع المشارطة[١].

ويشترط وجود ادلة كافية لتقوم المحاكم بتفسير العقد في ضوء العرف[٢].

Provided that there is sufficient evidence to establish the custom the courts will be prepared to interpret the contract in the light of it.

ويرى جانب من الفقه الانكليزي على انه اذا كانت الشروط مستنبطة من العرف، فأن تضمينها في العقد يعد استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بضرورة ان تكون البنود المضمنة في العقد بنودا كان ينبغي على المتعاقدين ان يتوقعا بانها ستكون جزءا من عقدهم بحكم الواقع او بحكم المجرى الطبيعي للامور[٣]، وقد رسخت المحاكم الانكليزية شرط وجود الدليل على توافر العرف الذي يمكن ادراج الالتزام العقدي الضمني طبقا اليه في سابقة (Hutton V. Warren 1836)، اذ ثبت للمحكمة وجود العرف المحلي الذي يقضي بان على مستأجر الارض الزراعية ان يقوم بزراعتها بطريقة معينة تتناسب مع موقع تلك الارض، ومن حقه عند انهاء عقد الايجار ان يحصل على مبلغ من النقود كتعويض عادل عن البذور التي قام بزراعتها والجهد الذي بذله في العمل بزراعة الارض، وستقوم المحاكم بتخصيص بدل للبذور والعمالة، وان لم يكن هناك أي شي فعال في الايجار، ولكن المحكمة توصلت الى ايضاح البند الضمني من خلال العرف المحلي[٤].

---

١ – د. مجيد حميد العنبكي: مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٩، ص٧٢.

2– . See. Professor Richard Ston: The modern law of contract, Cavendish Publishing Limited, London, 2002, p206.

٣ – ينظر في عرض هذا د. يونس صلاح الدين علي: الوجيز في شرح قانون العقد الانكليزي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٢٤، ص٢١٣.

٤ – see professor, Richard stone, op, cit, p206. ، وانظر بالمعنى ذاته د. يونس صلاح الدين علي: المصدر السابق، ص٢١٣.

An early example is Hutton V Warrant, which has been discussed above, in connection with the parol evidence rule As will be remembered, a tenant clamed to entitled, on quitting his tenancy, to an allowance for seed and labour. There was nothing in the lease to this effct, but the court accepted that this was a well established local custom, and implied a term.

ويجب ان لا يخالف العرف الذي يستشف منه الالتزام العقدي الضمني بندا صريحا من بنود العقد، اذ ورد في سابقة Les Affreteurs Reunis Societe Anonyme V. Leopold Walford (1919) Ltd (London) ، اذ قررت المحكمة بان الوسيط يستحق العمولة عند توقيع العقد في حالة استئجار سفينة بموجب مشارطة زمنية، وذلك بسبب وجود بند عقدي صريح يخالف العرف، ومما ذكره اللورد Birkenhead في هذه القضية بانه (...ان رجال الاعمال يكونوا بالفعل على علم تام بالعرف الذي راوا انه من الصواب الاتفاق على خلافه، ولما كان يراد من العرف ان يكون مكملا للعقد بوصفه قانون الطرفين وليس القضاء عليه، لذلك يجب ان لا يكون العرف مخالفا للبنود الصريحة في العقد بل يجب ان يكون اداة خادمة لها اكثر من ان يكون عاملا من عوامل تحريفها وان يساعد على تحقيق الغرض من بنود العقد وفاعليتها)[١].

ولا يختلف القانون الانكليزي هنا عن القانون المدني العراقي فالمتتبع لنصوص هذا القانون يلاحظ انه لا يمكن للعرف ان يقرر التزاما عقديا ضمنيا خلاف الارادة الصريحة للمتعاقدين، اذ توحي صياغة المادة (١/١٥٠) بما لا يقبل الشك ان ينفذ العقد ابتداء طبقا لما اشتمل عليه، بمعنى طبقا لما قررته ارادة المتعاقدين من التزامات، والفقرة الثانية من المادة ذاتها وان قررت بان لا يقتصر العقد على التزام العقد بما ورد فيه، بل يتناول ما يقرره العرف وغيره من العوامل، ولكن شرط ان يكون الالتزام المقرر بموجب هذه العوامل من مستلزمات العقد أي مما يعطي للعقد اثرا فعالا دون مخالفة التزام عقدي صريح قد قررته ارادة المتعاقدين، كما ان المادة (١٦٣) التي نصت على انه (١- المعروف عرفا

١ – د. مجيد حميد العنبكي: مصدر سابق، ص٧٣.

