

تكميل العقْد

(دراسة مقارنة)

تأليف

خالد عبد حسين الحديثي



منشورات الجبابرة المحترمة

تكميل العقد

(دراسة مقارنة)

تأليف

خالد عبد حسين الحديثي

منشورات الحلبي الحقوقية

منشورات الحلبي الحقوقية

AL - HALABI

LEGAL - PUBLICATIONS

© جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

2012

All rights reserved ©

ISBN 978-614-401-268-0



9 786144 012680

منشورات الحلبي الحقوقية

فرع أول: بناية الزين - شارع القنطاري

قرب تلفزيون إخبارية المستقبل

هاتف: 364561 (+961-1)

هاتف خليوي: 640821 - 640544 (+961-3)

فرع ثان: سوديكو سكوير

هاتف: 612632 (+961-1)

فاكس: 612633 (+961-1)

ص.ب. 11/0475 بيروت - لبنان

E - mail elhalabi@terra.net.lb

www.halabilawbooks.com

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بأية وسيلة من الوسائل - سواء التصويرية أم الإلكترونية أم الميكانيكية، بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي والتسجيل على أشرطة أو سواها وحفظ المعلومات واسترجاعها - دون إذن خطي من الناشر.

إن جميع ما ورد في هذا الكتاب من أبحاث فقهية وآراء وتعليقات وقرارات قضائية وخلصاتها، هي من عمل المؤلف ويتحمل وحده مسؤوليتها ولا يتحمل الناشر أية مسؤولية لهذه الجهة. كما أن الناشر غير مسؤول عن الأخطاء المادية التي قد ترد في هذا المؤلف ولا عن الآراء المقدمة في هذا الإطار.

All rights reserved ©

AL - HALABI Legal Publications

No parts of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ إِلَّا لِتُبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي
اختلفوا فيه وَهُدًى وَرَحْمَةً لِقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ ﴾

سورة النحل: الآية 64

الإهداء

إلى روح والديّ إجلالاً وإكراماً ورحمة من الله تعالى

وإلى إخواني .. شقيقتي .. عائلتي .. أخي د. صلاح الحديثي

وإلى كلّ من ساهم في رفدي بالعطاء،

وإلى أستاذي وأخي الكبير الدكتور عبد الفتاح حجازي

أهدي جهدي المتواضع

خالد

شكر وتقدير

أحمد الله حمداً كثيراً وأصلي وأسلم كثيراً على نبينا وشفيعنا محمد ﷺ.

وبحمد الله كثيراً وتوفيق منه أنجزت رسالتي هذه ويسعني أن أقدم شكري وتقديري إلى أستاذي الكبير الجليل الدكتور عبد الفتاح حجازي الذي تكرم مشكوراً بالإشراف على رسالتي وواكب وصبر وقدم كل الدعم لي، الله أسأل له التوفيق والصحة وجزاه عني كل خير.

كما أقدم شكري وتقديري إلى أخي الدكتور صلاح الحديثي الذي رافقني وكان عضدي قبل وأثناء البحث والدكتور عبد جمعة الربيعي والدكتور ياسين الحلفي وبعده والأخ الأستاذ نائر العاني والأخ القاضي عبد الله الألوسي والأخ عاطف الحديثي والأخ أبو حنان مسؤول مكتبة المعهد القضائي والأخوات سعدية وزميلاتها في مكتبة كلية القانون، جامعة بغداد، والأخ المحامي خالص العجيلي الذي كان له السبق في الوصول إلى هذه النتيجة وعلى كل من صبر على إلحاحي في الحصول على المعلومة والمصدر.

والله ولي التوفيق

المقدمة

يعد العقد من أهم أدوات التعامل بين الأشخاص لتحقيق أهداف معينة على صعيد العلاقات القانونية والاقتصادية، فالشخص عندما يقدم على إبرام عقد ما، فإنه يرغب في إشباع حاجة معينة لا يستطيع إشباعها بمفرده، فهو وسيلة الفرد لتحقيق غاياته، لذلك كانت القواعد التي تحكم العقد سواء كانت متعلقة بإنشائه أو بتنفيذه عرضه للتغير والتبدل وبتطور حاجات الأفراد وتنوعها والفلسفة الاقتصادية والسياسية السائدة في المجتمع، فقد كانت الالتزامات المتولدة من العقد مثار جدل كبير من جهة اقتصارها على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين أم شمولها للالتزامات أخرى وإن لم تتصرف إليها إرادتهما، بيد أن المتعاقدين قد يغفلان تنظيم بعض المسائل التفصيلية التي قد تنشأ من العقد لأنها لم ترد بذهنهما أو لأنهما لم يتوقعاها ذلك أن تنظيم كل المسائل التفصيلية يتطلب درجة عالية من الدقة بموضوع العقد وهذا ما يفوق قدرة المتعاقدين في كثير من الأحوال، وخاصة مع السرعة في إنجاز المعاملات وإبرام العقود حيث يتم التركيز على المسائل الجوهرية في العقد دون غيرها، وهنا فإن العقد قد لا ينظم بعض المسائل الجزئية أو قد لا يتناول بعض أوجه العلاقة بين الطرفين، وهذا مما لا يؤثر على صحة العقد لأن المشرع أجاز انعقاد العقد بالإتفاق على المسائل الجوهرية فقط وهنا سنكون أزاء عقد غير كامل لأنه لم يضع تنظيمياً لكافة المسائل التي لا بد من مواجهتها ومن ثم يكون بحاجة إلى التكميل، كما أن العقد قد يكون بحاجة إلى التكميل أيضاً إذا كان لا يتضمن الالتزامات التي بدونها لا يتحقق الغرض المقصود منه أو التي بدونها يتعذر على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه.

من هنا أصبحت عملية تكميل العقد وسيلة يستطيع من خلالها القاضي التدخل في تحديد الالتزامات التي ينتجها العقد، وهذا التدخل ينتج التزامات أبعد ما تكون عن الالتزامات التي أُرداها الطرفان، وحجة القاضي في هذا التدخل هو إعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين، وإن التكميل يعني قيام القاضي بإضافة التزامات إلى مضمون العقد الأصلي على وفق المعايير التي وضعها المشرع، لكن ماهية تكميل العقد ومفهومه وما هو تمييز التكميل عن باقي الأوضاع القانونية من مثل التفسير، التكيف والتصحيح وما هو الأساس القانوني للتكميل وما هي حالات التكميل وما هي أسبابه وطرقه، بالإضافة إلى ذلك ما هو دور القاضي في تكميل العقد وما هو المعيار القانوني للتكميل وما هو دور الرقابة القضائية على دور القاضي في تكميل العقد، كل هذه الأسئلة والاستفسارات تحتاج إلى جواب شافي عليها بالرغم من الصعوبات التي واجهناها في هذا البحث من ندرة كتابات الفقه العراقي حول موضوع تكميل العقد والحالات التي يتدخل بها القاضي في تكميل العقد وكذلك الكتابات التي عالجت الالتزامات الجديدة التي أثرت مضمون العقد وغياب التطبيقات القضائية العراقية، وقد اعتمدنا في بحثنا على الفقه والقضاء الفرنسي والمصري أمليين أن نصل إلى إعطاء هذا الموضوع أهمية أكبر في المستقبل وقد تناولنا في بحثنا الموضوع في ثلاثة فصول الأول في ماهية تكميل العقد والثاني الأساس القانوني لتكميل العقد والثالث في دور القاضي في تكميل العقد.

الفصل الأول

ماهية تكميل العقد

تمهيد:

تعني فكرة تكميل العقد أو افتراض أن هناك عقداً صحيحاً قد تم بين أطرفه إلا أن هناك بعض المسائل الثانوية لم يتطرق إليها المتعاقدون مع أنها ضرورية لتنفيذ العقد تنفيذاً يحقق الغرض الذي قصده من وراء انعقاده، وهذا يعني أن العقد ناقص التنظيم ومن أجل الوقوف على ماهية تكميل العقد فإن الأمر يقتضي الوقوف أولاً: على مفهوم تكميل العقد ومن ثم ثانياً: تمييز تكميل العقد عما يشبهه من أوضاع قانونية أخرى وذلك في المبحثين الآتيين:

1- المبحث الأول: مفهوم تكميل العقد.

2- المبحث الثاني: تمييز التكميل عن الأوضاع المشابهة له.

المبحث الأول

مفهوم تكميل العقد

تمهيد:

عرف المشرع العراقي العقد في المادة (73) من القانون المدني العراقي بأنه ((ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)) الإيجاب ومن ثم القبول ما هما إلا تعبيرين عن إرادتين أو أكثر، هم أطراف العقد، ولذلك نرى الفقهاء يعرفون العقد بأنه تطابق إرادتين أو أكثر ترتب آثاراً قانونية، مركزين في ذلك على الإرادة النفسية أو الإرادة الباطنة، أو تطابق تعبيرين عن إرادتين أو أكثر بقصد إحداث آثار قانونية وذلك بالارتكاز إلى التعبير عن الإرادة أو الإرادة الظاهرة، سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وبذلك يتسع تعريف العقد بكل صور الاتفاقات التي تتناول الالتزام من حيث نشأته أو نقله أو تعديله أو إنهائه، دون تمييز بين العقد وبين الاتفاق مثلما كان عليه الحال في الفقه التقليدي⁽¹⁾.

ولما كان العقد عبارة عن وسيلة لتحقيق أغراض اقتصادية أو اجتماعية للمتعاقدين، وهي في مجملها عبارة عن الآثار القانونية التي تترتب على العقد فإن المتعاقدين وحسب الأصل هم الذين ينظمون عقدهم سواء فيما يتعلق

(1) د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ص19، مطابع دار الكتاب، للطباعة والنشر، جامعة الموصل، سنة 1980.

بالمسائل الجوهرية التي لا يتم إلا بها، أو المسائل التفصيلية الأخرى اللازمة لتحقيق الغرض الذي قصدوا إليه.

إن المشرع وحرصاً منه على تحقيق الغرض من عقد تم صحيحاً بين أطرافه اقتصر العاقدون فيه على تنظيم المسائل الجوهرية تاركين بعض المسائل التفصيلية دون تنظيم ودون أن يعلقوا تمام العقد على تنظيمها لاحقاً أو جدد قواعد تكميلية لتكمل ما نقص من تنظيم للعقد، وهذه القواعد أما أن تكون عبارة عن نصوص وضعها المشرع أما في القواعد العامة أو عند تنظيمه للعقود المسماة أو عبارة عن قواعد عرفية مكملة أو أن ترك لقاضي الموضوع تطبيق قواعد العدالة والإنصاف عند عدم وجود النص والعرف، وهذا يعني أن المشرع يرعى العقد في كل المراحل التي يمر بها منذ انعقاده وحتى تمام تنفيذه⁽¹⁾. وتفترض مسألة تكميل العقد أن المتعاقدين في عقد توافرت فيه المسائل الجوهرية اللازمة لانعقاده وقد تركوا مسألة تفصيلية سواء عن قصد أو عن غير قصد منهم دون تنظيم وهذا يعني أن العقد قد أصبح ناقص التنظيم ويتطلب إكماله بعد أن تم صحيحاً، ومن أجل الوقوف على مفهوم تكميل العقد فإن الأمر يتطلب فيها البحث في مسألتين الأولى هي مسألة تنظيم العقد والثانية مسألة تعريف تكميل العقد، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: عملية تنظيم العقد.

المطلب الثاني: تعريف تكميل العقد.

(1) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، رسالة ماجستير، ص106، ص1988.

المطلب الأول

عملية تنظيم العقد

يقصد بتنظيم العقد وضع العقد من قبل المتعاقدين وفقاً لما يسمح به القانون وهذه العملية برمتها عبارة عن موائمة بين مبدأ حرية التعاقد ومبدأ قانونية العقد، فإذا كان المتعاقدان أحراراً في إبرام العقد طبقاً لمبدأ حرية التعاقد، إلا أنهما يلتزمان في ذلك بالشروط الفنية لإنشاء العقد من ناحية وبشرط المشروعية من حيث موافقة العقد للنظام العام والآداب من ناحية أخرى، وإلا كان العقد باطلاً، كذلك فإن المتعاقدين قد ينفردان بتنظيم عقدهما تنظيمياً كاملاً وهذا حق لهما أو يقتصران على تنظيم العناصر الجوهرية التي لا ينعقد العقد إلا بهما كحد أدنى، وعليه قسمنا هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التنظيم الكامل للعقد.

الفرع الثاني: الاقتصار على تنظيم العناصر الجوهرية (التنظيم الناقص للعقد).

الفرع الأول تنظيم العقد تنظيمًا كاملاً

تمهيد:

يقصد بالتنظيم الكامل للعقد، تنظيم العناصر الجوهرية زائداً كل ما يستلزمه من العناصر الثانوية التي يقتضيها تحقيق الهدف أو الغاية الاقتصادية للعقد، وقد يكون التنظيم الكامل عند إبرام العقد وقد يستكمل المتعاقدان ما نقص منه من العناصر الثانوية عند تنفيذ العقد باتفاقات لاحقة، ويعد العقد من أهم الوسائل القانونية للتعامل بين الأشخاص لتحقيق أهداف معينة، وبموجب العقد يتم تنظيم العلاقات القانونية والاقتصادية، وإن طرفي العقد عندما يتجهوا إلى إبرام عقد فإن إرادتهم تتجه إلى إشباع حاجات معينة، لذلك فإن أهمية العقد تكمن في كونه وسيلة الفرد لتحقيق غاياته⁽¹⁾.

وعليه فإن التنظيم الكامل للعقد من قبل المتعاقدين يطرح أمامنا مسألتين أساسيتين هما مسألة تنظيم العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد كي ينعقد صحيحاً ومسألة تنظيم العناصر التفصيلية اللازمة لتحقيق الغاية التي قصدها المتعاقدان من إبرام العقد.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ص 141 وما بعدها.

أولاً: تنظيم العناصر الجوهرية للعقد:

ويقصد بالعناصر الجوهرية للعقد مسألتين أيضاً، تتعلق أولها بالعناصر الفنية اللازمة لإيجاد العقد وصحته وهي ما اتفق الفقهاء على تسميتها بأركان العقد وشرائطها والثانية ما يطرحه أحد المتعاقدين أو كلاهما أثناء إبرام العقد من شروط يجب أن تكون محل اتفاق وإلا كان العقد باطلاً.

المسألة الأولى: أركان العقد:

لما كان التكميل يفترض وجود عقد صحيح فضروري أنه لا جدوى من تكميل عقد باطل، فإن العقد لا يوجد صحيحاً إلا إذا توافرت له أركانه.

وبناءً على ما تقدم فإن العقد ينظم كاملاً إذا تحققت أركانه الثلاثة من رضا ومحل وسبب وإذا كان التراضي والسبب يظهران في العقد، فإن المحل هو ركن في الالتزام وليس في العقد، فإن محل الالتزام غير التعاقدية يتولى القانون تعيينه فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوفي للشروط، أما محل الالتزام التعاقدية فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه وعليهما مراعاة استيفاء للشروط التي يطلبها القانون⁽¹⁾.

فقد عرفت المادة (73) من القانون المدني العراقي العقد بأنه ((ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه⁽²⁾))، وقد عرفت المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي العقد بأنه ((اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، 142.

(2) ق. المدني العراقي المادة (73) منه.

عدة أشخاص بإعطاء شيء أو بفعله أو الامتناع عن فعله)) ومهما يكن من الأمر فلا بد لانعقاد العقد وإنتاج أثره من توافر أمور بحيث إذا تخلف أحدهما لم ينعقد العقد وهذه الأمور تسمى بـ(أركان العقد)⁽¹⁾، وقد نص القانون المدني العراقي على ثلاثة أركان للعقد وهذه الأركان هي:

أولاً: التراضي.

ثانياً: المحل.

ثالثاً: السبب.

وسنتعرض إليهم، كما يلي:

أولاً: التراضي:

التراضي من الناحية القانونية، عبارة عن اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني، أي هو عبارة عن اتحاد الإيجاب بالقبول⁽²⁾، ويكون الإيجاب والقبول في صيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع أو بطبيعة الأمر إذا أريد بهما حال⁽³⁾.

ويتحقق التراضي بتوافق إرادتي العاقدين ولتحقيق ذلك لابد أن يعبر كل من العاقدين عن إرادته ولابد من حصول التوافق بين الإرادتين، وعليه لابد للتحقق من وجود التراضي من التحقق من صدور التعبير عن الإرادة من

(1) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول، في انعقاد العقد، ص 62، وص 113، سنة 1967، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 117.

(3) المادة (77) من القانون المدني العراقي.

قبل كل من المتعاقدين أو من ينوب عنهما، ومن حصول التوافق بين الإرادتين⁽¹⁾، وإذا كان وجود الإرادة يكفي لوجود العقد فإنه لا يكفي لصحته بل أن تكون الإرادتين المتوافقتين صحيحتين⁽²⁾.

التعبير عن الإرادة:

يكون التعبير بالإيجاب والقبول وقد أثارت المادة (77) من القانون المدني العراقي إلى تعريفها بالقول ((الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد))⁽³⁾، ((كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة ويكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولومن غير الأخرس وبالمبادلة الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي))⁽⁴⁾.

نستنتج من هذه المادة أن التعبير عن الإرادة أما أن يكون صريحاً أو ضمناً:

* **التعبير الصريح:** يكون التعبير صريحاً إذا كانت المظاهر التي اتبعت فيه قد قصد بها الكشف عن الإرادة، أي إحاطة الغير علماً بها، وكانت هذه المظاهر تفيد المعنى المقصود منها حسب المألوف بين الناس، والتعبير الصريح قد يكون عن طريق الكلام والكلام قد يوجه مشافهة مباشرة إلى

(1) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مطبوعات جامعة الكويت/كلية الحقوق، القانون الخاص، ص50، 1982.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص107.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص142.

(4) المادة (79) من القانون المدني العراقي.

المتعاقد الآخر وقد يوجه عن طريق الوساطة كالمكالمة التلفونية وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة أي كأن شكلها وقد يكون التعبير الصريح بالإشارة المتعارف عليها بين الناس (كإشارة الأخرس) وقد يكون التعبير الصريح باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته عن المقصود وكل هذا يعدُّ تعبيراً صريحاً عن الإرادة والغالب في التعبير الصريح أن يكون صادراً من الموجب أي أن يكون إيجاباً.

* **التعبير الضمني:** ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان التصرف الذي قام به الشخص لا يدل بذاته على إرادته ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره إلا بافتراض وجود هذه الإرادة، مثال ذلك إذا سأل شخص بائع فواكه عن سعر الموز فأجابه البائع بأن سعر الخمس بدرهم مثلاً، ولكن السائل لم يتكلم بل تناول خمساً من الموز وأكلها في هذا المثال لم يعلن الشخص عن إرادته في شراء الشيء المعروض عليه ولا في شراء الموزات التي أكلها، ولكن تصرفه لا يمكن تفسيره إلا بافتراض وجود إرادته في قبول هذا الشيء وأغلب أحوال التعبير الضمني تكون قبولاً لإيجاب معروض⁽¹⁾.

لكن التعبير عن إرادة واحدة لا يكفي لإنشاء العقد وتكوينه، بل لابد من التعبير عن إرادة أخرى موافقة للأولى ومطابقة لها، هاتان الإرادتان، تسميان الإيجاب والقبول والإرادة التي يعلن عنها أولاً هي الإيجاب والتي يعلن ثانياً هي القبول، ولذلك فلا بد من البحث في كيفية صدور الإيجاب وفي مطابقة القبول.

ولكن قد يصدر الإيجاب والقبول والعاقدان يجمعهما مجلس واحد وهذا

(1) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 121.

هو التعاقد بين حاضرين وقد يصدران والعائد بين غائبين، سبق وأن قلنا أن وجود التراضي لا يكفي لوجود العقد بل لابد أن يكون هذا التراضي صحيحاً وهو لا يكون كذلك إذا صدرت الإرادة من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لصدور العمل القانوني منه وكانت (أي الإرادة) سليمة من العيوب.

* **الأهلية:** الأهلية هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه وصلاحيته لاستعمال الحقوق التي له⁽¹⁾، وقد جاء في نص المادة (93) من القانون المدني العراقي بأنه الأهلية هي ((كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منه))⁽²⁾، وقد ميز الفقهاء بين نوعين من الأهلية، أولاً أهلية الوجوب وثانياً أهلية الأداء، وإن أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، ويجب أن يلاحظ بأن الحقوق التي ثبتت عن الإنسان بمقتضى أهلية الوجوب لا تنشأ إلا نتيجة للتصرفات الفعلية لا القولية، وأهلية الأداء: وهي صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها، أي هي صلاحية الشخص لإنشاء التصرفات القولية على وجه يعتد به شرعاً وبلغه القانون المدني الوضعي، هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً، وبهذا تختلف أهلية الأداء عن أهلية الوجوب، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه أما أهلية الأداء فهي صلاحيته لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها، ويترتب على ذلك إمكان تمتع الشخص بكل من أهلية الوجوب وأهلية الأداء⁽³⁾.

(1) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 205.

(2) القانون المدني العراقي، م 93 منه.

(3) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 208.

وهناك عوامل تتأثر بها الأهلية وهي:

(1) تأثر الأهلية بالسن.

(2) تأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن وتسمى عوارض الأهلية: وهي العوارض التي تصيب التمييز فتؤثر على الأهلية وهي: الجنون، والعتة، الغفلة، السفه⁽¹⁾.

* عيوب الإرادة: لم يضع المشرع العراقي نصاً عاماً يعدد عيوب الإرادة، ومن استعراض المواد التي خصصها لهذه العيوب، فتبين أنها أربعة:

1- الإكراه.

2- الغلط.

3- التغيرير مع الغبن.

4- الاستغلال.

1- الإكراه: م 112 ق المدني العراقي عرفت الإكراه ((بأنه إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه))⁽²⁾، ويشوب الإكراه الإرادة في حريتها واختيارها، فهو يحدث رهبة أو خوفاً في نفس الشخص يدفعه إلى القبول للتعاقد، والأصل في الإكراه أنه يفسد الرضا ولا يعدمه⁽³⁾، ويختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم

(1) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 217.

(2) القانون المدني العراقي، م 112 منه.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 224.

الاجتماعية ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعف⁽¹⁾.

2- الغلط: الغلط من الناحية اللغوية بأنه حالة تقوم في النفس فتحملها على توهم غير الواقع، أما الغلط كعيب يشوب الإرادة في التعاقد فهو قصور الغرض المباشر من التعهد عن إجابة الحافز أي الباعث الدافع للتعاقد⁽²⁾، ويعرفه الفقيه الفرنسي سالي بأنه ((عدم توافق الإرادات الحقيقية أي الإرادة الباطنة مع الإرادة المعبر عنها أي الإرادة الظاهرة))⁽³⁾.

3- التغيرير مع الغبن: يعتبر القانون المدني الفرنسي والقوانين المستمدة منه التدليس والغبن من عيوب الرضا ونص القانون المدني المصري الجديد على اعتبار التدليس وحده عيباً من عيوب الرضا ويعبر الفقهاء المسلمون عن التدليس بالتغيرير، وقد خالف القانون المدني العراقي القوانين الغربية والقانون المدني المصري الجديد ذلك، فلم يعتبر التغيرير لوحده ولا الغبن لوحده، عيباً مستقلاً من عيوب الرضا، بل عدهما إذا اجتماعاً عيباً واحداً، فلم يعتبر التغيرير عيباً مفسداً للرضا إذا نشأ عنه غبن ولم يعتبر الغبن في الأصل عيباً إلا إذا نشأ عن تغيرير، وقد اقتفى المشرع العراقي في ذلك أثر الفقه الإسلامي في بعض مذاهبه⁽⁴⁾. وفي كل الأحوال فالتغيرير لغة الخداع، وفي المعاملات هو إيهام الشخص بما يرغبه في التعاقد، وأغلب ما يكون التغيرير

(1) القانون المدني العراقي، م114.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، نقلاً عن الدكتور بدوي، ص179.

(3) الفقيه الفرنسي سالي، الإعلان عن الإرادة، ص11 وما بعدها نقلاً عن جوسران البواعث ص30، نقلاً عن د. عبد المجيد الحكيم.

(4) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص297.

في البيوع، أما الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقدون بأخذه أو بأنه الضرر المادي الذي يقع على أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه وما يعطيه⁽¹⁾.

4- الاستغلال: لقد جاء في المادة (138) من القانون المدني الألماني تقضي ببطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره في نظير شيء يؤديه على منافع تزيد على قيمة ذلك الشيء بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل ما بين قيمة هذه المنافع وقيمة ذلك الشيء⁽²⁾، أما القانون المدني العراقي فقد نص في المادة (125) منه على أنه ((إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إداركه فلحقه من تعاقد غبن فاحش جاز له من خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول....))⁽³⁾.

ثانياً: محل الالتزام.

لقد نص القانون المدني العراقي في المادة (126) بأنه ((لابد لكل التزام نشأ عن عقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمة، ويصح أن يكون المحل مالاً، عيناً كان أو ديناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل⁽⁴⁾))، إن لتعيين محل العقد أهمية كبرى في بيان

(1) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص 107.

(2) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص 50.

(3) القانون المدني العراقي، المادة 125، منه.

(4) القانون المدني العراقي في المادة 126.

تنظيم العقد وإكماله لعلاقة هذا الموضوع بسلطة المحكمة للبت في النزاع الناشئ عن العقد، سواء تعلق الأمر بتنظيم العقد أو فقدان أحد شروطه أو أركانه أو خالف النظام العام أو الآداب العامة⁽¹⁾، ومحل العقد يختلف عن محل الالتزام ويجب تمييز القواعد التي تحكم محل العقد عن القواعد التي تحكم محل الالتزام، وعليه يتضح أن الالتزام له محل وأن العقد له محله، ومحل الالتزام قد يكون إعطاء شيء أو عمل شيء أو امتناع عن عمل شيء، أي أن محل الالتزام أما أن يكون إنشاء حق للدائن سواء أكان ذلك الحق عينياً أم شخصياً، وأما أن يكون قيام المدين بعمل سواء كان ذلك العمل إيجابياً أم سلبياً، ومحل العقد هو العملية القانونية المراد إنجازها⁽²⁾.

الشروط اللازم توافرها في محل الالتزام:

(1) **المحل الموجود:** ويقصد بالمحل الموجود أن يكون موجوداً عن إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل.

(2) **المحل الممكن:** إذا ورد العقد على عمل أو امتناع عن عمل فإن هذا العمل أو الامتناع يجب أن يكون ممكناً، فإذا كان مستحيلًا فالعقد لا ينعقد أو باطل، ويعبر عن ذلك في الفقه الفرنسي بعبارة ((لا التزام بمستحيل)) والاستحالة أما أن تكون مطلقة أو نسبية وأما أن ترجع إلى طبيعة المحل أو القانون⁽³⁾.

(1) د. جورج سيوفي، النظرية العامة لموجبات العقود اللبناني، المصدر السابق، سنة 1994، ص 79.

(2) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص 123، وص 143، والدكتور عبد الفتاح حجازي، أزمة العقد، رسالة دكتوراه، ص 50.

(3) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 368.

فالقانون المدني العراقي قد ميز بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية، فجعل الأولى تبطل العقد، والثانية توجب التعويض على المدين⁽¹⁾.

(3) **المحل المعين أو القابل للتعين:** المحل من أركان العقد التي يمنع تخلفها انعقاد العقد ولأجل ألا يعتبر متخلفاً لا يكفي أن يكون موجوداً أو ممكناً، بل يجب أن يكون معلوماً من المتعاقدين وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان معيناً وقت العقد أو قابلاً للتعين بحيث يكون معلوماً من المتعاقدين علماً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية إلى انتزاع، ولا يخلو المحل من أن يكون عيناً معينة بالذات أو شيئاً معيناً بنوعه أو عملاً أو امتناعاً عن عمل⁽²⁾، وقد جاء في المادة (128) من القانون المدني العراقي ما يلي:

1- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد.

2- على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه أو تعريفه بوجه آخر.

3- فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل⁽³⁾.

(4) **المحل القابل للتعامل:** قد يكون الشيء موجوداً ومعيناً وممكناً ومع ذلك لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقّد، وعدم قابليته للتعامل هذه أما أن ترجع إلى طبيعته أو إلى الغرض الذي خصص له الشيء أو القانون⁽⁴⁾.

(1) القانون المدني العراقي المادة 127 منه.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 372.

(3) القانون المدني العراقي المادة 128.

(4) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 377.

5) أن يكون المحل مشروعاً: لقد حدد القانون العراقي أن يكون السبب مشروعاً وذلك في المادة 130/2 (يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للأدب وإلا كان العقد باطلاً⁽¹⁾).

ثالثاً: السبب:

فينظر إليه على انه الغاية من العقد أو الالتزام ويعرفه بأنه السبب القصدي أو الدافع المباشر إلى الالتزام، ولما كان هذا السبب يتكرر بذاته في العقود التي هي من نوع واحد ويكون ثابتاً لا يتغير فقد اكتسب طابعاً موضوعياً متميزاً عن الإرادة⁽²⁾، وقد اختلف الفقهاء بأرائهم حول فكرة السبب⁽³⁾، لكن القضاء الفرنسي قد أخذ يتوسع في مفهوم السبب بقصد تحقيق مبدأ المشروعية في العقود لحماية المصلحة العامة فأخذ يتحرى عن الباعث الدافع إلى التعاقد من أجل إبطال عقود تكون مشروعة وفقاً للسبب بمعناه

(1) القانون المدني العراقي م (130) سنة.

(2) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص132، وص143، ود عبد الفتاح حجازي، أزمة العقد، المصدر السابق، ص50.

(3) فقد اعتبر الفقهاء الكنسيون السبب ركناً في العقد بمثابة قيد على الإرادة لكنهم توسعوا في معنى السبب فلم يقفوا عند حد اعتباره الدافع المباشر أو القريب الذي يدفع المتعاقد إلى الالتزام والذي يوجد دائماً داخل العقد، بل قصدوا به الباعث الدافع إلى التعاقد أيضاً، الذي قد يختلف من متعاقد إلى آخر ومن عقد إلى آخر دون اشتراط وجوده داخل العقد وقد عمل (دوماً) على حصر معنى السبب المباشر او السبب القصدي الذي يظهر بصورة واحدة في العقود التي هي من نوع واحد ويمثل أقرب الدوافع التي تدفع المتعاقد إلى الالتزام، د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص132.

التقليدي ولكن الباعث الدافع لا يبرر أنها غير مشروعة، فظهرت النظرية الحديثة في السبب التي تعين مؤيدين عديدين في الفقه⁽¹⁾.

خصص القانون المدني العراقي مادة واحدة للكلام عن السبب هي المادة (132) فقد نصت هذه المادة على ما يلي:

1- يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو للأداب.

2- ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقد الدليل على غير ذلك.

3- أما إذا ذكر السبب في العقد فيعتبر أنه هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك⁽²⁾.

وقد جاء في المادة (1108) من القانون المدني الفرنسي عن الشروط الواجب توفرها لصحة العقود على ضرورة توافر (سبب مشروع في التزام) والمادة (1131) منه أيضاً نصت على أن ((الالتزام لا يكون له أي أثر إذا لم يقد على سبب صحيح أو كان قائماً على سبب موهوم أو على سبب غير مشروع))⁽³⁾.

ولم يعرف القانون المدني الفرنسي السبب مما أدى ذلك إلى قيام نظريتين لتحديد معناه، فالنظرية الأولى في السبب تسمى النظرية التقليدية، والفقهاء الذين قالوا بها يسمون بالفقهاء التقليديين لأنهم جروا في ذلك على ما

(1) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 137.

(2) القانون المدني العراقي، م (11321) منه.

(3) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 420.

كان يقول فقهاء القانون الفرنسي القديم.

وقام في وجه هذه النظرية خصوم أشداء ناصبوا العداء ونادوا بعدم فائدتها وبضرورة إلغاء فكرة السبب نهائياً من دائرة القانون وقالوا بإمكان الاكتفاء بفكرة ارتباط الرضا بالمحل والاستغناء بها عن فكرة السبب سمي هذا الفريق من الفقهاء ((اللاسببيين)) ولكن ولما كان لكل فعل رد فعل فقد أدى هذا الهجوم على فكرة السبب أدى بفريق آخر من الفقهاء في الدفاع عنها سمي هذا الفريق من الفقهاء (السببيين)، وحددت هذه النظرية ثلاثة أنواع من السبب.

أنواع السبب:

- 1) السبب المنشئ: ويقصد به السبب المنشئ المصدر الذي أوجد الالتزام من عقد أو إرادة منفردة أو كسب دون سبب.
- 2) السبب القصدي: يقصد به الغرض المباشر أو الغاية المباشرة التي يقصد الملتزم الوصول إليها من وراء التزامه.
- 3) السبب الدافع: وهو الباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد.

شروط السبب:

- 1) وجود السبب ويقسم بعض الفقهاء هذا الشرط إلى شرطين يعالج الأول وجود السبب والثاني صحته، وتشترط هذه النظرية السبب أن يكون موجوداً ولما كانت هذه النظرية تعتبر سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين إنما هو محل الالتزام المقابل فإن عدم وجود السبب معناه عدم وجود محل الالتزام المقابل.

(2) مشروعية السبب: أن يكون السبب مشروعاً إذا لم يخالف للقانون ولا للنظام العام ولا للأداب ولما كان السبب بمقتضى هذه النظرية التقليدية إنما هو محل الالتزام المقابل، فإذا ما ذكر في تحديد مشروعية محل العقد يصب لتحديد مشروعية السبب⁽¹⁾.

