جامعة قطر

كليـة القانون

دور القاضي المدني في تكملة العقد – دراسة مقارنة –

إعداد:

وليـــد محمد الحسيـن

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات

كليـة القانون بجامعة قطر

للحصول على درجة الماجستير في

يونيو 2022

2022. وليد محمد الحسين. جميع الحقوق محفوظة.

لجنة المناقشة

استعرضت الرسالة المقدمة من الطالب/ وليـد محمد الحسين بتاريخ (تاريخ مناقشة الرسالة)، ووافق عليها كما هو آت:

نحن أعضاء اللجنة المذكورة أدناه، وافقنا على قبول رسالة الطالب المذكور اسمه أعلاه.

وحسب معلومات اللجنة فإن هذه الرسالة تتوافق مع متطلبات جامعة قطر، ونحن نوافق على أن تكون جزء من امتحان الطالب.

الاسم: الأستاذة الدكتورة/ سونيا ملاك العش

المشرف على الرسالة

الاسم: الدكتور عزالدين المحجوب

مناقش

الاسم: الدكتور شاكر المزوغي

مناقش

تمت الموافقة

الدكتورة منى المرزوقي، عميد كلية القانون.

الملخص

وليـد محمد الحسين، ماجستير في [القانون الخاص] :

[شهر التخرج] 2022.

العنوان : دور القاضي المدني في تكملة العقد – دراسة مقارنة –

المشرف على الرسالة: أ. د. سونيا ملاك

يعد العقد قانوناً لأطرافه، إلا أن دور القاضي لم يعد سلبياً حيال العقدً لما يؤديه من وظائف إجتماعية واقتصادية، ونظراً لذلك ولصعوبة الإلمام والإحاطة المسبقتين بكافة تفاصيل العقد، فقد منح المشرع القطري للقاضي دوراً يجابياً في تكملته سواء من حيث تحديد نطاقه بإضافة إليه كل ماهو من مستلزماته حتى وإن لم ترد فيه، أو من خلال تكملته بالمسائل التفصيلية غير المتفق عليها، إلا أن ذلك الدور ليس مطلقاً بل هو مقيد بأن تكون تلك الالتزامات التكميلية مرتبطة بطبيعة الالتزام ومستندة لمحددات ومعايير موضوعية هي القانون والعرف وأحكام العدالة.

شكر وتقدير

" أود أن أعرب عن تقديري لجامعة قطر في توفير كافة الاحتياجات اللازمة لتحقيق متطلبات هذه الدراسة".

كما وأتقدم بالشكر الجزيل لكل من علمني حرفاً في هذه الكلية المتميزة ولكل أعضاء هيئتها التدريسية المعطائين، والشكر موصول لكل الزملاء والزميلات.

وأخص بالشكر والثناء استاذتي الدكتورة/ سونيا ملاك العش والتي أعطت دون سواء على مقاعد الفصل أو بالإشراف على هذه الرسالة.

الإهداء

إلى الشامخة التي علمتني معنى الإصرار..... أمي الحبيبة أطال الله في عمرها.

إلى من شرفني بحمل اسمه والدي طيب الله ثراه.

إلى سندي وعزوتي أشقائي (أ. أحمد ، محمود ، د. عبود) وإلى شقيقاتي كل باسمها أدامكم الله ذخرا.

إلى من ساندتني وأعانتني دوماً ولازالت الغالية (أم محمد).

إلى محمد وإخوانه أهديكم هذا الجهد واسأل الله أن يحفظكم ويوفقكم لما فيه الخير.

إلى أستاذي الجليل: المحامي المعتزبالله العائدي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته.

فهرس المحتويات

شكر وتقدير .....ث

الإهداء ..... ج

المقدمة 1

الفصل الأول: الدور الإيجابي للقاضي في تكملة العقد 22

المبحث الأول: إقرار المشرع بالدور الإيجابي للقاضي في تكملة العقد 22

المطلب الأول: الأساس التشريعي لدور القاضي الإيجابي في تكملة العقد 23

المطلب الثاني: الدور الإيجابي للقاضي في إضافة للعقد ما هو من مستلزماته.....34

المبحث الثاني: ممارسة الدور الإيجابي لتكملة العقد 45

المطلب الأول : شروط ممارسة القاضي لدوره التكميلي 46

المطلب الثاني: تكملة العقد بإضافة العناصر غير الجوهرية 57

الفصل الثاني: الآليات التي يستعين بها القاضي لممارسة دوره التكميلي 70

المبحث الأول: النصوص التشريعية لإكمال العقد 70

المطلب الثاني: الالتزامات المترتبة عن النصوص القانونية العامة 85

المبحث الثاني: مجال تكملة العقد.....95

المطلب الأول: طبيعة الإلتزام..... 95

المطلب الثاني: العرف والعدالة في تكملة العقد 109

الخاتمة 123

قائمة المراجع 126

المقدمة

يقول الله سبحانة وتعالى في محكم كتابه العزيز: بسم الله الرحمن الرحيم "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"[1]، وبقراءة الآية الكريمة نجد فيها نداءً صريحاً وواضحاً من الله عز وجل إلى عباده بالإلتزام والوفاء بعقودهم أي بما يبرمونه فيما بينهم من المواثيق والمعاملات[2].

وفي الحديث الشريف عن عمرو بن عوف المزني قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو شرطاً أحل حراماً"[3] أخرجه الترمذي (1352) واللفظ له، وابن ماجه (2353) مختصرا.

ويعتبر الوفاء بالعقود وحسن المعاملة في الفقه الإسلامي من المبادئ الكلية للتعامل والتي تستلزم حسن النية منذ بدء التعامل وصولاً إلى التنفيذ والوفاء[4]، وقد أولت مختلف التشريعات أهميةً بالغةً للإلتزام بالعقود إذ لا يكاد يخلو تقنين في كل دول العالم من النص صراحة على تبني مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهذا ما ذهب إليه المشرع القطري في المادة (1/171) من القانون المدني رقم (22 لسنة

---

[1] – سورة المائدة، الآيه رقم (1).

[2] – موقع الشيخ حسن الفوزان، مرجع الكتروني، تاريخ الزيارة 12/28/ 2021.
https://www.alfawzan.af.org.sa/ar/khotab

[3] – موقع الجمهرة، مرجع الكتروني، تاريخ الزيارة ،11/22/ 2021.
/https://islamic-content.com

[4] – يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة، ص 45.

2004) بالنص على أن:" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"[5].

ولما كان الإنسان اجتماعي بطبعه فإن العقد يعد الأداة الأساسية لتعاملاته في كافة مناحي الحياة ومجالاتها وذلك من أجل تلبية كافة حاجاته[6]، تلك المعاملات تقوم على مبدأ راسخ هو مبدأ سلطان الإرادة وأساسه حرية الأشخاص في إبرام ما يشاؤون من العقود وترتيب الآثار التي يرتضونها سواء تعلق الأمر بموضوع الإلتزام أو في كيفية وآلية تنفيذه، مادام أن عقودهم والتزاماتهم تلك لا تخالف النظام العام ولا الآداب العامة[7]، ذلك أن الأصل للشخص الحرية في إبرام العقد الذي يريد وأن يختار الطرف الذي يتعاقد معه، وأن يشترط ما يشاء من الشروط وهذا هو مضمون مبدأ الحرية العقدية، ويكفي لترتيب آثار هذا العقد توافر إرادة أطرافه ودون حاجة لإفراغها في شكل معين وهذا هو مبدأ الرضائية، ومن ثم فإن العقد يقوم فيما بين أطرافه مقام القانون من حيث وجوب الإلتزام بمضمونه وهذا مبدأ القوة الإلزامية للعقد، وتعد تلك المبادئ مبادئ أساسية وجوهرية منذ القدم[8].

ولم يأت القانون القانون القطري كما هو حال معظم القوانين المقارنة على نص يعرف العقد بل تركوا مهمة ذلك للفقه الذي تعددت تعريفاته صياغةً فقط، إلا أنها لم تبتعد عن بعضها كثيراً، إذ لم تخرج في مضمونها عما أورده العلامة الدكتور السنهوري من تعريف للعقد "بأنه توافق إرادتين أو أكثر على

---

[5] – عبدالحق صافي، القانون المدني، الطبعة الأولى، 2006، دار الفكر العربي.

[6] – عبدالرحمن محمد محمود، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ص 19.

[7] – دعاء موسى عبد الرحمن برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، دراسة تحليلية مقارنة، ص 1.

[8] – عبدالرحمن محمد محمود، مرجع سابق، ص 25، 26، 27.

إحداث أثر قانوني قد يكون إنشاء التزام أو نقله أو تعديله إو إنهائه"[9]، إلا أن المشرع البحريني أخذ موقفاً مغايراً وأورد للعقد تعريفاً له في القانون المدني رقم 19 لسنة 2001، وذلك بموجب المادة (29) منه بالاتي:" اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين"[10].

بيد أن القوة الإلزامية للعقد لا تقف عند حد ما ورد فيه بل تتعداه إلى كل ما هو ضروري ومكمل له، ذلك أنه من الصعب على أطراف العقد الإلمام مسبقاً بكافة تفاصيل العلاقة العقدية، مما يستتبع ذلك الإقرار للقاضي بدور يمكنه من تحديد نطاق العقد أي تحديد الإلتزامات التي تقع على عاتق كل طرف من أطرافه وامتداد آثارها إلى آثار لم يرد ذكرها في العقد من خلال إضافة التزامات أخرى لم يفصح عنها العقد، ويكون مصدرها القواعد المكملة سواء كانت تلك القواعد تشريعية أو عرفية أو تقتضيها العدالة بحسب طبيعة الإلتزام[11].

ثم أن أطراف العقد قد يكتفون بالنص على المسائل الجوهرية دون غيرها من المسائل التفصيلية أو الثانوية، وتظهر هذه المسألة بوضوح أكثر إذا ما تعلق الأمر بمشاريع إقتصادية ضخمة مما تغدو معه مهمة القاضي فيما يعرف بتطويع العقد واستكماله أكثر حاجة وضرورة وذلك تحقيقاً للمصلحة الشخصية للمتعاقدين وللمصلحة الوطنية واقتصاده، والتي تقتضي إنقاذ العقد من الجمود والإنهيار

---

[9] – السنهوري عبدالرزاق أحمد، الوسيط فى شرح القانون المدني، المجلد الأول، مصادر الالتزام، ص 21.

[10]– بوابة الحكومة البحرينية، مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001 بإصدار القانون المدني.
https://www.bahrain.bh/wps/wcm/connect/ac0588de-d621-4033-9a47-28b4f74b043e/civilLawAR.pdf?MOD=AJPERES

[11] – السامرائي، دريد محمود، سلطة القاضي في تعديل العقد، المفهوم والتأصيل القانوني، ص .325– 326.

والوصول به إلى مرحلة التنفيذ[12]، لذا يرى جانب من الفقه أن دور القاضي في استكمال العقد ليس إلا تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة واحترام العقود وقوتها الإلزامية، وأن الإلزام بالإستكمال يأتي بذات درجة الإلزام بالعقد[13]، هذا الدور التكميلي للقاضي ينبغي التعرض لتعريفه، إذ لم يعرفه المشرع بل ترك أمر تعريفه للفقه.

والتكملة لغة هي إسم مصدره كمل، والتكملة ما يتم به الشئ، وأكمل الشي أي أتمه[14]، واستكمل استكمالاً للشيء بمعنى أتمه[15]، أما تعريفه اصطلاحاً على نحو ما عرفه جانب من الفقه، بأنه "الدور الذي يقوم به القاضي استجابة لطلب أطراف العقد باستكمال ما نقص من بنود تفصيلية حددها المتعاقدان واختلفا حولها في وقت لاحق لانعقاد العقد، مستعيناً في ذلك بمصادر حددها المشرع، وذلك بعد التحقق من انعقاد العقد بالإتفاق على المسائل الجوهرية فيه"[16]، وعرفه البعض الآخر بأنه" ما هو إلا تفسير لإرادة المتعاقدين سواء وفقاً للنظرية الذاتية أو الموضوعية"[17].

---

[12] – أبو رمان، عامر علي حسن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا، قسم القانون المقارن، المنهل، 2014– ص 2.

[13] – عامر علي حسن أبو رمان، مرجع سابق، من ص 15 وحتى صفحة 23.

[14] – معجم المعاني الجامع، مرجع الكتروني، تاريخ الزيارة 1/8/ 2022
/https://www.almaany.com/ar/dict/ar–ar

[15] – الباشا محمد، (1992) الكافي معجم عربي عربي حديث، ص 87، ط1، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت.

[16] – عامر علي حسن أبو رمانة، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، سنة 2014، ص 14.

[17] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 50.

وتعريف ثالث ذهب إلى أنه" قيام القاضي بإضافة ما نقص من بنود العقد التفصيلية الناقصة إلى العقد مسترشداً بعدة عوامل حددها المشرع المدني، وهي القواعد القانونية والقواعد المستمدة من مبادئ العدالة بحسب طبيعة الإلتزام"[18].

إلا أنه وبحسب ما يرى الباحث ومما يؤخذ على التعريفات الواردة أعلاه أن الأول منها قد حصر دور القاضي في تكملة العقد في حالة تحديد طرفي العقد تلك المسائل التفصيلية ومن ثم الاختلاف بشأنها بعد ذلك، وهذا نقص في التعريف إذ لا يشمل ذلك الدور الذي يقوم به القاضي في تكملة العقد إذا ما كان الخلاف يتعلق بعناصر تفصيلية يستلزمها العقد حتى يمكن تنفيذه.

أما التعريف الثاني فيرى فيه الباحث خلطاً ما بين دور القاضي في تفسير العقد وفي تكملته، على الرغم من وجود الفارق ما بين الدورين وشروطهما وحالاتهما، والتعريف الثالث هو الآخر جاء قاصراً على حالة محددة وهي اضافة البنود التفصيلية، وبالتالي ينطبق عليه ما سبق من تحفظات.

لذا يضع الباحث تعريفاً لتكملة العقد بأنه ذلك الدور الإيجابي الذي يقوم به القاضي بإضافة العناصر التفصيلية التي يستلزمها تنفيذ العقد وأخرى ثانوية سبق للأطراف تحديدها دون الاتفاق عليها وذلك كله بحسب طبيعة الإلتزام وبما له من سلطة تقديرية في ذلك، مستعيناً بما تقرره القواعد التشريعية التكملية والعرفية وبما تستدعيه أحكام العدالة.

---

[18] – سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، ص 104.

وقد حذا المشرع القطري حذو العديد من أقرانه المشرعين[19] سواءً في البلاد العربية أو الغربية بالنص في القانون على منح القاضي المدني السلطة التقديرية في تكملة العقد وتطويعه سواءً بتضمينه ما يعد من مستلزماته على نحو ما ورد بالمادة (2/172) من القانون المدني، والتي تنص:"1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام"، أو فيما يتعلق باستكمال المسائل غير الجوهرية أي التفصيلية حال اتفاق المتعاقدين على الجوهرية منها على نحو ما نصت عليه المادة (79) من القانون المدني والتي تنص على:" إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم.

وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف وقواعد العدالة".

إلا أن هذه السلطة ورغم أنها ليست مطلقة بل مقيدة ولها أحكامها الخاصة فهي لم تلق قبولاً تاماً وكاملاً لدى البعض من المشرعين وإن كانو أقلية – يوافقهم في ذلك أيضاً البعض من الفقه– ومنهم

---

[19] – تنص المادة (95) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 على الآتي:" 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."

المشرع التونسي والذي لا نجد في أحكام مجلة الإلتزامات والعقود ما يشبه أو يقترب من نص المادة (79) من القانون المدني القطري، وإن كان قد تضمن نص الفصل 243 م أ ع، ما يمكن اعتباره سلطة محدودة للقاضي في تكملة العقد، وذلك خلافا لما ذهبت إليه أغلب التشريعات العربية والتي طابقت تشريعاتها مضمون النص القطري سواء القانون المدني المصري أو الأردني[20] أو الجزائري، الأمر الذي يمكن القول معه بأن تلك السلطة للقاضي وذاك الدور يختلف اتساعاً وضيقاً بين مشرع وآخر، إذ جاء التشريع التونسي وعلى النقيض من ذلك النهج بالنص صراحة في الفصل(24) م أ ع بالآتي:"إذا صرح المتعاقدان بإبقاء بعض الشروط لعقد تال، فما وقع عليه الاتفاق والحالة هذه لا يترتب عليه الالتزام ولو وقع تحرير الشروط الأولية بالكتابة."

ومما لا شك فيه بأن إسناد هذه السلطة للقاضي يأتي في إطار تعزيز دوره الايجابي وبالتالي إخراجه من دائرة السكون ودوره السلبي المتمثل بالتطبيق الحرفي للنص والإنتقال به الى دائرة الفعالية والتأثير، ذلك أن القاعدة القانونية المرنة تمنح القاضي مزيداً من السلطة التقديرية في تطبيق النص القانوني وروحه بشكل يواكب مقتضيات التطور المستمر، ويحفزه على ممارسة نشاط ذهني في فهم الوقائع المعروضة عليه والمواءمة ما بينها وبين النص القانوني الذي يروم تطبيقه، ولعل القراءة المتمعنة

---

[20] - تنص المادة (100) من القانون المدني الأردني: " 1- يطابق القبول الايجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها اما الاتفاق على بعض المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق بالكتابة. 2- واذا 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 انعقد واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة.

لنصوص المواد (79، 172) من القانون المدني القطري وما يقابلها في القانون المقارن تظهر لنا مدى المرونة التي صيغت بها تلك النصوص لتعطي للقاضي دوراً إيجابياً في التأثير على مضمون العقد بإضافة التزامات جديدة يكمل بها نطاق العقد الذي يشوبه النقص[21].

وبالعودة إلى تعريف العقد وأول أحكامه يظهر أن وجوده يتوقف على وجود إيجاب وهو الإرادة الأولى من أحد المتعاقدين وعلى قبول وهو الإرادة الثانية من الطرف الآخر للعقد، على أن ذلك لا يكفي إن لم ترتبط وتتطابق تلك الإرادتين معاً[22]، هذا الإرتباط عبر عنه أغلب المشرعين ومنهم المشرع القطري بشكل صريح وفي مواضع متعددة من أحكام القانون المدني على نحو ما تضمنته المواد (64، 76) من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004[23].

ثم أن الإرادة التي يبنى عليها العقد وآثاره فإنها إلى جانب وجوب صحتها فإنه يلزم التعبير عنها سواءً باللفظ أو الكتابة أو حتى بالإشارة المعهودة، كما ويمكن أن يأتي هذا التعبير بمظهر ضمني أو بمظهر صريح [24]، وقد يجئ في مظهر خارجي يتفق والإرادة الباطنة، وقد لا يكون كذلك بل مختلفاً عن تلك الإرادة الحقيقية الباطنة للمتعاقدين أو لأحدهما، الأمر الذي تبرز معه الحاجة إلى الوقوف على تلك

---

[21] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص22، 23.

[22] – محمود عبدالرحمن محمد، مرجع سابق، ص 21،22.

[23] – تنص المادة 64 من القانون المدني القطري على الآتي:" ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا كان محله وسببه معتبرين قانوناً، وذلك دون إخلال بما يتطلبه القانون من أوضاع خاصة لانعقاد بعض العقود".

و تنص المادة 76 من ذات القانون على الآتي:" اذا ارتبط الإيجاب بالقبول انعقد العقد، ما لم يتفق على غير ذلك، أو يقض القانون أو العرف بخلافه".

https://almeezan.qa/LawPage.aspx?ID=2559

24– عبدالرزاق السنهوري، مصادر الإلتزام (1)، المجلد الأول، ص 190.

الإرادة المشتركة والحقيقية لطرفي العقد، لا سيما حال تنازعهما وتمسك أحدهما بالإرادة الباطنة وتجاهل التعبير لعدم مطابقته لها في الوقت الذي يتمسك فيه الطرف الآخر بتلك الإرادة الظاهرة وبالتعبير الوارد عنها، الأمر الذي يحتم على القاضي الفصل بينهما، وتحديد التزامات وحقوق كل منهما، من خلال تفسير العقد وبنوده وهذا من صميم مهام القاضي[25]، ومن هنا يغدو الوقوف على القصد والنية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين هي السبيل الوحيد للقاضي لتحديد نطاق العقد والتزامات كل من أطرافه، مما يستلزم بالضرورة تفسير النصوص المطروحة أمامه للبحث وللفصل فيها فهي وسيلة وليست غاية في حد ذاتها، وهذا ما يسمى بالتفسير القضائي[26]، ولم يتطرق التشريع إلى تعريف التفسير بل تصدى له الفقه وعرفه بأنه"بيان حقيقة ما قصدت إلية الإرادة المشتركة لطرفي العقد"[27]، بل ذهب جانب من الفقه إلى أبعد من ذلك في مفهومه لتفسير العقد إذ يرى بأنه ليس فقط تعيين معنى النصوص ومداها ونتائجها بتوضيح ما أبهم من ألفاظها وتكميل ما اقتضب منها بل توسيعها وتكييفها والتخريج على أحكامها، والتوفيق بين أجزائها ومفاهيمها، واستخراج ما أمكن من نتائجها[28].

وقد يلتبس على البعض وجود تطابقٍ ما بين التفسير للعقد وإكماله إلا أن هناك فارقٌ بينهما رغم وجود بعضٍ من نقاط الإتفاق، ويظهر هذا التطابق في أن كل منهما يكون بغرض تحديد نطاق العقد

---

25 – الفريخة سلاف، القاضي وتفسير العقد، جمعية الحقوقيين، دار المنظومة، محكمة، 2017، ص 255.

http://search.mandumah.com.qulib.idm.oclc.org/Record/915318

[26] – زريق برهان، مرجع سابق، ص18.

[27] – الفريخة سلاف، القاضي وتفسير العقد، جمعية الحقوقيين، ص255.

[28] – زريق برهان، مرجع سابق، ص 18.

ومضمونه، إلا أنه حال تفسير العقد فإن القواعد المطبقة هي تلك القواعد الخاصة بالتفسير والوسائل المحددة له، كما أن التفسير يبنى على أساسٍ من إرادة طرفي العقد أي أن مصدرها الإرادة، سواء بواسطة وسائل التفسير الداخلية أو الخارجية، في حين أن النتائج المترتبة على التكميل تستمد من أحكامٍ موضوعية مضافةً إلى ذلك التعبير عن الإرادة، بيد أن دور القاضي في إكمال العقد لا يقوم عند غموض العبارات والحاجة إلى اِستجلاء معناها بل عند وجود النقص في مضمون العقد وتنظيمه، سواء عند ترك بعض المسائل التفصيلية أو إضافة بعضٍ من المستلزمات أو حتى بعض الاِلتزامات أي أن ما يتوصل إليه القاضي من حلولٍ عبر التفسير يمكن رده إلى ما في العقد من ألفاظٍ وعباراتٍ خلافاً لتكملة العقد والذي يتجاوز فيه القاضي ما تم اِتفاق الأطراف عليه صراحةً أو ضمناً إلى ما عداها مما لم يرد في العقد[29].

فإذا ما كان ذلك فإن إرجاع العقد إلى إطاره القانوني الصحيح يكون هو الآخر من مهام القاضي ووظيفته وهو ما يعرف بدور القاضي وسلطته في تكييف العقد، ذلك أن تحديد الوصف القانوني الدقيق والصحيح للعقد والذي يتفق وقصد المتعاقدين يتيح إعمال القاعدة القانونية المناسبة عليه وترتيب آثاره القانونية[30]، ويعرف التكييف فقهاً بانه عملية فنية قانونية يمتزج فيها عنصري الواقع والقانون من خلال قيام القاضي بتحليل الوقائع حتى يطبق القانون الصحيح عليها حيث يقوم عند تكييفه للعقد بتحديد

---

[29] – خالد عبد الحسين الحديثي، تكميل العقد: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى (2012) ص57 – ص63.

[30] – حمود غزال، سلطة القاضي في تكييف العقد، جامعة الفرات، الجمهورية العربية السورية، تاريخ الزيارة 2022/01/03.

http://journal.alfuratuniv.edu.sy/index.php?lang=1&set=31&func=12&Ser=6&id=132

طبيعته ونوعه وعما إذا كان عقداً مسمى أم غير مسمى، وذلك بغض النظر عن الإسم أو الوصف الذي يطلقه عليه أطرافه[31]، كما ويعد التكييف أمراً إلزامياً على القاضي[32]، وفي ذلك يخضع قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز، إذ يعد التكييف مسألة قانون لا واقع[33].

ويظهر من تعريف التكييف أعلاه وطبيعته اختلافه عن تكملة العقد واختلاف دور القاضي في كل منهما، فالتكملة تشترط وجود نقص في مضمون العقد ومن ثم يتولى القاضي سد هذا النقص بالإضافة لمضمونه ما اعتراه من نقص في العناصر، ويتمتع في سبيل ذلك بسلطة تقديرية لا سيما فيما يتعلق بحاجة العقد للتكملة من عدمه، في حين أن التكييف يعتمد على فهم الوقائع والعناصر التي يتكون منها العقد دون إضافة أي عنصر له، وبذلك يكون العقد من الوسائل القانونية المرتكزة على تحقيق العدالة والإنصاف في المعاملات المالية ذلك أن كل طرف من أطرافه يفترض أنه تلقى المنفعة المنشودة من تعاقده مما يجسد حالة التوازن والتناسب المفترضتين ما بين حقوق والتزامات أطرافه، لذلك قال البعض أن العدل ما ارتضاه الأطراف، وبعبارة مشهورة ومعبرة قيل كذلك "من قال عقداً قال عدلاً"[34]، ذلك أن مهام العقد السليم لا تقف عند حد إنشاء الإلتزام فحسب، بل ينبغي أن تحقق المنافع المتبادلة بين أطرافه، وحيث بات دور العقد لا يقتصر على منفعة طرفيه بل يتعداها لمنافع إجتماعية

---

[31] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص65.

[32] – دعاء موسى عبدالرحمن برهم، مرجع سابق، ص 84،85.

[33] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 65، 66.

[34] – دعاء موسى عبد الرحمن برهم، مرجع سابق، ص 11.

تنعكس آثاره على المجتمع برمته، لذا يرى البعض أن من واجب المشرع أن يتولى مراقبته والإشراف عليه بدءاً من تكوينه وصولاً إلى تنفيذه[35].

ويعد التوازن العقدي – أي التكافؤ والمساواة بين أطراف العلاقة العقدية في الآداءات المتقابلة– هو ضالة كل مشرع بل ضرورة أخلاقية وقانونية واقتصادية واجتماعية، على أنه لا يقصد من ذلك المساواة الحسابية بل يكفي ألا يكون هناك تفاوتاً كبيراً بينهما، وتتجلى هذه الصورة أكثر وتظهر عند تنفيذ العقد[36]، ومما يؤكد ضرورة هذا الدور لكل من المشرع والقضاء هو أن العقد قد تعتريه أحياناً بعضاً من العقبات والحالات التي يمكن أن تمس توازنه الإقتصادي من حيث حقوق والتزامات كل من طرفيه سواءً أثناء تكوينه أو عند تنفيذه مما يجعل التمسك المطلق بمبدأ إلزامية العقد والمغالاة فيه يتعارض مع أساس العقود التي تستند إلى قواعد العدل والعدالة، الأمر الذى دفع بالعديد من التشريعات إلى منح القاضي سلطة تعديل العقد وإعادة التوازن الإقتصادى إليه وتحقيق العدالة[37].

---

[35] – جلول، رشيد بن الحاج، دور القاضي والأطراف في تعديل العقد، ص10.

[36] – عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراة، ص 2 ،3 ،4.

[37] – شهاب محمد، العقد بين القانون والظروف الإستثنائية، مجلة إلكترونية، محكمة، تاريخ الزيارة 2022/01/02.

https://mahkama.net/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B8%D8%B1%D9%88%D9%81-/%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B3%D8%AA%D8%AB%D9%86%D8%A7%D8%A6

وقد يغيب التوازن العقدي عن العقد منذ تكوينه وقد يرجع ذلك لإرادة أحد المتعاقدين كحالة استغلال أحد الأطراف للآخر أو غبنه، أو بسبب عدم تكافؤ طرفي العقد كما هو شأن عقود الإذعان وما يتضمنه البعض منها من شروط تعسفية، كما يمكن أن يحدث بإرادة الطرفين كما هو حال الشرط الجزائي، كما يحصل وأن نجد فقداناً لهذا التوازن عند تنفيذ العقد وذلك لظروف خارجة عن إرادة أطرافه كالظروف الإقتصادية أو السياسية أو الحروب كما في حال الظروف الطارئة، كما وأن الواقع العملي يخبرنا أن ظرفاً ما قد يطرأ على أحد طرفي العقد أثناء التنفيذ مما يجعله معسراً عاجزاً عن تنفيذ التزاماته بتاريخ إستحقاقها[38]، إلا أن رأيا آخراً يرفض تدخل القاضي بغرض تعديل الإلتزامات العقدية مبرراً ذلك بعدم جواز تغيير الإلتزامات أو تعديلها حتى وإن كانت مرهقة للمدين وذلك احتراماً لبنود العقد ولمبدأ سلطان الإرادة والقوة الإلزامية للعقد[39].

ثم أن التطور الإقتصادي والتكنولوجي المستمر وقيام صناعات وشركات كبرى قد فرض تأثيراً بالغاً على المراكز العقدية للأطراف مما ينعكس على التوازن في الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين ويخل بها بسبب عدم تكافؤ الأطراف في ذلك النوع من العقود، وذلك بدءاً من توافر المعلومات الضرورية والتفصيلية لانعقاد العقد وصولاً إلى مضمونها، الأمر الذي استوجب تدخل الدولة للحد من الحرية التعاقدية[40] حماية للطرف الضعيف[41].

---

[38] – دعاء موسى عبدالرحمن برهم، مرجع سابق، صـ 15، 16، 17.

[39] – نجوى القيراني، تدخل القاضي في العقود المدنية، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 2002، ص 8.

[40] – سعاد بو ختالة، دور القاضي في تكملة العقد، ص4.

[41] – عرعارة عسالي، مرجع سابق، ص8.

وعليه نجد العديد من التشريعات قد منحت القاضي هذا الدور الرقابي على العقد وأجازت له سلطة تعديله في حالات محددة، ومنها التشريع القطري على نحو ما ورد بأحكام العديد من مواد القانون المدني رقم 22 لسنة 2004، إلا أن هناك تشريعات أخرى لا يبدو أنها اتخذت ذات النهج، إذ لم تمنح القاضي كل هذا الدور في تعديل العقد وذلك على نحو ما يمكن فهمه من أحكام فصول مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، تلك السلطة الممنوحة للقاضي قد ازدادت سواء عبر النصوص التشريعة أو الإجتهادات القضائية والدرسات الفقهية إلى حد اعتبار القاضي – عند البعض– طرفاً ثالثاً في العقد رافضين التشدد في بعض المبادئ التقليدية لنظرية العقد، ومن ثم تحول دور القاضي من دور سلبي باعتباره طرفاً خارجياً عن العقد إلى دور المتدخل فيه بجميع مراحله كضامن لفاعليته الإجتماعية والإقتصادية، إلا أن البعض الآخر يرفض أن يكون كل هذا الدور للقاضي خوفاً من عدم استقرار العلاقات التعاقدية[42].

وعليه فلا يجب الخلط ما بين تعديل العقد وتكملته، إذ لكل منهما نظامه الخاص به وان كانا يشتركان في بعض من أوجه الشبه باعتبار أن القاضي في كل منهما يقوم بالإضافة على اتفاق الأطراف من خلال إحلال سلطانه ودمج إرادته مع إرادة الأطراف وذلك بالتعديل أو الإستكمال[43] كما ويتفق كل منهما على شرط انعقاد العقد ابتداء، وفي الدور الرقابي لمحكمة القانون[44].

---

[42] – بلال عشماني، القاضي طرف جديد في العقد المدني، ص 429 ،430.

[43] – عامر علي حسن أبو رمانة، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، ص 47.

[44] – عامر علي حسن أبو رمانة، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها.

وتظهر أكثر أوجه الإختلاف بينهما في مصادر وطرق التعديل أي في طرق العلاج ووسائل كل منهما، إذ أنه في حالة تكملة العقد فإن المشرع قد وجه القاضي إلى الإستعانة بأحكام القانون والعرف والعدالة طبقاً لطبيعة الإلتزام كسبيل لإكمال العقد، في حين أن تعديل العقد يمكن القاضي من القيام بإضافة التزام أو إنقاصه أو وقفه[45]، كما أن تكملة العقد لا يمكن أن تتجه أبداً ضد العقد وفي هذا يوجد الفارق الرئيسي بين تكملة العقد وتعديله[46]، ثم أن التكملة تفترض نقصاً في العقد يوجب على القاضي سده، في حين أن التعديل يخالف فيه القاضي إرادة أحد أطرافه تحقيقاً للعدالة[47]، وعليه يمكن أن نخلص الى حقيقة اختلاف مفهوم ومضمون كل من تكملة العقد عن تعديله.

وقد يعترض القاضي عقداً يكون فيه جزءاً منه باطلاً دون غيره من الأجزاء الأخرى الصحيحة، وفي مثل هذه الحالة ذهب الإتجاه الحديث وبدافع رعاية مصالح الأفراد والمصلحة العامة إلى تنظيم فكرة إنقاص العقد، واعتبر ذلك واجباً على القاضي بإبطال هذا الجزء من العقد مع الإبقاء على باقي العقد صحيحاً، وذلك ضمن شروط محددة[48]، وهذا ما ذهب إليه المشرع القطري في أحكام المادة (166) من القانون المدني،[49] والذي يقابله في التشريع التونسي كل من الفصلين (326، 327) م أ ع[50].

---

[45] – عامر علي حسن أبو رمانة، مرجع سابق، ص 50 وما بعدها.

[46] – سمير عبد السيد تناغو، ص 418.