كالمشروط شرطا والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص. ٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم. والممتنع عادة كالممتنع حقيقة)، هي وان قررت القيمة العالية للعرف بتكميل العقد، الا ان ذلك لا ينعي ان يعلوا ما هو محدد بالعرف على ما هو محدد بالشرط، فاستخدام المشرع ل (ك) التشبيه لدى صياغة النص لا تعني علو المشبه على المشبه به في حالة الاختلاف بل يبقى العرف هنا خادما لإرادة المتعاقدين ومكملا لها، ومما يعزز تحليلنا هذا ما ذهب اليه الدكتور الحكيم لدى تعليقه على النص اعلاه على انه (...ومعنى هذه القواعد ان ما جرى عليه الناس او التجار واصبحوا يراعونه من غير نص عليه فانه في نظر الشارع كالشرط المنصوص عليه صراحة، ويكون وجوده في المعقود عليه من لوازمه، الا اذا نص المتعاقدان صراحة على خلافة)[١].

ثانيا: الالتزام العقدي الضمني طبقا للتشريع: وان كانت صنعة القانون الانكليزي تعتمد بالاصل السوابق القضائية اساسا تشريعيا لها، الا ان هذا لم يمنع المشرع الانكليزي من تشريع بعض القوانين الخاصة المهمة، كتشريع بيع البضائع الانكليزي لسنة ١٩٧٩، وتشريع توريد البضائع والخدمات الانكليزي لسنة ١٩٨٢، وهذه التشريعات كما هو الحال في القانون المدني العراقي اوردت نصوصا نظمت الالتزامات العقدية الضمنية، بل كانت اكثر وضوحا من نصوص القانون العراقي بهذا الشأن، اذ ذكرت البنود الضمنية باسمها صراحة (Implied condition or implied term) ، من ذلك المادة (١/١٢) من قانون بيع البضائع الانكليزي التي نصت على انه (في أي عقد بيع بخلاف الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة ٣ من هذه المادة هناك بند ضمني على عاتق البائع انه في حالة بيع البضائع فانه يتمتع بالحق في بيع البضاعة، وفي حالة الاتفاق على البيع فانه سيتمتع بهذا الحق عندما يأتي وقت نقل الملكية).

(In a contract of sale, other than one to which sub- section (3) below applies, there is an implied contract on the part of the seller that in the case of a sale he

١ – د. عبد المجيد الحكيم: مصدر سابق، ص٣٨١.

has a right to sell the goods, and in the case of agreement to sell he will have such a right at the time when the property is to pass). كما نصت المادة (١/١٣) من القانون ذاته على انه (اذا كان هناك عقد بيع للبضائع بالوصف فأن هناك شرطا ضمنيا يقضي بمطابقة البضائع للوصف).

)where there is a contract for the sale of goods by description, there is an impliedcondition that the goods will correspond with the description).

وفي الشروط الضمنية بشأن نقل الحيازة نصت المادة (١/٧) من تشريع توريد البضائع وتقديم الخدمات لسنة ١٩٨٢ على انه (في العقد ذي الصلة بايجار البضائع يوجد شرط ضمني من جانب المودع يقضي بانه في حالة الايداع يكون له الحق في نقل حيازة البضائع عن طريق الايجار لفترة الايداع...)، ونصت الفقرة (٢) من المادة ذاتها على انه (في [العقد ذي الصلة بإيجار البضائع] يوجد أيضًا ضمان ضمني بأن المودع لديه سيتمتع بحيازة هادئة للبضائع لفترة الإيداع باستثناء ما قد يزعج الحيازة من قبل المالك أو أي شخص آخر يحق له الاستفادة من أي رسوم أو عبء تم الكشف عنه أو معرفته للمودع لديه قبل إبرام العقد).

1. In a [F relevant contract for the hire of goods] there is an implied condition on the part of the bailer that in the case of a bailment he has a right to transfer possession of the goods by way of hire for the period of the bailment).
2. In a [F[3]relevant contract for the hire of goods] there is also an implied warranty that the bailee will enjoy quiet possession of the goods for the period of the bailment except so far as the possession may be disturbed by the owner or other person entitled to the benefit of any charge or encumbrance disclosed or known to the bailee before the contract is made).

