Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 15- Issue 1- March 2025 المجلد ١٥- العدد ١ – اذار ٢٠٢٥

The complementary role of legal rules of judicial origin in English law

[1] Dr. Shorouq Abbas Fadhil [2] Sura Mohammed Hoobi
[1] College of Law / University of Nahrain
1: Email: shrwqalsdy66@gmail.com
2: Email: sura.h@colaw.uobaghdad.edui

DOI
https://doi.org/10.37651/aujlps.2024.154168.1366
Submitted: 1/10/2024
Accepted: 4/10/2024
Published: 10/10/2024
Keywords:
case law
implied clauses
English courts
express clauses.

Abstract:

One of the fundamental and well-established rules on which the contract is based in English law is the freedom of the parties to set the terms of the contract without it being the court's job to set a contractual condition. The terms of the contract without it being the court's job to set a contractual condition or to add to the terms of the contract. The judge does not have the right to fabricate contractual terms out of respect for the sanctity of the contract .

However, this may clash with reality due to the insufficiency of the explicit terms to accurately determine all the preferences of the contract, which prompted the English judiciary to complete the scope of the contract with legal rules of judicial origin to grant the unexpressed will of the contracting parties a legal value and activate the intentions of the contracting parties.

The English courts have embraced the legal trick to soften the idea of completing the scope of the contract through a technical means based on the assumption that there are implicit clauses that avoid the explicit clauses in the contract. The contract is not limited to the explicit clauses that appear clearly, but rather extends to include the implied clauses assumed in the contract.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

الدور التكميلي للقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في القانون الإنكليزي

[١] أ. د شروق عباس فاضل [٢] سرى محمد هوبي
[١] كلية الحقوق / جامعة النهرين

الملخص:

من القواعد الأساسية الراسخة التي بُني عليها العقد في القانون الإنكليزي حرية الأطراف في وضع بنود العقد دون أن يكون من وظيفة المحكمة أن تضع شرطاً عقدياً أو أن تضيف إلى بنود العقد ، فالقاضي لا يملك استصناع البنود العقدية احتراماً لمبدأ قدسية العقد.

إلا إن ذلك قد يصطدم مع الواقع لعدم كفاية البنود الصريحة للتحديد الدقيق لجميع تفصيلات العقد ،مما حمل القضاء الإنكليزي على تكميل نطاق العقد بالقواعد القانونية قضائية المنشأ لمنح إرادة المتعاقدين غير المعبر عنها قيمة قانونية وتفعيل نوايا أطراف العقد .

وقد اعتنقت المحاكم الإنكليزية الحيلة القانونية لتلطيف فكرة تكميل نطاق العقد من خلال وسيلة فنية قائمة على افتراض وجود بنود ضمنية تجانب البنود الصريحة في العقد ، فالعقد لا يقتصر على البنود الصريحة والتي تبدو ظاهرة للعيان بل يمتد ليشمل البنود الضمنية المفترضة في العقد.

الكلمات المفتاحية:

السوابق القضائية ، البنود الضمنية ، المحاكم الإنكليزية ،البنود الصريحة.

المقدمة

يضطلع القضاء في النظم الانكلوسكسونية وعلى وجه التحديد المحاكم الإنكليزية بعملية خلق القواعد القانونية ، فالقانون الإنكليزي ذا منشأ قضائي نسجت أحكامه أنامل القضاة في أروقة المحاكم الإنكليزية ، خلافاً لما هو عليه الحال في العديد من الدول التي تنتمي إلى العائلة القانونية اللاتينية ومنها فرنسا ومصر والعراق التي لم تتبنَ القواعد القانونية ذات النشأة القضائية ، إذ جعلت دور القاضي يكاد ينحصر في تطبيق القاعدة القانونية وحالت بينه وبين السير في موكب القوى الصانعة للقانون للحيلولة دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات حماية لأسوار الوظيفة التشريعية .

أولاً : إشكالية الدراسة

تكمن إشكالية الدراسة في إنه رغم خطورة الدور التكميلي الذي تلعبه القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي لتكميل نطاق العقد في القانون الإنكليزي إلا إنه لم ينل نصيبه العادل من البحث المتعمق في أروقة الفقه ، مما كان مدعاة لأن تتكفل هذه الدراسة بالإجابة عن ما يتبادر إلى الأذهان من تساؤلات تدور حول مدلول القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي وكيفية توظيفها في تكميل نطاق العقد .

ثانياً : أهمية الدراسة

تتمثل أهمية الدراسة في تسليط الضوء على أحد الموضوعات القانونية المهمة ألا وهو الدور التكميلي للقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في القانون الإنكليزي سيما في ظل عزوف العديد من الباحثين عن المضي قدماً نحو البحث في هذا المسلك القضائي ، لذا ارتأينا إعداد هذه الدراسة المعززة بالجانب التطبيقي لإدراك كُنهَهُ الحقيقي .

ثالثاً : منهجية الدراسة

انتهجت دراسة الدور التكميلي للقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في القانون الإنكليزي منهج البحث القانوني التحليلي إذ تنطوي على عرض وتحليل الآراء الفقهية واستقراء بعض السوابق التي ولدت في أحضان المحاكم الإنكليزية لأثراء الجانب العملي وتدعيم مختلق جوانب البحث القانونية .

رابعاً : هيكلية الدراسة

إن الوظيفة التكميلية التي تضطلع بها القواعد القانونية ذات النشأة القضائية في أروقة المحاكم الإنكليزية اقتضت تقسيم هذا البحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول مدلول القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في حين سيكون المطلب الثاني مداراً للبحث حول توظيف تلك القواعد في تكميل نطاق العقد ، وسيكون البحث مشفوعاً بأهم ما سنتوصل إليه من نتائج وما نراه من مقترحات حصيلة لهذا الجهد المتواضع .

I. المطلب الاول

مدلول القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي

يتسم القانون الإنكليزي بالنشأة القضائية إذ ولد وترعرع في أحضان المحاكم الإنكليزية من مجموع المبادئ العامة التي انطوت عليها القرارات القضائية بوصفها المنبع الجوهري للقواعد القانونية وهذا ما أطلق عليه ماركبي بعملية صنع القانون بالقرارات القضائية [١].

وقد تعاظم دور القضاء الخلاق بعد إرساء دعائم نظام السوابق القضائية أو القضايا المرئية في دور العدالة الإنكليزية الى الحد الذي جعل بلا كستون يزعم بأن القضاة ما هم إلا وسطاء الوحي القانوني للفصل في كل ما يعرض عليهم من منازعات[٢] وذلك من خلال تطبيق مبادئ القرارات القضائية على الوقائع اللامتناهية .