أما النظرية الثانية: فتسمى بالنظرية الحديثة، والنظرية الحديثة هذه هي من صنع القضاء الفرنسي وتسمى أيضاً ((الباعث الدافع)) وأنصار هذه النظرية في ازدياد مضطرد، ومن الملاحظ أن كلا من النظرية التقليدية والنظرية الحديثة تعتبر السبب بمعنى الغاية أو الغرض الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه من وراء تعاقد⁽²⁾، وهو ما يسمى بالسبب القصدي أو الغائي⁽³⁾.

ولكن النظريتان تبتعدان عن بعضهما عند تحديد معنى هذا السبب القصدي، فبمقتضى النظرية التقليدية، السبب القصدي في عقد من العقود هو الشيء الذي أراد المتعاقد الحصول عليه وبعبارة أخرى هو محل التزام المتعاقد الآخر وبمقتضى النظرية الحديثة، السبب القصدي ليس هو الغرض المباشر الذي يريد المتعاقد الوصول إليه من وراء تعاقد، وبعبارة أخرى ليس هو محل التزام المتعاقد الآخر، بل هو الغاية البعيدة التي يروم المتعاقد الوصول إليها عن طريق محل التزام المتعاقد الآخر، فالنظرية الحديثة تذهب إذاً أبعد من محل الالتزام لتكشف عن الغاية التي يري المتعاقد الوصول إليها عن طريق هذا المحل، وهي تسمى هذه الغاية بـ (الباعث) ولكن لما كانت البواعث كثيرة ومتنوعة، فإنها لا تأخذ بنظر الاعتبار إلا الباعث الذي لعب

(1) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص422.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص420، ص421.

(3) الغائي، نسبة إلى غاية.

الدور الرئيس في حمل المتعاقد على التعاقد وتسميه في هذه الحالة بـ (الباعث الدافع) هذا الباعث هو سبب الالتزام بمقتضى النظرية الحديثة⁽¹⁾.

ويحتل الباعث في النظرية الحديثة الذي أهملته النظرية التقليدية إهمالاً تاماً مكاناً مهماً جداً، وقد أخذ القضاء الباعث بنظر الاعتبار إذا كان هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد وسماه بالسبب الدافع، بحيث أن نظرية القضاء هذه حمل اسم ((نظرية السبب الدافع)) ويسميه القضاء (بالباعث) ولكن لما كانت البواعث كثيرة فإنه يعتد بالباعث الرئيسة منها ويسمى بالباعث الدافع لكن القضاء لم يعرف السبب فهو تارة يكتفي بالقول أن السبب الدافع موهوم وطوراً بأنه غير مشروع وأحياناً إن الالتزام بدون سبب⁽²⁾.

المسألة الثانية: الشروط المحددة للالتزام هي شروطها التي

يشترطها المتعاقدان، وهذه الشروط هي التي يقترحها أحد المتعاقدين أو كلاهما عند إبرام العقد حيث يجب الاتفاق عليها وإلا فإن العقد يعتبر أنه لم يتم انعقاده في بادئ الأمر.

ثانياً: تنظيم العناصر التفصيلية:

إذا كانت العناصر الجوهرية ضرورية لإتمام العقد ووجوده وصحته فإن تنظيم العناصر التفصيلية ضرورية لتنفيذ العقد بما يحقق الغاية التي قصد المتعاقدان تحقيقها من وراء انعقاده، إن مسألة صنع العقد وتنظيمه تنظيمياً كاملاً بجمع عناصره سواء الضرورية منها لانعقاده أو الضرورية منها

(1) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص 142.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، ص 442.

لتحقيق الغاية منه هي مسألة تخص المتعاقدين أولاً وأخيراً، وهي حق لهما على أية حال، وإذا كانت العناصر الجوهرية لا يوجد العقد إلا بها فإن العناصر التفصيلية إذا لم يعلق عليه إبرام العقد فإنها تحتمل التأخير إلى ما بعد إبرام العقد للاتفاق عليها ومن ثم إكمال تنظيم العقد باتفاقات لاحقة بين المتعاقدين وهنا يتحقق التنظيم الكامل للعقد بجميع عناصره المختلفة من قبل المتعاقدين، وإن العناصر الجوهرية في عقد البيع هما المبيع والثمن.

فإن ما نص عليها المشرع بشأن مكان وزمان تسليم المبيع⁽¹⁾، ومكان الوفاء بالثمن وزمانه⁽²⁾، وما يرجع به المشتري على البائع إذا استحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً أو إذا ظهر فيه عيب خفي وكذلك ما نص عليه بشأن

(1) وقضت محكمة التمييز في هذا المعنى بما نصه (أن العقد الذي يستند إليه المدعي لم يعين محل التسليم فكان على المحكمة أن تجنح إلى تطبيق أحكام ف1 من م 541 مدني إذ أن مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد وإذا لم يتعين محل وجوده اعتبر مكانه محل (إقامة البائع...))، قرار رقم 918 / مدنية ثالثة/ 1975 في 1976/2/3، مجموعة الأحكام العدلية، ع 1، س 7 1976 ص21.

(2) تنص المادة (573) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أداءه في المكان المشروط أدؤه فيه، فإذا لم يعين المكان وجب أدؤه في المكان الذي يسلم فيه المبيع، وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك، ونصت (م 575 / 2) من القانون المدني العراقي على أنه (ويجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً في بيع سلعة ينقد أن أحضر البائع السلعة، أما إذا بيعت سلعة بمتلها أو نقود بمتلها فيسلم المبيع والثمن معاً).

الإصلاحات التي يلتزم بها المؤجر وتلك التي يتحملها المستأجر⁽¹⁾، وجميعها تعد أحكاماً تكميلية لإرادة المتعاقدين، فالقاعدة في هذا الصدد تتمثل بامتداد العقد في آثاره ليلزم المتعاقدان بآثار لم يرد ذكرها في العقد ولكن تعد من مستلزماته، وكذلك يتحدد مضمونه بالالتزامات التبعية التي تستلزمها طبيعة العقد والغرض من إبرامه ولو لم يتفق الطرفان عليها⁽²⁾، لذلك يستعين القاضي بالقواعد القانونية المكملة للإرادة في حالة عدم ذكر مكان تسليم المبيع في عقد البيع، إذ يكمل العقد على وفق ما جاءت به الفقرة 2/ من المادة 541 من قانوننا المدني⁽³⁾، وكذلك إذا لم يعين مكان أداء الثمن في العقد، وجب تكملة العقد وذلك بالتزام المشتري بأداء الثمن في المكان الذي تُسلم فيه المبيع أما إذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع، وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك⁽⁴⁾، كما أشارت المادة (587) ق المدني العراقي إلى (نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك)⁽⁵⁾

(1) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المصدر السابق، ص 76.

(2) م: 150 / ف مدني عراقي، والمادة 148 / ف 2 مدني مصري، والمادة (2/202) أردني، 135 فرنسي.

(3) وقد جاءت في المادة (541 / ف 1) من ق المدني العراقي في (مطلق العقد يقضي تسليم المبيع مكانه في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد، وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعيق محل وجوده اعتبر مكانه محل إقامة البائع.

(4) وقد جاءت بهذه الأحكام (م 573) من قانوننا المدني، والتي تقابلها في القانون المدني المصري المادة (546) منه، وانظر في تفصيل ذلك، الدكتور أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار المعارف، 1965، ص 346 وما بعدها.

(5) نص المادة (587) من القانون المدني العراقي النافذ.

وقد أثار المشرع الفرنسي من أن تسليم المبيع يكون على نفقة البائع (م 1608) وفي المكان الذي يوجد فيه وقت البيع (م 1609) وبالحالة التي كان عليها (م 1614) والتزام البائع بالضمان (المواد 625 وما بعدها)، وافترض أن البائع اشترط دفع الثمن في الزمان والمكان اللذين يجب فيهما التسليم (م 1615)، وحق المستأجر في التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار عند عدم النص على خلاف ذلك (م 1717) وإلزام المؤجر بالإصلاحات الجسيمة للعين المؤجرة خلال مدة الإيجار، وذلك عند غياب الشرط المعارض (م 2/170)⁽¹⁾.

وسنوضح المسائل التفصيلية في الفرع التالي:

الفرع الثاني

الاقتصار على تنظيم العناصر الجوهرية

(التنظيم الناقص للعقد)

تمهيد:

يقصد بالتنظيم الناقص للعقد الاقتصار على تنظيم المسائل الجوهرية في عقد تم صحيحاً بين المتعاقدين أو ينظم المسائل الجوهرية ومعها مسائل أخرى تفصيلية وترك مسألة أو أكثر من المسائل التفصيلية سواء عن قصد أو بغير قصد من المتعاقدين، وعليه فإن النقص في تنظيم العقد إما أن يكون مقصوداً من قبل المتعاقدين أو غير مقصود منهم.

(1) انظر على سبيل المثال المواد (428، 431، 439، 456، 462، 463، 464، 567/

1 من التقنيات المدني المصري، نقلاً عن د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون

المدني المصري والمقارن 1985، ص 133.

فإن تنظيم العقد تنظيمياً كاملاً قد لا يكون بالأمر الهين أو الميسور للمتعاقدین أحياناً، إما لأن المتعاقدین ليسوا من الضالعين بعلم القانون أو بالتفاصيل الدقيقة التي يتطلبها التنفيذ الصحيح للعقد بما يحقق الغاية منه، أو للاستعجال في إبرامه بالاختصار على تنظيم المسائل الجوهرية تاركين المسائل التفصيلية للاتفاق عليها لاحقاً دون أن يعلّق انعقاد العقد على إتمام ذلك أو لأن هذه الأمور لم تخطر على بالهما لحظة إبرام العقد أو أنهما قد تتبها لذلك وتركوا الحل فيها لحكم القانون سواء أكانا يعلمان بحقيقة هذا الحكم أم يجهلان بذلك.

وأما كان عليه الأمر في هذا الخصوص فإنه وحرصاً على تنفيذ عقد تم صحيحاً بين المتعاقدین نجد أن المشرع قد أوجد تنظيمياً نموذجياً كاملاً للعقود المسماة بقواعد تعرف بالقواعد المكتملة لإرادة المتعاقدین وكذلك بعض القواعد العامة التي تطبق على العقود ولا الاتفاقات وهو ما يطلق عليه بعض الفقهاء بحق مبدأ رعاية العقدین قبل المشرع لما في ذلك من حرص لديه على إكمال تنظيم العقود التي تمت صحيحة بين المتعاقدین.

فإذا كان العقد من الأمور الخاصة بحاجة المتعاقدین من حيث الأصل إلا أنه يتعدى ذلك إلى تحقيق مصلحة الجماعة من حيث أن أفراد المجتمع يرتبطون بسلسلة من التعاقدات التي تحقق مصلحة الجماعة إلى جانب تحقيق مصالحهم الخاصة.

وعليه سنحاول في هذا الفرع التعرض لحالة الاختصار على تنظيم العناصر الجوهرية وموقف القوانين منها بما في ذلك موقف القانون المدني العراقي.

أولاً: ترك المسألة التفصيلية أو الثانوية عن قصد:

قد يتوقع المتعاقدان المسألة التفصيلية عند إبرام العقد ولكنهما لم يتوصلا إلى اتفاق بشأنهما فتركاها للاتفاق عليها لاحقاً ولم يعلقا إبرام العقد على الاتفاق عليها بل اعتبرا أن العقد أصبح تاماً بينهما، فإن جرى الاتفاق عليها بينهما فيما بعد فإنهما يكونا قد أكملتا عقدهما بنفسيهما عندئذ لا توجد مشكلة بهذه الشأن، ولكن المشكلة تثار إذا لم يتمكن من الاتفاق عليها بنفسيهما فإذا لجأ أحدهما إلى القضاء طالباً تنفيذ العقد وإيجاد حل لما في العقد من مشكلة فعندئذ يبدأ دور القاضي كما أن المتعاقدان قد يكونا توقعوا المسألة وتركاها لحكم القانون⁽¹⁾.

ثانياً: ترك المسألة التفصيلية أو الثانوية بغير قصد:

قد تكون المسألة التفصيلية المتروكة في العقد دون تنظيم لم يتوقعا المتعاقدان عند إبرام العقد فإذا لم يتم الاتفاق بينهما بشأنها وعرض الأمر على القضاء، فعندئذ يتولى القاضي أمر إكمال العقد طبقاً لما تقضي به المادة (150) من القانون المدني العراقي التي تنص بفقرتها الثانية ((لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام))⁽²⁾، وهنا سيجد القاضي نفسه قد حل محل الطرفين المتعاقدين لإيجاد حل لهذه المسألة عن طريق سد النقص في تنظيم العقد محل النزاع وذلك بتكميله طبقاً لطبيعة

(1) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 110.

(2) القانون المدني، العراقي.

الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة، وإن الأحكام المكملة أياً كان مصدرها تضاف إلى التعبير عن الإرادة لاستكمال ما كان يجب على المتعاقدين أن ينطقوا به وذلك لتحديد النطاق الكامل للعقد، ولا يستبعد من هذه الأحكام إلا ما استبعده المتعاقدان عند تنظيم العقد بالنص على ما يخالفها⁽¹⁾، أو أن المتعاقدين قد يغفلان تنظيم بعض المسائل التفصيلية لأنها لم ترد في ذهنهما لأن تنظيم أي عقد والإحاطة بالمسائل يتطلب درجة عالية من الدقة لموضوع العقد⁽²⁾، والعقد تصرف قانوني إرادي ومن المفروض أن تهيمن الإرادة على تنظيم كافة مسائله سواء كانت متعلقة بإنشائه أو ترتيب آثاره ولا يمكن لإرادة خارجية عن إرادة المتعاقدين أن تنظم أي جانب من جوانب العلاقة العقدية بين الطرفين ومن هنا فإن القاضي عندما يضيف التزام إلى مضمون العقد فإنه لا يقوم إلا بتكميل الإرادة الناقصة⁽³⁾.

(1) يرى د. عبد الرزاق السنهوري أن هذه الأحكام جزء من العقد، وهذا ما يعطل أن ليس لها أثر رجعي ينسحب على العقود التي أبرمت قبل صدورها، لأن هذه العقود وجدت في وقت كانت أحكام أخرى تكمل فيه إرادة المتعاقدين وكانت هذه الأحكام جزء من العقد فلا يجوز أن ينسخ جزء من العقد بقوانين أخرى، المصدر السابق، ف 405، ص 620.

(2) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، إكمال نطاق العقد، المصدر السابق، ص 13.

(3) د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط/ 1، المطبعة الحديثة بالقاهرة، سنة 1955، ص 348، د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943، ص 274، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز مرجع سابق، ص 388.

ثالثاً: موقف القوانين المدنية من هذه المسألة:

ونرى أن لابد من الإشارة إلى موقف القانون المدني الألماني والقانون المدني العراقي والمصري بهذا الشأن:

أ) لقد وحد القانون المدني الألماني الحالتين، أي سواء كان ترك المسألة التفصيلية بقصد أو بدون قصد وإعطائهما حلاً واحداً، حيث نرى أن النص الذي جاء به المشرع الألماني قد راعى هذا الاعتبار وكان أكثر دقة في مراعاته للاعتبارات المنطقية في هذا الخصوص، فنصت المادة (155) من القانون المدني الألماني على أنه ((إذا كان الطرفان في عقد يعتبرانه تاماً، لم يتوقفا في الحقيقة على مسائل يجب أن تكون محل اتفاق، فإن ما تم الاتفاق عليه فعلاً يعتبر صحيحاً، ما دام من المسلم به أن العقد رغم عدم الإشارة إلى المسألة الناقصة كان إبرامه مؤكداً)). فطبقاً لهذا النص فإن المتعاقدين هما اللذان يعتبران أن العقد قد تم وليس نص القانون وتوضح المادة (154) من هذا القانون المبدأ السابق فتتص على أنه (ما دام الطرفان لم يتفقا على جميع مسائل العقد التي يجب، ولو طبقاً لتعبير واحد وحسب، صادر من أحد الطرفين أن تكون موضع اتفاق، فإن العقد عند الشك يعتبر أنه لم يتم).

ب) موقف القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري: إن المادة (2/86) من القانون المدني العراقي قد أشار إلى: (... إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطاً أن العقد يكون غير منعقد، عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون

والعرف والعدالة⁽¹⁾، إن الشرط الأول من نص المادة (2/86) أعلاه يتعلق بحكم العقد الذي يتم فيه الاتفاق على المسائل الجوهرية دون المسائل التفصيلية إذا لم يتضمن شرطاً يقضي باعتباره غير منعقد إذا لم يتم الاتفاق على هذه المسائل لاحقاً، فالعقد يعتبر صحيحاً في هذه الحالة، فإذا وجد الشرط أخذ القاضي به وبالتالي يعتبر العقد كأن لم يكن أما إذا لم يوجد هذا الشرط فإن هذا يعني أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى إبرام العقد رغم ما يعتبر به من نقص في التنظيم، أما الشرط الثاني من نص المادة (2/86) فإنه يعطي لقاضي الموضوع سلطة إكمال هذا النقص حسب المعايير أو الضوابط التي وضعها المشرع وهي أحكام القانون والعرف والعدالة التي تلائم طبيعة أو الالتزام⁽²⁾.

إلا أنه يحد من هذه السلطة التقديرية للقاضي عدم إمكانه إغفال الرد على الطلبات والدفع المتعلقة بهذا الجانب حيث سيكون خاضعاً في ذلك لرقابة التسيب، ولكن إذا قدر القاضي أن العقد محل النزاع يحتاج إلى التكميل فإكماله سيخضع في ذلك إلى رقابة التمييز لأنه سيطبق في هذه الحالة ما يقضي به القانون وإن سلامة تطبيق القانون تقع ضمن اختصاصات محكمة التمييز⁽³⁾.

وهنا عليهما مراعاة ما يقرره القانون في حالة ترك العناصر الثانوية عن قصد أو بدون قصد⁽⁴⁾.

(1) هذا يقابل نص المادة (95) من القانون المدني المصري والشبه بين النصين يكاد يكون حرفياً.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 107.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 622.

(4) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص 139 وما بعدها.

المطلب الثاني

تعريف تكميل العقد

لما كان المقصود بتكميل العقد هو سد النقص في تنظيم العقد الصحيح، بمعنى أن هناك تعبيراً تصرفياً اشتمل على العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاده ولم يشتمل على العناصر التفصيلية أو الثانوية كجزء من التعبير عن الإرادة، فإن التكميل يعني إضافة الجزء الناقص إليه، وإذا كان إضافة هذا الجزء قد تم عن طريق الاتفاق بين الطرفين المتعاقدين فإن طبيعة التكميل تأخذ حكم طبيعة الاتفاق، فالعقد عبارة عن توافق إرادتي بين طرفين أو أكثر وكذلك يكون التكميل الاتفاقي أيضاً.

ولكن حين يقوم القاضي بتكميل العقد وسد النقص فيه فإن الأمر يكون مختلفاً، فهل يكون للتكميل الطبيعة نفسها للعقد، أم طبيعة أخرى مختلفة، ومن هنا اختلف الفقهاء في تعريفهم للتكميل فمنهم من يرى التكميل ذا طبيعة ذاتية ومنهم من يراه ذا طبيعة موضوعية، وعليه فإننا سنتناول هذا الموضوع وفقاً لهاتين النظريتين بفرعين نخصص الأول لتعريف تكميل العقد وفق النظرية الذاتية والفرع الثاني لتعريف تكميل العقد وفق النظرية الموضوعية.

الفرع الأول

تعريف تكميل العقد وفقاً للنظرية الذاتية

يرى جانب من الفقه وبصورة خاصة فقه المدرسة اللاتينية أن الإرادة

هي الأساس في تكوين العقد ذاته يجب الرجوع إليها في تفسير العقد وفي تحديد آثاره ومن ثم تكميله، وعليه فإن تكميل العقد طبقاً لهذه النظرية ما هو إلا تفسير لإرادة المتعاقدين بالكشف عنها سواء أكانت هذه الإرادة هي الإرادة الحقيقية أم الإرادة المفترضة لهما. وإذا كان القاضي يكمل العقد حسب مستلزماته وفقاً للقانون أو العرف والعدالة، فإن أدوات التكميل هذه ما هي إلا تعبير عن إرادة الطرفين، وأصحاب هذه النظرية متفقون إلى هذا الحد إلا أنهم يختلفون فيما بينهم عند تحديد طبيعة هذه الإرادة هل هي المفترضة أم الإرادة الضمنية، وسنتناول آراء الفقهاء وأسانيدهم في هذا الشأن:

1) الرأي الأول: الأحكام المكملة تعبر عن إرادة مفترضة

للمتعاقدين^(١):

أولاً: الإرادة المفترضة: إن الإرادة يجب التعبير عنها وهذا صحيح إلا أن الذي يقول عليه ليس ما قيل أو كتب وإنما هو ما أريد تحقيقه، أي أنه من خلال الإرادة المعلنة، يجب البحث عن الإرادة الحقيقية فإذا تبين اختلاف هذه عن تلك فإن الإرادة الحقيقية هي التي يجب التعويل عليها⁽²⁾.

(1) يرى الدكتور شفيق شحاتة أن القواعد المقررة تعبر عن الإرادة المفترضة للمتعاقدين وإن القاضي عندما يفسر العقد يبدأ أولاً بالإرادة الصريحة لهما ثم يبحث عن إرادتهما الضمنية بعد ذلك فإن لم يجد حلاً للمسألة لجأ إلى إرادتهما المفترضة، الالتزامات ص 107.

(2) الأستاذ رينو - دروس في القانون المدني ص 336، 972، 973، نقلاً عن الدكتور عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، رسالة ماجستير، - المصدر السابق، ص 18، 19.

وإن الأحكام المكملة والمفسرة -دون تفريق بينهما- تعبر تارة عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وتارة عن إرادة افتراضها المشرع لهما، (وإن المشرع جعل هذه الأحكام أحكاماً تكميلية تحدد نطاق العقد إذا المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منهما، وأحكاماً تفسيرية تكشف عن إرادة المتعاقدين، إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك واعتمدا على هذه الأحكام المفسرة)، وهناك حالة أخرى تتمثل في أن الاتفاق الواقع بين المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية في العقد ويتركبان مسألة تفصيلية ليتفقا عليها في المستقبل دون أن يشترطا أن العقد يعتبر غير منعقد إذا لم يتم الاتفاق بينهما على هذه المسألة وعرض الأمر على القاضي، فإن القاضي في هذه الحالة (لا يفسر نية المتعاقدين ولا يكمل العقد وإنما يحل محل المتعاقدين في صنع العقد⁽¹⁾)، وهنا سوف يتحدد دور القاضي في المسألة التفصيلية المتروكة في العقد بأنه سوف يفسر إرادة المتعاقدين إذا كان قد توقعا المسألة المتروكة وبأنه يكمل نطاق العقد إذا كانا لم يتوقعا هذه المسألة وبأنه يصنع أو ينضم بنفسه المسألة المتروكة إذا كان المتعاقدان قد توقعاها وتركها لاتفاقهما اللاحق الذي لم يتم بينهما، وفي الحالة الأولى يكشف عن إرادة حقيقية للمتعاقدين وفي الحالة الثانية فإنه يكمل العقد بإرادة مفترضة للمتعاقدين من قبل المشرع، وفي الحالة الثالثة فإنه لا توجد إرادة حقيقية ولا إرادة مفترضة للمتعاقدين بل أن إرادة المشرع أو إرادة القاضي هي التي تحل محل إرادة المتعاقدين⁽²⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 621، 620، هامش 1.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 117، 116.

الانتقادات التي قيلت في هذا الموضوع:

إن ما يؤخذ على هذا الرأي يتحدد بالملاحظات الآتية:

(1) جعل موقف الطرفين المتعاقدين من المسألة المتروكة معياراً لتحديد طبيعة عمل القاضي من حيث أن هذا العمل يعتبر تفسيراً لإرادة المتعاقدين إذا كانا قد توقعوا المسألة المتروكة عند التعاقد كما أنه يعتبر مكملاً لنطاق العقد إذا لم تكن المسألة متوقعة من قبلهما في حين أن هذا الموقف لا أثر له من الناحية العملية على المحل الذي سيأخذ به القاضي في الحالتين لأن هذا الحل سيتحدد في الحالتين وفقاً للقانون أو العرف أو العدالة بغض النظر عما إذا كانت المسألة متوقعة أم غير متوقعة من قبل المتعاقدين، ولما كان البحث عما إذا كانت المسألة متوقعة أو غير لا طائل من ورائه فإن القاضي ينزه نفسه عن البحث وضياح الوقت في أمور غير منتجة في الدعوى.

(2) إن معيار توقع المتعاقدين للمسألة أو عدم هذا التوقع معيار ذاتي لا يصلح للتمييز بين القواعد المكملة والقواعد المفسرة والأجدر من ذلك هو الاعتماد على مضمون القاعدة نفسها لتحديد نوعها لا الاعتماد على عامل خارجي عنها، لأن المعيار الذاتي يؤدي إلى وصف القاعدة ذاتها بأنها مفسرة ومكملة في النوع الواحد من العقود⁽¹⁾.

(3) إن هذا التحليل يؤدي إلى إيجاد نوع من التكميل، وهما التكميل بإرادة مفترضة للمتعاقدين من قبل المشرع والتكميل بإرادة المشرع ذاتها أو إرادة القاضي، في حين أن الطريقة التي يتبعها القاضي والنتيجة التي يتوصل إليها واحدة في الحالتين وهي معالجة المسألة المتروكة في العقد وفق القانون

(1) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص 117.

والعرف والعدالة، وهذا يؤكد أن الحالتين من طبيعة واحدة ولا يوجد ما يبرر الفصل بينهما⁽¹⁾.

كما أن مسألة الإرادة المفترضة توحى بأنها إرادة غير حقيقية وغير موجودة لدى المتعاقدين بل إنها إرادة المشرع أو القاضي⁽²⁾.

4) إن إرادة المتعاقدين تجاه المسألة المتروكة هي إرادة غير معبر عنها، وهذا هو القاسم المشترك بين الحالات السابقة، والأصل أن الإرادة غير المعبر عنها مع التسليم بوجودها لا تعدو أن تكون إرادة مضمرة لا يعتد بها القانون، ولكن لما كان الطرفان المتعاقدان يسلمان بصحة العقد المبرم بينهما فإن المشرع قد رخص للقاضي بأن يكمل إرادتهما عما كان يجب أن تصرح به، بغض النظر عن سبب هذا التوقف، وذلك رعاية منه للعقد أو لإرادتهما المعبر عنها والتي اكتملت فيها عناصرها الجوهرية، وإن سبب التوقف عن التعبير عن الإرادة لا يُعيره المشرع هنا أدنى انتباه، فيرتب التكميل على عملية التوقف عن التعبير عن الإرادة ذاتها، فإذا كان التعبير عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين كاملاً فلا حاجة للتكميل، أما إذا توقف التعبير المشترك للمتعاقدين عند نقطة معينة فإنه يجب على القاضي عندئذ أن يكمل تنظيم هذه المسألة إذا لم يتفق المتعاقدان بأنفسهما على إكمالها⁽³⁾، وعليه فإن الإرادة

(1) رأي الدكتور وليم قلادة، عدم الفصل بين هاتين الحالتين، لأن القاضي فيهما يكمل إرادة ناقصة، وإن النصوص التي تتناولهما من طبيعة واحدة ولكنه رأى أن القاضي في هذه الحالة يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين مما يعني أن هذه الأحكام تعبر عن الإرادة الحقيقية لهما، المصدر السابق، ف 124، ص 348.

(2) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ف 435، ص 569.

(3) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص 117 وما بعدها.

الحقيقية هي الإرادة المعبر عنها أما الإرادة غير المعبر عنها في حالة وجودها فإنها إرادة مضمرة وإن وصفها بالإرادة الحقيقية يكون من باب التجاوز ولعل هذا السبب هو ما يكمن وراء محاولة البحث عن وجود تعبير مادي عن هذه الإرادة لدى بعض الفقهاء لكي يثبتوا أن التكميل ما هو إلا تعبير عن إرادة المتعاقدين.

(2) الرأي الثاني: الأحكام المكملة تعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين:

رأى بعض الفقهاء أن الأحكام المكملة والمفسرة ليست مجرد إرادة مفترضة من قبل المشرع للمتعاقدين ولا هي إرادة مضمرة غير معبر عنها، بل هي إرادة حقيقية للمتعاقدين ومعبرة عنها من قبلهما، وقد رأى البعض من هؤلاء الفقهاء أن التعبير عن هذه الإرادة الحقيقية للمتعاقدين يكمن في سكوتها وأن معنى هذا السكوت هو القبول بمضمون هذه الأحكام، وهذه الأحكام مكملة تعبر عن إرادة المتعاقدين لأن هناك إرادة ظاهرة يجب أن نعتد بها باعتبارها مطابقة للإرادة الباطنة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، تلك الإرادة الظاهرة محلها الأخذ بأحكام النصوص المكملة التي يقضي بها القانون وطريق التعبير عن هذه الإرادة إنما هو سكوت الطرفين عن النص على ما يخالفها⁽¹⁾، وأن الذي يقف بوجه هذا الاستدلال أن السكوت ليس طريقاً أصلياً في التعبير عن الإرادة ولا يؤخذ به في هذا الخصوص إلا على سبيل الاستثناء في بعض الظروف التي تنحصر في حالة قبول الطرف الموجه إليه الإيجاب وهو ما يعبر عنه بالسكوت الملابس⁽²⁾، والحالة التي

(1) د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، المصدر السابق، ص 280.

(2) Riey: op. p43 et. S.

نحن بصددنا لا تقع ضمن الحالات الاستثنائية التي يصلح فيها السكوت وسيلة للتعبير عن الإرادة بالإضافة إلى أن حالات السكوت الملابس جلها تعبیر عن إرادة فردية هي إرادة المقابل، ومما يستفاد منه أن السكوت لا يصلح كتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدین⁽¹⁾، إن واقعة السكوت ليست لها في ذاتها بذات دلالة على المعنى المراد استخلاصه منها ألا وهو رضا الطرفين بحكم نصوص القانون المكمل⁽²⁾، وبهذا تكون واقعة السكوت قد أخذت هذا المعنى افتراضاً من قبل المشرع.

وقد رأى البعض الآخر من هؤلاء الفقهاء أن التعبير عن الإرادة في حالة ترك المتعاقدین للمسألة التفصيلية يكمن في الظروف الخارجية المصاحبة للتعبير الرئيسي عن إرادتهما، وهذه الظروف هي بمثابة تعبيرات ثانوية يجب أن تضاف إلى التعبير الرئيسي ليتم تحصيل المضمون الكامل لإرادة المتعاقدین، وإن هذه التعبيرات القانونية تقابل ذلك الجزء من الإرادة الباطنة المشتركة لهما التي لم يظهرها التعبير الرئيسي، وبهذا يصبح تكميل العقد وتفسيره، من طبيعة واحدة ولا اختلاف بينهما، والقاضي فيهما جميعاً يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدین، وحينما يقوم القاضي بتحديد مستلزمات العقد لا يقوم في الواقع من الأمر إلا بتحليل العقد الذي أنشأه الطرفان واستخلاص مضمون إرادتهما، (وهو إذا يلتجئ إلى الظروف الخارجية) لا يكمل الإرادة بل الحري يكمل التعبير الرئيسي الذي لم يتضمن سوى المسائل الجوهرية، ولهذا يلتجئ من أجل تنظيم المسائل التفصيلية التي يتضمنها هذا التعبير إلى الإرادة الباطنة للمتعاقدین التي تكشف عنها مختلف الظروف الخارجية⁽³⁾.

(1) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 120.

(2) د. حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص 281 وما بعدها.

(3) د. وليم سليمان قلادة، المصدر السابق، ص 123-125، 344، 348 وما بعدها.

ولا شك أن الأحكام المكملّة تمثل ظرفاً خارجياً بالنسبة للتعبير الرئيسي ولكن النظر إلى هذه الأحكام على أنها تمثل تعبيراً ثانوياً عن إرادة المتعاقدين ولها نفس الخصائص التي هي للتعبير الرئيسي أمر يشك كثيراً في صحته، فالظرف الخارجي لكي يعد تعبيراً ثانوياً عن الإرادة المشتركة للطرفين يجب أن يكون من ذات طبيعة التعبير الرئيسي، وهذا ما يؤكد عليه صاحب الرأي السابق الذي يقول يجب أن يكون الظرف الخارجي معداً بالاشتراك بين الطرفين من أجل الإفصاح عن إرادتهما المشتركة، إن الظرف الخارجي يجب أن يعبر عن الإرادة المشتركة ويمثل تلاقي الإرادتين معاً حول مضمونه⁽¹⁾، بل إنه يؤكد على أن مجرد العلم بالظرف الخارجي لا يكفي وحده كي يعد هذا الظرف تعبيراً عن الإرادة بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يتم الرضا به والموافقة عليه.

الانتقادات التي قيلت بهذا الموضوع:

وإذا طبقنا هذه الشروط على الأحكام المكملّة فإنها تخرج من قائمة الظروف الخارجية التي تصلح لأن تكون تعبيراً ثانوياً عن الإرادة، لأن المسألة التفصيلية إذا لم تكن متوقعة من قبل المتعاقدين فإنهما لم يفكرا في حلها حتى يفترض بأنهما يعلمان بحكم القانون فيها وبأنهما رضيا بهذا الحكم، وحتى في حالة توقعهما للمسألة ومن تركها لحكم القانون فإنهما قد لا يعلمان بحقيقة هذا الحكم وقد يفهم الطرفان أو أحدهما هذا الحكم على نحو آخر يختلف عما أرداه المشرع، وقد سبق أن رأينا أن إرادة المتعاقدين لا تلعب دوراً في التأثير على حكم القانون للمسألة المتروكة⁽²⁾.

