AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW
ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

التأسيس الفقهي والتشريعي لتكميل نطاق العقد

الباحثة سرى محمد هوبي
ا. د شروق عباس فاضل
كلية الحقوق / جامعة النهرين

The jurisprudential and legislative foundation for completing the scope of the contract

Sura Mohammed Hoobi
Prof. Dr. Shorouq Abbas Fadhil
College of Law / University of Nahrain

This work is licensed under a
Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

المستخلص من المسلم به في عالم الفكر القانوني بأن العقد وليد الإرادة إذ ينشأ عن ارتباط وتوافق إرادتين أو أكثر واتجاههما نحو إحداث أثر قانوني , فإرادة أطراف العقد هي الوحيدة التي لها القدرة على وضع قانونها الخاص فهي من تخلق العقد وتحدد مداه وترسم نطاقه بمالها من سلطان جعلها الحاكمة للعقد طيلة حياته بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة ولكن سرعان ما تقهقر دور الإرادة في العقد سيما بعد أن لاحَ التطور العلمي والتكنولوجي في الأفق , فلم تعد الإرادة قادرة على تنظيم جميع جوانب العقد الذي قد يبدو مشوهاً ينتابه النقص سواء أ كان معاصراً لإبرام العقد أم طارئاً بعد ذلك , مما استدعى تكاتف جهود كل من القاضي والمشرع سعياً نحو تكميل نطاق العقد الناقص للارتقاء به إلى مرتبة الكمال .

الكلمات المفتاحية :نطاق العقد , تأسيس فقهي , تأسيس تشريعي , مسائل تفصيلية , مستلزمات العقد

Abstract

It is accepted in the world of legal thought that the contract is the product of the will, as it arises from the connection and agreement of two or more wills and their direction towards creating a legal effect. The will of the parties to the contract is the only one that has the ability to establish its own law. It is the one that creates the contract, determines its scope and draws its scope with its authority that makes it the ruler of the contract throughout its life according to the principle of the authority of the will .But the role of the will in the contract quickly declined, especially after scientific and technological development appeared on the horizon. The will was no longer able to organize all aspects of the contract, which may appear distorted and deficient, whether it was contemporary with the conclusion of the contract or subsequent to that, which necessitated the combined efforts of both the judge and the legislator in an effort to complete the scope of the incomplete contract to raise it to the level of perfection.

Keywords: scope of the contract, jurisprudential foundation, legislative foundation, detailed issues, contract requirements

المقدمة

استقطب العقد الاهتمام البالغ بوصفه الوسيلة القانونية المثلى التي تحقق غايات أطراف التعاقد إلا إنه قد يعتري العقد النقص والقصور عندما يبدو غير مكتمل التنظيم من جميع الجوانب سواء أ كان السبب في ذلك السهو أو الجهل بالقانون أو عدم الإلمام بمقتضيات العقد سيما في ظل التطور السريع والمتلاحق .

لذا عكف المشرع على تفويض القاضي تكميل نطاق العقد بإضافة ما ينقصه من مسائل تفصيلية أو مستلزمات العقد بالرجوع إلى الموجهات الموضوعية التي حددها المشرع والمتمثلة بالقانون والعرف والعدالة مع مراعاة طبيعة الالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد .

فالقاضي يتولى استكمال البناء الكلي للعقد انصياعاً لأوامر المشرع كلما دعت إلى ذلك نزاهة العقد من النقص لتحقيق الأمن القانوني والتوازن بين أطراف العقد.

أهمية البحث : تتمثل أهمية دراسة التأسيس الفقهي والتشريعي لتكميل نطاق العقد في تسليط الضوء على أحد الموضوعات القانونية المهمة التي أوقدت ناراً للصراع بين أوساط الفقه مما استدعى تدخل المشرع في ثنايا الصراع بصدد تكميل نطاق العقد مسطراً بقلمه النصوص الناظمة للتكميل , لذا ارتأينا الخوض في موضوع البحث لمعرفة تطلعات الفقه وتشخيص مواطن القصور التي قد تنتاب التشريع لوضع أفضل الحلول القانونية لمعالجتها بكل موضوعية وتجرد .