وينصرف المراد بالسوابق القضائية أو ما يعرف بقانون القاضي إلى إضفاء قوة الإلزام على القرار القضائي بحيث يتقيد قضاة كل محكمة إنكليزية بقرارات المحاكم الأعلى منها درجة كما يتقيد قضاة الجهة القضائية العليا بقراراتهم السابقة في القضايا المتشابهة [٣] ، وبذلك تتكون القواعد القانونية ذات النشأة القضائية .

وفي هذا السياق يرى سالموند بأن القرار القضائي يُعد مصدر مزدوج لكل من الحقوق والقانون وقد عبر عن ذلك بالقول ((يكون القرار القضائي في حالة السابقة مصدر للحقوق بين أطرافه وإن كان مصدر للقانون بالنسبة للناس كافة ، فإذا نُظر إليه كمنشئ للحقوق قيل له حكم ، وإذا نُظر إليه كمنشئ أو مصدر للقانون قيل له سابقة)) [٤].

ويبدو لنا دون تردد بأن هذا القول قد أشار من طرف خفي إلى ما يُميز القرار القضائي عن السابقة ، فالقرار القضائي ذو أثر نسبي له القدرة على أن يكون مصدر للحقوق

---

(١) مُشار إليه لدى د. عبد المجيد الحكيم ، *الاعتبار كركن في العقد في القانون الإنكلو أمريكي* ، ط بلا ، (بدون مكان نشر ، ١٩٩١)، ص ١١١ .

(٢) مُشار إليه لدى د. هيام إسماعيل السحماوي ، "السوابق القضائية في التشريع الإسلامي والنظم الغربية المعاصرة / دراسة تحليلية"، ص ٥٠٢، بحث منشور على الموقع الإلكتروني https://journals.ekb.eg/article_177556_75d9eca4e1a40ec659b397ba48ebe167.pdf تأريخ الزيارة ٢٠٢٤/٨/١٥ الساعة التاسعة مساءً .

(٣) يُنظر بهذا المعنى د. يونس صلاح الدين علي ، *الوجيز في شرح قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي* ، الطبعة الأولى ، (بيروت: مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، ٢٠١٨)، ص٥ .

(٤) د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٢١.

بين أطرافه في حين إن السابقة ذو مدلول عام تسري على الناس كافة وبذلك أصبحت رويداً رويداً في مصاف القاعدة .

ويرى فيليب جيمس بأن القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي لا تنشأ عن التوالد الآلي بل هي حصيلة لتراكم سابقة على سابقة وموروث قضائي خلفه عمل القضاة العقلي لتحقيق غرضين [١] :

الغرض الأول : السعي إلى صياغة القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي على نحو يجعل من الممكن أن يكون تطبيقها ذا أثر على العدالة الموضوعية أو العدالة التي تقوم على القانون الموضوعي في قضايا خاصة .

الغرض الثاني : السعي إلى جعل القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي عامة إلى درجة تكفي من حيث مدى تطبيقها لتصلح هادياً أو دليلاً أكيداً لرجال القانون عندما يطلب منهم في المستقبل إعطاء رأي أو استشارة في منازعات قانونية .

بناءً على ما تقدم فإن القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي ما هي إلا نتاج لفكر القاضي الإبداعي نشأت على نحو تدريجي واضعةً اللبنات الأساسية للنظام القانوني الإنكليزي ، وهذا ما يقتضي تسليط الضوء على الوسيلة الفنية للقضاء الإنكليزي في تكميل نطاق العقد بالقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في الفرع الأول ثم تحديد أبعاد العلاقة ما بين القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في الفرع الثاني .

I.أ. الفرع الأول

الوسيلة الفنية للقضاء الإنكليزي في تكميل نطاق العقد بالقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي

من قواعد قانون العقد الإنكليزي الراسخة والأساسية حرية الأطراف المتعاقدة في تنظيم البنود الصريحة العقدية ، فليس من وظيفة المحكمة أن تنشأ عقداً للطرفين أو أن تضيف بنداً إلى الرابطة العقدية ومن ثم فإن القاضي لا يملك صناعة العقد أو تعزيز محتوى المنظومة العقدية .

إلا إنه من الناحية الواقعية قد تصطدم قدسية العقد بعدم كفاية بنوده الصريحة للتحديد الدقيق لنطاق الرابطة العقدية مما حمل القضاء الإنكليزي على ابتكار وسيلة فنية لتكميل نطاق العقد بالقواعد القانونية والتي تتمثل بالبنود الضمنية.

(١) المصدر نفسه، ص ١٠٣-١٠٤ .

وترجع فلسفة البنود الضمنية إلى إنه إن كان الأصل إن الأطراف قد أدرجوا في العقد كل البنود الجوهرية إلا إنهم قد أغفلوا إدراج بعض البنود اللازمة لتنفيذ العقد ذات الصفة الضرورية والتي تكون على قدر من الوضوح بحيث يكون منطقياً الافتراض القائم على إن الأطراف سيجعلونها بدون تردد جزءً من البنود العقدية [١].

فالعقد وإن كان انعكاس لإرادة المتعاقدين إلا إنه قد يخلو من الإشارة الصريحة إلى بعض البنود العقدية ومع ذلك تُدرج ضمنياً في نطاق العقد لتعويض ما نقص من تنظيم بعض المسائل التفصيلية أو المستلزمات العقدية ، ويتخذ افتراض بنود العقد الضمنية إحدى الصور الآتية :

أولاً: البنود الضمنية المفترضة بحكم الواقع

اعتنقت المحاكم الإنكليزية الحيلة القانونية عند تكميل نطاق العقد لتلافي سهام النقد التي طالت هذه العملية لما تتضمنه من مخالفة لمبدا قدسية العقد من ناحية واعتداء على مبدأ الحرية التعاقدية من ناحية ثانية ، ومفاد هذه الحيلة قائم على افتراض وجود بنود ينطوي عليها العقد بصورة ضمنية لا تمنح إلا لإرادة المتعاقدين غير المعبر عنها في العقد قيمة قانونية [٢] ، وبذلك تكون البنود الضمنية المفترضة بحكم الواقع مستخلصة على وجه التحديد من نية الطرفين التعاقدية ، ولكي يتم ذلك فإنه ينبغي أن يكون البند الضمني بحسب تقدير المحكمة بنداً واضحاً وضرورياً ومعقولاً ومنصفاً لمنح العقد الفاعلية الكافية والقوة القانونية [٣] .