[47] – عامر علي حسن أبو رمانة، مرجع سابق، ص 47.

[48] – بوشقره سونيه، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر، 2013، ص 2.

[49] – تنص المادة (166) من القانون المدني القطري على الآتي: إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق فيبطل العقد كله".

[50] – ينص الفصل (326) م أ ع:" بطلان الإلتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل".

وينص الفصل(327): " بطلان بعض الإلتزام يبطل جميعه إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمر بصورة عقد خاص.

وقد يصل الأمر حد درجة البطلان في عقد ما أو قابليته للإبطال، إلا أن أركانه في الوقت ذاته تكفي أن تكون أركاناً لعقد آخر، فهنا منح المشرع سلطةً للقاضي بإبقاء العقد الصحيح، وذلك في سبيل المحافظة على العلاقة التعاقدية وهذا ما يسمى بنظرية تحول العقد، وذلك على نحو ما ذهب إليه المشرع القطري فى أحكام المادة (167) من القانون المدني[51]، والذي يقابله الفصل (328) م أ ع[52]، ومن هنا يكون للقاضي السلطة في تصحيح العقد والتي تختلف عن سلطته في تكملة العقد ذلك أن التصحيح وعلى نحو ما سبق بيانه يقع على عقد باطل أو مهدد بالبطلان أي هو وسيلة لتفادي ذلك البطلان، في حين أن التكملة تقع على عقد صحيح ونافذ فهي وسيلة لتحديد مضمون العقد ونطاقه واستكماله بالعناصر التفصيلية، ثم أن التصحيح يستند إلى نص في القانون أو إلى إرادة المتعاقدين في حين أن التكملة تعود إلى طبيعة العقد ذاته[53].

من جهة أخرى فقد تناول أغلب الباحثين[54] مسألة دور القاضي في كل من حالتي تحديد نطاق العقد بإضافة مستلزماته وتكملته بالعناصر التفصيلية فمنهم من رأى أنها مرادفة ومطابقة لبعضهما البعض، إذ يرى أنصار هذا الرأي أنه لا يوجد ما يستوجب التمييز بين دور القاضي الإيجابي في

---

[51] – تنص المادة (167) من القانون المدني القطري على الآتي:" إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد.

[52] – ينص الفصل (328) م أ ع: إذا بطل الإلتزام وكانت به من الشروط ما يصح به إلتزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الإلتزام.

[53] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص69، 70.

[54] – سعاد بو ختاله، دور القاضي في تكملة العقد، ص56، 57، 58، انظر كذلك: ياسر أحمد الصيرفي، ص 18، 19، 20، عبدالرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، هامش ص 620، سحر البكباشي، مرجع سابق، ص 620، سلام الفتلاوي، نطاق العقد، ص 70.

تحديد نطاق العقد طبقاً للمادة (2/172) ودوره بتكملة العقد طبقا لأحكام المادة(79) من القانون المدني، فهو في الحالتين يأتي لاحقاً لانعقاد العقد أي في مرحلة انتاجه لآثاره وبالتالي لا تتعلق بتكوينه، وفي كل منهما يستكمل القاضي نطاق العقد باضافة تلك الالتزامات التي تنظم المسائل التي لم ينظمها المتعاقدان، سواء تركاها عمداً للاتفاق عليها لاحقاً بعد اتفاقهم على المسائل الجوهرية، أو تم تركها سهواً لانهما لم يتوقعاها، فالنتيجة المترتبة على كلتا الصورتين واحدة وهي قيام القاضي بسد ذلك النقص الذي يشوب مضمون العقد[55]، وهو ما لا نعتقد بصحته ولا بدقته، إذ نرى أن تحديد نطاق العقد على نحو ما أمرت به أحكام المادة (172) من القانون المدني القطري يختلف عن تكملة العقد على نحو ما ورد بنص المادة (79) من ذات القانون وغيرها من المواد الأخرى، ذلك أن تحديد نطاق العقد بإضافة ما هو من مستلزماته سابقاً على دور القاضي في تكملة العقد بالمسائل التفصيلية، بل وقد يغني عن التكملة برمتها، ثم أن المستلزمات تتم إضافتها من قبل القاضي دون قيد أو شرط إذ هي جزء من العقد وذلك خلافاً لاستكماله الذي يستلزم توافر شروط لابد منها كالإتفاق على المسائل الجوهرية ووجود أمور تفصيلية لم يتم الإتفاق عليه بعد، بالإضافة إلى عدم إتفاق الأطراف بأن العقد بدونها يكون غير تام ولا منعقد[56]، ثم أن حالة تكملة العقد تستدعي إيجاد التزام جديد أما حالة إضافة

---

[55] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 64، 65.

[56] – أبو رمان ، عامر علي محسنن دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني الأردني، ص 185وحتى 188.

المستلزمات فهي ليس أكثر من استكمال لتنفيذ التزام موجود أصلاً، وبالتالي نكون أمام تنظيم ومراقبة لتنفيذ هذا الإلتزام[57] ذلك أن أثر العقد يمتد ليشمل كل ما هو من مستلزماته علاوة على ما ورد فيه[58].

أهمية الدراسة:

يعد دور القاضي في تكملة العقد من المواضيع ذات الأهمية الكبيرة من الجانبين النظري والعملي، إذ يستلزم الأمر من الناحية النظرية شرح ذلك الدور الإيجابي للقاضي وبيان أساسه القانوني، ذلك أن الأصل هو مبدأ سلطان الإرادة وحياد القاضي عن التدخل في إرادة أطراف العقد، كما تبرز الأهمية في الجانب العملي والتطبيقي في ضرورة الوقوف على كيفية ممارسة هذا الدور الإيجابي للقاضي والطرق المرسومة قانوناً لولوجه، لا سيما في ظل التطور التقني وما أفرزته التكنولوجيا من وجود طرف متخصص بمواجهة طرف يعد من العامة ومايتضمنه استخدامها من مخاطر.

كما تكمن أهمية هذه الدراسة في استعراض المواقف المتباينة للتشريعات المقارنة من هذا الدور الإيجابي للقاضي والمسائل الخلافية فيها، وبيان ما سلكه المشرع القطري في هذا الشأن وتقييم موقفه، نظراً لصلتة الشديدة بالواقع العملي، وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع إلا أننا لا نجد إلا القليل من الدراسات التي تناولته والتي لم تتطرق إلى التشريع القطري.

---

[57] – فليح حسن حيدر، ، مرجع سابق 163

[58] –حازم سالم محمد الشوابكة، محددات مستلزمات العقد في القانون المدني البحريني، دراسة مقارنة، ص 3993.

الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى: خالد عبد حسين الحديثي، تكملة العقد، دراسة مقارنة، منشوارت الحلبي الحديثة، 2012.

تناول الكتاب المذكور موضوع تكملة العقد، إلا أنه لم يفرق في الدور الإيجابي للقاضي في تكملة العقد بين حالتي إضافة مستلزماته وإضافة الإلتزامات التفصيلية في حالة الاتفاق على العناصر الجوهرية، بل تناولهما وكأنهما حالة واحدة.

كما أن الدراسة المذكورة وإن جاءت بعنوان دراسة مقارنة إلا أنها خلت من المقارنة بين تشريعين من مدرستين مختلفتين.

الدراسة الثانية: عامر على حسين أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني الأردني – دراسة مقارنة– رسالة دكتوراة، جامعة العلوم الاسلامية العالمية– المملكة الأردنية الهاشمية. 2014.

تعتبر الدراسة المذكورة مرجعاً هاماً في هذا الموضوع، لاسيما وأنها تحدثت عن كل من استكمال العقد وإكماله وفرقت بينهما، إلا أنها لم تتناول ما أفرزه التطور التقني والإقتصادي من اختلال في موقف المتعاقدين عند ابرام العقد، وبالتالي توسعة دور القاضي الإيجابي في تكملة العقد بإضافة التزامات أخرى لم يتضمنها العقد ذاته كالالتزام بالسلامة وبالتحذير والتبصير وغير ذلك.

الإشكالية:

حيث تظهر إشكالية الدراسة الماثلة من ضرورة البحث عن توازن في التشريعات السارية ما بين احترام إرادة الأطراف في ابرام عقودهم، وضمان تنفيذ التزاماتهم بحسن نية من جهة، ومن جهة أخرى مراقبة تنفيذ تلك العقود التي انعقدت وتحقيق أغراضها من خلال إعطاء القاضي دوراً إيجابياً في تكملتها وتحديد نطاقها بإضافة التزامات أخرى لم يكن العقد أن تضمنها، وذلك حرصاً من المشرع على عدم انهيارها، وضمان تحقيق التوازن العقدي وفاعليتها الإجتماعية، لا سيما في ظل التغيرات الإقتصادية والتطورات التكنولوجية الهائلة والتي لا تتوافر فيها المساواة ما بين طرفي العقد.

مما يفرض تساؤلات محلها ماهو أساس وطبيعة ذلك الدور الإيجابي للقاضي في تكملة العقد؟ وكيفية ممارسة القاضي له؟ وهل فعلاً استطاع المشرع الموازنة مابين احترام إرادة الأطراف ومراقبة تنفيذ تلك العقود؟.

منهجية الدراسة:

سيتبع الباحث في هذه الدراسة عدة مناهج علمية بغرض معالجة الإشكاليات المطروحة وفقاً لما يلي:

المنهج المقارن: يتبع الباحث المنهج المقارن للوقوف على كيفية معالجة العديد من التشريعات المقارنة لدور القاضي الإيجابي في تكملة العقد ومقارنتها بما ذهب إليه المشرع القطري على ضوء أحكام القانون المدني رقم 22 لسنة 2004 لا سيما التشريع التونسي متمثلاً بأحكام مجلة العقود

والإلتزامات والتي تنتمي لمدرسة فقهية تختلف نسبياً عن تلك التي ينتمي إليها القانون المدني القطري، مع المرور أحياناً إلى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي صاحب الأسبقية في تبني الدور الإيجابي للقاضي، وكذلك التشريع العراقي والذي تأثر أكثر في الفقه الإسلامي.

المنهج التحليلي: سيتبع الباحث كذلك المنهج التحليلي من خلال تحليله النصوص ذات الشأن والصلة في كل من التشريعين القطري والتونسي، مستعيناً بما ذهبت إليه التطبيقات العملية من خلال الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن.

المنهج الاستقرائي: يسلك الباحث هذا المنهج بغرض استنباط قواعد خاصة من خلال استقراء بعض الوقائع والأحكام العامة والآراء الفقهية والتطبيقات القضائية.

خطة الدراسة

وحيث اختلفت التوجهات التشريعية والأحكام القضائية والآراء الفقهية حول أساس دور القاضي الإيجابي في تكملة العقود التي يبرمها أطرافها، وعما إذا كان هذا الرأي الذي يجيز للقاضي تلك السلطة يمثل انقلاباً على مبدأ سلطان الإرادة وإلزامية العقود –كما يرى البعض–، أم أن في ذلك تطبيقاً لأحكام العدالة اللازمة في العقود بما يحقق إرادة أطرافه والغاية منها– على نحو ماذهب إليه البعض الآخر؟ مما يستوجب بيان ذلك **الدور الإيجابي للقاضي في تكملة العقد،** وهذا ما سنبحثه من خلال الفصل الأول من الدراسة الماثلة، كما أن الوقوف على الكيفية التي يمارس من خلالها القاضي ذلك الدور الإيجابي في الوقت الذي لا يتعدى فيه على الإرادة التعاقدية يستوجب معرفة تلك الآليات التي يسترشد بها القاضي تحقيقاً لهدفه المنشود، وهذا ما سيكون محله الفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفصل الأول: الدور الإيجابي للقاضي في تكملة العقد

لم يعد دور القاضي سلبياً حيال العقد وإرادة أطرافه بل بات يمارس دوراً إيجابيا في تنظيمه ومراقبة تنفيذه نظراً لما يؤديه من وظيفة إجتماعية واقتصادية، بل هناك من يرى أن القاضي شريكاً في صنع العقد وآثاره، مما دفع بالمشرع إلى إقرار هذا الدورالإيجابي للقاضي وهذا ما سيكون محل المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فسنتناول كيفية ممارسة هذا الدور وشروطه من قبل القاضي.

المبحث الأول: إقرار المشرع بالدور الإيجابي للقاضي في تكملة العقد

اختلف الفقه منذ القدم ما بين مغال ومتشدد من مبدأ سلطان الإرادة ويرونه أساساً لإنشاء الإلتزامات، ومابين طرف آخر يعد خصماً للأول إذ يرى في الملكية وظيفة إجتماعية وبلغ حد المطالبة بالتخلص كلياً من مبدأ سلطان الإرادة[59]، وما بين مذهب ثالث يعد وسطياً يقر للإرادة بسلطانها وإنما يضع لها حدودا[60].

وقد حسم المشرع القطري أمره على غرار غيره من المشرعين إذ جعل من العقد قانوناً لأطرافه كمبدأ عام، وفي الوقت نفسه منح القاضي دوراً إيجابياً في تكملة العقد في حالات محددة، وفي ذلك ثار جدل

---

[59] – سعاد بو ختاله، مرجع سابق، ص 3، انظر كذلك: سليمان محمدي، ص186.

[60] – عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 161.

فقهي حول أساس هذا الدور ما بين رأي يرده لإرادة المتعاقدين ذاتهم ورأي آخر يرده لإرادة المشرع، الأمر الذي يستدعي بيان الأساس التشريعي لهذا الدور الإيجابي للقاضي وهذا ما سيكون محل المطلب الأول، كما وأن هذا الخلاف لم يقتصر على حدود ما ورد بالعقد بل تعداه ليشمل ما هو من ضروریاته ومستلزماته وهذا ما سيكون محل المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأساس التشريعي لدور القاضي الإيجابي في تكملة العقد

إن الأصل في العقد أنه شريعة المتعاقدين، وأن القاضي يطبقه كما لو كان يطبق القانون، وكما أنه لا يجوز لأي من المتعاقدين إجراء أي تعديل على الالتزامات العقدية سواء بالإضافة أو الحذف فإن الأمر ذاته ينطبق على القاضي باعتبار أن إرادة الطرفين هي وحدها مصدر وأساس القوة الملزمة للعقد[61] وإلا عد ذلك من جانبه اعتداء على القوة الإلزامية له، فالقاضي مجرد راع لإرادة الأطراف لما في ذلك من ضمان لاستقرار المعاملات[62]، وعليه حماية أطراف العقد كحمايته للنصوص القانونية[63]، فليس له إحلال إرادته محل إرادة أطراف العقد أو التعديل في مضمون التزاماتهم حتى وإن بدا له في ذلك أكثر عدالة[64]، فالعدالة لا تنسخ إرادة أطرف العقد بل تكملها.

---

[61] – حازم سالم محمد الشوابكة، محددات مستلزمات العقد في القانون البحريني، دراسة مقارنة، ص4001.

[62] – خولة بورارري، التعديل القضائي للعقد، ص 31.

[63] – الدكتور حازم سالم محمد الشوابكة، مرجع سابق، ص4004.

[64] – محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، ص 777.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز القطرية في العديد من أحكامها[65]، وذهب البعض حد القول بالتزام القاضي بما يقرره طرفي العقد حتى وإن كان منافياً للعدالة[66]، ولقد ظل هذا المبدأ سائداً في ظل نظرية سلطان الإرادة وأن لكل متعاقد تأمين مصالحه الخاصة بوسائله الذاتية، وأن العقد يفترض وجود تعارض في المصالح ما بين أطرافه، وهذا يحتم وجود صراع مستمر بينهما، وبالتالي وباعتباره اتفاق إرادي فإن تعديله لا يمكن أن يكون إلا باتفاق إرادي جديد[67] مما يترتب على ذلك اقتصار الحقوق والالتزامات على تلك التي اتجهت اليها إرادة المتعاقدين ومن ثم لا يجوز امتداد نطاق العقد ليشمل حقوق والتزامات أخرى لم تنصرف إليها إرادة أطرافه.

غير أن هذه النتيجة لا يمكن الأخذ بها لسببين الأول أن هناك التزامات تبعية قد لا تنصرف اليها إرادة المتعاقدين وفي الوقت ذاته لا يتحقق الهدف من العقد بدونها، وثانيهما قد لا يتضمن العقد تنظيماً لكل جوانب العلاقة العقدية إذ غالباً ما يغفل المتعاقدان تنظيم العديد من الأمور سهواً أو حتى عن

---

[65] – إذ قضت: "حيث إن هذا النعي فى محله، ذلك أن المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن العقد شريعة المتعاقدين فيعتبر بالنسبة إلى عاقديه بمثابة القانون، وهو قانون خاص بهما وإن كان منشأه الاتفاق بينهما فلا يجوز لأيهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه أو الإعفاء منه إلا فى حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون، ويخضع العقد لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقضى بأن العبرة في تحديد حقوق والتزامات طرفي العقد هو بما حواه من نصوص، بما مؤداه احترام كل منهما للشروط الواردة فيه ما لم تكن مخالفة للقانون أو للنظام العام، فالعقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة وهذا هو الأصل، كما لا يجوز للقاضي أن ينقض عقداً صحيحاً أو يعدله بدعوى أن النقض أو التعديل تقتضيه قواعد العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها، فالقاضي لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير إرادتهما بالرجوع إلى نية هؤلاء، والخطأ في تطبيق نصوص العقد أو مخالفتها خطأ في القانون يخضع لرقابة محكمة التمييز"، حكم محكمة التمييز القطرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم 122/ 2013، تاريخ 27/ 6/ 2013.

[66] – الدكتور حازم سالم محمد الشوابكة، مرجع سابق، ص4005.

[67] – علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، ص 14، وورد كذلك في: فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ط 2006، ص 126.

قصد، أو لأن العمل لم يجر على مواجهة تلك المسائل التفصيلية لعدم إمكانية توقع النتائج التي قد تترتب على ما يستجد من ظروف أو أحداث[68].

بيد أن هذه النظرة للعقد قد تغيّرت أيضاً بسبب عوامل التطور الإقتصادي والتقني وما صاحب ذلك التطور غالباً من خلل في التوازن العقدي، وحلت محلها نظرة جديدة للعقد ترى بأنه وسيلة اتحاد بين المصالح المتوازنة وبأنه أداة للتعاون المثمر ونتاج للثقة المتبادلة بين الطرفين المتعاقدين، وبأن العلاقة العقدية تشكل عالماً أو مجتمعاً صغيراً يجب على كل فرد فيه أن يعمل من أجل هدف واحد ألا وهو مجموع الأهداف الشخصية التي يسعى اليها كل فرد، وبذلك يحل محل التعارض بين مصلحة الطرف الدائن ومصلحة المدين نوع معين من الإتحاد بين هذه المصالح المتعارضة بحيث يصبح العقد في النهاية أداة للتعاون الصادق بين أطرافه[69].

كما أن نشوء وشيوع مبدأ التخصص في العلوم والمهن وما رافقه من سياسة تشريعية وتنظيمية تحصر مزاولة بعض منها على طائفة محددة بعينها من الأشخاص الذين يتمتعون بشروط فنية ومؤهلات علمية خاصة تؤهلهم لممارسة هذا العمل المهني دون غيرهم كالمهندس المعماري والمحامي والطبيب....، قد فرضت على الآخرين اللجوء إلى مهني معين يحتكر تقديم هذه الخدمة، وبلجوء العميل لهذا المهني فإنه يفترض فيه الثقة عندما تنشأ بينهما الرابطة العقدية والتي أساسها الثقة المشروعة، لذا فإن أي خلل أو تقصير في تقديم تلك الخدمة من جانب المهني يشكل خرقاً لهذه الثقة

---

[68] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 56.

[69] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 103، 104.

المشروعة بينهما[70]، مما يستوجب التدخل في العلاقات العقدية تشريعياً وقضائياً لحماية الطرف الضعيف بواسطة فرض النظام العام بشقيه التوجيهي والحمائي[71].

و لمعالجة ذلك النقص الحاصل في مضمون العقد وللحفاظ على العلاقات التعاقدية فقد منح العديد من المشرعين ومنهم المشرع القطري بموجب عدة نصوص منها المواد (2/79، 172) سابقتي الذكر دوراً للقاضي باكمال نطاق العقد باضافة الالتزامات التي تقتضيها طبيعة ذلك العقد ولو لم تتجه اليها إرادة الاطراف، وكذلك من خلال استكماله بالعناصر الثانوية والتفصيلية عند الإتفاق على العناصر الجوهرية.

إلا أن تلك السلطة للقاضي كانت محل تخوف حتى من بعض أعضاء لجنة صياغة القانون المدني في مصر[72] من حيث أنها تعطيه سلطة خطرة تمكنه من زيادة التزامات المتعاقدين وفيها إهدار لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، غير أن الإتجاه التشريعي استقر تحت تأثير فكرة العدالة الاجتماعية في عصرنا الحديث على توسعة محدودة في مضمون العقد دون إسراف أو شطط، ومؤدى هذه التوسعة أن يدخل في مضمون العقد إلى جانب الإلتزامات التي جاء بها عاقداه وتلك التي يقضي بها القانون ما يعتبر من توابع العقد ومستلزماته.

---

[70] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 105.

[71] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق،ص5، وانظر كذلك، علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد،ص 291 وما يليها.

[72] – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، هامش ص 233.

" ولما تلي في لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق في بعض الأحوال، فلا يحسن تركه لتقدير القاضي خشية التحكم".

ولم يسلم هذا التخوف من النقد على اعتبار أنه يمثل شكلاً من أشكال المغالاة بمبدأ سلطان الإرادة والذي يحصر بالإرادة وحدها صلاحية تحديد ما ينتجه العقد من التزامات، وهذا بلا شك لا ينسجم مع ما أفرزه الواقع من حالات عديدة لا يكون فيها المتعاقدان على قدم المساواة إما لاختلال في التوازن الاقتصادي او في عنصر المعرفة التقنية أو غير ذلك، مما يحدث خللاً في التوازن العقدي، وبالتالي لا مفر من إعطاء القاضي سلطة التأثير على مضمون العقد لتمكنه من إعادة التوازن المفقود وتأمين شيئاً من الحماية للطرف الضعيف، أما في ما يتعلق بالخوف من تحكم القاضي فهذا مستبعد ذلك أن المشرع وضع معاييراً محددة يتم بموجبها اضافة الالتزامات إلى مضمون العقد إذ استلزم أن تكون متوائمة مع طبيعته[73]، كما وأن القاضي في ممارسته دوره المذكور يخضع لرقابة محكمة التمييز باعتبار أن دوره من مسائل القانون مما يبدد التخوف من تحكم القاضي[74]، مما يعد ذلك ضماناً من التخوف في منح هذا الدور الإيجابي للقاضي.

وقد اعتنق المشرع القطري في الفقرة الاولى من المادة (172) من القانون المدني المعيار الذاتي في تنفيذ العقد ومقتضاه أن يكون التنفيذ متفقاً مع ما يوجبه حسن النية، مما يستلزم الرجوع والعودة إلى السلوك الشخصي للمدين لمعرفة ما اذا كان قد اتبع مبدأ حسن النية من عدمه، إلا أننا نجد المشرع في الفقرة الثانية من المادة ذاتها قد قيد المعيار الذاتي بعدد من الضوابط الموضوعية في تحديد نطاق العقد محققاً التوازن ما بين المعيارين الشخصي والموضوعي إذ لم يقصر العقد على ما ورد فيه بل

---

[73] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 62، 63.

[74] –السنهوري عبد الرزاق أحمد، مرجع سابق، ص695.

مده إلى ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، وبذلك يكون أن أوجد توازناً بين النزعتين الشخصية والموضوعية في الالتزام[75]، مما يرى معه الباحث أن المشرع القطري قد أحسن فعلاً إذ وفق ما بين المعيارين الشخصي والموضوعي.

وقد أطلق البعض على دور القاضي هذا مصطلح تطويع العقد وبأنه استثناء على المبدأ السائد بأن العقد شريعة المتعاقدين وهو يمنح القاضي سلطة تقديرية تمكنه من التسلل إلى العقد والنفاذ إليه لإضافة مستلزماته واستكمال ما أغفله أطرافه عمداً أو سهواً، ولا يمكن إلا الإقرار بأن التطور الإجتماعي والإقتصادي كانا سبباً فى نشأة هذا الدور وتقنينه[76]، وأن تطويع العقد يعد مظهراً من مظاهر السلطة التقديرية التى يمارسها القاضى بغية تطبيق أحكام القانون، والتي عبر عنها جانب من الفقه بالقول أن القاضي في دوره هذا يعد بمثابة مشرع فيما لم يرد بشأنه نص[77]، إلا أن الباحث لا يرى أن مصطلح تطويع العقد خاصاً بدور القاضي بإكمال العقد سواء باستكمال عناصره التفصيلية أو تحديد نطاقه بل يشمل كذلك تعديل العقد وإنقاصه وتحوله.

ولم يكن المشرع القطري حالة فريدة بالنص على ذلك بل تكاد كل التشريعات المقارنة أن تبنت هذا الإتجاه ومنها مثلاَ المشرع المصري والذي طابق فيه نص المادة (148) من القانون المدني أحكام

---

[75] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 64.

[76] – أحمد حدي لاله، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، ص 170-171-172.

[77] – أحمد حدي لاله، مرجع سابق، ص 174.

المادة (172) من القانون المدني القطري[78]، وكذلك ما ذهب إليه التشريع التونسي فى الفصل 243 من أحكام مجلة الإلتزامات والعقود، والذي وإن اختلف صياغة مع نص المادة (172) من القانون المدني القطري، إلا أنهما اتفقا روحاً ومضموناً إلى حد كبير وإن لم يصلا حدود التطابق، حيث نص الفصل المذكور على الآتي:" يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته".

وتعد المادة (172) من القانون المدني القطري هي المادة الأوضح التي يستند إليها القاضي في تكملة العقد بإضافة إليه كل ما هو من مستلزماته بحسب طبيعة الإلتزام ووفقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة وبطريقة تتفق وحسن النية حال تركهما تنظيم تلك المسائل عند ابرام العقد وفشلهما بالاتفاق عليها بعد ابرامه[79]، وهنا نجد أن مفهوم كل من مستلزمات العقد وحسن النية ليس واضحاً ولا محدداً الأمر الذي يترك أمر تحديده للقاضي بحسبانه من سلطاته التقديرية[80].

ويتضح من النص المذكور بحسب ما يرى جانب من الفقه أن على القاضي وهو في سبيل أداء مهامه المذكورة الاسترشاد بأحكام القانون، والتي هي المرجع الأساسي إذا ما تعلق الأمر بعقد من العقود المسماة حيث يصار إلى تطبيق الأحكام الخاصة في هذا العقد ومن ثم إلى القواعد العامة ومن

---

[78] – تنص المادة (148) من القانون المدني المصري على الآتي:"1– يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2– ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام.

[79] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص 52، وانظر كذلك: سحر البكباشي، مرجع سابق، ص175، وكذلك علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 388.

[80] – سالم محمد الشوابكة حازم، مرجع سابق، ص 3993.

ثم إلى تطبيق القواعد المنصوص عليها بالنسبة لأقرب عقد، ولعل المقصود من تلك القواعد بأنها القواعد المفسرة والمكملة وليست الآمرة ذلك أن المتعاقدين لا يملكون البحث في تطبيق أو عدم تطبيق القواعد الآمرة[81]، وهذه القواعد التكميلية التفسيرية وباعتبارها ليست من النظام العام فيمكن لهما استبعادها صراحة أو ضمناً[82].

وبالعودة إلى أحكام المادة (79) من القانون المدني نجد أن المشرع منح من خلالها القاضي سلطة المساهمة في صنع العقد باستكماله وهذا يتطابق مع الواقع الذي لا يمكن معه لأطراف العلاقة التعاقدية الإلمام وحصر كافة التفاصيل عند إبرامه، لذا وحرصاً على عدم إنهيار العلاقات العقدية ولإنقاذها من الجمود الذي يتعذر معه إتمام التنفيذ، ولثقة المشرع بالقاضي وحياديته وقدراته فقد منحه تلك السلطة وأمده بمصادر تكميلية تتناسب وهذه المهمة المتمثلة بملء النقص الذي يمكن أن يتواجد في العقد[83]، ومما لا شك فيه أن هذه المهمة للقاضي لا تعد من المهام المألوفة لطبيعة عمله إذ يتجاوز دوره فيها تفسير ما تم الإتفاق عليه ليصل إلى فرض ما اختلفوا فيه وهي بالتالي مساهمة في صنع العقد وتوسعاً في مهامه[84].

ولقد اختلف الرأي حول الأساس القانوني لطبيعة تلك الإلتزامات التي يمكن أن يضيفها القاضي إلى مضمون العقد سواءً عند تحديد مستلزماته أو عند تكملته بالعناصر التفصيلية، فهناك من رأى أن

---

[81] – سالم محمد الشوابكة حازم، مرجع سابق، ص 3993.

[82] – السنهوري عبدالرزاق أحمد، مرجع سابق، ص693.

[83]– أبو رمان ، عامر على حسن، مرجع سابق، ص 1.

[84]– السنهوري عبد الرزاق أحمد، مرجع سابق ص 233.

الأمر لا يخرج عن كونه امتداداً لإرادة طرفيه وذلك بالبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين[85]، أي لا يعدو أن يكون تفسيراً للعقد يكشف عنه القاضي بواسطة القواعد المفسرة وبأن الوسائل التي أشار إليها المشرع هي بمثابة ظروف خارجية يستهدى بها القاضي[86]، وإلى الدور الخلاق الذي يقوم به القاضي باضافة الالتزامات التفصيلية[87]، في حين يميز أغلب الفقه ومنهم الدكتور السنهوري بين عملية تفسير العقد وما بين تحديد نطاقة ذلك أن الحالة الأخيرة تأتي لاحقة لتفسيره وأنها لا تقتصر على ما ورد فيه وفقاً للنية المشتركة لطرفيه بل تتجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد[88]، ومنهم من ردها للإرادة المفترضة للمتعاقدين[89]، على أن هناك رأياً آخر يرى أن أساس دور القاضي في تكملة العقد هو مبدأ حسن النية وأن من أهم وظائف هذا المبدأ أن يلزم تنفيذ العقود بطريقة نافعة تسمح باضافة العناصر التفصيلية ومستلزمات العقد[90]، على أن رأياً آخر يرى بالنصوص القانونية (79، 172) من القانون المدني القطري والنصوص المقابلة لها في القانون المقارن هي أساس سلطة القاضي في تكملة العقد[91]

.

---

[85] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص 138، وانظر كذلك: عبد الحميد جاب الله، التعبير عن الإرادة، ص 48، 49.

[86] – وهذا ما سنبحثه في موقع آخر من البحث تجنباً للتكرار.

[87] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص 138.

[88]– السنهوري عبدالرزاق أحمد، مرجع سابق، ص 690.

[89] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص 126، 134، وانظر كذلك: حميد بن شنيتي، مدخل للقانون، ص 134.و كذلك علي فيلالي، مقدمة في القانون، ص 240.

[90] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص 140، انظر كذلك: سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 194، عرعارة عسالي، مرجع سابق، ص 207، 208.

[91] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص 143 ومابعدها.

ورغم وجود أكثر من رأي فقهي حول المعيار الذي ينبغي أن يسلكه القاضي في ممارسة سلطته التقديرية في تكملة العقد فيما اذا كان معياراً شخصياً أم موضوعياً، إلا أن غالب الفقه[92] ـ ومن حيث المبدأ ـ يغلب المعيار الموضوعي والنظرة الموضوعية إلى الإلتزامات العقدية التكميلية التي يطلب منه الحكم بإلزام المتعاقد الآخر بها أي بإضافة ما يراه مناسباً منها لغرض تكميل العقد وفق الغاية التي وجد من أجلها والتي تعد هي الأكثر نجاعةً وعدلاً، لا سيما وأن في ذلك تحقيق لهدف النظام القانوني في الثبات والإستقرار في الأحكام التي يمكن أن تصدر في القضايا والحالات المشابهة بالذات في الأحوال التي يواجه فيها المشرع الجانب السلبي للروابط القانونية، مما يؤدي إلى وضع معايير عامة يمكن أن نصفها بالثبات[93]، وكذلك اغفال المتعاقدين بعضاً من العناصر التفصيلية والتي لا تؤثر على صحة العقد المبرم لا يحول دون إتمام العقد حتى وإن كان الغرض من هذا العقد لا يتحقق ما لم يتم تنفيذ تلك العناصر سواء انصرفت إرادة المتعاقدين إليها أم لم تنصرف، والتي غالباً ما تكون إلتزامات ثانوية لكنها بذات الوقت ضرورية ولا تتحقق الآثار النافعة للعقد إلا بها بل وتجعله أكثر ملاءمة وقابلية للتنفيذ، الأمر الذي استلزم من المشرع اسناد مهمة تحديد هذه المستلزمات إلى قاضي

---

[92] – فليح حسن حيدر، محمد غانم يوسف، مرجع سابق، ص150، انظر: محمد شتا ابو سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، ص 630.

[93]– فليح حسن حيدر، محمد غانم يوسف ـ مرجع سابق– ص 146ـ 150، انظر كذلك:د جليل الساعدي، عقد المقاولة الوارد على البرامج الخاصة للمعلومات في القانونين العراقي والفرنسي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية التي يصدرها بيت الحكمة في العراق، العدد 33 لسنة 2013، ص37، د نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ص 156، وص 198.

https://jols.uobaghdad.edu.iq/index.php/jols/article/view/192

الموضوع[94]، وأن دور القاضي في إضافة تلك العناصر التي تعد من قبيل المستلزمات إنما تتم دون قيد أو شرط إذ تعد جزءاً من العقد وهذا خلافاً لدور القاضي وسلطته في استكمال العقد والذي يأتي لاحقاً على الإتفاق على المسائل الجوهرية دون الأمور التفصيلية التي لم يتفق عليها[95].