(1) د. وليم سليمان قلادة، المصدر السابق، ص115، ص315، ص316.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص122.

3) الرأي الثالث: الأحكام المكملة تعبر عن الإرادة الضمنية

للمتعاقدين:

إن رأي البعض من الفقهاء يقول أن تكميل العقد إنما يستند إلى الإرادة الضمنية المشتركة للمتعاقدين⁽¹⁾، ولما كانت الإرادة هي أساس التفسير فإنها لا تقتصر على الإرادة الصريحة بل وأيضاً على الإرادة الضمنية إذا لم يستدل على الأولى في المسألة محل النزاع⁽²⁾.

إن الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية وجهان للإرادة الحقيقية، غاية ما في الأمر الإرادة الصريحة هي الإرادة الباطنة وقد تم التعبير عنها بطريقة مباشرة، أما الإرادة الضمنية فإنها الإرادة الباطنة وقد تم التعبير عنها بطريقة غير مباشرة، وبهذا تختلف الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية عن الإرادة المضمرّة في أن الأولى والثانية معبر عنهما، أما الثالثة فإنها إرادة حبيسة النفس غير معبر عنها، ومثال ذلك:

يبيع شيئاً عرض شراؤه، فتصرف هذا الشخص في الشيء بالبيع يعبر عن إرادة صريحة له في البيع وفي نفس الوقت يعبر عن إرادة ضمنية في قبول العرض الذي وجه إليه قبل التصرف بالبيع، كما أن إرادته قبل التصرف في الشيء إرادة مضمرّة غير معبر عنها إذا انتفت عنه حالة السكوت الملابس⁽³⁾.

(1) Qounot (E) Le principe de la volonté de l'obligé end. Roite prive. These paris 1912 p. 171.

نقلًا عن د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص 122 وما بعدها.

(2) د. عبد الحكم فودة، المصدر السابق، ف 3، ص 14.

(3) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 122 و ص 123.

إن استخدام مفهوم الإرادة الضمنية للتدليل على أن تكميل العقد ما هو إلا تفسير لإرادة المتعاقدين، وإن الإرادة الضمنية إرادة حقيقية معبر عنها بطريقة غير مباشرة لكن السؤال الذي يثار عن وجود التعبير غير المباشر أن أصحاب هذا الرأي يقولون إذا سكت الطرفان بشأن مسألة ما فهذا السكوت يثير غموضاً يحتاج إلى تفسير بالبحث عما تهدف إليه إرادتهما الضمنية، وهذه الأخيرة لا تبدأ من فراغ بل من مظاهر مادية تكشف عنها. فالمعتاد أن المتعاقدين لا ينظرون إلا للمسائل الجوهرية، أما المسائل الفرعية فتتجه إرادتهما الضمنية إلى ترك تنظيمها إلى القانون أو العرف أو العدالة، ويأتي دور القاضي هنا لتحديد مضمون العقد بالتعريف على ما تشير إليه كل من هذه المصادر الثلاثة⁽¹⁾.

إن هذا القول يشير أن صاحبه ينظر إلى سكوت الطرفين بصدد المسألة المتروكة من العقد على أنه سكوت ملابس وإن هذا السكوت عبارة عن تعبير ضمني لهما مضمونه اتجاه إرادتهما إلى الأخذ بالأحكام المكملة، وعليه يقع صاحب هذا الرأي في التناقض مع المنطق الذي سار عليه فيقرر أن القوانين المكملة لا يمكن استبعادها إلا بواسطة شرط صريح، فالإرادة الضمنية للمتعاقدين المستخلصة من التعبير الرئيس لها لا تقوى على استبعاد الأحكام المكملة⁽²⁾.

ولو أخذنا بذلك لتركنا تطبيق القانون أو رفضه الانتقادات التي وجهت لهذا الموضوع لحكم قاضي الموضوع وهو أمر يتعارض مع الحكمة التي وضعت من أجلها هذه القواعد⁽³⁾.

(1) د. عبد الحكم فودة، المصدر السابق، ف 3، ص 14.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص 123 و ص 124.

(3) د. عبد الحكم فودة، المصدر السابق، ف 587، ص 128 وما بعدها.

الانتقادات التي وجهت لهذا الموضوع:

وهذا ما جعل بعض الفقهاء أن يحدد أن هذا التناقض هو عدم قدرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين على استبعاد الأحكام المكملة التي اعتبرها إرادة ضمنية للمتعاقدين مع أن المنطق الذي سار عليه يقضي باستبعاد هذه الأحكام بالإرادة الضمنية للمتعاقدين، لأن هذه الأحكام تعبر عن إرادة ضمنية للمتعاقدين مستخلصة من ظاهرة سكوتها، والسكوت هنا مسلك سلبي، في حين أن الإرادة الضمنية المستخلصة من التعبير الرئيسي مسلك إيجابي، وعليه فإن الثانية أقوى من الأولى، وأنه يرى صحة الرأي الذي يقول بعدم قدرة الإرادة الضمنية على استبعاد الأحكام المكملة، إلا أنه يرى أن السبب في ذلك يرجع إلى أن إرادة المشرع في إيراد هذه الأحكام هي إرادة صريحة، وإذا كان المشرع قد أجاز للمتعاقدين مخالفة هذه الأحكام عند تنظيمهم لعقودهم فإنه يجب أن تكون إرادتهم في ذلك إرادة صريحة، لأن الإرادة الضمنية أضعف من الإرادة الصريحة فلا تقوى على نسخها كما أن الأصل هو توافق إرادة المتعاقدين مع إرادة المشرع والاستثناء هو عدم التوافق أو المخالفة⁽¹⁾.

وعليه فإن الإرادة الضمنية هي من باب التفسير الواسع حيث يتم التعبير عنها بطريق غير مباشر والتفسير الضيق يقف عند الإرادة الصريحة مقترباً من التفسير الحرفي أو اللغوي⁽²⁾.

(1) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص124، وانظر د. عبد الحكم فودة، المصدر السابق، ص111، ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص449، وص557.

(2) د. عبد الحكم فودة، المصدر السابق، ص18 وما بعدها.

فالإرادة الحقيقية هي الإرادة الممكن التعرف عليها من جانب المخاطب بالتعبير، وعلى ضوء هذه الظروف⁽¹⁾، وتشمل هذه الظروف المكان الذي تحقق فيه التعبير والهدف الاقتصادي في التصرف، بالإضافة إلى العادة المتبعة في التعامل وما يقتضيه شرف التعامل من ضرورة الأمانة والثقة لدى طرفي التصرف⁽²⁾، ولما كانت هذه الظروف هي ظروف خارجية وتحيط بالتعبير فإنها تعد جزءاً لا يتجزأ منه، ويفترض أن المخاطب بهذا التعبير على علم بها علم ذلك أو لم يعلم ما دام باستطاعته العلم بها.

ومن هنا يتضح أن الإرادة الحقيقية لصاحب التعبير أو المعنى الحقيقي للتعبير حسب النظرية الموضوعية ليست النية أو المعنى الكاشف في نية صاحب التعبير⁽³⁾.

وعليه يمكننا أن نضع التعريف الآتي للتكميل وفق النظرية الذاتية ((بأن التكميل ما هو إلا تفسير لإرادة المتعاقدين وذلك بإكمال التعبير التعاقدية وهو الإرادة الظاهرة بما تتضمنه الإرادة الباطنة لهما المتجهة إلى القانون والعرف وما تقتضيه العدالة وفقاً لطبيعة العقد)).

(1) Rieg: op. cit. p. 378. salilles. Op. cit. p 221 نقلاً عن د. عبد الفتاح حجازي،

المصدر السابق، ص 250.

(2) Santa maria: op cit. No.58 p 193. et s نقلاً عن د. عبد الفتاح حجازي،

المصدر السابق، ص 250.

(3) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص 250.

الفرع الثاني

تعريف تكميل العقد وفقاً للنظرية الموضوعية

إن النظرية الموضوعية في تكوين العقد وفي تفسيره تقف عند التعبير عن الإرادة وما يحتويه هذا التعبير لاستخلاص الإرادة الحقيقية أو التعاقدية، أي تعتمد على التعبير باعتباره الإرادة الظاهرة للمتعاقدين سواء للثبوت من وجود العقد وصحته أو لتفسيره، فإن كان التعبير ناقصاً وكان العقد صحيحاً فإنها تكمل العقد أن تضيف له وما هو من مستلزمات بحسب طبيعته وفقاً لما يقضي به القانون والعرف والعدالة⁽¹⁾، إلا أن فكرة الإرادة الحقيقية قد تتعارض مع المعنى الحرفي لألفاظ التعبير الذي يتم استخلاصه وفق قواعد النحو والصرف ولهذا فإن أنصار النظرية الموضوعية يرفضون التمسك بهذا المعنى للتعبير عن الإرادة ويرون أن طريقة التفسير الحرفي تناسب الأشكال الغابرة التي كانت تكبل الإرادة وتحجبها خلفها وتتعارض مع مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود في التصرفات القانونية سواء عند تكوين التصرف أو عند تنفيذه⁽²⁾.

كما يرفض هؤلاء الفقهاء طريقة التحليل النفسي عند تفسير التصرف ويرون ضرورة استبعاد الظاهرة النفسية من نطاق التفسير لخطورة ذلك على الثقة الاجتماعية وعلى الاستقرار الواجب توافره للمعاملات⁽³⁾، ولكن لما كانت الإرادة الحقيقية التي يجب البحث عنها حسب النظرية الموضوعية

(1) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص 249.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 170، وص 172.

(3) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص 249.

لتفسير التصرف ليست هي الإرادة الظاهرة المستخلصة من التعبير حسب طريقة التفسير الحرفي كما أنها ليست النية المشتركة للمتعاقدين حسب النظرية الذاتية، ففي أي شيء تتمثل هذه الإرادة وما هو مضمونها؟

يقول أنصار هذه النظرية الموضوعية بأن الإرادة الحقيقية لصاحب التعبير تكمن في المعنى العادي والمألوف للتعبير وسط الجماعة، وأن هذا المعنى هو الذي قصده صاحب التعبير، وعليه يجب على المفسر أن يكشف عن هذا المعنى عن طريق الوسائل المتاحة له للتعرف عليه، وهذه الوسائل هي مجموعة الظروف الموضوعية التي تمثل إطاراً خارجياً للتعبير⁽¹⁾.

ومن هنا يتضح أن الإرادة الحقيقية لصاحب التعبير أو المعنى الحقيقي للتعبير حسب النظرية الموضوعية ليس هي النية أو المعنى الكافي في نية صاحب التعبير، كما أنها ليست نية المخاطب بالتعبير أو المعنى الذي فهمه حقيقة من هذا التعبير بل أنها الإرادة أو المعنى الذي يجب على الطرفين أن يأخذا بهما، وعليه فإن صاحب التعبير قد يتحمل أكثر مما أراد بتعبيره كما أن المخاطب بالتعبير قد يتحمل هو الآخر نتيجة فهمه الخاطئ للمعنى المألوف لهذا التعبير⁽²⁾.

ويرى أصحاب هذه النظرية أن تكميل العقد لا يستند إلى إرادة المتعاقدين، الإرادة المشتركة والمفترضة، وإنما يلجأ القاضي إلى معايير موضوعية لإكمال النقص الذي يشوب العقد⁽³⁾، وإن ما يستدل به البعض من

(1) السيد Riegi op. cit. p 378. suleilles. Op cit. p 221. نقلاً عن د. عبد الفتاح

حجازي، المصدر السابق، ص 250.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 250.

(3) د. سلام عبد الزهرة، المصدر السابق، ص 64.

أنصار هذه الوجهة من أن الأحكام القانونية المكملة تمثل ظرفاً خارجياً يستعين به القاضي للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين وأنهم يقولون أن القواعد التشريعية المكملة هي تفسير لإرادة المتعاقدين، وإن قوتها الملزمة مستمدة من اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها وهو افتراض لا أساس له من الواقع في كثير من الأحيان⁽¹⁾.

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن القواعد المكملة والأحكام التي تتضمنها تعبير مباشر عن إرادة المشرع ولا شأن لإرادة المتعاقدين بها، كما أن القاضي يلجأ إلى تطبيق هذه القواعد، حيث لا يوجد تعبير صادر عن المتعاقدين بصدد المسألة المختلف عليها بينهم، ومن هنا كان سبب تكميل العقد هو النقص في تنظيمه من قبل المتعاقدين، والهدف من التكميل هو سد هذا النقص عن طريق ما تتضمنه هذه القواعد الموضوعية من أحكام دون أن يتطلب ذلك من القاضي البحث عن إرادة المتعاقدين بصدد المسألة الناقصة، لذلك كان التكميل ثمرة إرادة المشرع لا إرادة المتعاقدين⁽²⁾.

وكذلك هناك جانب آخر من الفقه يشير إلى إكمال نطاق العقد بأنه عملية قانونية تستند إلى معايير موضوعية مجردة، عن إرادة المتعاقدين، فالقاضي لا يبحث فيما يحتمل أن يريده العاقدون، لو أنهم واجهوا المسألة محل البحث ولا يسعى لتحديد إرادتهم المفترضة، وإنما يسعى لتحديد ما يمكن أن يستنتج

(1) د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهب، مصر، 96.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص125، وانظر د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص566، وما بعدها، وانظر د. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط 1، سنة 1960، ص323.

من العقد من الناحية الموضوعية⁽¹⁾.

وقد تضمن القانون المدني العراقي فيما يرى الرأي الغالب في الفقه أن السلطة الممنوحة للقاضي بموجب المادة 2/86 منه قد تجاوز سلطته العادية في تفسير إرادة المتعاقدين وتمتد لاستكمال ما نقص منها وهذا لا يعني أن القاضي يساهم في صنع العقد لأن تدخله يأتي لاحقاً على انعقاد العقد وليس سابقاً⁽²⁾، وكذلك تضمن القانون المدني الفرنسي نصوصاً تمثل المنطلق للموجبات الموضوعية التي يعتمد عليها القاضي عند إكمال نطاق العقد ففي المادة (1160) مدني فرنسي التي تشير إلى أن نقص العقد يجري إكماله عن طريق الشروط الشائعة الاستعمال ولو لم يعبر عنها في العقد⁽³⁾، وقد مدّ القضاء التقنين المدني بالعديد من النظريات بهذا الصدد⁽⁴⁾، فالتشريع لا يمكن

(1) د. جاك غسان ((مفاعيل العقد وأثاره))، القول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2001، ص80-81، نقلاً عن د. سلام عبد الزهرة، المصدر السابق، ص62.

(2) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج الأول، الالتزامات، سنة 1954، عدم وجود مكان للنشر، ص120، وأنظر د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، عدم وجود مكان للنشر، سنة 1977، ص86، وأنظر د. حسام كامل الدهواني، عقد البيع، ط1، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، 1989.

(3) د. سلام عبد الزهرة، المصدر السابق، ص62.

(4) د. محمد شنا أبو سعد، السلطة التقديرية للقاضي في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصر، ع/7/س77، 1986، مرجع سابق، ص621، ومن النظريات من مثل نظرية التعسف في استعمال الحق =

أن يحيط بكل شيء ولا يستطيع المشرع مهما كان بصيراً بالتشريع أن يتنبأ بكل مسألة ليضع لها حلاً، ومن هنا أناط المشرع مهمة التطور الجزئي للقانون وسد ما فيه من ثغرات بالقاضي الذي لم يعد دوره ينحصر في معرفة القانون وتطبيقه، وإنما منح قدراً من حرية البحث عن مدى ملائمة القانون وأحداث الموائمة بين ثبات القاعدة القانونية وتطور الحياة⁽¹⁾.

وعليه يمكن أن نضع التعريف الآتي لتكميل العقد وفقاً للنظرية الموضوعية ((وهو إكمال النقص في التعبير عن الإرادة بما يتضمنه القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة العقد)).

= ونظرية الحوادث الطارئة والمسائل التفصيلية من مثل وجود المطالبة القضائية بالفوائد والشرط الجزائي، وكذلك انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط المصدر السابق، ط1، ص52.

(1) د. محمد شنا أبو سعد، المصدر السابق، ص621 وما بعدها.

المبحث الثاني

تمييز التكميل عن الأوضاع القانونية المشابهة له

إن تكميل العقد قد يشتبه بأنظمة قانونية أخرى تعطي للقاضي سلطة التأثير في مضمون العقد أو في عنصر من عناصره من مثل سلطته في تفسير العقد وتحليل عبارته للوصول إلى المعاني التي قصدتها المتعاقدان، وبيان ما ينتج من التزامات أو سلطته في إعطاء الواقعة القانونية المتنازع عليها الاسم والوصف القانوني الصحيح (التكييف) أو في سلطته في تصحيح العقد بإضافة عنصر جديد للعقد ينقله من دائرة البطلان إلى دائرة الصحة أو انتقاص عنصر يهدد العقد بالبطلان لتستقر له الصحة والعافية، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، فنبحث في الأول الفرق بين التكميل والتفسير والثاني في تكميل العقد وتكييفه والثالث في تكميل العقد وتصحيحه.

المطلب الأول

التمييز بين تكميل العقد وبين تفسيره

تمهيد:

يخلط البعض من الفقهاء بين تفسير العقد وبين تكميله، وصحيح أن تفسير العقد وتكميله هما من أجل تحديد مضمون العقد وتحديد نطاقه بصورة إجمالية إلا أن ذلك لا يعني أن تكميل العقد عبارة عن تفسير له أيضاً حتى أن بعض من يعتبر التكميل تفسير يسمي التكميل بالتفسير التكميلي إحساساً

منه بأن التكميل يختلف عن التفسير بمعناه الفني أو الضيق، فإذا كان تفسير العقد، وفقاً للنظرية الذاتية هو القيام بمطابقة التعبير (الإرادة الظاهرة) للإرادة الباطنة باعتبارها الأساس في تكوين العقد وتفسيره، فإن التكميل لا يبدأ إلا من حيث الحد الذي انتهت عنده الإرادة الباطنة والتعبير عنها، وإذا كان أصحاب هذه النظرية أو دعايتها يقولون أن التكميل يكون بإضافة ما تنظمه الإرادة المفترضة أو الضمنية فإن هذه الإرادة تقدر بعوامل موضوعية وهي القواعد الموضوعية المستمدة من القانون والعرف (القواعد المكملة) والعدالة.

وإذا كان تمييز التكميل عن التفسير يبدو بهذا الوضوح في حالة تطبيق النظرية الذاتية فإن هذا التمييز قد يبدو صعباً في تطبيق النظرية الموضوعية في التفسير حيث يعطي المفسر الأهمية الأكبر للتعبير فيغلبه على الإرادة، إذ يجري التفسير وفقاً لعوامل موضوعية دون البحث عما اتجهت إليه الإرادة بالفعل فينظر إلى التعبير على أنه الإرادة وقد انفصلت عن صاحبها وأصبحت ظاهرة اجتماعية ملموسة تفسر حسبما تفهم من التعبير طبقاً لما هو متعارف عليه في المجتمع وبحسب الغرض الاقتصادي والاجتماعي من العقد وفي ضوء القواعد القانونية المفسرة دون البحث في بواطن النفس أو الإرادة الباطنة لصاحب التعبير، وهذا الأمر يقرب بين التفسير الموضوعي للعقد وبين تكميله.

رأي الفقهاء في هذا الموضوع :

والتفسير هو تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين مستنداً في

ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به⁽¹⁾، ومستعيناً في ذلك بقواعد التفسير الخاصة بالتصرف القانوني ووسائله المحددة والدافع إلى التفسير، فهو ما اعترى العقد من غموض، وليس المقصود غموض اللفظ بل غموض المعنى، أما أساس التفسير ومبتغاه فهو إرادة الطرفين وهذا ما يقتضيه النظام الشخصي لتفسير العقد فإذا كانت هي الأساس من إبرامه فهي أيضاً الأساس في تحديد مضمونه، فلم تعد العقود شكلية، بل أصبح رائدها حسن النية الذي يقضي عدم التقييد بالعبارات الواردة بالعقد إذا كانت لا تعبر عن نية المتعاقدين أما عن كيفية الوصول إلى هذه الإرادة فيكون بالاستعانة بوسائل التفسير الداخلية المستندة إلى صلب العقد أو بالوسائل الخارجية المستندة إلى ظروف الواقع والمرتبطة به⁽²⁾.

وهنا يجب أن نميز في التفسير بين التفسير الشخصي والتفسير الموضوعي، لذلك كان لزاماً على الشارع أن يوجد إلى قواعد التفسير الشخص قواعد تفسير موضوعي لا تعلق لها بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين وهنا أن لا يلجأ القاضي إلى قواعد التفسير الموضوعي إلا عندما لا تسعفه قواعد التفسير الشخصي التي هي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ (م 150 / 2) مدني مصري⁽³⁾، وإذا لم يستطيع القاضي من خلال عبارات العقد أن يتعرف على النية المشتركة

-
- (1) د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المصري، وكيل التفيتش القضائي ومنشأة المعارض بالاسكندرية، (جلال حربي وشركاؤه)، ص 10 وما بعدها.
- (2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، رسالة ماجستير، ص 10، سنة 1988.
- (3) د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، ص 173 وما بعدها.

يجب عليه أن يتبع المعايير الموضوعية التي وضعها له الشارع ومثالها (قاعدة) ((الشك يفسر لمصلحة المدين)) (وهذا ما جاء بالمادة 1/151) مدني مصري⁽¹⁾.

إن قواعد التفسير في القانون الفرنسي والمصري قد أسهب فيهما كل من المشرع الفرنسي والمصري في وضع قواعد يسترشد بها القاضي في تفسير العقد فعقد المشرع الفرنسي لتقريره هذه القواعد فصلاً مستقلاً (1156م - 1164م) من ق المديني الفرنسي، أما المشرع المصري فقد خص قواعد التفسير بثلاث مواد هي (م 200/140/49/138) مع ما هو عليه من الاقتضاب والإيجاز وإن القاضي في تفسيره للعقد يجد نفسه في أحد موقعين: أولاً: إما أن تكون إرادة المتعاقدين واضحة فعليه أن يحكم بمقتضاها ولا يجوز له تفسيرها، وثانياً: إما أن تكون هذه الإرادة غامضة فعليه أن يفسرها مسترشداً في ذلك بقواعد وردت في القانون الفرنسي والمصري⁽²⁾.

وللتفسير ثلاث حالات هي:

أولاً: الغموض وإن تنوعت صورته وأسبابه..

ثانياً: تنافر الشروط الواضحة للإتفاق.

ثالثاً: تنافر المعنى الحرفي للألفاظ الواضحة.

(1) د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص12 وما بعدها.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص929-934 وما بعدها.

وإن هذه الحالات الثلاث تتبلور في حالة واحدة هي عدم التوافق بين الإرادتين الظاهرة والباطنة⁽¹⁾، أما طرق التفسير فهي: التفسير اللغوي والتفسير المنطقي فالأول يهدف إلى تحديد معاني الألفاظ على العرف اللغوي وقواعد النحو والصرف دون التقيد بالفكرة الحقيقية، أما الثاني التفسير المنطقي فهو يهدف إلى البحث عن المعنى الحقيقي للنص أياً كان سواء كان واضحاً أو غامضاً طالما أنه لا يعبر عن الإرادة الحقيقية وأخيراً فإن التفسير يهدف إلى إزالة الغموض الذي يعترى العقد الصحيح وإيضاح معنى التعبير لتحديد مضمونه⁽²⁾.

نقاط الالتقاء والافتراق بين تكميل العقد وتفسيره:

أولاً: نقاط الالتقاء:

فيلتقي التفسير والتكميل اللذان يردان على العقد، في أنهما يهدفان إلى تحديد نطاق هذا العقد، وفي أن الاثنان يردان على عقد صحيح فيساهم التفسير في تحديد نطاق العقد عن طريق إيضاح معنى التعبير التصرفي الغامض، ثم يأتي التكميل ليضيف إلى هذا التعبير ما كان يجب أن يذكر فيه ولكنه لم يذكر أياً كان السبب في ذلك، بالإضافة إلى أن هناك بعض المعايير الموضوعية التي تمثل قاسماً مشتركاً بين التفسير والتكميل، وخاصة في حالة التفسير الموضوعي، حيث يلجأ القاضي إلى نص القانون أو العرف أو العدالة من أجل تفسير التعبير عن الإرادة ومن أجل تكميله⁽³⁾.

(1) د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 17 وما بعدها.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 104.

(3) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 114.

ثانياً: نقاط الافتراق بين تكميل العقد وتفسيره:

وبالرغم من الالتقاء الحاصل بين التكميل والتفسير إلا أنه توجد أيضاً نقاط افتراق بينهما تؤكد الخصائص المميزة لكل واحد منهما، ومن أبرز هذه النقاط، أن النتائج المتحصلة في عملية التفسير هي نتائج متحصلة في التعبير ذاته وبصورة مباشرة، لذا فهي نتائج اتفاقية مصدرها الإرادة، أما النتائج من عملية التكميل فهي نتائج متحصلة من أحكام موضوعية مضافة إلى التعبير عن الإرادة، والتفسير تبرز أهميته إذا كانت عبارات العقد غامضة وتحتاج إلى استجلاء معناها، أما التكميل فيقوم به القاضي إذا كان مضمون العقد يشوبه النقص، وذلك بأن يترك المتعاقدين بعض المسائل دون تنظيم أو لم يشر العقد إلى الالتزامات التي يتعذر على أحدها أو كلاهما تنفيذ التزامه بدونها⁽¹⁾، فتفسير العقد يفترض وجود تعبير غامض لا يفصح عما قصده المتعاقدان، لذا يشرع القاضي بالبحث عما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين لاستجلاء المعنى الذي يرومان الوصول إليه، أما تكميل العقد فيفترض وجود نقص في تنظيم العقد فيعمل القاضي على تكميله بأن يضيف إليه النية المشتركة ما لم تتناوله سهواً أو عمداً ولكنه يعد من مستلزماتها⁽²⁾.

(1) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص 114، 115، 184.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج/1 ص 836، حاشية رقم 2، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ((والواقع أن التفرقة من هذا بين تحديد مضمون العقد وتفسيره وكيفية تنفيذه دقيقة جداً، ذلك يبدأ بتحديد مضمون العقد وقد يستنتج ذلك استكمال ما لم يصرح به فيه ثم يعرض أمر تفسير هذا المضمون وهو يقتصر على شقه الثابت بالعبارة دون ما يستكمل منه من طريق الدلالة، فإذا تم للمتعاقدين تحديد مضمون العقد وتفسيره عمداً إلى تنفيذه وفقاً لما يفرضه حسن النية=

وعليه فإن الحل الذي يتوصل إليه القاضي من التفسير يكون كامناً في العقد نفسه، ولكن كان يكتفه الغموض، ويتوصل القاضي للكشف عنه مستعيناً بقواعد التفسير، لذا فإن الالتزام الذي يتقرر وجوده في العقد في طريق التفسير يمكن رده إلى لفظ أو جملة في العقد⁽¹⁾، أما تكميل العقد فإنه لا يقتصر على ما قصد إليه المتعاقدان، بل يجاوز ذلك إلى ما يترتب على العقد من التزامات تفرضها طبيعته ولو لم يتفق عليها المتعاقدان صراحة أو ضمناً فتكميل العقد يعني إضافة التزامات لا يمكن ردها إلى نصوص العقد، بل تضاف استناداً إلى عوامل خارجية عن العقد نفسه⁽²⁾، فالقاضي حينما يكمل نطاق العقد لا يبحث فيما يريده المتعاقدان لو أنهم واجهوا المسألة المتروكة حتى ينشغل بالبحث عن إرادتهما المشتركة، وإنما سيد النقص في مضمون العقد اعتماداً على طبيعة الالتزام بحسب ما ترشد إليه موجبات موضوعية هي القانون والعرف والعدالة، وإن قيام القاضي بتكميل العقد يعد من المسائل القانونية التي يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز، بينما سلطته في تفسير العقد تعد من مسائل الواقع التي لا رقابة لمحكمة التمييز عليها⁽³⁾.

= وما يقتضي العرف في شرح التعامل وإذا كان التفريق بين هذه المراحل الثلاث ميسوراً من الناحية المنطقية البحتة فمن البين أنها تختلط في الواقع ببعضها ويتجلى ذلك بوجه خاص فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد وتفسيره))، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج/ 3، ص 297، ود. عبد الحي حجازي، الموجز للنظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، ص 174.

(1) د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، ص 282، سنة 2003.

(2) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار

النهضة العربية، القاهرة، ص 204، سنة 1981.

(3) قرار رقم 317/حقوقية/1965، في 24/6/1965، أشار إليه د. عبد الرزاق عبد

الوهاب، رقابة محكمة التمييز على تفسير العقود، بحث منشور في مجلة العدالة س

2 ع 2، 976، ص 356.

المطلب الثاني

التمييز بين تكميل العقد وتكييفه

التكييف هو العملية أو النشاط الذي يقوم به القاضي بقصد إعطاء الواقعة القانونية المتنازع عليها الاسم والوصف القانوني الصحيح⁽¹⁾، وهو يعني التعرف على طبيعة وتطبيق النص القانوني الذي يحكم النزاع المعروض جراء انعقاده ولا يحصل هذا إلا بتفسيره عن طريق البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وفهم مقصوده وأثاره، فهماً حقيقة الطبيعة القانونية للعقد⁽²⁾، ولأن التكييف بحقيقته ما هو إلا الوصف القانوني الصحيح للعقد الملزم بما قصده المتعاقدان، والتكيف الصحيح للعقد يعتمد أساساً على فهم الوقائع والعناصر التي يتكون منها وهذا الفهم إذا أريد له أن يكون مبنياً على أساس سليم فإنه لا بد أن يحصل من تعبير تصرفي واضح لا غموض فيه⁽³⁾.

وتكييف العقد عملية قانونية يتولاها القاضي وبموجبها يتم تحديد ماهية العقد أو تحديد الوصف القانوني له، تأسيساً على الهدف الذي قصده المتعاقدان تحقيقه بعد استخلاصه من واقع شروط العقد المعروض عليه، وما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للطرفين وهذا يعني أن عملية التكييف تقتضي

(1) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 129، وانظر د. راقية عبد

الجبار، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، ص 20، سنة 2000.

(2) د. إيمان طارق الشكرجي، سلطة القاضي في تفسير العقد، ص 45 وما بعدها، سنة 2002.

(3) د. مصطفى كمال، النظرية العامة للالتزامات، القاهرة، 1978، ص 220، وانظر د.

عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، ج/ 1، ص 141 و 142.

أولاً تفسير إرادة المتعاقدين لتحديد ما قصدها⁽¹⁾، ومن هنا يتبين أن التكييف عملية تسبق عمل القاضي في تعديل العقد بل يستحيل على القاضي ممارسة سلطته في تعديل العقد إن لم يكن قد فسرَ وكيفَ العقد محل النزاع كما يتبين لنا أن التكييف أمر لازم في كل دعوى تعرض أمام القضاء حيث يلزم القاضي بتكييف العقد موضوع النزاع أولاً بغية تحديد مضمون العقد لكي يتسنى له بعد ذلك استعمال سلطته في تعديل العقد⁽²⁾.

وبناءً على ما تقدم فالتكييف العقد مسألة قانونية وهي إعطاء الأسم الحقيقي للعقد موضوع النزاع من أجل تطبيق القواعد القانونية عليه ولهذا فإن القاضي يقوم بتكييف العقد بغض النظر عن الوصف الذي يصفه له المتعاقدين، وهو في ذلك يخضع لرقابة محكمة التمييز.

نقاط الافتراق بين التكميل والتكييف:

وعليه فيمكن أن يحدد الفرق بين التكميل والتكييف، بأن التكميل يشترط وجود نقص في تنظيمه وتفسيره بشرط وجود تعبير لم يوقف المتعاقدان فيه نية الإفصاح عما قصدها، وإن القاضي يضيف إلى المضمون ما اعتراه من

(1) د. مصطفى كمال، المصدر السابق، ص 220.

(2) د. إسماعيل غانم، المصدر السابق، ص 308، وبهذا قضت الهيئة الموسعة الأولى لمحكمة التمييز في قرار لها ((وذلك أن تكييف واقعة الدعوى مسألة قانونية لا يتقيد فيها القاضي بتكييف المدعي لدعواه ولا بما يرتبه على هذا التكييف من آثار قانونية لأن المدعي قد يضطر لتكييف دعواه عن جهل أو يعتمد تكييف دعواه تكييفاً خاطئاً للوصول إلى غرض يريده، فعلى القاضي أن يصل إلى حقيقة دعوى المدعي فإذا وصل إليها يكيفها التكييف القانوني الصحيح ثم أصدر في الدعوى حكمه على مقتضى هذا التكييف)).

نقص كان في المقتضى الاتفاق عليه، حيث يلجأ القاضي إلى تطبيق القواعد المكملّة والأحكام، حيث لا يوجد تعبير صادر عن المتعاقدين بصدد المسألة المختلف عليها بينهم والهدف من التكميل هو سد هذا النقص أما التكييف الصحيح للعقد يعتمد أساساً على فهم الوقائع والعناصر التي يتكون منها العقد، وإن تكميل العقد يرد على وجود عقد صحيح لم تنظم فيه مسألة تفصيلية من قبل المتعاقدين، ويجب أن تكون هذه المسألة من مستلزمات العقد حسب طبيعته ووفقاً لما يقضي به القانون والعرف والعدالة، وإن التعبير يكون ناقصاً في العقد الصحيح وبالرغم من وضوح هذا التعبير وهذا شرط التكميل⁽¹⁾، بالوقت الذي يكون التكييف عملية قانونية يتولاها القاضي وبموجبها يتم تحديد ماهية العقد أو تحديد الوصف القانوني له⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتقدير ما إذا كان العقد يحتاج أو لا يحتاج إلى التكميل ولكن قراره هذا يجب أن يسبب. أما إذا قرر التكميل فإنه سيطبق قواعد قانونية فتعتبر المسألة مسألة قانون وليس مسألة واقع وكذلك يخضع في هذه المسألة لرقابة محكمة التمييز، وفي التكييف لا يضيف القاضي للعقد شيئاً بل يصفه الوصف القانوني الصحيح تمهيداً لتطبيق القواعد القانونية عليه، أما التكميل فبالبحث يدور حول النقص في التعبير من عدمه، فإن كان ناقصاً فيضاف إليه ما يقتضيه بحسب القانون والعرف والعدالة.