ففي السابقة القضائية المعروفة ب (The Moorcock 1889) والتي تتمثل وقائعها في إن ملاك سفينة الموركوك اتفقوا مع المدعى عليهم مالكي رصيف الميناء في مرفأ بحري على السماح لهم برسو سفينتهم لتفريغ حمولتها إلا إن السفينة قد دخلت إلى مياه ضحلة واصطدمت بصخور وتحطمت بسبب المد والجزر ، وعلى الرغم من عدم وجود بند صريح في العقد فقد عدت المحكمة المدعى عليهم مسؤولين عن الإخلال ببند ضمني يقضي ببذل العناية المعقولة لتوفير مرفأ آمن ويتضمن هذا البند التزاماً يمكن افتراضه ضمنياً ويلتزم به المدعى عليهم تجاه المدعيين وقت التعاقد وفحواه أن يتم رسو السفينة بطريقة أو بحالة لا

(١) يُنظر بهذا المعنى ، د. حاتم محمد عبد الرحمن ، "بنود عقد بيع البضائع، دراسة في القانون الإنكليزي مقارنة بالقانون المصري"، *بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*، العدد الثاني، الجزء الثاني، (٢٠١٦): ص ٩٠٠ .

(٢) د. منى نعيم جعاز ود جليل حسن الساعدي، *مضمون العقد، دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والإنكليزي*، ط بلا، (مصر: دار الكتب القانونية، ٢٠٢٢)، ص ٢٠٩ .

(٣) د يونس صلاح الدين علي ، "بنود العقد في القانون الإنكليزي ، دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي"، *بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق* ، المجلد (١٦) ، العدد (٥٨) ، السنة (١٨) ، ص ٩١ .

تعرضها للخطر وأن تتخذ العناية المعقولة لتحقيق هذا الأمر ، وغاية القول بأنه يُمكن افتراض البنود ضمنياً في العقد على أساس الواقع أي على وفق نية الطرفين التعاقدية [١] .

ثانياً: البنود الضمنية المفترضة بحكم القانون

لم تقف المحاكم الإنكليزية عند حد الاستعانة بالبنود الضمنية المفترضة بحكم الواقع كوسيلة فنية لتكميل نطاق العقد بل تخطت ذلك الى البنود الضمنية المفترضة بحكم القانون والتي بموجبها تنشأ الالتزامات دون النظر إلى نية الطرفين أو الوقائع والملابسات التي تستخلص منها تلك النية [٢] .

والبنود المفترضة بحكم القانون قد تكون ذو نشأة عرفية أو تشريعية أو قضائية والذي يهمنا في هذا المضمار البنود الضمنية المفترضة بحكم المحكمة أو البنود الضمنية القضائية [٣] ، فالمحكمة عندما تقوم بافتراض وجود بند ضمني في عقد ما وفي قضية معينة فإن تلك القضية قد ترتدي رداء السابقة القضائية عندما تستعين بها المحاكم الإنكليزية لتضمين العقود في القضايا الأخرى بنود مماثلة وبذلك ترتقي البنود الضمنية الى مصاف القواعد القانونية ذات النشأة القضائية .

ففي السابقة القضائية المعروفة ب (Liverpool city council v. Irwin 1976) وتتلخص وقائع تلك القضية في إن المجلس البلدي في مدينة ليفربول كان يملك مجمعاً من (١٥) طابقاً ويحتوي على (٧٠) وحدة إقامة أو شقة ، قام المجلس البلدي بتأجير تلك الشقق إلا إن عقود الإيجار قد ألقت بالعديد من الالتزامات على عاتق المستأجرين واعتنقت تجاه التزام المؤجر (المجلس البلدي) بأعمال الصيانة الخاصة بالمباني الصمت ، مما استتبعه تعرض معظم مصاعد المباني الى التلف ، والذي قوبل بحبس المستأجرين للأجرة احتجاجاً على عدم القيام بأعمال الصيانة من قبل المجلس .

وهذا ما حدا بالمجلس البلدي إلى طرق باب القضاء لإقامة دعوى ضد أحد المستأجرين للمطالبة بتخلية الشقة إلا إن المستأجر قد دفع بإخلال المجلس البلدي بالالتزام الضمني الذي ينطوي على القيام بإجراء اعمال الصيانة .

(١) مُشار إليه لدى د. منى نعيم جعاز وآخرون ، مصدر سابق ، ص٢٠٩-٢١٠ .
(٢) د. يونس صلاح الدين علي ، بنود العقد في القانون الإنكليزي ، مصدر سابق ، ص ٩٢ .
(٣) د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي ، "مضمون العقد ، دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦ "، *بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني* ، المجلد (١٧) ، العدد (١) ، (٢٠١٨): ص ٦٩٥ .

وقد تبين للمحكمة بأنه لا يمكن افتراض هذا البند ضمنياً في العقد بحكم الواقع لعدم توفر الشروط المطلوبة لذلك والتي من بينها أن يُعد الطرفان البند الضمني من الأمور الواضحة والمسلم بها وقت التعاقد كما ينبغي أن يكون البند ضرورياً لمنح الأثر الفعال للعقد .

إلا إن مجلس اللوردات قد أدرج البند ضمنياً بحكم القانون وعلى وجه التحديد بحكم المحكمة مستنداً إلى التزام المجلس البلدي ببذل العناية اللازمة أو المعقولة للإبقاء على ديمومة السلالم والمصاعد [١].

I.ب. الفرع الثاني

العلاقة بين القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي

إن إدراك خبايا العلاقة الحقيقية بين القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي يقتضي التمييز بينهما ثم بيان أواصر الارتباط بين تلك القواعد لمعرفة عمق الصلة بين القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي .

أولاً: التمييز بين القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي

إن التطورات التي شهدها الواقع اقتضت تعاظم الدور الإيجابي الذي يضطلع به القاضي الإنكليزي إلى الحد الذي أضحى فيه قادراً على صنع القانون من خلال وضعه لقواعد قانونية ملزمة واجبة التطبيق على غرار القواعد القانونية التي ينشأها التشريع وبهذا المعنى ذهب القاضي الشهير هولمز إلى القول ((إني أُقر دون تردد إمكان قيام القاضي بصنع القانون بل ويتوجب عليه القيام بذلك ...)) [٢].

وهذا ما يعني إن للقاضي عند قيامه بتكميل النطاق العقدي الاستعانة بكل من القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي عندما تلتزم إرادة المتعاقدين الصمت الجزئي وتكون بأمس الحاجة إلى أن يُشد أزرها بإرادة أُخرى إثراءً للمحتوى العقدي فالدور التكميلي يُعد نقطة التقاء بين القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي .

---

(1) Liverpool city council v. Irwin .1977A .c 239 .

(٢) روبرت كروس ، *السوابق القضائية في القانون الإنكليزي* ، ترجمة د. محمد الشيخ عمر ، (بيروت: دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢)، ص٥٥.

كما إن تكميل نطاق العقد بالقواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي يتم من خلال بنود ضمنية يفرضها القاضي بحكم القانون دون أدنى إفتئات على البنود الصريحة ذات المنشأ العقدي .

