مجلة الباحث العربي
Arab Researcher Journal
ISSN: 2709 – 0647/DOI: 10.57072
المشاع الإبداعي: CC BY 4.0 License
مجلد 5 عدد 2 (2024)

البُعد الأخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية (الالتزام التعاقدي أنموذجاً)

The Ethical Dimension of The Legal Base in Arab Legislation (Contractual Obligation as a Model)

القاضي عوّاد حسين ياسين العبيدي، نائب رئيس محكمة استئناف كركوك الإتحادية – جمهورية العراق
Judge Awwad Hussein Yassin Al-Obaidi, Vice-President of the Kirkuk Federal Court of Appeal - Republic of Iraq
http://doi.org/10.57072/ar.v5i2.130

نشرت في 2024/05/20

المستخلص:

من خصائص الفعل الاخلاقي إنه يعتمد على: (النية) أو ما سميه (كانط) بالإرادة الخيرة يظل الفعل أخلاقياً ما دام صدر عن (نية طيبة أو خيرة) حتى إذا لم تتحقق الغاية المرجوة منه، فلا يشترط في الفعل الأخلاقي، بعد النية الطيبة سوى اتخاذ الخطوات اللازمة لتحقيق هذه النية وإظهارها إلى عالم النور[1].

فإذا ما بذلت هذه الإرادة الخيرة جهدها، وفشلت في تحقيق الغاية التي استهدفتها، فإنها تظل مع ذلك صاحبة سلوك أخلاقي فاضل، ومعنى ذلك أن القاعدة الأخلاقية تهتم بحالة الشخص الداخلية وتقرر أعماله على ضوء هذه الحالة، فالعمل الأخلاقي كالتبرع مثلاً يكون متفقاً مع مقتضى الأخلاق إن كان بنية المساعدة، ويتنافى مع مقتضى الأخلاق إن كان بنية الرياء والتباهي.

وبناءً على ما تقدم فإن للقواعد الأخلاقية منزلة عظمى في قانون العقد ومن ثم يمكن الارتكاز على المبادئ الأخلاقية في صياغة قواعد قانونية ثابتة لها صفة.

الكلمات المفتاحية: البُعد الأخلاقي، التشريعات العربية.

Abstract:

One of the characteristics of ethical action is that it relies on (intention), or what Kant referred to as the "good will." An action remains ethical as long as it originates from a (good or virtuous intention), even if the desired goal is not achieved. In ethical actions, what matters beyond the good intention is taking the necessary steps to realize that intention and bring it into the light[1].

If this good will make a sincere effort but fails to achieve its intended goal, it still maintains its ethical character. This means that ethical

[1] ينظر: إمام عبد الفتاح إمام، الأخلاق والسياسة دراسة في فلسفة الحكم، بدون طبعة، الهيئة المصرية للكتاب، القارة، 2010، ص74.

[1] See the book: Ethics and Politics, a study in the philosophy of government by: Imam Abdel Fattah Imam / Egyptian Book Authority 2010, page 74.

استلم البحث في 2023/08/22 قبل للنشر في 2023/11/29

principles concern the internal state of an individual and determine their actions based on this state. Ethical actions, such as charitable giving, align with ethical standards when the intention is to help, but contradict them when the intention is self-promotion and ostentation.

Based on the foregoing, ethical principles hold significant importance in contract law, and therefore, it is possible to draw upon ethical principles in formulating solid legal rules.

Keywords: Ethical Dimension, Arab Legislation.

المقدمة:

الأخلاق في أمة معينة هي مجموعة من القواعد التي تساهم في تكون أفكار الناس في الحث على الخير ونبذ الشر، فهي تكون المعيار للمثل العليا والموجه لسلوك الأفراد في تعاملهم وفي معاملاتهم، فالأخلاق وليدة تراكم من الإرث في المعتقدات والتقاليد والعادات المتأصلة في النفوس والتي يجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها وفقاً لوازع ادبي يحكم تصرفاتهم ويسود علاقاتهم الاجتماعية وهذه القواعد الأخلاقية هي الدافع للإنسان نحو السمو الأخلاقي والكمال.

تحتل القواعد الأخلاقية موقع مهم في قانون العقد ويظهر دورها في وجوب الوفاء بالعقود، ومنع التعسف في استعمال الحق، وفي الحدّ من مبدأ سلطان الإرادة، وحماية المتعاقد الضعيف والمستغل من المتعاقد الآخر والتسامي في العقد عن سوء النية والاضرار بالمتعاقد أو الغير الحسن النية مما يتوجب الارتكاز على المبادئ الأخلاقية في صياغة قواعد قانونية ثابتة وخضوع هذه القواعد لصفة الالزام واقترانها بجزاء يفرض على الطرف المخل بالتزامه.

وبناءً على هذه المعطيات آثرنا الكتابة في هذا الموضوع الهام في بحثنا الموسوم ((البعد الأخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية الالتزام التعاقدي أنموذجاً)) مما يتوجب بيان أهمية الدراسة ومشكلتها وفرضيتها ومنهجيتها وأخيراً هيكلية الدراسة (خطة البحث) وهذا ما سنتناوله تباعاً:

أولاً: أهمية الدراسة:

لا ينكر دور القاعدة الأخلاقية في تنظيم حياة الناس، فالأخلاق هي قواعد سلوك وجدت قبل أن تتبلور إلى قواعد قانونية تقترن بصفة الالزام والاجبار، مما يتوجب التركيز على المبادئ الأخلاقية وإقرارها ضمن قواعد قانونية ثابتة؛ لأن من مقتضيات القواعد الأخلاقية منع التعسف في استعمال الحق وحماية الطرف الضعيف في العقد ومنع استغلاله من المتعاقد الآخر وبث روح العدالة والانصاف في تصرفات الأفراد وهنا تكمن أهمية الموضوع.

ثانياً: إشكالية الدراسة:

الأخلاق خاصية لسلوك الإنسان وحده دون غيره، لذا يوصف الإنسان بأنه كائن أخلاقي، وهو بهذا السلوك السامي يجعل من الأخلاق طبيعة ثانية له، فالإنسان هو الكائن الوحيد الذي لا يتحدد وجوده إلاّ من خلال علاقته بالقيم وهذا ما لخصه هيجل (G. Hegel) في عبارته الجامعة:

((الأخلاق طبيعة ثانية للإنسان))[1]، إلاّ أن القواعد الأخلاقية تفتقر إلى صفة الإلزام والاجبار ويبقى الوازع الأدبي هو الموجه لسلوك الإنسان وهذا الأمر له تأثيره في تعامل الناس ومعاملاتهم، ويبقى السلوك المنضبط والالتزام بالعهد، والوفاء بالعقد رهين الوازع الأدبي وهنا تتجسد مشكلة الدراسة.

ثالثاً: فرضيات الدراسة:

إن الارتكاز على مبادئ الأخلاق في تنظيم حياة المجتمع وتحديد سلوك الأفراد في معاملاتهم أفرزت العديد من الفرضيات ومنها ما هي قوة الالزام للقواعد الأخلاقية؟ وما هو البعد الأخلاقي في انشاء الالتزام وتنفيذه؟ ما هي الوسائل لحماية الغير عن العقد؟ ما هي سلطة القاضي في تعديل أو انهاء العقد لاعتبارات أخلاقية ووفق مقتضيات العدالة؟ هذه الأسئلة تمثل فرضيات هذه الدراسة التي سنحاول الإجابة عنها.

رابعاً: منهجية الدراسة:

لغرض الإجابة على فرضيات الدراسة تم الاستعانة بالمنهج الوصفي التحليلي والذي يقوم على وصف النصوص كما هي دون زيادة أو نقصان وتحليلها لاستنباط الأحكام منها ولإضفاء الصبغة العملية على الدراسة تم الاستشهاد بالأحكام القضائية ما وجد إلى ذلك سبيلاً.

خامساً: الصعوبات:

إن من أولى الصعوبات التي واجهت هذه الدراسة هي تحديد مفهوم مفردة (الأخلاق)، لكون هذه المفردة تدور حول مفهوم واسع جوهره التمسك بالخير وتشجيعه، والابتعاد عن الشر والتحذير منه، وهذه المفاهيم كان لها صدى فلسفي واسع، وإطار قانوني شاسع من الصعوبة بمكان الإحاطة به خُبراً وإيجازه في هذه الدراسة، ومن الصعوبات الأخرى شحة المصادر الحديثة التي تناولت هذا الموضوع في هذه الجزئية الدقيقة، مما يجعل الرجوع إلى المصادر القديمة لا حيدة عنه لإغناء هذه الفكرة، مع الإشارة إلى المصادر الحديثة التي تحصلت أثناء البحث.

القسم الأول: مفهوم القانون وقواعد الأخلاق

الأخلاق في أمة معينة مجموعة قواعد تساهم في تكوينها أفكار الناس عن الخير والشر، بحيث تكون المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع؛ فهي من هذه وليدة المعتقدات والتقاليد والعادات المتأصلة في النفوس، يجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها وفقاً لوازع ادبي محكم تصرفاتهم ويسود علاقاتهم الاجتماعية.

فمنها القواعد التي تحض على التعاون على البر، كالأمر بالعدل والاحسان وإيتاء ذي القربى، ومنها القواعد التي تنهي عن التعاون على الإثم والعدوان، كالنهي عن الفحشاء والمنكر والبغي، ومنها القواعد التي تأمر بالوفاء بالعهد والصدق في القول، ومنها القواعد التي توصي بأن يحب الإنسان لغيره ما يحب لنفسه ومنها القواعد التي تدعو إلى التضحية والإيثار على النفس إلى غير

[1] ينظر: هيجل، العقل في التاريخ، ترجمة امام عبد الفتاح إمام دار التنوير، بيروت، عام 1981، ص 104.

ذلك من القواعد التي تنزع بالإنسان نحو السمو الخلقي والكمال[1].

وتقتضي الاحاطة بمفهوم القانون وقواعد الأخلاق ان نتطرق إلى تحديد نطاق القانون والأخلاق والصلة بينهما ونعرج إلى بيان معيار التفرقة بين القانون والأخلاق لذا سنتناول هذا القسم في مبحثين نخصص المبحث الأول لنطاق القانون والأخلاق والصلة بينهما ونخصص المبحث الثاني لمعيار التفرقة بين القانون والأخلاق

المبحث الأول: نطاق القانون والأخلاق والصلة بينهما

القواعد القانونية ليست إلاّ قواعد خلقية رأى الشارع لزومها لقيام المجتمع والمحافظة على كيانه فوضع لها الجزاء المادي الذي يكفل طاعتها واحترامها اما ما عدا ذلك من القواعد الخلقية فأمره متروك لوعي الشخص وضميره وكلما تقدمت الجماعة في ميدان المعرفة والرقي الأخلاقي كلما ضاقت مساحة الخلاف بين القانون والأخلاق، فضلاً عن ان هناك صلة بين القانون والأخلاق لا يمكن بأي شكل من أشكال تجاهلها.

عليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين نخصص المطلب الأول لنطاق القانون والأخلاق، ونخصص المطلب الثاني للصلة بين القانون والأخلاق.

المطلب الأول: نطاق القانون والأخلاق

القواعد القانونية هي في الوقت ذاته قواعد خلقية، كتلك التي تنص على الجرائم فتحرم بذلك الاعتداء على النفس أو المال أو العرض، والتي تجعل العقد شريعة المتعاقدين فتقضي بالوفاء بالعهد، والتي تحرم الإثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع، إلاّ أن هذا القول لا يجمل على إطلاقه، فهناك قواعد تنظيمية كالاختصاص القضائي وأحكام التقادم تعدّ خروجاً عن هذا المفهوم واستثناءً منه.

ويقابل ذلك أن من القواعد الخلقية ما لم يتناوله القانون في صورته المطلقة، كتلك التي تحث على الفضائل فتوصي بالصدق أو البذل في سبيل مساعدة الغير أو الترفع على النفاق. على أنه يلاحظ أن القانون قد يتضمن بعض هذه القواعد في صورة خاصة. فمثلاً إذا كان القانون لا يمنع الكذب بوجه عام، فإنه يحرمه في حالات خاصة تبدو فيها خطورته على النظام الاجتماعي، كما هي الحال في شهادة الزور والتزوير، فكلاهما قوامه الكذب ويعتبره القانون جريمة.

إن شهادة الزور وقول الزور هي من الافعال التي حرمها القرآن الكريم، قال تعالى:ٌ آ **ظم عج عم غج غم فج فحً** [2]، بل عدّ الإسلام قول الزور من الكبائر ففي الحديث الشريف عن النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) قال: ((ألا أنبئكم بأكبر الكبائر، ثلاثاً، قالوا: بلى يا رسول الله قال: الاشراك بالله، وعقوق الوالدين وجلس وكان متكئاً،

[1] ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 24.

[2] سورة الحج، الآية (30).

فقال: إلاّ وقول الزور، قال فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت[1].

إن قول الزور وشهادة الزور رغم آثاره السيئة والخطيرة إلاّ أن اغلب التشريعات ابقت الباب مفتوحاً للشاهد للرجوع عن شهادة الزور وقول الزور تحت تأثير تأنيب الضمير أو التوبة الإيجابية[2]، لذا عدّ المشرع العراقي الرجوع عن الشهادة عذراً مخففاً فنصت الفقرة (١) من المادة (٢٥٦) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على:

((يعد عذر مخففاً: 1- رجوع الشاهد عن اقوال الزور وتقريره الحقيقة في دعوى قبل صدور الحكم في موضوعها، أو في تحقيق قبل صدور قرار موضوعي من سلطة التحقيق، وإذا كان التحقيق في جريمة فقبل صدور قرار بعد المحاكمة. 2- ...)).