ثالثا: الالتزام العقدي الضمني طبقا لاحكام المحاكم: ان النهج العام للمحاكم هو انها مترددة في التلميح الى الشروط الضمنية، ومن المتوقع عمومًا أن يبذل الأطراف عناء تحديد أحكام اتفاقهم بالكامل. والعقد

الذي تكون فيه بعض الشروط ضمنية يوفر فرصًا كبيرة للنزاع بشكل واضح، وكانت المحاكم مترددة في إعطاء أي تشجيع للأطراف لمحاولة التهرب من الالتزامات التعاقدية على أساس بعض الشروط التي لم يتم ذكرها، ولكن يزعم الان أنها ذات أهمية كبيرة، ومع ذلك هناك مواقف معينة يتم فيها التغلب على هذا التلميح، ويتم التلميح الى الشروط الضمنية. وعندما تفعل المحاكم هذا، فإنها تخاطر بالقول إن جميع القضايا التعاقدية يمكن حلها من خلال تحديد ما يجب أن يتفق عليه الأطراف في وقت العقد، وإن النهج "العلائقي" من شأنه أن يعترف بأنه لا يمكن حل جميع القضايا بهذه الطريقة، وخاصة عندما يتطور العقد أو العلاقة التعاقدية بمرور الوقت، وهذا من شأنه أن يسمح بنهج أكثر مرونة لإدراج الشروط الضمنية في مواقف معينة[١].

Terms implied by the courts:

The general approach of the courts is that they are reluctant to imply terms. The parties are generally expected to take the trouble to set out the provisions of their agreement in full. A contract in which certain terms are implicit clearly gives great opportunities for dispute, and the courts have been reluctant to give any encouragement to parties to try to escape from contractual obligations on the basis of some term which was not stated, but which is now alleged to be of great significance. There are certain situations, however where this reluctance is overcome, and terms are implied. When the courts do this, they run the risk of suggesting that all contractual issues can be resolved by deciding what the parties must have agreed at the time of the contract that is, the myth o presentation', A 'relational' approach would recognise that not all issues can be solved in that way, in particular where a contract or a contractual relationship develops over time. This would allow a more flexible approach to the implication of terms to deal

[١] - see professor, Richard stone, op, cit, p206،

with particular situationولكن ما استقر عليه القضاء الانكليزي هو جواز افتراض البنود الضمنية متى توافرت شروطها، وقد تسنى لهذا القضاء ان يرسخ فكرة ادراج الالتزامات العقدية الضمنية في مناسبات عديدة من ذلك ما ورد في قضية (Samuels V. Davis 1943)، والتي تتلخص وقائعها في ان المدعي طبيب اسنان اتفق مع المدعى عليه ان يقوم بصنع اسنان اصطناعية لزوجة المدعى عليه، وبعد صنع الاسنان وتركيبها رفض المدعى عليه الدفع على ان الاسنان غير ملائمة لدرجة لم تسطع زوجته استعمالها، وثار الجدل فيما اذا كان العقد المذكور عقد بيع لشيء او عقد عمل وتوريد مواد، الا ان محكمة الاستئناف قضت ان في ظروف هذه الدعوى الفصل في هذه المسألة غير منتج، لان العقد اذا كان عقد بيع تنطبق عليه احكام البيع، واذا كان عقد عمل وتوريد مواد، عندها وقائع الدعوى تضيف للعقد قياسا على ما هو مقرر في احكام قانون بيع البضائع شرطا مفاده انه يجب ان تكون الاسنان صالحة بشكل مقبول للغرض الذي اعدت من اجله[١].

Thus in Samuels v. Davis (the plaintiff was a dentist who agreed with the defendant to make a set of teeth for the defendants wife. The teeth were made and delivered, but the defendant refused to pay for them on the groud that they were so unsatisfactory that his wife could use them. The was controversy as to whether the contract was for the sale of goods or for work and materials, but the court of Appeal held that, in circumstances of the case, the question was irrelevant. If it form, the provisions of the sale of goods act applied, if the laater, they would import into contract, on the analogy of the Act, a term that the teeth should be reasonably fit for their purpose.