(1) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص 125.

(2) د. مصطفى كمال، المصدر السابق، ص 220.

المطلب الثالث

التمييز بين التكميل والتصحيح

أشرنا فيما سبق أن تكميل العقد يقصد به سلطة القاضي بإضافة بعض الالتزامات التكميلية التي لم ينص عليها العقد إلى الالتزامات المنصوص عليها فيه، باعتبار أن تلك الالتزامات التي أضافها القاضي هي مما يستلزمه العقد من حيث طبيعته والغرض من إبرامه حتى لو لم يتفق عليها الطرفان استجابة لدواعي العدالة والعرف أو مقتضيات القانون⁽¹⁾، وهو العمل الذي يقع على كاهل القاضي بغية سد النقص الحاصل في العقد⁽²⁾، فله ((القاضي)) سلطة مباشرة لتكملة هذا النقص الذي يعترى العقد نتيجة غياب عنصر ثانوي فيه⁽³⁾.

أن تصحيح العقد فيعني زوال البطلان أو التهديد به بوسائل تستند إلى إرادة المشرع يترتب عليها الإبقاء على العقد مصححاً بأثر رجعي⁽⁴⁾.

فالتصحيح بعدة وسائل تتضمن معنى التغيير في عناصر التغيير لا بالإضافة، وإنما يحصل بوسائل أخرى كالإنقاص أو الاستبدال، وقد يحصل

(1) د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية، ص 108، 109، سنة 1972.

(2) وهذا ما أبدته محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات منها:

1-Cass, civ- 25-10-1989 jep 1990

2-Cass, comm. 25-5-1993. 3 inf rap. P 160

وذكرها د. محمد عبد الظاهر حسن، ص 63، هامش 11.

(3) وقد وصفت هذه الالتزامات بالتبعية والتي يتحقق بها الغرض المقصود من العقد إلا أنها لا تتعلق بالالتزامات للمتعاقدين، انظر د. سمير عبد السيد تناغوا، المصدر السابق، ص 418.

(4) د. منصور حاتم محسن، المصدر السابق، ص 64.

التصحيح بوسائل لا تتضمن أي تغيير، لذا فإن نقطة الالتقاء بين التصحيح والتكميل من حيث وسيلة التعبير بالإضافة إلى عنصر من عناصر العقد، وقد أدى بأحد الفقهاء إلى الخلط بين المفهومين فقد عدّ تكملة العقد تصحيحاً له، فوفقاً له تدخل القاضي في تكملة عنصر ثانوي يعد بمثابة السلطة الممنوحة له في التدخل لإنقاذ الرابطة العقدية من الزوال ومن ثم تصحيحها⁽¹⁾، إلا أن هذا الرأي لا يمكن القبول به لأن تكملة العقد لا يمكن أن تكون هدفة تصحيح العقد في أي حال من الأحوال، فالهدف من الإضافة إلى عناصر العقد في تكميله تختلف عما هو عليه في تصحيح العقد ففي الأخير تهدف الإضافة إلى زوال البطلان أو التهديد به والإبقاء على العقد مصححاً بعد أن كان باطلاً أو مهدداً بالبطلان، بينما الهدف من التغيير بالإضافة في حالة تكملة العقد لا يتعلق بتصحيح أو إنقاذه من البطلان لأن العقد قبل تكملته صحيح نافذ إذ يهدف القاضي وراء تكملة العقد إلى تحديد نطاقه وبيان ما يدخل وما لا يدخل في هذا النطاق بالإضافة إلى ذلك فإن القاضي في تكملة العقد يضيف إلى العقد التزامات قد لا تنصرف إليها إرادة الطرفين وقت إنشاء العقد⁽²⁾.

(1) د. محمد عبد الظاهر، المصدر السابق، ص 62.

(2) د. سمير عبد السيد تناغوا، المصدر السابق، ص 418، ويذكر هنا في هذا الصدد ((ومع ذلك فإن تكملة العقد لا يمكن أن تتجه أبداً ضد العقد، وفي هذا يوجد الفارق الرئيسي بين تكملة العقد وتعديله، وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية هذا الفارق بقولها (إذا كانت العدالة والعادات الجارية ينبغي أخذها في الاعتبار طبقاً للمادة 1135 في تفسير العقود وتحديد ملحقاتها، فالقاضي لا ينبغي عليه مع ذلك أن يلجأ في هذا الطريق لإعفاء أحد المتعاقدين في تنفيذ تعهداته الواضحة والمحددة التي وافق عليها)) ويضيف قائلاً أن القاضي في تكملة العقد يحمي العقد ويؤكد ولا ينتقص من طبيعته المنشأة للالتزام فلا يمكن تغيير تلك الالتزامات تحت تكملة العقد.

لذلك نجد المشرع يحاول وبشكل دؤوب لتفادي حالات البطلان وتصحيح العقود كلما أمكن ذلك، وقد نجد ذلك باعتناقه للنظريات التي تساهم في تحقيق هذا الهدف مثل نظرية تحول العقد⁽¹⁾، ونظرية تصحيح العقد، فالتصحيح هو إحدى الوسائل لتفادي الحكم ببطلان العقد وله صور متعددة، فقد تم التصحيح بتغيير عنصرين من عناصر العقد، فإذا كان الأخير معيباً بما يهدده بالبطلان فمن الممكن تصحيحه باستبدال العنصر المعيب بعنصر آخر جديد يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً⁽²⁾، وقد يتم تصحيح العقد بانتقاص الجزء المعيب منه فإذا كان العقد يحتوي على شق باطل وآخر صحيح فمن الممكن تصحيحه بإزالة الشق الباطل إذا تستقر الصحة في الشق الصحيح مثل تخفيض الفوائد الاتفاقية إلى 7% وتخفيض الآجل الاتفاقي للبقاء في الشيوخ إلى خمس سنوات⁽³⁾.

نقاط الافتراق بين التكميل والتصحيح:

إن تكميل العقد يرد على العقد الصحيح في حين أن التصحيح على

(1) تنص المادة (149) من القانون المدني العراقي على أنه ((إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد)).

(2) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة، بيروت، ص 190، سنة 1983، وانظر د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المصدر السابق، ص 27.

(3) تنص المادة (1070) من القانون المدني العراقي (فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ مدة أطول أو مدة غير معينة فلا يكون في الاتفاق معتبراً إلا لمدة خمس سنين).

العقود الباطلة أو المهددة بالبطلان حيث يتم استبدال العنصر المعيب بعنصر جديد يكتسب على أثره العقد الصحة والفاعلية بعد أن كان يفتقرها أو يتم إزالة الشق الباطل لتستقر الصحة في الشق الصحيح إذا كان العقد يتضمن جزءاً معيباً وأخر صحيحاً هذا فضلاً عن أن تكميل العقد يستند إلى طبيعة العقد إذ يقوم القاضي بإضافة الالتزامات التي تقتضيها طبيعة العقد الذي يشوب مضمونه النقص على وفق القانون أو العرف أو العدالة، أما التصحيح فيستند أما إلى إرادة المتعاقدين أو إلى نص في القانون، فهو مزيج من تصرف إرادي وعمل مادي يصدر من الطرف الذي يتقرر بطلان العقد لصالحه، لذلك فإن تصحيح التصرف القانوني لا يعد عملاً قضائياً صرفاً، إذ يمكن للمتعاقدين أن يصححا العقد من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء على عكس تكميل العقد الذي يعد من السلطات التي يتمتع بها القاضي إزاء مضمون العقد الذي يشوبه النقص، وأخيراً فإن التصحيح هو وسيلة لتفادي بطلان العقد بينما تكميل العقد هو وسيلة لتحديد نطاق العقد الصحيح ببيان ما نتيجة من حقوق وما يولده من التزامات⁽¹⁾.

وخلاصة القول فالتشريع لا يمكن أن يحيط بكل شيء ولا يستطيع المشرع مهما كان بصيراً بالتشريع أن يتنبأ بكل مسألة ليضع لها حلاً، ومن هنا أناط المشرع مهمة التطور الجزئي للقانون وسد ما فيه من ثغرات، فالقاضي الذي يعد دوره لا ينحصر في معرفة القانون وتطبيقه، وإنما منح قدرأ من حرية البحث في مدى ملائمة القانون وإحداث الموائمة بين ثبات

(1) د. سلام عبد الزهرة، المصدر السابق، ص 27، وانظر د. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، بغداد، سنة 2006، ص 62.

القاعدة القانونية وتطور الحياة⁽¹⁾، وهذا الأمر جعل المشرع يعترف بالدور الإنشائي للقضاء في إثراء التشريع بشكل عام والتقنين المدني بشكل خاص، فقد نصت المادة (1، 2) من القانون المدني المصري على أنه ((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 فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة))⁽²⁾.

(1) د. محمد شنا أبو سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، بحث منشور في جمعية مصر المعاصرة العدد / 6، السنة 77 لسنة 1986، ص 621، وقد مدّ القضاء التقنين المدني بالعديد من النظريات مثل نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الحوادث الطارئة والمسائل التفصيلية من مثل وجوب المطالبة القضائية بالفوائد والشرط الجزائي، وكذلك انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ج/ 1، ص 52.

(2) وفي نفس المعنى نصت م 1 ف 2 من ق المدني المصري على أنه (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وهذا ما أشار إليه لجنة القانون المدني المصري بقولها (فهو - أي المشرع لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضي ولكنه يتخذ الصالح من أوضاع هذا الماضي أساساً له ويستحدث من الأحكام ما اقتضته ضرورات التطور ويعتمد في ذلك على الثورة التي أسفرت عنها اجتهاد القضاء المصري بوجه خاص مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 1، ص 119).

الفصل الثاني

الأساس القانوني لتكميل العقد وطرقه

إن المشرع قد جعل للقاضي بموجب هذا النص (م 86 / ف2) من القانون المدني العراقي دوراً في تكوين العقد مخالفاً بذلك الأصول العامة والتي يقصر دور القاضي على التفسير⁽¹⁾، حيث أن سلطة القاضي استناداً لهذه المادة قد تجاوز سلطته العادية في تفسير إرادة المتعاقدين وتمتد إلى استكمال ما نقص منها، أما المادة (150 / ف2) من القانون نفسه، فالمشرع أيضاً أعطى للقاضي بموجب هذه المادة سلطة إكمال نطاق العقد بإضافة الالتزامات التي يقتضيها ذلك العقد ولو لم تتجه إليها إرادة الأفراد⁽²⁾، وعلى هذا سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين الأول لتحديد الأساس القانوني لتكميل العقد والمبحث الثاني لبيان طرق تكميل العقد.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص378.

(2) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص61.

المبحث الأول

الأساس القانوني لتكميل العقد

تمهيد:

هناك خلاف قد نشب في الفقه بشأن مصدر الالتزامات التي يضيفها القاضي إلى مضمون العقد عند إكماله، فرأى البعض من الفقه أن هذه الالتزامات هي امتداد لإرادة المتعاقدين حيث يكشف القاضي عنها بالوسائل المقررة قانوناً، بينما نفى البعض الآخر من الفقه أي صلة بين الإرادة وهذه الالتزامات ورأى أنها تتبع من المعايير الموضوعية التي أحال المشرع القاضي إليها في حالة قصور العقد عن تنظيم مسائل تعد من مستلزماته⁽¹⁾، فالجانب الأول يرى أن القاضي حينما يكمل نطاق العقد فإنه يستند في هذه العملية القانونية إلى إرادة المتعاقدين، لأن العقد تصرف قانوني إرادي ومن المفروض أن تهيمن الإرادة على تنظيم كافة مستلزماته، سواء كانت متعلقة بإنشائه أو ترتيب أثاره، ولا يمكن لإرادة خارجية عن إرادة المتعاقدين أن تنظم أي جانب من جوانب العلاقة العقدية بين الطرفين، ومن هنا فإن القاضي حينما يضيف التزام ما إلى مضمون العقد فإنه لا يقوم إلا بتكملة الإرادة الناقصة⁽²⁾.

أما الجانب الثاني من الفقه فإنه يرى أن القاضي يكشف عن إرادة

(1) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 59.

(2) د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، المصدر

السابق، ص 348.

المتعاقدين بواسطة النصوص القانونية المكتملة، فهو يبحث عن الإرادة الصريحة، فإذا لم يجدها التجأ إلى الإرادة الضمنية ولاستجلاء هذه الإرادة الأخيرة يلتجأ إلى العادات وطبيعة العقد، فإذا لم يجد نفعاً فإنه يلجأ إلى الإرادة المفترضة، فالقاضي يعمل على استجلاء نية الطرفين الفعلية ويعمل على تكملتها، أخذاً بما تقتضي به أحكام العرف والذمة والأمانة في المعاملات، فالمفروض أن المتعاقدين قد قصدا ذلك، وإن لم يعبرا عن الحكم الذي أخذ به القاضي⁽¹⁾، وعليه سوف نقسم المبحث إلى مطلبين الأول لحالات تكميل العقد والمطلب الثاني لبيان أسباب تكميل العقد.

(1) د. حلمي بهجت، بدوي، المصدر السابق، ص 274.

المطلب الأول

حالات تكميل العقد

إن المقصود بتكميل العقد هو سد نقص فيه لا الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، ومن ثم فالتكميل لا ينصب على مضمون العقد بقدر ما ينصب على آثاره، وإن التكميل يترتب عليه أن ينتج العقد أثراً ما كان لينتجها وفقاً للتفسير الشخصي أو الموضوعي⁽¹⁾، ونجد أن التكميل يحصل بالرجوع إلى نصوص القانون وإلى العرف والعدالة تلك هي الوسائل التي يلجأ إليها القاضي عند عدم كفاية عبارات العقد لتنظيم بعض آثاره، وقد رتب الشارع هذه الوسائل، فذكر القانون أولاً ثم العرف ثم العدالة ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يرجع للعرف إلا عند عدم وجود قاعدة في القانون، وحيث تصل بالقاضي في بعض الأحكام إلى استكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقا عليه، بل وإلى تعديل ما تم عليه الاتفاق فيما بينهما وإذا كان التقنين الجديد (المصري) لم يبلغ في ذلك مدى ما بلغ التقنين السويسري إذ جعل القاضي مشرعاً فيما لم يرد فيه نص، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء، إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطان التقدير ما يبسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف، فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطورها القانون تطويراً مستمراً ويواجه بها ما يتغير من ملبسات وأحوال⁽²⁾.

(1) د. عبد الحي حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 181.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، المصدر السابق،

فمن النصوص التي تفسح للقاضي في سلطاته التقديرية، هذه التي تجعل له حرية واسعة في تقدير التعويض المستحق للشخص المضرور، فمن سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً (م 168 ق المدني المصري)⁽¹⁾، وإن طبيعة الالتزام تملّي على القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف والعدالة، فمن باع عيناً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء (م 432 ق المدني المصري)⁽²⁾.

وهنا تأتي الأحكام القانونية المفسرة تكمل العقد، من مثل ذلك أن يتعاقد شخصان على بيع فيعينا المبيع والثمن، وقد يغفلان بعض التفاصيل كتعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه (م 541/ ف 1) من القانون المدني العراقي⁽³⁾، وما يلتزم به البائع من ضمان وتعرض واستحقاق وعيوب خفية وما إلى ذلك، كل هذه التفاصيل بين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع، وجعل هذه الأحكام أحكام تكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها، فهذه الأحكام التكميلية ليست إلا إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص 620.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص 504.

(3) المادة 541 ف 1، من القانون المدني العراقي.

على النحو الذي يريدانه فهي ليست من النظام العام، وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس⁽¹⁾.

ويصبح التكميل ضرورياً لتنفيذ التصرف لأنه يساهم في تحديد نطاقه، ويحدث النقص أو القصور في التعبير عن قصد أحياناً، وذلك عندما يتفق الطرفان في العقد على جميع المسائل الجوهرية ويعتبران العقد قد أصبح باتاً بينهما لكنهما يتركان مسألة تفصيلية للاتفاق عليها في وقت لاحق دون أن يعلقا وجود العقد على حصول الاتفاق بشأنها⁽²⁾، كما يحدث النقص في تنظيم المسائل التفصيلية في العقد سهواً نتيجة لتركيز الطرفين على المسائل الجوهرية أو لعدم إحاطتها بكل الصعوبات التي قد تعرض لهما أثناء عملية تنفيذ العقد، فإذا لم يتوصل الطرفان إلى الاتفاق على حل هذه المسائل وعرض الأمر على القضاء فإن القاضي إذا ثبت لديه وجود نقص أو قصور في تنظيم العقد فإنه يكون ملزماً بأن يحل مكان الطرفين لإكمال هذا النقص أو القصور، طبقاً لما حدده المشرع بهذا الشأن⁽³⁾، ويفترض تكميل العقد وجود عقد صحيح لم تنظم فيه مسألة تفصيلية من قبل المتعاقدين ويجب أن تكون هذه المسألة من مستلزمات العقد طبيعته ووفقاً لما يقضي به القانون أو العرف أو العدالة⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص 689 وما بعدها.

(2) انظر (م 2/86) من القانون المدني العراقي، وانظر د. عبد الفتاح حجازي، أزمة العقد، المصدر السابق، ص 185.

(3) انظر (م 150) من القانون المدني العراقي، وهي تتضمن المعايير ذاتها التي اشتملت عليها المادة (2/86) تقريباً، إضافة إلى ضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وطبعاً فالقاضي يستمد سلطته من إكمال النقص في العقد من القانون مباشرة.

(4) د. عبد الفتاح حجازي، أزمة العقد، المصدر السابق، ص 111.

وإن الأحكام المكملة أياً كان مصدرها تضاف إلى التعبير عن الإرادة لاستكمال ما كان يجب على المتعاقدين أن ينطقوا به وذلك لتحديد النطاق الكامل للعقد، ولا يستبعد من هذه الأحكام إلا ما استبعده المتعاقدان عند تنظيم العقد بالنص على ما يخالفها، وإن هذه الأحكام تعبر تارة عن الأغراض الحقيقية للمتعاقدين وتارة عن إرادة افتراضها المشرع لهما⁽¹⁾.

وهذه الأحكام أحكاماً تكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان قد توقعوا ما يعرض منها، وإذا اتفق الطرفين المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية في العقد ويتركان مسألة ليتفقا عليها في المستقبل دون أن يشترطاً أن العقد يعتبر غير منعقد إذا لم يتم الاتفاق بينهما على هذه المسألة، فإذا لم يحصل هذا الاتفاق بينهما على هذه المسألة وعرض الأمر على القاضي، فإن القاضي في هذه الحالة حسب ما يرى الدكتور السنهوري، لا يفسر نية المتعاقدين ولا يكمل نطاق العقد وإنما يحل محل المتعاقدين في صنع العقد⁽²⁾.

لقد منح القاضي سلطات استثنائية تخرجه من دورة المؤلف في تطبيق القانون على الوقائع المعروضة أمامه، فيتدخل في صنع العقد ويبيت في مسائل تفصيلية تخص العقد ويتدخل في فرض هذه المسائل على الرغم من عدم اتفاق المتعاقدين عليها، وتعد جزءاً لا يتجزأ من العقد وتفرض عليهما بالرغم من إرادتهما⁽³⁾، وإن سلطة القاضي تزداد سعة كلما لجأ إلى قواعد

(1) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 112.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص 116.

(3) د. راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المصدر السابق، ص 31.

العدالة، لتحديد نطاق العقد⁽¹⁾، وفق ذلك فإن نظرية الظروف الطارئة ما هي إلا تطبيق لمبادئ العدالة في تحديد نطاق العقد وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد، إذا ما طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام صار مرهقاً للمدين إلى الحد الذي يخل بالعدالة الواجبة⁽²⁾، إذاً فتكملة العقد وتحديد نطاقه تقتضي أولاً تحديد نوعه وطبيعته بالاستناد إلى تفسير الإرادة المشتركة للطرفين وبعد أن ينتهي القاضي من كل ذلك فإنه يقوم بتحديد نطاق العقد من حيث مضمونه، أي تحديد الآثار المترتبة عليه والملزمة للطرفين، ولا يقتصر ذلك على ما ورد فيه من حقوق والتزامات نشأت عن اتفاق الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل يتناول ما يُعد من مستلزمات وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، فالقاعدة في هذا الصدد تتمثل بامتداد العقد في آثاره ليلزم المتعاقدان بأثار لم يرد ذكرها في العقد ولكن تعد من مستلزماته⁽³⁾.

ويتم تحديد نطاق العقد بتكملة ما نقص فيه بوسائل عديدة منها:

أولاً: الاعتماد على طبيعة العقد وما يرتبه من التزامات أشار إليها صراحة أو تكون إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها ضمناً فكل عقد يهدف إلى تحقيق غرض معين، لذا يفرض على كل متعاقد ما يلزم من التزامات لتحقيق هذا الهدف ولو لم ينص عليها في العقد، فعقد البيع يلزم البائع بتسليم ملحقات

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، بحث منشور في موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، المحامي حسن الفكهاني، 1985، ج1، 231، ص260-261.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ج1، ص622.

(3) د. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، المصدر السابق، ص63.

المبيع الضرورية⁽¹⁾، وكذلك يمكن للقاضي أن يضيف إلى العقد التزامات لم ينص عليها المتعاقد صراحة ولكنها تقتضيها طبيعة العقد، كالتزام بضمان السلامة في عقد العمل، وعقد نقل الأشخاص⁽²⁾، إذ يقوم القاضي بسد النقص بما جاءت به القواعد القانونية وهي القواعد الأمرة والقواعد المكملة للإرادة فعلى سبيل المثال يستعين القاضي بالقواعد القانونية المكملة للإرادة في حالة عدم ذكر مكان تسليم المبيع في عقد البيع، إذ يكمل العقد على وفق ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة (541) من قانوننا المدني العراقي⁽³⁾، وكذلك إذا لم يعين مكان أداء الثمن في العقد وجب تكملة العقد وذلك بإلزام المشتري بأداء الثمن في المكان الذي يسلم فيه المبيع أما إذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك⁽⁴⁾.

وقد يستعين القاضي في إكمال ما نقص من العقد بـ:

ثانياً: بالقواعد القانونية الأمرة، كما هو الحال في ضمان البائع للتعرض

(1) انظر د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، المصادر الإرادية للالتزام، ط1، جامعة الكويت، 995، ص270، وبهذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية في نقض مدني رقم 99 في 1984/3/5، مجموعة الأحكام النقض، المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، السنة 53، د ق، السنة 35، ص617.

(2) د. محمد علي الخطيب، المصدر السابق، ص28.

(3) انظر ما جاء في المادة (541/ف1) ق المدني العراقي، مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد، وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده، اعتبر مكانه محل إقامة البائع.

(4) وقد جاءت بهذه الأحكام المادة (573) من القانون المدني العراقي والتي تقابلها في القانون المدني المصري المادة (546).

للمبيع، إذا لا يستطيع البائع أن يعفي نفسه من هذا الضمان لتعلقه بالنظام العام ومن ثم يلتزم بهذا الضمان حتى لو لم يذكر ذلك في العقد⁽¹⁾. أما إذا لم يجد القاضي ما يسعفه من حكم في القانون أو العرف أو العدالة لتكميل ما يتطلبه العقد من نقص فلا يقف في حيرة من الأمر، بل يمعن النظر ملياً في طبيعة المعاملة موضوع العقد، إذ قد تفرض التزاماً لم يتطرق إليه المتعاقدان عمداً أو إهمالاً من دون قصد أو لأنه مفهوم من واقع التصرف ولا يحتاج إلى ذكر حالات مألوفة في الحياة اليومية لا سيما في عقود الحياة الإنسانية وغيرها بما تقتضيها طبيعتها ومستلزماتها على سبيل المثال: من باع حقاً عينياً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى ذلك ما يكفله جميعاً أو يؤيده من مؤمن أو كفالة أو دعوى ضمان، ومن ذلك التزام التبصير وهو التزام ظهر حديثاً في كثير من العقود الحرفية والمصرفية إلى الطرف الآخر سواء ما تعلق منها بالمخاطر التي يتعرض لها أو بالضمانات أو ما يتعلق منها بكيفية الصيانة والاستعمال أو بكل ما يحتاجه من نصح ومشورة من هذه العقود العقود الطبية والمصرفية وعقود الحاسبات الإلكترونية⁽²⁾. وإن المشرع يتدخل مضطراً في حياة العقد.

ثالثاً: نتيجة اختلال في التوازن الاقتصادي وتبعاً له التوازن العقدي خاصة في العقود ذات الطابع التقني المتطور، وتدخل المشرع أما أن يكون بصورة مباشرة إذ يتولى تنظيم العقد وتحديد مضمونه بقواعد قانونية ذات طابع أمر لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها أو يحدد مضمون

(1) فقد أشارت الفقرة (2) من المادة (549) من القانون المدني العراقي إلى ذلك بالقول ((ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عليه في العقد)).

(2) د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص 431.

عقودهم بما يتعارض معها من مثل عقد العمل، وقد يباشر المشرع تدخله في تنظيم العقد بطريق غير مباشر من خلال القواعد المرنة التي تنظم بعض جوانب العقد والتي تمنح القاضي قدرأ من حرية الاجتهاد أثناء نظر النزاع الذي قد يثار بمناسبة تنفيذ العقد، إذ يتدخل القاضي بموجبها من تلقاء نفسه من مثل تخفيض شرط الفائدة عندما يزيد عن النسبة المحددة قانوناً أو بناءً على طلب من أحد العاقدين من مثل تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان⁽¹⁾.

فالمشرع يضع الإطار العام للحكم ثم يترك للقاضي تحديده وفقاً لما تقتضيه طبيعة الحالة المعروضة أمامه، ولما يمليه عليه ضميره وحسه القانوني⁽²⁾، فالعقد قد لا ينظم بعض المسائل الجزئية أو قد لا يتناول بعض أوجه العلاقة بين الطرفين، وهذا مما يؤثر على صحة العقد لأن المشرع أجاز انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية فقط⁽³⁾.

وهنا سنكون أزاء عقد غير كامل لأنه لم يضع تنظيمياً لكافة المسائل التي لا بد من مواجهتها ومن ثم يكون بحاجة للإكمال⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الفتاح حجازي، أزمة العقد، المصدر السابق/ص183.

(2) د. عبد المنعم عبد العظيم، دور القاضي في صنع القواعد القانونية، بحث منشور في مجلة العدالة، تصدرها وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 9، السنة 406، 1979، ص115.

(3) المادة (86/ف2) ق القانون المدني العراقي.

(4) د. حسام الدين كامل الاهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص203.

المطلب الثاني

أسباب تكميل العقد

تثور مسألة تكميل العقد عندما يتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ولكنهما يتركان مسألة تفصيلية دون تنظيم، كان من المفروض أن يكون اتفاق بشأنها، وقد يكون ترك هذه المسألة راجعاً إلى أن المتعاقدين قد توقعوا هذه المسألة عند انعقاد العقد إلا أنهما لم يتوصلا إلى اتفاق بشأنها فتركا أمر الاتفاق عليها إلى وقت لاحق من انعقاد العقد، ولكنهما لم يشترطا أن العقد غير منعقد إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق بشأنها، وقد يكون ترك هذه المسألة راجعاً إلى عدم توقعهما عند انعقاد العقد بل ظهرت لهما بعد ذلك ولكن تنفيذ العقد يتوقف على إيجاد حل لها، ولم يستطعا التوصل إلى اتفاق بشأنها وكلا الحالتين يعتبر العقد صحيحاً، إلا أنه يجب حل هذه المسألة إذا ما عرض الأمر على القضاء، وسيجد القاضي نفسه قد حل محل الطرفين المتعاقدين لإيجاد حل لهذه المسألة عن طريق النقص في تنظيم العقد محل النزاع وذلك بتكميله طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة⁽¹⁾، لذلك فإن القواعد المكملة والأحكام التي تتضمنها هذه القواعد تعبر مباشرة عن إرادة المشرع ولا شأن لإرادة المتعاقدين بها، كما أن القاضي يلجأ إلى تطبيق هذه القواعد، حيث لا يوجد تعبير صادر عن المتعاقدين بصد المسألة المختلف عليها بينهم، ومن هنا كان سبب تكميل العقد يعود للأسباب الآتية:

أولاً: النقص في تنظيم العقد من قبل المتعاقدين والهدف من التكميل

(1) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص106.

الذي هو سد هذا النقص عن طريق ما تتضمنه هذه القواعد الموضوعية من أحكام دون أن يتطلب ذلك من القاضي البحث عن إرادة المتعاقدين بصدد المسألة الناقصة⁽¹⁾.

ثانياً: فتظهر الحاجة إلى التكميل عندما لا يوجد تعبير صادر عن المتعاقدين، وكمثال على ذلك القاعدة التي تنص عليها المادة (587) من القانون المدني العراقي ((نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك))⁽²⁾.

ثالثاً: ولكثرة الجهود القضائية التي بذلت لتوسيع نطاق العقد بإدخال التزامات جديدة إلى مضمون العقد لإعادة التوازن بين طرفيه خاصة في ظل التطور التقني الذي يشهده المجتمع البشري⁽³⁾، ومن هنا أصبحت عملية تحديد نطاق العقد، وإكماله إذا كان يشوبه النقص وسيلة حمائية استثمارها القضاء الفرنسي⁽⁴⁾، لحفظ مصالح بعض الفئات في المجتمع والتي تحتاج إلى الرعاية، فابتدع التزامات جديدة وخاصة في إطار العقود ذات الطابع المهني لتصل إلى إرساء قواعد نظرية عامة لإكمال نطاق العقد منطلقاً لإثراء مضمون العقد بالالتزامات التي تعيد التوازن المعرفي بين المتعاقدين ومحاولة إرشاد القضاء العراقي للسير في هذا الاتجاه.

رابعاً: كما أن التكميل يرمي إلى القطع في مواضيع الجدل والاختلاف

(1) د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص 566 وما بعدها.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 127.

(3) د. سلام عبد الزهرة، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 3.

(4) Cass. Civ. 16. Avrt. 1975 Dalloz. Sirey. 1976. p. 514. civ. I 19

في هذا الموضوع وتقديم الراجح من الآراء المناسبة من الحلول⁽¹⁾، فالمشرع يملك السيطرة على العقود حتى لا تكون أداة بيد الأفراد للإخلال بالأمن الاجتماعي وذلك من خلال القواعد الأمرة التي يجب أن تكون في نطاق ضيق، وأن يكون الهدف منها أساساً لحماية إرادة المتعاقدين ومنع الاعتداء على حريات الآخرين وحقوقهم الطبيعية⁽²⁾.

خامساً: والقاضي لا يتدخل لحسم الخلاف حول المسائل التفصيلية إلا بناءً على طلب يقدمه أحد العاقدين أو كليهما بعد أن يعجزا بمفردهما عن الوصول إلى اتفاق بشأن هذه المسألة⁽³⁾، لذا فإن إرادة القاضي تتدخل إلى جانب إرادة المتعاقدين على المسائل ذات الصفة الجوهرية⁽⁴⁾، إذ يهدف القاضي من وراء تكملة العقد تحديد نطاقه وبيان ما يدخل وما لا يدخل في هذا النطاق⁽⁵⁾، وعلى ذلك فالتكميل يسد الفراغ التشريعي وينظم المشكلة التي لم ينظمها التشريع⁽⁶⁾.

سادساً: كما أن العقد قد يكون بحاجة إلى الإكمال إذا كان لا يتضمن

(1) د. سلام عبد الزهرة، نطاق العقد، المصدر السابق، ص3.

(2) د. محمد إبراهيم الدسوقي، دور الإرادة في العقد، دون مكان نشر، 1980، ص26-27.

(3) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة عن التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2002، ص27.

(4) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص46.

(5) د. سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص150.

(6) د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، المصدر السابق، ص210.

الالتزامات التي بدونها لا يتحقق الغرض المقصود منه، أو التي بدونها يتعذر على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه، ذلك لأن كل عقد يحتوي على التزامات تبعية تلزم المتعاقدين حتى وإن لم تتصرف إليها إرادتهم حتى لا يكون العقد مصدراً لمظالم لا يمكن التسامح فيها، وحتى يكون تنفيذه متفقاً مع ضرورات حسن النية⁽¹⁾.

فالقاضي يستطيع أن يضيف الالتزامات الناقصة إلى مضمون العقد من تلقاء نفسه وذلك بمناسبة أي نزاع عقدي يعرض أمامه⁽²⁾، وبهذا أشارت المادة (2/150) من القانون المدني العراقي على ما يلي (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)⁽³⁾، وإن إكمال العقد يستند إلى طبيعة العقد من خلال تلك الإضافة للالتزامات إلى مضمون العقد⁽⁴⁾.

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى بما نصه ((مفاد نص المادتين (147، 148) من التقنين المدني أن العقد لا ينشئ حقاً ولا يولد التزاماً لم يرد بشأنه نص فيه والملزم يقوم بتنفيذ التزامه كما ورد في العقد دون نقص أو زيادة إلا إذا كان ذلك من مستلزمات التنفيذ))، الطعن رقم 811 لسنة 43 ق جلسة 1977/5/16 س28، ص121، موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية، ج249، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 985، ص788.