وهناك من القواعد القانونية ما يقال عنه إنه لا علاقة له بالأخلاق. مثل ذلك القواعد المتعلقة بنظام المرور، والتي تتطلب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية، والتي تنظم إجراءات التقاضي. فالأخلاق وفقاً لهذا النظر لا يعنيها أن يكون نظام المرور على نحو معين، ولا يعنيها أن يكون إثبات التصرفات القانونية بالكتابة أو بالبيئة، ولا يعنيها أن تكون هناك إجراءات معينة لرفع الدعوى ونظرها والحكم فيها. غير أن البصر بحقيقة هذه القواعد والغرض المقصود منها يبين لنا أن هذا النظر غير سليم، إذ أنها تمت إلى الأخلاق بسبب. فقواعد المرور يراد منها وضع نظام للمرور يحول دون وقوع الحوادث، وقواعد الإثبات يقصد منها إلى أن يكون التعامل على أساس واضح مكين، وإجراءات التقاضي ترمي إلى أن يكون الفصل في النزاع على نحو تتكافأ فيه الفرص أمام الخصوم في المطالبة بالحق والدفاع عنه، وهذه كلها أغراض تدعو إليها الأخلاق.

وثمة قواعد قانونية قد تبدو في ظاهرها منافية للأخلاق، حتى جرت أقلام الفقهاء في خصوصها بهذا المعنى. منها القواعد المتعلقة بكسب الحق أو سقوطه بالتقادم، فمثلاً يستطيع من يحوز عقاراً بنية التملك مدة خمس عشرة سنة أن يكسب ملكيته حتى لو كان غاصباً، ويستطيع المدين الذي قعد دائنة عن اقتضاء دينه منه مدة معينة أن يتمسك بسقوط الدين بالتقادم. ومنها القواعد التي تحمي المجرم من القصاص إذا تقادمت الجريمة أو العقوبة. ومنها القواعد التي توجب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية، فتؤدي إلى ضياع الحق إذا لم يتوفر لصاحبه دليل كتابي. غير أن الوقوف على الأهداف التي يرمي إليها الشارع من وراء هذه القواعد ومثيلاتها يتضح منه أنها غير منقطعة الصلة بالأخلاق. فهي تهدف

---

[1] ينظر: الامام ابو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري المتوفي (256) صحيح البخاري، ومعه هدي الساري شرح غريب صحيح البخاري للإمام ابن حجر العسقلاني المتوفي (853) تحقيق خليل مأمون شيحا، ط2، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1428هـ - 2007 م، ص682 باب ما قيل في شهادة الزور الحديث (2654).

[2] ينظر: القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، الوجيز في أحكام المسؤولية الجنائية للشاهد في القانون العراقي دراسة مقارنة، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٢، ص160.

بصفة عامة إلى أن يكون التعامل على أساس يطمأن إليه، فتستقر المراكز القانونية ويقوم النظام في المجتمع. وهذه أغراض تنهض بها الأخلاق، لأنها تكفل الخير العام للجماعة، حتى لو كان في تحقيقها تضحية بمصلحة فردية[1].

فالتقادم هو وسيلة لدفع المطالبة بالحق، بقرينة الوفاء، وعدم وجود الحق للمدعي لذا لا يسقط الدين إذا لم يتمسك المدين بالتقادم كما لا يمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه[2]، وإنما يترك الأمر لضمير المدين أو واضع اليد، إن شاء قام بالوفاء وان شاء تمسك بالتقادم[3].

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها إلى مبدأ مفاده: ((إذا تمسك المدعى عليه بالتقادم بالنسبة لدعوى اجر مثل العقار، فيجب مراعاة مدة التقادم المنصوص عليها في المادة (٤٢٩)[4] من القانون المدني حيث ان المدة الزائدة عن فترة خمسة عشر عاماً تكون مشمولة بالتقادم ويكون احتساب اجر المثل عن المدة غير المشمولة به))[5].

إن ما يترتب على تقادم الحق بعد تحقق شروط التقادم، سقوط ذلك الحق، ويترتب على التقادم أيضاً انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي، وذلك تلافياً لما قد يحدث من خلل إنساني واجتماعي ومن ثم ينشأ التزام طبيعي لإبراء الذمة عند الاعتراف بالحق.

ويتضح من هذا أن دائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون. فكل قاعدة قانونية إما أن تستند إلى أساس خلقي، أو بالأقل تكون على صلة بالأخلاق من الناحية العامة التي يعتد فيها بمصلحة المجموع. ولكن ليست كل قاعدة خلقية قاعدة قانونية. وإذا كان هناك من القواعد القانونية ما يبدو في الظاهر أن لا شأن له بالأخلاق أو مناف لها فإنه في حقيقته يرتكز على الأخلاق من الناحية العامة التي ينظر فيها إلى المجموع لا من الناحية الخاصة التي ينظر فيها إلى الفرد في ذاته على أساس خلقي مجرد[6].

المطلب الثاني: الصلة بين القانون والأخلاق

لا مراء في أن بين القانون والأخلاق تمييزاً واضحاً. فلكل منها طابعه واستقلاله، ولكل منهما نشاطه الذي يحكمه والجزاء الذي يترتب على مخالفة قواعده. ويرجع هذا كله إلى ما بينهما من فارق جوهري فيما يتعلق بالغاية التي يتوخاها كل

---

(1) ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص26.

(2) ينظر: القاضي احمد عزيز جايد الخيون، الدفع بالتقادم وتطبيقاته القضائية، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠، ص43.

(3) ينظر: د. محمد سعود المعيني، أثر التقادم في الفقه الاسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٠، ص4.

(4) نصت المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على: ((الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة)).

(5) الحكم الصادر من محكمة التمييز الاتحادية في العراق بالعدد (٤٨٩١/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٢ في 2012/9/11) (القرار غير منشور).

(6) ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص26.

منهما، إلاّ أن هذا القول لا يعني قطع الصلة بين القانون والأخلاق بشكل مطلق، فرغم استقلالية كل من القانون والأخلاق في طبيعته، إلاّ أنه ثمة وجود ارتباط بشكل أو آخر بينهما قل أو كثر.

غير أن هذه التفرقة الأساسية بين القانون والأخلاق لا تقدح فيما يربط بينها من صلة وثيقة تقوم على الأصول المشتركة التي تجمع بينها. فالأخلاق هي المعين الذي يستقي منه القانون الكتلة الأساسية من القواعد التي يقررها. وقد رأينا أن أغلبية القواعد القانونية تستند إلى أساس خلقي، وأن ما عدا ذلك من القواعد يتصل بالأخلاق من الناحية العامة التي ينظر فيها إلى مصلحة المجموع لا من الناحية الخاصة التي ينظر فيها إلى الفرد في ذاته ما دام أن الغرض منه هو تحقيق الخير العام للجماعة.

فالقواعد القانونية ليست إلاّ قواعد خلقية رأى الشارع لزومها لقيام المجتمع والمحافظة على كيانه فوضع لها الجزاء المادي الذي يكفل طاعتها واحترامها، أما ما عدا ذلك من القواعد الخلقية فأمره متروك لوعي الشخص وضميره. وكلما تقدمت الجماعة كلما ضاقت مسافة الخلف بين القانون والأخلاق، فتتحول طائفة من القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية. وآية ذلك أن كثيراً من القواعد التي كانت مجرد واجبات خلقية إلى عهد قريب أصبحت الآن قواعد قانونية. مثل ذلك في القانونين اللبناني والمصري عدم التعسف في استعمال الحق، وتحمل التبعة في إصابات العمل بتعويض العامل عما يلحقه من إصابات بسبب العمل ولو لم تكن راجعة إلى خطأ صاحب العمل، والتأمينات الاجتماعية في حالات العجز والشيخوخة والمرض. ومثل ذلك أيضاً في للقانون المصري رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة[1].

إن التطابق الوثيق بين قواعد الأخلاق والقانون يتضح من التشابه في اللغة التي يستعملانها، فكلاهما معني بوضع قواعد أو معايير للسلوك البشري، وهذا يعبر عنه في اللغة القانونية والأخلاقية بألفاظ الالتزامات والواجبات وما هو صواب أو خطأ، والقانون والأخلاق يحددان واجبي بأن افعل هذا أو ذاك، وأن امتنع عن فعل هذا أو ذاك، أو أن لي الحق في أن أتصرف هكذا، أو أن من الخطأ أن أتصرف هكذا. هذه اللغة المشتركة وإن كانت توضح التداخل بين المجالين إلاّ أنها خطرة من حيث إنها تجعل المتهورين يظنون أن القانون يجب أن يتضمن التزاماً خلقياً أو ان يترجم حاجات الالتزام الخلقي إلى قانون[2].

وذهب القانون إلى أبعد من ذلك من كفالته لمبادئ أو أصول عامة يتوجب على الناس احترامها وعدم المساس بها والمحافظة على قيمها من الاضمحلال الخلقي وهذه المبادئ والأصول هي التي يطلق عليها مصطلح ((الآداب العامة)) وتحت ضغط المفاهيم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية يلجأ المشرع إلى وضع ((قاعدة

[1] ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص29.

[2] ينظر: د. ياسين عمر ياسين، فكرة القانون، الدار الوطنية للنشر والتوزيع، 2020، ص54.

معيارية عامة)) دون ضبط حدودها[1] مثال ذلك المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على: (١- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفا للنظام العام والآداب والا لكان العقد باطلاً)) والسؤال الذي يثار ماهي (الآداب العامة) وما هو (النظام العام)؟

قد لا يوجد بين موضوعات علم القانون فكرة تستعصي على التعريف كفكرة النظام العام والآداب وقد ذهبت جميع الجهود التي بذلك لتعريفها أدراج الرياح[2]. واول المقصود من هذا القول إن ليس هناك تعريفٌ مانعٌ جامعٌ وواضحٌ ومحدد لفكر النظام العام والآداب، لذا ذهب جانب من الفقه في محاولة تعريف الآداب على أنها: ((القواعد التي جرى المجتمع على اتباعها وتواضع عليها الناس وأصبحت جزءً من عادات المجتمع وتقاليده بحيث أصبح الأفراد يرون أنفسهم ملزمين بإتباعها))[3].

المبحث الثاني: مفهوم المعيار القانوني ومعيار التفرقة بين القانون والأخلاق

معيار كل شيء ومقياسه هو الذي يعرف به الشيء معرفة مزيلة للبس والابهام[4]. ولكل علم غايته ومعياره، فغاية علم المنطق التفكير السليم ومعياره الحق والصواب، وغاية علم الأخلاق ضبط سلوك الإنسان ومعياره العدالة والخير والفضيلة[5]، وغاية القانون تحقيق السكينة الاجتماعية وتنمية عوامل التقدم والتطور في المجتمع ومعياره تحقق الاستقرار والعدل في المجتمع.

ولما كانت تلك الغايات مُثلاً عليا ينشدها الإنسان في كل مكان وزمان فإنها في نفس الوقت معايير راسخة لما ينبغي أن يكون عليه من الفكر والسلوك، والمعيار يعتمد في كل علم من هذه العلوم هو الفيصل في تحديد وجود الخرق من عدمه[6].

عليه سنتناول هذا المبحث في فرعين نخصص المطلب الأول لمفهوم المعيار القانوني، ونخصص الفرع المطلب لمعيار التفرقة بين القانون والأخلاق.

المطلب الأول: مفهوم المعيار القانوني

لغرض الوصول إلى مفهوم المعيار القانوني لابد من تعريفه المتغيرة دوماً، وتواجه معياراً نموذجيا متوسطاً، له صفة العمومية لكنه خال من

---

[1] ينظر: القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط1، المركز العربي للبحوث والدراسات العلمية، مصر، ١٤٤٠ هـ/٢٠١٩، ص92.

[2] ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط5، مطبعة نديم بغداد، ١٩٧٤، ص193.

[3] المصدر نفسه، ص197.

[4] ينظر: د. عبد الله مصطفى، علم أصول القانون، ط1، ١٩٩٥، ص53.

[5] ينظر: د. حمدي عبد العال، الأخلاق ومعاييرها بين الوضعية والدين، ط3، ١٩٨٥، ص25.

[6] ينظر: فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، ط1، بغداد، 2009، ص11.

التجريد لتأكيد اعتبارات الملائمة التي تقوم عليها فكرة المعايير[1].

ويعرف الاستاذ السنهوري المعيار القانوني بقوله: ((المعيار القانوني هو عبارة عن اتجاه (Directive) عام لا يقيد القاضي، يهتدي به عند الحكم، ويعطيه فكرة عن غرض القانون وغايته)) ومع ذلك فأن الاستاذ السنهوري يلاحظ ان كلمات فرنسية مثل اتجاه (Directives) وميزان (Gritorium) يمكن اعطاء فكرة ولكنها فكرة ناقصة[2].

والمعيار برأي العلامة هوريو (Hauriou) هو أداة ذات أسلوب تحضيري وتنظيم قانوني من أجل وضع معطيات المشكلة المراد حلها بثقة وتأكد في أماكنها[3].

بينما يعرف العلامة العميد روسكو باوند المعيار القانوني بأنه: ((المعيار هو مقياس للسلوك موصوف في القانون من خلاله يتجنب الشخص مخاطرة المساءلة عن إحداث ضرر أو خسارة))[4].