لم يقف اختلاف الفقه حول ماهية ومعيار السلطة التقديرية للقاضي في تكملة العقد وحسب بل ظهر جدل فقهي حول مدى تلك السلطة التقديرية عند ممارسته لدوره المذكور وما هي حدودها[96]؟، إذ ذهب رأي إلى أن سلطة القاضي الواردة في أحكام المادة (95) من القانون المصري والمطابقة لنص المادة (79) من القانون القطري ما هي إلا تحديد لنطاق العقد على سند من أنها لاحقة على إبرام العقد وليس سابقة عليه مما لا يجعله مساهماً في تكوين العقد، إلا أن رأياً فقهياً آخراً ينظر إلى أن دور القاضي في تكملة العقد بأنها مساهمة منه في استكمال جوانب من موضوع العقد وبالتالي مشاركة في استكمال تكوينه وصناعته[97]، حيث يقول الدكتور السنهوري:" فإن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان، بل يجاوز ذلك إلى تدبير

---

[94] – حازم سالم محمد الشوابكة حازم، مرجع سابق، ص 3989.

[95] – حازم سالم محمد الشوابكة حازم، مرجع سابق، ص 3992.

[96] – فليح حسن حيدر، محمد غانم يوسف، مرجع سابق، ص 152.انظر كذلك: محمد شتا ابو سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، ص 622، وكذلك ورد في: سعد حسين الحلبوسي، مرجع سابق، ص 205، وسحر البكباشي، مرجع سابق، ص 216، وأسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دراسة تحليلية، ص 20.

[97] – فليح حسن حيدر، محمد غانم يوسف، مرجع سابق، ص 153 ـ 154.

ما اختلفا فيه، فهو إذن يساهم في صنع العقد"[98]، كما أن تحديد العناصر الجوهرية في العقد عن غير الجوهرية هي الأخرى سلطة تقديرية يمارسها القاضي.

وبناء على ما انتهينا إليه من أن تنفيذ العقد لا يقتصر على ما ورد فيه بل يشمل ما هو من مستلزماته كذلك، الأمر الذي نبحث معه دور القاضي الايجابي حال نظره هذه الحالة، وهذا ما سيكون محل المطلب التالي.

المطلب الثاني: الدور الإيجابي للقاضي في إضافة للعقد ما هو من مستلزماته

تنص المادة (172) من القانون المدني القطري:1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزم".

ويقابل النص القطري المذكور الفصل (243) من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية والتي تنص على الآتي:" يجب الوفاء بالإلتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته".

وبقراءة النصوص السابقة نجد أن المشرع القطري قد أفرغ المادة المذكورة بفقرتين، وفي الأولى منهما أوجب تنفيذ ما تتضمنه العقود مستخدماً مصطلح حسن النية، في حين أن المشرع التونسي في الفصل المذكور أوجب تنفيذ الالتزامات مستخدماً مصطلح تمام الأمانة، ويرى الباحث أن كلاً من النصين

---

[98] – عبدالرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، المجلد الأول، ص،218، 219.

بشكل عام ومصطلحي حسن النية وتمام الأمانة بشكل خاص هما وجهان لعملة واحدة في المعنى والمضمون وفي ما يرمي إليه المشرعان في كل منهما، ومما يعزز رأي الباحث في وحدة المصطلحين هو مادرج على استخدامه الفقه التونسي من جمع المصطلحين معاً وفي استخدامهما لنفس الغرض[99]، ويظهر ذلك بصورة أوضح في ما ورد في التعليق على مجلة الالتزامات والعقود وتحديداً في التعليق على الفصل (243) م إ ع، إذ استخدم الدكتور علي كحلون مصطلح حسن النية رغم ورود مصطلح تمام الأمانة في نص الفصل المذكور حيث ذكر مفهوم حسن النية بدلاً من مفهوم تمام الأمانة واستطرد بعدها بالقول:" ويجب أن يكون هذا الوفاء بأمانة بمعنى بحسن نية وقد يتخذ هذا المفهوم معنى ذاتياً أو موضوعياً"[100]، مما نراه يدل على توافق المصطلحين معنى ومضموناً.

وأكمل الدكتور كحلون القول: كما أن مؤدى الفصل (243) م إ ع ، والإطار الموضوعي للقوة الملزمة تستلزم أن يكون تنفيذ سائر الالتزامات والوفاء بها بحسن نية، بل وأن يتعداه إلى جميع الأحكام القانونية ومعاني العرف والإنصاف ذات الشأن والصلة[101]، فهو من القواعد الكلية التي يعمل بها في سائر النظم القانونية[102]، وهو مبدأ أخلاقي وفلسفي يستند إلى أساس أدبي لذا يصعب تحديده[103]، ثم أن المشرع لم يقصر مبدأ الأمانة على مرحلة إبرام العقود بل مده إلى مرحلة تنفيذه[104]، إذ يعد من أهم

---

[99] – بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، صحة العقد والاستقرار التعاقدي، ص 110، 111.

[100] – علي كحلون، مرجع سابق، ص 715.

[101] – علي كحلون، مرجع سابق، ص 714، 715.

[102] – بديع بن عباس، مرجع سابق، هامش ص 111، وقد ورد كذلك في : محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، ص 258.

[103] – محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، ص 780.

[104] – بديع بن عباس، مرجع سابق، ص 111، وورد أيضاً في: نائلة بن مسعود، دراسة نقدية لنظرية عيوب الرضاء، ص 182.

الوسائل الأخلاقية التي تعين على تحديد مضمون العقد والذي يرتبط بمبدأ الانصاف ارتباطاً وثيقاً يصعب التفريق بينهما غالباً[105].

وفي الفقرة الثانية من النص القطري نجد أن المشرع أورد ذات الوسائل الثلاثة التي استخدمها المشرع التونسي بإستثناء الوسيلة الثالثة حيث عبر عنها النص القطري بالعدالة فيما عبر عنها الفصل التونسي بالإنصاف، وهو ما لا يشكل من وجهة نظر الباحث أي خلاف في المعنى أو المضمون، ثم أن الترتيب الذي أورده كل من المشرعين هو ذاته (القانون – العرف – العدالة)، لكن الخلاف بينهما نجده في أن المشرع القطري استخدم حرف العطف (واو) فيما استخدام المشرع التونسي حرف العطف (أو)، ويعتقد الباحث أن الإختلاف في استخدام حرف العطف هو اختلاف شكلي ولا تأثير له على مضمون النص ولا على غاية المشرع، ذلك أن حرف العطف (أو) والذي استخدمه المشرع التونسي وإن كان للوهلة الأولى يعني التخيير دون الجمع إلا أنه وعلى نحو ماذهب إليه بعض علماء النحو يمكن أن يأتي بمعنى الجمع نيابة عن الواو وذلك حسب صياغة الجملة[106] كما نعتقد بعدم وجود ما يمنع من الجمع بين وسيلتين أو أكثر من الوسائل التي أشار إليها كل من التشريعين (القانون،العرف، العدالة والإنصاف) إذ قد يلجأ القاضي إلى كل الوسائل الثلاثة مجتمعة وهو في معرض إضافة ما هو من مستلزمات العقد، ذلك أن الأصل أن تكون تلك الوسائل متكاملة.

---

[105] – محمد عدنان باقر، مرجع سابق، ص 781.

[106] – معجم المعاني الجامع، موقع إلكتروني، تاريخ الزيارة 2021/2/11.
/https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar

ولم يحدد المشرع معنى مستلزمات العقد كما لم يعرفها، مما انبرى معه الفقه إلى تعريفها واختلفوا في ذلك كثيراً، فمنهم من حاول تعريفها بضرب الأمثلة، وجانب آخر يرى بأنها تلك الالتزامات الناشئة بالعقد والتي لا تمثل الحكم الأصلي له، أي ما يرتبه المشرع من التزامات دون اشتراط ذكرها في العقد وتسمى مقتضى العقد[107]، وجانب آخر من الفقه ذهب إلى تعريفها من خلال التفرقة بين ما يعرف بحكم العقد وحقوقه حيث تجد هذه التفرقة أصلاً لها في الفقه الإسلامي[108].

ومما يجب الإشارة إليه أن كلاً من المشرع الإماراتي في المادة (243) من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985، والمشرع الأردني في المادة 199 من القانون المدني رقم (43) لسنة 1976، قد فرقا صراحة ما بين حكم العقد وحقوقه إذ نصتا على الآتي:"(1- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شئ آخر ما لم ينص على غير ذلك.

2- أما حقوق العقد (التزاماته) فيجب على كل من المتعاقدين الوفاء بما أوجبه عليه منهما).

ويرى البعض أن كلاً من المشرعين الأردني والإماراتي قد تأثرا بما ورد في الفقه الإسلامي حيث استعملا مصطلح الحق بالنظر إلى معناه لغوياً، إذ يرون أن حقوق العقد هو كل ما يتبعه من التزامات ومطالبات ذات صلة بتنفيذ حكمه[109].

---

[107] – ابراهيم عنتر فتحي الحياني، مرجع سابق، ص46، وورد في الأستاذ أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص 441، 442.

[108] سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، نطاق العقد- دراسة مقارنة ص 77.-

[109]- ابراهيم عنتر فتحي الحياني، حقوق العقد، دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والإماراتي والعراقي مع بيان موقف الفقه الإسلامي، ص 33.

ويعرف حكم العقد بأنه المضمون الجوهري له، ذلك ان لكل عقد جوهر وذاتيةً خاصة تميزه عن غيره، فعلى سبيل المثال عقد المعاوضة يقوم فيه كلاً من الطرفين بأخذ مقابل لما يعطي، فتلك الصفة أي المبادلة بين العوضين تعد من أهم خصائصه إذ تميزه عن عقد التبرع والذي يكون فيه أحد الطرفين معطياً بينما الآخر مستفيداً، أي هي تلك الالتزامات والمطالب التي تستتبع العقد تأكيداً وحفظاً وتقوية له[110]، وبالتالي فإن حكم العقد يتجسد من خلال الأثر الاصلي له، فعقد البيع أثره الاصلي نقل الملكية، أما عقد النقل فأثره الاصلي نقل شخص أو شيء من مكان إلى آخر، وهذا ينطبق على سائر العقود[111]، أما بالنسبة لحقوق العقد فهي تلك الالتزامات التبعية التي تؤكد ذلك الأثر الاصلي للعقد أو تحفظه أو تكمله، فهي الأحكام التي تلازم العقد وتترتب عليه حتى وإن لم يتفق عليها الأطراف، لأن جوهر العقد وأثره الأصلي لا يتحقق بدونها، فعقد البيع اذا كان أثره الاصلي يتمثل بنقل الملكية فإن هذا الحكم لا يتحقق الا بوجود التزامات تبعية تؤكده كالتزام البائع بتسليم المبيع وملحقاته وضمان الاستحقاق وعدم التعرض[112]، وبالتالي يمكن القول أن مستلزمات العقد تساوي حقوق العقد والتي هي مجموعة الالتزامات التبعية التي تلازم العقد وتترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحاً وبصرف النظر عما إذا اتجهت إليها ارادة المتعاقدين من عدمه، لأنها تمثل الأثر الأصلي له فهي إما أن تؤكد حكم العقد أو تكمله أو تحفظه، وبالتالي لا يتحقق ذلك الأثر بدونها.

---

[110] – ابراهيم عنتر فتحي الحياني، حقوق العقد، دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والإماراتي والعراقي مع بيان موقف الفقه الإسلامي، ص 45.

[111] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 33.

[112] – سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، مرجع سابق، ص 78.

وفي هذا المعنى أصدرت المحكمة الابتدائية في القاهرة حكماً رسمت فيه الخط الفاصل ما بين الالتزام الأصلي والالتزام التبعي حيث قضت[113] :" ويقصد بالالتزام الأصلي ذلك الالتزام الذي يحدد طبيعة العقد ويكون من مستلزماته التي لاغنى لتكوين العقد عن وجوده، والصفة الجوهرية لهذه الالتزامات الأصلية انها تكون بالنسبة لبعضها المقابل القانوني، بمعنى أنها تكون سبباً لما يقابلها من التزام، اما الالتزامات التبعية فهي كل التزام غير أصلي والعنصر الاساسي الذي تمتاز به هي انها ترمي الى تحقيق الغرض العملي الذي يقصده المتعاقدان أو تتطلبه طبيعة العقد، بمعنى أن هذه الالتزامات ترمي إلى أن توفر للعقد جميع أثاره النافعة وتجعله ملائماً للظروف"، ومن جهة أخرى فان القاضي وقبل ان يشرع باكمال نطاق العقد بإضافة إليه ما هو من مستلزماته عليه القيام بتحديد أثره الأصلي أي الجوهر الخاص به، ويمكنه ذلك من خلال تكييفه أي اعطاءه الوصف القانوني الملائم له دون التقيد بما ذكره المتعاقدان من وصف ومن ثم تحديد أثره الاصلي، بعد ذلك يتولى تحديد الالتزامات التبعية التي تؤكد هذا الأثر أو تكمله او تحفظه، فيعمد إلى إضافتها عند إغفالها من جانب المتعاقدين.[114]

وقد حرصت التشريعات المقارنة على استقرار المعاملات التعاقديّة وفي سبيل ذلك وفّرت للقاضي النصوص القانونية التي تكفل تحقيق ذلك الاستقرار على نحو ماورد في الفصل(1134) من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة القديمة الذي نصّ على أن الاتفاقات التي تمّت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدوها مقام القانون، ثم أنّ هذا النصّ إلى جانب الشريعة الإسلامية يعد من أهم المصادر التي

---

[113] – حكم محكمة القاهرة الابتدائية، 26 حزيران 1954، مجلة المحاماة المصرية، ع 1 س 35، ص 152، ورد في: خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 133، 134.

[114] – سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، مرجع سابق، ص 79.

اعتمدتها لجنتي سانتيانا في المشروعين سنة 1897 وسنة 1899 عند إعدادها لمجلّة الالتزامات والعقود التونسية، ويرى جانب الفقه التونسي أن الأساس التشريعي لرقابة القاضي على تنفيذ العقود لا يقف عند الفصل (242) م إ ع إذ يمكن للقاضي الإعتماد على مقتضيات الفصل (243) م إ ع ، ذلك أن الهدف من هذا الفصل يتمثل بإدخال المرونة في العلاقات القانونيّة[115]، وقد دار نقاش هام بين شراح القانون حول إذا ما كان هذا الفصل يتعلق بتفسير العقود أم تنفيذها، إذ رأى جانب من الفقه التونسي ومنهم الأستاذ محمد الزين أنها تخص التفسير ذلك أن العديد من الأحكام ذات الطبيعة الآمرة والتي تفرض على القاضي معنى للعقد قد يكون بعيداً عن مراد الأطراف من ذلك التعاقد مما يعكس المعنى الذي يقتضيه اعتبار وحسن النية والعرف والانصاف في التعامل.

كما رفض البعض من الفقه إلحاق الفصل (243) م أ ع بالفصول المتعلقة بالتفسير على اعتبار أنها وردت بالباب الخاص بآثار الالتزامات وبالتالي لا شأن لها بفصول التفسير، ويضيف رأي آخر منسوب للأستاذ حسين بن سليمة أن كلًا من مشاكل التفسير ومشاكل التنفيذ ليست بالضرورة أن تكون مرتبطة ببعضها، وأن القاضي يمكنه التدخل على مرتين وتحت عنوانين مختلفين، الأولى على أساس من الفصل (514) م أ ع، لتأويل وتفسير بنود العقد الغامضة والثانية تأتي على أساس من الفصل (243) م أ ع، إذا ما وقع نزاع بخصوص التنفيذ، عندها يتولى القاضي التثبت من أن الالتزام قد تم تنفيذه بحسن نية، ويكاد يجمع الفقه على وجوب إعطاء حياة جديدة للفصل (243) م أ ع، واعتباره يزود

---

[115] أنظر النقاش في تنفيذ العقد: حسن بن سليمة، ومحمد الزين فقرة 69 ص67 العقد، ورد في نجوى قيروان، مرجع سابق، ص97، 98.

القاضي بآليات عمل جديدة نظراً لما يتضمنه من قيم طبيعية تتيح له التدخل على أساس حسن النية والإنصاف بغرض إعادة التوازن للعقد، وأن من المهم كذلك البحث في كيفيّة توظيف القاضي لهذا الفصل، وفعلا صدرت العديد من الأحكام القضائية في تونس والتي تضمنت دوراً إيجابياً للقاضي استناداً لمفهومي الأمانة والإنصاف وهما مفهومين لهما من المرونة ما يمكّن القاضي من نجاعة كبرى في مراقبة تنفيذ العقد[116].

إزاء ماسبق كانت هناك محاولات قضائية في تونس بالدخول إلى بنود بعض العقود تارة من البوابة العريضة للتفسير التي تضمنتها فصول المجلة لاسيما ما ورد بأحكام الفصل (529) م أ ع، والذي يفسر الشك لمصلحة المدين بيمينه[117]، وتارة أخرى من أحكام الفصل (243) م أ ع، وأحيانا من بوابة الفصول الخاصة، حيث أوردت محكمة الإستئناف بتونس في إحدى حيثياتها ما يلي: "لتجنّب الأخطار التي يتعرّض لها الطّرف الضعيف في العقد ويتعرّض لها المستهلك عموما ويتعرّض لها إقتصاد البلاد بوجه عام"[118].....، ويتضح من خلال هذه الحيثيّة أن محكمة الإستئناف أرادت أن تجعل من بنود العقد أكثر ملائمة وتكييفا مع المتغيّرات الإقتصادية ولعلّ ذلك ينبىء بتحوّل محتشم في نظرة القضاء لصنف من العقود المشتملة على بنود مجحفة ومضرّة ببعض المتعاقدين رغم اتفاق الأطراف عليها، وهذا يدّل على إثبات رجوع القاضي إلى دور جوهري لمراقبة البنود المجحفة وعلامات هذا الرّجوع تتمثّل في ضرورة تجاوز النصوص التّشريعية وإكمالها من قبل القاضي، ويمكن تأييد هذا التوجه

---

[116] – نجوى قيروان، مرجع سابق، ص 99، 100.

[117] –ينص الفصل 529 من مجلة الالتزامات والعقود بالآتي" التفسير عند الريب يكون بما هو أخف على المدين بيمينه".

[118] – نجوى القيرواني، تدخل القاضي في العقود المدنية، مرجع سابق،ص 83.

بالعودة إلى أحكام القوانين الخاصة، ويبرز هذا الدور من خلال قانون حماية المستهلك التونسي الذي يكشف عدم التدقيق لمفهوم المستهلك ضمن الفصل الثاني من قانون 1992/12/07 الذي عرّفه: بأنه من يشتري منتوجا لإستعماله لغرض الإستهلاك، ورغم أنّ هذا التعريف لم يكن شموليّا أو مفصّلا شأنه شأن التشاريع المقارنة فإنّ عموميّة الصّيغة في الفصل 2 من قانون 1992/12/07 تُمّكن القاضي من التّوسع في تحديد مفهوم المستهلك ليشمل الحرفي الذي يشتري لغرض الإستهلاك دون غاية تجارية أخرى مثلما فعل ذلك القاضي الفرنسي الذي لم يقف عند عتبة التقسيم التشريعي بين مستهلك وحرفي ليمضي إلى إيجاد صنف حقيقي جدير بالحماية هو المستهلك– الحرفي"[119].

ومن الجدير بالذكر أن المشرع التونسي قد أفرد نصوصاً خاصة تعد تطبيقا لما ورد بالفصل (243) م أ ع، منها على سبيل المثال ما يتعلق بعقد البيع وذلك على نحو ما ورد بأحكام الفصل(617، 619، 620، 621) م أ ع، وأخرى غيرها[120]، كما وتجدر الإشارة إلى أن ما أورده المشرع القطري

---

[119] – نجوى القيرواني، مرجع سابق، ص 82،83.

أنظر قانون الكيباك الذي يعرّف المستهلك بكل شخص طبيعي، بإستثناء التاجر الذي يحصل على خدمة أو مال لغاية تجارية وقانون بلجيكا الذي عرّفه في قانون جويلية 1991 في بابه الأوّل: المستهلك كلّ شخص طبيعي أو معنوي يكتسب أو يستعمل مواد أو خدمات لغايات لا تدخل في ممارسة حرفته وقانون إسبانيا في 19 جويلية 1984 في الفصل الأوّل أن المستهلك شخص معنوي أو طبيعي ينتفع ويستهلك "كمنتفع نهائي" مالا منقولا أو عقارا أو منتوجا أو خدمة.

Cass civ 1ére 25/05/1992 J.C.P 1992 IV 2142 Gilles Paissant. Essai sur la notion du consommateur en droit positif. Réflexions sur un arrêt du 25/05/1992. J.C P 1993 chr 3655.

[120] – ينص الفصل (617): يدخل في بيع الحيوان أولا : ولده الرضيع . ثانيا : صوفه او وبره او شعره المتهيئ للجز.

ينص الفصل (618) :بيع الأشجار يشمل الارض الثابتة فيها وما فيها من ثمر لم تعقد، فان عقدت فهي للبائع الا أن يشترطها المبتاع.

ينص الفصل (619): بيع المركب يشمل ماله من آلات وأدوات كمالخاطف والسواري على اختلاف أنواعها والحبال والأشرعة والبكرات والقوارب والزوارق وغير ذلك من الأشياء التابعة له حكما وان وقع شك حكم المجلس برأي العرفاء .

في المادة (295) من القانون المدني[121] ما هو إلا صورة من صور ممارسة القاضي لدوره في تكملة العقد والتي من خلالها يحدد ميعاداً للوفاء بالإلتزام الآجل في حال عدم تحديده من قبل أطراف العقد[122]، وهي لا تختلف كثيراً عن تلك السلطة التقديرية للقاضي التي منحها المشرع التونسي للقاضي في تكملة العقد بموجب الفصل(136) م أ ع، وفق الآتي: "إذا كان الإلتزام غير مقيد بأجل أجري حالاً إلا إذا كان الأجل معتبراً في طبيعة الإلتزام أو في كيفية إجرائه أو في محله فعند ذلك يعين القاضي الأجل"، و من المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية في هذا الشأن:" تنفيذ الإلتزام وجوب الرجوع إلى ما ورد في العقد دون نقص أو زيادة إلا أن يكون من مستلزمات التنفيذ"[123].

ينص الفصل (620): بيع مركز تجارة او دار صناعة يشمل الدفاتر التجارية والتقارير والحجج والمكاتيب والأوراق التي لها تعلق بالمبيع وكذلك الآلات وغيرها من الأشياء اللازمة لمباشرة ذلك والعلامات والصور الموضوعة على باب الدار او المركز اشارة لنوع الصناعة او التجارة والسمة او النيشان وجميع ما فيه من مواد وبضائع بشرط العلم بها وما له من الشهرة في جلب الراغبين والشهادات التي حازها بائعه فيما اخترعه من خصوص تجارته او صناعته وأسرار الصنعة الا اذا حصل تراض بين البائع والمشتري على خلاف ذلك، ويخرج من البيع المذكور ما كان خاصا بذات البائع كالشهادات التي نالها في مراتب العلم والنياشين والطوابع المنقش بها امضاؤه ما لم تكن شروط العقد منافية لذلك وان كان اسم المالك داخلا في العلامة او الصورة الموضوعة على باب الدار او باب المركز يجب على من حل محله بالشراء او التحويل ان يضيف ما يدل على التحويل.

ينص الفصل (621): بيع بضاعة يشمل الأشياء التي لفت فيها او ربطت بها كما يشمل ظرفها والعلامات والطوابع الموضوعة عليها وما اضيف لها من أشياء اخرى لحفظها من الخطر او لعدم ابدالها بغيرها.

[121] – تنص المادة 295 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 على الآتي: إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ومفترضة فيه عناية الشخص الحريص على الوفاء بالتزامه.

[122]–تنص المادة 1/298 على الآتي: يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار، فإذا أطلق الخيار دون مدة حددت له المحكمة المدة المناسبة بناءً على طلب أي من الطرفين.

123 – الطعن رقم 1148 لسنة 51 ق جلسة 27/ 12/ 1984، فتحية محمود قره، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، الدائرة المدنية، في خمس سنوات من 1979 – 1984، المجلد رق 2، دار المطبوعات الجامعية.

ومما تجدر الإشارة إليه هو ما استقرت عليه أحكام محكمة التمييز القطرية من فرض رقابتها على محكمة الموضوع في تحديد نطاق العقد واضافة للعقد ما هو من مستلزماته وذلك في العديد من أحكامها حيث قضت:" بما مؤداه التزام العامل بمقتضيات الواجب في أعمال وظيفته والتي تعد من الالتزامات الجوهرية التي يرتبها عقد العمل والقانون، وإنه وإن كان توافر إخلال العامل بالتزاماته أو عدم توافره هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط أن تقيم قضاءها على ما يحمله من الأوراق وعلى فهم صحيح لوقائع الدعوى، لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضده هو المدير المسئول لمحل المجوهرات والمنوط به حفظها، وكان عقد العمل على ما جرى به نص المادة (9/1) من قانون العمل المشار إليه هو العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه مقابل أجر، وكان تحديد نطاق العقد – وعلى ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة (172) من القانون المدني– منوطاً بما اتجهت إليه إرادة عاقديه وما يعتبر من مستلزماته وفقاً للقوانين المكملة والمفسرة والعرف والعدالة بحسب الالتزام، وكان الخطأ العقدي يتحقق بعدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض القضاء للطاعنة بالتعويض رغم إخلال المطعون ضده بالتزامه الناشئ عن عقد العمل لإهماله الذي أدى إلى فقد المجوهرات فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه"[124].

وهذا ما ذهبت إليه مذكرات مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري والتي ورد فيها" تتناول الفقرة الثانية من المادة 214 تعيين المقصود بمضمون العقد، فهو لا يقتصر على إلزام المتعاقد

[124] – حكم محكمة التمييز المدنية القطرية رقم 2017/122 جلسة 2017/4/25.

بما ورد فيه على وجه التخصيص والإفراد، بل يلزمه كذلك بما تقضتيه طبيعته وفقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة، فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية، وما يقتضيه العرف في شرف التعامل وبهذا يجمع المشروع بين معيارين: أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد، وقد اختاره التقنين الفرنسي، والآخر مادي يعتد بعرف التعامل، وقد أخذ به التقنين الألماني، ويستخلص مما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين المادة 213 من المشروع، فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون المعاني كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان فحسن النية يضل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها المادة 214 من المشروع [125].

ما سبق يحتم علينا دراسة كيفية ممارسة قاضي الموضوع لدوره الايجابي حيال العقود من خلال تكملتها بالعناصر التفصيلية وهذا ما سيكون محل المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: ممارسة الدور الإيجابي لتكملة العقد

يشترط من حيث الأصل لانعقاد العقد أن يتطابق القبول مع الإيجاب في كافة المسائل التي وردت في الإيجاب سواء كانت من المسائل الأساسية أم التفصيلية، وهذا ما ورد بصريح نص المادة (72) من القانون المدني القطري[126]، وهو ما ذهب إليه كذلك المشرع التونسي في الفصلين (23،31) م أ ع

---

[125]–وزارة العدل، الحكومة المصرية، القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية (الجزء2) الإلتزامات: مصادر الإلتزام، مطبعة دار الكتاب العربي ص288.

[126] – تنص المادة (72) من القانون المدني القطري: 1– يلزم لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب.

2– وإذا جاء الرد على الإيجاب بما يزيد عليه أو ينقص منه أو يعدل فيه بأي طريقة أخرى، اعتبر رفضاً له متضمناً إيجاباً جديداً".

[127]، بيد أنه لا يمكن تصور أن تأتي العقود دوماً متضمنة لجميع المسائل التي يمكن أن تثار بشأنها نظراً لما في ذلك من مشقة قد تحول بينهم وبين إبرام التصرفات القانونية، من هنا جاء المشرع القطري بما يمكن أن نسميه استثناء على الأصل وذلك بموجب نص المادة (79) من القانون المدني مكتفياً بالإتفاق على المسائل الجوهرية كشرط لانعقاد العقد دون المسائل التفصيلية، بيد أن المشرع قد وضع ضوابطاً وشروطاً لممارسة هذا الاستثناء الذي يتمثل بمنح القاضي ذلك الدور الإيجابي وهذا ما سيكون محل المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسنخصصه للحديث عن دور القاضي في اضافة العناصر التفصيلية إلى العقد.

المطلب الأول : شروط ممارسة القاضي لدوره التكميلي

بقراءة نص المادة (79) من القانون المدني القطري والنصوص المطابقة لها في التشريعات المقارنة نجد أنها تستلزم توافر شروط ثلاث حتى تسري أحكامها على النزاع المطروح وتمنح القاضي دوراً إيجابياً في تكملة العقد، وتتمثل أول هذه الشروط باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية، أما الشرط الثاني فيكمن باحتفاظهما بالمسائل التفصيلية، ومن ثم عدم تعليق انعقاد العقد على حدوث اتفاق بشأن تلك المسائل التفصيلية[128].

---

[127] – ينص الفصل (23) م أ ع، على الآتي:" لا يتم الاتفاق إلا بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقية الشروط المباحة التي جعلها المتعاقدان كركن له وما غيراه في الاتفاق إثر العقد لا يعتبر عقدا جديدا بل يلحق بالاتفاق الأصلي إلا إذا صرح بخلافه".

ينص الفصل (31) م أ ع، على الآتي:" الجواب الموقوف على شرط أو قيد يعتبر رفضاً للإيجاب مصحوباً بإيجاب آخر.

[128] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 35،36.

وبما أن انعقاد العقد يستلزم بالضرورة اتفاق أطرافه على المسائل الجوهرية فيه إذ من خلالها وحدها تحدد ماهية العقد والمقابل الذي يلتزم به كل طرف منهما قبل الآخر، وبالتالي فإن كل عقد يغفل أطرافه الاتفاق فيه على تلك العناصر الجوهرية فإنه يحول دون ابرامه، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا الجزائرية في اجتهاداتها المبدئية[129]:" بأن الاتفاق الذي يعدله كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي تجب إبرامه فيها، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس الذي صرح بصحة الوعد بالبيع، الذي لم يثبت فيه اتفاق الطرفين على سعر معين لبيع العقار المتنازع عليه، يكون بقضائه كما فعل أساء تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه".

وهذا بدوره يطرح سؤالاً ملحاً عن كيفية تحديد تلك المسائل الجوهرية وما هو معيار التمييز بينها وبين المسائل الثانوية ؟

وهذا ما كان محل جدل في الفقه إذ ظهرت وجهات نظر متعددة فمنهم من أخذ بالمعيار الشخصي أي بالنظر إلى إرادة أحد المتعاقدين شريطة أن يعلنها إلى المتعاقد الآخر[130]، أو بالنظر إلى إرادتيهما معاً وبذلك تعد المسألة جوهرية اذا ما كانت الإرادة قد أضفت عليها هذه الصفة، مما يعني أن المسألة الثانوية في العقد يمكن أن تتحول إلى جوهرية بطريقة إرادية، أي يستطيع كل طرف أن يعتبر مسألة ما أو أكثر من المسائل ذات الصفة الثانوية بأنها من المسائل الجوهرية بالنسبة له وأن رضاؤه بالعقد

---

[129] – قرار المحكمة العليا، صادر بتاريخ 1990/03/26 عن الغرفة المدنية، ملف رقم 56500، المجلة القضائية، 1992، العدد:03، ص112، ورد في ابتسام دزيري، سلطة القاضي في تكملة العقد، مرجع سابق، ص 139.

[130] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص42،41. وكذلك عامر علي أبو رمان، مرجع سابق، ص 168، 169.

يتوقف عليها، كما يستطيع المتعاقدان معاً أن يضفيا صفة الجوهرية على مسألة ما من مسائل العقد ويعلقان عليها انعقاده[131]، غير أن البعض من أنصار هذا الرأي قد قيد من إطلاق المعيار الشخصي بالربط بين الإرادة المشتركة للمتعاقدين من جهة والمسائل الجوهرية في العقد من جهة ثانية، وذهب إلى عدم جواز الركون الى إرادة أحدهما في تمييز المسائل الجوهرية عن الثانوية، بل لا بد من الاستناد إلى الإرادة المشتركة لكل المتعاقدين والتي يمكن الكشف عنها بعدد من الطرق كالتعامل السابق لهما أو من الظروف التي أحاطت بإبرام العقد أو من خلال البحث في المسألة محل النقاش وبأن العقد لم يكن ليبرم دون الاتفاق بشأنها[132].

وهذا ما ذهب إليه المشرع الكويتي في نص المادة (م52/ف1) من القانون المدني حيث نصت على أنه:" إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعلقا أموراً ثانوية على أمل اتفاقهما عليها مستقبلاً، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد، ما لم يظهر أن إرادتهما المشتركة قد انصرفت الى غير ذلك"[133].

---

[131] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 43،44.

[132] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 45.

[133] – القانون المدني الكويتي رقم 67/ 1980 وتعديلاته بموجب المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1996، موقع مكتبة المعرفة، مرجع الكتروني، تاريخ الزيارة 2022/1/30.
https://elmaarifa.info/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A-/%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%88%D9%8A%D8%AA%D9%8A

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي[134] الذي يستند إلى طبيعة العقد وماهيته في تمييز المسائل الجوهرية من المسائل الثانوية، حيث يقوم هذا المعيار على تحليل المسائل المميزة لأنواع العقود بغية التوصل الى تحديد ما يميّز هذا العقد المراد إبرامه عن غيره من أنواع العقود الأخرى، واعتبارها أي المسألة المميزة له بمثابة المسألة الجوهرية له، ذلك أن لكل عقد غرضاً اقتصادياً يختلف عن غرض غيره ويسعى الى تحقيقه فتكون بذلك الإلتزامات المحققة لهذا الهدف هي المسائل الجوهرية له، وفي حكم أصدرته محكمة النقض المصرية يفهم منه أنها انحازت إلى المعيار الموضوعي معتبرة أن الأجر في عقود المقاولة ليس من قبيل العناصر الجوهرية حيث قضت بأنه:" في حالة عدم تحديد مقدار الأجر في عقد المقاولة، فإن ذلك يعد من المسائل التفصيلية التي لا تحول دون إبرام العقد[135].