إشكالية البحث : تكمن إشكالية البحث في خطورة ما يضطلع به القاضي عند قيامه بتكميل نطاق العقد من خلال زيادة التزامات المتعاقدين وإلزامهم بما وراء السطور وهذا ما كان مدعاة لتتقافز في الأذهان عدة تساؤلات في مقدمتها التساؤل عن الأساس الذي تستند إليه الالتزامات التكميلية المضافة إلى نطاق العقد من قبل القاضي فهل تجد أساسها في الإرادة التي أنشأت العقد أم في النص التشريعي ؟

كما إن التشريعات المدنية في بعض الدول وعلى وجه التحديد العراق ومصر قد تولت تنظيم تكميل نطاق العقد في أكثر من نص تشريعي مما جعل علامات الاستفهام تحوم حول حلقات الوصل والحدود الفاصلة بين النصوص الناظمة للتكميل .

منهجية البحث : أثرنا إتباع المنهج التحليلي والمقارن للبحث في موضوع التأسيس الفقهي والتشريعي لتكميل نطاق العقد حيث سنعمد على التحليل والمقارنة بين النصوص القانونية والآراء الفقهية فضلاً عن استقراء الأحكام القضائية ذات الصلة بموضوع البحث لإثراء الجانب العملي وتدعيم مختلف الجوانب القانونية .

هيكلية البحث : لما كان التأسيس لتكميل نطاق العقد موضع عناية كل من الفقه والتشريع لذا كان لزاماً علينا تقسيم هذا البحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول التأسيس الفقهي لتكميل نطاق العقد وفي المطلب الثاني التأسيس التشريعي لتكميل نطاق العقد وسيكون البحث مشفوعاً بأهم ما توصلنا إليه من نتائج وما نراه من المقترحات آملين الأخذ بها على أرض الواقع .

المطلب الاول

التأسيس الفقهي لتكميل نطاق العقد

سعى الفقه إلى التفكير الجاد والبحث الدؤوب عن الأساس الذي يقوم عليه تكميل القاضي لنطاق العقد رغم كونه لا يحمل صفة المتعاقد [١], فظهرت محاولات عديدة لرد التكميل إلى الإرادة التي أنشأت العقد بوصفها الوحيدة القادرة على خلق الالتزام العقدي والأساس الأمثل لذلك إلا إن الأفكار التي بنت لبنات الأساس الإرادي لم تكن عصية على التأثر أو بعيدة المنال عن سهام النقد مما اقتضى معاودة البحث عن الأساس الذي يقوم عليه تكميل القاضي لنطاق العقد خارج دائرة الإرادة وهذا ما نجم عنه الانتقال من الأساس الإرادي إلى الأساس الموضوعي لتكميل النقص الذي يشوب العقد من قبل القاضي, فالتأسيس الفقهي لتكميل نطاق العقد يستلزم تسليط الضوء على الأساس الإرادي في الفرع الاول وعلى الأساس الموضوعي في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الأساس الإرادي لتكميل نطاق العقد

يعد هذا الأساس من تبعات تكريس مبدأ سلطان الارادة ووارثاً وفياً له , يكُن جُل الاحترام وبالغ التقديس للإرادة بوصفها صانعة للعقد ومحددة لجميع اثاره والتزاماته طيلة مراحل حياته منذ ولادته بانعقاده وحتى انقضائه بتنفيذه , فلا يتصور ان يتربع على عرش العقود سوى الارادة , وهذا ما عبر عنه الاستاذ لوي لوكا بالقول :

((ان الالتزام العقدي يفترض بالضرورة الاتفاق الحر للمتعاقدين , فاذا كان هذا الاتفاق لا وجود له وظل الالتزام مع ذلك موجوداً فمعنى ذلك ان الالتزام كف عن ان يكون عقدياً ...)) [٢] .

فالعقد تصرف قانوني قوامه الارادة ومن ثم ينبغي ان تكون الالتزامات التي يضيفها القاضي الى العقد لتكميل نطاقه مستندة الى سلطنة ارادة اطرافه , فلا ينتهي دور الارادة عند ابرام العقد بل يمتد مداه الى تكميل نطاقه اذ يسمو العقد بإرادة اطرافه ومن ثم فأن كانت الارادة منشاة للعقد فلا يمكن ان يكون مكمله سوى الارادة , لذا ينبغي على القاضي عند قيامه بتكميل الارادة الناقصة للمتعاقدين عدم تخطي اسوار تلك الارادة احتراماً لدستور العقد الذي يحكمه مبدأ سلطان الارادة .