(2) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص16.

(3) انظر المادة (2/150) ن القانون المدني العراقي.

(4) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص30.

المبحث الثاني

طرق تكميل العقد

إن ما يقرره القانون أو العرف أو ما ترشد له قواعد العدالة من التزامات تبعية يعدها القاضي من مستلزمات العقد ويضيفها إلى مضمون الأخير لكي يستكمل بها نطاقه، ومن خلال استقراء النصوص المدنية، نلاحظ أن المشرع العراقي والمقارن قد حدد عدة طرق لتكميل العقد، وحيث أن موضوع تكميل العقد يكتسب أهمية كبيرة تنبثق من الجهود القضائية التي بذلت لتوسيع هذا الموضوع من خلال إدخال التزامات جديدة إلى مضمون العقد لإعادة التوازن بين طرفيه خاصة في ظل التطور التقني الذي يشهده المجتمع البشري، لذلك سنحاول تحديد طرق تكميل العقد بأربعة مطالب الأول لتكميل العقد وفقاً لمبدأ حسن النية والمطلب الثاني لتكميل العقد وفقاً للقانون والمطلب الثالث لتكميل العقد وفقاً للعرف والمطلب الرابع لتكميل العقد وفقاً للعدالة.

المطلب الأول

تكميل العقد وفقاً لمبدأ حسن النية

تمهيد:

إن مبدأ حسن النية وإن كان شائع الاستعمال إلا أنه واحد من المصطلحات التي لم يضع له الفقه تعريفاً محدداً ونحاول أن نتوصل إلى طرح معنى واضح لحسن النية وسنتطرق في إطار تاريخ القانون عن ظهور هذا المبدأ والمعنى الذي صيغ له.

تعريفه:

حيث هناك اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويرى عدم تعريف مبدأ حسن النية للأسباب الآتية:

أولاً: إن حسن النية فكرة تختلط فيها الأخلاق بالقانون ومن ثم ليس من البساطة تعريفها من الناحية القانونية لأن وحدة القياس في الأخلاق تختلف عنها في القانون⁽¹⁾، وعلى هذا ولكي يؤدي مبدأ حسن النية دوره لابد أن يبقى غير محدد⁽²⁾.

ثانياً: إن تعدد مجالات استخدام حسن النية في القانون المدني يحول دون تعريفه ويميزه بصورة دقيقة في كل مكان استخدم فيه⁽³⁾.

ثالثاً: إن حسن النية يختلط بعناصر كثيرة تتبع من مصدر واحد مثل الجهل والإهمال والخطأ وكلها تتبع من داخل الإنسان فيطغى عليها الطابع الذاتي أو الشخصي مما يصعب التعرف عليها⁽⁴⁾.

رابعاً: إن أغلب القوانين التي نصت على مراعاة حسن النية لم تحاول

(1) انظر السيد Ripert, Laregle Moral dans les obligations. Civiles. Litec

وانظر بنفس المعنى د. الهادي سعيد عرفه، حسن النية في العقود، Paris, 1949,

N 159, P. 291 في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، بحث منشور في مجلة

البحوث القانونية والاقتصادية ع 1 س 1، 1986، ص 151.

(2) انظر Van omme slaghe, Ropport general Artiet cite ouviage.

(3) انظر La Bonne foil T. Xell. Litee pasis, 1992. N, 4. P 30.

(4) انظر د. الهادي سعيد عرفه، المصدر السابق، ص 151.

تعريفه، وإن هذا الاتجاه منتقد من حيث أن حسن النية لم يعد فكرة أخلاقية محضة لأن مصطلح حسن النية شهد انتقالاً واسعاً من دائرة الأخلاق إلى دائرة القانون من خلال شيوع استعماله في القانون المدني لا سيما في نطاق العقود في مراحل تكونها⁽¹⁾. وهناك انتقادات كثيرة لسنا في صددنا في الوقت الحاضر.

الاتجاه الثاني: حاول أنصاره تعريف حسن النية ولكنهم انقسموا إلى

فريقيين:

الفريق الأول: أحدهما أراد أن يضع تعريفاً شاملاً لحسن النية يؤخذ

في كافة المجالات التي على الأفراد مراعاته فاستخدم لذلك مصطلحات مسرفة في العمومية لمصطلح الثقة والأمانة والعدالة⁽²⁾، ومن ذلك تعريفه بأنه الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش⁽³⁾، أو أنه الاعتقاد بمراعاة كافة الشروط اللازمة لسلامة علاقة معينة⁽⁴⁾.

(1) انظر رومان منير حداد، جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص2، نقلاً عن علاء حسين علي الجوعاني، مبدأ حسن النية في تكوين العقد، دراسة قانونية مقارنة، سنة 2002، ص4.

(2) انظر السيد Brigitte lefeburc, Ropport canadiens, Articl citee enouvrege de la Bonn toi. T. xc111, litee paris 1992, Nq p 86.

(3) د. حسن عامر، التعسف في استعمال الحق وإلغاء العقود، ط1، مطبعة القاهرة، 1960، ف 35، ص77-78، نقلاً عن علاء حسين علي الجوعاني، المصدر السابق، ص5.

(4) د. عدنان إبراهيم سرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1986، ص78.

الفريق الثاني: فقد حاول أن يضع لحسن النية تعريفاً محدداً حسب

المجال الذي يستخدم فيه وعلى هذا عرّف بعض الفقهاء حسن النية في مجال كسب الحقوق بأنه ((التيقن القائم على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفاً ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه فتترتب على ذلك آثار قانونية من شأنها حماية ذي المصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية⁽¹⁾، وبعض التشريعات حاولت تعريف حسن النية كالقانون التجاري الموحد للولايات الأمريكية المتحدة الذي عرف حسن النية بأنه ((الأمانة بالفعل واتباع المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل بالتجارة))⁽²⁾.

وقد عرف القانون العراقي حسن النية في نطاق الحياة (بأنه جهل الحائز أنه يعتدي على حق الغير⁽³⁾)، ويقصد بحسن النية، عامة الصراحة والاستقامة ونبيل الأخلاق أو الطوبى، أما في لغة الفقهاء فيقصد به عدم تعمد الإضرار بالغير وعدم الغش وانتفاء سوء النية، وهذا يمثل الجانب النفسي لهذا المبدأ⁽⁴⁾، ويضيف بعض الفقهاء إليه جانباً موضوعياً يتمثل فيما يقع على عاتق الشخص من واجب عدم الإهمال أو واجب التبصير لتفادي الإضرار

(1) د. حسين عامر، المصدر السابق، ف 34، ص 76.

(2) انظر المادة (1031/ب) من الفصل الثاني من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية الذي أشار إليه د. السيد محمد اليماني، حسن النية في العقود التجارية (الالتزام بالإيضاح عن الحقائق الأساسية للتعاقد)، دراسة مقارنة في القانون الأمريكي، دون ناشر 1985، ص 2 هامش 2.

(3) انظر المادة (1/1148) من القانون المدني العراقي.

(4) د. عبد الجبار ناجي، المصدر السابق، ص 30، نقلاً عن د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 219.

بالغير⁽¹⁾. إن تعريف حسن النية تعريفاً شاملاً لجميع المجالات التي تجب مراعاته أمراً محل نظر، ذلك لأن مفهوم حسن النية يختلف من مجال إلى آخر حسب طبيعة هذا المجال، فإذا كان حسن النية في الحيازة يعني الاعتقاد الخاطئ أو الجهل، وفي تنفيذ العقود وينصرف إلى معنى التعاون⁽²⁾، وفي تكوين العقود يأخذ مفهوماً يختلف بين مرحلتين ففي المرحلة السابقة على التعاقد يعرف بأنه تعاون طرفي المفاوضة على إبرام العقد، أما عند التعاقد فيعرف حسن النية بأنه الجهل المشروع بالغيب الذي يشوب المركز القانوني للمتعاقد⁽³⁾، وحسن النية للمتعاقد هو ((الابتعاد عن تعمد الإضرار والغش والتعسف تجاه الطرف الآخر وعدم الإهمال والتقصير في أداء الواجب تجاهه أيضاً، وإنه يعني الاستقامة والصراحة والتعاون في تنفيذ العقد⁽⁴⁾، وإن فكرة الإنسان الصالح فكرة ذات مضمون أخلاقي فالمواطن الصالح هو الشخص الشريف الأمين المستقيم وهو حسن النية لا يغش ولا يضرر بالآخرين وإنه إذا عبر عما في نفسه فإنه يملك في ذلك السلوك الذي يسلكه الناس عامة⁽⁵⁾).

(1) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 219.

(2) د. الهادي السعيد عرفة، حسن النية في العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، بحث 986، المصدر السابق.

(3) د. علاء حسين علي الجوعاني، المصدر السابق، ص 7.

(4) د. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، المصدر السابق، ص 22 وما بعدها.

(5) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 279-280.

الأصول التاريخية لمبدأ حسن النية:

أولاً: في القانون الروماني: ويعزى الأستاذ ستيف⁽¹⁾ ظهور مبدأ حسن النية في القانون الروماني إلى التحولات الاجتماعية التي انطوت على التدني الخلقي فيقول ((أن الحقوق الرومانية هي أوضح مظهر للانتقال من الحقوق الأبوية إلى حقوق المدنية، فقد تحرر الفرد من قيود التضامن العائلي... ونشأت علاقات حقوقية (قانونية) بينه وبين أفراد كثيرين لا يعرفهم ولا يحوزون الثقة التي يفترض وجودها بين أفراد العائلة الواحدة، الأمر الذي أدى إلى ظهور الأجيالات لجعل الحقوق أداة إجحاف في أيدي الحاذقين، ولما تعددت الأواصر الحقوقية المتنوعة... ظهرت فكرة حسن النية واحترام العقود والعهود وكانت أصلاً لنظرية الوجائب العامة التي لا تزال نعمل بها اليوم وهي في أحكامها الأساسية في صنع الحقوق الرومانية، فكان لإسناد القضاة الرومانيين إلى هذا المبدأ في أعمالهم القضائية أكبر الأثر في ترسيخه وانتشاره⁽²⁾).

ثانياً: في القانون الكنسي: فقد تأثر رجال الكنيسة بالمذاهب الفلسفية وخاصة ما يتعلق منها بالأخلاق، واقتبسوا ما وصفوه من قواعد القانون الطبيعي أيضاً وكانت تعاليم السيد المسيح الأخلاقية هي التي تلهمهم جميع ما صاغوا من قواعد القانون⁽³⁾.

(1) السيد ج. أ. أستيف، المقدمة لدراسة علم الحقوق، ترجمة أحمد السمان، 1939، ص 65، نقلاً عن د. عبد الجبار ناجي، المصدر السابق، ص 9 وما بعدها.

(2) د. عبد الرحمن البزاز، الموجز في تاريخ القانون، 1949، ص 109.

(3) د. سليمان مرقس، مذكرات في فلسفة القانون لطلبة الماجستير في القانون، جامعة بغداد، 1968، 1969، ص 36 و ص 64.

إن أهم الأصول التي تضمنها القانون الكنسي يمكن أن نجملها بما يلي:
1- وجوب الوفاء بالتعهد وإن لم يقع بالصورة الشكلية التي تتطلبها القوانين الوضعية.

2- وجوب التعادل في الالتزامات التي ينشئها العقد في ذمة كل من الطرفين. فحرموا الغبن وحضروا الربا وأجازوا تعديل العقود بسبب تغير الظروف.

3- وجوب اتجاه إرادة الفرد نحو غرض مشروع، لا شك أن هذه الأصول تعكس في جملتها مبدأ وجوب تنفيذ العقود بحسن نية أي بما يتفق مع العدالة والأخلاق⁽¹⁾.

ثالثاً: في القانون الإنكليزي: رغم استقلال القانون الإنكليزي في مقوماته ومنابعه الأصلية، فقد تأثر بالقانون الروماني مباشرة أو بالواسطة منذ القرون الوسطى⁽²⁾، وترددت كلمة (الضمير) كثيراً في أرجاء محاكم المستشارين الملكيين مقرونة بالمعاني الفلسفية والدينية وإلى جانب هذه الكلمات ترددت مرادفات أخرى تدل على ضرورة حسن النية ومنها (الثقة الحسنة، والعقل، والحق، والمعقول، السبب)، ومن جهة أخرى نرى أن أحكام محاكم المستشارين حافلة باحترام الأعراف وبإخضاع تنفيذ الالتزامات للمقاصد والمعاني ومراعاة الظروف ومنع الغش⁽³⁾.

(1) انظر تفصيلات موقف المسيحية من تنفيذ الالتزام وتفصيلات الأصول الرئيسة للقانون الكنسي.

Pollock ARD mait land. History of English law second Edi 1968 vol. 11 p 186, 192.

(2) د. عبد الرحمن البزاز، المصدر السابق، ص 264.

(3) انظر: Allen carleton kempt law in the making p. 410

نقلًا عن د. عبد الجبار ناجي، المصدر السابق، ص 15.

رابعاً: في شرّاع الشرق كشرية حمورابي والشرية الإسلامية:

1- شريعة حمورابي: أن الأحكام المتعلقة بالعقود في هذه الشريعة تظهر بجلاء حرص المشرع على قيام كل من العامل ورب العمل بتنفيذ التزاماتهما بحسن نية⁽¹⁾.

وإن بعض موادها لتسترعي الإعجاب وتدل على فطنة إلى مبادئ العدالة فالمادة (48) منها تخص الظروف الطارئة وهكذا.

2- الشريعة الإسلامية: من خلال استقراء نصوص الآيات القرآنية الكريمة وأحاديث السنة النبوية الشريفة نرى أن الشريعة الإسلامية تحرص على أن يتصف المتعاملون بحسن النية وذلك بحثهم على التحلي بمكارم الأخلاق كما في الآية الكريمة بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾⁽²⁾، ﴿وَلَا تَسْوَأُوا الْفُضْلَ بَيْنَكُمْ﴾⁽³⁾، والأحاديث النبوية كقوله (صلى الله عليه وسلم) لمعاذ بن جبل ((أوصيك بتقوى الله وصدق الحديث ووفاء العهد وأداء الأمانة وترك الخيانة))⁽⁴⁾، ولما كانت الشريعة الإسلامية موضوعة لصالح العباد فقد تطلبت من المكلف أن يكون مقصده في العمل موافقاً لعقد التشريع، وهذا يعني أن تكون نية المرأة سالحة وأن يكون مقصده من استعمال حقوقه مشروعاً يتفق مع الصالح العام بأوسع معانيه وأن تؤدي

(1) د. عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، عام 1960، ص75، القاهرة.

(2) سورة النساء الآية 28.

(3) سورة البقرة الآية 237.

(4) انظر إحياء علوم الدين، الغزالي، ج2، ط1، 1352هـ، 1968، ص272.

التزاماته، دون غش أو إهمال⁽¹⁾.

خامساً: في القانون المصري والفرنسي:

1- في القانون المصري: كان المشرع التمهيدي للقانون المصري يتضمن وجوب تنفيذ العقد وفقاً لما يوجبه (حسن النية) و(ما تقتضيه نزاهة التعامل)، وقالت المذكرة التمهيدية للمشروع⁽²⁾ عن هذه الصيغة (وبهذا يجمع بين معيارين: أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد، وقد اختار التقنين الفرنسي هذا المعيار، والآخر مادي يعتد بعرف التعامل وقد أخذ به التقنين الألماني ولكن لجنة مراجعة المشروع التمهيدي حذفّت عبارة (وما تقتضيه نزاهة التعامل) لأن في عموم تعبير حسن النية ما يعني عنها)⁽³⁾.

ويرى الأستاذ عبد الباقي البكري⁽⁴⁾ (أن القانون المدني العراقي إذا كان قد أخذ بمبدأ حسن النية في التنفيذ إلا أن ذلك لا يعني أنه تمسك بمعيار ذاتي بحت وهاجراً المعيار المادي الذي أقره المشرع الألماني، فلا تعارض بين المعيارين بل يصبح القول بأنهما متكاملان، وأن معيار حسن النية معيار ذاتي ومادي معاً، وعليه فإن حسن النية في تنفيذ العقود يقاس بالمعيارين الذاتي والموضوعي، فعلى المتعاقد أن يتجنب الخطأ تجاه المتعاقد الآخر، فإذا تجنب الخطأ العمد فمن الواجب عليه لكي يتصف بحسن النية تماماً أن يتجنب بالإضافة إلى ذلك خطأ الإهمال وهو الخطأ الذي يقدر كل عنصر به بمعيار

(1) د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحق، المصدر السابق، ف 4، ص 24.

(2) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 3، ص 289.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ج 1، ف 413، ص 700.

(4) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج 3، 1971، ف 16، ص 13.

موضوعي⁽¹⁾، وحسن النية أمر مفترض وهو قرينة قانونية عامة رغم أن المشرع لم يفترضه إلا في مواضع معينة⁽²⁾، وعلى ذلك فلا يمكن نفيه إلا بإثبات سوء النية إثباتاً وهذا الإثبات يمكن أن يتم بجميع طرق الإثبات⁽³⁾، وحيث أن حسن النية بصورة عامة حالة سلبية في الإنسان وإن المفروض في كل فرد أن يتصف به، فالإتصاف به شرط لنفي الخطأ وعدم تحقيق المسؤولية⁽⁴⁾.

2- في القانون الفرنسي: إن القانون الفرنسي لم يضع تعريفاً صريحاً لمبدأ حسن النية⁽⁵⁾، لكن القضاء الفرنسي لم يمنح حسن النية إلا مفهوماً واحداً هو مفهوم الخطأ⁽⁶⁾، وقد استخلص القضاء من مبدأ حسن النية فكرة إيجابية هي واجب التعاون بين طرفي التعاقد ورأى أن هذا الواجب يجب أن يسود علاقة الطرفين المتعاقدين⁽⁷⁾، ولقد قررت هذا المبدأ المادة (3/1134) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه ((الاتفاقات يجب أن تنفذ بحسن نية))⁽⁸⁾.

-
- (1) د. عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، المصدر السابق، ص 24.
 - (2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص 600 وهامش 1.
 - (3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 627 هامش 1.
 - (4) د. عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ص 89.
 - (5) د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 125.
 - (6) د. عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ص 139.
 - (7) د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، المصدر السابق، ف 73، و 274، ص 388 وص 390.
 - (8) د. سلام عبد الزهرة، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 170 وما بعدها

سادساً: في القانون العراقي: إن المادة (1/150) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية))⁽¹⁾، وإن مبدأ حسن النية هو المبدأ العام الذي يسود جميع العلاقات القانونية⁽²⁾، ومبدأ حسن النية في الأحكام الكلية التي لا تنتفي بعدم النص عليها ولأنه مبدأ أساسي في القانون الحديث⁽³⁾، وإن الفقهاء عندما يتحدثون عن التضامن الاجتماعي فهم لا يقصدون في الواقع بكتاباتهم هذه أكثر مما يعنيه مبدأ حسن النية ولا تتسع كتاباتهم هذه لأكثر مما يتسع له هذا المبدأ⁽⁴⁾، فمبدأ حسن النية يفرض على كل متعاقد أن يبتعد عن تنفيذ العقد عن أي غش أو تدليس يكون من شأنه حرمان المتعاقد الآخر من مزايا العقد، وأن يلتزم بواجب الشرف عند تنفيذ التزاماته⁽⁵⁾.

وهذا المبدأ روح القانون التجاري⁽⁶⁾، وهو ليس عاملاً نظرياً مفترضاً في العلاقات القانونية بل أنه عامل إيجابي دوافعي ذلك لأن الأخلاق أوجدته فهو ذو كفاية ذاتية في وجوده شأنه شأن سائر القواعد الأخلاقية⁽⁷⁾، وهو من

(1) د. سلام عبد الزهرة، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 172

(2) د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ج 1، سنة 1963، ف 626، ص 338.

(3) د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، 1948، ص 39 ف 33.

(4) د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، 1943، ص 272.

(5) د. سلام عبد الزهرة، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 170 وما بعدها.

(6) انظر Encyclopedie Dalloz Droit eivil IAG Boone fol 7 p 62 نقلاً عن د. عبد الجبار

ناجي، المصدر السابق، ص 5 وما بعدها.

(7) انظر Allen Carleton kempt low in the making 1964 ed 7 p 62

نقلاً عن د. عبد الجبار ناجي، المصدر السابق، ص 5 وما بعدها.

المبادئ الأساسية في تشريع العقد⁽¹⁾، وهو يسود العقد في جميع مراحلها، بحيث لا يقتصر أثره على إبرام العقد بل يمتد إلى تنفيذه وانقضائه⁽²⁾.

وعليه يمكن تعريف مبدأ حسن النية: ((بأنه يقصد به هي النية السليمة والصادقة والخالية من الخداع والغدر والقصد السيء أو الصراحة)).

دور القاضي: لا يقف دور القاضي في مبدأ حسن النية عند تفسير التصرف بل يتعدى إلى إكمال التصرف وذلك في حالة اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية في العقد وعلى أن العقد قم تم بينهما فإن المسائل الأخرى التي تم تركها إذا لم يتفقا على تنظيمها لاحقاً فإنه يجري تنظيمها من القاضي وفق ما يقضي به مبدأ حسن النية مع الاعتداد بالعرف الجاري في التعامل⁽³⁾، ويتضح أن مبدأ حسن النية قيد على النية المشتركة للمتعاقدين يجب عدم تجاوزه، وإن دور القاضي في ذلك يشبه دوره عند تطبيق ما يقتضيه النظام العام والآداب⁽⁴⁾.

وإن المادة (1135) مدني فرنسي والمادة (2/150) مدني عراقي تعد الأداة التي تمكن القاضي من تفعيل المبادئ السابقة ونقلها من الواقع المثالي إلى الواقع العملي ويتجسد ذلك بالتزامات يضيفها القاضي إلى مضمون العقد تركز التعاون الإيجابي بين المتعاقدين وتظهر احترام كل منهما للثقة المشروعة والأمانة في تنفيذ الالتزامات⁽⁵⁾.

(1) د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، 1963، ف 339، ص 314.

(2) د. محمد لبيب شيت، الجحود المبتسر للعقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية عدد 1 شباط، 1061.

(3) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 280.

(4) د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، المصدر السابق، ص 273، ص 274.

(5) د. عبد الفتاح حجازي، المصدر السابق، ص 281.

المطلب الثاني تكميل العقد وفقاً للقانون

تمهيد:

يملك الطرفان المتعاقدان كامل الحرية في تجديد نوع التزام كل منهما ومداه من خلال حريتهما في تحديد مضمون العقد باختيار البنود والشروط التي يرتضونها ولا يحد من هذه الحرية إلا النظام العام والآداب العامة، وما يضعه المشرع من قواعد أمره، فالمشرع يملك السيطرة على العقود حتى لا تكون أداة بيد الأفراد للإخلال بالأمن الاجتماعي، غير أن القواعد الآمرة يجب أن تكون في نطاق ضيق وأن يكون الهدف منها أساساً حماية إرادة المتعاقدين ومنع الاعتداء على حريات الآخرين وحقوقهم الطبيعية⁽¹⁾.

فبالنسبة للقانون المدني العراقي والمصري فكلاهما لا يجعل دور الإرادة ينصهر في سلطة المشرع وسلطة القاضي إذ ما زالت الإرادة تنتج من الآثار القانونية ما اتجهت إلى إنتاجه، ولا هما تركا الإرادة تتفرد بإنشاء العلاقات القانونية وتحديد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة⁽²⁾.

إذاً فالمشرع يساهم في تكميل العقد بما يضعه من قواعد قانونية سواء كانت أمره أو مفسرة تنظم الجوانب المختلفة للعقد وتسد النقص الذي يشوب

(1) د. محمد إبراهيم الدسوقي، دور الإرادة في العقد، دون مكان للنشر، 980، ص26 و27.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 1، العقد، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص103.

التنظيم الذي يتفق عليه المتعاقدان، ويسعى المشرع بوضعه قواعد الجوانب المختلفة للعقد إلى تحقيق هدفين أساسيين:

أولهما: تفعيل العقد، وذلك بإكمال اتفاق الطرفين كلما كان ذلك ضرورياً وجائزاً لأن المشرع يفضل فاعلية العقد على عدمها.

وثانيهما: حماية المتعاقدين بعضهم في مواجهة البعض الآخر مهما كان المتعاقدان من حيث عدم التبصير أو عدم الدراية بالمسائل القانونية⁽¹⁾.

ومن هنا فإن القانون بما فيه من قواعد مكملة يساهم في تحديد مضمون العقد والقاضي يطبق هذه القوانين على المسائل التي لم تنظمها إرادة المتعاقدين ويعدها مندرجة في العقود، إلا إذا استبعد الطرفان صراحة، ومرد ذلك أن هناك نظاماً تعاقدياً أمده القانون للعديد من العقود⁽²⁾، ومثل ذلك القواعد المكملة التي نص عليها المشرع بشأن مكان وزمان تسليم المبيع⁽³⁾،

(1) د. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة، 1993، ص367.

(2) د. محمد السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1959، ص211، نقلاً عن د. سلام عبد الزهرة، المصدر السابق، ص75.

(3) وقضت محكمة التمييز في هذا المعنى بما نصه (أن العقد الذي يستند إليه المدعي لم يعين محل التسلم فكان على المحكمة أن تجنح إلى تطبيق أحكام الفقرة 1 من المادة 541 مدني إذ أن مطلق العقد يقتضي بتسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد وإذا لم يتعين محل وجوده اعتبر مكانه محل إقامة البائع..)، قرار 918 مدنية ثالثة/ 1975 في 1976/2/3، مجموعة الأحكام العدلية ع 1 س 7، 1976، ص21.

ومكان الوفاء بالثمن وزمانه⁽¹⁾، وما يرجع به المشتري على البائع إذا استحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً أو إذا ظهر فيه عيب خفي⁽²⁾.

وكذلك ما نص عليه بشأن الإصلاحات التي يلتزم بها المؤجر وتلك التي يتحملها المستأجر⁽³⁾، وجميعها تعد أحكاماً تكميلية لإرادة المتعاقدين، وجدير

(1) تنص المادة (573) من ق المديني العراقي على أنه ((إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أدائه في المكان المشترط أدائه فيه وإذا لم يعين المكان وجب أدائه في المكان الذي يسلم فيه المبيع وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك))، ونصت المادة (2/575) من ق م العراقي على أنه (ويجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً في بيع سلعة بنقد إن أحضر البائع السلعة، أما إذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها فيسلم المبيع والثمن معاً).

(2) انظر المواد من 550-568 من ق المديني العراقي، وقضت محكمة التمييز في ما يتعلق بضمان العيوب الخفية بما نصه ((إذا تعهد البائع بمسؤوليته عن أي عيب يظهر في المبيع لمدة معينة، فلا يجوز رد دعوى المدعي بحجة أن العيب الذي ظهر في المبيع عيب ظاهر لأن تعهد المدعي عليه (البائع يشمل العيوب الظاهرة والخفية، ذلك أن اقتصار التعهد على العيوب الخفية لا يحتاج إلى سند تعهد لأن القانون قد ألقى على البائع ضمان العيوب الخفية المادتان (559، 570) قرار رقم 1839/مدنية ثانية/ 83، 84، في 1994/7/7 مجموعة الأحكام العدلية ع 1 س 4، 1984، ص 19.

(3) انظر المواد من (750-763) من ق. م العراقي، وقضت محكمة التمييز في هذا المعنى بما نصه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز مخالف للقانون لأن المحكمة لم تراع أحكام المادتين 2/763 و 2/764 ق المديني العراقي بالنسبة للأضرار المحدثة في المأجور ذلك أن المادة 2/763 تقضي بإلزام المستأجر بالأضرار الطفيفة التي يلزم بها العرف، كالزجاج والأقفال والمصابيح الكهربائية وما إلى ذلك، أما المادة (2/764) فإنها تقضي بأن يكون هناك استعمال غير اعتيادي في بقية الأضرار.. (قرار رقم 525/م 6 / 77 في 1977/11/17، مجموعة الأحكام العدلية ع 3 و 4، س 8، 1977، ص 24.

بالذكر أن بعد هذا أن كل عقد تكمله أحكام القواعد المكملة في القانون الذي أبرم هذا العقد تحت سلطانه، فإذا تغيرت أحكام هذه في قانون لاحق لأحكام هذا القانون لا تسري على العقود التي أبرمت تحت سلطان القانون السابق⁽¹⁾.

رأي الفقهاء: يرى بعض الفقهاء أن تكميل العقد أو التصرف بالقواعد والمعايير الموضوعية التي يحددها المشرع عادة يتم بعيداً عن الإرادة، بل أن الطرفين قد لا يعلمان بوجود هذه القواعد التي تعبر عن إرادة المشرع⁽²⁾، مما يظهر مرة أخرى أن القانون يتعاون مع الإرادة في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على التصرف⁽³⁾، وإن الأحكام المكملة أياً كان مصدرها تضاف إلى التعبير عن الإرادة لاستكمال ما كان يجب على المتعاقدين أن ينطقوا به وذلك لتحديد النطاق الكامل للعقد.

فالقواعد المكملة هي التي يطبقها القاضي في حالة عدم وجود تعبير صادر عن المتعاقدين بصدده مسألة كان يجب على المتعاقدين تنظيمها في العقد بالنص عليها، وكمثال على ذلك القاعدة التي تنص عليها المادة (587) من ق المدني العراقي (نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك)⁽⁴⁾، وكذلك في تكميل العقد وفق ما جاءت به الفقرة

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص 839.

(2) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ص 566 وما بعدها، ود. حيد الدين سوار، المصدر السابق، ص 323 وما بعدها، الأستاذ منير القاضي، ملتي البحرين المادة 150، ص 149-150 ق. م العراقي، نقلاً عن د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 185.

(3) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 185.

(4) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، رسالة ماجستير، المصدر السابق، ص 127 و ص 185.

الأولى من المادة (541) ق.م العراقي في حالة عدم ذكر معان تسليم المبيع في عقد البيع وكذلك إذا لم يعين مكان أداء الثمن⁽¹⁾.

وقد وضع الشارع في صدد تنظيمه للعقود مجموعة من القواعد تطبق عندما يغفل المتعاقدان تنظيم بعض المسائل المتعلقة بهذه القواعد المكملة (Regles suppletaies) ويجوز للمتعاقدين استبعاد هذه القواعد بالنص على خلافها فإذا لم ينصا على خلافها فإنها تنطبق على العقد الذي بينهما، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة (463) من القانون المدني المصري على أنه ((إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع)) وكذلك ما تنص عليه المادة (462) من القانون أعلاه من أن نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك⁽²⁾، ولقد جاءت في المادة (86/ف2) من القانون المدني العراقي على أنه (وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة)⁽³⁾، وإن الاكتفاء

(1) د. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في

القانون الخاص، سنة 2006، ص64.

(2) د. عبد الحي حجازي، الموجز للنظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام سنة

1855، ص182.

(3) المادة 2/86 من القانون المدني العراقي.

بالإتفاق على المسائل الجوهرية لانعقاد العقد وعدم استلزام الإتفاق على المسائل التفصيلية يعد أمراً طبيعياً يفرضه الواقع العملي ويستفاد ضمناً من قيام المشرع بوضع قواعد تفصيلية لتنظيم العقود المختلفة، فالعقد ينعقد بمجرد صدور القبول المطابق للإيجاب في جميع جزئياته ويصرف النظر عما إذا كان هذا الإيجاب قد اقتصر على العناصر الجوهرية أم شمل بالإضافة إليها المسائل التفصيلية⁽¹⁾، لكن قد يحدث في بعض الأحيان أن يتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ولكنهما مع ذلك لا يتمكنان من الإتفاق على بعض المسائل التفصيلية أو الثانوية فيقرران إرجاء الإتفاق بشأنها لوقت لاحق⁽²⁾.

ويستلزم انعقاد العقد الإتفاق على المسائل الجوهرية لأنها هي التي تحدد ماهية العقد الذي يقصده الطرفان، كما يحدد المقابل الذي يلتزم به كل طرف قبل الأخر، من هنا فإن كل اتفاق بين الطرفين العناصر الجوهرية لا يؤدي إلى إبرام العقد⁽³⁾.

ومع ذلك فإن القاضي يستطيع أن يحدد المسائل الجوهرية من خلال ما تبينه القواعد القانونية العامة، وبالنظر للهدف الاقتصادي الذي قصده المتعاقدان تحقيقه من وراء إبرام العقد وذلك بتحديد الالتزامات اللازمة لتحقيق هذا الهدف وعندئذ تكون هذه الأخيرة مسائل العقد الجوهرية، فمثلاً

(1) د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة الجامعة العربية، بغداد، 973، ص149.

(2) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص33.

(3) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص126.

في عقود المعاوضة يكون المقابل هو الالتزام المهم في العلاقة العقدية بوصفه هدفاً لكلا الطرفين ومن ثم يكون هذا الأخير مسألة جوهرية في العقد، وإذا كان العقد يرد على خدمة فإن هذه الخدمة يعد مسألة جوهرية يجب الاتفاق عليها⁽¹⁾، أما فيما يتعلق بالمسائل التفصيلية فإن الأطراف يمكنهم أن يحتفظوا بها للاتفاق عليها في وقت لاحق سواء عبروا عن ذلك صراحة أو ضمناً وبعبارة أخرى إن المسائل الثانوية قد طرحت أثناء المفاوضات وثار خلاف بشأنها وأرجأ الطرفان الاتفاق عليها فيما بعد، أو لم يثر خلاف بشأنها ولكن اتفق على تسويتها بموجب اتفاق لاحق⁽²⁾، لذلك فإن المسائل القانونية التي لم يتفاوض المتعاقدان بشأنها ولم يتفقا على تسويتها بموجب اتفاق لاحق لا يشملها حكم المادة (2186) من القانون المدني العراقي، لأن عبارة (واحتفظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد) التي وردت في هذه المادة تدل على أن المسألة التفصيلية قد أثرت ولكنهما احتفظا بها للاتفاق عليها بعد انعقاد العقد، فإن المتعاقد الذي يدعي أن العقد قد علق انعقاده على حدوث اتفاق بشأن المسائل التفصيلية المؤجلة إن ثبت ذلك لأنه يدعي العكس الثابت قانوناً بحكم المادة (2/86) من القانون المدني العراقي.