وتظهر صعوبة تطبيق المعيار الموضوعي في العقود غير المسماة باعتبارها لا تخضع لتنظيم تشريعي معين ومن جهة ثانية بسبب ارتباطها بالتطورات الاقتصادية مما يستلزم استمرار البحث عن صيغ جديدة لمواجهة تلك التطورات، إلا أن ذلك لا يحول دون امكانية القاضي تحديد المسائل الجوهرية من خلال ما تتضمنه القواعد القانونية العامة ومن خلال النظر للهدف الاقتصادي الذي يسعى المتعاقدان

---

[134] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص40، انظر كذلك: ياسر أحمد كامل الصيرفي، مرجع سابق، ص 168، علي فيلالي، الالتزامات، هامش رقم 3، ص 119، عامر علي حسن أبو رمان، مرجع سابق، ص 166، 167، 168، ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني بأجزائه، ص 218.

[135] – طعن رقم 2361 لسنة 59 ق، جلسة 1994/6/15، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية، ص 45، ج 2، ص998، ورد في: سعد حسين الحلبوسي، مرجع سابق، ص 30.

لتحقيقه من إبرام العقد والوقوف على حقيقته وحقيقة إرادتهم المشتركة[136]، ومن ثم تحديد الإلتزامات الأساسية لتحقيق هذا الهدف، عندها تكون هذه الاخيرة هي مسائل العقد الجوهرية، ثم أن ماهية العقد وطبيعته والظروف المصاحبة لإبرامه قد تساهم هي الأخرى بشكل كبير في تحديد المسائل الجوهرية وتمييزها عن تلك المسائل الثانوية، ومما ذهب إليه البعض– وهو ذاته ما ذهب إليه كذلك القضاء في فرنسا –إلى القول بأن المعيار الموضوعي وان كان يميّز المسائل الجوهرية من المسائل الثانوية إلا أنه لا يكفي لوحده بل يحتاج إلى إكماله بالمعيار الشخصي، ذلك أن المعيار الشخصي يقدم وبشكل واضح تفسيراً لعدم انعقاد العقد في حالة عدم الاتفاق على ما يعد من قبيل المسائل الثانوية بحسب المعيار الموضوعي، اذ تتحول عندها إلى مسألة جوهرية اذا ما تمسك بها أحد الطرفين ولم يقبلها الآخر[137].

ويدعمون وجهة نظرهم بأن النصوص التشريعية لم تحدد معياراً محدداً في تمييز المسائل الجوهرية للعقد وقياسها، بل اكتفت بالإشارة الى ضرورة الاتفاق على المسائل الجوهرية باعتبارها لازمة لقيام العقد خلافاً للمسائل الثانوية التي لا تمنع من انعقاده ما دام أحد الطرفين لم يتمسك بها، أي أنها لم تتحول الى مسألة جوهرية وفقاً للمعيار الشخصي، ويؤكد ذلك العبارة الواردة في نص المادة 79/ف2 " ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها"، وبمفهوم المخالفة يعني ذلك أن العقد لا يبرم عند اشتراط أحد الطرفين عدم انعقاده في حال عدم الاتفاق على تلك المسائل وان كانت ثانوية، وهذا

---

[136] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص 43، انظر كذلك: سحر البكباشي، مرجع سابق، ص110، 111، ياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص15.

[137] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 48، 49.

يدل على تحول تلك المسألة الثانوية بحسب المعيار الموضوعي الى مسألة جوهرية وفق المعيار الشخصي، وبالتالي لابد من احترام هذه الإرادة، مما تبرز معه الحاجة إلى ضرورة أن يتم إكمال المعيار الموضوعي بالمعيار الشخصي لتحديد الخط الفاصل بين المسألة عما إذا كانت جوهرية أو تفصيلية[138].

وفي حكم صادر عن محكمة النقض المصرية نجد أنها قد استعانت بظروف التعاقد وملابساته للتمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية 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 وتمامه 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"[139].

وبعد أن يتم تحديد المسائل الجوهرية في العقد وفق المعيارين الموضوعي والشخصي عندها يصنف كل ماعدا ذلك من ضمن المسائل التفصيلية (الثانوية) والتي تشمل كل المسائل التي لا تتصل بغاية

---

[138] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 46، 47.

[139] – محكمة النقض المصرية في الطعن تميزي رقم 880 السنة 49 في جلسة 1983/3/29، مجلة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية س1983/34، ص851 ، ورد في كتاب خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 142.

العقد الأساسية، ومن الجدير بالذكر أن المتعاقدين لا يمكنهما ان يصنفا مسألة جوهرية على أنها من المسائل الثانوية ثم يرجآن الإتفاق عليها إلى وقت لاحق، باعتبار أن هناك فارقاً بين كل من هذين النوعين من المسائل، ثم أن العقد لا يتم ولا ينعقد إلا بالاتفاق على المسائل الجوهرية في حين أن عدم الاتفاق على المسائل الثانوية هو الذي لا يمنع من قيام العقد، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه:" متى كان الحكم قد حصل تحصيلاً سائغاً إن البيع محل الدعوى لم ينعقد لعدم الاتفاق على العين المبيعة، وأن كل ما حصل إذاً إن هو إلا مجرد أعمال تحضيرية لم تنته باتفاق ملزم لطرفين، وبناء على ذلك رفض دعوى صحة التعاقد على هذا البيع، فلا يقبل النعي عليه أنه أخطأ في تطبيق القانون على واقعة الدعوى"[140].

أما بالنسبة للشرط الثاني فيكمن بأن يكون الأطراف قد احتفظوا بمسائل تفصيلية للإتفاق عليها في وقت لاحق سواء عبّروا عن ذلك صراحة أو ضمناً، أي أن تكون المسألة الثانوية قد طرحت للنقاش بين الطرفين وثار خلاف بشأنها، ومن ثم تم ارجاء الإتفاق عليها إلى وقت لاحق، أو يكفي عدم نشوب أي خلاف بشأن المسألة الثانوية وإنما تم الإتفاق على تسويتها بموجب اتفاق لاحق[141]، وأن هذا يفرض على القاضي قبل الشروع في تنظيم المسائل محل الخلاف ان يحدد ابتداء نوعها إذا ما كانت ذات صفة جوهرية أم ثانوية، فاذا ما كانت المسائل المختلف عليها جوهرية عندئذ لا يوجد مبرراً لتدخل القاضي ذلك أن العقد لم ينعقد أصلاً، أما في حال كانت تلك المسائل المتروكة ثانوية عندها يشرع

---

[140] – نقض مدني 1950/1/19 مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية، س1، 1950م، ص203. ورد في: سعد حسين الحلبوسي، مرجع سابق، ص 28.

[141] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 49، 50، 53.

القاضي بتنظيمها، وأما المسائل الثانوية التي لم يتفاوض بشأنها وبالتالي لم يتفق الأطراف على تسويتها بموجب اتفاق لاحق فلا يشملها حكم المادة (2/79) من القانون المدني ذلك أن عبارة (واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد) الواردة في المادة المذكورة تدل على وجوب أن يتم إثارة المسألة التفصيلية بين الطرفين والاحتفاظ بالاتفاق عليها بعد انعقاد العقد[142].

وحول هذه الجزئية تحديداً لا نرى أن العلامة الدكتور السنهوري قد أوضح رأيه بشكل كاف وواضح بل جاء شرحه وتعليقه عليها مقتضباً رغم أنه ألمح إلى أنها تسترعي النظر، وهنا نقتبس التعليق كاملاً: "والذي يسترعي النظر في الحالة التي جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حددا مسائل لم يتم الإتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلاً للإتفاق فيما بعد، وبالرغم من أنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك، إلا أن العقد يعتبر قد تم، والذي يبرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية في العقد، وأن القانون قد افترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل، ما دام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها"[143].

ويرى الباحث أن مضمون رأي العلامة السنهوري في الجزئية المذكورة لا يختلف عمن شرحها من بعده على نحو ما سبق بيانه من ضرورة أن يكون قد جرى نقاشاً وتفاوضاً حول المسألة التفصيلية كشرط لسريان أحكام المادة (79) من القانون المدني عليها، وإن لم يذكر السنهوري ذلك صراحة.

---

[142] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص 47. انظر كذلك: سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 53، ياسر احمد الصيرفي، مرجع سابق، ص 16، علي فيلالي، الالتزامات، ص130.

[143] – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، ص 233.

وللباحث رأي آخر حول هذا الشرط سواء فيما يتعلق بما ورد بصياغة النص المذكور أو فيما ذهب إليه أنصار الرأي السابق، إذ نرى أن اشتراط مناقشة المسألة التفصيلية والتفاوض بشأنها وإرجاء الإتفاق عليها كشرط لتطبيق نص المادة (79) من القانون المدني إن صح أن المشرع قد عناه فهو تزيد غير محمود منه بل نراه يتناقض أحياناً مع بعض القواعد التكميلية الواردة بذات التقنين، ونوضح وجهة نظرنا من خلال النقاط التالية:

من الناحية الأولى إن المتعاقدين كثيراً ما يغفلان بحث مسائل تفصيلية قد لا تعد من قبيل مستلزمات العقد ومن ثم لا يحكمها نص المادة (2/172) من القانون المدني، وبالتالي فإن لم يناقشها أطراف العقد فهي– وفق ظاهر النص وما ذهب إليه الشراح – لا يمكن معالجتها بالإستناد لأحكام المادة (79) من ذات القانون إذ لا تنطبق عليها لعدم استيفاء هذا الشرط، وبالتالي لا يكون العقد قد تم وانعقد، وهذا بلا شك لا يتفق وغاية المشرع وحرصه على استمرار العقود والحيلولة دون انهيارها، ومن جهة ثانية فإن العديد من النصوص القانونية لا سيما تلك التي تتعلق بالعقود المسماة نجد أنها تعالج أحكام المسائل التفصيلية في حالة غفل الأطراف عن الاتفاق بشأنها، وتوجب على القاضي تكملة العقد بما تضمنته تلك النصوص من أحكام، وبالتالي فإن ذلك لا يتفق وظاهر النص (79) من القانون المدني والذي يراه البعض أنه يشترط مناقشة تلك المسائل التفصيلية من قبل المتعاقدين، مما يبدو أن التسليم بصحة هذا الشرط يظهر تعارضاً مع القواعد القانونية التي تتعلق بالمسائل التكميلية.

لذا فإن الباحث لا يتفق مع ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي في تأويل النص المذكور على أنه استلزم هذا الشرط أي مناقشة المسائل التفصيلية، ونرى أن حالة عدم التطرق إلى العناصر الثانوية يجب أن يسري عليها ذات أحكام حالة مناقشة تلك المسألة والاحتفاظ بالإتفاق عليها فيما بعد، أي سريان أحكام

المادة (79) من القانون المدني على كل الحالات التي لم يرد اتفاق بشأن المسائل التفصيلية غير الجوهرية فيها سواء تم مناقشتها أو لم يتم مادام أن الأطراف لم يعلقوا انعقاد العقد على الإتفاق بشأنها.

وبذلك ودرءا للتعارض في التطبيقات القضائية فإننا نقترح تعديل النص التشريعي رقم (79) والنصوص المطابقة له في التشريعات المقارنة بحذف عبارة " واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد"، والذي نراه بحق يثير اللبس في صياغته الحالية ليكون بالصيغة التالية:" إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد دون التفصيلية، ولم يعلق المتعاقدان اتمامه على الإتفاق عليها اعتبر العقد قد تم.

أما الشرط الثالث فيدور حول عدم تعليق الطرفين انعقاد العقد على اتفاقهما بشأن مسألة ما من مسائل العقد، فإذا ما علقوا انعقاد العقد على الاتفاق بشأنها فمما لا شك فيه أن العقد في هذه الحالة لا ينعقد عملاَ بصريح الاتفاق[144]، ثم أن هذا التعليق يجعل من هذه المسألة ذات صفة جوهرية وبالتالي لا بد من الاتفاق عليها للقول بانعقاد العقد، وهذا يعني أن المشرع في نص (2/79) من القانون المدني قد أقام قرينة قانونية مفادها أنه في حال عدم ورود بند صريح في العقد يفيد تعليق العقد على الاتفاق على تلك المسائل الثانونية فهذا يعني أن طرفي العقد قد أرادا عدم تعليق انعقاده على حدوث اتفاق بشأن تلك المسائل التفصيلية، وبالتالي يكون مجرد ذكر المسائل التفصيلية والتحفظ بشأنها دون الإشارة

[144] – الدكتور عبد الرشيد مأمون، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص54.

لتوقف انعقاد العقد على حسمها يشكل قرينة على أنهما أرادا إبرامه بصرف النظر عن الوصول الى اتفاق بشأن تلك المسائل التفصيلية من عدمه[145].

وتعد هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، فالأمر بالنتيجة لا يعدو أن يكون تفسيراً لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين بحيث لو قام الدليل على أن نيتهما لم تنصرف إلى إبرام العقد الا بعد حصول الاتفاق الكامل على جميع مسائل العقد الجوهرية منها والثانوية لوجب استبعاد النص[146] ، وبالتالي يتحتم على القاضي أن يقضي بعدم انعقاد العقد، وعليه فإن على من يدعي أن العقد قد عُلّق انعقاده على حدوث اتفاق يخص المسائل التفصيلية المؤجلة أن يثبت ذلك، لأنه يدعي خلاف الثابت والمفترض قانوناً بحكم المادة (79ف2) من القانون المدني، أما إذا ما تبين من اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية أن الخلاف اللاحق كان يدور حول المسائل الثانوية ولم يعلق انعقاد العقد عليها فإن هذا لا يحول دون انعقاده[147].

ما سبق يحتم علينا الحديث عن ممارسة القاضي لدوره الايجابي في العقد من خلال اضافة تلك العناصر التفصيلية والتي لم يتضمنها العقد وهذا ما سيكون محل المطلب القادم.

---

[145] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 49، 50، 51.

[146] – عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 219.

[147] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 51، 52، وكذلك، سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص49، وياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص17.

المطلب الثاني: تكملة العقد بإضافة العناصر غير الجوهرية

ذهب المشرع القطري إلى انعقاد العقد بين أطرافه في حال اتفاقهم على المسائل الهامة والجوهرية دون التفصيلية منها، وذلك على نحو ما ورد بصريح أحكام المادة (79) من القانون المدني القطري والتي تنص على الآتي:" إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لايتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف وقواعد العدالة."

وقد وافق هذا التوجه العديد من التشريعات العربية والغربية ومنها على سبيل المثال ما ذهب إليه المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (86) من القانون المدني العراقي[148] وكذلك المشرع المصري في المادة (95) من القانون المدني، وما تضمنه قانون الالتزامات السويسري في المادة الثانية منه والذي نص على الآتي:" اذا اتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية، فإن العقد يعتبر قد تم حتى لو لم يتم الاتفاق على مسائل ثانوية، وعند عدم الاتفاق على هذه المسائل، يبت فيها القاضي مراعياً طبيعة التعامل"[149]، ومن النص الوارد في القانون السويسري نجد أنه ذهب إلى مدى أوسع مما ذهب

---

[148] – تنص المادة (86) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على الآتي:1- يطابق القبول الايجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوذا فيها اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت الاتفاق بالكتابة. 2- وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة.
http://jafbase.fr/docAsie/Irak/code%20civil%20irakien%201951.pdf

[149] – عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، هامش ص 278.

إليه المشرع القطري إذ لم يعترف أصلا بالمسائل التفصيلية كشرط لازم لانعقاد العقد[150]، حيث يعد ذلك اعترافاً من المشرع السويسري بدور القاضي بمساعدة الأفراد في عمل العقود[151]، أما الفقه الاسلامي وفي ما يتعلق بالعقود المسماة فقد تولى الشرع تحديد آثارها ونتائجها الأصلية دون أن يشترطها أطراف العقد[152]، أما المشرع التونسي فلم تتضمن فصول مجلة الالتزامات والعقود فصلاً يطابق نص المادة 79 من القانون المدني القطري ويمنح القاضي ذات الدور الإيجابي في تكملة العقد بالعناصر التفصيلية، بل جاء وعلى النقيض من ذلك النهج بالنص صراحة في الفصل(24) من المجلة بالآتي:"إذا صرح المتعاقدان بإبقاء بعض الشروط لعقد تال، فما وقع عليه الاتفاق والحالة هذه لايترتب عليه الالتزام ولو وقع تحرير الشروط الأولية بالكتابة".

وعليه نجد وبصريح النص أن المشرع التونسي لم يرتب ثمة التزام عقدي إذا لم يتم الإتفاق على سائر البنود، أما اتفاقهم على البعض منها وتأجيل البعض الآخر فلا يكون كافياً لإبرام العقد ولا يترتب عليه أي التزام وإنما يعد من قبيل المفاوضات[153]، وهذا الإتجاه يعد غير قريب من التوجه الذي سار عليه المشرع القطري والعديد من التشريعات المقارنة على نحو ما سبق بيانه والتي تمنح جميعها القاضي دوراً إيجابياً بتكملة العقد فيما إذا تم الاتفاق على الشروط الجوهرية دون التفصيلية وفق الشروط التي سبق ذكرها.

---

[150] – سعد حسين الحلبوسي، مرجع سابق، ص 31.

[151] – عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، هامش ص 278.

[152] – علي نجيدة، محمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزامات في القانون القطري، مصادر الالتزام، ص99، 100، الدكتور مصطفى الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ص469.

[153] – علي كحلون، مرجع سابق، ص 162.

و رغم أن الأصل أن يتم تنظيم العقد وصنعه واتمامه بشكل كامل وبكافة عناصره الجوهرية سواء اللازمة لوجوده وصحته وكذلك الفنية منه، أو تلك العناصر الثانوية واللازمة لتنفيذه والتي يستلزمها تحقيق الهدف والغرض منها من قبل المتعاقدين فهي مسألة تخص أطراف العقد أولاً وآخراً[154]، وأنه في حال عدم تنظيم العقد تنظيماً كاملاً واقتصاره فقط على تنظيم المسائل الجوهرية دون التفصيلية منها يكون تنظيم العقد ناقصاً[155]، ومع ذلك فقد ارتأى المشرع القطري في الحالة الأخيرة أن يظل العقد صحيحاً ومنعقداً بين أطرافه أياً كان السبب وراء عدم اكتمال تنظيمه بالمسائل التفصيلية، وسواء كان عدم اكتمال تنظيم العقد عن قصد أو عن غير قصد وذلك حرصاً من المشرع القطري على تنفيذ العقود التي أبرمت صحيحة، ومن أجل تحقيق ذلك أوجد المشرع تنظيماً يكمل إرادة المتعاقدين بموجب قواعد تكميلية للعقود المسماة إلى جانب بعض القواعد العامة وهو ما يسمى بمبدأ رعاية العقد والذي يمنح القاضي دوراً إيجابياً في تكملته بتلك الإلتزامات التفصيلية[156]، مما يعد خروجاً على أحكام القواعد العامة [157]، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية حيث نقضت الحكم المطعون فيه لأنه اعتبر أن العقد لم يتم رغم تضمنه في عبارات صريحة تحديد طرفي العقد والعين المبيعة والثمن، لمجرد أن البائعة – وهي هيئة الاصلاح الزراعي – قد نصت على أن يكون استكمال الشروط التفصيلية للعقد بواسطة إدارتها القانونية، ورأى أنه ما دام هذا لم يتم، فإن ما تم لا يعدو أن يكون مشروع عقد بيع وأن

---

[154] –خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 16، 17، 31، 32.

[155] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 35.

[156] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 34، 35.

[157] – جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 113.

عقد البيع لم يتم، فرأت محكمة النقض أن ذلك يعد مسخاً لاتفاق الطرفين ويجعل الحكم مشوباً بالقصور[158].

و قد ناقش الفقه طبيعة هذا الدور التكميلي للقاضي وتعددت الآراء بشأنها ما بين رأي يرى بأنه تعبير عن إرادة المشرع وآخر يراه بمثابة إرادة مشتركة للمشرع وأطراف العقد، وآخر لا يرى أنه يخرج عن إرادة الأطراف، إذ منهم من رأى في دور القاضي التكميلي دوراً استثنائياً[159] وأن القاضي من خلاله يدخل في تكوين العقد وذلك خلافاً للأصول العامة التي تقصر دوره على تفسير العقد وتكييفه[160]، وأن التكملة بتلك المسائل التفصيلية هي تعبير عن إرادة المشرع وثمارها[161] وليس لإرادة أطراف العقد شأن بها، ولا يتطلب من القاضي في آداء مهمته أن يقوم بالبحث عن إرادة المتعاقدين، بل البحث عن معايير موضوعية مجردة عن إرادتهما تكون مرتبطة بالعقد وموضوعه، واستنتج أنصار هذا الرأي تعريفاً لتكملة العقد بأنه:" إكمال النقص في التعبير عن الإرادة بما يتضمنه القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة العقد"[162].

---

158 – أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، ص 526، نقض مدني 16 يناير 1975 مجموعة أحكام النقض 26 – 183 – 43، وردت كذلك في سليمان مرقس، مرجع سابق، هامش ص 108.

159 – الدكتور عبد الرحمن السعودي، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، ص 20، 21، وردت في سعد حسين الحلبوسي، مرجع سابق، ص 15.

160 – سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، مرجع سابق، ص 52.

161 – د ابتسام دزيري، دور القاضي في تكملة العقد، ص 147، وورد كذلك في: محمد صديق محمد عبدالله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية ومقارنة، ص 510.

162 – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 54، 55، 56.

بينما يرى جانب آخر أن هذا الدور للقاضي لا يصل حد المساهمة في صنع العقد وان تجاوز فيه دوره الأصيل في تفسير العقد وتفسير إرادة طرفيه، وبرر أنصار الرأي الأخير حكمهم هذا بأن دور القاضي لاحقاً على انعقاد العقد وعلى الاتفاق على المسائل الجوهرية منه وبالتالي لا يؤثر على جوهر العقد أياً كان مضمون تلك المسائل التفصيلية، كما ويستدلون برأيهم هذا بأن المتعاقدين لم يعلقا ابرام العقد على حدوث اتفاق بشأن تلك المسائل التفصيلية، وبأن الصفة الثانوية لهذه المسائل هو ما يبرر انعقاد العقد دون الإتفاق بشأنها[163].

وهناك رأي آخر يرى بأن دوره يعد بمثابة تفسير لإرادة المتعاقدين التي اتجهت إلى ترك تحديد تلك المسائل للقاضي عند الخلاف بشأنها[164]، وبالتالي فإن دوره لا يعدو أن يكون تحديداً منه لنطاق العقد، وأن إرادة القاضي في هذه الحالة تتدخل الى جانب إرادة المتعاقدين في تنظيم بعض من مسائل العقد وبعد أن يكون قد اكتمل نشوؤه باتفاق أطرافه على المسائل ذات الصفة الجوهرية[165]، ومن ثم فإن لجوء المتعاقدين للقاضي بعد أن أخفقا بالتوصل الى اتفاق بشأن المسائل التفصيلية دليلاً على تسليمهما بقدرته على ايجاد حل لهذه المسائل نظراً لما يتمتع به من قدرات تؤهله لذلك[166]، وهذا بدوره يعزز

---

[163] – حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، ص70 ، وكذلك: ياسر الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، ص 19، وكذلك: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، سنة 1987، ص 120، وردت في: سعد حسين الحلبوسي، مرجع سابق، ص 15، 16.

[164] – عبدالرزاق السنهوري، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 233.

[165] – د ابتسام دزيري، دور القاضي في تكملة العقد، ص 146، وكذلك ورد في: جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ص 347.

[166] – الدكتور محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المصادر الإرادية، ص 367، وردت في سعد حسين الحلبوسي، مرجع سابق، ص 16.

الدور الايجابي للقاضي في تحديد مضمون العقد[167]، ويكمل أنصار هذا الرأي حججهم[168] بالقول أن الطريق الوحيد للملاءمة بين ما اتفق عليه طرفي العقد وبين ما اختلفا فيه هو افتراض أنهما أرادا إحلال القاضي محلهما ليبت في تلك المسائل محل الخلاف[169]، إذ يعد القاضي مفوضاً من المتعاقدين في المسائل التي تم ارجاؤها وترتيب آثارها القانونية[170] .

ويدعم الدكتور السنهوري هذا الرأي مستنداً إلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري من أن" الأمر الذي لايخرج عن كونه تفسيراً لنية المتعاقدين بحيث لو ثبت عدم إنصراف نيتهما إلى ذلك وأنهما لم يقصدا إبرام العقد إلا بعد الإتفاق الكامل حتى على هذه المسائل التفصيلية لوجب استبعاد النص"[171]، ومن ثم وضع أنصار هذا الرأي تعريفاً لدور القاضي بتكملة العقد بالمسائل التفصيلية بعد الاتفاق على المسائل الجوهرية يختلف تماماً عن التعريف السابق من أنه:" تفسير لإرادة المتعاقدين وذلك بإكمال التعبير التعاقدي وهو الإرادة الظاهرة بما تتضمنه الإرادة الباطنة لهما والمتجهة إلى القانون والعرف وما تقتضيه العدالة وفقاً لطبيعة العقد[172]".

---

[167] – سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، مرجع سابق، ص 55.

[168] – جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 113، وكذلك علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ص84.

[169] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، مرجع سابق، ص 234.

[170] – سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 108.

[171] – السنهوري عبد الرزاق أحمد – مرجع سابق ص 234.

[172] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 51.

ومنهم من جعل لكل حالة حكماً خاصاً بها فإذا ما كانت المسائل التفصيلية المتروكة متوقعة لدى طرفي العقد فإن تكملته تكون تعبيراً عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إذ أن سكوتهم عنها يعد بمثابة قبول بمضمون تلك الأحكام[173]، أما إذا لم تكن متوقعة فإن الأحكام التكميلية تكون معبرة عن إرادة مفترضة للطرفين وأن دور القاضي في هذه الحالة أقرب إلى تفسير إرادة الطرفين نتيجة سكوت الأطراف وغموض إرادتهم، وبأن التفسير لا يقتصر على الإرادة الصريحة بل يشمل الإرادة الضمنية كذلك[174].

إلا أن الباحث وخلافاً لرأي الأغلبية يرى أن طبيعة الدور الإيجابي للقاضي بتكملة العقد على نحو ما ورد بأحكام المادة(79) من القانون المدني القطري هي فعلاً مساهمة منه في تكوين العقد، ودليلنا في ذلك أنه بالنظر إلى موضع النص المذكور نجده أتى في موطن الحديث عن أركان العقد، وتحديداً عند الحديث عن ركن الرضا وبعد نصوص المواد التي تحدثت عن طبيعة القبول اللازم لانعقاد العقد وضرورة ارتباط الإيجاب به، مما يدل على أن دور القاضي المذكور هو ابتداء بمثابة استكمالاً منه لركن الرضا بين أطراف العقد، وآية ذلك أن تدخل القاضي – وبصريح نص المادة 79 من القانون المدني– جاء مشروطاً عند الخلاف على تلك المسائل التفصيلية، ثم أن المشرع قد استخدم لفظ ومصطلح (مسائل تفصيلية) ولم يستخدم مصطلح قليلة الأهمية وبالتالي ورغم أنها مسألة تفصيلية إلا أنها يمكن أن تكون على درجة من الأهمية، مما يدل على أن المشرع – وحرصاً منه على انعقاد

---

[173] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 45.

[174] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 48، 49.

العقد– وتكليفاً منه للقاضي بهذا الدور لم يقصر سلطانه في ذلك على المسائل قليلة الأهمية بل أطلقها في كل ما يعد من المسائل التفصيلية أياً كانت درجة أهميتها، والأهم مما سبق أن المشرع لم يكلف القاضي وهو في معرض آدائه لدوره المذكور بالبحث عن إرادة أطراف العقد بشأن تلك المسائل التفصيلية بل تركه يمارس دوره التكميلي وسلطته التقديرية في ذلك بما تستلزمه طبيعة المعاملة.

كما ونضيف إلى رأينا ما ذهبتا إليه سعاد بو ختاله[175]، وابتسام دزيري" من أن الإلتزامات التفصيلية التي يقوم القاضي بإضافتها ليست ناتجة عن إرادة المتعاقدين المعلن عنها صراحة أو ضمناً وبأن العقد تتم تكملته بأمور لم يتوقعاها أصلاً وبالتالي لا شأن لإرادة المتعاقدين بها، وإنما ينحصر دور الإرادة في تلك المسائل الجوهرية التي تم الإتفاق عليها وبها العقد انعقد[176]، ولا يقدح في ذلك القول بأن دور القاضي المذكور قد جاء لاحقاً للإتفاق على المسائل الجوهرية وعند الفشل في الاتفاق على المسائل التفصيلية وأن ذلك يعزز دور القاضي الإيجابي، إذ لا يعدو هذا القول إلا بياناً لدور القاضي وشروطه، ومن ثم بياناً لآثاره، إلا أنه لا يقدم تأصيلاً وتأسيساً لبيان طبيعة هذا الدور وأساسه.

---

[175] – سعاد بو ختالة، دور القاضي في تكملة العقد، ص 133. ورد كذلك في: ابتسام دزيري، مرجع سابق، 146.

[176] – د ابتسام دزيري، دور القاضي في تكملة العقد، ص 146.

كما اختلف الفقه حول مدى سلطة القاضي التقديرية في تكملته للعقد، فمنهم من ذهب إلى أن للقاضي سلطة تقديرية موسعة[177] وأن الضابط الرقابي الوحيد هو طبيعة الإلتزام، فإذا ما جاء الإلتزام المضاف من قبل القاضي متوافقاً مع طبيعة العقد فيكون بذلك القاضي أن التزم صحيح القانون[178].

والباحث لا يتفق مع هذا الرأي ولا التبريرات التي ساقها أصحابه وذلك من وجوه عديدة منها، أن هذا الرأي ساوى ما بين دور القاضي في اضافة مستلزمات العقد لما ورد فيه وما بين تكملته بإضافة العناصر التفصيلية غير المتفق عليها، وذلك من ناحيتين – من حيث طبيعته ومن حيث سلطة القاضي التقديرية فيه – معتبراً أن دور القاضي فيهما هو ذاته وهو ما لا نتفق معه، ومن جهة ثانية لا يرى الباحث أن طبيعة الإلتزام هي وسيلة إكمال شأنها شأن المحددات التي عددها المشرع (القانون والعرف والعدالة) بل هي الشرط اللازم والضروري الذي يجب أن تتفق معه المحددات الثلاثة التي ذكرها المشرع، وبحسب تعبير البعض هي الدستور الذي به تستظل باقي الوسائل[179] وبالتالي نرى أن القيود المفروضة على سلطة القاضي التقديرية في دوره الإيجابي بتكملة العقد سواء بإضافة المستلزمات أو بالمسائل غير الجوهرية هي أشد وأوسع من مجرد اشتراط ارتباطها بطبيعة العقد.

---

[177] – عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاء في المواد المدنية والتجارية، ص 193، 194، وردت في ، حيدر فليح حسن، محمد غانم يوسف، مرجع سابق، ص 142.

[178] – حيدر فليح حسن، محمد غانم يوسف، مرجع سابق، ص 162، ورد أيضاً في: الدكتور أسامه أحمد بدر، تكميل العقد، دراسة تحليلية، ص20.

[179] – أسامة أحمد بدر، تكميل العقد دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي، ص 43، ووردت كذلك في، عامر علي حسن أبو رمان، مرجع سابق، ص199.

أما الرأي الفقهي الثاني فيرى أنها سلطة مقيدة بمدى معين وبشكل متفاوت حسب الحالة المطروحة أمامه[180] وأن القيود التي ترد على ممارسة القاضي لسلطته في تكملة العقد تشمل كلاً من طبيعة الإلتزام وسائر المحددات الثلاثة الأخرى أي القانون والعرف والعدالة[181].

والباحث هنا يتفق نسبياً مع ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي مع التحفظ على أن هذا الرأي ساوى بين حالة ممارسة القاضي لسلطته التقديرية في تكملة العقد سواء تمت تلك التكملة بالإستناد إلى القانون أو العرف أو العدالة، في الوقت الذي نرى فيه أن سلطة القاضي ليست واحدة فإذا ما تمت التكملة بالإستناد إلى القواعد التشريعية فتكون محدودة ومقيدة بما ورد فيها، ونستشهد في هذا المقام بما عبر عنه الباحث عامر علي أبو رمان بأن سلطة القاضي في اختيار القاعدة القانونية" تكاد تكون معدومة"[182]، بينما تتسع تلك السلطة مقارنة بسابقتها إذا ما تمت ممارستها استناداً للقواعد العرفية، وتكون أكثر اتساعاً وفضاء إذا ما استند القاضي إلى معيار العدالة في تكملته للعقد.

وفي التطبيقات القضائية نجد أن محكمة النقض المصرية قد قضت بأن الحكم بتوافر شروط أحكام المادة(95) من القانون المدني المصري والمطابقة لنص المادة(79) من القانون المدني القطري هي من السلطة التقديرية لقاضي الموضوع حيث قضت بأنه :" يشترط قانوناً لانعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب، فإذا اقترن القبول بما يعدل الإيجاب فلا يكون في حكم القبول الذي يتم به التعاقد، وإنما

---

[180] – سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة مقارنة، ص 159، ورد في: حيدر فليح حسن، محمد غانم يوسف، مرجع سابق، ص 142.

[181] – حيدر فليح حسن، محمد غانم يوسف، مرجع سابق، ص 162، 163.

[182] – عامر علي حسن أبو رمان، مرجع سابق، ص 200.

يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب التي أوردتها أن الخلاف بين الإيجاب والقبول يتناول مسألة جوهرية في التعاقد الذي كان يراد إبرامه وأنه ليس وليد خطأ مادي وقع فيه الطرف القابل ورتبت على عدم مطابقة القبول للإيجاب أن العقد لم ينعقد أصلاً بين الطرفين فإنها لا تكون قد خالفت القانون"[183].

غير أن رقابة محكمة النقض في تطبيق العرف محدودة حيث استقر القضاء في مصر على أن العرف من سلطة قاضي الموضوع ويخضع للرقابة فقط عندما يحيد قاضي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت له وجوده، وقد وضعت لذلك مجموعة من الضوابط التي تحدد من خلالها رقابتها على العرف إذ اعتبرت أن لمحكمة الموضوع سلطة في تحديد وتقدير قيام العرف بالإضافة الى تحري العرف في ذاته والتثبت من قيامه، كما نبهت محكمة الموضوع بأن التثبت من قيام العرف لا يعفي من بيان دليله[184].

وهو ذاته ما ذهبت إليه محكمة التمييز الحقوقية في الجزائر في العديد من القرارات الصادرة عنها بضرورة أن تتثبت محكمة الموضوع من قيام العرف من خلال البينات المقدمة لها والا شاب قرارها القصور، حيث قضت: "اذا كان مناط الفصل في الدعوى هو بيان فيما إذا كان العرف التجاري يثبت أن ما قامت به المدعية من الأعمال المأجورة او غير المأجورة وفق مفهوم أحكام المادتين 4 و55 من قانون التجارة، ولم تبد محكمة الإستئناف رأيها في ثبوت العرف التجاري من عدمه وهل البينة

---

[183] – الدكتور جابر محجوب علي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، هامش ص 111.

[184] – كيره، مصطفى،(1992)،النقض المدني، ص374–370، ورد في عامر علي حسن أبورمان، مرجع سابق، ص 214.

المقدمة أثبتت هذا العرف، وهل يقضي العرف التجاري بأن الأعمال التي قامت بها المدعية مأجورة أم لا، فإن قرارها يكون مشوبا بالقصور[185]".

وذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى عدم جواز التمسك بالعرف لأول مرة أمام محكمة القانون حيث قضت: "اذا تعهدت الناقلة وأقرت بالاستلام وتوصيل البضاعة وتحملها كافة المسؤولية عن ذلك وذلك بموجب سند موجه للمميزة((المبرز)) من قائمة بينات المميزة وبمالقابل لا يوجد في البينات المقدمة في الدعوى أي إشارة أو دلالة تدل على أن ثمة علاقة قانونية قائمة بين المميز ضدها والناقل كما لم يوجد أي بينة تفيد توكيل أو تفويض أو إنابة للمميزة من المميز ضدها للتعاقد مع الناقل باسمها وعليه وحيث أن الطاعنة لم تثر مسألة العرف في أسباب استئنافها فليس لها أن تتعرض لهذه الواقعة لأول مرة أمام محكمة التمييز فإن مسؤولية المميز تغدو قائمة ومتحققة عن عدم وصول البضاعة وفقدانها وحيث أن محكمة الموضوع توصلت لهذه النتيجة فيكون قرارها متفقاً وأحكام القانون والأصول[186]".

---

[185]– تمييز حقوق رقم 2003/3847 تاريخ 2004/2/24 منشورات مركز عدالة، ورد في عامر علي حسن أبورمان، مرجع سابق، ص 214، 215.

[186] – تمييز حقوق رقم 2009/404 (هيئة خماسية) تاريخ 2009/8/16 منشورات مركز عدالة، وبالرجوع الى تفاصيل القرار في هذه الدعوى نجد أن المميزة (شركة التخليص) قد أثارت الدفع بأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا حيث أكدت البينة الشخصية أن التعامل بين التجار يقوم على أساس أن تقوم شركة التخليص بايجاد ناقل لنقل البضائع دون ان تكون شركة التخليص طرفا فيه وأن أحكام عقد النقل تعود على أطرافه وليست شركة التخليص طرفا فيه، وأنها وكيلة ومفوضة عن صاحب البضاعة وأن مسؤولية فقدان البضاعه لا تعود عليها مما يجعل هذا العرف هو الذي ينظم العلاقة، ورد في عامر علي حسن أبورمان، مرجع سابق، ص 214، 215.

وتتسع السلطة التقديرية لقاضي الموضوع عند ممارسته دوره باستكماه العقد بالرجوع إلى قواعد العدالة إذ لا يخضع من حيث المبدأ لرقابة محكمة النقض كونه لا يقوم بتطبيق نص قانوني[187]، إلا أن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء[188]من القول بأن محكمة التمييز تملك إعادة النظر في القاعدة التي طبقتها المحكمة من قواعد العدالة وبالتالي بسط رقابتها على استنباط قاضي الموضوع للحكم من قواعد العدالة[189].

إن ذلك الدور الإيجابي للقاضي في تكملة العقد بالعناصر الثانوية منه وممارسة تلك السلطة التقديرية من جانبه لم يتركها المشرع مطلقة بل نظمها عبر وسائل محددة وهذا ما سنبحثه في الفصل القادم من هذه الدراسة.

---

[187] –حجازي، النظرية العامة للالتزام،ج2، المرجع السابق، ص145، ورد في عامر علي حسن أبورمان، مرجع سابق، ص 216.

[188]– فهمي، محمد حامد وحامد(1937)، النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف، ص106.
ورد في عامر علي حسن أبورمان، مرجع سابق، ص 216.

[189]– عامر علي حسن أبورمان، مرجع سابق، ص 216، نقلاً عن: مصطفى كيره، ص282.

الفصل الثاني: الآليات التي يستعين بها القاضي لممارسة دوره التكميلي

تعد سلطة القاضي في تكملة العقد وان كانت من حيث المبدأ تقديرية إلا أنها ليست مطلقة بل مقيدة ومحددة، ويمكن أن نتبين ذلك من أحكام المواد (79، 172) من القانون المدني القطري وكذلك الفصل (243) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، إذ يتضح منها جميعاً أن المشرع قد حدد آليات يلتزم بها القاضي في ممارسته دوره الإيجابي أولها تلك النصوص التشريعية وهذا ما سيكون محل المبحث الأول، وأخرى تعد من قبيل نطاق تكملة العقد ومجاله وهذا ما سيكون محل المبحث الثاني.

المبحث الأول: النصوص التشريعية لإكمال العقد

إنطلاقا من النّصوص القانونية العامة التي تضمنها كل من القانون المدني القطري ومجلّة الإلتزامات والعقود التونسية نلحظ رغبة المشرع بأن يكون للقاضي دوراً إيجابياً في تكملة العقد من خلال مراقبة تنفيذه، وما يكشف هذا الإتجاه التشريعي هو ما يمكن أن نستنتجه من خلال النصوص الخاصّة والتي فرضت الحاجة لها ما افرزه عالم الصناعة والإدارة والتجارة بسبب الثورة العلمية[190] وهذا ما سيكون محل المطلب الأول، على أن هناك العديد من القواعد التكميلية تعد هي الأخرى من الآليات التي ينبغي على القاضي الاستعانة بها عند ممارسته دوره الإيجابي في تكملة العقد، وهذا ما سيكون محل المطلب الثاني.

---

[190] – أنور أحمد راشد الفزيع، عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة حاسبات الكترونية، ص 119.

المطلب الأول: الالتزامات المترتبة عن النصوص القانونية الخاصة

لقد استشعر القضاء الفرنسي[191] قصوراً في أحكام القواعد العامة لا سيما في ما يتعلق بضمان العيب الخفي من حيث الإلمام والمعرفة بالصفة الخطرة للشئ المبيع والتي لم تكن موجودة عند وضع التقنين المدني الفرنسي سنة 1804، وبناء عليه ظهر توجه قضائي يرى ضرورة تطويع العقد حمايةً للمستهلك وذلك من خلال إضافة التزامات عقدية حمائية على عاتق الطرف المحترف ومنها إلزامه بالإعلام والتبصير، وقد أسس القضاء والفقه الفرنسي تلك الحماية استناداً لضرورة تنفيذ العقد لكل ما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام على نحو ما تضمنته المادة (179) من القانون المدني القطري، والفصل (243) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، وبالتالي إرساء قاعدة موضوعية تتضمن الزام كل محترف بتعويض المضرور عن الأضرار التي تنجم عن خطورة المنتجات ذات الطبيعة الخطرة[192]، وزيادة على ما سبق ونظراً لازدياد وتطور المنتجات والخدمات في الأسواق والتي ازدادت معها المخاطر الأمر الذي فرضت معه قواعد العدالة التوسع بإضافة التزامات أخرى على عاتق أحد طرفي العقد كالإلتزام بالسلامة في عقود النقل والإلتزام بالإعلام وذلك باعتبارها من

---

[191] – محمد حاج بن علي، تمييز الإلتزام بالإعلام عن الإلتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشئ المبيع، ص 74، 75.
انظر كذلك: محمد عبد القادر علي الحاج، مسؤولية المنتج والموزع، دراسة في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1982 ،ص 78.

[192] – محمد حاج بن علي، تمييز الإلتزام بالإعلام عن الإلتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشئ المبيع، ص 82.

مستلزمات العقد حتى وإن لم تذكر فيها، وقد كان الفقه والقضاء الفرنسي هما الأسبق في إرساء هذه القواعد[193].

وهذا ما ذهبت إليه المحاكم الفرنسية منذ نهاية القرن التاسع عشر حيث قضت الغرفة الجزائية لمحكمة النقض الفرنسية:" بأن صانع المفرقعات الذي لا يرفق بها بياناً بطريقة الاستعمال، ويدلي شفاهة إلى المشتري بمعلومات غير صحيحة يكون مسؤولاً عن الإصابة التي لحقت بإحدى المشاهدات[194]"، مما يظهر معه دور القاضي في اضافة التزام على الطرف المحترف بالإعلام والتبصير، وكذلك أيدت محكمة النقض الفرنسية قضاء محكمة الاستئناف (Lyon) والذي قضى" بإلزام المنتج وهو البائع عن تعويض الأضرار المادية والجسدية التي نشأت عن حادث تعرض له يخت للنزهة بسبب إبحاره في منطقة أمواج مرتفعة، وفي الحكم المذكور يظهر أن القاضي أضاف التزاماً بالضمان والإعلام على عاتق المنتج، وذلك بالنظر إلى أن هذا المنتج لم يوضح للمشتري عدم صلاحية اليخت للإبحار في مثل هذه الأجواء"، كما قضي في هذا الشأن بمسؤولية منتج الغراء الذي اكتفى بأن كتب على العبوة أن السلعة (قابلة للاشتعال) دون أن يبرر ضرورة تهوية المكان الذي سوف تستعمل فيه[195].

---

[193] – أحمد حدي لاله، مرجع سابق، ص 177.

[194] – محمد حاج بن علي، مرجع سابق، ص 76.

6. p, 1953., D, 1952.déc 12., C

[195] –وردت هذه الأحكام في: محمد حاج بن علي، مرجع سابق، ص 76.

.166. p, 1953., D, 1952.déc 12., Crim

. 830, 2, 1973., Pal. Gaz, 1973 juillet 13, Lyon. A.C

.39. p. 67° n. III. Civ. Bull. 1988. Avr 13. 1re., Civ

كما ظهر فى بداية القرن العشرين مصطلح جديد يعرف بالإلتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص وذلك إثر صدور حكم من محكمة السين التجارية بفرنسا في القضية التي تتعلق بالنقل البحري وقد توسعت هذه القاعدة لتشمل كل مجالات النقل ومنها التزام الناقل بضمان سلامة الأشياء محل النقل [196]، ومن ثم توسعت لضمان السلامة في العقد الطبي كما ظهر بعد ذلك الإلتزام بالإعلام في عقد البيع[197].

ويقوم الإلتزام بالسلامة على مبدأ أن الناقل لا يلتزم فقط بتوصيل المسافر إلى مكان الوصول بل هو ملزم كذلك بإيصاله سالماً وإن لم يذكر ذلك في العقد[198]، أي أن التزامه غدا التزاماً بتحقيق نتيجة[199]، وكذلك الإلتزام بالتبصير أي بالإعلام وهو من المبادئ التى أرساها القضاء الفرنسي والذي ينبغي فيه على كل من الصانع أو البائع أن يبصر المشتري وأن يبين له كيفية استعمال المبيع إذا كان هذا المبيع يشكل خطراً بطبيعته كالمواد السامة أو المتفجرات أو كان جديداً أو معقداً في استخدامه وذلك

---

[196] – سميحة القليوبي، شرح القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 533.

حيث قضت محكمة النقض المصرية: " إن عقد نقل الأشياء يلقي على عاتق الناقل إلتزاماً بضمان الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل إليه، وهذا الإلتزام هو التزام بتحقيق غاية، فإذا تلفت هذه الأشياء أو هلكت فإنه يكفي أن يثبت أن ذلك حدث أثناء تنفيذ عقد النقل، ويعتبر هذا اثباتاً بعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسؤوليته عن هذا الضرر دون حاجة إلى اثبات وقوع خطأ من جانبه ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت هو أن التلف أو الهلاك نشأ عن عيب في ذات الأشياء المنقولة أو بسبب قوة قاهرة أو خطأ الغير". طعن رقم 1107/ 64 قالسنة 46، ص 537ع.

[197] – أحمد حدي لاله، مرجع سابق، ص 173.

[198] – أحمد حدي لاله، مرجع سابق، ص 178.

[199] – سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، ص 501.

من أجل تحقيق أقصى درجات الإستفادة منه، ويعد هذا الإلتزام من مستلزمات العقد وإن لم يذكر فيه[200].

وقد أخذ المشرع القطري إلى تضمين الناقل مسؤولية سلامة الراكب وكذلك الأشياء عملاً بأحكام المواد (182، 200،198) من قانون التجارة رقم (27) لسنة 2006[201] وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية وما قضت به محكمة التمييز القطرية في ما يتعلق بمسؤولية الناقل الجوي[202]، وهو ذاته ما

---

[200] – أحمد حدي لاله، مرجع سابق، ص 180"الحكم القضائي".

[201] تنص المادة(182) من قانون التجارة القطري على:" يضمن الناقل سلامة الشيء أثناء تنفيذ عقد النقل، وعليه أن يبذل في ذلك العناية اللازمة التي تتطلبها طبيعة الشيء المنقول، ويكون مسئولاً عن هلاك الشيء هلاكاً كلياً أو جزئياً، أو عن تلفه أو عن التأخير في التسليم، وي عتبر في حكم الهلاك الكلي عدم تسليم الناقل للشيء أو عدم إخطاره للمرسل إليه بالحضور لتسلمه أو عدم العثور عليه بعد انقضاء مدة معقولة من انتهاء الميعاد المتفق عليه للتسليم، أو ما يقضي به العرف لوصول الشيء وتسليمه، ويبدأ التزام الناقل بسلامة الشيء من الوقت والمكان الذي يوضع فيه الشيء تحت تصرفه لإتمام عملية النقل، وينتهي عند التسليم في الزمان والمكان المتفق عليهما.

وتنص المادة (198) من ذات القانون على أن:" عقد نقل الأشخاص هو العقد الذي يلتزم بموجبه الناقل بنقل الراكب على وسيلة نقل معينة من مكان معين إلى مكان آخر سليماً وفي الميعاد، وذلك مقابل أجر".

وتنص المادة(200) من ذات القانون على:" يلتزم الناقل بسلامة الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل، ويكون مسئولاً عما يلحق الراكب من أضرار بدنية أو مادية، وكذلك الأضرار المترتبة على التأخير في الوصول.

ويبدأ التزام الناقل بسلامة الراكب من الوقت الذي يشرع فيه الراكب بدخول وسيلة النقل وينتهي في اللحظة التي ينفصل فيها الراكب عنها.

ومع ذلك يلتزم الناقل بالتزام عام بسلامة الراكب أثناء تواجده في المكان المعد لاستقبال الراكب تمهيداً لتنفيذ النقل".

[202] – حكم محكمة التمييز القطرية بالطعن رقم 2017/258، الدائرة المدنية والتجارية جلسة 2018/2/20، حيث قضت بالآتي:" إن النص في المادة 220 من قانون التجارة (القانون التجاري) الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 2006 على أن « يسأل الناقل الجوي عن تعويض الضرر الذي يحدث في حالة هلاك أو ضياع الأمتعة أو البضائع أو تلفها إذا وقع الحادث الذي أدى إلى الضرر أثناء النقل الجوي، ويشمل النقل الجوي الفترة التي تكون فيها الأمتعة والبضائع في حراسة الناقل، وذلك منذ تسلم الناقل لها وتسليمها في مكان الوصول... " وهو ذاته مؤدى نص المادة 18 من معاهدة وارسو لسنة 1929 والمعدلة ببروتوكول مونتريال الإضافي رقم 4 الموقعة في 25 سبتمبر 1975 – والتي انضمت لها دولة قطر بمقتضى المرسوم رقم 32 لسنة 1987– وكان انضمام دولة لبروتوكول مونتريال الإضافي رقم 4 المشار إليه يعتبر حسب النصوص 15، 19، 23 منه انضماماً لاتفاقية فارسوفيا المعدلة في لاهاي عام 1955، وقد خلصت هذه الاتفاقيات إلى أن مسئولية الناقل الجوي لا تنقضي ولا تنتهي إلا بتسليم

ذهبت إليه في العديد من أحكامها فيما يتعلق بمسؤولية الناقل البحري كذلك حيث قضت:" وحيث إن عقد النقل البحري يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان وصول الأشياء المنقولة كاملة وسليمة إلى المرسل إليه وهو التزام بتحقيق غاية، بما مقتضاه أن مسئولية الناقل تظل قائمة إلى أن يتسلم المرسل إليه البضاعة بالفعل، فإن هلك الشيء أو تلف قبل هذا الاستلام انشغلت ذمة الناقل بالمسئولية، هذا ويفترض حصول الضرر أثناء الرحلة البحرية ما لم يثبت الناقل أن التلف ناشئ عن قوة قاهرة أو عيب ذاتي بالبضاعة المنقولة أو خطأ المرسِل أو المرسَل إليه، كما أن الأصل أن كل فعل خاطئ نشأ عنه ضرراً للغير يوجب مسئولية فاعله ولكنها قد تخف أو تتضاءل بنسبة خطأ المضرور أو اشتراكه مع مرتكب الفعل في إحداث الضرر ويُراعى ذلك عند تقدير التعويض الذي يطالبه به المضرور، لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن الحادث ساهم في وقوعه عدم استقرار السفينة والانحراف والميلان نتيجة الرياح وهو ما تضمنه تقرير الخبير المنتدب في الدعوى وما جاء بتقرير الحادث المحرر بمعرفة مشرف التحميل وعامل الرافعة وموجه الإشارات، كما تستخلص المحكمة خطأ الشاحن في تحري حقيقة

البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه ولا ترتفع مسئوليته هذه إلا إذا أثبت أنه وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها أو قام به أو لديه سبب آخر من أسباب الإعفاء طبقاً للقواعد العامة، ذلك أن البين من مطالعة أحكام هذه الاتفاقية في ضوء الأعمال التحضيرية لها سواء في مشروع باريس سنة 1925 أو في لجنة الخبراء CITEJA سنة 1927 والمشروع النهائي وما دار في لجنة الصياغة أن مسئولية الناقل الجوي مسئولية من نوع خاص لها أحكامها المتميزة تقررت للتوفيق بين مصالح متعارضة، في جانب منها مصالح شركات الطيران، ومصالح الشاحنين في الجانب الآخر، وهي في الأصل مسئولية عمادها التزام الناقل بكفالة سلامة الشيء المنقول والمحافظة عليه أثناء فترة النقل الجوي حتى يتم تسليمها إلى المرسل إليه أو نائبه القانوني.

بيانات وزن الكرفان وقد ساهم ذلك في الحادث مما تعتبر معه الخطأ مشترك بين الناقل والشاحن وتتخذه المحكمة أساساً لتقدير التعويض"[203].

ومن الجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي قد وسع من دائرة الالتزام بالسلامة لتشمل العديد من العقود التي يكون فيها المهني والمحترف أكثر سيطرة من المتعاقد الآخر وتتسم بالخطورة ومنها التزام الطبيب بضمان سلامة المريض رغم أن الأصل فيه أنه التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية [204]وفيه ينبغي على الطبيب أن يبذل جهوداً يقظةً تتفق والمعطيات العلمية التي تم التوصل إليها في علوم الطب، على أن هناك العديد من الحالات التي يكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة ومنها حالة عمليات التجميل وتركيب الأعضاء الاصطناعية ونقل الدم وغيرها[205]، ومما توسع فيه القضاء الفرنسي كذلك الالتزام بسلامة الطالب من جانب إدارة المدرسة الخاصة، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية" بمسؤولية إدارة المدرسة عن اصابة تلميذ في الحادية عشرة نتيجة لاصطدامه بسيارة في الشارع بعد خروجه من المدرسة، حيث تلتزم المدرسة بملاحظة التلميذ ومنعه من الخروج من المدرسة بمفرده"، والتزام مستثمر لعبة أراجيح يقع عليه التزام بالسلامة تجاه زبائنه خلال اللعب، وصاحب المرآب ملزم تجاه زبائنه الذين يودعون مركبة لاصلاحها بالالتزام بالسلامة.

---

[203] – حكم محكمة التمييز القطرية بالطعن رقم 51/ 2008، الدائرة المدنية والتجارية، جلسة 6/17/ 2008.

[204] –جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، ص10.

[205] – هشام مخلوف، الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية، المركز الجامعي أمين عقال الحاج موسى، أق أخموك لتامنغست، معهد الحقوق والعلوم السياسية، ص 182.

وهو ما ذهب إليه القضاء في مصر حيث فرض على صاحب الفندق الالتزام بالمحافظة على سلامة النزيل، إذ قضت محكمة النقض المصرية :" إن مفاد النص في الفقرة الثانية من المادة (148) من القانون المدني أنه لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ان الالتزام التعاقدي قد يتسع ليشمل ما لم يتفق عليه صراحة مما تقتضيه طبيعته، فاذا اتفق على نزول مسافر في فندق فان العقد لا يقتصر على الزام صاحب الفندق بتقديم مكان النزول انما يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام بالإيواء ومن هذا القبيل وفق ما جرى به العرف بين الناس اتخاذ الحيطة واصطناع الحذر بما يرد عن النزيل غائلة ما يتهدد سلامته من مخاطر ويحفظ عليه امنه وراحته فيعصمه من الضرر على نحو ما يعصمه أيواؤه الى مسكنه"[206].

ومن الجدير بالذكر كذلك أن الالتزام بالإدلاء بالمعلومات الكافية هي من الالتزامات المنصوص عليها بأحكام قانون التجارة الدولية ومستقر عليها في الفقه إذ يعد هذا الالتزام من مقتضيات حسن النية ومن المبادئ الأساسية التي تحكم التجارة الدولية وسواء نص عليها العقد أم لم ينص[207]، إلى جانب اتساع هذا الإلتزام ليشمل إلزام المتعاقدين بالتعاون في تنفيذ العقد واستمراره[208].

---

[206] – نقض مدني 23/ يناير 1980، مجموعة أحكام النقض 31– 255– 53، ورد في: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني 2، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ص 291، 292.

[207] – محمد فهمي الجوهري، قانون التجارة الدولية، ص 98.

[208] – محمد فهمي الجواهري، مرجع سابق، ص 104، 105.

وقد فرق جانب من الفقه ما بين الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالنصيحة معتبرين أن الأول أوسع مدى من الثاني، وعرف أنصار هذا الرأي الالتزام بالإعلام بأنه:" تعريف البائع المحترف للمستهلك بكيفية استعمال السلعة بالشكل الذي يحقق له أقصى من الأهداف التي يبتغيها من شرائها، والبوح للمستهلك بكل ما يجعله على بينة من عيوب الشئ المبيع وإدراك خصائصه، وتحذيره بوضوح من مغبة عدم اتخاذ هذه الإحتياطات"[209]، وذلك بسبب عدم التساوي ما بين المتعاقدين في المعلومات المتعلقة بمحل التعاقد[210]، كما وأضاف في الوقت الحاضر القضاء الفرنسي إلى مضمون العقود ذات الطابع المهني التزامات جديدة تتمثل في الالتزام بالاعلام والتحذير والنصيحة[211].

ويجد هذا الالتزام محله في مجال التكنولوجيا بشكل أوسع والذي يفرض بحكم طبيعته التزاماً خاصاً كالالتزام بالمساعدة وتقديم النصح والمشورة إلى جانب الإعلام والتحذير[212]، ومن تلك العقود على سبيل المثال عقد إعداد البرمجيات الخاصة والذي يعد من العقود التي تتوافر في أحد أطرافه صفة الاحتراف مما توجب على المبرمج ومورد التكنولوجيا القيام بتقديم النصيحة اللازمة لاحتياجات العميل والتحري عن بعض الأمور الأساسية التي من أجلها سعى العميل للحصول على هذا البرنامج وبيان ذلك بشكل يسير للعميل وعلى درجة عالية من الوضوح ليتم بيان كيفية الاستخدام والإعلام بالعيوب

---

[209] – محمد حاج بن علي، مرجع سابق، ص 75.

[210] – منيرة سليماني، الجودة الالكترونية كمدخل لحماية المستهلك الالكتروني، ص121.

[211] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 58 ومابعدها.

[212] – أنور أحمد راشد الفزيع، عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة حاسبات الكترونية، مرجع سابق، ص120.

التي من الممكن توقع حدوثها أثناء الاستخدام، وبذكر المخاطر المتعلقة بالصحة والبيئة وسلامة الأرواح وبو سائل تفاديها وبالمنازعات القضائية المتعلقة بها ان وجدت[213].

ويعد هذا العقد حديث نسبيا لذا فهو من العقود غير المسماة في القانون القطري وبالتالي يخضع للقواعد العامة، وهناك من يرى أن عقد المقاولة هو الأقرب له، وفيه يتوجب على المبرمج ومنذ مرحلة المفاوضات القيام بدراسة مدى ملاءمة البرنامج لاحتياجات العميل والبحث في مدى ملاءمته لأصول البرمجة، مما يتوجب عليه تقديم نصيحة فعالة للعميل في المرحلة السابقة للتعاقد، أما في مرحلة ما بعد التعاقد فيتوجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام الرئيسي الوارد في العقد وهو إعداد البرمجيات التي تم الاتفاق عليها، ذلك أن العلاقة ما بين العميل والمبرمج تعد علاقة غير متكافئة الأطراف من حيث العلم والدراية بطبيعة محل العقد، فالبرنامج الذي سيتم إعداده لا يملك العميل فيه المعرفة الكافية، مما يستوجب إلقاء عبء ذلك على عاتق المبرمج من خلال الزامه بمبدأ الالتزام بتقديم النصيحة للعميل حول هذا العقد[214]، ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصري قد عالج عقود نقل التكنولوجيا في الباب الثاني من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999.

ويمكن تعريف الالتزام بتقديم النصيحة" بإنه التزام المبرمج بإعلام العميل المتعاقد معه وذلك بعد القيام بعمل دراسة ملاءمة لمحل التعاقد وظروفه وبيان المعلومات الأساسية التي تلعب دوراً فعالاً في اتمام عملية التعاقد، والتي من خلالها يتم الوقوف على مدى تناسب البرامج لاحتياجاته وتحقيق الغاية

---

[213] – سميحة القليوبي، شرح القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 77.

[214] – محمد فواز محمد المطالقة، التزام المبرمج بنصيحة العملاء في عقود البرامجيات الخاصة، ص 271.

الأساسية منه وتوجيهه نحو البرنامج والجهاز الذي يناسبه[215]، وبيان سائر الآثار التي تترتب على هذا التصرف، وفي هذه الحالة يقع واجب الإلزام على المبرمج إعمالا لأحكام القانون المدني ذات الصلة بنظرية العقد والتي أحلت العقد محل القانون، وكذلك إعمالأ نص المادة(172) من القانون المدني التي أوجبت تنفيذ العقد بحسن نية، وأن يشمل تنفيذ العقد كل ما هو من مستلزماته، ثم أن علم المبرمج الذي يفترض أنه محترف وعلى درجة معرفة أكبر مما هو عليها العميل يوجب الزامه بالقيام بالوفاء بهذا الإلتزام، فتقديم النصيحة تستوجب عيه القيام ببيان مدى ملاءمة مصلحة العميل لهذا العقد وأهم المشاكل والمصاعب التي يتوقع أن تواجه العميل عند الاستخدام[216]، بما يكفل تحقيق الحماية المطلوبة للمستهلك الالكتروني والذي يعد هو الطرف الضعيف في علاقته مع المنتج أو التاجر الالكتروني[217].

ويعد من أهم الأمور الأساسية التي يجب أن تتضمنها النصيحة هو الإفصاح عن القدرة المستقبلية للبرنامج على التحديث ومدى مناسبته لتلك التحديثات، ومدى الملائمة مع زيادة حجم نشاطه أو الحد منه، و بيان مدى فاعلية لغة البرمجة التي ستستخدم في الإعداد، وذلك كله بعد القيام بجمع المعلومات اللازمة عن احتياجات العميل وبيان كافة الأمور المتعلقة بالبرنامج من حيث طبيعته ومدى تحقيقه لرغبات العميل، بالإضافة لبيان الاحتياطات اللازم اتخاذها وتلك المخاطر التي يمكن أن تظهر نتيجة

---

[215] – أنور أحمد راشد الفزيع، عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة حاسبات الكترونية، مرجع سابق، ص120.

[216] – محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 272.

[217] – منيرة سليماني، مرجع سابق،ص 128.

عدم التقيد بهذه النصيحة[218]، ومن ثم اطلاعه على الوسائل التي تحميه من كل مخاطرها[219]، وهو ما يطلق عليه الحق في الأمان[220].

وتكمن الغاية من هذا الالتزام بحماية العميل من تلك الأمور التي يجهلها لا سيما كيفية استخدامه البرنامج وبيان مخاطره، وبالتالي لا بد من قيام المبرمج بآداء النصيحة سواء تمت عبر إرسال كتيب مع البرنامج أو بنشره على أن يبين فيه كيفية الاستخدام، وذكر كافة المخاطر التي قد تصيب البرنامج نتيجة عدم مراعاة بعض الأمور مثل عدم القيام بعملية حفظ المعلومات، والأحداث التي من الممكن أن تؤدي إلى فقدان المعلومات أوتعذر استرجاعها، أي ينبغي أن تكون النصيحة كاملة ووافية بحيث تنبه المستخدم و تبصره بكافة المخاطر والعيوب التي يمكن أن يتعرض لها أثناء الاستعمال، وكي تكون النصيحة منتجه لا بد من توضيح كافة الوسائل اللازمة لتجنب هذه المخاطر وبيانها بشكل تفصيلي وبيان المخاطر والأضرار التي يمكن ظهورها أثناء الإستخدام غير الصحيح[221].

كما ويتوجب أن يتم تنفيذ الالتزام بالنصيحة بطريقة واضحة وأن تتم صياغتها بلغة يفهمها المستخدم وعدم استخدام المصطلحات الخاصة بالبرمجة والتي يصعب على الشخص العادي فهمها، فقد لا يكون ملما بلغة البرمجة وببعض العبارات والتعليمات الخاصة بها، مما يتوجب أن تكون واضحة ومفهومة بحيث تظهر للمستخدم بأنها ليست مجرد توصية بل هي من أساسيات الاستخدام وأن يتم وضعها في

---

[218] – محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص276.

[219] – سميحة القليوبي، شرح القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 78.

[220] – منيرة سليماني، مرجع سابق، ص120.

[221] – محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص277 ومابعدها.

مكان ظاهر سواء كانت على الوسيلة التي سيتم تسليم البرنامج من خلالها أو في كتيب ملحق مع البرنامج أو بأي طريقة أخرى، وأن تكون مرافقة للبرنامج بحيث لا يمكن فصلها عنه[222]، أما إذا ما تم وقوع خلل غير متوقع في البرنامج وتم اغفال ذكره في مضمون النصيحة وكان ذلك مؤثرا، فإنه يعطي الحق للعميل بالرجوع على المبرمج لإخلاله بالتزاماته وقد يعرض العقد للبطلان بالإضافة للمطالبة بالتعويض، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة (67) من قانون التجارة حيث قررت مسؤولية كل من المنتج والموزع عن كل الأضرار المادية والبدنية يحدثه هذا المنتج[223].

كما يعد الالتزام بتقديم النصيحة التزاماً مستمراً في كافة مراحل العقد بل يبدأ من المرحلة السابقة لإبرامه أي منذ مرحلة المفاوضات العقدية[224]، إذ يفرض الالتزام بمبدأ حسن النية أن يراعى منذ التفاوض عرض كل الرغبات ومزايا المنتج لا سيما التكنولوجي منه والتبصير به [225].

وما سبق من خصائص تعد من أبرز خصائص الالتزام بالإعلام والتحذير بشكل عام إذ ينبغي أن يكون كاملاً ووافياً ومشتملاً على كل ما يمكن أن يلحق بالمشتري سواء في ماله أو شخصه من مخاطر سواء عند حيازته أو استعماله، بالإضافة إلى بيان كيفية تجنب تلك الأخطار، كما ينبغي أن يكون

---

[222] – محمد فواز المطالقة، مرجع سابق،ص 278، 279.

[223] – سميحة القليوبي، شرح القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 78.

[224] – محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 287.

[225] –سميحة القليوبي، شرح القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 69.

واضحا ودقيق الصياغة وبأسلوب سهل، وأن يكون ظاهراً أي في مكان يشد المستهلك له من الوهلة الأولى، وأن يكون لصيقاً بالمنتج[226].