ومن الجدير بالاشارة ان البعض من الكتاب[٢] يدرج عوامل اخرى تستشف الالتزامات العقدية الضمنية من خلالها في القانون الانكليزي، مثل استشفاف الالتزام الضمني من قصد الطرفين او سلوكهما او طبيعة المعاملات السابقة بينهما، او استشفاف الالتزام الضمني من خلال اعطاء العقد اثرا

1 - See Gheshire and others.op. cit. p161.

2 - see professor Richard stone. Op.cit. p207- 208. د. مجيد حميد العنبكي: مصدر سابق، ص٧١ وما بعده،

فعالا، في حين نعتقد من جانبنا ان هذه العوامل لا تخرج من العوامل الرئيسية سالفة الذكر (العرف او التشريع او احكام المحاكم)، كما ان بعض العوامل التي اشار اليها هؤلاء الكتاب هي لا تعدو ان تكون شروط للالتزام العقدي الضمني، وليست مصادر يستشف منها هذا الالتزام، وفي جميع الاحوال للمحكمة سلطة تحديد الالتزامات العقدية الضمنية وفق المصادر المحددة قانونا.

بيد ان سلطة المحكمة في اضافة الالتزامات العقدية الضمنية ليست مطلقة بل يشترط في هذه الالتزامات ان تكون معقولة ومنصفة، وان تكون ضرورية لاعطاء العقد اثرا فعالا، وان تكون واضحة، وان لا يتعارض الالتزام الضمني مع أي التزام عقدي صريح[١]، وفي السياق ذاته يرى القاضي (Scrutton) بانه (لا يجوز ان يفترض وجود شرط ضمني الا اذا كان ضروريا لاعتبارات اعطاء فعالية للعقد)[٢].

If term can only be implied said Scrutton L.J, in 1918(if it is necessary in the business sense to give efficacy to the contract).

خاتمة:

بعد ان وصلنا الى نهاية المطاف في بحثنا (الالتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانكليزي) لابد لنا من ان نسطر اهم النتائج التي تمخضت عنه والتوصيات التي نعتقد بضرورتها، وذلك كما يأتي:

[1] - Andrew Robertson and Jennie Paterson: contract cases and Materials, Thomson Reuters, Australia, 2020, p441 مشار اليه لدى زينب عبد الكاظم حسن: التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢٤، ص١٩.

[2] - see Gheshire and others.op. cit. p163.

اولا: النتائج

١-تبين لنا من خلال البحث ان الالتزام العقدي الضمني هو ذلك الالتزام الذي لم يحدد من قبل المتعاقدين، وانما يتم تحديده تكميلا لارادتهما، ولاعطاء العقد فاعلية تحقيقا للطموحات العقدية المشروعة المبتغاة من العقد قدر الامكان.

٢- ورد الالتزام العقدي الضمني في القانون الانكليزي اكثر تنظيما، و وضوح منه في القانون العراقي، كما الالتزام العقدي الضمني في القانون الانكليزي قد يكون جوهريا وقد يكون ثانويا او تكميليا، في حين انه في القانون العراقي يجب ان يكون ثانويا او تكميليا بالضرورة، مما يعني اتساع الالتزامات العقدية الضمنية واتساع اثارها في القانون الانكليزي اكثر منها في القانون العراقي.

٣- للقاضي سلطة تكميل العقد باضافة التزام او اكثر من الالتزامات الضمنية، الا ان هذه السلطة ليست مطلقة، وانما يجب ان تستند الى احدى المصادر التي اجاز المشرع من خلالها اضافة هذه الالتزامات، ومصادر الالتزام العقدي الضمني هي القانون والعرف والعدالة واحكام المحاكم وطبيعة الالتزام ذاته، وسواء كان ذلك في القانون العراقي ام في القانون الانكليزي مع الاختلاف ببعض التفاصيل.

ثانيا: المقترحات

١-نقترح النص صراحة على الالتزامات العقدية الضمنية في قانوننا المدني سواء على مستوى القواعد العامة في نظرية العقد، او على مستوى النصوص الواردة في العقود المسماة كما هو الحال في القانون الانكليزي.