يرى الاستاذ مارسيل ستاتي (N. O. Stati) أن المعيار من وجهة نظر التقنية المعاصرة للقانون هو: ((الأسلوب الذي يفرض على القاضي أن يأخذ في اعتباره النوع المتوسط من السلوك الاجتماعي الصحيح بالنسبة لفئة التصرفات التي يراد الحكم عليها))[5].

وذهب دكتور محمد شريف إلى القول أن المعايير القانونية هي عبارة عن: ((صيغ غامضة يقتضيها فن الصياغة التشريعية لحكم حالات معينة ولكي تؤدي مهمتها بشكل سليم لابد من الرجوع في تفسيرها إلى المنهج الاجتماعي السائد وإلى روح القانون وهدفه لا إلى قواعد اللغة والمنطق فحسب))[6] وربما ضرورة الاستهداء

---

[1] ينظر: د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدينة والتجارية، ط1، 1984، ص153.

[2] هذا التعريف وضعه الاستاذ السنهوري في رسالته للدكتوراه بالفرنسية القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل في القانون الانكليزي سنه ١٩٢٥، ص23 نقلا عن د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، ج2، مجلة القانون والاقتصاد، مصر، ع2، س2، ص250.

[3] د. حامد زكي، المصدر نفسه، ص251.

[4] المصدر نفسه، ص252 – 253 وفي المعنى نفسه ينظر: روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة د. صلاح دباغ، مراجعة د. احمد مسلم، تقديم د. فهد الزميع، مركز نهوض للدراسات والبحوث، ط1، بيروت، لبنان، ٢٠٢١، ص162.

[5] ينظر: (M. O. Stati. Op. Cit. P.45) نقلاً عن فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص180.

[6] ينظر: د. محمد شريف نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والاسلامي، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٨٢، ص112.

بالحكمة التشريعية من النص[1] كما نص على ذلك قانون الاثبات العراقي[2].

عليه يمكن تعريف المعيار القانوني بأنه: ((اداة فكرية مرنة للتوجيه التشريعي والقضائي لتقييم أفكار ووقائع بالاستناد إلى معطيات ومفاهيم اجتماعية وسياسية واقتصادية سائدة مما يترتب عليه تقرير حق أو فرض واجب))[3].

ولعل أوضح صورة للمعيار القانوني هي تلك التي رسمها أرسطو، تلك الصورة المعلقة فوق رؤوس القضاة في دور العدالة في مختلف أرجاء المعمورة، انها صورة الفتاة المعصوبة العينين وهي تحمل بيدها الميزان الي المعيار، فأرسطو يرى ان العدالة لكي تكون صادقة وغير متحيزة ان تكون عمياء وكأنه أراد أن يقول ليكن كل من القريب والغريب والصديق والعدو في ميزان واحد[4].

يُعرف المعيار باعتباره اداة لتقويم السلوك الفردي بصفة عامه، بأنه مجموعة القواعد التي يضعها المجتمع أياً كان مصدرها ويتجدد في ضوئها السلوك الذي يتوقعه المجتمع من أفراده في المواقف المختلفة[5].

وفي ضوء المعنى المتقدم فإنه يقصد بالنمط المعياري (Normative Pattern) وصف الشيء أو الموقف بأنه ما ينبغي أن يُحتذى به. بمعنى ما يجب أن يكون لا ما هو كائن بالفعل، وهذا النوع من الحكم التقويمي لا التقريري، وتلك في الواقع هي الخاصية الذاتية للمفهوم حيث يُراد به تلك المقاييس أو القواعد الاجتماعية الأخلاقية أو الدينية التي تحددها جماعة معينة كي يتمثلها أفرادها بوصفها غايات أو نماذج للفعل والسلوك بحيث تؤثر في سلوكهم وتجعله بتميز بالتطابق والتشابه مما يساعد على وحدة الجماعة[6].

وفي مجال علم القانون وفلسفته، فإنه يُراد بالمعيار القانوني أخص مما تقدم ألا وهو تقويم السلوك الفردي وفقاً لنموذج قانوني يُنشأ على أساس معطيات اجتماعية وتاريخية وأخلاقية محددة على اعتبارات القيم الاجتماعية والأخلاقية أوسع من نطاق القيم القانونية مع الأخذ بالاعتبار عوامل الاستقرار والملائمة والمرونة كخصائص يتميز بها المغيار القانوني عن ادوات التقنية القانونية الأخرى وهي القاعدة القانونية والمبدأ القانون والمفهوم القانوني.

---

[1] ينظر: القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط1، المركز العربي للبحوث والدراسات العلمية، مصر، ١٤٤٠هـ ٢٠١٩ م، ص٢٧٣.

[2] نصت المادة (٣) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة ١٩٧٩ على: ((إلزام القاضي باتباع التفسير المنظور للقانون ومراعاة الحكمة التشريعية من التشريع عند تطبيقه)).

[3] ينظر: فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص18.

[4] المصدر نفسه، ص19.

[5] ينظر: فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص14.

[6] ينظر: د. سامية محمد جابر، القانون والضوابط الاجتماعية، 1984، ص52.

فالمعايير القانونية تحدد أنماطاً نموذجية (Type Modele) للسلوك القانوني في ضوء المعطيات الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية.

المطلب الثاني: معيار التفرقة بين القانون والأخلاق

إذا كانت التفرقة مسلم بها اليوم بين القانون والأخلاق فإن ذلك لم يمنع الفلاسفة والفقهاء من الاختلاف حول معيارها اختلافاً كبيراً[1].

فبعض الفقهاء يرون هذا المعيار في اقتصار الأخلاق على حكم الحياة الباطنة في الضمير التي ما زالت في النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج إلى الوجود بعد في صورة أفعال، واقتصار القانون على المحسوس من الأفعال دون الوقوف عندما يستتر وراءها في الضمير من دوافع خفية.

ولكن الواقع أن الاخلاق، وإن كانت تعنى في الأصل بمحض المقاصد والنوايا الباطنة. فهي لا تقتصر على ذلك، بل تمتد أيضاً إلى كثير من الأفعال الخارجية المحسوسة. وآية ذلك أن الأخلاق لا تقتصر على بيان واجبات الفرد قبل ربه وواجباته قبل نفسه فحسب، ولكنها تجاوز ذلك إلى بيان واجباته قبل غيره من الأفراد، وهو ما يتناول عالم النية وعالم المحسوس من الأفعال على حد سواء[2].

وكذلك القانون، فإنه إن كان في الأصل يحكم ما يخرج إلى الوجود من أفعال، فهو لا يغفل عما يستخفى وراء هذه الأفعال في النفس من دوافع. وفي نظرية التعسف في استعمال الحق وفي سبب العقد خير دليل على ذلك. فالمالك الذي يقيم على حدود ملكه سوراً يرتفع ارتفاعاً شاهقاً يحجب الضوء والهواء عن ملك الجار يؤمر بهدم السور إلى الحد المعقول إذا ثبت أن نيته لم تنصرف إلاّ إلى الإضرار بالجار دون نفع ظاهر لنفسه، إذ تؤخذ نية الإضرار المتمحضة عنده دليلاً على تعسفه في استعمال حقه في الملكية واستئجار منزل بقصد ادارته للدعارة يبطل الايجار، لأن الباعث على التعاقد أمر مخالف للآداب مما يصبح ممه سبب العقد غير مشروع[3].

ويرجع فقهاء آخرون مناط التفرقة بين القانون والأخلاق إلى الجزاء[4] فبينما تكفل السلطة العامة احترام القواعد القانونية بما لديها من وسائل مادية للإجبار والالزام لا تجد القواعد الأخلاقية من جزاء على خرقها إلاّ مجرد تأنيب الضمير أو استنكار الناس.

---

[1] ينظر: د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص30.

[2] ينظر في هذا المعنى. د. محمد عبدالله دروازة، دستور الأخلاق في القانون، تعريب وتحقيق وتعليق د. عبد الصبور شاهين، مراجعة السيد محمد بدوي، اعاد تحقيقه والتعليق عليه الاستاذ سامي الغريري، ط1، مؤسسة دار الكتاب الاسلامي، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣، ص104 - 105.

[3] ينظر: د. حسن كيرة، المصدر نفسه، ص31.

[4] ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص74.

الغاية والهدف بين القانون والأخلاق. فغاية الأخلاق مثالية هي السمو بالإنسان، وغاية القانون واقعية نفعية هي إقامة نظام في المجتمع. ولذلك كانت قواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة إلى الفرد بقصد تطهير النفس والعروج بها إلى مراقي السمو والكمال الإنساني. وكانت قواعد القانون متوجهة إلى الفرد بقصد تحقيق صالح الجماعة، ذلك الصالح المشترك الذي يربط بين أفرادها ويقوم عليه نظامها[1].

فالأخلاق إذن إنما تضع من القواعد ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر إلى ذاته، أي بالنظر إلى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة إلى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده إلى ما ينبغي لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلي. أما القانون، فلا يضع من القواعد إلاّ ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر إلى المجتمع، أي بالنظر إلى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة إلى المجتمع نفسه من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع ونفعه وأمنه[2].

ومن هنا كان قيام الأخلاق على أساس تحقيق قيم شخصية كمالية، وقيام القانون على أساس تحقيق قيم اجتماعية نفعية. وبذلك فالأخلاق انما تخضع الفرد لضميره في تطلعه الدائم إلى السمو والكمال، بينما القانون يخضع الفرد للجماعة في سعيها الحثيث إلى تحقيق صالحها واقامة النظام والاستقرار فيها. ومن هنا كان ما يقال من أن القانون هو نظام اجتماعي، والأخلاق هي نظام فردي أو شخصي[3].

والنظامان – وإن كانا يختلطان في الظاهر – إلاّ أنهما يفترقان في الواقع حتى في الصورة التي يجمعان فيها على قواعد واحدة. فكل من الأخلاق والقانون يحرم القتل مثلاً، ولكن لكل منهما هدفاً متبايناً من وراء هذا التجريم، فالقانون إنما ينظر إلى عواقب القتل الاجتماعية وما لها من أثر وخيم في أمن المجتمع واستقراره، بينما تنظر الأخلاق إلى ما تنحدر إليه نفس القاتل من درك سحيق في الشر وانغماس في الرذيلة. فالقانون حين يحرم القتل إذن إنما يحرمه باعتباره حارس المجتمع من كل ما يخلّ بأمنه واستقراره بينما الأخلاق حينما تحرمه إنما تحرمه باعتبارها حارسة الفرد ضد ما تحدثه به النفس من شر وخطيئة. فمحكمة الأخلاق إذن هي محكمة الضمير حيث تدور معركة الخير والشر في ذاته، ومحكمة القانون هي محكمة المجتمع حيث يصطرع النفع والضر الاجتماعي[4].

القسم الثاني: فلسفة القاعدة الأخلاقية في سبب العقد وموضوعه

الفرد من حيث كونه فاعلاً في المجتمع وفي علاقته مع بني جنسه ((عنصر عقلي)) أي بعبارة أدق ((عنصراً أخلاقياً)) والمعنى الحق وفي الأمر الخُلقي عنصر آخر هو: العقل، والحرية، والمشروعية وقد يستطيع من شاء أنْ يقلل من

[1] ينظر: روسكوباوند، مصدر سابق، ص119.

[2] ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول الفقه، مصدر سابق، ص27.

[3] ينظر: د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص32.

[4] د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص33.

شأن ((المَلكة الفكرية)) ومالها من دور في تصور الأمور والحكم عليها باعتبارها الأخيرة من حيث تاريخ ظهورها، ويستطيع ان يصر على أن تأثيرها ضئيل في مقاومة الشهوات، ولكن يبقى شيء لا شك فيه هو أن جوهر الأخلاقية ذاته يكمن في نشاط ذاتنا المفكرة لذا فقد أحسن (كانت) صنعاً حين كشف عن مصدر الإلزام الاخلاقي في تلك المملكة العليا في النفس الانسانية والتي توجد مستقلة عن الشهوة وعن العالم الخارجي معاً[1].

وفي نطاق العقد فإن نطاق القاعدة الأخلاقية يمكن أن يكون لها دور مؤثر وبارز في سبب العقد وموضوعه عليه ولكل ما تقدم سنتناول هذا القسم في مبحثين نخصص المبحث الأول لنطاق القاعدة الأخلاقية في سبب العقد، ونخصص المبحث الثاني لنطاق القاعدة الأخلاقية في موضوع العقد.

المبحث الأول: فلسفة القاعدة الأخلاقية في سبب العقد

لا شك أن لكل عقد بسبب، فالسبب هو الدافع الباعث للتعاقد فسبب عقد البيع هو الحصول على المبيع من قبل المشتري والحصول على الثمن من قبل البائع مما يتوجد أن يكون السبب الباعث للتعاقد أي لا يتنافى مع الأخلاق أو الآداب العامة أو النظام العام وإلاّ عُدَّ السبب غير مشروع فمن يبرم عقد ايجار المنزل لاتخاذه محلاً للدعارة والفسق والفجور يكون بسبب عقد الايجار غير المشروع وكذلك الحال من يستأجر قاعة للقمار والرهأن يكون سبب هذا العقد مخالفاً لثوابت الأخلاق والآداب العامة لاسيما في الدول الإسلامية دون غيرها من الدول.