وتدنو القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي من القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في إن كل منهما تصدر عن سلطة عامة فلا يكون أساسها التراضي ومن ثم فإن العقل السلطوي يسعى إلى التغلب على قصور العقل الإنساني .

إلا إن ما تقدم من نقاط التلاقي بين القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي قد أخفقت في محو ما بينهما من فارق جوهري شخصه ماركبي بالقول الآتي :

((... يبدو لي إن الفرق الجوهري بين صنع القانون بقرار قضائي وبين صنعه بالتشريع الصريح يكمن في خاصيتين في القانون القضائي لاحظهما اوستن وهما :

الخاصية الأولى : إنه يأتي بعد الوقائع أو على حسب الوقائع .

الخاصية الثانية : إنه يدخل دائماً ضمن خصوصيات القضية الخاصة التي يطبق فيها)) [١] .

ويبدو لنا إن وجهة النظر هذه تنطوي على قدر كبير من الصدق الذي لا يمكن إنكاره ، فميلاد القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي يكون لاحقاً على نشوء النزاع وبمقتضى أحكام القضاء وهذا ما أكده روسكو باوند عندما قال بأن القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي قائمة على مذهب التجربة ومعالجة المشاكل بعد وقوعها بدلاً من الاندفاع وراء الحماس الزائد ومحاولة تجنب وقوعها بعبارات عامة [٢] ، في حين إن القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي يسبق وجودها وجود النزاع إذ يُنزلها القاضي من عليائها إلى حيز التطبيق العملي في سوح القضاء عند الفصل فيما يعرض عليه من منازعات.

بناءً على ما تقدم فإنه لا يمكن تحديد الوقت الذي نشأت فيه القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي على وجه الدقة ومن ثم فإن الحلول الموضوعة لمعالجة تنازع القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي من حيث الزمان تبدو غير ممكنة التطبيق على المشاكل التي يثيرها تعاقب القواعد القانونية التي ينشأها القضاء [٣] .

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ١١١.
(٢) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق ، ص ٩٤ .
(٣) د. سمير تناغو ، *النظرية العامة للقانون* ، ط بلا، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٧٤)، ص ٦٤٨.

كما إن القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي تكون مستوحاة من الحالات الخاصة التي تعرض على القضاء ، فجوهر تلك القواعد قائم على الانتقال من الخاص إلى العام أو من الجزئيات إلى الكليات [١] ،أما القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي فهي قواعد عامة يتم تطبيقها من قبل القضاء على الحالات الخاصة وبذلك يتم الانتقال من العام إلى الخاص أو من الكليات إلى الجزئيات .

ونود الإضافة إلى ما جاء به ماركبي من فرق جوهري بين صنع القانون بقرار قضائي وبين صنعه بالتشريع الصريح بأن القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي يتم إرساء دعائمها بأيد القاضي الذي يعمد إلى صناعة وصياغة القاعدة القانونية ليزج بها إلى حيز التطبيق القضائي ، أما القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي فهي ثمرة نظام شكلي ونتاج لفكر المشرع لا القاضي الذي يقتصر دوره على التطبيق دون أن يتعداه إلى الخلق القانوني .

إذاً إن القواعد التي يأتي بها القاضي وإن كانت ترتقي إلى منزلة القواعد القانونية إلا إنه لا يمكن القول بتطابق القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي مع القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي .

ثانياً: الصلة بين القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي

إن ما تمت الإشارة إليه من الحدود الفاصلة بين القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي لا يعني بأي حال من الأحوال انقطاع الصلة بل إن حبال الوصل بينهما ما تزال متصلة ، فالقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي غالباً ما تحظى بالوجود التطبيقي في الواقع القانوني تمهيداً لميلاد القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي وظهورها في ثنايا القانون الوضعي ، إذ يعمل القضاء على بلورة القواعد القانونية وإعطاءها بعدها الحقيقي ليشق الطريق أمام المشرع منيراً خطاه في الحقل التشريعي [٢].

وبذلك تكون القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي قد سبقت التشريع وسايرت الواقع لتعبر بوضوح عن التعاون المتنامي بين المشرع والقاضي لمواكبة تطور الحياة وما تشهده من مستجدات ، فلا يمكن إنكار دور القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في نسج وتطوير القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي التي أصبحت واسعة النفوذ بفضل البذور التي زرعها التطبيق القضائي ، فشرعنة القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي تُعد الدرع الواقي لمواجهة

(١) د. هيام إسماعيل السمحاوي ، مصدر سابق ، ص ٥١١ .
(٢) يُنظر بهذا المعنى د. مصطفى العوجي ، *القاعدة القانونية في القانون المدني* ،الطبعة الأولى ، (لبنان: مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع ، ١٩٩٢)، ص ٢٨ .

النقص التشريعي ، وقد عبر(اوستن) عن الصلة بين القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي بالقول الآتي :

((في هذا البلد ، حيث تتمتع أحكام القانون الذي صنعه القضاة بأهمية كبرى في نظامنا التشريعي ، فإن من الصعب القول إن البرلمان هو صانع هذه الأحكام ...)) [١] .

كما أقر (رينيه دافيد) بوجود تلك الصلة واقعياً والتي ترجمها ناطقاً بالقول الآتي (إنه من الممكن أن تصدر قوانين تنظم القواعد التي جاء بها القضاء الإنكليزي على شكل نصوص يُقال لها (قوانين تجميع) ، كما إن من الممكن أن تصدر قوانين تُعدل من النصوص المتقدمة يُقال لها (قوانين تقنين) [٢].

فالمشرع قد يقتصر دوره على جمع شتات القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي تحت مظلة التشريع فتسمى قوانين تجميع أوقد يتسع دوره بحيث يمتد ليشمل تعديل تلك القواعد قبل أن ترتدي رداء التشريع فتسمى قوانين تقنين .

ولابد من الإشارة إلى إن التشريع قد يلغي الكثير من القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي وقد يجاريها جنباً إلى جنب ،أما في حالة التعارض بين القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي والقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي فإن القاضي ملزم بتطبيق النص التشريعي[٣].

وهذا ما يوحي بسمو القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي على القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي لما تتمتع به من القدرة على الإلغاء الصريح فضلاً عن الإلغاء الضمني تحت ذريعة الإصلاح القانوني سيما بعد أن هبت رياح التغيير متجهةً نحو ترجيح كفة القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي .

ورغم إن القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي قد فقدت بريقها السابق إلا إنه مع ذلك لا يمكن مجانبة الحقيقة القائمة على الواقع بوصفه الشاهد الناطق بأن القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي تُعد المنهل الأساسي للقواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي في النظام القانوني

(١) مُشار إليه لدى د. دينيس لويد ، *فكرة القانون*، ترجمة المحامي سليم الصويص، (الكويت: سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ١٩٨١)، ص ٢٣٩ .
(٢) مُشار إليه لدى د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٩٧ .
(٣) د. مجيد حميد العنبكي ، *المدخل إلى دراسة النظام القانوني الإنكليزي* ، وزارة العدل ، منشورات الدائرة القانونية ، من دون سنة طبع ، ص ٣٥ .

الإنكليزي كما لا يمكن إنكار دورها الفعال في تكميل العقود التي تعاظم فيها الدور الإنشائي للقاضي [١].

لذا يُمكننا القول بأن القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي قد تعاضدت مع القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي ووقفت جنباً إلى جنب من أجل تكميل النطاق العقدي لمواكبة ركب التطور وتحقيق التوازن المنطقي بين ثنايا التنظيم الإرادي .

II. المطلب الثاني

توظيف القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في تكميل نطاق العقد

سبق وإن تمت الإشارة إلى إن القاضي الإنكليزي يكمل نطاق العقد بالقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي مثلما يكمله بالقواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي بحكم القانون ومن خلال البنود الضمنية التي تتسلل إلى نطاق العقد لوضعه في الحيز القانوني ، فالقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي التي نشأت في أحضان القضاء الانكليزي تحت إطار البنود الضمنية قد شكلت قانوناً مكملاً حقيقياً إلى جانب القوانين ذات المنشأ التشريعي ،إلا إنه ليس للقاضي مطلق الحرية في تكميل نطاق العقد بالقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي، فالأمر غير متروك لرغبات أو أهواء القاضي بل لابد من توفر شروط معينة يقتضيها التكميل القضائي ، كما وجدت العديد من المعايير التي تمد يد العون للقاضي للاستدلال على البنود الضمنية التي ينطوي عليها حكم المحكمة أو الحكم القضائي وهذا ما سنتولاه تباعاً بالبحث على النحو الآتي :-

II.أ. الفرع الأول

شروط توظيف القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في تكميل نطاق العقد

إن اكمال نطاق العقد بموجب القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي والتي تتحدد بمفهوم أصيل في قانون السوابق القضائية أو ما يُعرف بقانون القاضي رهين بتوافر شروط معينة فلا يكفي أن يكون العقد صحيح ناقص التنظيم بل لابد من التحقق من اجتماع الشروط الآتية :

(١) المصدر نفسه، ص ٢٢٧ .

أولاً: أن يكون العقد شائع الاستعمال

يُعد هذا الشرط لازم وضروري لتكميل القاضي نطاق العقد بالقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي فلا بد من أن يكون العقد الصحيح الناقص شائع الاستعمال في حيز التطبيق العملي وهذا ما ترجمه اللورد كروس بالقول الآتي :

((عندما يكون هناك بند ضمني ، فالمحكمة في بعض الأحيان تضع القواعد العامة في سائر أنواع العقود المحددة كعقود بيع البضائع ، عقود السيد والخادم ، عقود المالك والمستأجر وغيرها ، فبعض الأحكام تكون مطبقة ضمنياً ما لم يتم استبعادها صراحةً))[١] .

يتضح من المقولة السابقة بأن القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي تكون لها القدرة على تكميل نطاق عقود محددة وقد خص اللورد كروس بعض تلك العقود بالذكر على سبيل المثل والدلالة ((عقود بيع البضائع ، عقود السيد والخادم (عقود العمل) ، عقود المالك والمستأجر(عقود الايجار)) وبذلك فإن تكميل نطاق العقد بالقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي يقتصر على عقود محددة تندرج تحت طائفة العقود ذات الطبيعة الشائعة ، لذا ينبغي على القضاء الإنكليزي بادئ ذي بدء تحديد نوع العقد للتيقن من إمكانية إقحام بنود ضمنية قضائية المنشأ إلى نطاق العقد .

ومما تجدر الإشارة إليه إن بعض البنود الضمنية القضائية بفضل طابعها التكراري أضحت بنوداً نموذجية يتحتم إدراجها ضمنياً في جميع العقود ذات النوع الواحد ما لم تتعارض مع الإرادة الصريحة لأطراف العقد متى ما انطبق عليه وصف العقد الشائع [٢].

وفي تقديرنا إن اشتراط شيوع العقد لتوظيف القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في تكميل نطاق العقد يرجع إلى نشأة تلك القواعد فهي صنيعة القضاة المستوحاة من ما يعرض عليهم من منازعات في أرض الواقع ولكي يتحقق ذلك لابد من أن ينطبق على العقد محل التكميل وصف الشائع لكونه من مقتضيات المنطق .

ثانياً: أن يكون توظيف القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي ضرورياً لتكميل نطاق العقد

إن إقحام القاضي للقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي بين ثنايا النسيج العقدي ينطوي على المساس بمبدأ قدسية العقد الإنكليزي التي فرضت نفسها كفكرة لها حضور على أرض الواقع القانوني ، فالقاضي لا يملك صناعة العقد ولو بشكل جزئي ما لم يكن ذلك

(1) Laurence Kauffman and Elizabeth Macdonald, The law of contract ,ibid, p 125 .
نقلاً عن د . علي فيصل علي الصديقي ، *مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية / دراسة مقارنة* ، الطبعة الأولى ، (لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية)، ص ٣٥١ .
(٢) المصدر نفسه ، ص ٣٥٣-٣٥٤ .

ضرورياً لتكميل النطاق العقدي ، فالضرورة تُعد المبرر الأساسي الذي يسمح بالتدخل القضائي في العلاقات ذات المنشأ الإرادي .

إذ قد تكون البنود الصريحة غير كافية لتغطية جميع تفاصيل العقد الضرورية، فهنا تظهر الحاجة إلى الاستعانة بالبنود الضمنية ذات النشأة القضائية متى ما كانت ضرورية لتفعيل نوايا الأطراف التعاقدية أو لجعل العقد قابلاً للتنفيذ بصورة تتسم بالعدالة والمعقولية .

وفي هذا السياق ذهب اللورد ويلبير فورس إلى القول بأن ((هذه الالتزامات يجب قراءتها في العقد بحسب طبيعة متطلباته بنفسه ،لا أكثر ولا أقل ، بعبارة أُخرى إخضاعه لاختبار الضرورة)) [١].

بناءً على ما تقدم فإن الأمر يقتضي إخضاع القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي لاختبار قياس الضرورة قبل الشروع بتوظيفها في تكميل النطاق العقدي ، وهذا ما يُحتم على المحاكم وهي في سياق إجراء اختبار قياس الضرورة أن تأخذ بعين الاعتبار مدى اتساع العوامل الداخلة في الاختبار لما لها من دور فعال يُسهم في بلورة المعنى الحقيقي المقصود من الضرورة .