وعليه فإن القاضي عندما يكمل نطاق العقد بتنظيم المسائل التفصيلية وفقاً لحكم المادة (2/86) من القانون المدني العراقي فإنه لا يساهم في تكوين العقد وإنما يساهم في تحديد نطاق العقد وما ينتج من التزامات تحكم المسائل

(1) د. ياسر الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص16.

(2) د. صالح ناصر العتبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، ط1، دون مكان للنشر، 2001، ص28.

التفصيلية التي ترك المتعاقدان تنظيمها، فإرادة القاضي تتدخل إلى جانب إرادة المتعاقدين في تنظيم مسائل العقد بعد أن يكون الأخير قد أكتمل نشؤه باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية⁽¹⁾، وتتص المادة (2/150) من القانون المدني العراقي على أنه (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)، ويترتب على مبدأ سلطان الإرادة أن مضمون العقد يقتصر على تلك الحقوق والالتزامات التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين وفقاً لما أدى إليه تفسير العقد، فلا يجوز امتداد نطاق العقد ليشمل حقوقاً والتزامات أخرى لم تتصرف إليه إرادة المتعاقدين⁽²⁾.

لقد أعطى المشرع للقاضي بموجب نص (المادة 2/150) سلطة إكمال نطاق العقد بإضافة الالتزامات التي تقتضيها طبيعة ذلك العقد ولو لم تتجه إليها إرادة الأطراف⁽³⁾.

وقد تخوف البعض من إعطاء القاضي القدرة على إضافة التزامات جديدة بحجة تكملة نطاق العقد إذ أنها (تلزم المتعاقدين بما وراء السطور

(1) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 42 و ص 46.

(2) د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المصدر السابق، ص 108.

(3) فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والإفراد، وإنما يضاف إليه ما يعتبر من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، كما يجب تنفيذ هذا الالتزام بما يوجبه حسن النية)، طعن رقم 794 لسنة 52 في 1985/3/31، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية، ص 36، ص 536، نقلاً عن د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المصدر السابق، ص 48.

وهي تعطي للقاضي سلطة خطيرة، ولأنه بموجبها يمكن أن يزيد في التزامات المتعاقدين وفي هذا إهدار لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾، لذلك فإن نص المادة (150) ق المدني العراقي قد أوجدت توازناً معتدلاً بين النزعتين الشخصية والموضوعية في الالتزام، إذ جعل مناط تنفيذ العقد مرتبطاً بمعيار ذاتي يستوجب حسن النية، أضف إلى أن القاضي عندما يضطلع بمهمة تحديد نطاق العقد إنما يقوم بعملية قانونية يخضع بها لرقابة محكمة التمييز⁽²⁾.

لقد كان للقضاء الفرنسي السابق في هذا المضمار إذا أضاف العديد من الالتزامات لعل من أبرزها الالتزام بالسلامة الذي فرض على عاتق الناقل في عقد نقل الأشخاص، وسار القضاء المصري على خطى القضاء الفرنسي إذ قضى بأن (... وعند انعدام النص الصريح في عقد النقل على ضمان الناقل للراكب الذي يتعهد بنقله يعتبر الناقل مسؤولاً مسؤولية تعاقدية على أساس اشتغال هذا العقد على التزام ضمني من جانبه بإيصال المسافر سالماً إلى الجهة التي يتعهد بنقله إليها ولا شبهة في أن من بين الالتزامات التي يشتمل عليها العقد التزام الناقل ضمناً بسلامة الراكب أثناء النقل إلى الجهة المتعاقد على النقل إليها، لأن مثل هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من التعاقد⁽³⁾.

وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الالتزام، إذ نصت المادة (10) من قانون

(1) انظر المزيد من التفصيل حول المناقشات التي دارت بشأن هذه المادة، راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص287-290، نقلاً عن د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المصدر السابق، ص49.

(2) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المصدر السابق، ص52.

(3) حكم محكمة استئناف الاسكندرية في 5/شباط/1950، مجلة المحاماة المصرية س3 ع2، ص501، نقلاً عن د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المصدر السابق، ص22.

النقل رقم (80) لسنة 1983 (أولاً يسأل الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل ويبطل كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من هذه المسؤولية)، لقد جاء في المادة 148 مدني مصري (لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، فالقاضي في كلتا المادتين (2/86، 2/150) ق المدني العراقي يستعمل نطاق العقد بإضافة الالتزامات التي تنظم المسائل التي تركها المتعاقدان سواء تركاها عمداً للاتفاق عليها في وقت لاحق بعد إبرام العقد، بعد أن اتفقا على المسائل الجوهرية— أو أنهما تركاها سهواً، لأنهما لم يتوقعاها⁽¹⁾، وتشير النصوص التي تجيز للقاضي أن يكمل العقد فيها في القانون المدني المصري بأنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف في المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (م 95) مدني مصري⁽²⁾، فالقواعد القانونية المكملة لإرادة تسري كذلك في حقهم طالما أنهم لم يستبعدوها من عقدهم بشرط صريح فيه وتعتبر في مثل هذه الحالة تلك القواعد جزءاً لا يتجزأ من العقد⁽³⁾، إذ أن الأفراد يتعذر عليهم في الغالب تنظيم العلاقات العقدية في تفصيلاتها ويكتفیان عادة بالاتفاق على

(1) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 52-53.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني / ج 1، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ط 2، سنة 1964، دار النهضة العربية، ص 104-105.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ص 703،

العناصر الرئيسة للعقد تاركين تفصيلاتها كلها أو بعضها لعدم درايتهم فيها أو اعتماداً على تنظيم تلك العلاقات اعتماداً منهم على ما ورد في نصوص القانون من أحكام والتي وضعها المشرع لمعاونتهم⁽¹⁾.

المطلب الثالث

تكميل العقد وفقاً للعرف

تمهيد:

العُرف: هو اعتياد الناس على سلوك معين وشعورهم بالزامه وبضرورة مجازاة من يخالفه، والعرف مصدر تلقائي فطري بطيء ينبع من مشاكل الناس وما يحيط بهذه المشاكل من واقع، لا يتدخل في تكوينه إرادة مدبرة مفكرة، وإنما يتكون بطريقة غير محسوسة وغير محددة فلا أحد يعلم كيف ومتى ظهرت القاعدة وكيف تطورت، ولهذا كان العرف هو المصدر الرئيسي بل الوحيد للقانون في المجتمع البدائي⁽²⁾، والعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها.

ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية، بل يتناول المعاملات

(1) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص 308.

(2) د. نعمان محمد خليل، دروس في المدخل للعلوم القانونية، المصدر السابق، ص 192

وما بعدها.

التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء⁽¹⁾، كما أن العرف هو الحلول التي تهدي لفض منازعاتهم وتنظيم الروابط بينهم، ثم يشعرون بلزومها وبأنها جزء لا يتجزأ من حياتهم الاجتماعية⁽²⁾، ويخلط المشرع المصري، في نصوصه بين العرف والعادة للتشابه الكبير بينهما، حيث نجده يستعملها كمترادفتين، بل أن جانباً من الفقه الإسلامي خلط بين اللفظين واستعمل أحدهما للتعبير به عن الآخر⁽³⁾.

وفي فرنسا يميزون بين العرف والعادة، ويعتبرون الأخيرة هي وسيلة تفسير العقد⁽⁴⁾، وإلى جانب ما يضعه العرف -كقانون غير مدون- من قواعد أمره، يضع أيضاً قواعد مقررّة، سواء كانت مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين وتطبق هذه القواعد على الأفراد عملوا بها أم لم يعملوا، أشاروا إليها في اتفاقاتهم أم لم يشاروا، ويكفي -حتى تنطبق- أن لا ينصبوا على استبعادهم صراحة أو ينظموا اتفاقاتهم على نحو مخالف لأحكامها، أما العادة الاتفاقية فهي لا تلزم المتعاقدين، إلا إذا اتفقوا عليها صراحة أو ضمناً،

(1) د. نعمان محمد خليل، دروس في المدخل للعلوم القانونية، المصدر السابق، ص 196.

(2) د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، جامعة القاهرة، 1977، ص 928.

(3) د. أحمد فهمي أبو ستة، العرف والعادة في رأي الفقهاء (عرض نظرية في التشريع الإسلامي)، مطبعة الأزهر سنة 1947، ص 7 وما بعدها، نقلاً عن د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد، في القانون المدني المصري والمقارن سنة 985، ص 134-135.

(4) د. محمد كامل مرسي، أصول القوانين، طبعة 1342هـ - 1923م، مطبعة الرحمانية، 1968، ص 141، نقلاً عن د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 135.

والاتفاق الضمني بشأنها يستشف ظروف التعاقد، كمكان العقد، وزمانه، أو الغرض من التعاقد أو المركز الشخصي للطرفين ومهنتهما ومن خلال ذلك أن تطبيق القاعدة العرفية المفسرة أو المكملة يتطلب موقفاً سلبياً في طرفي التعاقد، بينما يتطلب تطبيق القاعدة الاتفاقية موقفاً إيجابياً منها⁽¹⁾، حيث يكتسب العرف قوته الالتزامية من ذاته باعتباره قوة قانونية بخلاف العادة التي تكتسب قوتها من اتفاق الطرفين بشأنها، ولذا سميت بالعادة الاتفاقية⁽²⁾، وتقيم العرف يقتضي منا الحديث عن مزاياه وعيوبه.

أولاً: مزايا العرف:

- 1- هو أكثر المصادر ديمقراطية، فهو مصدر شعبي ينبع من رضا الناس وقبولهم لحكمة بطريقة عملية.
- 2- وهو أكثر المصادر تعبيراً عن الواقع واتفاقاً معه فهي لا تصدر بإرادة قد تكون تحكيمية وإنما تتكون تدريجياً لأن الواقع يفرضها.
- 3- إنه يتطور تلقائياً مع الواقع، فمضمون العرف يتطور ويتغير كلما تغيرت الظروف التي أدت إلى ظهوره، فالقاعدة العرفية ليست مقيدة في صيغة لفظية محددة وإنما هي اعتياد الناس على سلوك معين، فتغيرها يتم بتغير الناس لسلوكهم واعتيادهم على هذا التغير.
- 4- يسد الفراغ الذي يتركه التشريع فالمشرع مهما بلغ حسن تدبيره

(1) د. محمد كامل مرسي، الالتزامات، ج1، المصدر السابق، ص135.

(2) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ط5، سنة 1974، منشأة المعارف، ص277.

والمارة بظروف المجتمع وما يلزمه من قواعد تنظيم شؤونه⁽¹⁾.

ثانياً: عيوب العرف:

1- هو مصدر شديد البطء فظهور القاعدة العرفية وتعديلها يحتاج إلى وقت طويل لكي يعتاد الناس على حل معين ثم يسود بينهم الاعتقاد بإلزام هذا الحل.

2- يؤدي إلى اختلاف القواعد القانونية المنظمة لذات الموضوع في إقليم الدولة الواحدة.

3- العرف غير محدد وغير واضح المعالم، فالتشريع محدد وواضح لأن قاعدته تصدر في ألفاظ محددة منشورة في الجريدة الرسمية، أما القاعدة العرفية فمع أنها قاعدة قانونية ومن واجب القاضي الإحاطة بها وتطبيقها دون أن يطلب منه الخصوم ذلك، ودون أن يلتزم هؤلاء بإثباتها إلا أن الواقع يفرض خلال ذلك، فغالباً ما يلجأ القاضي للجزاء وغالباً ما يضطر أطراف النزاع إلى مناقشة وجود العرف وتوافر أركانه وشروطه، فعلى القاضي أن يتغلغل في سلوك الناس ليصل إلى ما اعتادوا، وعلى القاضي أن يتحرز منتهى الدقة عند قيامه بهذه المهمة، لأن التساهل في هذا المجال سيؤدي إلى الخلق التحكيمي لقواعد قانونية تنسب خطأ إلى العرف، لمجرد اعتياد قلة من الناس على حكم معين أو لمجرد ميل القاضي إلى هذا الحكم⁽²⁾. فالعرف ليس قاصراً

(1) د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، المصدر السابق، ص 194-196.

(2) د. نعمان محمد خليل، المصدر السابق، ص 197.

على شرح الشروط الغامضة أو المبهمة، بل يتعداه أيضاً إلى إكمال الالتزامات القائمة بشروط قانونية، وقد يصل به الأمر أحياناً إلى إنشاء التزامات تعد ضمن الالتزامات التي يربتها العقد، رغم عدم النص عليها صراحة فيه، ولقد أورد المشرع الفرنسي المادة (1160) مدني فرنسي التي تشير إلى ضرورة تكملة العقد بالشروط العرفية ولو لم ينص عليها فيه. والأمثلة على الشروط العرفية التي يتعين تكملة العقد بها، ما جرى به عرف باريس من منح المستأجر عدة أيام بعد انتهاء عقده حتى يخلي العين المؤجرة⁽¹⁾.

إن القواعد التي يلتجأ إليها القاضي ويضيفها لالتزامات المتعاقدين هي القواعد العرفية المكملة لا القواعد العرفية المفسرة⁽²⁾، إذ أن العرف المفسر هو العرف الذي يلجأ إليه عند غموض عبارة العقد⁽³⁾، أما العرف المكمل فهو العرف الذي يلجأ إليه عند عدم وجود عبارة تنظم المسائل المتعلقة بها هذا العرف عند عدم وجودها في نسخة العقد⁽⁴⁾.

وتعتبر في عداد العرف الشروط المألوفة أي تلك الشروط التي جرت عادة المتعاقدين بإدراجها في عقود معينة حتى أصبح وجودها في تلك العقود مفروضاً ولو لم تدرج فيها⁽⁵⁾. فالقاضي عندما لا يجد حلاً للنزاع المتعلق

(1) د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد، المصدر السابق، ص145.

(2) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، في موجز النظرية العامة للالتزام، ج1، ص182.

(3) د. مصطفى الجمال، المصدر السابق في النظرية العامة للالتزامات، ص218.

(4) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، في موجز النظرية العامة للالتزام، ج1، ص182.

(5) د. سليمان مرقص، المصدر السابق، شرح القانون المدني في الالتزامات، ج2، ص214.

بالعقد في قواعد القانون الأمرة والمكملة للإرادة، اتجه صوب قواعد العرف⁽¹⁾، والعرف الذي يلجأ إليه القاضي كتكملة ما نقص من العقد هو العرف المكمل لإرادة المتعاقدين والعرف المكمل هو الذي يرجع إليه القاضي لتكملة عقد ناقص ويتصل بالعرف الشروط المألوفة، فعلى القاضي أن يكمل العقد بما هو مألوف من الشروط وإن لم تدرج فيه، ما دامت قد جرت العادة بإدراجها في مثل هذا العقد حتى أصبح وجودها مفروضاً ولو لم تدرج فيه⁽²⁾، وبذلك أقرت تشريعات دول العالم هذه السلطة للقاضي بغية تأمين العدالة وإيصال الحقوق إلى أصحابها ومن هذه القوانين القانون المدني السويسري الذي أتاح للقاضي تلمس الحل المحقق للعدالة بين ثنايا النصوص، فإن لم يجد حكم بمقتضى العرف، وإلا قضى بحكم كان يضعه لو أنيط به تشريعه⁽³⁾، أما القانون المدني المصري كما أسلف فقد ألزم القاضي بالاستعانة بالنصوص أولاً فإن لم يجد حكم بمقتضى العرف⁽⁴⁾.

فالعرف يعتبر مكملاً للتشريع فمجاله في الحالة التي يخلو فيها القانون من قاعدة تشريعية تنظم المطروحة، ويتقدم باعتباره المصدر الثاني الذي يتلو التشريع (عدا مسائل الأحوال - الشخصية-)، ودور العرف هنا أنه يسد الفراغ التشريعي ينظم المشكلة التي ينظمها التشريع ويستند في ذلك إلى ما

(1) د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في ق المدني المصري، المصدر السابق، ص 69، نقلاً عن د. حاتم منصور محسن، رسالة دكتوراه، فكر تصحيح العقد، 2006، ص 65.

(2) د. أحمد حشمت أبو ستيت، المصدر السابق، ص 313.

(3) عبد السلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل، المصدر السابق، ص 20.

(4) د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، ص 191.

جاء بالفقرة/2 من المادة الأولى من التقنين المدني المصري التي تقضي بأنه (وإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف...)، وهذا الدور يجد سنده في نصوص أخرى منها المادة (95) من التقنين المصري التي تقضي بأنه (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)⁽¹⁾، وإن هذه المادة تقابلها نص المادة (2/150) من القانون المدني العراقي التي تشير إلى أنه (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون أو العرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)، وهذه المادة تقابلها المادة (1135) مدني فرنسي و(2/148) مدني مصري و(370) موجبات وعقود لبناني⁽²⁾.

(1) د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، المصدر السابق، ص210.

(2) د. سلام عبد الزهرة، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 47.

المطلب الرابع تكميل العقد وفقاً للعدالة

تمهيد:

العدالة: شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدي إلى إعطاء كل ذي حق حقه، دون الجور على حقوق الآخرين⁽¹⁾، وإن فكرة العدالة فكرة متغيرة لا تعطي الحلول الحاسمة القاطعة ولا تلهم القاضي معياراً دقيقاً ليستقي أحكامه منها ويأتي أثرها على تكملة النقص حتى لا تكون ظالمة لأنه عند الاهتداء إلى نص قانوني يجتهد القاضي للوصول إلى حل النزاع المعروف أمامه بحسب ظروفه وما يتفق مع روح العدالة والإنصاف في تحقيق الحق حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء وتلزمه بأن يستتبط القاعدة التي كان يضعها لو عهد إليه أمر التشريع في موضوع ذلك النزاع مسترشداً في ذلك بعدة أمور لأنها غير محددة وتنطوي على أسس وتوجيهات عامة يستتبطه من شعور كامن في النفس عن طريق العقل السليم لإيفاء كل ذي حق حقه في المجتمع⁽²⁾، فجوهر فكرة العدالة هو حصول كل إنسان على حقه، فهي وسيلة لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة والمحافظة على النظام اللازم لبقاء المجتمع فلا وجود

(1) د. محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص158.

(2) د. محمد هشام القاسم، أثر الاجتهاد القضائي في تطوير القانون، بحث منشور في مجلة القضاء والقانون، س1، العدد 2، جامعة الكويت، ص14.

للنظام بدون العدالة⁽¹⁾.

لقد ذهب جانب من الفقه إلى تخصيص المعنى العام للعدالة بمعنى محدد هو العدالة ذات الطابع الفني، وتعني التوسع في مضمون العقد على وفق قواعد التجربة، بحيث يسود التوازن والتناسب بين الأداءات المتقابلة على وفق معايير التجربة الفنية لا وفقاً للمثالية الشخصية للقاضي، فالعدالة هنا العدالة المكملة لأثار العقد عند عدم تنظيم المتعاقدان لأثاره في مسألة معينة⁽²⁾، والواقع أن المشرع العراقي قد أدرك أن العدالة تتصف بأنها فكرة واسعة ولا تحدها حدود، لذا فقد قيد معناها العام والفضفاض حينما ربطها بطبيعة الالتزام، فالعدالة التي يلجأ إليها القاضي عند إكمال نطاق العقد هي المنسجمة مع طبيعة العقد⁽³⁾، في حين أن قواعد العدالة لا تمدنا بقواعد قانونية منضبطة والمشرع حينما أحال القاضي إلى قواعد العدالة لم يشأ أن يتركه بلا مصدر يرجع إليها إذا ما افتقد الحل للقضية المعروضة أمامه في التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية، لذا فإن المشرع حينما أجاز للقاضي أن يرجع إلى قواعد العدالة، قصد من ذلك أن يجتهد القاضي رأيه للوصول إلى الحل الذي يطبقه على الحالة المعروضة أمامه مستنبطاً القاعدة التي يراها أقرب إلى تحقيق العدالة مراعيّاً في ذلك الظروف والملابسات

(1) د. محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في المجلة القانونية والاقتصادية، تصدر من كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ع 7، 1995، ص 189.

(2) د. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المصادر الإرادية، ص 369.

(3) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المرجع السابق، ص 81.

التي تحيط بالمسائل المعروضة أمامه⁽¹⁾.

ويستعين القاضي بقواعد العدالة لتحديد مضامين بعض القواعد المرنة أو لتعديل البعض من هذه المضامين إذا كان التطبيق الجامد للقاعدة القانونية يؤدي إلى الظلم⁽²⁾.

والعدالة هي آخر الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتكميل العقد فيما لم ينظمه المتعاقدان أي أن المقصود بالعدالة هنا هي العدالة المكملة لأثار العقد

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، القاهرة، سنة 1965، ص152، وكذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ما نصه (ولم يشأ المشرع أن يجاري التقنين المدني السويسري فيأذن للقاضي أن يطبق في هذه الحالة ما كان يضع هو من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع م1 ف2 ق. م المصري بعد أن أخذ على هذه الصيغة من ناحية الشكل أنها تخول القضاء حق إنشاء الأحكام القانونية مع أن عمله ينحصر في تطبيق هذه الأحكام فحسب ولم يشأ المشرع أن يحيل القاضي إلى المبادئ العامة في قانون الدولة (م3) من التقنين المدني الإيطالي الجديد أو إلى مبادئ القانون العامة حسب المادة (1) من التقنين الصيني، بل احتفظ بعبارتي القانون الطبيعي والعدالة وإذا كانت عبارات التقنيات الحديثة تفضل هاتين العبارتين من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليها من الإبهام إلا أن الواقع أن هذه العبارات جميعاً 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، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج1، ص188.

(2) جاء في حكم لمحكمة التمييز، رقم 972 ج/ 67 في 20 / 4 / 1968 ما نصه (أن قواعد العدالة تقتضي على المحكمة أن لا تتجاوز في تقدير قيمة الملك المستملك بدلات ما جاوره من أملاك وليس بينها أي تفاضل أو امتياز)، مجلة القضاء العراقية، العدد 4، السنة 23، ص126، سنة 1965.

عند عدم تنظيم المتعاقدين لأثاره في مسألة معينة، ولا يلجا للعدالة إلا إذا لم يجد حكماً في القانون أو في العرف⁽¹⁾. والقاضي يسترشد بقواعد العدالة في استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه، فالبائع لا يلتزم فحسب أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، بل يجب عليه أيضاً أن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً، وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد، وقد يورد القانون في شأنه نصوصاً صريحة (م 428) من التقنين المدني المصري، وبائع المتجر يلتزم نحو المشتري ألا ينافسه منافسةً ينتزع بها عملاء المتجر وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد⁽²⁾.

وقد استند القضاء الفرنسي إلى قواعد العدالة لإثراء مضمون العقد بالعديد من الالتزامات من مثل الالتزام بالسلامة الذي فرض على عاتق الناقل لمصلحة الراكب⁽³⁾، والالتزام العامل بعدم إفشاء الأسرار الصناعية

(1) د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 182-183.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص 694، وكذلك أخذ به المشرع العراقي في قانون التجارة الملغى رقم 149 لسنة 1970، إذ نصت م (2/76) على أنه (لا يجوز لمن تصرف في المتجر بنقل ملكيته إلى الغير أن يزاول تجارة مماثلة لنشاط المتجر بكيفية يترتب عليها ضرر لمن ألت إليه الملكية إلا إذا اتفق على خلاف ذلك)، ويوجد نظير لهذا النص في قانون التجارة المنافذ رقم 30 لسنة 1984.

(3) تنص المادة (10) من قانون النقل العراقي رقم 80 لسنة 1983 على ما يلي (أولاً- يسأل الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل، ويبطل كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من هذه المسؤولية).

الخاصة بالمصنع الذي يعمل به⁽¹⁾.

وقد نشب خلاف في الفقه حول مدى التزام القاضي بالترتيب الذي ورد في المادة (2/150) من القانون المدني العراقي والنصوص المقابلة لها كالمادة (1135) من القانون المدني الفرنسي والمادة (2/148) من القانون المدني المصري، حينما يشرع بإكمال نطاق العقد، وقد انقسم الفقه إلى فريقين الأول: يرى أن القاضي عليه أن يتقيد بالترتيب الذي ورد في نص (المادة 2/150) مدني عراقي والنصوص المقابلة في القانون المقارن فلا يجوز للقاضي أن يرجع إلى العرف إلا عند عدم وجود قاعدة في القانون ولا إلى العدالة إلا عند عدم وجود قاعدة في العرف⁽²⁾، أما الفريق الثاني هو أن القاضي يكمل نطاق العقد بالرجوع إلى الموجهات الثلاث السابقة مجتمعة فإذا وجد القاضي ما يكمل نطاق العقد في قواعد القانون فيمكنه أن يستمر في البحث عن تكملة أخرى في العنصرين التاليين، لأنه بصدد تحديد مستلزمات العقد التي قد توجد موزعة على العناصر الثلاثة، فتعدد المستلزمات لا يعني تعارضها وإنما تكاملها⁽³⁾.

أما المشرع العراقي فقد أجاز للقاضي بموجب المادة (2/86) والمادة (2/150) من التقنين المدني أن يرجع إلى قواعد العدالة لتحديد مضمون فكرة مستلزمات العقد، وما يدخل فيها من التزامات لتكملة نطاق العقد الذي

(1) د. جاك غستان، مفاعيل العقد أو آثاره، المصدر السابق، ص 72 وما بعدها.

(2) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج 3، مصدر التزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، سنة 1954، ص 140.

(3) د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع، ط 1، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، سنة 1989، ص 82.

يشوبه النقص⁽¹⁾، بالوقت الذي لا يجوز للقاضي أن ينظر إلى العدالة على وفق مفهومه الخاص، أو أن يعمل بفكرته الشخصية للعدالة عند إكمال نطاق العقد، وإنما عليه أن ينطلق من اعتبارات موضوعية تتسجم مع طبيعة العقد⁽²⁾.

(1) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 80.

(2) انظر السيد Philippe maloure, Laurent Ayaes, cours de droit civil les obligations. 6 edition Pares 1995. P. 352

الفصل الثالث

دور القاضي في تكميل العقد

تمهيد:

الأصل أن المتعاقدين هما اللذان ينظمان عقدهما، لأن التصرف القانوني مبناه الإرادة الخاصة وإن دورها حاسم في هذا الشأن في حدود النظام العام والأداب، كما أن المتعاقدين يملكان حق تكميل عقدهما إذا ما ظهر فيه نقص في أية مرحلة من مراحلها، ولكن إذا عجز المتعاقدان عن ذلك ولجأ أحدهما أو كلاهما إلى القضاء طالباً تكميل ما نقص تنظيمه في العقد بما هو من مستلزماته فعندئذ تبدأ سلطة القاضي في تكميل العقد⁽¹⁾ ويستمد القاضي هذه السلطة من القانون مباشرة⁽²⁾، وإن تقدير ما إذا كان العقد محل النزاع في حاجة إلى تكميل من عدمه يدخل ضمن اختصاصات قاضي الموضوع، وإن ما ورد في العقد يعبر عن الإرادة الصريحة للمتعاقدين ويتطلب تحديد نطاق العقد من القاضي تحصيل مضمون التعبير عن الإرادة في البداية، وإن المشرع يضع في العادة أحكاماً نموذجية للعقود كي يستعين بها الأشخاص عند إبرامهم لعقودهم، ويترك لهم الحرية في تنظيم هذه العقود وتضمينها أحكام مخالفة للأحكام التي وضعها، وهي الأحكام القانونية المكملة، فإن لم يختاروا بدلاً عنها طبقت عليهم هذه الأحكام، علموا أو لم يعلموا بها، ولا تقتصر هذه الأحكام على ما ورد في نص القانون بل أن من هذه الأحكام ما

(1) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 110.

(2) انظر نص المادتين (86)، و(150) من القانون المدني العراقي 1.

يكون مصدره العرف أيضاً، وقد يحيل نص القانون صراحة إلى هذه الأحكام أو إلى ما هو متبع في عرف أو عادة مهنة معينة من المهن، وكذلك فإن العدالة ذاتها قد تكون مصدراً لمثل هذه الأحكام إذا لم يكن هناك نص أو عرف يقضي في المسألة محل النزاع⁽¹⁾.

إن الأحكام المكملة، أيأ كان مصدرها تضاف إلى التعبير عن الإرادة لاستكمال ما كان يجب على المتعاقدين أن ينطقوا به وذلك لتحديد النطاق الكامل للعقد، والأحكام الأخيرة يقوم القاضي بتحديدتها حسب طبيعة العقد موضوع النزاع، وإذا تحدد نطاق العقد فإن تنفيذه يصبح أمراً ميسوراً أمام المتعاقدين⁽²⁾.

لقد أصبح للعقد وظيفة اجتماعية، فلا يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزام فحسب، وإنما ينبغي أن تتعادل فيه منافع الطرفين، ولا يقتصر أثره على المتعاقدين، بل يترد أثره على المجموع وبالتالي يكون من حق الدولة أن تراقب إنشائه وتشرف على حركته وتفحص آثاره، الأمر الذي قلب موازين سلطة القاضي فأصبحت قريبة من عمل المشرع بما له من سلطة تكميل العقد على أساس العدل والمساواة، لذلك فإن ملكة القاضي الفكرية الواعية وثقافته وفطنته وتفكيره السليم وتامله وتبصيره في الأمور ومقومات شخصيته وخبرته القضائية والعوامل المتفاعلة في البيئة الاجتماعية التي نشأ فيها والتي يعمل في محيطها هي المؤثرة في قدرته على تكميل العقد، وهذا ما يمثل الجانب الشخصي في القاضي، أما الجانب الموضوعي في اكتمال صفة القاضي فتتمثل:

(1) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص112.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص112.

أولاً: بالمبادئ القانونية التي يستعين بها القاضي.

وثانياً: تفاعل الأحكام القانونية مع الأسباب⁽¹⁾، ويتدخل القاضي من خلال القواعد المرنة التي تنظم بعض جوانب العقد من تلقاء نفسه⁽²⁾، وقد أدى تطور مفهوم العقد وغايته وخضوعه لرقابة الدولة إلى تطور سلطة القاضي واتساعها في التقدير، فالقاضي لم يعد مسيطراً على العقد لتحقيق العدالة بين المتعاقدين فحسب بل أصبح ممثلاً للدولة في رقابة العقد والالتزام وتوجيهها لأداء وظيفة اجتماعية وهكذا فقد تحول القاضي أيضاً من قاضٍ خاص بالعلاقات الفردية إلى قاضٍ للمجتمع، وقد أقرت الشرائع الحديثة للقاضي بهذه السلطة الواسعة لتأمين العدالة وحددت له الوسائل اللازمة لتحقيق الغاية التي من أجلها منح هذا السلطان العريض⁽³⁾.

وقد نصت المادة الأولى من القانون المدني السوري والمصري والليبي على تعداد هذه الوسائل التي يعتمد عليها القاضي في تكميل العقد وهي:

أولاً: النصوص التشريعية.

ثانياً: مبادئ الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: مبادئ القانون الطبيعي.

(1) د. محمد جابر الدوري، عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية، دراسة مقارنة، ص 357 وما بعدها.

(2) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 9.

(3) د. عبد السلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقود، المصدر السابق، ص 35 وما بعدها.

رابعاً: قواعد العدالة⁽¹⁾.

لقد منح القاضي سلطات واسعة لم تقف عند تطبيق القانون بل تعدها إلى أبعد من ذلك والنزول بالعقد منزلة المتعاقدين، وكل هذه السلطات التي منحت له تسعى إلى هدف واحد هو تحقيق العدالة وإيصال الحقوق إلى أصحابها⁽²⁾، فللقاضي سلطة مباشرة لتكملة النقص الذي يعتري العقد نتيجة غياب عنصر ثانوي فيه⁽³⁾، وعليه فتكملة ما نقص من العقد يحصل بالتغيير في عنصر من عناصر العقد، ويتمثل ذلك بإضافة التزامات جديدة إلى العقد⁽⁴⁾، فالقاضي عندما يضطلع بمهمة تحديد نطاق العقد إنما يقوم بعملية قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز إذ يكون لهذه المحكمة نقض حكمه إذا لم يدخل في نطاق العقد ما يعد من مستلزماته أو أدخل فيه ما لا يعد من مستلزماته⁽⁵⁾.

وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني قد أشارت المادة (370) منه (يجب على القاضي أن يكمل النقص أما بالأحكام المدرجة في القانون إذا

(1) د. عبد السلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقد المصدر السابق، ص 36.

(2) د. عبد السلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقد، المصدر السابق، ص 36-

37.

(3) انظر قرارات محكمة النقض الفرنسية منها:

Cass, Civ 25-10-1984, jep 1990

Cass, comm. 25-6-1993. D 1993 inf rap. P 160

وذكرها د. محمد عبد الظاهر حسن، المصدر السابق، ص 63 هامش (1).

(4) وقد وصفت هذه الالتزامات بالتبعية والتي يتحقق بها الغرض المقصود في العقد إلا

أنها لا تتعلق بالالتزامات الأصلية للمتعاقدين، د. سمير عبد السيد تناغو، المصدر

السابق، ص 418.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المصدر السابق، ص 841.