ورغم اتحاد رؤى انصار هذا الاساس تحت مظلة الارادة التعاقدية الا ان الخلاف قد دب بينهم عند تحديد طبيعة الارادة التي يستمد منها القاضي الالتزامات المضافة فانشطروا الى مذاهب متعددة لعل ابرزها مذهب الارادة الحقيقية ومذهب الارادة المفترضة فضلاً عن مذهب الارادة المنطقية.

---

(١) ذهب أحد الشراح الى جعل القاضي طرفاً جديداً في العقد المدني , بلال عثماني , القاضي طرف جديد في العقد المدني , المجلة الاكاديمية للبحث القانوني , المجلد (١٥), العدد (١) ,٢٠١٧, ويبدو لنا انه من الانصاف القول بعدم انطباق هذا الوصف على القاضي الذي لا ينصرف اليه أثر العقد ولا يتلقى منه حقاً او التزاماً وانما يسعى القاضي جاهداً لتكميل نطاق العقد الذي ينتابه النقص والقصور اعمالاً لدوره الايجابي في العمل القضائي.

(٢) د. سمير تناغو, الالتزام القضائي ,الطبعة الأولى, مكتبة الوفاء القانونية, الإسكندرية , ٢٠١٤, ص ١١٠ .

أولاً: مذهب الإرادة الحقيقية يرى انصار هذا المذهب بأن الالتزامات التكميلية التي يضيفها القاضي الى نطاق العقد ما هي الا نتاج لإرادة المتعاقدين الحقيقية فهي لا تقتصر على الارادة الصريحة المعبر عنها بطريقة مباشرة في صلب العقد بل تمتد لتشمل الارادة المعبر عنها بطريقة غير مباشرة والمتمثلة بالإرادة الضمنية , فكل من الارادة الصريحة والارادة الضمنية وجهان للإرادة الحقيقية [١] وهذا ما يباعدها عن الارادة المضمرة غير المعبر عنها والتي لا يمكن التعويل عليها طالما بقيت حبيسة في مكمنها تخالج اعماق النفس البشرية [٢] فلا يمكن ان ترتقي الى مصاف الارادة الحقيقية .

وأيا يكن الامر فأن القاضي عندما يجعل نبراسه تنفيذ العقد فإنه يشرع باستجلاء ارادة المتعاقدين الصريحة فإن يجدها قد عبرت عن نفسها بطريقة كافية عمل على تكملتها من خلال تقصي مرامي ارادتهم الضمنية [٣] ومن ثم لا يتخطى القاضي عند قيامه بتكميل نطاق العقد عتبة ارادة المتعاقدين الحقيقية .

وقد حاول انصار هذا المذهب رفد ما ذهبوا اليه بحجة إقناعيه مفادها ان سكوت المتعاقدين عن تنظيم بعض مسائل العقد التفصيلية ما هو الا تعبير عن ارادتهم الضمنية المتجهة نحو الاخذ بالأحكام التكميلية , فلو اراد المتعاقدان استبعادها والافلات من تطبيقها لنص العقد صراحةً على ما يخالفها ومن ثم فان سكوت المتعاقدين لا يمكن ان يحمل الا على انه سكوتاً ملابساً انطوى على القبول بالأحكام التكميلية [٤] والتي تجد مصدرها الحقيقي في ارادة المتعاقدين الضمنية التي اتجهت الى الاخذ بها وجعلها جزءً لا يتجزأ من علاقتهم العقدية [٥].

ولا نشاطر انصار هذا المذهب حجتهم فمع سكوت المتعاقدين عن تنظيم بعض مسائل العقد التفصيلية تثار دقة التفرقة بين الحالات التي تكون فيها ارادة المتعاقدين الضمنية حاضرة والحالات العكسية التي يقرر فيها القاضي غياب الارادة الضمنية . فلا يمكن جعل سكوت المتعاقدين مرآة عاكسة للتعبير عن ارادتهم الضمنية فذلك لا يعد من قبيل الامور الحتمية ومن ثم لا مناص من جعل مذهب الارادة الحقيقية مثاراً للانتقادات الاتية :

١- إن اعتبار سكوت المتعاقدين تعبيراً عن ارادتهم الضمنية المتجهة نحو القبول بالأحكام التكميلية يُعد تدخلاً سافراً ومصادرة لإرادة المتعاقدين التي ينبغي ان ترفل بالحرية عند اقدامها على اختيار الطريقة المناسبة للإفصاح عن ما يدور في بواطن النفس الخفية [٦] .