ولعل ذلك ما دعا اللورد (بريدج) إلى القول بأن ((ثمة تمييز مثير للانتباه بين البحث عن بنود ضمنية ضرورية لمنح العقد تفعيلاً عملياً وبين البحث بناءً على اعتبارات واسعة عن بنود ضمنية بموجب القانون كضرورة موجودة لفئة معينة من العلاقات العقدية))[٢].

فعلى القاضي الإنكليزي قبل إقدامه على تكميل نطاق العقد أن يتحقق من مدى ضرورة القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي وذلك حسب اعتقادي للحيلولة دون التحكم القضائي والتمادي بافتراض بنود ضمنية لا تُحتم الضرورة وجودها في المحتوى العقدي لذا لا نتردد في القول بأن هذا الشرط يُعد صمام الأمان الذي يحقق الاستقرار القانوني والأمن التعاقدي .

ثالثاً: ترابط البنود الضمنية والبنود الصريحة في العقد

لا يكفي لتوظيف القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي بأن تكون ضرورية لتكميل نطاق عقد شائع بل لابد فضلاً عن ذلك من تحقيق الترابط والتناسق بين البنود الضمنية والبنود الصريحة في العقد، بحيث تتداخل بعضها مع البعض لتؤلف وحدة عقدية متكاملة البنود بعيدة كل البعد عن آفتي النقص والتشويه.

(١) يُنظر بهذا المعنى د. علي فيصل علي الصديقي ، مصدر سابق ، ص ٣٥٥.
(٢) المصدر نفسه ،٣٥٧.

لذا يجب على القاضي وهو في طور تكميل نطاق العقد بالقواعد القانونية قضائية المنشأ أن يَكُن الاحترام لروح العقد وهيكله العام [١] ، فلا يمكنه أن يفترض وجود بنود ضمنية في ثنايا العقد تمسخ البنود الصريحة التي رسمت ملامحها بأنامل المتعاقدين .

فالقاعدة العامة في النظام القانوني الإنكليزي تنطوي على إلزام القاضي بعدم وضع أي بند ضمني يخالف أو لا يتوافق مع البنود الصريحة ذات المنشأ العقدي لضمان إنتاج الآثار المرجوة من الإقدام على الارتباط بالعقد [٢] وعدم الإخلال بالتوقعات المشروعة للمتعاقدين .

ولعل ذلك يرجع إلى إن البنود الصريحة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بجوهر العقد ، أما البنود الضمنية لا تعدو أن تكون الوسيلة الفنية التي ابتدعها القضاء الإنكليزي لمعالجة نقص البنود الصريحة في العقد ، فلا يمكن ولو التفكير بوجود التعارض سيما وإن البنود الضمنية قابلة للاستبعاد بمقتضى نص صريح في العقد [٣] .

وبناءً على ذلك فإن القاضي لا يملك إيراد بنود ضمنية ذات منشأ قضائي تكون مخالفة لظاهر البنود الصريحة في العقد مهما كان ظاهر العقد غير عادل لدى التطبيق [٤] للحيلولة دون التنازع بين البنود الصريحة والبنود الضمنية في العقد .

والبادئ للعيان إن اشتراط الترابط بين البنود الصريحة والبنود الضمنية لتكميل نطاق العقد بالقواعد القانونية قضائية المنشأ يكاد يقترب من ما ذهبت إليه التشريعات محل المقارنة والتي اقتضت بأن تكون الالتزامات التكميلية المضافة من قبل القاضي منسجمة مع طبيعة الالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد ، وفي اعتقادي فإن هذا المسلك يعود إلى ضرورة وجود الترابط بين جميع البنود لضمان وحدة العقد ، فلا يمكن أن تتجه تكملة العقد ضد العقد .

II.ب. الفرع الثاني

معايير توظيف القواعد القانونية ذات المنشأ القضائي في تكميل نطاق العقد

لم يُطلق العنان للقاضي الإنكليزي عند تكميله لنطاق العقد بالقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي بل دأبت المحاكم على وضع العديد من المعايير التي يستهدي بها القاضي لاستشفاف البند الضمني وستكون أهم هذه المعايير مداراً للبحث على النحو الآتي :

(١) يُنظر بهذا المعنى د. سحر البكباشي ، *دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن* ،ط بلا، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٨)، ص ٢٦٣ .
(٢) يُنظر بهذا المعنى د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي ، مصدر سابق ، ص ٦٩٥-٦٩٦ .
(٣) يُنظر بهذا المعنى د. حاتم محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٩٠١-٩٠٢ .
(٤) يُنظر بهذا المعنى د. منى نعيم جعاز وآخرون ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

أولاً: معيار مسار التعامل أو طبيعة المعاملات السابقة بين الطرفين

إذا خلا العقد من الاتفاق الصريح على مسألة معينة فيُمكن للقاضي الاستعانة بطبيعة المعاملات السابقة بين الطرفين متى ما اتخذت منحىً معيناً ، فقد يعني ذلك ضمناً إن ما جرى عليه مسار التعامل مسبقاً سينسحب على جميع المعاملات بين الطرفين مستقبلاً .

فلو اتفق الطرفان على أن يبيع أحدهما للأخر شيئاً معيناً واتفقا على الثمن وعلى ألا يدفع حالاً مع عدم تحديد موعد لدفع الثمن ووجد بين الطرفين تعامل سابق فإن مسار هذا التعامل هو الذي سيحدد موعد دفع الثمن لعدم احتواء العقد على بنداً صريحاً [١] .

وفي هذا الصدد قضت إحدى المحاكم الإنكليزية في قضية(hillas &cov.acros ltd 1932) والتي تتلخص وقائعها بأن شركة هيلاس قد اتفقت على شراء (٢٢٠٠) طن من الخشب من شركة اكروس المحدودة وبأحجام مختلفة خلال موسم ١٩٣٠، وكان من بين بنود العقد أن يكون لشركة هيلاس الخيار في شراء (١٠٠٠٠٠) قطعة من الخشب عام ١٩٣١ ولكن من دون تحديد لنوع أو حجم الأخشاب ومن دون تفصيل لطريقة الشحن ، ولم يحدث خلاف بين الطرفين بشأن عملية الشراء الأولى لعام (١٩٣٠) ، ولكن عندما رغب المشترون في ممارسة حق خيارهم في الشراء من محصول عام (١٩٣١) دفع البائعون بأن عدم تحديد البيانات بصدد الخشب ، فيما يتعلق بالشرط الذي يضمن حق الخيار ،يدل على إنه ليس المقصود منه ، أن يكون ملزماً لأي من الطرفين ،بل كان القصد منه أن يكون أساساً للتعاقد فيما بينهما في المستقبل ، وقد حكم مجلس اللوردات في القضية على ضوء معيار مسار التعامل أو طبيعة المعاملات السابقة بين الطرفين [٢].