وقد اختلف الفقه حول طبيعة الإلتزام بالنصيحة فمنهم من ذهب للقول بأنه التزام بتحقيق نتيجة مضمونه بيان آلية الاستخدام والأمور المترتبة عليها وذلك لتحقيق الغاية المرجوة من البرنامج[227]، كي لا يؤدي حجب النصيحة ومضمونها لبطلان العقد أو وجود خلل فيه، وقد أكد الفقه والقضاء في كثير من المواقع على تقرير هذا الالتزام في العقود التي تتصف بعدم المساواة بين طرفي العقد من خلال الاحتراف، ذلك أن انعقاد العقد متوقف عليها وبالتالي يضمن الملتزم أي ضرر يتعرض له العميل جراء تلك النصيحة[228]، ورأي آخر يرى أنه التزام ببذل عناية محله التزام المبرمج بتقديم نصيحة تشمل كافة المعلومات والبيانات التي تمكن العميل من فهم البرنامج وطرق استخدامه والأخطار التي يمكن أن يتعرض لها وهو بذلك لايضمن النتيجة التي تترتب عليها[229]، ورأي ثالث ذهب إلى القول بأنه التزام مزدوج بين بذل عناية وتحقيق نتيجة ذلك أن النصيحة التي يتم تقديمها تكون التزام ببذل عناية من خلال القيام بإعداد دراسة لمدى ملاءمة البرنامج لاحتياجات العميل وبيان كيفية الاستخدام، أما تحقيق نتيجة فيكون من خلال إبرام العقد وبلورة محل العقد إلى الواقع، وامكانية العميل الاستفادة من البرنامج،

---

[226] – محمد حاج بن علي، مرجع سابق، ص77، 78.

[227] – محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 274، 275، 276.

[228] – حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ص479، منقول عن: محمد فواز المطالقه، مرجع سابق، ص282.

[229] – جمال عبدالرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية لمنتجي وبائعي المستحضرات الصيدلانية، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ص 147، 148. وردت في: محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص281.

أي أن هذا الاتجاه يفرق بين حالة فهم العميل للنصيحة والعمل بها وبين دور المبرمج بإيضاح النصيحة وبيانها للعميل[230].

وحول طبيعة مسؤولية المبرمج في هذا الالتزام فهناك من ذهب إلى أن تخلف تنفيذ هذا الالتزام يؤدي لوقوع اللبس وبالتالي توافر عيب الغلط لدى المتعاقد مما يؤدي إلى بطلان العقد[231]، وبالتالي تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية باعتباره التزاماً ناشئاً قبل ابرام العقد، أما إذا كان العقد بخصوص النصيحة فإن أحكام المسؤولية العقدية هي التي تسري[232]، بينما يكيف البعض أن الامتناع عن تقديم النصيحة بغرض اخفاء بعض الأمور الجوهرية يعد تدليساً يوجب البطلان مع التعويض[233].

ويرى الباحث أن إخلال المبرمج بتنفيذ التزامه بتقديم النصيحة للعميل هو اخلال بالتزام عقدي يوجب تطبيق أحكام المسؤولية العقدية، وبأن هذا الإخلال إذا ما كان بدافع إخفاء أمور جوهرية ما كان ليقوم العميل بالتعاقد لو تم إعلامه وتبصيره بها فإن ذلك يعد سبباً لبطلان العقد مع المطالبة بالتعويض.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع القطري لم ينظم أحكام هذا العقد إلا أن هذا الالتزام يمكن أن نجد له أساساً في أحكام القانون رقم (8) لسنة 2008 وتعديلاته بشأن حماية المستهلك، حيث أعطت المادة الثانية منه للمستهلك جملة من العقود من بينها حقه في الصحة والسلامة عند استعمال السلعة والخدمة

---

[230] – علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، ص106، ورد في: محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 283.

[231] –عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص 318،319. وكذلك: محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، من ص 145 وحتى 148. وكذلك: خالد جمال أحمد حسين، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراه، ص 450، ورد في: محمد فواز المطالقه، مرجع سابق، ص 286.

[232] – محمد فواز المطالقه، مرجع سابق، ص 286.

[233] – عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 318، 319، ورد في محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 287.

محل العقد، وحقه بالحصول على سائر المعلومات المتعلقة بهما، وحقه بالتعويض، كما وألزم القانون المذكور المزود في مادته السابعة أن يبين على غلاف السلع كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بها وأن يكون ذلك بشكل جلي وواضح، كما وألزمه بضرورة التنبيه لخطورة السلع، ورتب على مخالفة ذلك عقوبات جزائية.

على أن النصوص التشريعية التي يسترشد بها القاضي عند ممارسته دوره الإيجابي في تكملة العقد لا تقف عند حد النصوص الخاصة بل تتعداها إلى تلك النصوص التشريعية التي تعد قواعد عامة وهذا ماسيكون محل المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: الالتزامات المترتبة عن النصوص القانونية العامة

تعد النصوص القانونية من أهم الوسائل التكميلية التي يستعين بها القاضي عند ممارسته دوره الإيجابي بتكملة العقد وتحديد نطاقه[234]، وبالعودة إلى نصوص المواد ذات الشأن والصلة في القانون المدني القطري وسواء المادة (2/79) أو المادة (2/172) وإلى أحكام الفصل (243) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية نجد أن المشرعين قد نصا على اعتبار القانون أول آلية ووسيلة لإكمال العقد، وبالتالي يستطيع القاضي وحال سكوت المتعاقدين عن ما تتضمنه تلك القواعد من التزامات أن يقوم بادخالها في نطاق العقد ومضمونه فتصبح عندها واجبة التطبيق[235].

---

[234] – عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، ص692.

[235] – عبد الرشيد مأمون، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 226.

وفي هذا السياق لا بد من الإشارة إلى بعض من التعريفات الفقهية للقاعدة القانونية حيث عرفها البعض "بأنها قاعدة سلوكية غايتها تنظيم العلاقات الإقتصادية والإجتماعية والسياسية وهي قاعدة عامة ومجردة وملزمة، وأن تأثيرها على نطاق العقد ومضمونه يتحدد من خلال التفرقة ما بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد المكملة[236]، وتعد قواعد القانون من حيث المبدأ كلها ملزمة مع وجود بعض الاختلاف في درجة الالزام[237] وبذلك قسم الفقه القواعد القانونية من حيث قوتها الإلزامية إلى قواعد آمرة وأخرى تكميلية، ويمكن تعريف القاعدة القانونية الآمرة بأنها تلك التي تمثل إرادة المجتمع سواء بالأمر أو النهي[238] ويلزم الأفراد باحترامها ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وقد رتب القانون على مخالفتها جزاء البطلان وهو دفع يمكن اثارته في أي مرحلة من مراحل التقاضي وذلك خلافاً للقواعد القانونية المكملة والتي يمكن للمتعاقدين استبعادها والاتفاق على ما يخالفها[239]، إذ هي لا تمثل الإرادة العليا للمجتمع بل تتعلق بنشاط الأفراد الحر والذين لا يخضعون فيها لسلطان القانون[240].

ويعد التفريق ما بينهما أمراً غاية في الأهمية، وتتعدد وسائل التمييز بينهما فمن تلك الوسائل ما يكون استناداً إلى المعيار الشكلي أو اللفظي أي من الصيغة اللفظية التي يرد بها النص القانوني سواء بصيغة النفي أو الوجوب، أو من خلال ألفاظ تدل على الصيغة التكميلية، كأن تتضمن القاعدة القانونية نصاً صريحاً بجواز أو عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها، أو عندما يشير النص إلى أصل القاعدة

---

[236] – خولة بوراوي، التعديل القضائي للعقد،مرجع سابق، ص 89.

[237] – سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، ص84.

[238] – الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني 1، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السابعة، ص 87.

[239] – أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، ص 24.

[240] – الدكتور سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 88.

ثم يجيز الاتفاق على مخالفتها، أو بالنص على بطلان أي اتفاق يخالف ما ورد فيها[241]، أما الوسيلة الثانية فهي بالاعتماد على المعيار الموضوعي أي المعنوي والمستمد من مضمون القاعدة القانونية ومفهوم النظام العام ومصلحة المجتمع[242]، ومن الجدير بالذكر أنه حال ورود الضابط أو المعيار الشكلي أي اللفظي بشكل واضح ودقيق فلا مجال لبحث المعيار المعنوي والذي يتم الاستعانة به عند غياب الأول فقط[243].

و حيث جعل المشرع من القانون مصدراً من المصادر التي يتوجب على القاضي الاسترشاد به عند ممارسته دوره في تكملة العقد واضافة إليه ما هو من مستلزماته، إلا أنه أورد لفظة قانون بشكل مطلق دون ثمة تحديد، مما يرى البعض من الفقه أن المقصود بها هي كل من القواعد الآمرة والتكميلية على حد سواء[244]، ويبرر أنصار هذا الرأي بإدراج القواعد الآمرة باعتبارها تلزم المتعاقدين بما ورد فيها وتحل ضمن القوة الملزمة للعقد تجاوزاً لما ورد فيه[245]، خلافاً لما يرى الجانب الآخر من الفقه بأن المقصود بالقواعد القانونية في هذا المقام هي القواعد التكميلية المفسرة دون الآمرة بسبب عدم جواز اتفاق الأطراف على ما يخالف القواعد الآمرة[246].

---

[241] – الدكتور سليمان مرقس، مرجع سابق، ص90.

[242] – خولة بوراوي، مرجع سابق، ص 89، 90.

[243] – د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 90.

[244]– سمير شيهاني، حمزة قتال، تكميل العقد بين الكشف عن إرادة المتعاقدين وإنشائه، ص 229.

[245] – د. علي كحلون، مرجع سابق، ص 717.

[246] – عامر علي حسن أبو رمان، مرجع سابق، ص 107، وردت كذلك في (سمير تناغو، نظرية الإلتزام، ص 139).

و يرى الباحث أن الرأي الأول الذي يجمع ما بين القاعدتين الآمرة والتكميلية باعتبارهما من الوسائل التي يستعين بها القاضي في تكملة العقد هو الرأي الارجح والأصوب، بل نذهب إلى أبعد من ذلك بالقول بأن ما يرد في القواعد الآمرة من التزامات هي أولى الوسائل التكميلية وأن دور القاضي بالتكملة بموجبها يأتي على سبيل الوجوب لا الجواز، ومن ثم ما ذكره أنصار الرأي الثاني من أن القواعد الآمرة لا يشملها المعنى المقصود بالمواد ذات الشأن بدور القاضي في تكملة العقد على اعتبار أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، فإن تلك التبريرات تصب في صالح أنصار الرأي الأول أي أنها تعد حجة لهم لا عليهم.

كما ولم يبين المشرع ما هو المقصود بتلك القواعد القانونية التي أحال إليها وإذا ما كان المقصود بها تلك القواعد الواردة في القانون المدني دون غيره، أما تلك الواردة في قانون خاص آخر، وبالتالي فإن ترك اللفظ مطلقا يعد تركاً للمساحة مفتوحةً أمام القاضي مما يجعلها أوسع في بيان الحكم الأنسب لما هو معروض أمامه من وقائع، فإذا ما وجد القاضي قانوناً خاصاً يحكم تلك الواقعة عندها وعملاً بالمبدأ القانوني والقضائي المستقر عليه بأن القانون الخاص يقيد القانون العام فإنه يطبق ويقدم القاعدة الواردة في القانون الخاص عن غيرها من الواردة في القانون العام[247]، ذلك أن الهدف من تلك القواعد في نظر جانب من الفقه بمثابة إعفاء للمتعاقدين من مشقة التفكير في كل جزئيات العقد[248]، والتي يمكن من خلال إضافة مضمونها إثراء للعقد بقوة القانون[249].

---

[247] – الدكتور حازم سالم محمد الشوابكة، مرجع سابق، ص 3995.

[248] – خولة بوراوي، التعديل القضائي للعقد، ص 91.

[249] – سمير شيهاني، حمزة قتال، تكميل العقد بين الكشف عن إرادة المتعاقدين وإنشائه، ص 229.

أما في حال لم يتضمن القانون الخاص قاعدة تحكم ما هو معروض من وقائع فيجب النظر إلى طبيعة العقد فإذا كان من العقود المسماة فإنه يصار إلى تطبيق أحكام القواعد الخاصة لهذا العقد في القانون المدني، وفي حال لم يجد القاضي قاعدة خاصة لهذا العقد المسمى يمكن تطبيقها عليه فإنه يصار إلى تطبيق أحكام القواعد العامة في القانون المدني، أما إذا كان العقد من العقود غير المسماة فيتوجب على القاضي العودة مباشرة إلى أحكام القواعد العامة في القانون المدني، فإن لم يجد فيها ما يمكن تطبيقه عليه فإنه يصار إلى تطبيق القواعد التي تم النص عليها بالنسبة لأقرب عقد من العقود المسماة لذلك العقد المراد تكميله[250].

أما فيما يتعلق بالقواعد الآمرة فإذا ما وجد القاضي في العقد بنداً مخالفاً لها توجب عليه إزاحة هذا البند ومراجعته بما يتطابق مع القواعد الآمرة وذلك دون الإعتداد بإرادة طرفيه[251]، وتجاوزاً لما ورد في العقد ومن ثم على القاضي إدخاله في إطار القوة الملزمة للعقد[252]، وهذا ما قضت به محكمة التمييز القطرية في العديد من أحكامها:" ذلك أن المقرر– في قضاء هذه المحكمة – أن القوانين المنظمة لعلاقات العمل كأصل عام سواء أكانت حاكمة للعلاقات التعاقدية أو للعلاقات اللائحية التنظيمية تتضمن بعض أحكامها قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام تضمن للعامل أو الموظف الحد الأدنى من الحصانة لحقوقه ومميزاته بحسبانه هو الطرف الأضعف في تلك العلاقة بما يقتضي تدخل المشرع بنصوص ملزمة حماية له من تغول صاحب العمل أو جهة الإدارة، وهو ما يترتب عليه أنه إن تضمن عقد العامل أو

---

[250] – الدكتور حازم سالم محمد الشوابكة، مرجع سابق، ص 3993 وما بعدها.

[251] – خولة بوراوي، مرجع سابق، ص 91.

[252] – علي كحلون، التعليق على مجلة الالتزامات والعقود، الكتاب الأول، ص 717.

الموظف حقوقاً أو مزايا تزيد عن ذلك الحد الأدنى الوارد بالقانون، فإن نصوص العقد تكون هي واجبة التطبيق دون النص القانوني، أما أي شروط بالعقد تقل عن ذلك الحد الأدنى، فإنها تضحى باطلة، ويضحى النص القانوني هو الواجب إعماله في شأن تلك المسألة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن إعمال النص الوارد بالعقد المبرم مع المطعون ضده والذي يحرمه من مكافأة نهاية الخدمة لبطلانه، جراء مخالفته لإرادة المشرع الملزمة بنصوص قانون الموارد البشرية من استحقاق الموظف العام لمكافأة نهاية الخدمة بحسبانه من النصوص الآمرة المتعلقة بالنظام العام، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون، ويضحى النعي عليه بسبب الطعن على غير أساس، ولما تقدم يتعين رفض الطعن"[253].

وتعد صفة الإلزام ومصدره في القاعدة الآمرة متفق عليها من حيث تمثيلها للمصلحة العامة للمجتمع إلا أن مصدر تلك الطبيعة الإلزامية للقاعدة التكميلية محل جدل فقهي، فهناك من يرى أنها تعبر عن الإرادة المفترضة للمتعاقدين وتحل محل إرادتهما الصريحة والحقيقية وبالتالي هي ملزمة انتهاء لا ابتداء[254]، أي أنها اختيارية قبل ابرام العقد وإلزامية بعد ابرامه في حال عدم الاتفاق على ما يخالفها[255] في حين يرى جانب من الفقه أنها ملزمة ابتداء وانتهاء[256]، إلا أن درجة الزاميتها أقل مما عليه في

---

[253] – حكم محكمة التمييز القطرية بالطعن رقم 268/ 2018 ، الدائرة المدنية، جلسة 25/ 9/ 2018.

[254] – عامر علي حسن أبو رمان، مرجع سابق، ص 109، وردت عن الدكتور رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الطبعة الثانية، ص 254.

[255] – سعاد بو ختاله، مرجع سابق، ص 77.

[256] – الدكتور سليمان مرقس، مرجع سابق، 89.

القاعدة الآمرة[257] وهناك من يرى أنها ملزمة شأنها شأن القاعدة الآمرة في حال توافر شروط تطبيقها أي في حال عدم الاتفاق على ما يخالفها[258] وفريق ثالث يرى أن الطبيعة السابقة للقواعد التكميلية لا تنطبق في حالة استكمال العقد بالعناصر التفصيلية بعد اتفاق الأطراف على العناصر الجوهرية لان إرادتهما اتجهت إلى البحث عن حل مختلف[259].

ويرى الباحث أن مصدر الإلزام في القواعد التكميلية هو إرادة المشرع ذاته وليس إرادة الأطراف المفترضة أو الضمنية، فالمشرع هو من قرر مضمونها والحلول الواردة فيها، ولا ينال من ذلك جواز الاتفاق على ما يخالفها، وما لم يحصل هذا الاتفاق فتكون بذلك طبيعة الإلزام ومصدره هو النص القانوني ذاته والمعبر عن إرادة المشرع لا إرادة المتعاقدين المفترضة.

وتكمن أهمية القاعدة التكميلية من حيث أنها تكمل إرادة الأطراف في ما لم يتناوله أطراف العقد من مسائل ومن ثم تغنيهم من التصدي للكثير من تلك المسائل التفصيلية مما تيسر لهم الكثير وتحميهم في حال عدم المامهم بالمسائل القانونية كما تحمي العقد ذاته من العرقلة[260].

---

[257] – سعاد بو ختاله، مرجع سابق، ص 78.

[258] – سعاد بو ختاله، مرجع سابق، ص 78، انظر كذلك: علي فيلالي، مقدمة في القانون، ص 132 ،133 و134، عبد المنعم فرج الصده : نفس المرجع السابق، ص 56 و57، علي حسن نجيه، نظرية القانون، ص 79 و80، سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، ص 104 و105.

[259] – عامر علي حسن أبو رمان، مرجع سابق، ص 109.

[260] – سعاد بو ختالة، مرجع سابق، ص 79،80، انظر كذلك: سحر البكباشي، دور القاضي في تكملة العقد، ص 139 ومابعدها، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ص 247، محمد صبري السعدي، القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، ص319،320، أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ص347.

ومما تجب الإشارة إليه ما ورد بالفصل (524) من أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية والذي ينص على الآتي:" التصريح بصورة من الصور التي ينطبق عليها الالتزام لا يعد نفياً لغيرها مما يتنزل عليه الالتزام قانوناً ولو لم يقع به التصريح"، وهذا الفصل لا نجد له نصاً مقابلاً في القانون المدني القطري، ويراه الباحث بأنه يشكل فصلاً مهماً في دور القاضي بتكملة العقد بالقواعد القانونية وان جاء هذا الفصل تحت باب تفسير العقود، حيث نص على أن:" التصريح بصورة من الصور التي ينطبق عليها الالتزام لا يعد نفياً لغيرها مما يتنزل عليه الالتزام قانوناً ولو لم يقع به التصريح"، وبناء على الفصل المذكور لا يكتفي القاضي بما تم التصريح به بالعقد من قبل الطرفين بل يدخل في التزاماتهما كل العناصر التي تعد نتيجة حتمية للالتزام ذاته[261].

ومن تلك القواعد التكميلية التي يستعين بها القاضي في إطار ممارسة دوره الإيجابي في ما يتعلق مثلاً بأحكام عقد البيع تلك النصوص التي تنظم تسليم المبيع سواء في البيع التجاري أو المدني[262] والتي يمكن أن يستعين بها القاضي لتكملة عقود البيع منها على نحو ما ورد بنص المادة (440) من القانون المدني والتي تتعلق بزمن تسليم المبيع حيث نصت على الآتي:" يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده العقد، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك، التزم البائع بتسليمه فور انعقاد العقد، مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقضي بها العرف"، والذي يقابل الفصل (597) م إ ع، وينص:" التسليم يكون إثر العقد مع مراعاة المهلة التي يقتضيها طبيعة المبيع أو العرف".

---

[261] – علي كحلون، مرجع سابق، ص 1155.

[262] – حسن حسين البراوي، العقود المسماة في القانون المدني القطري، الكتاب الأول، عقد البيع، ص 321.

وهذا يعني أن على القاضي في حال عدم اتفاق الطرفين على الوقت الذي يجب فيه تسليم المبيع أن يتولى تكملة العقد المبرم بتحديد موعد التسليم استناداً لما ورد في النص المذكور والذي يعد من القواعد التكميلية لعقد البيع، وصحيح أن الفصل الوارد في التقنين التونسي لم يذكر صراحة على جواز الاتفاق على تحديد موعد آخر للتسليم على غرار ما ذهب إليه المشرع القطري، إلا أن هذا ما يراه الشراح من أنه وبطبيعة الحال يجوز الاتفاق على تحديد موعد للتسليم في العقد المبرم بين أطرافه[263].

والأمر ذاته في ما يتعلق بنفقات التسليم على نحو ما ورد بالمادة (443) من ذات القانون والتي نصت على أن الأصل في مصاريف تسليم المبيع تكون على عاتق البائع:" نفقات التسليم تكون على البائع، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك"، وهذا يوافق ما ورد بالفصل (603) م إ ع ، والذي نص على الآتي:" جميع مصاريف تسليم المبيع كأجرة كيله ووزنه وعده وقيسه على البائع وإذا كان المبيع حقاً مجرداً كان على البائع أيضاً مصاريف الرسوم اللازمة لإثبات ذلك الحق أو إحالته، كل ذلك ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يخالفه".

ومما يمكن ملاحظته من النصوص أعلاه سواء النص القطري أو الفصل التونسي أنها تمثل قواعد تكميلية يمكن الاتفاق على ما يخالفها، أما عند خلو اتفاق الطرفين من النص عليها فعلى القاضي ممارسة دوره الإيجابي بتكملة العقد من خلال إضافة التزام نفقات التسليم على عاتق البائع عملاً

263 – د. علي كحلون، مرجع سابق، ص 1267.

بالقواعد القانونية المذكورة، إلا أن ما يمكن أن نلحظه أيضاً في تلك النصوص أنها قدمت العرف على ما ورد في مضمونها من أحكام.

وفي مجال عقد البيع هناك العديد من النّصوص التي تسمح للقاضي مراقبة تنفيذ العقد، وهو صاحب السلطة في تحديد إذ ما كان الشخص الذي أسقط الدّين في حالة مرض الموت أو في حالة مرض عادي[264]، وكذلك ما ورد في الفصل (676) م إ ع:"على المشتري أن يؤدي الثمن في التاريخ وبالصورة المتفق عليها في العقد وعند السكوت على ذلك في العقد يعتبر البيع نقدا ويلزم المشتري آداء الثمن عند تسلم المبيع، ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري.

ولقد منح المشرّع التونسي سلطة مراقبة تنفيذ العقد للقاضي من خلال فصول خاصّة تتعلق بمجالات معيّنة، إذ يمكن للقاضي مثلاً الاعتماد على الفصل 815 من إ ع م لتقدير مدى أهميّة الجائحة التي يترتب عليها إسقاط الكراء واسترجاع المشتري ما دفعه معجّلا، كما يلعب القاضي دورا هامّا في عقد الوكالة بقصد تحقيق مراقبة أنجع لتنفيذ هذا العقد فإنّ الوكيل كلّما رأى أنّ السّلع قد يلحقها تلف وجب عليه بيعها بعد إثبات حالتها، وفي نفس السّياق نصّت الفقرة الأخيرة من الفصل 1133 م إ ع أنّه إذا أسرع الفساد أو ظهر فيما بعد، قبل أن يتيسّر إعلام الموكل بذلك ينبغي على الوكيل بيعها بعد إثبات حالتها وإعلام موكّله حالاّ بكلّ ما يفعله[265].

---

[264] – نجوى قيروان، مرجع سابق، ص 103.

[265] – نجوى قيروان، مرجع سابق، ص 97 وحتى 102.

غير أن تطبيق أحكام مايرد في النصوص التشريعية مقيد بارتباط أحكامها بطبيعة الالتزام الأصلي وهذا يستلزم بيان نطاق تكملة العقد ومجاله وهذا ما سيكون محل المبحث القادم.

المبحث الثاني: مجال تكملة العقد

استلزم كل من المشرعين القطري والتونسي وغيرهم من التشريعات المقارنة ألا يخرج دور القاضي الإيجابي بتكملة العقد بإضافة أي التزامات أخرى لا ترتبط بطبيعة العقد وطبيعة الإلتزامات الجوهرية فيه، وهذا ما سيكون محل المطلب الأول، كما نصت التشريعات على محددات على القاضي الاستعانة بها إلى جانب النصوص التشريعية وهي العرف والعدالة وهذا ما سيكون محل المطلب الثاني.

المطلب الأول: طبيعة الإلتزام

لم يترك المشرع القطري في نصوص المواد (79، 172) من القانون المدني ولا المشرع التونسي في الفصل (243) م إ ع، الحرية المطلقة للقاضي في ممارسته لدوره الإيجابي بأن يضيف للعقد ما يعد من مستلزماته أو عند تكملته بالمسائل التفصيلية بل قيده بعدد من المحددات التي يتوجب عليه الاستعانة بها لتكملة الالتزامات التفصيلية أو تلك التي تدخل ضمن دائرة مستلزمات العقد، وبقراءة النصوص المشار إليها أعلاه نجد أن المشرع القطري في كل من النصين وفي كل من الحالتين سواء بتكملة العقد بالشروط التفصيلية دون الجوهرية أو بإضافة مستلزماته إلى ما ورد فيه قد أشار صراحة إلى ذات المحددات الثلاثة وربطها بطبيعة الالتزام، مما يعني أن ذات آلية تلك التكملة تنطبق على الحالتين

وبذات الطريقة[266]، كما نجد أن النصوص المذكورة قد اشترطت في المحددات التكميلية أي في القانون والعرف والعدالة أن تكون متناسبة ومتوائمة مع طبيعة الالتزام الأصلي للعقد، وهذا يعني أن على القاضي عند قيامه باكمال العقد وتحديد نطاقه ألا يخرج في ذلك عن طبيعة الالتزام، بل يظل يدور فيها وإلا كان اجتهاده وحكمه عرضة للخطأ والتمييز من قبل محكمة القانون[267].

ومن ثم فإن ما يقرره القانون أو العرف وما ترشد له قواعد العدالة من التزامات تبعية يضيفها القاضي على أنها من مستلزمات العقد كي يستكمل بها نطاقه ينبغي بالضرورة أن تكون متناسبة مع الغرض الأساسي له، ذلك أن مستلزمات العقد ليست سوى التزامات ثانوية تؤكد أو تكّمل أو تحفظ حكم العقد، مما يشترط ألا يكون هناك ثمة تعارض بينها وبين حكم العقد[268]، وبالتالي فإن ماهية العقد وطبيعته والظروف التي صاحبت ابرامه تساهم وبشكل كبير في تحديد المسائل التفصيلية التي ينبغي اضافتها إلى الالتزامات الجوهرية[269]، وكذلك إضافة ما هو من مستلزماته.

ولم يعرف المشرع طبيعة الإلتزام لذا تولى الفقه مهام تعريفها والتي تعددت إلا أن كلها يدور حول فكرة الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدين إبرامه[270]، ولما يحقق الغرض منه[271]، تلك الطبيعة التي تقتضي أن يلحق بالعين كل ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات، إذ أن طبيعة

---

[266] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص140.

[267] – دعاء موسى عبدالرحمن برهم، مرجع سابق، ص 141.

[268] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص82،81.

[269] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 141، 142.

[270] – سالم محمد الشوابكة حازم، مرجع سابق،ص 3997.

[271] – محمود عبدالرحمن محمد، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص266.

الالتزام في عقد البيع مثلاً توجب أن تشمل العين محل عقد البيع كل ما هو من ملحقاتها ومستلزماتها حتى وإن لم يرد ذكرها في العقد، كأن يكون البيع وارداً على متجر فيلحق به عندئذ الاسم التجاري[272].

ويجد كل من المشرعين القطري والتونسي سنداً لهما في ذلك العديد من القواعد الفقهية مثل المادة (47) من مجلة الأحكام العدلية: "التابع تابع" والمادة (48):" التابع لا يفرد بالحكم" والمادة(49):" من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته" والمادة (50):" إذا سقط الأصل سقط الفرع"[273]، وبالتالي فإن البوصلة الرئيسية للقاضي في استكماله للعقد واضافة مستلزماتة هي طبيعة الإلتزام الأصلي والتي تعد بمثابة الدستور له في آداء مهمته تلك [274]وله أن يستعين بالعناصر الأخرى التي أوردها المشرع وهي أحكام القانون والعدالة والعرف "فمن باع سيارة مثلاً فيعتبر قد باع جميع الأدوات التي لا غنى عنها فى تسييرها[275]، على أن هناك رأي من الفقه يتصدره الفقيه عبدالرزاق السنهوري وفيه يرى أن العوامل التي يسترشد بها القاضي قد وردت على سبيل المثال وأن طبيعة الإلتزام هي أحد تلك العناصر[276].

ومن الجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي اهتم كثيراً بمضمون الإلتزام في سائر العقود لا سيما في عقود المعاوضة، والذي كان مدار بحث الفقهاء تحقيقاً للتوازن في مضمون العقد، ولم يترك تحديد محل الإلتزام سواء من حيث مضمونه أو قيمته إلى إرادة المتعاقدين إذ اشترطوا أن يكون التعادل قائماً في

---

[272] – سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 291.

[273] – سليم رستم باز اللبناني، شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص41، 42.

[274] سالم محمد الشوابكة حازم، مرجع سابق، ص3993.

[275] – السنهورى عبدالرزاق أحمد – مرجع سابق ص 681.

[276] – السنهورى عبدالرزاق أحمد – مرجع سابق ، ص 691.

العقد وقد وضعوا لذلك شروطاً يجب مراعاتها[277]، ومن القواعد الفقهية الخاصة في عقد البيع ما ورد في المادة (232) من مجلة الأحكام" توابع المبيع المتصلة المستقرة تدخل في البيع تبعاً بدون ذكر"[278].

ويرى البعض وبحق أن ما ذهب اليه جانب من الفقه من تعداد تلك المحددات والقول بأن طبيعة الالتزام هي إحداها لا ينسجم مع صياغة المشرع في المواد(79، 172) من القانون المدني والنصوص المقابلة لها في القانون المقارن والتي يتضح من صياغتها أنها جعلت لطبيعة الالتزام الهيمنة على المعايير الاخرى[279].

ويرى الباحث أن طبيعة الإلتزام هي ليست مجرد عنصر أو وسيلة من الوسائل التي أشار لها المشرع في النصوص المذكورة شأنها شان العناصر الأخرى بل نرى أنها تمثل الوعاء والموجه للقاضي لتحديد نطاق العقد واستكماله سواء بالإستناد لنص المادة (79) من القانون المدني، أو المادة (172) والتي تقابل الفصل (243) من م إ ع، وذلك وفق ما تزوده به الوسائل المذكورة في المواد أعلاه أو إحداها كالقانون والعرف والعدالة، ومن جهة أخرى إن عدم تقييد المشرع للقاضي عند اكمال نطاق العقد بالبحث عن إرادة المتعاقدين بل إرجاعه الى معيار موضوعي يتمثل بطبيعة العقد عند اضافة الالتزامات الناقصة الى مضمونه قد فتح مجالاً واسعاً أمام الاجتهاد القضائي لإضافة تلك الالتزامات التي تحقق العدالة بين المتعاقدين ومن ثم إعادة التوازن العقدي المفقود بسبب الخلل الذي أصابه سواء كان بسبب الخلل المعرفي أو الاقتصادي من جراء عوامل التطور المتسارعة وغيرها، ذلك أن المنطق يفرض أن

---

[277] – محمد فرحات حجازي، طبيعة الإلتزام في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص 74.

[278] – سليم رستم باز اللبناني، شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص114.

[279] – سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 83، 84.

بعض المتعاقدين تعمدا ترك العقد محكوماً بالقواعد التي تحكم طبيعته وإلا لتم ذكر ما يخالف هذه القواعد أي بالاتفاق على خلافها[280]، وفي ذلك قول شهير للفقيه مونتيسكو "القانون هو النسبة الدقيقة الصادرة عن طبائع الأشياء"[281].

وقد تجاوز الأخذ بطبيعة العقد حدود القانون الخاص، ووجد له مكاناً في أحكام العقود الإدارية، وأضحى مبدأً أساسياً في القضاء الإداري[282]، وعولت كذلك مبادئ عقود التجارة الدولية على طبيعة العقد وغرضه في تكملة العقد وتحديد الإلتزامات العقدية والتي أسمتها بالإلتزامات الضمنية وربطتها بمبدأ حسن النية[283]، وقد تضمنت المواد (4-8، 5-2) النص على ما يلي:"طبقاً لهذه المادة فإنه إذا لم يتفق الأطراف على شرط مهم لتحديد حقوقهم والتزاماتهم، فيضاف شرط يناسب الظروف، ويراعى في تحديد مدى مناسبة الشرط عدة عناصر منها نية الأطراف، طبيعة العقد والغرض منه، حسن النية وأمانة التعامل والمعقولية، كذلك الأمر بالنسبة للحكم الوارد في المادة 5-2 والخاص بالإلتزامات الضمنية فطبقاً لهذا النص فإنه تستخلص الإلتزامات الضمنية من طبيعة العقد والغرض منه، التعاملات المستقرة فيما بين الأطراف والعادات، حسن النية وأمانة التكامل وكل ما هو معقول[284].

---

[280] عبدالرحمن محمد محمود، مرجع سابق، ص 263.-

[281] – زريق برهان، مرجع سابق، ص 138.

[282] – زريق برهان، مرجع سابق، ص 138.

[283] – محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 115.

[284] – محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، هامش ص 111.

جريدة القانون الدولي .J.D.I 1996 ص318.