---

(١)يُنظر بهذا المعنى خالد عبد حسين الحديثي , تكميل العقد,دراسة مقارنة, ط١, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان,٢٠١٢,ص٤٨

(٢)عباس فاضل عباس , جوهر العقد/ دراسة مقارنة , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة بغداد , ٢٠٢٣ , ص ٥٢

(٣) يُنظر بهذا المعنى سلام عبد الزهرة الفتلاوي , نطاق العقد, دراسة مقارنة, أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ,جامعة بغداد ,٢٠٠٦ , ص ٦٧-٦٨.

(٤) يُنظر بهذا المعنى خالد عبد حسين الحديثي , مصدر سابق ,ص ٤٩ .

(٥) د. محمد سليمان الأحمد , البند العقدي المفترض , مجلة دراسات قانونية تصدر عن مجلس النواب في مملكة البحرين, العدد الأول , السنة الأولى ,٢٠١٨ , ص ٤٠ .

(٦) يُنظر بهذا المعنى د. جميل محمد بني يونس , مفهوم الارادة ودورها في القانون الخاص , الطبعة الاولى , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الاردن , ٢٠١٢ , ص ٢٣٢ .

٢- إن السكوت لا يعدو أن يكون موقفاً سلبياً محضاً على خلاف الارادة الضمنية والتي تعد تصميماً واعياً ومسلكاً ايجابياً , فالسكوت المجرد عاجزاً عن التعبير عن ارادة المتعاقدين الضمنية ما لم ترافقه مظاهر مادية او قرائن قضائية , والتي قد تكون ذاتية مستمدة من الرابطة العقدية او خارجية يمكن استخلاصها من الظروف والملابسات المحيطة بولادة العقد من رحم ارادة المتعاقدين الحقيقة وهذا ما يتطلب من القضاء بذل العناية الكافية عند التقصي عن ارادة المتعاقدين الضمنية [١].

٣- لا يمكن ترجمة سكوت المتعاقدين عن تنظيم بعض مسائل العقد التفصيلية على انه سكوتاً ملابساً ينطوي على القبول والانصياع لما يضيفه القاضي من احكام تكميلية ,فالسكوت الملابس [٢] يُعد طريقاً استثنائياً للتعبير عن الارادة له طبيعته القانونية الخاصة التي تجعله قادراً على التعبير عن ارادة فردية تتجلى بإرادة القبول دون ارادة الايجاب ومن ثم لا يصلح السكوت الملابس للتعبير عن ارادة المتعاقدين المشتركة الضمنية [٣] فهو لا ينضوي تحت لواء التقسيم التقليدي للوسائل المعبرة عن الارادة العقدية.

٤- من مسلمات مذهب الإرادة الحقيقية اصطباغ عدم التصريح بإرادة المتعاقدين المشتركة والتزام الصمت بالصفة العمدية بانياً موقفاً من السكوت وعده فعلاً قصدياً [٤] .

ويبدو لنا ان هذا القول ان كان يحمل جزء من الحقيقة وينطبق على الحالة التي توقع فيها المتعاقدين بعض المسائل التفصيلية وتم ارجاء الاتفاق عليها الى وقت لاحق على نشوء الرابطة العقدية الا انه يأبي الانطباق على الحالات التي يرجع فيها سكوت المتعاقدين الى جهلهم او عدم توقعهم لبعض المستلزمات العقدية.