وبناء على ما تقدم سنتناول هذا المبحث في مطلبين نخصص المطلب الأول لمفهوم السبب في نطاق العقد، ونخصص المطلب الثاني لدور الأخلاق في سبب العقد.

المطلب الأول: مفهوم السبب في نطاق العقد

لغرض إعطاء فكرة عن مفهوم السبب في نطاق العقد لابدّ من تعريف السبب في اللغة وفي الاصطلاح وهذا ما سنتناوله في فقرتين تباعاً:

أولاً: تعريف السبب في اللغة:

السَّببُ: كلُّ شيء يُتوصَّلُ به إلى غيره، وفي نسخة: كل شيء يُتوسَّل به إلى شيء غيره وقد تسبب إليه والجمع أسباب وكل شيء يتوصل به إلى الشيء فهو: سَبَبٌ، وجعلت فلاناً لي سبباً إلى فلان في حاجتي وَوَدجاً أي وُصْله وذريعة، وتسُّببُ مال الفيءِ أخذ من هذا؛ لان المُسبب عليه المال، جُعِل سبباً لوصول المال إلى من وجب له من أهل الفيء قال تعالى: إذ تبرأ الذين اتبعوا من الذين اتبعوا ورأوا العذاب وتقطعت بهم الأسباب[2]، قال ابن عباس: المودّةُ وقال مجاهد تواصلهم في الدنيا[3].

ثانياً: تعريف السبب في الاصطلاح:

---

[1] ينظر: د. محمد عبد الله دراز، مصدر سابق، ص104.

[2] سورة البقرة، الآية (166).

[3] ينظر: الامام ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد السابع، ط4، دار صادر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص100.

يعرف السبب في الشريعة بأنه: عبارة عما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه[1]. وسبب (Reason) جمع أسباب ما يتوصل به إلى غيره، أو ما يُوصل إلى الشيء من غير تأثير فيه[2].

السبب في القانون هو الباعث الدافع إلى التعاقد ومن الباحثين من يفضل كلمة (المقصد) على (السبب)؛ لأن السبب في أصول الفقه وفي الفقه الاسلامي معنى آخر غير المراد به عند رجال القانون، وبعد بيان ذلك يستوي التعبير بكلمة (السبب) أو (المقصد) وينازع السبب عاملان متعارضان أحدهما استقرار التعامل مما يؤدي إلى الاعتداد بالتعبير عن الارادة لا بالإرادة ذاتها أي بالإرادة الظاهرة دون الارادة الباطنة فلا يقام وزن كبير للسبب وثانيهما العوامل الادبية والخلقية والدينية مما يجعل محلاً للاعتداد بالباعث الذي تقاس به شرف النوايا وطهارتها[3].

ولئن كان أي باحث في سبب العقد يستحق المغفرة عن فعله، فإن ذلك لن يكون إلاّ لان قصده شريف، ودافعه هو محاولة التقدم ولو خطوة واحدة على طريق العدالة الطويل، ومحاولة وضع حل من الحلول لمسألة التنازع على الحقوق لما تفضي إليه المبادلات التي هي عماد حياة الاجتماع البشري من نزاعات، بدلاً من أن تكون اداة خدمة الأفراد في مبادلاتهم والتي هي حنفية لاستمرار حياتهم.

وعلى هذا الطريق الطويل كانت مسألة العقد، ومشكلة سبب العقد ومحله لكائنين قانونيين، يمكن من خلالهما مراقبة المبادلة حين يحيد بها عن الطريق السليم، أولئك الذين تغلبت غرائزهم وأنانيتهم عن أن يكونوا مخلصين ذوي فيه حسنة بالإضافة إلى أسباب النزاعات الأخرى[4].

ولئن كان القانون الخاص عبارة عن قواعد تجريبية، بمعنى قواعد تتحرى إرادة أفراد المجتمع لما يريدون أن يكون عليه تعاملهم على الوجه الصحيح، فلكم كان أمر مطالعتها يفجأ للوهلة الأولى لما يجده الباحث في ثنايا القانون المدني على الخصوص من تناقض وقصور في تحقيق المطلوب فالنظريات تصاغ ببراعة ليراقب من خلال تطبيقها التصرفات القانونية، ويميز الخبيث منها من الطيب، فالسبب يراقب ان كان القصد من التصرف مشروعاً ويبطل على سبيل المثال الالتزام بسداد دين قمار وسيلة تجعله يفلت من هذه الرقابة عن طريق الصك والكمبيالة باسم

---

[1] ينظر: علي بن محمد بن علي الجرجاني، كتاب التعريفات، ط1، تحقيق عادل انور خضر، دار المعرفة، بيروت، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧، ص109.

[2] ينظر: د. محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء (عربي - انكليزي - فرنسي)، ط3، دار النفائس، بيروت، لبنان ١٤٣١ هـ - 2010م، ص213.

[3] ينظر: القاضي جهاد صالح العتبي، القواعد القضائية في شرح القانون المدني، العقد، ط1، ج2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1435هـ - 2014م، ص528.

[4] ينظر: د. محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة، مفهوم السبب والمحل في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٠٦ هـ/١٩٨٦، ص2.

التصرف المجرد بحجة استقرار التعامل ومجاراة مستلزمات التجارة والتطور[1]، ومن ثم يمكن تعريف السبب عادة بأنه هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه[2]، ويمكن القول بان نظرية القضاء (الحديثة) اعادت لنظرية السبب حيويتها وفعاليتها، وأصبح السبب في نظر اغلبية الفقهاء هو الباعث الدافع على التعاقد.

فقد شيد القضاء الفرنسي، نظرية خاصة به في السبب، سميت بـ (نظرية السبب الدافع) وأخذ القضاء الباعث بالاعتبار إذا كان هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد وسماه (السبب الدافع) ويسمي القضاء هذا السبب بـ (الباعث) ولما كانت البواعث كثيرة، فإن القضاء يعتد بالباعث الرئيس، أي الباعث الدافع، وطبق القضاء الفرنسي هذه النظرية في مجالات كثيرة منها التبرع لولد غير شرعي وتبرع الخليل لخليلته، وبالعكس، وتبرع الزوج لزوجته لحملها على الانفصال عنه انفصالاً ودياً وفي العقود المتعلقة باستغلال دور البغاء والعقود التي تؤثر على السير الطبيعي للانتخابات وإبطال عقد القرض إذا كان الباعث عليه غير مشروع، ويكتفي القضاء الفرنسي بمرتبة العلم ويعتد بالباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد، ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث، ويميل الفقه الحديث إلى النظرية الحديثة في السبب وتوسيعها وصياغة نظرية عامة منها تنطبق على جميع التصرفات القانونية[3].

فالسبب ركن يجب توفره في كل عقد، ما عدا العقود المجردة ويترتب على انعدامه عدم انعقاد العقد، كما أن وجود السبب وصحته أمر مفترض في كل عقد، فان القانون يفترض وجوده وصحته[4] ومصداق ذلك نصت الفقرة (٢) من المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي على: ((2- ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدم الدليل على غير ذلك)).

المطلب الثاني: دور الأخلاق في سبب العقد

لا ينكر دور الأخلاق في سبب العقد وذلك لأهميتها الخاصة في تكوين العقد وإبرامه لذا نصت التشريعات المختلفة على أنه يتوجب أن يكون سبب العقد غير ممنوع قانوناً وغير مخالف للنظام العام والآداب، وانه يفترض في كل التزام أن يكون له سبب مشروع وفي هذا الاتجاه نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على:

---

[1] د. محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة، مصدر سابق، ص3.

[2] ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، الطبعة الثانية الجديدة، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص536.

[3] ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، بغداد، ١٩٦٧، ص422. وكذلك: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1949، ص137.

[4] ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2023، ص342.

((1 – يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للآداب. ٢– ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك. 3– أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك)).

من خلال قراءة النص المتقدم وتحليله وخصوصاً فيما يتعلق بسبب العقد يتضح جلياً ان المشرع وضع جزاءً على العقد إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للآداب وحكم ببطلان العقد كما ان المشرع افترض في كل التزام أن يكون له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك وتأسيساً على ما تقدم سنتناول هذا الفرع في فقرتين نتناول في الفقرة الاولى في شرط سبب الالتزام بأن لا يكون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً وفي الفقرة الثانية أن لا يكون سبب الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

أولاً: أن لا يكون التزام المتعاقدين دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً:

إن مضمون هذا الشرط يمكن وضعه في صورتين هما:

- **الصورة الأولى: أن لا يكون التزام المتعاقدين دون سبب:**

تبنّى القانون المدني العراقي نزعة مختلطة في السبب، فاعتنق النزعة الموضوعية ونسب السبب إلى الالتزام لا إلى العقد كما افترض أن السبب قد لا يكون موجوداً، وهذا فرض لا يتحقق في ظل النزعة الموضوعية أما وفقاً للنزعة الشخصية فالسبب بمعنى الباعث لا يتصور إلاّ أن يكون موجوداً في كل العقود، كما تبنّى النزعة الشخصية من خلال شرط المشروعية في المادة (132) فهذا الشرط يعني مشروعية الباعث، وبذلك أخذ هذا القانون بالنظريتين معاً (النظرية التقليدية) وهي نظرية سبب الالتزام و(النظرية الحديثة) وهي نظرية سبب العقد أو الباعث الدافع إلى التعاقد[1].

ولعل مرجع هذا القول رغم أنه محل خلاف وجدل فقهي عميق ممتد في الزمان والمكان، ومع احترامنا وجُلَّ تقديرنا لأصحاب هذا القول من الأساتذة الأفاضل إلاّ أنه يمكن تفسير هذا الكلام بالقول أن المشرع العراقي ذكر السبب دون ان يعين هل المراد به المعنى الضيق الذي تفهمه ((النظرية التقليدية)) أو المعنى الواسع (أي الباعث الدافع) المفهوم للنظرية الحديثة[2].

صفوة القول ان نسبة السبب للالتزام والنص على بطلان العقد إذا لم يكن للالتزام سبب يمكن أن يتجاوب مع النظرية التقليدية التي تتجه إلى

[1] ينظر: د. عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص105.

[2] ينظر: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، ١٩٧٦، ص124.

تصوير السبب بانه الغاية الموضوعية التي يهدف اليها المتعاقد من وراء التزامه [1].

- **الصورة الثانية: أن لا يكون الالتزام لسبب غير ممنوع قانوناً:**

يشترط في الباعث الدافع إلى التعاقد أن يكون مشروعاً ويكون الباعث الدافع غير مشروع إذا كان ممنوعاً بنص في القانون أو مخالفاً للنظام العام، ويفترض ان الباعث الدافع إلى التعاقد مشروع حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، واذا كان الباعث التعاقد غير مشروع ولكان المتعاقد الآخر عالماً به أو باستطاعته ان يعلم به كان العقد باطلاً[2].

ومن التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية في قرار لها إلى:

((... ان المتعاقدان يعلمان وقت البيع أن المدعى عليه لم يكن مالكاً للعقار أو حق التصرف فيه وكما هو ثابت في التعهد الخارجي... في حين ان احكام القرار رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار 426 لسنة ١٩٨3 تشترط أن يكون المتعهد/البائع مالكاً للعقار أو حق التصرف فيه كما أن عقود الايجار المبرمة وفق أحكام القوانين الزراعية لا يمكن أن تكون محلاً للبيع أو الشراء وان العقود الواردة عليها دون موافقة الجهة المالكة وهي الدولة تعتبر باطلة ولا تنتج أثراً...))[3].

ثانياً: أن لا يكون سبب الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب:

لا شك أن فكرة النظام العام أو الآداب هي من الأفكار النسبية التي تختلف من دولة إلى أخرى حسب نظامها القانوني أو نسيجها الاجتماعي ففي الدول العربية والإسلامية يختلف مفهوم النظام العام والآداب عن المفاهيم في الدول الغربية وغير الإسلامية. وفي مسعى لفهم النظام العام فقد عرفت النصوص المتعلقة بالنظام العام بأنها: ((تلك النصوص التي لا يمكن للأفراد أن يجتنبوا الخضوع لها وأن يعدلوا منها في الاتفاقات التي يعقدونها فيما بينهم تلك هي النصوص الأمرة))[4].

أما الآداب العامة فيمكن تعريفها بأنها: ((القواعد التي جرى المجتمع على إتباعها وتواضع الناس عليها وأصبحت جزءاً من عادات المجتمع وتقاليده بحيث أصبح الأفراد يرون أنفسهم ملزمين باتباعها))[5].

إن اعتبار الآداب العامة هي جزء من عادات المجتمع وتقاليده لابد وأن تكون لقيم الأخلاق بصمة واضحة في الالتزامات التي يبرمها الأفراد

---

[1] ينظر: د. محمد جابر الدوري، عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٨٨، ص208 – 209.

[2] ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص353.

[3] القرار (98/ت/ج/2019) في 2019/6/2 (القرار غير منشور).

[4] ينظر: بارتان، مبادئ القانون الدولي الخاص، ص91، نقلاً عن: عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص194.

[5] ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص697.

فيما بينهم وما يترتب على ذلك من بطلان العقد عند انتهاكه للقيم الأخلاقية والآداب العامة والنظام العام.