ويضيف بعض الباحثين منهم الدكتور حلمي بهجت بدوي وغيره أن لحسن النية دور كبير في إكمال العقد إذ يعد بمثابة قيد على النية المشتركة للمتعاقدين شأنه شأن النظام العام والآداب العامة[285]، وبالتالي على القاضي أن يستهدي بما يفترض في العقود عامة من حسن نية وهو ما عبر عنه المشرع بافتراضه الأمانة من جانب المتعاقدين والثقة فيما بينهم، وتعد بذلك قاعدة حسن النية هي القاعدة الكبرى وبأنها قاعدة خلقية تسربت إلى النظام القانوني على نحو ما عبر عنه الفقيه الفرنسي (ريبير) في كتابه المشهور القوى الخالقة للقانون[286]، وهذا المبدأ هو الذي يجب أن يسود كافة مجالات القانون وفروعه وعقوده، فالأمانة واجب على المتعاقد والثقة حق له[287]، ذلك أن حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها تقتضي تكملة العقود بإضافة عناصرها التفصيلية ومستلزماته والتي لا تتحقق غاية العقود وأهدافها إلا بهما.

ويعد نص المادة (420) من القانون المدني القطري من قبيل التطبيقات العملية لدور القاضي الايجابي بإضافة مستلزمات عقد البيع وتكملته بحسب طبيعة الشئ المبيع حيث نص على الآتي:" يشمل البيع ملحقات المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله وذلك وفقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين"، وبناء على النص المذكور يجب القاضي وفي حال عدم استبعاد المتعاقدين

---

[285] – الدكتور حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، ص 273، 274، وكذلك خالد الحديثي، المرجع السابق، ص 100.

[286] –زريق برهان، مرجع سابق، ص 134.

[287] – زريق برهان، مرجع سابق، ص 28.

لأي من ملحقات المبيع أن يتولى اضافتها إلى باقي الالتزامات العقدية الواردة فيه، أي اضافة كل ما يتبع الأصل ويعد لخدمته بصفة دائمة[288]، بحسب طبيعة الالتزام.

ويجب ألا ينصرف الذهن إلى أن المقصود بالملحقات أجزاء المبيع أو نمائه أو ثمراته ومنتجاته فكل ما سبق هي من أصل الشئ المبيع ويدخلان بالعقد بشكل مباشر وليس باعتبارها من ملحقاته[289]، ولم يكن المشرع التونسي ببعيد عما ذهب إليه المشرع القطري إذ نص الفصل (610) م أ ع على الآتي:" لزوم تسليم المبيع يتضمن تسليم توابعه والتبعية إما بحسب العرف أو بمقتضى اشتراط المتعاقدين، وإذا لم يكن في ذلك شرط أو عرف فالعمل على مقتضى القواعد الآتي ذكرها".

ومن ثم نص المشرع التونسي على العديد من الفصول الخاصة بعقد البيع والتي تتضمن تحديد الملحقات التي تضاف للشئ المبيع في عقد البيع على نحو ما ورد بالفصول من (611 وحتى الفصل 621) م أ ع[290] ومن تلك الفصول يظهر أن سائر الملحقات محل التكملة ذات صلة وارتباط كبيرين بطبيعة العقد والالتزام الأصلي.

---

[288] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد رقم 4، البيع والمقايضة، ص581.

[289]–عبد الرزاق السنهوري، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 580، 581.

[290] - نص الفصل (611): " يشمل بيع الأرض ما اتصل بها من بناء وغرس وزرع وثمر غير مأبورين. ولا يشمل البيع الثمر والزرع المأبورين ولا الأشجار الصغيرة المغروسة في الأوعية أو في المشاتل ولا الشجر اليابس الذي لا ينتفع به إلا كخشب ولا ما دفنته اليد ولم يكن عهده عتيقا جدا.

وينص الفصل (612) :"بيع البناء يشمل الأرض التي اقيم بها وتوابعه المتصلة اتصال قرار كالأبواب والشبابيك والمفاتيح المتصلة بأغلاقها والطواحين والدرج المتصلة بالبناء والخزائن المبنية وأنابيب المياه والخشب والموقد المبنيين بأحد جدرانه ولا يشمل

كما أن طبيعة العقد قد تستدعي فرض التزامات أخرى ومن نوع خاص يمكن معه للقاضي فرضها حتى وإن لم ترد في بنود العقد ومنها على سبيل المثال عقود نقل التكنولوجيا والتي يمكن الزام المورد

البيع المذكور الأشياء الغير الثابتة التي لا يضر قلعها وكذلك مواد البناء التي جلبت للإصلاح والأشياء التي فصلت عن البناء لتستبدل بغيرها.

ينص الفصل (613):"بيع غير المنقول يشمل ما يوجد من رسوم صورته وتقدير مصاريف اقامته وحجج ملكيته وإذا تعلقت الرسوم أو الحجج المذكورة بملك آخر خارج عن البيع لا يلزم البائع إلا بإعطاء مضمون رسمي منها للمشتري فيما اشتراه.

ينص الفصل (614): "بروج الحمام وأجباح النحل لا تدخل في المبيع إن لم تكن ثابتة مستقرة فيه ببناء أو غيره.

ينص الفصل (615): "البستان أو الأرض الخارجة عن الدار سواء كانت مشجرة أو لا لا تعد من توابع الدار ولو كان لها منفذ من داخل الدار الا إذا كانت صغيرة جدا بالنسبة للدار أو تبين أن المالك جعلها تابعة لها فإنها تكون حينئذ من توابعها.

ينص الفصل (616): "لا يدخل في بيع ما يأتي بطونا أو يجذ ويخلف كالذرق والفصة إلا البطن الأول أو الجذة الأولى وكذلك بيع الثمر والأزهار يشمل ما تعلق بأصوله منها وما نضج وتفتح بعد البيع على أنه من توابع المبيع لا من الخلف".

ينص الفصل (617) : يدخل في بيع الحيوان: أولاً: ولده الرضيع، وثانياً: وصوفه أو وبره أو شعره المتهيئ للجز.

ينص الفصل (619) :" بيع المركب يشمل ماله من آلات وأدوات كالمخاطف والسواري على اختلاف أنواعها والحبال والأشرعة والبكرات والقوارب والزوارق وغير ذلك من الأشياء التابعة له حكما وإن وقع شك حكم المجلس برأي العرفاء".

ينص الفصل (620):" بيع مركز تجارة أو دار صناعة يشمل الدفاتر التجارية والتقارير والحجج والمكاتيب والأوراق التي لها تعلق بالمبيع وكذلك الآلات وغيرها من الأشياء اللازمة لمباشرة ذلك والعلامات والصور الموضوعة على باب الدار أو المركز إشارة لنوع الصناعة أو التجارة والسمة أو النيشان وجميع ما فيه من مواد وبضائع بشرط العلم بها وما له من الشهرة في جلب الراغبين والشهادات التي حازها بائعه فيما اخترعه من خصوص تجارته أو صناعته وأسرار الصنعة إلا إذا حصل تراض بين البائع والمشتري على خلاف ذلك. ويخرج من البيع المذكور ما كان خاصا بذات البائع كالشهادات التي نالها في مراتب العلم والنياشين والطوابع المنتقش بها إمضاؤه ما لم تكن شروط العقد منافية لذلك وإن كان إسم المالك داخلا في العلامة أو الصورة الموضوعة على باب الدار أو باب المركز يجب على من حل محله بالشراء أو التحويل أن يضيف لها ما يدل على التحويل". وينص الفصل (621):" بيع بضاعة يشمل الأشياء التي لفت فيها أو ربطت بها كما يشمل ظرفها والعلامات والطوابع الموضوعة عليها وما اضيف لها من أشياء أخرى لحفظها من الخطر أو لعدم إبدالها بغيرها.

فيها بتقديم قطع الغيار اللازمة لما تحتاجه، أو الزامه بالمصادر التي تمكنه من الحصول عليها والإلزام بالسرية[291].

ويرى الباحث أن كلاً من المشرعين القطري والتونسي في كل من النصين (430) من القانون المدني والفصل (610) م أ ع، قد قدما اتفاق الطرفين أولا ومن ثم العرف على مضمون القواعد التكميلية، إلا أن صياغة النص التونسي كانت أكثر وضوحاً من صياغة النص القطري في ترتيب محددات التكملة التي يستعين بهل القاضي، إذ نص صراحة على عدم قيامه بتكملة العقد أو إضافة الالتزامات التكميلية إليه إلا بعد خلو العقد من تحديدها وعدم تنظيم العرف لها، بينما النص القطري أشار إلى العرف وقصد المتعاقدين وربطهما بطبيعة الالتزام والشئ المبيع، دون أن يشير إلى أي ترتيب فيما بينهم.

و قد اختلف الفقه حول التزام القاضي بالترتيب الوارد لوسائل تكملة العقد في النصوص التشريعية من عدمه فمنهم من ذهب إلى ضرورة تقيد القاضي بالترتيب الوارد بالنص التشريعي أي بالبحث ابتداء بالنصوص التشريعية ومن ثم بالعرف وإلا فالاحتكام إلى قواعد العدالة[292]، بينما الرأي الآخر يرى أن لا حاجة للتقيد بالترتيب المذكور[293].

---

[291] – سميحة القليوبي، شرح القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 74، 80.

[292] – د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج2، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1954م، ص140 د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص163 د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص148 د. محسن البيه، مصدر سابق، ص 270، ورد في: سعد حسين الحلبوسي، مرجع سابق، ص 23.

[293]– حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، ص 206، ورد في: سعد حسين الحلبوسي، مرجع سابق، ص 23.

إلا أننا نختلف مع الرأي الذي ذهب إلى القول بأن ما أورده المشرع من ترتيب للوسائل الثلاثة لم يكن الغاية منه الترتيب أو الأفضلية لوسيلة عن أخرى، وأن المشرع قد ذكرها على سبيل التساوي دون أن يمنح لأحدهما الهيمنة على البقية منها، وبأنه خيار تشريعي لا معقب عليه من قبل القاضي[294]، إذ يرى الباحث أن الترتيب الوارد فى كل من التشريعين هو ترتيب مقصود من المشرع وله ما يبرره، إذ على القاضي أن يلجأ أولاً إلى القواعد التشريعية لتحديد نطاق العقد فإن لم يجد مبتغاه فيها لجأ إلى العرف ومن ثم لأحكام العدالة والإنصاف، ودليلنا في ذلك أن أحكام كل من القانون والعرف لا يمكن أن تكون مخالفة لأحكام العدالة بل هي تمثل تلك العدالة، الأمر الذي يجعل– بطبيعة الحال– أحكام العدالة في ترتيب لاحق على كل من أحكام القانون والعرف، وبالتالي يكون هذا الشق من الترتيب منطقياً ومبرراً، أما في حال الرد بأن العرف يمكن أن يسبق قواعد القانون التكميلية والتفسيرية فإنه وإن كان هذا من حيث المبدأ صحيحاً فإنه يلزم لذلك الإثبات أي اثبات اتفاق الأطراف على تقديم العرف والأخذ به خلافاً لمضمون النص التكميلي، وهذا ما لا يمكن تصور وجوده فى ظل عقد يخلو من النص على مستلزماته أو عناصره التفصيلية مما يجعل من باب أولى خلوه مما يفيد الأخذ بالعرف على حساب أحكام قواعد القانون، وإلا فما الحاجة إلى الإضافة إذا ما تضمنه العقد صراحة، الأمر الذي يجعل من الترتيب الوارد يعبر عن إرادة المشرع.

---

[294] – فليح حسن حيدر، غانم يوسف محمد، نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها، دراسة مقارنة، ص163.

ومن جهة أخرى ومن باب الإستئناس – فإذا ما ذهبنا إلى أحكام المادة الأولى[295] من القانون المدني القطري نجد أنه نص صراحة على تطبيق أحكام النصوص التشريعية أولاً ومن المؤكد أن ذلك يشمل كلاً من الآمرة والتكميلية ومن ثم جاء ترتيب العرف بعد الشريعة الإسلامية وأخيراً انتهى الى قواعد العدالة – وهذا باعتقادنا يعزز صحة ما نعتقد، وتأكيداً لذلك نجد أن العديد من النصوص التشريعية وعندما أراد المشرع فيها تقديم العرف على مضمون القواعد القانونية التكميلية فقد نص صراحة على ذلك ومنها على سبيل المثال ما ورد بأحكام المادة (431) من القانون المدني والمتعلقة بآثار عقد البيع " يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه وعليه تكاليفه من وقت البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، وكذلك ما ورد في نص المادة (436) من القانون المدني[296] والتي تتعلق بالتزامات البائع وتحديداً في حالة زيادة مقدار المبيع، وأيضاً ما ورد بنص المادة (443) ذات الشأن والصلة بنفقات التسليم، حيث قدم المشرع فيها العرف على حكم القاعدة التكميلية.[297]

---

[295] – تنص المادة الأولى من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 على الآتي:" 1- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2- إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة.

[296] – تنص المادة (436) من القانون المدني القطري على الآتي:" 1- إذا تبين أن قدر المبيع يزيد على ما حدد في العقد، وكان الثمن مقدراً بالوحدة، كانت الزيادة للبائع إن كان المبيع قابلاً للتبعيض ما لم ير المشتري أخذها بما يقابلها من الثمن، وإن كان المبيع غير قابل للتبعيض وجب على المشتري أن يدفع ثمن الزيادة ما لم تكن جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد. 2 – فإذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة، كانت الزيادة للمشتري ما لم تكن من الجسامة بحيث لو كان يعلمها البائع لما أتم العقد. وفي هذه الحالة يكون المشتري بالخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة في المبيع وبين فسخ البيع. 3- وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

[297] – تنص المادة 443 من القانون المدني القطري على الآتي:" نفقات التسليم تكون على البائع، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك".

وكذلك الأمر في ما يتعلق بإيجار الأراضي الزراعية في الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من القانون المدني وتحديدا في المادة (638) إذ نجد أن المشرع قد قدم العرف على سائر القواعد التكميلية الواردة فيه حيث نصت المادة المذكورة على الآتي:" تسري أحكام الإيجار على إيجار الأراضي الزراعية مع مراعاة أحكام المواد التالية، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

كما أن المشرع التونسي هو الآخر قدم العرف على العديد من القواعد التكميلية بشكل صريح منها على سبيل المثال ما ورد بالفصل (626) م إ ع، والذي ينص:"إ ذا كان المبيع جزافا أو عينا معينة وبين في العقد قدره كيلاً أو عداً أو وزناً فليس للبائع أن يطلب الزيادة في الثمن إذا ظهر أن المبيع زائد في قدره عن القدر المسمى في العقد ولا للمشتري أن يطلب التنقيص من الثمن إذا ظهر أن المبيع بعكس ذلك إلا إذا كان الفرق زيادة أو نقصا مما يبلغ نصف العشر وهذا الشرط يعمل به إن لم يكن منافيا للعرف ولم يحصل تراض بين البائع والمشتري على خلافه.

كما ونضرب مثالاً عملياً على عدم جواز تقديم العرف على القواعد القانونية التكميلية عند ممارسة القاضي لدوره في تكملة العقد وتحديد نطاقه إلا بتفويض من المشرع على نحو ما سبق بيانه من نصوص أو باتفاق الطرفين على تقديم العرف، فلو افترضنا أن عقد الإيجار قد أبرم بين الطرفين دون تحديد مدة له، فقد عالج نص المادة (588) من القانون المدني القطري[298] هذه الحالة بوجوب اعتبار

[298] – تنص المادة 588 من القانون المدني القطري على الآتي:"إذا عقد الإيجار دون تحديد مدة أو عقد لمدة غير معينة، أو تعذر إثبات مدته، اعتبر الإيجار منعقداً للمدة المحددة لدفع الإيجار".

مدة العقد بذات المدة المحددة لدفع الأجرة سواء كانت شهرية أو سنوية أو غير ذلك حتى وان وجد عرف يختلف في حكمه عن حكم النص المذكور، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز القطرية في العديد من أحكامها حيث قضت: " .. وإذ كان ذلك، فإنه بمقتضى الحكم الصادر في الاستئناف رقم 2011/379 فإن العقد بين طرفي الدعوى قد أصبح يتجدد لمدة سداد الأجرة وهي شهر واحد، ولما كان الطاعن قد أخطر المطعون ضدها بتاريخ 2011/10/1 وكذلك في 2011/11/1 برغبته بإنهاء العقد أي قبل النصف الأخير من مدة سداد الأجرة فإن طلبه باعتبار العقد قد انتهى في 2011/11/31 في محله، وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه[299]، وهو ذاته ما

---

[299] – حكم محكمة التمييز القطرية بالطعن رقم 134/ 2013، الدائرة المدنية والتجارية، جلسة 6/18/ 2013.
لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أنه بموجب عقد مؤرخ 2007/4/5 استأجرت المطعون ضدها من الطاعن عقاراً بالمنطقة الصناعية نص في البند الثاني منه على أن تكون مدة الإيجار عام واحد من 2007/4/1 إلى 2008/3/31 قابلة للتجديد لمدة مماثلة باتفاق الطرفين ما لم ينذر أحدهما الآخر بعدم رغبته في التجديد قبل ستين يوماً من نهاية العقد، وقد أقام الطاعن الدعوى رقم 2010/1081 مدني بطلب الحكم بانتهاء عقد الإيجار سند التداعي اعتباراً من 2010/3/31 وإخلاء المطعون ضدها من العين المؤجرة واحتياطياً القضاء بانتهاء العقد اعتباراً من 2011/3/31 فقضت المحكمة برفض الطلب الأصلي وبعدم قبول الطلب الاحتياطي لرفعه قبل الأوان فاستأنف الطاعن ذلك القضاء بالاستئناف رقم 379 لسنة2011 التي قررت فيه محكمة الاستئناف بأن عقد الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير محدودة وتسري عليه أحكام المادة (588) مدني ويعتبر العقد قد تجدد للمدة المحددة لدفع الأجرة وهي شهر واحد وهو شهر أبريل 2010 والذي لم يمتد إليه الاخطار الذي كان الطاعن قد وجهه للمطعون ضدها وانتهت المحكمة إلى رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف، وإذ كان ذلك، فإنه بمقتضى الحكم الصادر في الاستئناف رقم 2011/379 فإن العقد بين طرفي الدعوى قد أصبح يتجدد لمدة سداد الأجرة وهي شهر واحد، ولما كان الطاعن قد أخطر المطعون ضدها بتاريخ 1/ 10/ 2011 و1/ 11/ 2011 برغبته بإنهاء العقد أي قبل النصف الأخير من مدة سداد الأجرة فإن طلبه باعتبار العقد قد انتهى في 2011/11/31 في محله، وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه.

ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بأنه:" إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة عد منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة"[300].

أما من حيث رقابة محكمة القانون لقاضي الموضوع في إطار مباشرته لدوره الإيجابي في تكملة العقد وتحديد نطاقه فإنه يخضع لرقابة محكمة التمييز باعتبار أن ما يقوم به القاضي هو نزولاً عند رغبة المشرع وإرادته وليس بالبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين، وبالتالي فإن حكمه في هذه الحالة يكون مسألة قانون وليس واقع صرف، مما يجعله خاضعاً لرقابة محكمة القانون(التمييز أو التعقيب)[301]، لذا ينبغي على قاضي الموضوع عندما يمارس دوره بإكمال العقد أو تحديد نطاقه بوضع التزام جديد ألا يكون مخالفاً لطبيعة العقد والالتزام وإلا كان عرضة للنقض[302].

الأحكام العرفية وقواعد العدالة كانت هي الأخرى من ضمن الوسائل والمحددات التي أشار إليها المشرع القطري في حالتي إكمال العقد سواء عند اضافة العناصر التفصيلية أو تحديد نطاقه، كما وأشار إليهما المشرع التونسي في اضافة للعقد ما هو من مستلزماته، وهذا ما سيكون محل المطلب الثاني من هذا المبحث.

---

[300] – الدكتور حسن حسين البراوي، العقود المدنية في القانون المدني القطري، (البيع والإيجار)، هامش ص 270، نقض مدني في 11 يوليو 1990، الطعن رقم 199 لسنة 56 قضائية.

[301] – خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 153، 154، ورد كذلك في: عبد الحي الحجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص 187.

[302] – دعاء موسى عبد الرحمن برهم، مرجع سابق، ص144، ورد كذلك في السنهوري، نظرية العقد، ص 814.

المطلب الثاني: دور العرف والعدالة في تكملة العقد

أشار المشرعان القطري والتونسي للعرف صراحة في النصوص التشريعية التي تعد أساساً لدور القاضي الإيجابي للقاضي في تكملة العقد على نحو ما هو منصوص عليه في المواد (2/79، 2/172) من القانون المدني القطري، والفصل (243) م إ ع، وذلك كمصدر مكمل وآلية على القاضي الاستعانة به عند ضلوعه بمهامه لتكملة العقد.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع القطري قد ذكر العرف كمصدر من مصادر القانون في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني[303]مما يبرز مكانة العرف ودوره الكبيرين، وصحيح أن المشرع التونسي في مجلة الالتزامات والعقود لم يذكر صراحة ترتيباً لمصادر القانون إلا أن لا شئ يمنع من اعتبار العرف مصدراً من مصادر القانون، [304]حيث أشار وأحال إليه كمصدر مكمل في العديد من الفصول التكميلية لا سيما الفصلين (543، 544) من م إ ع، وكان بعض الشراح في الفقه التونسي يرون بالإحالة الواردة في الفصلين المذكورين بمثابة اعتباره مصدراً من مصادر التشريع عند غياب النص[305].

---

[303] – تنص الفقرة الثاية من المادة (1) من القانون المدني:" إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة.

[304] – سنية ملاك العش، مرجع سابق، ص1.

[305] – علي كحلون، مرجع سابق، ص 1169.

كما يعد العرف في الفقه الإسلامي من الأدلة الشرعية عند الأصوليين[306] وله أدلته من القرآن والسنة النبوية بقوله تعالى:" خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ"[307]، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم بحديث عبدالله بن مسعود:" ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء"[308]، ويقول ابن عابدين من نظمه" والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار"[309].

ولذا نجد أن مجلة الأحكام العدلية قد قننت العديد من المواد والقواعد الفقهية التي تظهر دور العرف والعادة وأهميتهما حيث نصت المادة (36) من المجلة، على أن"العادة محكمة" سواء كانت عامة أو خاصة، والتي تفرع عنها العديد من المواد منها المادة (37) " استعمال الناس حجة يجب العمل بها" والمادة (38)" الممتنع عادة كالممتنع حقيقة"، والمادة(39) لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"، والمادة (40)" الحقيقة تترك بدلالة العادة"، وماورد بالمادة (41)" إنما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت"، والمادة (42) " العبرة للغالب الشائع لا للنادر"، والمادة (43) "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"،

---

[306] – علي كحلون، مرجع سابق، ص 1168.

[307] – القرآن الكريم، سورة الأعراف، ص 199.

[308] – مرجع الكتروني، موقع اسلام أون لاين، تاريخ الزيارة 2/2/ 2022.
/https://islamonline.net

[309] – ملاك العش سنية، العرف والعادة في مجلة الالتزامات والعقود، ص3، ورد أيضاً في، محمد أمين أفندي، الشهير بابن عابدين مجموعة رسائل ابن عابدين، الرسالة التاسعة، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، غير مؤرخ، ص 112.

والمادة (44) "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، والمادة (45)" التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"[310].

وبالعودة إلى أحكام القانون المدني نجد أن المشرع القطري لم يأت على تعريف العرف وهذا ما ذهبت إليه كافة التشريعات المقارنة تاركين التعريف للفقه والقضاء، بل وحتى لم يأت المشرع القطري على أي ذكر لشروطه خلافاً لما ذهب إليه المشرع التونسي في الفصلين (543، 544)[311] م إ ع، والذي أشار فيهما إلى بعض من شروط العرف، حيث تضمن الفصل الأول شرطاً بعدم مخالفة العرف للنص الصريح وقد شمل الفصل كلاً من العرف والعادة، أما الفصل الثاني فقد اشترط أن يكون العرف عاماً أو على الأقل غالباً وألا يخالف النظام العام ولا الأخلاق الحسنة.

ومن التعريفات الفقهية للعرف: أنه العادات التي درج عليها أفراد المجتمع، وأحسوا بالتزامهم بها، بحيث يترتب على مخالفة هذه العادات جزاء مادياً يوقعه المجتمع بالمخالفين [312]، وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية في الفصل (36) العادة: بأنها ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطبائع

---

[310] – سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص 38،37،36،35،34.

[311] – ينص الفصل (543) من أحكام مجلة الإلتزامات والعقود على الآتي:" العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح".
وينص الفصل (544): " من استند على عرف كان عليه إثباته ولا يحتج به إلا إذا كان عاماً أو غالباً غير مناف للنظام العام والأخلاق الحميدة ".

[312] – محمد سالم أبو الفرج، المعتصم بالله الغرياني، القانون التجاري القطري، الجزء الأول، ص 9، وورد كذلك في : عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، ص 88، وعلي حسين نجيدة، المدخل للعلوم القانونية مقارناً بأحكام الشريعة الإسلامية، ص 174.

السليمة، وأن العادة المتعارف عليها في سائر البلاد تسمى عرفاً عاماً وبه يتخصص النص، أما العرف الخاص فلا يثبت به إلا الحكم الخاص[313].

وللعرف ركنان الأول منهما هو الركن المادي والمتمثل بمجموعة الأفعال المتكررة ويطلق عليها اسم العادة والثاني هو الركن المعنوي والذي يكمن في الشعور بإلزامية العادة وقانونيتها وبذلك تصبح العادة عرفاً[314]، ويعد من أهم شروط العرف أن يكون قديما وأن يكون قد تكرّر العمل به واعتادته الناس وألفته وعملوا به واستساغوه وحملوا بذلك القضاء على اعتباره، وبالرّجوع إلى أحكام الفصل (243) م إ ع نجد أن للقاضي الإعتماد على العرف لمراقبة تنفيذ العقد، إلا أن عليه قبل ذلك أن يتثبت من توافر شروطه، إذ للقاضي أمر تقدير القدم والثبوت والإستمرار في الإستعمال، وهو وحده المؤهل لفحص ذلك، كما عليه أن يتثبّت من أن العرف لا يتعارض مع نصّ قانوني إحتراما للفصل 543 م إ ع الذي يوجب في العّادة والعرف ألا يخالفان النصّ الصريح، وقد كرّس فقه القضاء الإتجاه الرّامي إلى إعتماد العرف في تنفيذ العقود في العديد من القرارات[315].

---

313 – سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص 34، 35.

314 – ملاك العش سنية، مرجع سابق، ص5.

315 – نجوى قيروان، مرجع سابق، ص 101، ورد كذلك في: دراسة للقاضي محمود شمام بعنوان العرف بين الفقه والتطبيق ص 18 م ق ت سنة 1990.

الأستاذ محمد شمام، ص 25.

– قرار تعقيبي مدني مؤرّخ في 1929/07/23 م ق ت لعام 1960 ج 9 و10ص 27.

– قرار تعقيبي مدني مؤرّخ في 1931/11/17 م ق ت لعام 1960 ج 9 و10.

ويرى بعض من الشراح أن قيام القاضي باستكمال مضمون العقد وتحديد نطاقه بالإستعانة بالعرف يعود إلى أن سكوت المتعاقدين هو بمثابة اتفاقهما على تطبيق قواعده[316]، لا سيما وأن العرف يجري مجرى القانون في ما يتعلق بغالبية المعاملات التجارية والبحرية[317]، ويرى جانب آخر أن الشروط المألوفة لها اتصال وثيق بالعرف بل هي أكثر تحديداً منه وبالتالي يضاف إلى العقد ما جرت العادة على إضافته من شروط في هذا النوع من العقود، مما أصبح لكل من أطراف العقد أن يطلب تنفيذ ما تتضمنه تلك الشروط حتى وإن لم يتم تضمينها العقد ذلك أنها أصبحت بمثابة عرف خاص بهذا العقد، ومنها على سبيل المثال ما يتم إضافته من نسبة مئوية على حساب الزبون في الفنادق والمقاهي[318]، والذي يرى الباحث أن الزبون يلزم بسداد هذه النسبة وليس له رفضها في حال ثبت للقاضي أنها تمثل عادة اتفاقية أو عرفاً، وهذا يتطابق مع ما أفرده المشرع التونسي بالفصل (516) م إ ع بالنص صراحة على أن: "المعمول به عادةً بمحل الكتب كالمشروط نصاً وكذلك ما هو من طبيعة الأمر المقصود".

وكانت محكمة استئناف Rouen أن استعانت بالعرف إضافة إلى طبيعة التعامل لتحديد المسائل الجوهرية، فقضت في حكمها الصادر في 1991/4/16 بأن:" غياب اتفاق أطراف العقد على تحديد مدة تسليم السيارة المستعملة ووقت دفع الثمن يعد سبباً لعدم انعقاد العقد، لأن العقود الواردة على

---

316 – أحمد حدي لاله، مرجع سابق، مرجع سابق، ص 176.

317– عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (4– 6)، ص 15.

318 – السنهورى عبدالرزاق أحمد، مرجع سابق، ص 649.

السيارات المستعملة يكون فيها تحديد مدة التسليم ودفع الثمن عنصران جوهريان، حيث جرى العرف وطبيعة التعامل على أن مثل هذه السيارات تتغير حالتها وقيمتها بسرعة"[319].

ويقع عبء اثبات العرف وتواتر العمل به على عاتق المدعي على نحو ما ذهب إليه الفصل (544) من م أ ع ، والذي نص على أن: "من استند إلى عرف كان عليه اثباته"، وهذا بدوره ينطبق على العادة أيضاً، ويمكن اثبات العرف بكافة وسائل الإثبات مثل شهادة الشهود من أهل الحرفة أو المهنة أو من قبل جهات محددة وذلك في الحالات التي لا يكون فيها للقاضي علم أو معرفة به، أما إذا كان القاضي على علم بالعرف فعليه اعماله ولا يعد ذلك من قبيل حكم القاضي بعلمه الشخصي[320].

ويرى جانب من الفقه ترادف معنى العادة والعرف حيث استخلص مفتي الديار التونسية من تعريف الفقه لهما وحدة معناهما حيث قال: "لشدة الإرتباط بين العرف والعادة وتداخلهما جرت المالكية من أن العرف والعادة لفظان مترادفان[321]"، ثم أن العادات يمكن أن تكون عامة بالمكان محل التعاقد، أو خاصةً بطرفي العقد أي تستند إلى عقودهم وتعاملاتهم السابقة، وفي حال وجود تعارض ما بين العادات المكانية والعادات الخاصة فللقاضي أن يقدر أن العادات الخاصة بطرفي العقد هي التي تتفق والنية المشتركة لهما[322].

---

[319] – حكم منقول عن: سعد حسين الحلبوسي، مرجع سابق، ص 30.

[320] – ملاك العش سنية، مرجع سابق، ص 10، 11.

[321] – ملاك العش سنية، مرجع سابق، ص 15، ورد كذلك في: كمال الدين جعيط، العرف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، الجزء الرابع 1988 ص 2999، 3000.

[322] – أحمد شوقى، قواعد تفسير العقد، ص 89 ، وردت في زريق برهان، مرجع سابق، ص 123.

بل ذهب جانب من الفقه إلى أبعد من ذلك معتبراً أن العادة تعد بمثابة قرينة على وجود اتفاق ضمني بين الطرفين على الأخذ بها، وتفرض على المتعاقد علمه بها والخضوع لها، وذلك انطلاقاً من مبدأ حسن النية[323]، أي أنها جزء من اتفاق الأطراف صراحة أو ضمناً ومتممة للعقد، وتستمد قوتها الإلزامية من اتفاق المتعاقدين، ويتحد مركزها ومركز العقد ذاته[324]، وهذا ما ذهب إليه القضاء القطري في العديد من أحكامه حيث قضت محكمة التمييز القطرية بأن "البونص السنوي – المنحة السنوية التي يعطيها رب العمل للعامل مقابل أمانته أو كفاءته أو بوصفها حافزاً تشجيعياً له على بذل المزيد من الجهد بما يعود على رب العمل من فائدة، فإنه يشترط لاستحقاقه لتلك المنحة أن تكون متفقاً عليها في عقد العمل أو مقررة في النظام الداخلي للمنشأة أو يكون العرف أو التعامل بين الطرفين قد جرى على الوفاء بها للعامل على وجه الثبات أو الاستقرار مدة كافية من الزمن بحيث يحق له اعتبارها جزءاً من الأجر المستحق له"[325].

وحيث ليس بمقدور التشريع الإلمام بكافة المسائل التفصيلية وما يفرزه الواقع من مستجدات فقد عمد المشرعون في حالات عديدة إلى تفويض العرف صراحة[326] ومن ذلك ما تضمنه الفصل (677) م أ ع : "إذا جرى العرف في محل بآداء الثمن مؤجلا أو منجما حمل المتعاقدان على اتباع العرف ما لم

---

[323] – زريق برهان، مرجع سابق، ص129.

[324] – ملاك العش سنية، العرف والعادة في مجلة الالتزامات والعقود، ص .18،17.

[325] – حكم محكمة التمييز القطرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم 222/ 2011، جلسة 3/13/ 2012.

[326] – ملاك العش سنية، مرجع سابق، ص 27.

يصرحا بخلافه في العقد"، إذ يتبين من الفصل المذكور أن الأصل في سداد الثمن في حال عدم الإفصاح عنه في العقد إذا ما كان مؤجلاً أو منجما هو لأحكام العرف[327].