٥- إن بناء تكميل نطاق العقد على اساس مذهب الارادة الحقيقية وعلى وجه التحديد ارادة المتعاقدين المشتركة الضمنية يعد اساساً وهناً وهادماً لتكميل الارادة العقدية , فالإرادة الضمنية موجودة وقادرة بمفردها على خلق الالتزامات العقدية وان عُبر عنها بصورة خفية ومن ثم فأن جعل ارادة المتعاقدين المشتركة الضمنية اساساً لكل ما يضيفه

---

(١) ينظر بهذا المعنى د . محمود محمد ياقوت , الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية / دراسة تحليلية مقارنة , الطبعة الاولى , دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , ٢٠٠٤ , ص ٧٧ .

(٢) المادة (٨١) من القانون المدني العراقي , رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي تنص :

١- لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولاً.

٢- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه , وكذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط .

(٣) عبد الفتاح حجازي محمد , تفسير العقد , رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الدول العربية , قسم البحوث والدراسات القانونية , ١٩٨٨ , ص١٢٠ .

(٤) يُنظر بهذا المعنى د. علي فيصل علي الصديقي , مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية / دراسة مقارنة , الطبعة الاولى , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , ٢٩٤.

القضاء من التزامات يُعد في الحقيقة ناسخاً لتكميل نطاق العقد اذ يكفي لوجود تلك الالتزامات كشف النقاب عن الارادة الضمنية [١].

ثانياً: مذهب الإرادة المفترضة إن اتساع دائرة النقد التي طالت مذهب الارادة الحقيقية قوبل بردة فعل معاكسة انبثق عنها مذهب الارادة المفترضة القائم على اكساء الخيال بثوب الحقيقة لتبرير قيام القاضي باختراق العقد مضيفاً اليه بعض الالتزامات التكميلية .

وتتجلى الحيلة الافتراضية بجعل الالتزامات المضافة مستوحاة من الارادة التعاقدية ولكن ليست بصورتها الحقيقية وانما ارادة افترض القاضي اتجاهها نحو اعمال الاحكام التكميلية مما يجعل قيام القاضي بتكميل نطاق العقد يتم تحت ستار الارادة المفترضة او الافتراضية .

فالمعنى المتقدم للإرادة المفترضة يرتبط بالحيلة التي تعالج فرضية النقص التعاقدي التي لا مفر منها عند السكوت عن تنظيم بعض الجوانب العقدية , مما يستلزم قيام القاضي بملأ الفجوة التعاقدية وتكميله لما نقص من ارادة المتعاقدين الحقيقية بإرادة مفترضة تتجه نحو اقحام البند العقدي المفترض في ثنايا الرابطة العقدية [٢].

فالإرادة المفترضة غير موجودة حقيقة ولكن القاضي افترض لها الوجود وهذا ما يباعدها عن الارادة المرجحة او المحتملة القائمة على ترجيح او احتمال ان تكون هذه الارادة مطابقة للإرادة التعاقدية , فهذه الارادة موجودة حقيقة او محتملة الوجود سواء اكانت ارادة صحيحة لازمت الصواب ام ارادة خاطئة خالفت مسار الارادة العقدية [٣] .

وأياً يكن الامر فأنه ينبغي عدم الافراط في التفاؤل بصدد قيام القاضي بتكميل نطاق العقد وفقاً لمذهب الارادة المفترضة والذي كان محلاً للنقد في عدة مواضع يمكن اجمالها بالاتي :

١- يرى الفقيه الفرنسي الان بينابنت ان بناء الالتزامات التكميلية التي يضيفها القضاء الى نطاق العقد على فكرة الارادة المفترضة ما هو الا تفرس بما كان المتعاقدان سيتفقان عليه ومن ثم فهو لا يعدو ان يكون ضرب من ضروب التنجيم [٤] .

٢- يرى الفقيه Piotet بأنه ليس من السهل على القاضي الوصول الى الارادة المفترضة للمتعاقدين , فالبحث عنها في الواقع مهمة تكهنية يكاد يستحيل وضع ضوابط تحكمها وتحتاج الى جرأة كبيرة من جانب القضاء [٥] .

---

(١) د. علي فيصل علي الصديقي , مصدر السابق , ص٢٩٣ .

(٢) د. محمد سليمان الأحمد , مصدر سابق , ص ٢٣ .

(٣) د. سحر البكباشي , دور القاضي في تكميل العقد, دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن, ط بلا, منشأة المعارف, الإسكندرية ,٢٠٠٨, ص ٢٦٨ .