ومن التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة التميز في العراق في قرارها:

((... وجد أن الحكم غير صحيح وذلك لأن المحكمة الزمت المدعى عليه بالمبلغ المدعى به مستندة بذلك إلى التعهد المصدق من الكاتب العدل الذي التزم بموجبه بعدم المطالبة بحضانة ابنته لحين بلوغها سن الرشد وبعكسه يكون ملزماً بدفع تعويض مالي إلى المدعية ولم تلاحظ المحكمة أن مثل هذا التعهد مخالف للنظام العام فهو باطل لأنه يعطل حكماً من الأحكام الشرعية وهو حق الأب في حضانة ابنته في حالة وجود الأسباب التي تحول دون أحقيّة الأم في حضانة البنت...))[1].

فالآداب هي الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة، أي مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليماً من الانحلال[2]، فالآداب هي في أمة معينة وفي جيل معين، مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس ادبي يسود علاقاتهم الاجتماعية وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصّلة وما جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس[3].

المبحث الثاني: فلسفة القاعدة الأخلاقية في موضوع العقد

لا شك أن القانون لا يحمي إلاّ الحقوق والروابط القانونية الناشئة في حدوده فيقع باطلاً كل تعامل يخالف الأحكام القانونية الملزمة والنظام العام والآداب، فإن كان العقد قد نشأ عن إرادة طرفيه خالياً من أي عيب يشوب الرضا فإنه يبقى أنّ نشوئه قد حصل من أجل تحقيق مصلحة اجتماعية أو اقتصادية لطرفيه فلا يمكن للعقد ان يخرج عن مقومات المجتمع الأساسية أو قواعد الاقتصاد المفروضة، وبالتالي لا يمكن لطرفيه إن يتوسّلاه لأغراض متعارضة مع أحكام القانون الآمرة والمبادئ الأخلاقية ومسلمات النظام العام، فإن أبطل القاضي عقداً استهدف غاية غير اجتماعية فيكون بذلك يمارس رقابته على العقد باسم المصلحة العامة[4].

والطابع الاخلاقي للموضوع مشروط في موجب العمل أو الامتناع عن عمل حتى لا يكون هذا الموجب مخالفاً للنظام العام والآداب العامة وهذا ما ستتناوله في المطلب الأول من هذا المبحث ومشروطاً أيضاً في موجب اعطاء الشيء حتى لا يكون هذا الشيء خارجاً عن دائرة التعامل

---

[1] قرار محكمة التمييز (1215/مدنية ثالثة/1974 في 1974/12/29، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الخامسة، ص19.

[2] د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص51.

[3] د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مصدر سابق، ص529.

[4] ينظر: مارغيت نقولا أنطوان ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، ط1، مكتبة صادر، ناشرون ش. م. م، 2007، ص126.

المتداول بين الناس وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: موجب العمل أو الامتناع عنه لا يخالف النظام العام والآداب العامة

من القيود التي فرضها المشرع على الحرية التعاقدية قيود بالآداب العامة وذلك لمبررات أخلاقية وإنسانية، والآداب هي القواعد المتأصلة التي ترتبط بالضمير والأخلاق فتفرض على الأفراد واجبات وتمنعهم من تصرفات فتؤلف الناموس الأدبي لهم، ان قواعد العامة تستمد مفعولها الملزم من كونها داخلة ضمن النظام العام، هذه القواعد تكرس الفكرة القائلة بسيادة المجتمع على الفرد، وترمي إلى المحافظة على اهم المبادئ الأخلاقية التي يقوم عليها مجتمع معين، وتحديد مفهوم قواعد الآداب العامة الملزمة يجب أن ننطلق من ميزتين تتسم بهما هذه القواعد.

أولهما: إن لمفهوم قواعد الآداب العامة طابعاً قضائياً، وثانيهما: أن هذا النظام طابعاً متطوراً[1].

أما الطابع القضائي لمفهوم قواعد الآداب العامة فمرده غياب النص القانوني الذي يحدد مفهوم الآداب العامة، قد لا يوجد بين مواضيع علم القانون فكرة تستعصِ على التعريف كفكرة النظام العام والآداب وقد ذهبت جميع الجهود التي بذلت لتعريفها أدراج الرياح[2]، ولعل المقصود من هذا القول أن ليس هناك تعريفاً جامعاً مانعاً واضحاً ومحدداً لفكرة النظام العام والآداب.

إن المجتمع هو في تطور مستمر مما يستحيل معه حصر هذه القواعد ضمن إطار ونص معين، وخصوصاً الأحكام المبنية على العرف والعادة، ومصداق ذلك ما نصت عليه المادة (5) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ بقولها: ((لا ينكر تغير الأحكام بتغير الازمان) والأصل الشرعي لهذا النص هو المادة (٢٩) من مجلة الأحكام العدلية[3]. وهذه القاعدة معناها إن الأحكام المبنية على العُرف والعادة تتبدل مع تبدل الاعراف والعوائد التي بُنيت عليها، وفقد أفرد ابن قيم الجوزية في كتابه (إعلام الموقعين) فصلاً بعنوان (تغير الفتوى بحسب تغير الازمنة والأمكنة والاحوال والنيات والعوائد)[4]؛ لأنه بتغير الزمان تتغير احتياجات الناس وبناءً على هذا التغيير تتغير اعرافهم وعاداتهم، وبتغيرها تتغير الأحكام المبنية عليها[5].

إن القانون يجب أن يقام وفقاً للحاجات الاجتماعية ومن ثم يتوجب على المشرع معرفة هذه الحاجات بالدقة اللازمة ليضع القاعدة

---

[1] ينظر: مارغيت نقولا أنطوان، مصدر سابق، ص128.

[2] ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص97.

[3] ينظر: المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج1، شركة الطبع والنشر الاهلية (ذ.م.م)، بغداد، ١٩٦٢، ص29.

[4] ينظر: الامام شمس الدين ابي عبد الله محمد بن قيم الجوزية، إعلام الموقعين حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه بشير محمد عيون، ج1، ط1، مكتبة دار البيان، دمشق سوريا، ٢٠٠٠، ص56.

[5] ينظر: د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق سوريا، 2006، ص104.

القانونية أو القانون المناسب أو الملائم ليضمن معالجة هذه الحاجات بالشكل الامثل، ويرى (كاربونيه Carboneir) وجود استعمال منهج الهدف الاجتماعي في التفسير وهو ان تفسير القانون يتحدد بعنصرين هما: (التكوين الحرفي للنص) و (الهدف الاجتماعي الذي ادى إلى تشريعه) فالتكوين الحرفي للنص هو العنصر الثابت في النص اما العنصر الثاني (الهدف الاجتماعي)، فهو عنصر متحرك[1].

ومن التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة التميز في العراق في قرار لها إلى:

((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز صحيح وذلك لأن سبب الالتزام موضوع الدعوى مخالف للنظام العام حيث ورد فيه تعهد المميز عليه بدفع مبلغ من المال إلى المميز (المدعي) في حالة رفضت ابنة المميز عليه الثاني الزواج من ابن المميز وحيث أن هذا التعهد مخالف للنظام العام والقانون والأحوال الشخصية فهو باطل وفقاً لأحكام المادة (1/132) من القانون المدني))[2].

المطلب الثاني: موجب العمل ألا يكون خارجاً عن دائرة التعامل المتداول بين الناس

لقد حظر القانون التعامل بشيء يخرج عن دائرة التعامل المتداول بين الناس ورتب جزاء البطلان على مثل هذا التعامل وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٢٩) من القانون المدني العراقي: (2- غيران التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل).

تركة الإنسان هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون منظوراً إليها وقت موته، فإذا كان الإنسان حياً فيكون هذا المجموع من حقوق وديون منظوراً إليه وقت موته هو تركته المستقبلية ويعتبر التصرف بها تعاملاً في هذه التركة إذا ورد عليها كلها أو على نصيب منها أو على مال معين ينظر إليه باعتباره داخلاً في تركة مستقبلية[3].

والفقه القانوني يرى أن الحكمة من حضر التعامل في التركات المستقبلية يرجع إلى أنه يعد مضاربة في حياة المورث، لذا فإن المشرع بهذا تفادى تعجيل اصحاب النفوس الضعيفة بالتخلص من حياة صاحب التركة، وهذا الحظر روعي فيه أيضاً مصلحة الوارث الطائش الذي قد يبدد اموال التركة قبل أن يتلقاها من أجل هذا منع التعامل في تركة مستقبلية حتى لو رضى المورث كما أن منع المورث من التعامل بتركته المستقبلية يرجع

(1) ينظر: كاربونيه، شرح القانون المدني، ج1، طبعة باريس سنة (١٩٥٥)، ص121. مشار اليه في مقال حسين الخطيب، المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي، منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقيين الاعداد (1 و2 و3 و4) السنة 36، 1981، ص22.

(2) قرار محكمة التمييز 2112/مدنية رابعة/1975 في 1976/11/24، منشور مجلة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السابعة، ص87.

(3) ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص284.

إلى مخالفته لقواعد الميراث التي هي من صميم النظام العام[1].

كما ان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، يتضمن نوعاً من الرهان إذ قد يموت من يظن إنه وارث، قبل وفاة المورث كما أن هذا التصرف يمس غالباً قواعد الميراث، وكل هذه الاعتبارات تتعلق بالنظام العام، ولهذا فإن عدم مراعاتها يجعل التعامل بها باطلاً بطلانا مطلقاً[2].

لذا فلا يجوز لأحد أن يبيع نصبيه في تركة إنسان على قيد الحياة بفرض انه سوف يموت، وانه سوف يرثه، ذلك أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام ولا يجوز التعامل على خلافها[3].

وعدّ المشرع العراقي في قانونه المدني وفي الفقرة (2) من المادة (١٣٠) منه أن المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية والميراث هي من النظام العام فنصت الفقرة المذكورة على: ((2-ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال...)).

فالتصرف القانوني لكي يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه وموجود فعلاً وقت إبرام العقد ومن ثم فإن التعامل في التركة المستقبلية يقع باطلاً لنفس السبب الذي يقع به باطلاً التعامل في تركه إنسان لم يوجد بعد وهو تخلف محل التعامل[4].

والمصدر التاريخي لحظر التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، القانون الروماني فقد كان هذا القانون يجرم ضروب التعامل في التركات المستقبلية لما فيها من مخالفة للآداب ولما تجعله من معنى المضاربة على حياة صاحب التركة، إلاّ أن هذا القانون أتى باستثناء لهذا الحظر فأباح التعامل في الشركة المستقبلية إذا تم برضاء المورث وقد انتقلت هذه المبادئ إلى القانون الفرنسي القديم وإن اختلف في تطبيقها، فأخذت بعض الأحكام بقاعدة الحظر وما تضمنه من استثناء، وأخذ البعض الآخر منها بالقاعدة على إطلاقها فحرم التعامل في التركة المستقبلية ولو تم برضاء صاحبها، وعندما وضع قانون نابليون، فضل واضعو المجموعة المدنية اتباع الرأي الثاني الذي يأخذ بالحظر المطلق[5]، وعلى هذا الرأي نص القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي.

القسم الثالث: أثر القاعدة الأخلاقية في تنفيذ العقد

إن لمبدأ إلزام مصادر دينية وأخلاقية ومن هذه المصادر يمكن اكتشاف قيمته الأخلاقية، فإذا

(1) ينظر: د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديد الاسكندرية، ٢٠١٢، ص207.

(2) ينظر: أنور العمروسي، البيوع الباطلة في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ص205.

(3) ينظر: د. امير فرج يوسف، العقد والارادة المنفردة، نشر المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص288.

(4) ينظر: د. جلال محمد ابراهيم، التعامل في التركات المستقبلية نشر لجنة التأليف والتعريب والنشر لجامعة الكويت، الكويت، 1995، ص219.

(5) ينظر: أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المعارف بمصر، 1962، ص211.

عدنا إلى الجذور الدينية لوجدنا بأن أغلبية الديانات السماوية اوصت بالوفاء بالعهد [1].

حرص الدين الاسلامي على الوفاء بالعهد قال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ[2]، وقال عز من قائل: وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً[3]، وكذلك ما ورد في السنة من الأمر بالوفاء بالعهد والذم لمن أخلّ به كحديث ابن عمر (رضي الله عنهما) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): (أربع من كنَّ فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كان فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذ ائتمن خان، واذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، واذا خاصم فجر)[4].

ودلالتها عامة في وجوب الوفاء بكل عقد وعهد، فدل على إن الاصل فيها الاباحة، واذا كانت مباحة فهي صحيحة، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد لم يجزا ن يؤمر بها مطلقاً[5].

عليه سنتناول هذا القسم في مبحثين نخصص المبحث الأول لأثر تنفيذ العقد بين المتعاقدين، ونخصص المبحث الثاني لأثر تنفيذ العقد بالنسبة للغير.

المبحث الأول: أثر تنفيذ العقد بين المتعاقدين

يعرف الالتزام بانه هو ارتباط قانوني، الغرض منه حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه، ولفظ (الالتزام) أعم من: من لفظ (التعهد) فلفظ (التعهد) يفهم منه التزامٌ مصدره العقد فيكون (الالتزام) اعم من (التعهد) إذ يتضمن إلى جانب الالتزامات التعاقدية التزامات لا يكون العقد مصدرها[6].

فالعقد كما عرفته المادة (73) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 بان العقد: ((هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)) مما يتوجب على المتعاقدين الالتزام بموجبات أخلاقية التي تنتج عن التزامهم وهي موجب الاخلاص التعاقدي وموجب التعاون عليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين نخصص المطلب الأول لموجب الإخلاص التعاقدي، ونخصص المطلب الثاني لموجب التعاون[7].