٢- ان مسألة اعمال الطموحات العقدية المشروعة للمتعاقدين على اتمها، وتحقيق الفاعلية المرجوة من العقد تقتضي ان لا تقف الالتزامات العقدية الضمنية عند الالتزامات الثانوية، وانما يجب ان يكون

بعضها جوهريا كما هو الحال في القانون الانكليزي، خاصة ان مسألة جوهرية وعدم جوهرية الالتزامات الضمنية في القانون العراقي هي ليست من النظام العام، اذ اجاز القانون للمتعاقدين ان يجعلا بإرادتهما التزاما ثانويا بمصاف الالتزام الجوهري من حيث الاثر، ليترتب على تخلفه عدم انعقاد العقد كما الامر بالنسبة لتخلف الالتزام العقدي الجوهري، والى ذلك اشارت المادة (٢/٨٦) مدني عراقي، ولا خوف من اتساع نطاق هذه الالتزامات لازالت سلطة المحكمة بادراجها خاضعة لرقابة محكمة التمييز.

٣- نقترح تعديل المادة (٢/١٥٠) ليجري نصها بالشكل الاتي: (ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه صراحة، ولكن يتناول ايضا الالتزامات الضمنية التي تعد من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

المصادر:

اولا: مراجع اللغة

١- ابن منظور : لسان العرب، ص٥٤١، احمد الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.

٢- احمد فارس، عبد السلام محمد هارون: مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩.

ثانيا: المصادر القانونية العربية.

٣- احمد الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.

ثانيا: المراجع القانونية

١- د. احمد حشمت ابو ستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، ١٩٤٥،

٢- د. حسن علي الذنون: النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦.

٣- د. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية، البيع- الايجار- المقاولة، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.

٤- د. جليل الساعدي: الارادة الباطنة في العقد، دراسة في القانون المدني العراقي والقانون الانكليزي، مكتب نور العين للطباعة، بغداد، ٢٠١١.

٥- د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، نظرية العقد، ط٥، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩.

٦- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٣، ٢٠٠٩.

٧- د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

٨- د. عبد المجيد الحكيم، أ. عبد الباقي البكري، أ.م. محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٤، ٢٠١٠.

٩- د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧.

١٠- د. ماجد مجباس حسن: تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ط١، ٢٠٢١.

١١- د. مجيد العنبكي: مبادىء العقد في القانون الانكليزي، جامعة النهرين، ص١١٩.

١٢- منير القاضي: ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥١- ١٩٥٢.

١٣- منذر الفضل: الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، منشورات ئاراس، اربيل، ٢٠٠٦.

١٤- د. يونس صلاح الدين علي: الوجيز في شرح قانون العقد الانكليزي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٢٤، ص٢٠٩.

ثالثا: الرسائل والبحوث

١- د. حاتم محمد عبد الرحيم: بنود عقد بيع البضائع، دراسة في القانون الانجليزي مقارنة بالقانون المصري، المجلة الدولية للفقه والقضاء، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد٢، ج٢، السنة٥٨، ٢٠١٦، ص٨٩٣- ٨٩٩.

٢-د. حسين عبد القادر معروف، د. ماجد مجباس حسن: اثر العنصر النفسي في تنفيذ العقد دراسة مقارنة في القانونين العراقي والانكليزي، بحث منشور في المؤتمر العلمي الوطني الرابع لكلية القانون جامعة البصرة، عدد خاص بوقائع المؤتمر، ص١٩٩.

٤- زينب عبد الكاظم حسن: التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢٤، ص١٩.

٥- د. عباس العبودي، د. كاظم حمادي يوسف: النظرية العامة للارادة الضمنية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الخامس، ٢٠١٩.

٦- د. مجيد حميد العنبكي: مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانجليزي، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٩.

رابعا: مصادر القرارت القضائية

١- ابراهيم المشاهدي: المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، بلا سنة طبع.

٢- ربيع محمد الزهاوي: التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة، ج٣، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.

خامسا: المصادر الانكليزية

1- G.C. Cheshire, C.H.S. Fifoot, M. P. Furmston: The law of contract, London, 1972, p106.

2- Geoff Monahan, David Barker: Essential contract law, Cavendish publishing (Australia) pty Limited , London.

3-Professor Richard Ston: The modern law of contract, Cavendish Publishing Limited, London, 2002, p206.

4-Andrew Robertson and Jennie Paterson: contract cases and Mater Thomson Reuters, Australia, 2020.

5- Professor Richard Ston: The modern law of contract, Cavendish Publishing Limited, London, 2002.

القوانين:

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢- قانون بيع البضائع الانكليزي لسنة ١٩٧٩.
٣- قانون توريد البضائع والخدمات الانكليزي لسنة١٩٨٢.