(٤) آلان بينابنت , القانون المدني / الموجبات (الالتزامات), ترجمة منصور القاضي ,ط (١), المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر , بيروت , ٢٠٠٤ , ص ٢١٠ .

(٥) نقلاً عن سحر البكباشي , مصدر سابق , ص ٢٦٩ .

٣- خطورة إطلاق حرية القاضي في البحث عن الارادة المفترضة للمتعاقدين لما ينطوي عليه من التحكم والتضحية بالأمان القانوني والاخلال الصارخ بتوقعات الاطراف [١] , لتعذر علمهم المسبق بالالتزامات المضافة الى العقد من قبل القضاء .

٤- إن الإرادة إما أن توجد او لا توجد ومن ثم فان الارادة المفترضة ما هي الا مجرد وهم وخيال [٢] قائمة على حيلة الافتراض للوصول الى التزام ارادي غير معبر عنه حقيقةً من قبل الاطراف [٣] وهذا ما يناهض المنطق القانوني السليم .

ثالثاً: مذهب الإرادة المنطقية مؤدى هذا المذهب قائم على بناء الدور الذي يلعبه القضاء في تكميل نطاق العقد على تصورات عقلية تتجلى بالإرادة المنطقية وهي التي يقتضيها العقل والمنطق لمن سيقدم على الالتحاق بالرابطة العقدية من منظور الرؤية التشريعية [٤] .

فالبند العقدي غير الموجود عضوياً في العقد يتم استنباطه من الارادة العقدية العامة او الارادة المنطقية [٥] بوصفها الارادة المشتركة لجميع ممن نزلوا منزلة المتعاقد في الرابطة العقدية وذلك لأن الارادة العقدية لأي متعاقد لا يمكن ان تخرج عن قالب ما قد تسعى له كل ارادة لتحقيق المصلحة المبتغاة من الدخول في الرابطة العقدية [٦] على ان يتم ذلك تحت المظلة التشريعية .

فالطريق الوحيد للتوفيق بين ما اتفق عليه طرفا العقد وبين ما اختلفا فيه يتمثل ببيان حدود الارادة التعاقدية بحسبانها الارادة المنطقية للمتعاقد ولكنه ليس الشخص المعني في العقد بل وفق منهج عقلاني مطلق وعام ومجرد من منظور المشرع فيما ينبغي ان تكون عليه الارادة المتعاقدة الحقيقية, فالأمر لا علاقة له بالإرادة الظاهرة او حتى بالإرادة الباطنة ولا مجال لافتراض الارادة قبالة كل متعاقد بالنظر الى علاقته العقدية[٧]

فالقاضي يكمل ما فات على المتعاقدين ذكره في العقد ويستخلص الالتزامات التكميلية عن طريق التدبر في الارادة المنطقية للأطراف المتعاقدة وما ينبغي ان تكون عليه من منظور الارادة التشريعية عند غياب الاعلان عن الارادة العقدية [٨] .

ورغم وجاهة ما قام عليه مذهب الارادة المنطقية في التأسيس لتكميل نطاق العقد الا انه لا يمكن في واقع الامر ان نعزو كل ما يضيفه القضاء من التزامات مستحدثة الى الارادة المنطقية والتي قد تقرر التزاماً بحسب القواعد العقلية

---

(١) ينظر بهذا المعنى محمود محمد ياقوت , مصدر سابق , ص ٧٨ .

(٢) المصدر نفسه , ص ٧٧ .

(٣)د.عبد القادر اقصاصي,الالتزام بضمان السلامة في العقود/ نحو نظرية عامة, ط بلا, دار الفكر الجامعي,الاسكندرية,٢٠١٠,ص ٢٨٢

(٤)د.اسامة احمد بدر,تكميل العقد,دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي,ط بلا, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية,٢٠١١,ص١١١.

(٥) د. محمد سليمان الاحمد , مصدر سابق , ص ٣٦ .

(٦) المصدر نفسه , ص٣٤ .

(٧) د. اسامة احمد بدر , مصدر سابق , ص ٧ .

(٨) المصدر السابق , ص١٠٢ .