ثانياً: معيار الغرض الرئيسي الذي من أجله أُبرم العقد

وفقاً لهذا المعيار يستشف القاضي الإنكليزي البند الضمني من خلال الغرض الرئيسي الذي يصبو المتعاقدين إلى تحقيقه والذي من أجله أُبرم العقد بالاتفاق على بنوده الصريحة ، فالذي يستأجر منزلاً للسكن يجب أن يكون صالحاً لذلك ومن يستأجر سيارة يفترض أن تكون صالحة للقيادة وإن لم ينص على ذلك في العقد [٣] .

ففي السابقة القضائية (Samuels v. Davis 1943) والتي تتلخص وقائعها بأن المدعي وهو طبيب أسنان قد اتفق على قيامه بصنع طقم أسنان لزوجة المدعى عليه ، وبعد

(١) د. مجيد حميد العنبكي ، "مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الإنكليزي"، *بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين* ،مجلد (٤)، العدد (٥)، (٢٠٠٠): ص ٧١ .
(٢) مُشار إليها لدى د. منى نعيم جعاز وآخرون، مصدر سابق ، ص٢١٢-٢١٣ .
(٣) د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي ، مصدر سابق، ص ٦٩٧ .

الانتهاء من ذلك اتضح إن طقم الأسنان غير ملائم إلى الحد الذي لم تستطع زوجة المدعى عليه استعماله ،فامتنع المدعى عليه عن دفع الثمن، فقضت محكمة الاستئناف لصالح المدعى عليه إذ يجب أن يكون طقم الأسنان صالحاً للغرض الذي من أجله أبرم العقد [١] .

ثالثاً: معيار الأثر الفعال للعقد

ركنت المحاكم الإنكليزية إلى معيار أثر العقد الفعال عند افتراضها للبنود الضمنية المستوحاة من القواعد القانونية القضائية لتكميل نطاق العقد بما يضفي عليه الفعالية العملية، وهذا ما يتضح من خلال قضية (the Moorcock 1889) والتي تتلخص وقائعها في إن المستأنف قد اتفق مع المستأنف عليه على استعمال رصيف المستأنف لتحميل وخزن بضاعة من السفينة موركوك، وكانت منطقة النهر مملوكة من طرف ثالث وخارجة عن سيطرة المستأنف والذي لم يقم باتخاذ أي خطوة للتأكد من إن تلك المنطقة صالحة لأن ترسو عليها السفينة بصورة آمنة ونتيجة لذلك اصطدمت السفينة بقاع النهر بسبب المد والجزر مما ألحق بالسفينة الضرر ، فحكمت المحكمة بأن المستأنف مسؤول من حيث إن السفينة لا يمكن استعمالها مع هذا الرصيف والحاجز في ظل هذه الظروف كما إن المستأنف كان يجب عليه ضمناً اتخاذ العناية المعقولة للتأكد من إن وضع النهر كان بصورة تحول بين السفينة والضرر ، فتكميل القضاء لنطاق العقد بالبند الضمني المفترض جاء ليضفي على العقد الأثر التجاري الفعال كما يريده رجال الأعمال [٢].

رابعاً: معيار الشخص المعقول أو المعتاد

من المعايير المعتمدة لدى المحاكم الإنكليزية لتكميل نطاق العقد بالبنود الضمنية لاسيما البنود المفترضة بحكم المحكمة أو البنود الضمنية القضائية معيار الشخص المعقول أو المعتاد وهذا ما أكده اللورد كروس بالقول (إن المحكمة سوف تسأل نفسها بطبيعة الحال عن

(١) د. مجيد حميد العنبكي ، مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الإنكليزي ، مصدر سابق ، ص ٧٢.
(٢) د. عمر الكعابي ، "تنفيذ العقد بين النظام القانوني الفرنسي ونظيره الإنكليزي"، ص ١٩-٢٠ ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني ادناه تأريخ الزيارة ٢٠٢٤/٧/١٥ الساعة السابعة مساءً.
https://m.marocdroit.com/%D8%AA%D9%86%D9%81%D9%8A%D8%B0%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D8%AF%D8%A8%D9%8A%D9%86%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B1%D9%86%D8%B3%D9%8A%D9%88%D9%86%D8%B8%D9%8A%D8%B1%D9%87%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AC%D9%84%D9%8A%D8%B2%D9%8A_a8015.html

آلية التعامل مع مثل هذه القضايا ، حيث إن البند الضمني محل النقاش سيكون واحداً من البنود التي من المعقول تضمينها في العقد)[١] .

وتقوم فلسفة هذا المعيار على إن البند الضمني يقتضي لإدراجه في العقد أن يكون أمراً معقولاً يستسيغه الرجل العاقل أو المعتاد ومن ثم فإن ذلك يُعد قرينة على اتفاق الطرفين ضمنياً على إدراج هذا البند [٢] .

والشخص المعقول في القانون الإنكليزي هو المواطن العادي الذي يسعى إلى أداء واجباته بناءً على تلك الاعتبارات التي تنظم سلوكه في المجتمع ، فمعيار الشخص المعقول أو المعتاد يجمع عناصر ذاتية وموضوعية في ذات الوقت، إذ يتمثل العنصر الذاتي في إن هذا المعيار يشير إلى شخص من طائفة المتعاقد أما العنصر الموضوعي فيتعلق بالحالة الفسيولوجية للشخص المعقول والمتعلقة بسلوكياته ومقارنتها بسلوك المتعاقد [٣] .

ولتطبيق المحكمة الإنكليزية لمعيار الشخص المعقول أو المعتاد فإنه يشترط أن يكون البند الضمني المفترض على درجة عالية من الوضوح إلى الحد الذي يكون التسليم بوجوده في العقد أمراً بديهياً [٤] ، بحيث لو مر شخص ثالث فضولي بجانب الطرفين المتعاقدين وهما منهمكين بإبرام العقد وأقترح عليهما من باب الفضول إدراج هذا البند فإنها سيقاطعانه بحدة وبرد إنه أمر طبيعي بالتأكيد ، لذا عُرف هذا المعيار بمعيار الشخص الثالث الفضولي أو معيار المتفرج الفضولي [٥] .

والبادي للعيان إن المعايير المتقدمة تعبر بصدق وأمانة عن مدى الحرص الذي تَكُنه المحكمة للوصول إلى تكميل نطاق العقد بالقواعد القانونية القضائية الملائمة للحيلولة دون إضافة بند يشوه العلاقة العقدية القائمة .