كان العقد مسمى وأما بالرجوع في غير هذا الحال إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسباً مع العقد المراد)، والقانون اللبناني لم يأتي على ذكر ما يمكن عمله في حالة عدم وجود نص قانوني يعتمد عليه ولا عرف يركن إليه، وعند تحقق هذا الاحتمال لابد للقاضي من الرجوع إلى قواعد الإنصاف (Equite) من أجل سدّ هذا الفراغ⁽¹⁾، وإن ما بلغ في التقنين السويسري إذ جعل القاضي مشرعاً فيما لم يرد فيه نص، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء، إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطان التقدير ما يبسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي تطور بها القانون تطويراً مستمراً، ويواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال⁽²⁾.

ويتولى القاضي أمر الفصل في المسائل التفصيلية التي أرجأ الاتفاق عليها ما لم يتراضى العاقدان بشأنها، وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضي فلا يقتصر على تفسير إرادة المتعاقدين بل يستكمل ما نقص منها⁽³⁾، لقد أناط المشرع مهمة التطوير الجزئي للقانون وسد ما فيه من ثغرات بالقاضي الذي لم يعد دوره ينحصر في معرفة القانون وتطبيقه وإنما منح

(1) د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، ط2، المصدر السابق، ص273-274.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصدر الالتزام، المصدر السابق، ص104.

(3) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص46.

قدراً من حرية البحث في مدى ملائمة القانون وإحداثا الموائمة بين ثبات القاعدة القانونية وتطور الحياة⁽¹⁾. ومن خلال ما تقدم إن القضاء قد أصبح له دور متميز في خلق القانون وسد نقص التشريع⁽²⁾. وسنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث الأول لتحديد المعيار القانوني للتكميل والمبحث الثاني للأدوار التي يقوم بها القاضي في تكميل العقد والمبحث الثالث للرقابة القضائية على دور القاضي في تكميل العقد.

(1) د. محمد شنا أبو سعد، السلطة التقديرية للقاضي، المصدر السابق، ص 621.

(2) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 66.

المبحث الأول

المعيار القانوني للتكميل

تمهيد:

حرصت التشريعات التي منحت القاضي القدرة على إكمال العقد أن تحدد وبدقة مسار عمل القاضي والعوامل التي يستند إليها، فأقامتها على أسس موضوعية، إبعاداً لها عن النزعات الشخصية للقاضي، ولئلا تتحول إلى سلطة تحكمية بيده، لذا نجدها جعلت إضافة الالتزامات مشروطة بكونها من مستلزمات العقد، كما أنها تطلق العنان لاجتهاد القاضي، حيث أوردت محددات لمعنى المستلزمات تساعد القاضي للوصول إلى المعنى المنضبط لهذه الفكرة⁽¹⁾، فأول ما يستعين به القاضي هو نصوص القانون ويستهدي بها فإن لم يجد في هذه النصوص ما يسري على المسألة المعروضة عليه، فيرجع عندئذ إلى حكم العرف الجاري في المعاملات، فإن ضاقت هذه الوسائل على رحبها بالحل فعليه أن يستهدي بالمبادئ العامة لقانون الطبيعة وقواعد العدل والإنصاف⁽²⁾، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب الأول لتحديد المعيار القانوني للتكميل والثاني للتكميل وفقاً لمستلزمات العقد، أما المطلب الثالث لتكميل العقد حسب طبيعة العقد أو الالتزام.

(1) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 62.

(2) د. عبد السلام الترماني، سلطة القاضي، المصدر السابق، ص 36.

المطلب الأول

التكميل وفقاً لمستلزمات العقد

لم يحدد الفقه بشكل دقيق معنى مستلزمات العقد، فبينما وصفها جانب من الفقه بأنها غامضة بحد ذاتها⁽¹⁾، ولكن حاول البعض الآخر أن يحدد معناها بذكر الأمثلة لما يعد من مستلزمات العقد⁽²⁾، ومن المعروف أن التعريف بالمثل هو من أضعف صور التعريف⁽³⁾، وإذا أردنا أن نحدد معنى مستلزمات العقد فيمكن أن نجد في التفرقة التي استمدتها بعض التشريعات العربية من الفقه الإسلامي بين حكم العقد وحقوقه نقطة بداية مشجعة للوصول إلى ضالتنا المنشودة في تحديد ما يقصد بمستلزمات العقد⁽⁴⁾.

فحكم العقد يعني المضمون الجوهرى للعقد، إذ أن لكل عقد من العقود

(1) د. حسام الأهواني، عقد البيع، المصدر السابق، ص 204.

(2) د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2002.

(3) تنص المادة (199) من القانون المدني الأردني على أنه ((1-يثبت حكم العقد في المعقود عليه وإبداله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك. 2-أما حقوق العقد فيجب على كل طرف من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما)، وتنص المادة (243) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه (1- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبطله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر، ما لم ينص القانون على غير ذلك، 2-أما حقوق العقد (التزاماته) فيجب على كل من المتعاقدين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما).

(4) د. عبد الحكيم فودة، المصدر السابق، ص 120.

جوهرًا وذاتية خاصة تميزه من غيره من العقود، فعقد المعاوضة يقوم على أن كلاً من طرفيه يأخذ مقابلًا لما يعطي، فهذه الصفة ((المبادلة بين العوضين)) تمثل إحدى أخص خصائص عقد المعاوضة وتميزه من عقد التبرع الذي يكون أحد طرفيه معطياً بينما يكون الآخر مستفيداً⁽¹⁾.

فحكم العقد يتجسد بالأثر الأصلي له، فعقد البيع أثره الأصلي نقل الملكية، وعقد الإجارة أثره الأصلي نقل ملكية المنفعة وعقد النقل أثره الأصلي نقل شخص أو شيء من مكان لآخر، وهكذا بالنسبة لبقية العقود⁽²⁾. أما حقوق العقد فهي الالتزامات التبعية التي تؤكد الأثر الأصلي للعقد أو تحفظه أو تكمله فهي تلازم العقد وتترتب عليه ولو لم يتفق عليها لأن جوهر العقد وأثره الأصلي لا يتحقق بدونها⁽³⁾، ومن هنا فإن مستلزمات العقد تساوي حقوق العقد، وهي تعني مجموعة الالتزامات التبعية التي تلازم العقد وتترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحاً وبصرف النظر عن اتجاه إرادة المتعاقدين إليها، لأن الأثر الأصلي للعقد لا يتحقق بدونها ذلك أنها تضطلع بثلاث وظائف فهي أما أن تؤكد حكم العقد، أو تكمله أو تحفظه، والمعنى السابق يمكن أن نلاحظه في أحد قرارات القضاء المصري التي حاولت أن ترسم الخط الفاصل بين الالتزام الأصلي والالتزام التبعية (حكم العقد وحقوق العقد) وجاء فيه ((ويقصد بالالتزام الأصلي ذلك الالتزام الذي يحدد طبيعة العقود ويكون من

(1) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص70.

(2) د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون التعاملات المدنية الإماراتي، بدون مكان نشر، 1997، ص192.

(3) د. عبد القادر الغار، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة، عمان، بدون سنة نشر، ص125.

مستلزماته التي لا غنى لتكوين العقد عن وجوده، والصفة الجوهرية لهذه الالتزامات الأصلية أنها تكون بالنسبة لبعضها المقابل القانوني، بمعنى أنها تكون سبباً لما يقابلها من التزام، أما الالتزامات التبعية فهي كل التزام غير أصلي والعنصر الأساسي الذي تمتاز به هي أنها ترمي إلى تحقيق الغرض العملي الذي يقصده المتعاقدان وتتطلبه طبيعة العقد، بمعنى أن هذه الالتزامات ترمي إلى أن توفر للعقد جميع آثاره النافعة وتجعله ملائماً للظروف⁽¹⁾.

وعليه فإن مستلزمات العقد يمكن أن تنصرف إلى الأثر الأصلي للعقد (حكم العقد) لأن القاضي حينما يبدأ بإكمال نطاق العقد فإنه يكون أزاء عقد صحيح ولا يتم العقد ولا يكتمل نشؤه إلا باتفاق المتعاقدين (على الأقل) على مسائل العقد والتي يدخل فيها حكم العقد أي أثره الأصلي.

فالقاضي إذا ما حدد الأثر الأصلي للعقد، انتقل إلى تحديد الالتزامات التبعية التي تؤكد هذا الأثر الأصلي أو تكمله أو تحفظه فيقوم بإضافتها إلى نطاق العقد إذا لم يشر لها المتعاقدان⁽²⁾.

لم يترك المشرع العراقي لاجتهاد القاضي مطلق الحرية في تحديد ما يعد من مستلزمات العقد، بل قيده بمجموعة من المحددات التي عليه أن يستعين بها لتحديد الالتزامات التي تدخل ضمن دائرة مستلزمات العقد⁽³⁾.

(1) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية، في 26/ حزيران/ 1954، مجلة المحاماة المصرية، ع 1 س 35، ص 152.

(2) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 72.

(3) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 72.

وبالرجوع إلى نص المادتين (150 ف2 و 86 ف2)⁽¹⁾ من القانون المدني العراقي يظهر لنا أن المشرع العراقي قد ربط بين مستلزمات العقد وطبيعة الالتزام واشترط في المحددات التي ذكرها من مثل القانون والعرف والعدالة أن تكون متوائمة مع طبيعة الالتزام الأصلي للعقد، لذا فإن القاضي حينما يقوم بإكمال نطاق العقد فعليه أن يظل في دائرة طبيعة الالتزام ولا يخرج عنها، وإلا فإن اجتهاده يكون عرضة للخطأ ومن ثم النقض من قبل محكمة التمييز أو النقض⁽²⁾.

ومن هنا فإن ما يقرره القانون أو العرف أو ما ترشد له العدالة من التزامات تبعية يعدها القاضي من مستلزمات العقد يضيفها إلى مضمون

(1) انظر ما نص عليه (م 150/ف2) من القانون المدني العراقي ((ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام))، وتنص (م 3/86) من القانون المدني العراقي على أنه ((وإذا أتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيه طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة)).

(2) وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف باريس الذي فرض التزاماً بالإعلام على أحد المصارف لأن (المصرف إذا كان يضطلع بحسب العرف بالالتزامات التابعة للعقد والملازمة لحيازة هذه السندات والحقوق المرتبطة بها وردها فإن العرف أو الإنصاف أو القانون لا تلزم المصرف بإعلام المودع بالحدث الذي يصيب حياة الشركة مصدرة هذه السندات)، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في 9/2/1990، النشرة المدنية 71، قم 2، ص 2، أشار إليها جاك غستان، مفاعيل العقد أو آثاره، المصدر السابق، ص 87، حاشية رقم 4.

الأخير لكي يستكمل بها نطاقه ولا بد أن تكون متناسبة مع الغرض الأصلي للعقد، لأن مستلزمات العقد ما هي إلا التزامات ثانوية تؤكد أو تكمل أو تحفظ حكم العقد، ولا بد أن يكون هناك تعارض بينها وبين حكم العقد⁽¹⁾، وأياً ما كان الأمر فإن المحددات التي يستعين بها القاضي لتحديد مستلزمات العقد هي⁽²⁾:

أولاً- القانون: حيث يساهم المشرع في إكمال التنظيم الإرادي للعقد بما يضعه من قواعد قانونية سواء كانت أمرة أو مفسرة تنظم الجوانب المختلفة وتسد النقص الذي قد يشوب التنظيم الذي يتفق عليه المتعاقدان والمثل على القواعد المكملة ما نص عليه المشرع بشأن مكان وزمان تسليم المبيع⁽³⁾، ومكان الوفاء بالثمن وزمانه⁽⁴⁾.

(1) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 74.

(2) قضت محكمة النقض المصرية بما نصه ((تحديد نطاق العقد -على ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة (148) من القانون المدني منوطاً بما اتجهت إليه إرادة تعاقدية وما يعتبر من مستلزماته وفقاً للقوانين المكملة والمفسرة والعرف والعدالة بحسب الالتزام)، طعن رقم 845 لسنة 49 جلسة 1983/4/12 س 34، ص 948.

(3) وقضت محكمة التمييز في هذا المعنى بما نصه ((أن العقد الذي يستند إليه المدعي لم يعين محل التسليم فكان على المحكمة أن تجنح إلى تطبيق أحكام المادة 541/1 من ق المدني إذ أن مطلق العقد يقضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد وإذا لم يتعين محل وجوده اعتبر مكانه محل إقامة البائع.)).

قرار رقم 918/مدنية ثلاثة 1975 في 1976/4/3، مجموعة الأحكام العدلية ع 1 س 7 1976، ص 21.

(4) تنص المادة 573 ق. م العراقي على أنه ((إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أدائه في المكان المشروط أدائه فيه، فإذا لم يعين المكان وجب أدائه في المكان =

ثانياً- العرف: الذي يضطلع بدورين أساسيين في نطاق القانون المدني: فقد يكون له دوراً أصلياً من خلال سد النقص في التشريع⁽¹⁾، وإن دور القاضي في المسائل التفصيلية المتروكة في العقد بأن يفسر إرادة المتعاقدين إذا كانا قد توقعوا المسألة المتروكة وبأنه يكمل نطاق العقد إذا كانا لم يتوقعا هذه المسألة وبأنه يضع أو ينظم بنفسه المسألة المتروكة إذا كان المتعاقدان قد توقعها وتركاها لاتفاقهما اللاحق الذي لم يتم بينهما، وفي الحالة الأولى فإن القاضي يكشف عن إرادة حقيقية للمتعاقدين وفي الحالة الثانية فإنه يكمل العقد بإرادة مفترضة للمتعاقدين من قبل المشرع وفي الحالة الثالثة فإنه لا توجد إرادة حقيقية ولا إرادة مفترضة للمتعاقدين بل إن إرادة المشرع وإرادة القاضي هي التي تحل محل إرادة المتعاقدين⁽²⁾.

ويفهم من نص المادة (150) من القانون المدني العراقي أنه يكفي لتمام التعاقد الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد ولو لم يتعرض الطرفان

= الذي يسلم فيه المبيع وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك))، ونصت المادة (2/575) من ق.م. العراقي على أنه ((ويجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً في بيع سلعة بنقد أن أحضر البائع السلعة أما إذا بيعت سلعة بمثلها فيسلم المبيع والثمن معاً)).

(1) نصت المادة (1/ف2) من القانون المدني العراقي على أنه ((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكنه من تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف))، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في حكم لها رقم 2332 1956 في 1957/2/3 بما نصه ((يكون للعرف قوة القانون إذا لم يوجد نص تشريعي))، مجلة القضاء العراقية، العدد 3، سنة 50 عام 1957، ص406.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص117.

المتعاقدان للمسائل التفصيلية وعليه فالقاعدة في هذا الشأن تتمثل بامتداد العقد في آثاره ليلزم المتعاقدان بآثار لم يرد ذكرها في العقد ولكن تعد من مستلزماته فالمتعاقد لا يلزم بما جاء في العقد من بنود وشروط صريحة، وإنما يلزم فوق ذلك بما لم يرد في العقد ولكن يعد من مستلزماته، ويتم تحديد مستلزمات عقد من العقود وفقاً للمصادر القانونية المختلفة الأصلية منها والاحتياطية⁽¹⁾، فتحديد مضمون العقد مهمة تثقل من كاهل القاضي بأعباء تتمثل بإضافة التزامات أخرى إلى العقد مصدرها القواعد المكملة تشريعية كانت أو عرفية فإذا لم يوجد فما تقضي به العدالة وحسب طبيعة الالتزام⁽²⁾.

-
- (1) د. مصطفى الجمال، المصدر السابق، ص 217، وكذلك انظر د. رمضان أبو السعود، دروس في مبادئ الالتزام، ط 1، بلا مكان نشر، 1977، ص 205.
- (2) د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ج 1، بلا مكان نشر وسنة طبع، ص 172-173.

المطلب الثاني

التكميل حسب طبيعة العقد أو الالتزام

لقد جاء في المادة (2/86) من القانون المدني العراقي بأنه ((... إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة))⁽¹⁾، إن الشرط الثاني من هذا النص فإنه يعطي لقاضي الموضوع سلطة إكمال هذا النقص حسب المعايير أو الضوابط التي وضعها المشرع وهي أحكام القانون والعرف والعدالة التي تلائم طبيعة العقد أو الالتزام⁽²⁾، إن نص المادة (150) من القانون المدني العراقي يشير إلى أنه ((1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة متفق مع ما يوجبه حسن النية، 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام⁽³⁾، إن الفقرة الأولى من هذا النص تلقي بواجب مشترك على كلا طرفي العقد⁽⁴⁾، فعلى المدين أن ينفذ التزاماته التي تم الاتفاق عليها بأمانة

(1) هذا النص يقابل نص المادة (95) من القانون المدني المصري والشبه بين النصين يكاد يكون حرفياً.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 107.

(3) انظر نص المادة (150) ق.م. العراقي.

(4) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 108.

واستقامة وبما يؤهله للثقة التي أودعها فيه الطرف الآخر وأن يبتعد عن كل ما يضر بالدائن حتى لا يفوت عليه المنفعة التي من أجلها أقدم على إبرام العقد، وعلى الدائن ألا يكون متعنناً عند مطالبته المدين بتنفيذ التزاماته بحيث يجب ألا يطالبه بأكثر مما تم الاتفاق عليه فعلاً وبما يتفق مع ما يقتضيه شرف التعامل، كما يجب عليه الابتعاد عن إرهاب المدين عند تنفيذ التزامه⁽¹⁾.

أما الفقرة الثانية من المادة (150) من ق. م العراقي فإنها تحدد نطاق العقد وترى أن هذا الاتفاق لا يتحدد فقط بالأشياء التي ورد ذكرها في العقد، بل أنه يشتمل تلك الأشياء التي لم تذكر والتي تعد من مستلزمات تنفيذ الالتزام على الوجه الصحيح⁽²⁾، ولقد وضع المشرع معايير وضوابط لتحديد هذه المستلزمات وهي المستلزمات التي يحددها القانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الالتزام أو العقد، وهي نفس الضوابط التي أشار إليها المشرع في الشطر الثاني من المادة (2/86) الذي سبق الإشارة إليه مما يعني أن النصين من طبيعة واحدة⁽³⁾، وبهذا يكون تكميل العقد واحداً في الحالتين سواء كانت المسائل التفصيلية متوقعة من المتعاقدين أو غير متوقعة⁽⁴⁾، وإن الأحكام المكملة أياً كان مصدرها تضاف إلى التعبير عن الإرادة لاستكمال ما

(1) انظر د. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، المصدر السابق، ص 125.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 109.

(3) د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، القاهرة، 1955، ص 344 وما بعدها.

(4) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 109.

كان يجب على المتعاقدين أن ينطقوا به وذلك لتحديد النطاق الكامل للعقد، ولا يستبعد من هذه الأحكام إلا ما استبعده المتعاقدان عند تنظيم العقد بالنص على ما يخالفها، وبهذا يتحدد نطاق العقد بالأحكام التي وضعها المتعاقدان نفسها وبذلك الأحكام الموضوعية التي كان يجب على المتعاقدان وضعها⁽¹⁾، والأحكام الأخيرة يقوم القاضي بتحديدتها حسب طبيعة العقد موضوع النزاع وإذا تحدد نطاق العقد فإن تنفيذه أمراً ميسوراً أما المتعاقدين⁽²⁾.

فالقاضي حينما يكمل نطاق العقد لا يبحث فيما يريده المتعاقدان لو أنهم واجهوا المسألة المتروكة حتى ينشغل بالبحث عن إرادتهما المشتركة، وإنما سيسد النقص في مضمون العقد اعتماداً على طبيعة الالتزام بحسب ما ترشد إليه موجّهات موضوعية هي القانون والعرف والعدالة، وبهذه العملية فإن القاضي يعد عمله من المسائل القانونية التي يخضع فيها إلى رقابة محكمة التمييز⁽³⁾، وإضافة القاضي للالتزامات التي تقتضيها طبيعة العقد الذي يشوب مضمونه النقص إنما يستند إلى القانون والعرف والعدالة، كما أن طبيعة العقد وماهيته والظروف المصاحبة لإبرامه تساهم إلى حد كبير في تعيين المسائل

(1) ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري، أن هذه الأحكام تعد جزءاً من العقد، وهذا ما يعلل أن ليس لها أثر رجعي ينسحب على العقود التي أبرمت قبل صدورها، لأن هذه العقود وجدت في وقت كانت أحكام أخرى تكمل فيه إرادة المتعاقدين، وكانت هذه الأحكام جزءاً من العقد، فلا يجوز أن ينسخ جزء من العقد بقوانين لاحقة، المصدر السابق، ص 405 وص 620.

(2) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 113.

(3) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر الأول، ص 22.

الجوهريّة والمسائل الثاڤوية⁽¹⁾، وبالعودة إلى قراءة متمعنة لنص م(2/86) و م(2/150) ق.م العراقي يتبين لنا أن المشرع قد ربط مستلزمات العقد وطبيعة الالتزام واشترط في المحددات التي ذكرها من مثل القانون والعرف والعدالة أن تكون متوائمة مع طبيعة الالتزام الأصلي للعقد، لذا فإن القاضي حينما يقوم بإكمال نطاق العقد فعليه أن يظل في دائرة طبيعية الالتزام ولا يخرج عنها وإلا فإن اجتهاده يكون عرضة للخطأ ومن ثم للنقض.

(1) طعن تميزي رقم 880 السنة 49 في جلسة 1983/3/29، مجلة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية س34/1983، ص851 التي قد استعانت محكمة النقض المصرية بظروف التعاقد وملابساته للتمييز بين المسائل الجوهريّة والمسائل الثاڤوية فقضت بتمام انعقاد العقد بعد أن ثبت لها ((أن الطرفين قد اتفقا على أن يقوم الطرف الأول بتوزيع الأفلام موضوع العقد سينمائياً داخل مصر وخارجها، وتلفزيونياً خارجها، ويتم ذلك بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها بين الطرفين))، فقد دل ذلك على انعقاد العقد وتماحه فعلاً بين الطرفين وعلى إسناد عملية التوزيع للطاعن، وذلك دون توقف على حصول اتفاق آخر بشأن الطريقة التي تم بها التوزيع إذ أن هذا الأمر لا يعدو بسبب ظروف التعاقد وملابساته، أن يكون من قبيل المسائل التفصيلية التي تتصل بتنفيذ العقد والتي احتفظ الطرفان ببحثها في حينه، حتى إذا ما اتفقا بشأنها جرى التنفيذ والأمر فطعن ما اختلف فيه إلى المكملة الممنوحة. وإلا رفع ما اختلف فيه إلى المحكمة المختصة.

المبحث الثاني

الأدوار التي يقوم بها القاضي في تكميل العقد

لقد قطع القضاء شوطاً بعيداً في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطان التقدير ما ييسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف، فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطويراً مستمراً ويواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال⁽¹⁾، كما يترتب على منح القاضي سلطة إكمال نطاق العقد الذي يشوبه النقص في الصورتين اللتين أشارت لهما المادة (2/86) والمادة (2/150) من القانون المدني العراقي العديد من الآثار لعل من أبرزها أن هذه العملية سيتولد منها إضافة التزامات جديدة إلى مضمون العقد، وهذا ما يجعل إرادة أخرى إلى جانب إرادة المتعاقدين تساهم في تحديد ما نتيجة العقد من التزامات، كما أن سلطة إكمال العقد جعلت القاضي يساهم في تعزيز محتوى العقد بالتزامات جديدة تثري مضمونه لتحقيق مصالح معينة يراها أولى بالرعاية أو لحماية فئات معينة في المجتمع تحتاج إلى الحماية⁽²⁾، وسنتناول هذا الموضوع في مطلبين، الأول لتوضيح دور القاضي الكاشف والمطلب الثاني الدور المنشئ للقاضي.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص 104.

(2) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 57.

المطلب الأول

الدور الكاشف

لقد نشب خلاف في الفقه بشأن مصدر الالتزامات التي يضيفها القاضي إلى مضمون العقد حينما يقوم بإكمال نطاقه، فرأى البعض من الفقه أن هذه الالتزامات هي امتداد لإرادة المتعاقدين يكشف عنها القاضي بالوسائل المقررة قانوناً بينما نفى البعض الآخر من الفقه أي صلة بين الإرادة وهذه الالتزامات ورأى أنها تتبع من المعايير الموضوعية التي أحال المشرع القاضي إليها في حالة قصور العقد عن تنظيم مسائل تعد من مستلزماته⁽¹⁾، وعليه فإن القاضي يستند في هذه العملية القانونية إلى إرادة المتعاقدين لأن العقد تصرف قانوني إرادي، ومن المفروض أن تهيمن الإرادة على تنظيم كافة مسائله سواء كانت متعلقة بإنشائه أو ترتيب أثاره ولا يمكن لإرادة خارجة عن إرادة المتعاقدين أن تنظم أي جانب من جوانب العلاقة العقدية بين الطرفين، لكن السؤال المهم هو كيف يكشف القاضي عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين؟، ولكن هنا تباينت آراء أنصار هذه الوجهة في الإجابة، فيرى البعض منهم أن القاضي يستعين بالوسائل التي حددها له المشرع فطبيعة المعاملة وطبيعة الالتزام توجب مستلزمات للعقد يجب إعمالها والقاضي إذ يحدد هذه المستلزمات يقوم بتحليل العقد الذي أنشأه الطرفان ليصل في الأخير إلى استخلاص مضمون إرادتهما⁽²⁾.

(1) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 59.

(2) د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة، المصدر السابق، ص 348.

وهنا فإن الوسائل المتقدمة لا تعدو أن تكون ظروفاً خارجية تساهم في الكشف عن الإرادة المشتركة وتمكن القاضي من تحديد مضمون التزام المدين، فهي جزء من التعبير الثانوي الذي يفصح عن الإرادة الملزمة فالقاضي عندما يستعين بهذه الظروف الخارجية لا يكمل الإرادة بل يكمل التعبير الرئيسي الذي يتضمن سوى المسائل الجوهرية، ولهذا يلتجئ القاضي من أجل تنظيم المسائل التفصيلية التي لم ينظمها هذا التعبير إلى الإرادة الباطنة للمتعاقدين التي تكشف عنها مختلف الظروف الخارجية⁽¹⁾، بالوقت الذي يرى رأي آخر أن القاضي يكشف عن إرادة المتعاقدين بواسطة النصوص القانونية المفسرة، فهو يبحث أولاً عن الإرادة الصريحة فإذا لم يجدها التجأ إلى الإرادة الضمنية، ولاستجلاء هذه الإرادة الأخيرة يلتجئ القاضي إلى العادات وطبيعة العقد، فإذا لم يجد هذا البحث نفعاً فإنه يلجأ إلى الإرادة المفترضة، وتبدو هذه الإرادة في مجموعة القواعد المفسرة، فالقاضي عندما يجعل هدفه تنفيذ العقد بحسن نية لا يعمل فقط على استجلاء نية الطرفين الفعلية بل يعمل على تكملتها أخذاً بما تقضي به أحكام العرف والذمة والأمانة في المعاملات فالمفروض أن المتعاقدين قد قصداً ذلك، وإن لم يعبرا عن الحكم الذي أخذ به القاضي⁽²⁾.

إن الإرادة المشتركة لا بد أن تستند إلى المتعاقدين والتي يتم الكشف عنها بطرق متعددة: من مثل المسلك السابق لهما في معاملات سابقة أو من خلال الظروف التي أحاطت بإبرام العقد أو من خلال البحث فيما إذا كانت المسألة

(1) د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة، المصدر السابق، ص 249.

(2) د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، المصدر السابق، ص 274.

محل النقاش لم يكن ليبرم العقد إلا إذا تم الاتفاق بشأنها⁽¹⁾، ومع ذلك فإن القاضي يستطيع أن يحدد المسائل الجوهرية من خلال ما تبينه القواعد القانونية العامة وبالنظر للهدف الاقتصادي الذي قصد المتعاقدان تحقيقه من وراء إبرام العقد، وذلك بتحديد الالتزامات لتحقيق هذا الهدف، وعندئذ تكون هذه الأخيرة مسائل العقد الجوهرية⁽²⁾، فإذا كانت المسائل المختلف عليها جوهرية فعندئذ لا يوجد مبرر لتدخل القاضي إذ العقد لم ينعقد بعد والطرفان ما زالوا في مرحلة التفاوض، أما إذا كانت المسائل المتروكة ثانوية فحينئذ يشرع القاضي بتنظيمها⁽³⁾.

وعليه فالقاضي عندما يكمل نطاق العقد بتنظيم المسائل التفصيلية وفقاً لحكم المادة 2/86 مدني عراقي، فإنه لا يساهم في تكوين العقد وإنما يساهم في تحديد نطاق العقد وما ينتج من التزامات تحكم المسائل التفصيلية التي

(1) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المصدر السابق، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2002، ص 24.

(2) Schmidt (J) Negotiation et conclusions descontrats 1982. P. 53 وقد أشار إليه د. صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، 2001.

(3) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية، المصدر السابق، ص 27، وقضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى ما نصه (أن الحكم المطعون فيه، إذا اعتبر الاتفاق بين الطرفين على الأرض المباعة والتمن، مع إرجاء تحديد عقد البيع النهائي إلى أن تقوم به الإدارة القانونية للجنة الإصلاح الزراعي بالشروط التي يراها فيه، أنه لا يعدو أن يكون مشروعاً لعقد بيع دون أن يبحث فيما إذا كانت الشروط المرجاة جوهرية أم ثانوية، فإنه يكون متسماً بالقصور مما يتعين نقضه)، طعن رقم 352 سنة 39 في جلسة 1975/1/16، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية، س 26، ص 183.

ترك المتعاقدان تنظيمها، فإرادة القاضي تتدخل إلى جانب إرادة المتعاقدين في تنظيم بعض مسائل العقد بعد أن يكون الأخير قد أكتمل نشوؤه باتفاق المتعاقدين على المسائل ذات الصفة الجوهرية⁽¹⁾، فالالتزامات التي يضيفها القاضي باكتشافه لها تعد من الالتزامات التبعية التي تضاف إلى المسائل الجوهرية التي انعقد العقد بها⁽²⁾.

ويتحدد دور القاضي في المسألة التفصيلية المتروكة في العقد بأنه يفسر إرادة المتعاقدين إذا كانا توقعوا المسألة المتروكة، فالقاضي يكمل نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا هذه المسألة وبأنه يضع أو ينظم بنفسه المسألة المتروكة إذا كان المتعاقدان قد توقعها وتركاها لاتفاقهما اللاحق الذي لم يتم بينهما، وفي الحالة الأولى فإن القاضي يكشف عن إرادة حقيقية للمتعاقدين وفي الحالة الثانية فإنه يكمل العقد بإرادة مفترضة للمتعاقدين من قبل المشرع⁽³⁾، والقوانين التكميلية والمفسرة تعين القاضي إلى حد كبير على استكمال نطاق العقد، وذلك أنه يصعب في كثير من الأحوال أن ينظم المتعاقدان العلاقة فيما بينهما في جميع تفصيلاتها فهما في الغالب يتركان

(1) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 45-46.

(2) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص 347، وقد قضت محكمة النقض المصرية بما نصه: ((مفاد النص في الفقرة الثانية من المادة (148) من القانون المدني المصري على أن لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام))، إن الالتزام التعاقدية قد يتسع ليشمل ما لم يتفق عليه صراحة مما تقتضيه طبيعته،، طعن رقم 457 سنة 34 ق، في 16/6/1969 س 20، ص 111، أشار إليه د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 49.

(3) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 117.

بعض التفصيلات أما لأنها لم يتوقعاها، وأما اعتماداً على أحكام القانون، وهنا تأتي الأحكام المفسرة تكمل العقد مثل أن يتعاقد شخصان على بيع فيعينا المبيع والثلث وقد يغفلان بعض التفصيلات كتعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثلث ومكانه وما إلى ذلك، كل هذه التفصيلات بين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع وجعل هذه الأحكام أحكاماً تكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها، وأحكاماً تفسيرية تكشف عن إرادة المتعاقدين⁽¹⁾، ولما كانت هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تنفيذها⁽²⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص 692-693.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص 693.

المطلب الثاني

الدور المنشئ

تمهيد:

إذا كان القاضي قد تمتع في بداية لجوء الأفراد إليه لحل المنازعات في العصور الأولى بقدر من الحرية في الحكم، فإن الأمر لم يدم هكذا بعد أن أصبح عمله يتمثل في تطبيق ما يضعه المشرعون من قوانين، سواء في نطاق التشريع الإلهي أو الوضعي⁽¹⁾، فالقاضي ينهض بأعباء أهم وأعقد مشكلة لازمت وما زالت تلازم المجتمع البشري، تلك هي ضمان تحقيق العدل في المجتمع بإيصال الحقوق إلى أصحابها وضمن تمتعهم بمزاياها وذلك في إطار المصلحة الاجتماعية للحق⁽²⁾، وليس ثمة ما هو أدل على أهمية وصعوبة القضاء من ما جاء في الحديث الشريف للرسول (صلى الله عليه وسلم) إذ قال: ((اليأتين على القاضي يوم القيامة ساعة يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في تمره قط))⁽³⁾، فغاية القانون ليست فقط حفظ المجتمع والخير العام كما يقول (الفقيه الألماني أنرنج Inering)، بل هي تحقيق العدل والخير العام⁽⁴⁾.

(1) د. محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، سنة 1985، ص2.

(2) د. آدم وهيب النداوي، القضاء العادل العاجل، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العددان الأول والثاني، سنة 1985، ص125.

(3) انظر ابن تيمية، المنتقى في أخبار المصطفى (صلى الله عليه وسلم) ط1، مطبعة حجازي، القاهرة، 1932، ج2، ص932.

(4) د. سليمان مرقس، محاضرات في فلسفة القانون، محاضرات أقيمت على طلبه قسم الماجستير في كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1969، ص199.