لا تعبر عنه القواعد المكملة او العرفية ومن ثم فإن مذهب الارادة المنطقية لا يعبر عن استجابة حقيقية لكل ما يضيفه القضاء من التزامات تكميلية فضلاً عن كونه مذهب عقلاني غير منضبط يؤدي الى اختلاف الحلول تبعاً لاختلاف القواعد العقلية فما يراه بعض القضاة التزاماً معقولاً ومنطقياً يجب اضافته الى نطاق العقد يراه قاضٍ اخر بأنه لا يحظى بالمعقولية والمنطقية وهذا ما يؤدي الى تأرجح الاحكام القضائية [١] .

ومن نافلة القول ان المذاهب الارادية المتقدمة قد صبت جل اهتمامها على الارادة التعاقدية والتزمت الصمت حيال النية التعاقدية والتي تعد على الارجح ركناً مستقلاً من اركان العقد الرضائي البسيط في القانون الانكليزي فلا ينعقد العقد صحيحاً ملزماً ما لم يقترن ركني الرضا ومقابل الالتزام بالوعد مع النية التعاقدية في حين ان النية التعاقدية في القانون المدني العراقي والقوانين التي اقتفت اثر القوانين اللاتينية فيمكننا القول بانها لا تشكل ركناً مستقلاً من اركان العقد بل تندمج مع الارادة التعاقدية والتي تعد ظاهرة نفسية ينعقد بها العزم على ابرام العقد وترتيب اثاره القانونية [٢] .

عقب العرض المتقدم للأساس الارادي لتكميل نطاق العقد والذي أبان للقارئ مدى ما جناه من اخفاق حيث ان رد الالتزامات التكميلية المضافة الى نطاق العقد من قبل القضاء الى الارادة التعاقدية لم يكن سوى اكذوبة لم يحالفها النجاح ,لا يسعنا الا ان نشد الرحال للبحث في الاساس الموضوعي لتكميل نطاق العقد, فأننا يحدونا الامل في ان نجد ضالتنا بالاهتداء الى الاساس الامثل لذلك وهذا ما سنتناوله تباعاً بالبحث .

الفرع الثاني

الأساس الموضوعي لتكميل نطاق العقد

أمام عجز الارادة التعاقدية عن ان تكون اساساً لتكميل القاضي لنطاق العقد والتي بدت فكرة جوفاء قاصرة عن الاحاطة بجميع الالتزامات العقدية , يرى الفقيه جاك غستان :

بأن تكميل نطاق العقد ما هو الا عملية قانونية تستند الى موجهات موضوعية مجردة عن ارادة المتعاقدين , فالقاضي لا يبحث فيما يحتمل ان يريده المتعاقدان لو انهما واجها المسألة محل الخلاف ولا يسعى الى تحديد ارادتهما المفترضة وانما يسعى الى تحديد ما يمكن ان ينتج من التزامات عن العقد من الناحية الموضوعية [٣] , ومن ثم فإن الالتزامات التي يضيفها القاضي الى نطاق العقد ذو اصول موضوعية وليست ذا صفة ارادية ,اذ ليس للإرادة الدور الحصري في تحديد نطاق العقد بل تتداخل معها مجموعة من الموجهات الموضوعية التي تحدد مركز العدل في الرابطة العقدية .

---

(١) ينظر بهذا المعنى د. علي فيصل الصديقي , مصدر سابق ,ص٢٩٨-٢٩٩ .

(٢) د. يونس صلاح الدين علي , النية التعاقدية كركن في العقد البسيط في القانون الانكليزي/ دراسة تحليلية مقارنه بالإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , المجلد (٣٢) , العدد (١) , ٢٠١٧,ص٢٤٣ .

(٣) جاك غستان , المطول في القانون المدني , مفاعيل العقد وآثاره, ترجمة منصور القاضي ,الطبعة الأولى, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت,٢٠٠٠, ص ٨٠-٨١ .

فالعقد الذي يتم تكميله من جانب القضاء ينطوي على اعادة تقييم للإرادة التعاقدية وفق تحليل موضوعي مجرد في ظل حقيقة ان ما آل اليه العقد قد اختزل دور الارادة العقدية [١] , فبقدر ما ينشئ القاضي من التزامات تكميلية دخيلة على العقد تتراجع الصفة الارادية [٢] وهذا ما يؤكد اصطباغ تكميل نطاق العقد بصبغة موضوعية .