المطلب الأول: موجب الاخلاص التعاقدي

إن موجب الاخلاص التعاقدي يتمثل في عدة تصرفات يجب على المتعاقدين أن لا يخرجوا

---

[1] ينظر: مارغيت نقولا أنطوان، مصدر سابق، ص130.

[2] سورة المائدة، الآية (1).

[3] سورة الاسراء، الآية (34).

[4] متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الايمان، باب علامة المنافق (1 /2) (٣٤) وطرقاه (2327، 3007) ومسلم، كتاب الايمان، باب خصال المنافق، (78/1) (58).

[5] ينظر: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، القواعد النورانية، تحقيق محمد حامد الفقي، ج1، دار المعرفة، بيروت، 1399هـ، ص210.

[6] ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، مصدر سابق، ص1.

[7] ينظر: مارغيت نقولا أنطوان، مصدر سابق، ص133.

عنها منها رفض التنفيذ بغير سبب مشروع أو رفض تنفيذ العقد عيناً أو التأخر بالتنفيذ الجزئي هذا الموجب متفرع عن موجب تنفيذ العقد بحسن نية المنصوص عليه في المادة (٢٢١) من قانون الموجبات.

أما في القانون المدني العراقي فقد نصت المادة (١٥٠) منه على: ((1- يجب تنفيذ العقد طبقاً كما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)).

تقدير حسن النية يستند في ذلك إلى معيارين: أحدهما: ذاتي أو شخصي قوامه نية المتعاقدين. والآخر مادي يعتد بعرف التعامل فتقدير سلوك المتعاقد لا يتم بالرجوع إلى نفسيته فقط، بل ما تفرضه طبيعة المعاملة وأصول وشرف التعامل، فناقل البضاعة يجب أن يقوم بنقلها بأنسب الطرق وأقلها كلفة لأصحابها، والمؤمن على منزله من الحريق يجب أن يبذل كل جهد في سبيل منع تفاقم الحريق عند وقوعه، فان سلوك المتعاقد لا يتفق مع شرف التعامل وما يجري عليه العمل فهو سلوك وتنفيذ يخالف حسن النية[1].

وعلى هذا ايضاً، يرى الفقه القانوني العراقي ان معيار حسن النية معيار ذاتي ومادي معاً ذلك لأن القول بانه معيار ذاتي صرف يقتضي الوقوف على نية المدين الباطنة وقت التنفيذ وهو أمر يفضي إلى صعوبة الكشف عن النية واستحالة استقصائها أحياناً ولذلك يستعين القاضي عادة للوصول إليها بمعايير عادية كالعرف وقواعد المهنة ونزاهة التعامل[2].

أو من خلال الرجوع إلى ما تفرضه طبيعة التعامل وأصول المعاملة وشرفها بينه وبين المتعاقد الآخر، فمثلاً في عقد النقل يقتضي شرف المعاملة اتخاذ الناقل أقصر الطرق واقربها وأقلها كلفة على الراكب في دفع الأجرة، فاذا لم يفعل الناقل ذلك فيعدّ مخالفاً لأصول التعامل وشرفه ومن ثم يعد سيء النية[3].

ومن التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها:

((... وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ذلك أن الثابت من أوراق الدعوى والدعوى المرقمة ٧٦٧/ب/٢٠٠٨ وتقرير الخبير المؤرخ في 2011/9/5 وملحقه المتضمن أن المميز/المدعى عليه قد تأخر في إنجاز العمل موضوع المقاولة ولم ينجزه كذلك بالكامل وحيث يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية عملاً بأحكام المادة 1/150 من القانون المدني، لذلك يكون المدعي محقاً في ادعائه بطلب التعويض كما تقضي بذلك المادة ١٦٨ من القانون المذكور وحيث أن المحكمة قد استعانت بخبير قضائي مختص وقدم

---

[1] ينظر: عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة، بغداد، ١٩٧٥، ص20.

[2] ينظر: د. عبد المجيد الحليم عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، ج1، مصدر سابق، ص12.

[3] ينظر: د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص388.

تقريره وكان مفصلاً ومسبباً وعدم الاعتراض عليه فاتخذته المحكمة سبباً لحكمها المميز))[1].

المطلب الثاني: موجب التعاون في تنفيذ العقد

إن موجب التعاون في تنفيذ العقد هو موجب أدبي أخلاقي يؤدي إلى المؤول دون إساءة استعمال الحق، فيفرض أن لا يقوم الدائن بإجبار المدين على التنفيذ في ظروف مرهقة لا تعود بالفائدة عليه بل تشير إشارة واضحة إلى أنه يمارس حقه تعنّتاً وبقصد الاضرار بالمدين، ويفترض موجب التعاون أيضاً قيام المتعاقد بتنفيذ موجبه بأحسن طريقة وأفضلها وباستعمال الوسائل الاكثر أماناً والأكثر سرعة فالسائق الذي يتعاقد مع صاحب البضاعة يتوجب عليه ايصالها سليمه، وبأسهل طريقة وارخص وسيلة واسرع وقت أي ان يعنى بهذه البضاعة وكأنها ملكاً له[2].

إن موجب التعاون في تنفيذ العقد هو متفرع أيضاً عن مبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن نية المادة (٢٢١) موجبات.

إن من ضمان حسن تنفيذ العقد ابتعاد المتعاقد عن تنفيذ التزامه بسوء نية وبقصد الإضرار في المتعاقد الآخر أو التعسف في استعمال حقه في تنفيذ الالتزام بما يلحق ضرر بالمتعاقد الآخر ومن ثم لا تكفي حرية الالتزام في تنفيذ العقد بشكل لا يتفق مع موجب حسن النية بل لابد من تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه وبعيداً عن التعسف واساءة استعمال الحق فاستعمال الحق يصبح غير جائز إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير فالمالك إذا بنى على ملكه فإنه يستعمل حقه، لكنه إذا بنى حائطاً في ملكه وقصد ان يحجب النور عن جاره فإنه يعد متعسفاً في استعمال حقه[3].

فمن استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان ويصبح استعمال الحق غير جائز إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التميز في العراق في قرار لها إلى:

((... القرار غير صحيح ومخالفاً للقانون فقرر نقضه وإعادة إضبارة الدعوى لمحكمتها للدخول في الدعوى موضوعا وفقاً للمادة (7) من القانون المدني واجراء كافة التحقيقات القضائية بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وتكليف المدعيين بإثبات دعواهما من أن خصمهما المدعى عليه وهو يستعمل حقه في دفع الدعوى (دعوى التخلية) قصد إلى الحاق الضرر بهما مع ملاحظة أن هذا القصد يجوز إثباته بجميع طرق الاثبات ومنها القرائن المادية وتكليفهما بإثبات رجحان ضررهما على مصلحة خصمهما رجحاناً كبيرا أي بأن ضررهما يفوق مصلحة خصمهما المدعى عليه. ولمحكمة الموضوع ان تستعين أيضاً بالخبراء ثم تصدر الحكم وفق ما تسفر عنه المرافعة على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة، وصدر القرار

---

[1] قرار محكمة التميز الاتحادية ١٨٩/الهيئة المدينة منقول/٢٠١٤ في 2014/2/9 (القرار غير منشور).

[2] ينظر: مارغيت نقولا أنطوان، مصدر سابق، ص138.

[3] ينظر: المحامي فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقها وقضاء، ج1، مطبعة السيماء، بغداد، 2016، ص63.

بالاتفاق في ٢٢ رجب ١٤١٦هـ الموافق 1995/12/14 م))[1].

المبحث الثاني: أثر تنفيذ العقد بالنسبة للغير

في بداية الكلام لابد من الاشارة إلى أن المشرع العراقي قد سكت عن تحديد معنى (الغير) بالنسبة لأثر العقد، لذا أصبح تعريفه مهمة فقهية[2]، وقد حاول الفقه العراقي أن يعرّف (الغير) على أنه: ((الشخص الأجنبي تماماً عن العقد، أي الشخص الذي لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً أو خاصاً لأحد المتعاقدين ولا دائناً لأي منهم))[3].

بّيْدَ أنَّ هذا الأسلوب في تعريفه (الغير) يثير التساؤل عن المعيار الذي تم بموجبه تحديد معنى (الغير) وعلى الرغم من أن هذا الفقه لم يضع معياراً بهذا الخصوص، إلاّ أن الملاحظ أنه يستند إلى فكرة أن (الغير) هو من لا ينصرف إليه أثر العقد.

وتأسيساً على ما تقدم يمكن فهم مصطلح (الغير) بأنه هو من لا ينصرف إليه أثر العقد أي أنه الشخص الاجنبي تماماً عن العقد والذي لم يكن طرفاً فيه أو خلفاً عاماً أو خاصاً لأحد المتعاقدين أو دائناً لهما.

أن أثر القاعدة الأخلاقية في تنفيذ العقد بالنسبة للغير يمكن رصده في مجالين بارزين الأول: الحفاظ على الثقة العامة في التعاقد والثاني: تنفيذ العقد وفق مقتضيات العدالة عليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول: أثر القاعدة الأخلاقية في الحفاظ على الثقة العامة في التعاقد

إن الإنسان كائن اجتماعي بطبيعته[4] له غريزتان أساسيتان في الحياة هما غريزتا التعايش مع بني البشر وحب الاجتماع والعيش المشترك والتملك التي تصطدم مع غرائز الآخرين وينشأ عنها الاختلاف والنزاع. فالإنسان يحتاج إلى بني جنسه، ونظراً لتصادم هذه الغرائز والحاجات بين البشر في المجتمع، نشأت الحاجة إلى ضرورة إيجاد القواعد القانونية التي تنظم شؤون الحياة [5]، وبالتالي إن تبادل المنافع يصبح أمراً ضرورياً بين أفراد المجتمع عن طريق أجراء المعاملات المالية وذلك بهدف الحصول على المنافع المتبادلة وبالتالي تحقيق المصلحة، إذا الغاية من إجراء المعاملات المالية هي تحقيق المصلحة، وبما أن كل شخص يحاول الحصول على مصلحته، فهو

---

[1] القرار (٢٠١٨/مدنية اولى/١٩٩٥ في 1995/12/14 القرار منشور في كتاب المختار زمن قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج2، اعداد ابراهيم المشاهدي، مطبعة الزمان، بغداد، 1420هـ – 1999م، ص190.

[2] ينظر: د. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية، مطبعة الاعتماد بشار حسين الاكبر لصاحبها محمود الخضري، بدون طبعة وسنة نشر، ص423.

[3] ينظر: د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، ط1، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان الاردن، ٢٠٠١، ص25.

[4] ينظر: د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، وزارة التعليم والبحث العلمي، بغداد، ص27.

[5] ينظر: د. منذر الفضل، أصول القانون الفرنسي والبريطاني دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي، دار آراس للطباعة والنشر، أربيل، ٢٠٠٤، ص15 – 16.

يقوم بترجيح مصلحته على مصلحة الآخرين ومن هنا يبرز التصادم والتعارض بين المصالح المختلفة، وعليه فإن النظام القانوني لابد أن يقوم بحل التعارض بين المصالح المتعارضة لكي تستقر المعاملات بين الناس، ومن هنا يظهر دور المصلحة في نشأة القانون وكذلك تطبيقه[1].

هذا ولقد سبق أن عرف (اهرنج) الحق بأنه مصلحة يحميها القانون[2]، وكذلك أكد على هذا المفهوم للقانون العميد (روسكو باوند) حيث يعد المصلحة هي الأساس الصحيح للقانون ويرجع ذلك إلى إن القانون هو مجرد أداة لتحقيق التعايش السلمي بين المصالح الفردية المتعارضة[3]، ولقد أخذ (روسكو باوند) من (جيرمي بينتام) و(اهرنج) فكرة المصلحة كعنصر أساس في الحياة القانونية[4] فنص القانون عنده يدور وجوداً وعدماً مع المصلحة الاجتماعية فالأخيرة هي المعيار الأساس ولقد اجتهد العميد (باوند) في وضع تحديد مفهوم المصلحة الاجتماعية لذا عرفها بما يأتي:

(المطلب أو الرغبة الخاصة بالكائنات البشرية التي تسعى نحو تحقيقها، والقانون لا يعير أهمية للمصلحة إلاّ بقدر صلتها بالمجتمع، فالقانون يرتبط بالمصلحة الاجتماعية وليس بالمصلحة القانونية)[5]، ومن خلال ربط القانون بالمصلحة الاجتماعية وجعل الأخيرة الأساس الحقيقي للقانون، والهدف الذي من أجله ظهر القانون كوسيلة فقد قرر (روسكو باوند) أن غاية القانون، تتمثل في تحقيق الآتي:

1. أحداث التوازن للمصالح المختلفة والتوفيق بينها.
2. مراعاة مصالح الأفراد وتحقيق القدر الملائم من أهدافهم ومصالحهم.
3. اقامة نظام قانوني عادل.

ومن المسلم به أن الحياة في المجتمع تفرض بين الأشخاص وجود مجموعة متعددة من العلاقات في شتى المجالات، ولاسيما في مجال المعاملات المالية. وحيث ان المال عبارة عن حق ذي قيمة اقتصادية والحق ما هو إلاّ وسيلة التحقيق المصلحة[6].

إذا لابد ان نعرف المصلحة، وحيث ان هناك تعريفات عدة جاءت بشأن مفهوم المصلحة بعضها تنظر إلى المصلحة من زاوية النتيجة،

---

[1] ينظر: د. أحمد ابراهيم حسن، غاية القانون (دراسة في فلسفة القانون)، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، بلا ذكر سنة طبع، ص221 – 222.