(١) مُشار إليه لدى د. علي فيصل على الصديقي ، مصدر سابق ، ص ٣٥٤ .
(٢) د. يونس صلاح الدين علي ، بنود العقد في القانون الإنكليزي ، مصدر سابق ، ص ١٠٧ .
(٣) د. منى نعيم جعاز وآخرون ، مصدر سابق ، ص ٢١٥-٢١٦ .
(٤) د. مصطفى سلمان الحبيب ، *المصطلحات القانونية في العقود الإنكليزية* ، (الاردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع ،)٢٠٠٩، ص ١١٦ .
(٥) يُنظر بهذا المعنى د. يونس صلاح الدين علي، بنود العقد في القانون الانكليزي ، مصدر سابق ، ص١٠٦ .

الخاتمة

بعد أن شارفت رحلة البحث في موضوع الدور التكميلي للقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي على الانتهاء، لا بد لنا قبل طي الصحف أن نعرض أهم ما توصلنا إليه من نتائج وما نراه من مقترحات آملين الأخذ بها على أرض الواقع.

اولاً : النتائج

١- إن كانت قدرة القضاء الإنكليزي على الخلق توصف بأنها غير مرئية، فمن الواجب التمييز بين ما يخلقه القاضي في هيئة حكم وما يصبه في قالب القاعدة القانونية، فالحكم القضائي ذو أثر نسبي له القدرة على خلق الحل الفردي ليكون مصدراً للحقوق بين أطراف النزاع المعروض أمام القاضي ، أما القاعدة القانونية ذات المنشأ القضائي وإن كانت نتاج لفكر القاضي الإبداعي نشأت على نحو تدريجي إلا إنها تتحلى بصفة الإلزام وذو مدلول عام يسري على الأنام.

٢- لم يطلق العنان للقاضي الإنكليزي عند تكميله لنطاق العقد بالقواعد القانونية ذات المنشأ القضائي ، فالأمر غير متروك لرغبات وأهواء القاضي بل لابد من توفر شروط معينة يقتضيها التكميل القضائي فضلاً عن وضع العديد من المعايير التي تمد يد العون للقاضي لاستشفاف البنود الضمنية الملائمة لتكميل نطاق العقد وعدم إقحام بنود منبتة الصلة بالمحتوى العقدي.

ثانياً: المقترحات

١- نأمل من المشرع المدني العراقي شرعنة الحلول الاجتهادية القضائية التي تكون على قدر من الأهمية على صعيد المعاملات المالية ذات الطبيعة العقدية لمواجهة نقص القواعد القانونية ذات المنشأ التشريعي بما يساير ركب التطور ويحقق كمال المنظومة التشريعية.

٢- ندعو القضاء العراقي إلى استعارة المعايير الإنكليزية عند تكميل نطاق العقد وعلى وجه التحديد (معيار مسار التعامل، معيار الغرض الرئيس ، معيار الأثر الفعال، معيار الشخص المعقول) للحيلولة دون الإخلال بتوقعات المتعاقدين واستجابة لدواعي العدالة العقدية.

المصادر

أولاً: الكتب القانونية

١- د. دينيس لويد ، *فكرة القانون* ، ترجمة المحامي سليم الصويص ، الكويت: سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ١٩٨١.
٢- روبرت كروس ، *السوابق القضائية في القانون الإنكليزي* ، ترجمة د. محمد الشيخ عمر ، بيروت: دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢ .
٣- د. سحر البكباشي ، *دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن* ،ط بلا، الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٨.
٤- د. سمير تناغو ، *النظرية العامة للقانون* ، ط بلا، الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٧٤.
٥- د. عبد المجيد الحكيم ، *الاعتبار كركن في العقد في القانون الإنكلو أمريكي* ، ط بلا ، بدون مكان نشر ، ١٩٩١.
٦- د . علي فيصل علي الصديقي ، *مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية / دراسة مقارنة* ، الطبعة الأولى ، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
٧- د. مجيد حميد العنبكي ، *المدخل إلى دراسة النظام القانوني الإنكليزي* ، وزارة العدل ، منشورات الدائرة القانونية ، من دون سنة طبع .
٨- د. مصطفى العوجي ، *القاعدة القانونية في القانون المدني* ،الطبعة الأولى ، لبنان: مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع ، ١٩٩٢.
٩- د. مصطفى سلمان الحبيب ، *المصطلحات القانونية في العقود الإنكليزية* ، الاردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩.
١٠- د. منى نعيم جعاز ود جليل حسن الساعدي، *مضمون العقد، دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والإنكليزي*، ط بلا، مصر: دار الكتب القانونية، ٢٠٢٢ .
١١- د. يونس صلاح الدين علي ، *الوجيز في شرح قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي* ، الطبعة الأولى ، بيروت: مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، ٢٠١٨ .

ثانياً: البحوث والدوريات :

١- د. حاتم محمد عبد الرحمن ، "بنود عقد بيع البضائع، دراسة في القانون الإنكليزي مقارنة بالقانون المصري"، *بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*، العدد الثاني، الجزء الثاني، (٢٠١٦).
٢- د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي ، "مضمون العقد ، دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦"، *بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني* ، المجلد (١٧) ، العدد (١) ، (٢٠١٨) .
٣- د. عمر الكعابي ، "تنفيذ العقد بين النظام القانوني الفرنسي ونظيره الإنكليزي"، ص ١٩-٢٠، بحث منشور على الموقع الإلكتروني أدناه ، تأريخ الزيارة ٢٠٢٤/٧/١٥ الساعة السابعة مساءً.

https://m.marocdroit.com/%D8%AA%D9%86%D9%81%D9%8A%D8%B0%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D8%AF%D8%A8%D9%8A%D9%86%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B1%D9%86%D8%B3%D9%8A%D9%88%D9%86%D8%B8%D9%8A%D8%B1%D9%87%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AC%D9%84%D9%8A%D8%B2%D9%8A_a8015.html

٤- د. مجيد حميد العنبكي ، "مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الإنكليزي"، بحث منشور في *مجلة الحقوق، جامعة النهرين* ،مجلد (٤)، العدد (٥)،٢٠٠٠.

٥- د. هيام إسماعيل السحماوي ، "السوابق القضائية في التشريع الإسلامي والنظم الغربية المعاصرة / دراسة تحليلية "، ص ٥٠٢ ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني تأريخ الزيارة ٢٠٢٤/٨/١٥الساعة التاسعة مساءً

https://journals.ekb.eg/article_177556_75d9eca4e1a40ec659b397ba48ebe167.pdf

٦- د يونس صلاح الدين علي ، "بنود العقد في القانون الإنكليزي ، دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي"، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (١٦) ، العدد (٥٨) ، السنة (١٨) .