إن القاعدة القانونية في التاريخ هي من إنشاء القاضي وهو الكاهن ليس استناداً إلى صفة منشئها أن هذا كان قاضياً ومشرعاً وكاهناً، وإنما استناداً إلى أنها لا بد وأن تكون قد صدرت عند عرض أول نزاع في التاريخ على القاضي إذ لا يعقل منطقياً أن تكون هناك في تلك الفترة قواعد قد شرعت مقدماً وقبل حدوث أي نزاع كما أن العرف لم يكن قد تكون بعد⁽¹⁾. ويذهب الفقيه النمساوي كلسن (Kelsen) إلى أن التسليم بوجود نقص في التشريع هو في حقيقته اعتراف بأن القاضي له سلطة تقديرية في إنشاء القاعدة القانونية الفردية (خاصة بنزاع معين)⁽²⁾، ومن المستحيل إحاطة التشريع بكل شيء، وعندما لا يستطيع المشرع مهما أدى من بصيرة وحنق أن يتوقع كل الاحتمالات، وحيث أن القواعد القانونية مهما حسنت صياغتها هي دائماً قواعد تحكم أحوال معيارية عامة، فلا بد للقاضي أن يجتهد ويبدع للوصول إلى الحكم العادل⁽³⁾، وهناك تقدير عام بأن القاضي هو وحده الكفيل بتولي هذه المهمة أي سد النقص في التشريع مما يعني أن القاضي سيتولى تطويره وإكماله⁽⁴⁾.

(1) د. محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص 13.

(2) Hane Kelsen, pure theory of law translated from the second German edition by max knight university of California press Los Angels. U.S.A 1978 P. 244

نقلاً عن د. محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص 51.

(3) د. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، قسم البحوث والدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984، ص 73.

(4) س. ف. كانا ريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني، مجلة القضاء، بغداد، العدد الأول، سنة 1973، ص 75.

فيحدث أن تجابه التشريع حوادث جديدة تطرح أمام القاضي ويلزم بإصدار قرار فيها يظهر من اللزوم إيجاد دور النشائي للقاضي بغية الوصول إلى حل لما يطرح عليه من منازعات دون السماح له بالاحتجاج بنقص التشريع⁽¹⁾.

إن القواعد التي تترك للقاضي سلطة تقديرية في اللجوء إلى العرف ومبادئ العدالة مثلاً لتكملة أمور ومسائل لم تذكرها التشريعات تفصيلاتها وإنما اكتفت بذكر بعض الأمور الرئيسية منها ومنها ما جاء بالفقرة (2) من المادة (150) من القانون المدني العراقي التي تنص ((ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام))⁽²⁾، فكل عقد تكملة أحكام القواعد المكملة في القانون الذي أبرم هذا العقد تحت سلطانه، فإذا تغيرت أحكام هذه القواعد في قانون لاحق فإن أحكام هذا القانون لا تسري على العقود التي أبرمت تحت سلطان القانون السابق⁽³⁾،

وحيث أن العرف يضطلع بدورين أساسيين في نطاق القانون المدني فقد يكون له دوراً أصلياً من خلال سد النقص في التشريع⁽⁴⁾، والقواعد التي ينشئها العرف كغيرها من القواعد القانونية، قد تكون أمرة مثل القاعدة العرفية المقررة للحقوق الثابتة للأجانب في مصر قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية⁽⁵⁾.

(1) د. حسن الطريفي، مدى حرية القاضي أزاء القانون، مجلة القضاء، بغداد، العدد 2، 3/ شباط/ 953، ص 6-8.

(2) د. محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص 70.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، - المصدر السابق، ص 839.

(4) انظر المادة 1/ ف من القانون المدني العراقي.

(5) د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، ط 1، القاهرة، 1965، ص 130.

لذلك فالعقد السليم ليس هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزام فحسب، وإنما هو الذي تتساوى فيه منافع الطرفين، ذلك أن العقد أضحي وظيفة اجتماعية لا يقتصر أثره على المتعاقدين، بل يترد أثره على المجموع فكان من حق الدولة أن تراقبه وأن تشرف عليه، وقد أصبح القاضي بهذه السلطة يمارس عملاً قريباً من عمل المشرع لأنه يستطيع بذاته أن يعيد تنظيم العلاقات التعاقدية بين الناس على أساس من العدل والمساواة بما يملك من حق على العقد⁽¹⁾.

(1) د. عبد السلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقد، المصدر السابق، ص 16.

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على دور القاضي في تكميل العقد

تعتبر محكمة التمييز الهيئة القضائية التي لها سلطة ممارسة الرقابة القضائية على جميع المحاكم إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، فإن محكمة التمييز يفترض في أن قراراتها تحتمل أعلى نسبة في الصواب في فهم وتطبيق القانون⁽¹⁾، ومن الناحية العملية فإن ما تقرره محكمة التمييز من قواعد تنزل عند المتقاضين، ولدى المحاكم الأخرى منزلة القانون في الاعتبار، فنتبعه كافة المحاكم وتسعى إلى أن تأتي أحكامها مطابقة لما استقرت عليه هذه المحكمة حتى لا تتعرض أحكامها للنقض⁽²⁾، والواقع أن أحكام محكمة التمييز ذات قيمة عملية كبيرة لأنها الملاذ النهائي لاحترام القانون وهي التي تشرف على صحة تطبيق القانون لضمان سير العدالة وتوحيد القواعد القانونية⁽³⁾.

لذلك فإن الرقابة القضائية في محكمة النقض على قاضي الموضوع في تكميله للعقد، فتتوقف معرفة مداها على تحديد نوع الحكم الذي ينتهي به التكميل، إن القاضي إذ يقوم بتكميل العقد لا يبحث عن النية الحقيقية

-
- (1) د. محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، بغداد، 1985، ص 48.
 - (2) د. أحمد جلال الدين الهلالي، قضاء التمييز نشأته وتطوره، مجلة القضاء والقانون، الكويت، السنة 5، العدد 2، بدون تاريخ صدور، ص 14.
 - (3) الأستاذ ضياء شنتيت خطاب، مصادر القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، بغداد، العدد 2، 1956، ص 202.

للمتعاقدين، فالتكميل يفترض عدم وجود الإرادة أي أنه يفترض نقصاً في تنظيم العقد وأن القاضي يقوم بسد هذا النقص نزولاً على حكم الشارع لا على إرادة المتعاقدين، لذلك كان حكم القاضي في هذه محققاً لإرادة الشارع لا لإرادة المتعاقدين، ومن ثم كان حكمه في هذا الصدد متعلقاً بالقانون وكان بالتالي خاضعاً لرقابة محكمة النقض، مع هذه الملاحظة وهي أن وسائل تكميل العقد هي الرجوع إلى أحكام القانون وإلى العرف وإلى العدالة، ولا مرأى في أن حكم القاضي فيما يتعلق بالعدالة فيكون حكم قاضي الموضوع فيه خارجاً عن رقابة محكمة النقض⁽¹⁾، إن قيام القاضي باستكمال العقد يعد من المسائل القانونية التي يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز بينما سلطته في تفسير العقد تعد من مسائل الواقع التي لا رقابة لمحكمة التمييز عليها⁽²⁾.

(1) د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ج1، المصدر السابق، ص187.

(2) قرار محكمة التمييز 317، حقوقية، 1965، في 1965/6/24، والتي أشار إليها د. عبد الرزاق عبد الوهاب، رقابة محكمة التمييز على تفسير العقود، بحث منشور في مجلة العدالة السنة 2، العدد 2 سنة 1976، ص356، حيث جاء في نص المادة (203) من قانون المرافعات المدنية التي عدت حالات الطعن بالتمييز وجاء في الفقرة الخامسة منها ما نصه ((إذا وقع في الحكم خطأ جوهري ويعتبر الخطأ جوهرياً إذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع... الخ))، وقد قضت محكمة التمييز في العراق ما نصه ((... أن من المسائل المقررة أن لمحكمة الموضوع السلطة العامة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أو في مقصود المتعاقدين ستعيه في ذلك بظروف الدعوى وملابساتها شرط أن تبين في حكمها كيف أفادت تلك الشروط المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه مقصود العاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان أنها أخذت في تفسيرها باعتبارات معقولة يصبح عقداً استخلاص ما استخلصه منها وما دامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذت به)).

وعند قراءة نص المادة (2/86) والمادة (2/150) من القانون المدني العراقي يتبين لنا أن المشرع العراقي قد ربط بين مستلزمات العقد وطبيعة الالتزام، واشترط في المحددات التي ذكرها من مثل القانون والعرف والعدالة، أن تكون متوائمة مع طبيعة الالتزام الأصلي للعقد، لذا فإن القاضي حينما يقوم بتكميل العقد عليه أن يظل في دائرة طبيعة الالتزام ولا يخرج عنها وإلا فإن اجتهاده يكون عرضة للخطأ ومن ثم النقض من قبل محكمة التمييز أو النقض⁽¹⁾.

وقد سار القضاء المصري على خطى القضاء الفرنسي إذ قضى بأن: ((... وعند انعدام النص الصريح في عقد النقل على ضمان الناقل للراكب الذي يتعهد بنقله يعتبر الناقل مسؤولاً مسؤولية تعاقدية على أساس اشتغال هذا العقد على التزام ضمني من جانبه بإيصال المسافر سالماً إلى الجهة التي يتعهد بنقله إليها⁽²⁾، وقد اخذ المشرع العراقي بهذا الالتزام إذ نصت المادة

(1) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف باريس الذي فرض التزاماً بالإعلام على أحد المصارف لأن ((المصرف إذا كان يضطلع بحسب العرف بالالتزامات التابعة للعقد والملازمة لحيازة هذه السندات والحقوق المرتبطة بها وردها، فإن العرف والإنصاف أو القانون لا تلزم المصرف بإعلام المودع بالحدث الذي يصيب حياة الشركة مصدرة هذه السندات)) - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في 9/كانون ثاني/ 1990، النشرة المدنية 71 رقم 2 ص 2، وقد أشار إليها الاستاذ جاك غستان، مفاعيل وأثار المطول في القانون المدني، المصدر السابق، ترجمة منصور القاضي ومراجعة د. فيصل كلثوم، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، سنة 2001.

(2) حكم محكمة استئناف الاسكندرية، في 5/2/ 1950، المحاماة المصرية، س30، ع2، ص501.

(10) من قانون النقل رقم 80 لسنة 1983 على أنه ((أولاً يسأل الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل ويبطل كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من هذه المسؤولية))⁽¹⁾، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية إدارة المدرسة عن إصابة تلميذ في الحادية عشرة نتيجة لاصطدامه بسيارة في الشارع بعد خروجه من المدرسة، حيث تلتزم المدرسة بملاحظة التلميذ ومنعه من الخروج من المدرسة بمفرده⁽²⁾.

إن المادة (221) موجبات وعقود لبناني، والمادة (1134) من القانون المدني الفرنسي إشارة، يعود لمحكمة التمييز حق تقرير ما إذا كانت قرارات المحاكم المطعون بها لديها خالفت النصوص القانونية، ولقد حرصت محكمة النقض الفرنسية على أن تتم إعادة التوازن العقدي بحذر حتى لا تؤدي إلى نتائج عكسية قد تقضي إلى خسارة الثقة بالعقد، لذا تشددت في مراقبة عملية إكمال نطاق العقد وتجسد ذلك بنقض أحكام قضاة الموضوع عندما يضعون على عاتق المتعاقد التزاماً لا تستلزمه طبيعة العقد، ولا تفرضه المنفعة الاجتماعية للعقد أو عدالة المعاوضة⁽³⁾، وفي كل الأحوال إذا قدر القاضي أن العقد محل النزاع يحتاج إلى التكميل فأكمله فإنه سيخضع في ذلك لمراقبة التمييز⁽⁴⁾، لأنه سيطبق في هذه الحالة ما يقضي به القانون وإن سلامة تطبيق

(1) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، المصدر السابق، ص 52-53.

(2) Cass civ 6 oct 1946, D, 1954, Hu, P 233 أشار إليه د. محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 58، حاشية رقم 5.

(3) د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، المصدر السابق، ص 275.

(4) د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، ص 110.

القانون تقع ضمن اختصاصات محكمة التمييز (1).

إن القاضي سيكون خاضعاً لرقابة محكمة التمييز أو النقض عند إكمال نطاق العقد من حيث تحديد مستلزمات العقد، والالتزامات التي تدخل في نطاقها، فإذا أهمل في إدخال التزام كان يجب أن يضيفه إلى مضمون العقد، أو إذا زاد التزاماً ما كان يصبح أن يرتبه على العقد كان هذا مؤدياً إلى نقض الحكم (2).

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص 622.

(2) وتطبيقاً لذلك نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف بوردو والتي وضعت على المستأجر التزام بتأمين نفسه بحجة أن رأس مال الشركة المستأجرة لا يترك أي إمكانية للمؤجر للحصول على تعويض عن الأضرار التي يسببها الحريق وكان هذا التعليل موضع نقض استناداً إلى المادة (1134) من القانون الفرنسي، ذلك لأن محكمة الاستئناف أضافت إلى الالتزامات الواردة في عقد الإيجار التزاماً على عاتق المستأجر نقض مدني في 20/كانون 1/1989، النشرة المدنية 111 رقم 243، ص 132، أشار إليه السيد جاك غستان، مفاعيل العقد أو آثاره، المصدر السابق، ص 79، حاشية 2.

الخاتمة

تبين لنا من خلال البحث أن القانون المدني كغيره من التقنيات المقارنة قد أعطى للقاضي سلطة تكميل العقد الذي يشوب مضمونه النقص وذلك بموجب نصوص قانونية ليعالج بهذا الحكم حالات كثيراً ما تقع في الواقع العملي للمعاملات بين الأفراد، فقد يتركوا كثيراً من المسائل التفصيلية دون تنظيم أما سهواً أو عمداً أو يتفقوا على المسائل الجوهرية في العقد تاركين المسائل التفصيلية أخذاً بحكم المادة 2/86 من القانون المدني العراقي الذي أجاز انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية وإذا قام نزاع حول المسائل المتروكة فيفصل فيها القاضي وفقاً للموجهات التي أوردتها المادة السابقة، وقد توصلنا إلى أن تكميل العقد يعني قيام القاضي بإضافة الالتزامات التي تقتضيها طبيعة العقد والتي لم ينظمها المتعاقدان، ويرتكز القاضي في عمله إلى نص المادة 86/ف2 من القانون المدني العراقي التي أجازت انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية وكذلك ما نصت عليه المادة 850 ف2 من القانون أعلاه والتي قررت أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه بحسب ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وإنما يشمل التزامات أخرى تقتضيها طبيعة هذا العقد، وقد مثل هذا تحولاً حقيقياً في دور القاضي من خلال مساهمته الفاعلة في تحديد مضمون العقد، فالقاضي عندما يكمل العقد لا يستند إلى إرادة المتعاقدين لاستحالة الاستدلال عليها وإنما يرجع إلى معايير موضوعية تدور حول طبيعة العقد من خلال موجهات ترشد القاضي إلى ما يعد من مستلزمات العقد هي القانون والعرف والعدالة، وقد توصلنا إلى تحديد معنى مستلزمات العقد التي هي مجموعة الالتزامات التبعية التي

تلازم العقد وتترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحاً حتى وإن لم تتجه إليه إرادة المتعاقدين ذلك أن الأثر الأصلي للعقد لا يتحقق بدونها وتضطلع بوظائف تأكيد حكم العقد أو تكملته أو حفظه.

حيث تبين لنا من خلال البحث ماهية تكميل العقد بالاستناد إلى مفهومه وعملية تنظيم العقد تنظيمياً كاملاً ومن خلال العناصر الجوهرية له كما أشرنا إلى تعريف تكميل العقد بالنسبة للقانون العراقي وسنده القانوني وإلى تعريفه وفق ما جاء في آراء الفقهاء والقانون المقارن وكذلك وجدنا تعريفاً لموضوع التكميل وفقاً للنظرية الذاتية والموضوعية وتعرفنا من خلال تميز التكميل عن الأوضاع القانونية المشابهة له من مثل التفسير والتكييف والتصحيح وأشرنا إلى الوصول إلى الأساس القانوني للتكميل وطرقه وفقاً لمبدأ حسن النية ووفقاً للقانون والعرف والعدالة وإلى حالات تكميل العقد وأسباب هذا التكميل وتوصلنا إلى دور القاضي في تكميل العقد وأشرنا إلى المعيار القانوني للتكميل وفقاً لمستلزمات العقد وإلى طبيعته، وتوصلنا إلى الأدوار التي يقوم بها القاضي في تكميل العقد وتبين لنا أن هناك دورين يقوم بها القاضي هما الدور الكاشف والدور المنشئ وأخيراً توصلنا إلى دور الرقابة القضائية على دور القاضي في تكميل العقد.

وحيث أن تكميل العقد منهج موضوعي يستند إلى طبيعة الالتزام وفقاً لمحددات معينة هي القانون والعرف والعدالة، وهذا المعيار يتأثر بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها المجتمع، لذا فإن ما لا يعد من مستلزمات العقد في زمن ما قد يكون كذلك في زمن آخر، من هنا أصبح تكميل العقد وسيلة القاضي لجعل العقد يواكب التطورات الاقتصادية والاجتماعية بوصفه أهم أداة قانونية للتعامل بين الأفراد وخاصة في ظل ما يشهده المجتمع من تطورات اقتصادية وتقنية أفرزت خلافاً في العلاقات التعاقدية.

المصادر والمراجع

الآيات القرآنية : الآية 237 سورة البقرة.
الآية 28 سورة النساء.

المصادر العربية :

- 1- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983.
- 2- د. أنور سلطان، النظرية العامة في الالتزام، 1962.
- 3- د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، مصر، 1996.
- 4- د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام.
- 5- د. إيمان طارق الشكرجي، سلطة القاضي في تفسير العقد، 2002.
- 6- د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، 1963، بدون مكان نشر.
- 7- د. الهادي السعيد عرفة، حسن النية في العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد/ 1، س1، 1986.
- 8- د. السيد محمد اليماني، حسن النية في العقود التجارية، الالتزام بالإيضاح عن الحقائق الأساسية للتعاقد، دون مكان للنشر، 1985.
- 9- د. أحمد فهمي أبو ستة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في التشريع الإسلامي، جامعة القاهرة، 1947.
- 10- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، المصادر الإرادية للالتزام، الجزء الأول، جامعة الكويت، 1995.

- 11- د. أحمد جلال الدين الهلالي، قضاء محكمة التمييز، نشأته وتطوره، مجلة القضاء والقانون، الكويت، س5، ع2، بدون تاريخ نشر.
- 12- د. آدم وهيب النداوي، القضاء العادل العاجل، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد 1، 2، سنة 1985.
- 13- ابن تيمية، المنتقى في أخبار المصطفى (صلى الله عليه وسلم) الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة حجازي، القاهرة، 1932.
- 14- الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، سنة 1968.
- 15- د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود الطبعة 2، بيروت، 1994.
- 16- د. جاك غستان، مفاعيل العقد أو أثاره، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي ومراجعة د. فيصل كلثوم الطبعة 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، سنة 2001.
- 17- د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- 18- السيد ج ستيف، المقدمة لدراسة علوم الحقوق، ترجمة أحمد السمان، 1939.
- 19- د. حسن الطريفي، مدى حرية القاضي أزاء القانون، مجلة القضاء، بغداد، العدد 2، 3، سنة 1953.
- 20- د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، نظرية العقد، الكتاب الأول.
- 21- د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع، الطبعة الأولى، مطبوعات ذات السلاسل، الكويت، 1989.
- 22- د. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

- 23- د. حسن عامر، التعسف في استعمال الحق وإلغاء العقود، ط1، مطبعة القاهرة، 1960.
- 24- د. حسن عامر، القوة الملزمة للعقد، القاهرة، سنة 1960.
- 25- د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، سنة 1974.
- 26- د. رمضان أبو السعود، دروس في مبادئ الالتزام، ط1، بلا مكان نشر، 1977.
- 27- د. راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، 2000، رسالة دكتوراه.
- 28- د. رومان منير حداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات القانونية والفقهية، جامعة آل البيت، الأردن، 2000.
- 29- الأستاذ رينو، دروس في القانون المدني، القاهرة، 1972 ان 1973.
- 30- د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، نطاق العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2006.
- 31- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، سنة 1999.
- 32- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، عدم وجود مكان نشر، 1987.
- 33- د. سليمان مرقس، مذكرات في فلسفة القانون لطلبة الماجستير، بغداد، 1968، 1999.
- 34- السيد س - ف كانا ناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة الدكتور عبد الرسول الجصاني، منشور في مجلة القضاء، بغداد، العدد 1، سنة 1973.
- 35- د. صدام فيصل كوكز المحمدي، إخلال الغير بالعقد والمسؤولية الناشئة عنه، دراسة قانونية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2004.

- 36- د. صالح ناصر العتبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، 2001.
- 37- الأستاذ ضياء شيت خطاب، فن القضاء، قسم البحوث والدراسات القانونية في معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984.
- 38- الأستاذ ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني العراقي، بحث في مجلس القضاء، بغداد، الدورة الثانية، سنة 1956.
- 39- د. عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، تفسير العقد، رسالة ماجستير، قسم البحوث والدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات، 1988.
- 40- د. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط1، 1975، بغداد.
- 41- د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام.
- 42- د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية، 1972.
- 43- د. عبد العزيز المرسي حمود،
- 44- د. عبد الحكم فودة، وكيل التفويض القضائي، منشأة المعارض بالاسكندرية، جلال حربي وشركاه.
- 45- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، بوجه عام الجزء 1، مصادر الالتزام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
- 46- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، الطبعة الثامنة، سنة 1981.
- 47- د. عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة دكتوراه، سنة 1998، جامعة بغداد.

- 48- د. عبد الرزاق عبد الوهاب، رقابة محكمة التمييز على تفسير العقود، بحث منشور في مجلة العدالة، س2 ع2، سنة 1976.
- 49- د. علاء حسين علي الجوعاني، مبدأ حسن النية في تكوين العقد، دراسة قانونية مقارنة، جامعة بغداد، 2002.
- 50- د. عدنان إبراهيم سرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1986.
- 51- د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط، نظرية العقد، الجزء الأول، انعقاد العقد، أركان العقد، شركة الطبع والنشر الأهليتن بغداد، 1967، رسالة دكتوراه.
- 52- د. عبد المجيد الحكيم، مصادر التزام، الجزء الأول، بغداد، 1963.
- 53- د. عبد الرحمن البزاز، الموجز في تاريخ القانون، بغداد، 1949.
- 54- د. عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، القاهرة، 1960.
- 55- د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثالث، سنة 1970.
- 56- د. عبد الباقي البكري، المدخل إلى دراسة القانون والشريعة الإسلامية، الطبعة 5.
- 57- عبد السلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري، بحث مقدم للمؤتمر السادس لاتحاد المحامين العرب، القاهرة، لغاية 6 شباط 1961.
- 58- د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، الطبعة الأولى، سنة 1965.
- 59- د. عبد المنعم عبد العظيم، دور القاضي في صنع القواعد القانونية، بحث منشور في مجلة العدالة، تصدرها وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 1، السنة السادسة نيسان 1979.

- 60- د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2002.
- 61- د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بدون مكان نشر، سنة 1997.
- 62- د. عبد القادر الغار، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة، عمان دون سنة نشر.
- 63- د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ج1، للا مكان نشر أو سنة طبع.
- 64- الأستاذ القاضي لفته هامل العجيلي، نائب رئيس محكمة استئناف واسط الاتحادية، دور القاضي في تعديل العقد، 2008.
- 65- د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، القاهرة، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، سنة 1987.
- 66- د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- 67- د. محمد صالح القويزي، التكيف، دراسة فقهية قانونية والمنشورة في مجلة القضاء العراقية، العدد 2، السنة الرابعة والخمسون.
- 68- د. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، 2006.
- 69- د. محمد علي الخطيب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية.
- 70- الأستاذ منير القاضي، أستاذ الشريعة والقانون المدني، كلية الحقوق، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد 1، الباب التمهيدي، نظرية التزام العام.

- 71- د. محمد أحمد الكزني، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي، دراسة مقارنة، كوردستان، العراق، 2005.
- 72- د. محمد شتا أبو سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامعة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، ع6، س77، سنة 1986.
- 73- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الالتزامات، 1954، عدم وجود مكان نشر.
- 74- د. محمد عبد الطاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2002.
- 75- د. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة، 1993.
- 76- د. محمد السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المرتبة الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1959.
- 77- د. محمد إبراهيم الدسوقي، دور الإرادة في العقد، بدون مكان نشر، 1980.
- 78- د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة بغداد، 1973.
- 79- د. محمود جمال الدين زكي، في الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري.
- 80- د. محمد لبيب شبيب، الجحود المتيسر للعقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1 يناير، 1961، القاهرة.

- 81- د. محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 82- د. محمد هشام القاسم، أثر الاجتهاد القضائي في تطوير القانون، بحث منشور في مجلة القضاء والقانون س 1 ع 2، جامعة الكويت.
- 83- د. محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في المجلة القانونية والاقتصادية يصدر عن كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد 7، سنة 1957.
- 84- د. محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1985.
- 85- د. محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 86- د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، بحث منشور في موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، مكتبة المحامي حسن الفكهاني، 1985.
- 87- د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، 32 شارع عبد الخالق ثروت.
- 88- الأستاذ هنري كابييتان، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الأحكام، مقدمة كتاب الأحكام الكبرى في القضاء المدني، ترجمة عباس حسن الصراف.
- 89- د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، القاهرة، 1955.

90- د. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط1،
1960، القاهرة.

91- د. ياسر الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية،
القاهرة، 2002.

القوانين :

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته.

2- قانون النقل العراقي رقم 80 لسنة 1983.

القرارات والنشرات والمجلات القضائية :

1- مجموعة الأحكام العدلية العدد 11، السنة السابعة، سنة 1976.

2- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول.

3- قرار حكم محكمة استئناف الاسكندرية في 1950/2/5.

4- قرار طعن رقم (811) محكمة النقض المصرية 43 في 1977/5/16.

5- قرار محكمة التمييز العراقية 317/حقوقية/ 1965 في 1965/6/24.

6- قرار محكمة النقض الفرنسية في 1990/1/9.

7- قرار محكمة التمييز العراقية، 93 موسعة/ 1988 في 1988/4/30،

بغداد.

8- قرار محكمة النقض المصرية 352 سنة 39 في 1975/1/16، القاهرة.

9- قرار تمييزي 257 سنة 34 في 1969/6/16، القاهرة.

10- قرار محكمة القاهرة الابتدائية في 1954/6/26.

- 11- قرار 918 مدنية ثالثة 975 في 1976/2/3، بغداد.
- 12- قرار طعن رقم 845 سنة 49 في 1983/4/12.
- 13- النشرة القضائية العراقية سنة 1976.
- 14- النشرة القضائية العدد 2، سنة 1974.
- 15- مجلة القضاء العراقية العدد 2 سنة 1957.
- 16- مجلة القضاء العراقية العدد 4، س23، 1965.
- 17- مجلة القضاء والقانون العدد 2 س1 جامعة الكويت بدون سنة نشر.
- 18- مجلة القضاء العراقية العدد 221، 1989.
- 19- مجلة القضاء العراقية العدد 2، 1956.
- 20- مجلة القضاء العراقية العدد 2، 1996.
- 21- موسوعة القضاء والفقہ العربية ج/249، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1985.
- 22- موسوعة القضاء والفقہ العربية، الدار العربية ج 248، 1985.
- 23- مجلة العدالة، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 9، س6، نيسان 1979.
- 24- مجلة المحاماة المصرية العدد 1 سنة 35.
- 25- مجلة المحاماة المصرية العدد 2 السنة 35.

المصادر الأجنبية :

- 1- Hane Kelsen, Pure Theory of Law. Translation by maxknight university of California press Los Angeles, U.S.A 1978.
- 2- Schmidt (J) Negoclationet conclusion des contrats 1982.
- 3- Cass. Civ 16. Avril 1975 Dalloz-sirey. 1976. Janv 1983 B. L. n.
- 4- Philippe malaure. Laurent Aynes, Cours de droit civil les obligations. 6. edition Paris 1995.
- 5- Allen Carl eton Kempt Law in the making 1964.
- 6- Polloek and Maittond, History of English Law, second Ed. 1968.
- 7- Encylopedie Dolloz Droiteivil Bonne fol.
- 8- Van ommestaghe, Repport General, Articl citee enourrage de La Bonnfol T.X clll, Lifec paris 1992.
- 9- Ripert. Laregle moral dansles obligations civiles litec Paris 1949.
- 10- Brlgitte Lefebure, Rapport conadiens, Articl eitee enourrage de la Bonn foi tixcill lifec paris 1992.
- 11- Alex weili francos terre opr cit civ. 21 nov. cite pail 1911, D.P. 1913. 1. 24 P.

Abstract

The contract is considered the best tool of dealing between the persons to achieve certain goals therefore the rules which run the contract concerning with the creating the contract or implementing it, was vulnerable of changing and variation depending on the development of the individual needs, the obligations which are created from the contract were in great controversial, regarding with the will, of the contractors was tending to them or wasn't because of including another obligations.

But the contractors may forget writing some detailed things which may be created from the contract because these things didn't come to their mind or they didn't expect them, but focusing on essential things in the contracts not others, here we will be in front of incomplete contract because it wasn't organized for all cases inescapable to face them. Here the contract needs completion if it doesn't include the obligations which without them, the goal that was meant from it, will not be achieved, or without them anyone from the contractors can't implement his obligation. From this point the operation of completion the contract becomes a means, which through it, the judge can interfere to determine the obligations which are produced from the contract. Depending on this, this study was searched in three chapters. As follows :

Chapter one : includes the substance of the contract and it is divided into two search point. The first search point includes the concept of the completion of the contract and this is divided into two demands. The first demand includes the organization of the contract and we divided this into two sections. The first section includes organizing the contract completely. While the second section includes only organizing the essential elements the "imperfect organization".

On the other hand the second demand is about the definition of the completion of the contract and we divided this into two sections. The first section includes the definition of the completion of the contract according to the subjective theory, while the second indicates to the definition of the completion of the contract according to the objective theory, however the second search point includes, distinguishing the completion about the situations which are similar to it, and it is divided into three demands. The first demand about defining the differences between the completion and the explaining of the contract.

The second demand about differences between the completion and the adaptation of the contract. The third demand about the difference between the completion and the correction of the contract. While the second chapter limits the lawful foundation of the completion of the contract and its ways and this chapter is divided into two search points. This first search point is about the lawful foundation of the contract completion and this is divided into two demands: the first demand is about studying the contract completion, the second about studying the reasons of contract completion. While the second search point is about studying the ways of contract completion and it is divided into four demands : the first demand is about the completion of the contract according to the good intention, the second demand is about the completion of the contract according to the law, the third demand is about the completion of the contract according to the custom, the fourth demand is about the completion of the contract according to the justice. As for the third chapter is about the studying of the judge role in the completion of the contract. And we divided this into three search points. The first search point is about determining the lawful criterion of the completion and we divided this into two demands, the first demand for studying the completion according the contract requirements. The second demand for studying the completion according to the nature of the contract or the

obligation. While the second search point is about determining the roles of the judges in completion the contract and we divided this into two demands the first demand is about studying the revealing role while the second is to studying the arising role and finally the third search point is about the judicial watch on the judge role in the completion of the contract.

فهرس المحتويات

9	المقدمة
	الفصل الأول: ماهية تكميل العقد 11 - 72
13	المبحث الأول: مفهوم تكميل العقد
15	المطلب الأول: عملية تنظيم العقد
16	الفرع الأول: تنظيم العقد تنظيمياً كاملاً
34	الفرع الثاني: الاقتصار على تنظيم العناصر الجوهرية (التنظيم الناقص)
40	المطلب الثاني: تعريف تكميل العقد
40	الفرع الأول: تعريف تكميل العقد وفقاً للنظرية الذاتية
52	الفرع الثاني: تعريف تكميل العقد وفقاً للنظرية الموضوعية
57	المبحث الثاني: تمييز التكميل عن الأوضاع القانونية المشابهة له
57	المطلب الأول: الفرق بين تكميل العقد وتفسيره
64	المطلب الثاني: الفرق بين تكميل العقد وتكييفه
67	المطلب الثالث: الفرق بين تكميل العقد وتصحيحه
	الفصل الثاني: الأساس القانوني لتكميل العقد وطرقه 73 - 124
75	المبحث الأول: الأساس القانوني لتكميل العقد
77	المطلب الأول: حالات تكميل العقد
85	المطلب الثاني: أسباب تكميل العقد
89	المبحث الثاني: طرق تكميل العقد
89	المطلب الأول: التكميل وفقاً لمبدأ حسن النية
101	المطلب الثاني: التكميل وفقاً للقانون

111	المطلب الثالث: التكميل وفقاً للعرف
118	المطلب الرابع: التكميل وفقاً للعدالة
الفصل الثالث: دور القاضي في تكميل العقد 125 - 158	
131	المبحث الأول: المعيار القانوني للتكميل
132	المطلب الأول: التكميل وفقاً لمستلزمات العقد
139	المطلب الثاني: التكميل حسب طبيعة العقد أو الالتزام
143	المبحث الثاني: الأدوار التي يقوم بها القاضي في تكميل العقد
143	المطلب الأول: الدور الكاشف
149	المطلب الثاني: الدور المنشيء
153	المبحث الثالث: الرقابة القضائية على دور القاضي في تكميل العقد
159	الخاتمة
161	المصادر
172	الخلاصة باللغة الأجنبية