[2] ينظر: د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، مصدر سابق، ص223.

[3] ينظر: د. احمد ابراهيم حسن، المصدر نفسه، ص223.

[4] ينظر: د. إحسان محمد الحسن، علم الاجتماع القانوني، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٨، ص175.

[5] ينظر: د. احمد ابراهيم حسن، المصدر نفسه، ص225.

[6] ينظر: د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المصدر نفسه، ص224.

وهي المنفعة ومنها تعريف البعض[1]، بأنها: (جلب منفعة أو دفع مضرة)، كما عرفها آخر[2] بأنها تأتي بمعنيين احدهما حقيقي وهو ذات الوسيلة التي تؤدي إلى المنفعة وثانيهما مجازي فهو الوسيلة التي تسبب المنفعة أن هذه التعريفات بعضها يعتد بالجانب المجازي والآخر بالجانب الحقيقي فإن أحدهما لا يختلف عن الآخر لأن كلا الاتجاهين يجعل المنفعة عنصراً جوهرياً في المصلحة[3].

وبما ان الإرادة هي المحرك الأساس لكثير من المعاملات المالية[4] فإنها تحتاج إلى وضع الأرضية السليمة لبناء الثقة في التعامل، فيجب أن تحترم فيما تنشؤه من تصرفات وأعمال قانونية.

ولما كانت الإرادة تحتل هذا الدور البارز في مجال المعاملات المالية عليه وبغية تهيئة الأرضية المناسبة لكي يعلم فيها المتعامل سلفاً نتائج تصرفاته ومعاملاته وأن تحترم توقعاته عن طريق إلحاق اليقين، والثبات بالمراكز القانونية بغية تحقيق التنظيم القانوني السديد وإيجاد الاستقرار والأمان وهذا هو أساس كل تطور في الحياة.

حاصل القول أن توفير وتأمين الثقة المشروعة للمتعامل لكي يثق بالمراكز القانونية وبالنظام القانوني الذي ينظم معاملاته ويحكم منازعاته وذلك بإلحاق اليقين والثبات في المراكز القانونية وبالتالي خلق جو من الأمان والاستقرار لكي يشعر المتعامل (الفرد) بالطمأنينة والراحة، أي توفير وتأمين الأمان الفردي هذا من جانب إلاّ إنه من جانب آخر فإن المجتمع بحاجة إلى توفير وتأمين الأمان الجماعي المتمثل بحماية أمن التعامل وتأمين الثقة المشروعة في المجتمع بغية تنشيط الحركة الاقتصادية وتشجيع التبادل فإن توفير الثقة المشروعة للمتعاملين يقتضي حماية أمن التعامل وذلك عن طريق إيجاد بعض الوسائل والنظم القانونية (كالشكلية) وحماية الأوضاع الظاهرة والتقادم... الخ) وهذا ما أطلق عليه الاستقرار الحركي لدى الفقيه الكبير (ديموج)[5].

إن توفير وحماية الثقة العامة يعدّ أحد المبررات القوية للأخذ بـ (مبدأ استقرار المعاملات) ويقصد بالثقة العامة تلك الثقة التي يعطيها المجتمع في مختلف المظاهر الضرورية لاستقرار العلاقات والروابط الاجتماعية في شتى المجالات والثقة عنصر أساس في المجالات القانونية والاقتصادية

---

[1] ينظر: محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الاصول، ج1، ط1، طبعة منقحة، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، ١٩٩٧، ص416.

[2] ينظر: محمد مصطفى الشلبي، تعليل الاحكام، القاهرة، 1945، ص279.

[3] ينظر: د. محمد شريف أحمد، لتجديد الاسلامي في الفقه والفكر ضروراته وامكاناته، بحث منشور في مجلة اسلامية المعرفة، تصدر عن المعهد العالمي للفكر الاسلامي، واشنطن العدد (٣٠)، السنة (٨)، 2002، ص153.

[4] ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وآخران، مصادر الالتزام، ج1، مصدر سابق، ص23.

[5] ينظر: د. عدنان ابراهيم السرحان، الاوضاع الظاهرة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة جامعة بغداد، 1986، ص144.

والمالية، والسياسية وفي العلاقات العائلية والودية والفكرية التي يقيمها الأفراد فيما بينهم وانعدام هذه الثقة أمر تستحيل معه الحياة بصفه عامة[1].

نخلص من كل ما تقدم أن أثر تنفيذ الالتزام بالنسبة للغير يجب أن لا يخل بالثقة العامة للتعاقد حفاظاً على المراكز القانونية للأفراد وتطبيقاً لمبدأ ((استقرار المعاملات)) الذي يقضي بعدم سريان العقد على الغير حسن النية ومن منظور أخلاقي.

ومن التطبيقات القضائية ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها إلى:

((... وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لأن دعوى المدعية هي أن شقيقتها قد استحصلت على قسام شرعي كونها الوريثة الوحيدة لوالدتها واستناداً للقسام الشرعي المذكور باعت العقار إلى عدد من المشترين، ثم استحصلت المدعية على قرار من محكمة الأحوال الشخصية بتصحيح القسام المذكور وإدخالها وارثة مع المدعى عليها للمتوفاة المذكورة أعلاه وطلبت إبطال قيد العقار موضوع الدعوى... وحيث أنه قد ثبت للمحكمة من التحقيقات الجارية في موضوع الدعوى أن العقار المُشار إليه كان مسجلاً باسم والدة الطرفين ثم جرت معاملة انتقال استناداً للقسام الشرعي ٩٣/قسام/٢٠٠٠ حيث باعت المالكة المدعى عليها العقار إلى المشترين وسجل العقار باسمهم في دائرة التسجيل العقاري ثم صحح القسام الشرعي المشار اليه بالدعوى الشرعية ٢٤٥٩/ش/ ٢٠١٤ وأصبحت المدعية وريثة مع المدعى عليها وأصبح لكل منهن سهماً واحداً.. وحيث ان العقار جرت عليه عدة تصرفات قانونية وإن إعادة تسجيل العقار إلى مورثة المتداعيين سيؤثر على استقرار المعاملات وبإمكان المدعية الرجوع على المدعى عليها بالتعويض، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية الهيئة العامة في قرارها ٦١/هيئة عامة/٢٠١٦ في 2017/2/27 وحيث ان محكمة الاستئناف خالفت وجهة النظر المتقدمة قرر نقضه...))[2].

المطلب الثاني: أثر القاعدة الأخلاقية في تنفيذ العقد بالنسبة للغير وفق مقتضيات العدالة

إن الشرائع لم تخل من احكام العدالة سواء أكانت شرائع سماوية أم وضعية[3]، والشاخص للعيان أن للعدالة مكاناً بارزاً في القوانين الوضعية إذ نجدها ساطعةً منطوقاً ومعنى ومصداق ذلك نصت (الفقرة الثانية) من المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) ونص

---

[1] ينظر: د. نعمان محمد خليل جمعة، اركان الظاهر كمصدر للحق ا(لتنازع بين القانون والواقع المستقر) منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، منظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 1977، ص47.

[2] قرار محكمة التمييز الاتحادية 3982/٨٩٨٣/3984/الهيئة الاستئنافية ٢٠١٧ في 2017/7/3 (القرار غير منشور).

[3] ينظر: د. جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة، ط1، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 2001، ص21.

القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

فالعدالة هي: أساس عام يحيط بالنصوص الشرعية أو بعبارة أخرى العدالة هي روح فكرية تثبت في الأحكام النصية وتستلهم في الأحكام الاجتهادية[1].

أما تعريف قواعد العدالة من الناحية القانونية: (فيقصد بها تحقيق العدل في حالة خاصة، وذلك بتطبيقه على واقعة معينة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منه مطابقاً لظروفها الخاصة) [2]، إلاّ أن هذا التعريف لقواعد العدالة على عناصر مهمة جداً إلاّ أنه لا يمكن عدَّه تعريف مانع جامع للعدالة؛ لأن قواعد العدالة ليست واضحة المعالم بيّنه المدلول.

عرّف بعض الفقهاء[3] العدالة: بأنها شعور غريزي يدفع إلى أن اختيار أفضل الحلول وأكثرها اتفاقاً مع الغرض من النظام القانوني، على أن التعريف الذي يقول به معظم الفقهاء يتلخص في أن العدالة – تحقيق العدل في حالة خاصة، وذلك بتطبيقه على واقعة معينة أو حالة فردية، ليكون الحكم المستمد منه مطابقاً لظروفها الخاصة، فإذا طبق القاضي فكرة العدل على قضية معروضة أمامه مراعياً في ذلك ما يحيط بها من ظروف، كان الحكم الذي يصدره حكماً عادلاً، فالذي يميز العدالة هو خصوصيتها وتعلقها بحالة فردية خلافاً للعدل الذي لا يحفل إلاّ بالمبادئ العامة، وبهذا يبين عيب المادة الأولى من التقنين المدني التي تحيل إلى ((قواعد العدالة))، فالواقع أنه لا توجد للعدالة قواعد؛ لأن ما هو عادل لا يظهر إلاّ عند النظر في حالة خاصة لها، وعندئذ فقط يمكن وصف هذا الحل بأنه عادل أم غير عادل، ((فالعدالة تنبو بطبعها عن أن تكون حبيسة قاعدة مجردة، وتتنافر كل التنافر مع تهيئة الحكم الذي تحتويه تلك القاعدة ذلك أن العدالة تصطنع الحكم الذي يتناسب مع الوضع المحسوس، وهذا لا يتصور منطقاً وعقلاً إلاّ إذا عرض مثل هذا الوضع فعلاً في نطاق الحياة العملية، فالحكم الذي يستمد من وحي العدالة لا يمكن أن يكون

---

[1] ينظر: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط1، الناشر بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص256.

[2] ينظر: سعيد سعد عبد السلام، المدخل في نظرية القانون، مطابع الولاء الحديثة، شبين الكوم، ط1، مصر، 2002 – 2003، ص244.

[3] ينظر: د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت وكليه الحقوق والشريعة، القانون الخاص ١٩٧٢، ص218، وكذلك: د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ط2، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢، 1952، ص265.

حكماً مهيئاً، بل هو حكم لا حق[1]، لا يوجد إلاّ بعد وجود الحالة التي يقد على قوامها[2].

الخلاصة أن العدالة هي مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة.

على أن الشارع لا يعطى المفسر، بإحالته إلى ((مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة))، مجموعة من القواعد يستقى منها الحلول عند قصور المصادر الرسمية، وإنما يعين له موجهاً أن يحدد نشاطه الذهني في اختيار تلك الحلول، ومنعه من أن يتأثر، وهو في هذا السبيل، بميوله ونزعاته الخاصة، أو أن يستمدها من وحي مثله العليا الشخصية. وبمعنى آخر، تلك العبارة ((لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني، وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، وهي تقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص))، فالعدالة ((إنما هي أساس عام يحيط بالنصوص الشرعية، أو بعبارة أخرى روح فكرية ثبتت في الأحكام النصية، وتستلهم في الأحكام الاجتهادية))[3].

والجدير بالإشارة أن المشرع العراقي في قانونه المدني وفي الفقرة (2) من المادة (1) منه وفي الشق الأخير من الفقرة المذكورة إحالة إلى قواعد العدالة في حالة عدم وجود نص تشريعي ممكن تطبيقه (... فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) [4]، ومن ثم القول أن ما نسب من عيب لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري رقم (١٣١)، لسنة (١٩٤٨) بالإحالة إلى ((قواعد العدالة)) يصدق على اتجاه المشرع العراقي في هذا الصدد الذي حذى حذو المشرع المصري.

وواضح أن العدالة تهدف إلى إملاء الحلول المنصفة وتفضي إلى مراعاة دقائق ظروف الناس ومصالحهم، وتخفف كثيراً من روح الاستبداد والاستئثار وهي في ذلك تعني العدالة الحقيقية والفعلية[5]، ويمكن تحديد: أثر قواعد العدالة في اتجاهين هما[6]:

- **الاتجاه الأول:** إنها تلهم المشرع طائفة من أحكام ما بسنه من قواعد ذلك: لأن على المشرع باعتباره الأخذ بيد مجتمعه في طريق الصلاح والتقدم والعامل على إشاعة روح الخير والعدل في الحياة القانونية أن

---

[1] ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط2، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م، ص 137.

[2] ينظر: حسن بغدادي، النقص الفطري في أحكام الشرائع، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين العراقيين بغداد، العدد الرابع، بغداد، 1945، ص394.

[3] ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص136.

[4] ينظر: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط1، الناشر بيت الحكمة، بغداد، 2002، ص256.

[5] ينظر: د مصطفى الزلمي، عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1989، ص238.

[6] ينظر: د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، مصدر سابق، ص151.

يتشبع بروح الإنصاف في وضعه الأحكام وأن يهدف إلى السمو بالتنظيم الاجتماعي فيما يشرعه وهو إذا ما ألتفت صوب قواعد العدالة فستلهمه ما ينبغي أن يفعل وستحثه على السير بقانونه قدماً في طريق الكمال.

- **الاتجاه الثاني:** إن المشرع غالباً ما يحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو إلى قواعد العدالة فقط إذا افتقد القاعدة القانونية في المصادر الرسمية المعروفة للقانون للبت في النزاع المطروح أمامه كي يحول دون نكوله عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة يستنبط منها حكمه. وقد نص على ذلك كل من المشرع العراقي والمشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقنينهما المدنيين.