ويعد العمل التجاري ساحة خصبة لتطبيق أحكام العرف التجاري ومصدرا من مصادر القانون التجاري وتعتبر الأعراف التجارية مصدر القواعد التي تحكم المعاملات ما بين التجار[328] ويمكن الوقوف على تلك الحقيقة من خلال ما ذهب إليه المشرع القطري في المادة (2) من قانون التجارة رقم (27) لسنة 2006 والتي نصت على الآتي:" تسري على المسائل التجارية الواردة في هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، فإن لم يوجد نص يطبق العرف التجاري، ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام، فإن لم يوجد عرف تجاري، تطبق احكام القانون المدني"[329]، ولا ينقص تقديم المشرع للنصوص التشريعة في القانون التجاري من دور العرف التجاري ذلك أن أحكام تلك النصوص لا تعدو أن تكون تقنيناً لما ساد مجتمع التجار من أعراف، ويكون بالتالي تقنينها بمثابة

---

[327] – علي كحلون، مرجع سابق، ص1288.

[328] – محمد سالم أبو الفرج، المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 13.

[329] – قانون رقم (27) لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة وتعديلاته، الطبعة الثالثة، 2013.
https://almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2572&language=ar

الزام القضاء بتطبيقها واعفاء الأفراد من عبء اثباتها[330]، وهو كقاعدة عامة غير آمر أي يمكن للأطراف الاتفاق على ما يخالفه[331]، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية[332].

وفي ذلك يرى الباحث أن الدور الإيجابي للقاضي في تكملة العقد التجاري أكثر اتساعاً منه في العقد المدني ويكون دور العرف التجاري كمصدر وآلية لتكملة العقد التجاري أكثر أهمية منه في العقد المدني.

كما أحال المشرع القطري صراحة في أحكام المواد (79، 172) من القانون المدني إلى قواعد العدالة وأحال بدوره المشرع التونسي في الفصل (243) م إ ع، إلى الإنصاف بحسبانها من الوسائل والقواعد التى يسترشد بها القاضي بغية استكمال بنود العقد طبقاً لما يقتضيه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء، إذ هي لا تستمد من القانون الوضعي بل من القانون الطبيعى[333]، فالبائع لا يلتزم فقط بما هو ضروري لنقل المبيع بل إيضاً هو ملزم بالكف عن أي فعل يجعل من نقله صعباً أو مستحيلاً، وبالتالي فإن مثل هذه القواعد يجب تطبيقها حتى وإن لم يرد بشأنها نص في العقد أو لم ينظمها القانون، فالعامل في مصنع يلتزم بعدم البوح بأسرار المصنع الذي يعمل فيه لمصنع آخر منافس[334].

---

330 – محمد سالم أبو الفرج، المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 112.

331 – سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الأول، ص 43، 44.

332 – قضت محكمة النقص المصرية:" لايجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتحلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد الذي تم بينه وبين الطرف الآخر في العقد إذ لايوجد ما يمنع من أن يتفق العاقدان على ما يخالف العرف التجاري ويكون اتفاقهما ملزماً لهما". جلسة 12/6/ 1969، المجموعة ، السنة 20 ص 923. ورد كذلك في سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 44.

333 – 333–أحمد حدي لاله، مرجع سابق، ص .176.

334 السنهورى عبدالرزاق أحمد – مرجع سابق، ص .694.

كما أحال المشرع القطري القاضي بالإضافة للعرف إلى قواعد العدالة في ذات المادة الأولى من القانون المدني حال وجود نقص تشريعي، أي أنها مصدر من مصادر القانون ذاته، في حين أن هناك بعضاً من التشريعات أحالت إلى القانون الطبيعي على نحو ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة الأولى من القانون المدني رقم (131) لسنة 1948، حيث نصت الفقرة الثانية منها على الآتي:" فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"[335].

وهذا بدوره يطرح سؤالاً عن مفهوم القانون الطبيعي وعما إذا كان هو ذاته المقصود من قواعد العدالة والإنصاف من عدمه ؟

لا بد أن نشير هنا إلى أن فكرة القانون الطبيعي قد بدأت من الفلسفة اليونانية وفي ذلك قال أرسطو الملقب بأب القانون الطبيعي:" أن القانون الوضعي يجب أن يهدف إلى تحقيق ما يقضي به القانون الطبيعي .... ولا بد في علاج عيب القانون الوضعي من الالتجاء إلى العدالة"[336]، وكذلك الرومان أخذوا بفكرة القانون الطبيعي حيث قرر فقهاء وقضاة الرومان في الحالات التي يتعارض فيها القانون المدني مع القانون الطبيعي بوجوب تهذيب الحلول في تلك الحالات بما تمليه أحكام العدالة تقريباً للقانون المدني من القانون الطبيعي، كما استلهم واضعو قانون نابليون فكرة القانون الطبيعي وقرروا في مشروعهم الأول بأنه:" يوجد قانون عام لا يتغير هو مصدر كل القوانين الوضعية وهو ليس ما

---

[335] – القانون رقم (131) لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، موقع (wipo)، موقع الكتروني، تاريخ الزيارة، 2022/1/3. https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf

[336] – الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني 1، المدخل للعلوم القانونية، ص259.

يجمع عليه عقل البشر"، وأيد هذه الفكرة غالبية شراح القانون الفرنسي[337]، ويرى جانب من الفقه الاسلامي أن القانون الطبيعي يطابق الشريعة الإلهية من حيث الفطرة والعقل الذي جعله الله سبحانه وتعالى حجة [338]

أما فقهاء العصر الحديث فمنهم من انتهى إلى أن لفكرة القانون الطبيعي مدلولين الأول يتضمن مجموعة محدودة من المبادئ الأساسية والأزلية كحق الحياة والحرية والعمل وحرية المال ... ، أما المدلول الثاني فهو تلك القواعد التفصيلية التي يبنيها العقد على المبادئ الأساسية بغية تحقيق العدالة أي تلك الحلول العادلة التي يمكن تطبيقها على الحالات الخاصة تفريعاً على المبادئ الأساسية[339].

وفي ما يتعلق بإحالة المشرع المصري إلى كل من القانون الطبيعي والعدالة معاً فيرى جانب من الفقه أن السبب وراء ذلك يعود إلى اختلاف الفقهاء في حينها حول ماهية هذا القانون وفكرة القانون الطبيعي المبدئي والتفصيلي وأنه أراد بذلك الجمع بين الفكرتين، وبأن القضاء قد تواتر على الجمع بينهما ودرج على استخدامهما معاً، وأن القاضي إذا ما أراد استلهام قواعد العدل وجب عليه الرجوع للقانون الطبيعي المبدئي[340].

---

[337] – الدكتور سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 260، 261، 262، 263.

[338] – المستشار أحمد بدوي، الشريعة الاسلامية زاد وقبلة القوانين الوضعية، مرجع الكتروني، تاريخ الزيارة 20/5/ 2022. https://www.ahram-canada.com/176796/

[339] – الدكتور سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 266.

[340] – الدكتور سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 267، 268، 269.

وقد عّرفت العدالة بأنها ذلك الشعور الكامن في النفس والذي يكشف عنه العقل السليم وبه يوحي الضمير المستنير ويهدي إلى إعطاء كل ذي حق حقه دون الجور على حقوق الاخرين، وهذا هو جوهر فكرة العدالة والتي تتمثل بحصول كل شخص على حقه[341]، إذ هي وسيلة لتحقيق التوازن المنشود بين المصالح المتعارضة وفي الوقت ذاته المحافظة على النظام اللازم لبقاء المجتمع وتقدمه إذ بدون العدالة لا وجود للنظام[342]، وتتطابق تلك التعريفات للعدالة بتعريف مصطلح الإنصاف الذي استخدمه المشرع التونسي في الفصل (243) م أ ع ، إذ هو قوة غريزية تدفع الشر نحو العدل وتكمن في ضمير الإنسان وتعد أسمى درجة من العدالة القانونية[343]، إذ تقترن بالعدالة الطبيعية وتحقق التوازن بين الأطراف المتعاقدة والتزاماتهم المتبادلة[344].

ثم أن المشرع حين أجاز للقاضي الرجوع الى قواعد العدالة قد قصد بذلك حث القاضي على الاجتهاد برأيه للوصول إلى الحكم المناسب الذي يمكن القضاء من الحكم في النزاع المطروح أمامه مستنبطاً القاعدة التي يراها الأمثل والأقرب الى تحقيق العدالة مراعياً كل الظروف والملابسات التي تحيط بتلك المسألة، ذلك ان قواعد العدالة لا تمدنا دوماً بقواعد قانونية منضبطة ومحددة ولا إلى ضابط يقيني، وهذا يعني أن المشرع عندما أحال القاضي إلى قواعد العدالة لم يشأ تركه دون مصدر يرجع اليه عند غياب الحل للنزاع المعروض أمامه في كل من التشريع والعرف، كما وقد يستعين القاضي بأحكام

---

341 - محمود عبدالرحمن محمد، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص269.

342 - سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 86.

343 - علي كحلون، مرجع سابق، ص 718.

344 - بديع بن عباس، مرجع سابق، ص 114، 115. عرف جيستينيان الإنصاف بأنه:" الحياة الشريفة، وعدم الإعتداء على الغير، وإعطائه ما يستحق..... والعدالة هي المعاملة بالمثل أو هي ما وافق الإستقامة".

قواعد العدالة بغرض تحديد مضمون بعضاً من القواعد المرنة أو لتعديل البعض منها، عندما يكون التطبيق الجامد للقاعدة القانونية لا يؤدي الى العدل[345] وبذلك يقطع على القاضي سبيل النكول عن القضاء[346].

و مما يستحق الذكر هو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب التونسية في قرار سابق لها يبين اصرارها على تحقيق مبدأ العدالة والإنصاف إذ خرجت بالقرار المذكور عن القاعدة القانونية حيث قضت بالآتي:" وحيث إنه لئن كان من وظائف هذه المحكمة السهر على سلامة تطبيق القانون موضوعياً وإجرائياً، إلا أنه لا ينبغي كذلك أن يغرب عنها أن الغاية من تشريع القواعد الإجرائية إنما قصد به أولاً وقبل كل شئ إلى تأمين السبل الكفيلة بإعلاء الحق وتمكين صاحبه منه، أما إذا تعارضت القاعدة الإجرائية مع ذلك وأصبحت في بعض الصور حائلاً دون تأمينه بل وسبباً في هدره وضياعه فإنه يصبح من أوكد واجبات القضاء، وهو الحارس الأمين على حقوق المتقاضين ألا تصده الإجراءات الشكلية على تغليب المبدأ القاضي بأن(الحق يعلو ولا يعلى عليه وأن ما بعد الحق إلا الضلال)"[347].

ويبرز دور تطبيق أحكام العدالة عند ممارسة القاضي لدوره الإيجابي في تكملة العقد من خلال ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الولايات المتحدة عام (1837) والذي جاء فيه (... وفيما حقوق الملكية الخاصة مكفولة بجلاء علينا أن لا ننسى بأن للمجتمع أيضاً حقوقاً، وأن السعادة والرفاه لكل مواطن

---

[345] - سلام الفتلاوي، مرجع سابق، ص 88، 89.

[346] - الدكتور سليمان مرقس، مرجع سابق، هامش ص 268.

[347] – قرار محكمة التعقيب التونسية عدد 3784 المؤرخ 11 مارس 1980، م.ق.ت 1980 عدد 5، ص 127، ورد في: علي كحلون، مرجع سابق، هامش ص 718.

يعتمدان على صيانتها المخلصة)[348]، إذ تدور وقائع النزاع بالموازنة ما بين مصلحة "شركة جسر شارلز" في احتكارها العبور ما بين ولايتين وتحقيقها أرباحاً عالية بلغت أكبر من تكلفة بناء الجسر بثلاث مرات، وما بين مصلحة أفراد المجتمع في ولاية ماساشوستس، فكان نتيجة ما توصلت إليه المحكمة هو تخويل الشركة وإلزامها ببناء جسر جديد (ثان) لم يكن بالأصل متفقاً على بنائه، وكذلك إلزام الشركة بالتخلي عن استيفاء رسوم العبور من الجسر الجديد، وأن يكون استخدامه بالمجان للمواطنين بعد أن تستوفي قيمة بناءه، وإجبار حاملي الأسهم والمساهمون فيها على قبول هذا القرار والإلتزام به باعتباره جزءا لا ينفصل عن العقد الأصلي"، وهذا يستلزم من القاضي أن يحكم عقله وضميره وأن يوازن ما بين ما يفرضه من التزامات تكميلية وبين ما يرفض إضافته منها[349].

---

[348] – حيدرر فليح حسن، محمد غانم يونس، مرجع سابق، ص 166، رابط الحكم.
http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/antebellum/landmark_charles.html

[349] – هذا الحكم منقول عن: حيدر فليح حسن، محمد غانم يونس، مرجع سابق، ص 166.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة توصل الباحث الى أهم النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: منح المشرع القطري دوراً إيجابياً للقاضي في تكملة العقد من خلال نصين تشريعيين الأول منهما ورد في المادة 79 من القانون المدني بإضافة العناصر التفصيلية وذلك بعد الإتفاق على المسائل الجوهرية والذي لا نجد له مقابلاً في مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، أما النص التشريعي الثاني فهو نص المادة 172 من ذات القانون والذي يقابله الفصل 243 م أ ع التونسية ويتيح للقاضي إضافة للعقد كل ما هو من مستلزماته.

ثانياً: تختلف طبيعة دور القاضي عند تحديد نطاق العقد بإضافة له ماهو من مستلزماته عن دوره في إضافة العناصر التفصيلية، إذ أن تحديد نطاق العقد سابق على التكملة بالعناصر التفصيلية وقد يغني عنه، وأن الحالة الأولى تعد بمثابة استكمال لتنفيذ التزام موجود أصلاً، ويرى الباحث أن استكمال العقد بالعناصر التفصيلية دون الجوهرية أساسه إرادة المشرع ولا شأن لإرادة الأطراف فيه.

ثالثاً: لم يحدد المشرع القطري ولا المشرع التونسي المقصود بمستلزمات العقد مما تعددت معه التعريفات الفقهية، بيد أن المشرعين الإماراتي والأردني فرقا بين حكم العقد والذي يمثل الالتزام الأصلي فيه وبين حقوقه أي الالتزام التبعي متأثرين في ذلك بالفقه الاسلامي، وبالتالي يمكن القول أن مستلزمات العقد هي مجموعة الالتزامات التبعية التي تؤكد الالتزام الأصلي أو تكمله أو تحفظه.

رابعاً: اشترط المشرع القطري أن يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية كشرط لانعقاد العقد إلا أنه لم يبين الحد الفاصل ما بين المسائل الجوهرية والتفصيلية مما تعددت معه الآراء الفقهية والتوجهات القضائية

ما بين الأخذ بالمعيار الشخصي الذي ينظر إلى إرادة طرفي العقد ومابين المعيار الموضوعي الذي يستند إلى طبيعة العقد وماهيته، ومابين اكمال المعيار الموضوعي بالمعيار الشخصي وهو مايتفق معه الباحث.

خامساً: إن المحددات الثلاثة التي نص عليها المشرع كأدوات ينبغي على القاضي الإستعانة بها عند ممارسته دوره الإيجابي وهي القانون والعرف وأحكام العدالة هي ذاتها في الصورتين سواء عند قيامه بتحديد نطاق العقد أو عند الإكمال بالعناصر التفصيلية، وقد أوجب المشرع أن تكون تلك الالتزامات التكميلية مرتبطة بطبيعة الإلتزام الأصلي، ويرى الباحث أن الترتيب الوارد في النصوص التشريعية المذكورة هو ترتيب مقصود من المشرع وبأن طبيعة الإلتزام ليست من ضمن تلك المحددات بل تمثل الموجه الأساسي للقاضي في تكملة العقد وتحديد نطاقه.

سادساً: كان القضاء الفرنسي هو السباق بإضافة التزامات حمائية في العقد على الطرف المحترف تهدف الى حماية الطرف الضعيف حتى وإن لم ترد فيه ومنها الإلتزام بالإعلام وبالتبصير والإلتزام بالسلامة في عقود النقل، وقد تم تقنين بعض من تلك الإلتزامات في العديد من التشريعات.

سابعاً: أورد المشرع لفظ قانون كمصدر مكمل يرجع إليه القاضي عند ممارسته دروه في تكملة العقد ولم يبين المقصود فيه، إلا أن ذلك يشمل النص القانوني الآمر والتكميلي معاً، ويشمل قواعد القانون الخاص ومن ثم القواعد العامة.

ثامناً: هناك العديد من النصوص التشريعية التي نصت صراحةً على تقديم أحكام العرف على مضمون ما ورد فيها من أحكام تخص إكمال العقد، ويرى الباحث أن ذلك يعد استثناءً على الأصل الذي تتقدم فيه أحكام النصوص التشريعية على القواعد العرفية.

تاسعاً: أجاز المشرع للقاضي العودة إلى قواعد العدالة لتكملة العقد مما يكون بذلك قد قطع طريق النكول على القضاء وحث القاضي على الإجتهاد للوصول إلى الحكم المناسب.

عاشراً: إن سلطة القاضي التقديرية تتسع أكثر في حالة ممارسته لدوره الإيجابي في تكملة العقد استناداً إلى أحكام العدالة أكثر منه عما إذا كان بالإستناد إلى القانون أو العرف.

التوصيات:

أولا: يوصي الباحث بتعديل النص التشريعي رقم (79) من القانون المدني والنصوص المطابقة له في التشريعات المقارنة بحذف عبارة " واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد"، والذي نراه بحق يثير اللبس في صياغته الحالية ليكون بالصيغة التالية:" إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد دون التفصيلية، ولم يعلق المتعاقدان اتمامه على الإتفاق عليها اعتبر العقد قد تم.

ثانيا: تضمين القوانين التي تنظم المهن والأعمال التي يكون فيها أحد طرفي العقد محترفاً نصاً صريحاً من النظام العام يلتزم فيه هذا الطرف بالإعلام والتبصير.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة

1. أنور طلبه، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، طبعة معدلة ومنقحة، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، 2018.
2. أنور طلبه، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، طبعة معدلة ومنقحة. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية 2018.
3. بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، صحة العقد والإستقرار التعاقدي، الطبعة الأولى، 2017.
4. جابر محجوب علي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام في القانون القطري، المصادر الإرادية وغير الإرادية، كلية الحقوق، جامعة قطر، 2016.
5. جابر محجوب علي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، الأحكام العامة للالتزام في القانون القطري، الطبعة الثانية، كلية الحقوق، جامعة قطر، 2017.
6. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 9304/ 1996، 6-1769-04-977.
7. حسن حسين البراوي، العقود المدنية في القانون المدني القطري، (البيع والإيجار)، كلية القانون، جامعة قطر، 2016.
8. حسن حسين البراوي، العقود المسماة في القانون المدني القطري، الكتاب الأول، عقد البيع.

9. دوبلا، تعريب محمد المالقي، شرح مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الجزء الأول والثاني، الطبعة الأولى، سنة 1948.

10. زريق برهان، نظرية تفسيرالعقد فى القانون المدني والإداري، دار الكتب القانونية .

11. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، طبعة ثالثة مصححة ومزيدة، نظارة المعارف الجليلة في الاستانة العليا، بيروت المطبعة الأدبية، 1923.

12. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء 1، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، الطبعة السابعة، مكتبة صادر ناشرون، 2019.

13. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 2010، رقم الإيداع 7116/ 2005.

14. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، 2019.

15. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974.

16. عبدالحق صافي، القانون المدني، المصدر الإرادي والإلتزامات، الجزء الأول، طبعة جديدة ومنقحة، دار السلام للطباعة والنشر، 2020.

17. عبد الرحمن محمد محمود، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

18. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المجلد رقم 4، دار إحياء التراث العربي.

19. عبد الرزاق، السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.

20. عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، بدون سنة نشر.

21. عبدالحكيم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، 1993.

22. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام (1)، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015.

23. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، من الجزء الرابع وحتى الجزء السادس، المجمع العلمي العربي الإسلامي.

24. علي جابر، (2016) النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام في القانون القطري المصادر الإرادية وغير الإرادية، كلية القانون جامعة قطر، 2016.

25. علي جابر، راشد، طارق، (2017). النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، الأحكام العامة للالتزام في القانون القطري، الطبعة الثانية، كلية القانون، جامعة قطر.

26. علي كحلون، التعليق على مجلة الإلتزامات والعقود، منقحة ومعدلة، الكتاب الأول، مجمع الأطرش للنشر وتوزيع الكتاب المختص، 2018.

27. علي نجيدة، ومحمد البيات، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني القطري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، جامعة قطر.

28. مبارك، سعيد، والبراوي، حسن، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني القطري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، جامعة قطر.

29. محمد بهجت عبدالله أمين قايد، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، 2010،2011.

30. محمد سالم أبو الفرج، المعتصم بالله الغرياني، القانون التجاري القطري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة 2013.

31. محمد فهمي الجوهري، قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2009.

32. نذير بن عمو، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، 2007.

33. يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة، 2008، رقم الإيداع 3636/ 1992، الترقيم الدولي 8-3782-00-977.

34. ابراهيم عنتر فتحي الحياني، حقوق العقد، دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والإماراتي والعراقي مع بيان مو قف الفقه الإسلامي، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2020.

35. فتحية محمود قره، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، الدائرة المدنية، من 1979- 1984، (2) دار المطبوعات الجامعية.

ثانياً: المراجع الخاصة

1- خالد عبد الحسين الحديثي، تكميل العقد: دراسة مقارنة، منشورات حلب الحقوقية، الطبعة الأولى (2012).

2- خولة بوراوي، التعديل القضائي للعقد، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المختص وتوزيعه، تونس، 2021.

3- عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015.

4- عبد الباسط الجميعى حسن، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، مصر 1996.

ثالثاً: الأبحاث والمقالات

1- أحمد حدي لاله، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي وتطويع العقد، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 09، العددزيريد 01/ 2021، الرابط:

https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/537/9/1/142088

2- ابتسام دزيري، دور القاضي في تكملة العقد، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خده، العدد 12، الجزء الأول، 2018، الرابط:

http://search.mandumah.com.qulib.idm.oclc.org/Record/974887

3- أنور أحمد راشد الفزيع، عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة حاسبات الكترونية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مج 18، ع 2، 1994، الرابط:

5/Record/com.mandumah.search://htt

4- بلال عثماني، القاضي طرف جديد في العقد المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 01. 2017.

5- بن عمو نذير، الشرط الجزائي بعد ثلاثين سنة، صحوة البركان، تعليق على القرار 42624 بتاريخ28-4-1994، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، سنة 1996.

6- جليل حسن الساعدي، المفهوم الحديث للطرف في العقد، مجلة العلوم القانونية، العدد 5 سنة 2017، المجلد 32، موجودة على الرابط:

\https://jols.uobaghdad.edu.iq/index.php/jols/article/view/145

7- حمزه عبد المهيمن، ضوابط تفسير العقود بين النص والقانون والإجتهاد القضائي، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد الأول، 2012، الرابط على دار المنظومة

https://search.mandumah.com/Record/484683

8- حمود غزال، سلطة القاضي في تكييف العقد، جامعة الفرات، الجمهورية السورية، تاريخ الزيارة 2022/1/3.

http://journal.alfuratuniv.edu.sy/index.php?lang=1&set=31&func=12&Se=6&id=132

9- دراسة للقاضي محمود شمام بعنوان العرف بين الفقه والتطبيق، سنة 1990

https://search.mandumah.com/Record/366823/Details

10- دريد محمود السامرائي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المفهوم والتأصيل القانوني، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، العدد الثالث، 2004، موجود على الرابط التالي:

764882/Record/com.mandumah.search://https

11- الدكتور حازم سالم محمد الشوابكة، محددات مستلزمات العقد في القانون البحريني – دراسة مقارنة، جامعة الأزهر، مجلة كلية الشريعة والقانون، العدد 22، الجزء الخامس، الرابط في دار المنظومة:

http://search.mandumah.com.qulib.idm.oclc.org/Record/1102449/Description#tabnav

12- سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، دور القاضي في اكمال نطاق العقد طبقاص للمادة 86/ مدني عراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، بدون سنة نشر.

13- سلاف الفريخة، القاضي وتفسير العقد، جمعية الحقوقيين، العدد 13، 2017 الرابط في دار المنظومة

http://search.mandumah.com.qulib.idm.oclc.org/Record/915318

14- سمير شيهاني، حمزة قتال، تكميل العقد بين الكشف عن إرادة المتعاقدين وإنشائه، مجلة البحوث والعلوم السياسية، المجلد 07، السنة 2021، الرابط:

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/156877

15- شهاب محمد، العقد بين القانون والظروف الاستثنائية، مجلة إلكترونية، محكمة، تاريخ الزيارة 2022/1/2

https://mahkama.net/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-

%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B8%D8%B1%D9%88%D9%81-

%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B3%D8%AA%D8%AB%D9%86%D8

%D8%A6/ %A7

16- فليح حسن حيدر، محمد غانم يوسف، نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها، 2018

https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/72/9/2/71032

17- فوزي بن أحمد بالكناني، نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون المدني القطري، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد المنتظم الثاني، 2020، دار نشر جامعة قطر، كلية القانون.

18- محمد حاج بن علي، تمييز الإلتزام بالإعلام عن الإلتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع، جامعة حسيبه بن بوعلي بالشلف، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، 2011، الرابط على المنظومة:

https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/552/3/2/73442

19- محمد حاج بن علي، تمييز الإلتزام بالإعلام عن الإلتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشئ المبيع، دراسة مقارنة، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بو علي بالشلف، العدد 6، 2011، موجود على الرابط التالي:

http://search.mandumah.com.qulib.idm.oclc.org/Record/100809

20- محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، جامعة بابل، كلية القانون، بحث محكم، المجلد 22، العدد 4، سنة 2014

https://www.iasj.net/iasj/download/9419e23a5a50ed62

21- محمد فرحات حجازي، طبيعة الإلتزام في الفقه الإسلامي والقانون المدني، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، ع9، 1999، بحث محكم، دار المنظومة

http://search.mandumah.com.qulib.idm.oclc.org/Record/103117

22- محمد فواز محمد المطالقة، التزام المبرمج بنصيحة العملاء في عقود البرامجيات الخاصة، جامعة مؤتة، 2011، دار المنظومة

http://search.mandumah.com.qulib.idm.oclc.org/Record/128093

23- ملاك العش سنيه، العرف والعادة في مجلة الالتزامات والعقود، مئوية مجلة الالتزامات والعقود، 1906- 2006، نشر مركز النشر الجامعي، 2006.

24- منيرة سليماني، الجودة الإلكترونية كمدخل لحماية المستهلك الإلكتروني، دراسة ميدانية في البنك الوطني الجزائري بولاية عنابه، المركز الجامعي أحمد زبانه غليزان، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، مج3،ع5، 2020.

25- هاني عبدالعاطي عبدالمعطي الغيتاوي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد 34، الجزء الثالث، موجودة على الرابط التالي:

https://journals.ekb.eg/article_65987.html

26- هشام مخلوف، الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية، المركز الجامعي أمين عقال الحاج موسى، أق أخموك لتامنغست، معهد الحقوق والعلوم السياسية، ص 182.

رابعاً: الرسائل الجامعية

1- سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، نطاق العقد- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراة، جامعة بغداد، دار المنظومة، 2006.

http://search.mandumah.com.qulib.idm.oclc.org/Record/557967

2- بلال عزيزي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، كلية القانون، 2017.

3- دحمون حفيظ، التوازن في العقد، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية القانون، 2011، 2012.

4- سهله لخضر، دور القاضي في العقد، رسالة ماجستير، جامعة عبدالحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019/2018، مرجع 353.

5- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2007- 2008.

6- دعاء موسى عبد الرحمن برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر- غزة، كلية القانون، 2018، 2019، الرابط:

http://www.alazhar.edu.ps/arabic/He/files/20162695.pdf

7–محمد أحمد محمد التام، دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني اليمني والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة عدن، 2004، الرابط في المنظومة:

http://search.mandumah.com.qulib.idm.oclc.org/Search/Results?lookfor=%D8%AF%D9%88%D8%B1+%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D8%B6%D9%8A+%D8%A7%D9%84%D9%8A%D9%85%D9%86+&type=AllFields&submit=%D8%A7%D8%A8%D8%AD%D8%AB&limit=20&sort=relevance

8– رشيد بن الحاج جلول، دور القاضي والأطراف في تعديل العقد، رسالة ماجستير،المركز الجامعي أحمد زبانه– غليزان، معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر،2015، الرابط على المنظومة:

https://search.mandumah.com/Record/1086545

9– عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، سنة 2014، 2015.

10– نجوى القيراني، تدخل القاضي في العقود المدنية، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 2002.

11–سعاد بو ختاله، دور القاضي في تكملة العقد، رسالة دكتوراة، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2016/2015.

خامساً: التشريعات والقوانين

1- القانون المدني القطري لسنة 2004، الطبعة الرابعة، 2016

https://almeezan.qa/LawPage.aspx?ID=2559

2- قانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006

https://almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2572&language=ar

3- القانون رقم (131) لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري، موقع (ويبو)، موقع الكتروني، تاريخ الزيارة 2022/1/3

https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf

4- القانون المدني الكويتي رقم 1980/67 وتعديلاته بموجب المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1996، موقع مكتبة المعرفة، مرجع الكتروني، تاريخ الزيارة 2022/1/30

https://elmaarifa.info/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%88%D9%8A%D8%AA%D9%8A/

5- القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001، موقع الحكومة البحرينية

https://www.bahrain.bh/wps/wcm/connect/ac0588de-d621-4033-9a47-28b4f74b043e/civilLawAR.pdf?MOD=AJPERES

6- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 وتعديلاته

http://www.arabwomenlegal-emap.org/document%20legalsystem/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AA%D8%AD%D8%A7%D8%AF%D9%8A%20%D8%B1%D9%82%D9%85%205%20%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9%201985%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AA%D8%B9%D9%84%D9%82%20%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%A7%D9%85%D9%84%D8%A7%D8%AA%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A%D8%A9.pdf

7- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976

https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo019ar.pdf

8- بوابة الحكومة البحرينية، مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001 بإصدار القانون المدني

https://www.bahrain.bh/wps/wcm/connect/ac0588de-d621-4033-9a47-28b4f74b043e/civilLawAR.pdf?MOD=AJPERES

9- القانون المدني الكويتي رقم 1980/67 وتعديلاته بموجب المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1996، موقع مكتبة المعرفة، مرجع الكتروني، تاريخ الزيارة 2022/1/30

https://elmaarifa.info/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%88%D9%8A%D8%AA%D9%8A/

10- مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، وتعديلاته بالقانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت 2005، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2018

https://wrcati.cawtar.org/preview.php?type=law&ID=268

سادساً: الأحكام والقرارات القضائية

أ/ الأحكام العربية:

1- قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 1929/7/23 م ق ت لعام 1960 ج9، 10، ص27.

2- قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 1931/11/17 م ق ت لعام 1960 ج9، 10.

3- حكم محكمة النقض المصرية، نقض مدني، 1/19/ 1950.

4- حكم محكمة النقض المصرية، نقض مدني 23/ يناير 1980، مجموعة أحكام النقض 31- 255- 53.

5- قرار محكمة التعقيب التونسية عدد 3784 المؤرخ 11 مارس 1980، م.ق.ت 1980.

6- محكمة النقض المصرية في الطعن التمييزي رقم 880 السنة 49 في جلسة 1983/3/29، مجلة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية س1983/34، ص851.

7- حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1148 لسنة 51 ق جلسة 1984/12/27.

8- المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، ملف رقم 56500، تاريخ 3/26/ 1990.

9- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 2361 لسنة 59 ق، جلسة 6/15/ 1994.

10- محكمة التمييز الحقوقية في الجزائر، تمييز حقوق رقم 3847/ 2003، تاريخ 2004/2/24.

11- حكم محكمة التمييز القطرية بالطعن رقم 2008/51، الدائرة المدنية والتجارية، جلسة 2008/6/17.

12- محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق رقم 404/ 2009، تاريخ 8/16/ 2009، هيئة خماسية.

13- حكم محكمة التمييز القطرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم 2011/222، جلسة 2012/3/13.

14- حكم محكمة التمييز القطرية بالطعن رقم 134/ 2013، الدائرة المدنية والتجارية، جلسة 6/18/ 2013.

15- حكم محكمة التمييز القطرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم 2013/122، تاريخ 2013/6/27.

16- حكم محكمة التمييز المدنية القطرية رقم 2017/122 جلسة 2017/4/25.

17- حكم محكمة التمييز القطرية بالطعن رقم 2017/258، الدائرة المدنية والتجارية، جلسة 2018/2/20.

18- حكم محكمة التمييز القطرية بالطعن رقم 2018/268، الدائرة المدنية، جلسة 2018/9/25.

ب/ الأحكام الأجنبية:

1- أحكام صادرة عن محكمة النقض الفرنسية:

.166. p, 1953., D, 1952.déc 12., Crim

830, 2, 1973., Pal. Gaz, 1973 juillet 13, Lyon. A.C

.39. p. 67° n. III. Civ. Bull. 1988. Avr 13. 1re., Civ -2

3- حكم المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية عام (1837)، الرابط:

http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/antebellum/landmark_charles.html

سابعاً: متفرقات

1- مرجع الكتروني، موقع إسلام أون لاين، تاريخ الزيارة 2022/2/2.

https://islamonline.net/

2- المستشار أحمد بدوي، الشريعة الاسلامية زاد وقبلة القوانين الوضعية، مرجع الكتروني، تاريخ الزيارة 2022 /5/20. https://www.ahram-canada.com/176796/

تاسعاً: القرآن الكريم

عاشراً: المعاجم

وزارة العدل، الحكومة المصرية، القانون المدني –مجموعة الأعمال التحضيرية (الجزء2) الإلتزامات: مصادر الإلتزام، مطبعة دار الكتاب العربي.

1- الباشا محمد، (1992) الكافي معجم عربي عربي حديث، ص87، ط1، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت.

2- معجم المعاني الجامع، مرجع الكتروني، تاريخ الزيارة 2022/1/8.

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/