مع إن هذه القواعد ليست واضحة المعالم بينة المدلول إلاّ أن على القاضي أن يجتهد برأيه لحسم النزاع وفق ما يقتضيه الشعور بالإنصاف من تقرير العدل بين الناس وعلى القاضي في رجوعه إليها واجتهاده أن يصدر عن اعتبارات موضوعية لا عن اعتقاده الذاتي فلا يحق له أن يبني حكمه عن أفكاره الخاصة أو أن يطبق ما كان يضعه من القواعد لو أنيط به تشريعها وإلا أصبح مشرعاً.....

ومن نافلة القول فإن على القاضي أن يتأثر في حكمه بالاعتبارات الموضوعية التي تحيط بمجتمعه وأن يسترشد بالمبادئ الأساس للقانون التي تستنبط منها القواعد التفصيلية سواء كانت المبادئ العامة التي ترتكز عليها تشريعات بلاده أم المبادئ المشتركة بين قوانين الأمم المختلفة التي يسهل التعرف عليها عن طريق الإلمام بأحكام القانون المقارن والاتفاقات الدولية[1].

وقد كان لتأثير قواعد العدالة في حقل القضاء يد طولى في تطور القانون المعاصر فقد عمل القضاء عن طريق الاجتهاد وغياب المصادر الرسمية للقانون على تلافي قصور التشريع وسد نقائصه بتقرير عدد من النظريات والأحكام العادلة كنظرية تحمل التبعة وأحكام المسؤولية التقصيرية المبنية على خطأ مفروض قابل لإثبات العكس أو غير قابل له وأحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية قبل أن يتولى المشرعون أغلب هذه النظريات والأحكام بالإقرار والحماية وصوغها في نصوص تشريعية.

وعلى هدي ما تقدم فإن أثر القاعدة الأخلاقية في تنفيذ العقد بالنسبة للغير ووفق مقتضيات العدالة يتطلب من الناحية الأخلاقية عدم الحاق الضرر بالغير عن العقد عند تنفيذه وفقاً لاعتبارات العدالة.

ومن التطبيقات القضائية ذهبت محكمة التميز الاتحادية في العراق في قرار لها إلى:

((... إذا كانت المدعية القيمة على زوجها المفقود قد أقامت الدعوى أمام محكمة بداءة الكرخ لمطالبة المدعى عليهم المشترين للعقار موضوع الدعوى من ورثة المتوفي والد زوجها المفقود المذكور وذلك بموجب القسام الشرعي الذي تم استصداره بعد ان تم حجب حصة زوجها المفقود

[1] المصدر نفسه، الصفحة نفسها (باختصار وتصرف).

منه وطلبت إبطال قيد العقار المذكور وإبطال القسام الشرعي الذي تم البيع بموجبه بعد قيامها باستصدار قسام شرعي صحيح جديد ورد فيه اسم زوجها باعتباره أحد الورثة فإنَّ الحكم للمدعية على موجب عريضة دعواها غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن معاملة الانتقال والبيع بأسماء المشترين. تمت وفق قسام شرعي صدر من محكمة المواد الشخصية وان المشترين كانوا حسني النية وانهم لا يتحملون مسؤولية حجب اسم احد الورثة من القسام وبإمكان المدعية الرجوع على الورثة بالتعويض...))[1].

الواضح من قرار محكمة التمييز الاتحادية تطبيقه السليم للقانون ومراعاته على عدم تحميل المشترين حسني النية وزر اعمال بعض الورثة وهذا التوجه في جوهرة إنما هو من مقتضيات تحقيق العدالة وفق أسس ومفاهيم أخلاقية راقية وانصاف الغير حسن النية.

الخاتمة:

بعد أن نفذ مداد البحث واستكملت اركانه، واستوى على سوقه، وأفصح واوضح عن مضمون هذا البحث الموسوم ((البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية الالتزام التعاقدي أنموذجاً)) لابد وأن ندون في نهاية البحث خاتمة لأهم النتائج والتوصيات والتي نتناولها في فقرتين تباعاً:

أولاً: النتائج:

- الأخلاق تخضع الفرد لضميره في تطلعه الدائم للسمو والكمال بينما يخضع القانون رغبات الفرد لمصلحة الجماعة في سعيها الحثيث إلى تحقيق صالحها وإقامة النظام وتحقيق الاستقرار.
- لا يمكن بأي حال من الاحوال إنكار أثر القاعدة الأخلاقية في سبب العقد وموضوعه، وضرورة مراعاة البُعد الأخلاقي عند تنفيذ العقد بين طرفيه أو بالنسبة للغير عن العقد.
- من مقتضيات القاعدة الأخلاقية في تنفيذ العقد بالنسبة للغير الحرص على عدم لحوق ضرر للغير لاعتبارات مردها إلى الحفاظ على الثقة العامة بالتعاقد مراعاة لمبدأ استقرار المعاملات ووفق ما تقضي به قواعد العدالة.
- كانت للأحكام القضائية بصمة واضحة في ترجمة دور القاعدة الأخلاقية في إبرام العقد وتنفيذه سواء بين المتعاقدين بالنسبة للغير عن العقد.

ثانياً: التوصيات:

- ضرورة الاهتمام في دور القاعدة الأخلاقية في إبرام العقد وتنفيذه والتركيز على إظهار النزعة الأخلاقية في صرع إبرام العقود.
- العمل على إيجاد معايير واضحة ومحددة لضمان حسن تنفيذ العقد تعتمد على أسس أخلاقية منها حسن النية والتعاون الجاد والمشرف بين المتعاقدين.
- التأكيد على العمل على توفير ضمانات كافية لحماية الغير عن العقد عند تنفيذه

[1] قرار محكمة التمييز الاتحادية ٦١/الهيئة العامة/2016 في 2016/12/27 (القرار غير منشور).

وفق مبررات حماية الثقة العامة في التعاقد ووفق مقتضيات العدالة.

- ضرورة توحيد المبادئ القضائية في مجال البُعد الأخلاقي للقواعد القانونية في إبرام العقود وتنفيذها وجعلها متاحة إلى جميع العاملين في سوح القصاء من القضاة ومحامين من خلال نشرها في مجلات دورية متخصصة بنشر الأحكام القضائية.

وختاماً ما اوردنا من آراء هي اجتهادات شخصية تقبل الخطأ. والصواب، فإن أخطأنا فمن أنفسنا وإن أصبنا فبفضل من الله وتوفيقه وفوق كل ذي علم عليم.

المراجع والمصادر

القرآن الكريم

أولاً: المعاجم اللغوية:

- الامام ابو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري المتوفي (256) صحيح البخاري، ومعه هدي الساري شرح غريب صحيح البخاري للإمام ابن حجر العسقلاني المتوفي (٨٥٣) تحقيق خليل مأمون شيحا، ط2، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1428هـ - 2007 م.
- الامام ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد السابع، ط4، دار صادر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.
- الامام شمس الدين ابي عبد الله محمد بن قيم الجوزية، إعلام الموقعين حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه بشير محمد عيون، ج1، ط1، مكتبة دار البيان، دمشق سوريا، 2000.
- علي بن محمد بن علي الجرجاني، كتاب التعريفات، ط1، تحقيق عادل انور خضر، دار المعرفة، بيروت، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧.
- محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الاصول، ج1، ط1، طبعة منقحة، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، ١٩٩٧. د. أحمد ابراهيم حسن، غاية القانون (دراسة في فلسفة القانون)، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، بلا ذكر سنة طبع.

ثانياً: الكتب:

- ابراهيم المشاهدي، المختار زمن قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج2، مطبعة الزمان، بغداد، 1420هـ - 1999م.
- د. إحسان محمد الحسن، علم الاجتماع القانوني، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٨.
- د. أحمد ابراهيم حسن، غاية القانون (دراسة في فلسفة القانون)، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، بلا ذكر سنة طبع.
- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، القواعد النورانية، تحقيق محمد حامد الفقي، ج1، دار المعرفة، بيروت، 1399هـ.
- القاضي احمد عزيز جايد الخيون، الدفع بالتقادم وتطبيقاته القضائية، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.

- إمام عبد الفتاح إمام، الأخلاق والسياسة دراسة في فلسفة الحكم، بدون طبعة، الهيئة المصرية للكتاب، القارة، 2010.
- د. امير فرج يوسف، العقد والإرادة المنفردة، نشر المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.
- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المعارف بمصر، 1962 أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المعارف بمصر، 1962.
- أنور العمروسي، البيوع الباطلة في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، شركة ناس للطباعة، القاهرة.
- د. جلال محمد ابراهيم، التعامل في التركات المستقبلية نشر لجنة التأليف والتعريب والنشر لجامعة الكويت، الكويت، 1995.
- د. جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة، ط1، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 2001.
- القاضي جهاد صالح العتبي، القواعد القضائية في شرح القانون المدني، العقد، ط1، ج2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1435هـ – 2014م.
- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1949.
- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، ١٩٧٦.
- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة د. صلاح دباغ، مراجعة د. احمد مسلم، تقديم د. فهد الزميع، مركز نهوض للدراسات والبحوث، ط1، بيروت، لبنان، ٢٠٢١.
- د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط1، الناشر بيت الحكمة، بغداد، 2002.
- د. سامية محمد جابر، القانون والضوابط الاجتماعية، 1984.
- سعيد سعد عبد السلام، المدخل في نظرية القانون، مطابع الولاء الحديثة، شبين الكوم، ط1، مصر، 2002 – 2003.
- المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج1، شركة الطبع والنشر الاهلية (ذ.م.م)، بغداد، ١٩٦٢.
- د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ط2، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢، 1952.
- د. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية، مطبعة الاعتماد بشار حسين الاكبر لصاحبها محمود الخضري، بدون طبعة وسنة نشر.
- د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، ط1، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان الاردن، ٢٠٠١.

- د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، وزارة التعليم والبحث العلمي، بغداد.
- عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة، بغداد، ١٩٧٥.
- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت وكليه الحقوق والشريعة، القانون الخاص ١٩٧٢.
- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، الطبعة الثانية الجديدة، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق سوريا، 2006.
- د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، بغداد، ١٩٦٧.
- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط5، مطبعة نديم بغداد، ١٩٧٤.
- د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2023.
- القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط1، المركز العربي للبحوث والدراسات العلمية، مصر، ١٤٤٠هـ ٢٠١٩ م.
- القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، الوجيز في أحكام المسؤولية الجنائية للشاهد في القانون العراقي دراسة مقارنة، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٢.
- فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، ط1، بغداد، 2009.
- المحامي فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقها وقضاء، ج1، مطبعة السيماء، بغداد، 2016.
- مارغيت نقولا أنطوان مارورديس، العنصر الأخلاقي في العقد، ط1، مكتبة صادر، ناشرون ش. م. م، 2007.
- د. محمد جابر الدوري، عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٨٨.
- د. محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء (عربي – إنجليزي – فرنسي)، ط3، دار النفائس، بيروت، لبنان ١٤٣١ هـ – 2010م.
- د. محمد سعود المعيني، أثر التقادم في الفقه الاسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٠.
- د. محمد شريف نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين المدني

والاسلامي، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٨٢.
- د. محمد عبدالله دروازة، دستور الأخلاق في القانون، تعريب وتحقيق وتعليق د. عبد الصبور شاهين، مراجعة السيد محمد بدوي، اعاد تحقيقه والتعليق عليه الاستاذ سامي الغريري، ط1، مؤسسة دار الكتاب الاسلامي، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣.
- محمد مصطفى الشلبي، تعليل الاحكام، القاهرة، 1945.
- د. محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة، مفهوم السبب والمحل في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٠٦ هـ/١٩٨٦.
- د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط2، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م.
- د مصطفى الزلمي، عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1989.
- د. منذر الفضل، أصول القانون الفرنسي والبريطاني دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي، دار آراس للطباعة والنشر، أربيل، ٢٠٠٤.
- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديد الاسكندرية، ٢٠١٢.
- د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدينة والتجارية، ط1، 1984.
- د. نعمان محمد خليل جمعة، اركان الظاهر كمصدر للحق ا(لتنازع بين القانون والواقع المستقر) منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، منظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 1977.
- هيجل، العقل في التاريخ، ترجمة امام عبد الفتاح إمام دار التنوير، بيروت، عام 1981.
- د. ياسين عمر ياسين، فكرة القانون، الدار الوطنية للنشر والتوزيع، 2020.
- د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008.

ثالثاً: الرسائل الجامعية:

- د. عدنان ابراهيم السرحان، الاوضاع الظاهرة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة جامعة بغداد، 1986.

رابعاً: البحوث والمقالات:

- د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، ج2، مجلة القانون والاقتصاد، مصر، ع2، س2.
- حسن بغدادي، النقص الفطري في أحكام الشرائع، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين العراقيين بغداد، العدد الرابع، بغداد، 1945.

- حسين الخطيب، المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي، مقال، منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقيين الاعداد (1 و2 و3 و4) السنة 36، 1981.
- د. محمد شريف أحمد، لتجديد الاسلامي في الفقه والفكر ضروراته وامكاناته، بحث منشور في مجلة إسلامية المعرفة، تصدر عن المعهد العالمي للفكر الاسلامي، واشنطن العدد (٣٠)، السنة (٨)، 2002.

خامساً: القوانين:

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة ١٩٧٩.