فالقاضي في سبيل اداء مهمته التكميلية يلتمس الحل من خلال التدبر في العديد من الموجهات الموضوعية والتي تعد بمثابة مبادئ توجيهية مترجمة للعقد تنطوي على مجموعة من القواعد القانونية المتعلقة بالعقود والالتزامات العامة التقليدية هدفها توجيه القاضي والاطراف نحو ادارة العلاقات التعاقدية واقامة ضمانات معينة سعياً نحو بلوغ العدالة التعاقدية [٣] .

وانسياقاً مع ما ذهبت اليه التطبيقات القضائية فإن الالتزامات التكميلية المستوحاة من الموجهات الموضوعية قد تكون من وحي الارادة التشريعية او نتاجاً للقواعد العرفية المعبرة عن ارادة جماعية او وليدة للعدالة بوصفها فكرة فلسفية اقرب ما تكون ان تعبر عن ارادة القضاء الاجتهادية [٤] .

ومهما يكن الامر فإن الالتزامات التكميلية لا تعني بأي حال من الاحوال ان تكون بديلاً عن الالتزامات الاتفاقية صنيعة الارادة ذات الطبيعة الذاتية فلا يمكن انكار التصور الارادي للعقد وان سعى القضاء الى تكميله على هدي الموجهات الموضوعية والتي قد تتخذ احدى الصور الاتية :

أولاً: القانون تسمو القواعد القانونية على جميع الموجهات الموضوعية المكملة لنطاق العقد بوصفها الملاذ الامثل للقاضي عند تقاعس الارادة المشتركة للمتعاقدين عن تنظيم بعض جوانب العقد , فلم يعد من السهل التغاضي عن الدور الذي يضطلع به المشرع في اكمال التنظيم الارادي للعقد بما يضعه من قواعد قانونية مكملة للنقص الذي يُحتمل ان ينتاب العقد , فالقاضي يطبق هذه القواعد ويعدها مندرجة في العقود ما لم تستبعدها صراحة ارادة اطراف العقد [٥] امتثالاً لحكم القانون ونزولاً عند رغبة المشرع الذي يضع تنظيماً قانونياً للعقود الاكثر شيوعاً ليستعين به القاضي عند اضافة ما نقص من تنظيم العقد وهذا ما يُعد تعبيراً صادقاً عن احد مظاهر ما يعرف بمبدأ رعاية العقد [٦] .

---

(١) د. اسامة احمد بدر , مصدر سابق , ص٩٠.

(٢) يُنظر بهذا المعنى د. علي مطشر عبد الصاحب , الصفة التنظيمية في العلاقات التعاقدية , بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية , مجلد (١٣) ,العدد (٢) , ٢٠٢٢ , ص ٥١٩ .

(4) par marine Goubinat .les principes directeurse du droit des contrats ,these pour obtenir le grade de Docteur de luniversite Grenoble Alpes ; Droit prive ,universite grenoble alpes ,o3 fevrier , 2016 .

نقلاً عن د. منى نعيم جعاز ود .جليل حسن الساعدي , مضمون العقد , دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والإنكليزي ,ط بلا, دار الكتب القانونية, مصر,٢٠٢٢ , ص ١٧٠.

(٤) يُنظر بهذا المعنى د. علي فيصل علي الصديقي , مصدر سابق , ٣٠٢-٣٠٢ .

(٥) د. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي , دور القاضي في إكمال نطاق العقد طبقاً للمادة (٨٦) مدني عراقي, بحث منشور في مجلة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ,العدد الأول , ص١٥٥ .

(٦) د. عبد الحي حجازي , النظرية العامة للالتزام , وفقاً للقانون الكويتي / دراسة مقارنة , مصادر الالتزام (المصادر الارادية العقد والارادة المنفردة) , الجزء الاول ,تحليل العقد باعتناء د. محمد الألفي, مطبوعات جامعة الكويت, الكويت,١٩٨٢,ص٥٦٧.

ويصبو المشرع من وضعه المسبق للقواعد القانونية الناظمة للعقد الى تحقيق غايتين تتجلى الاولى بتفعيل العقد عبر اكمال اتفاق الطرفين كلما كان ذلك ضرورياً وجائزاً لأن المشرع يغلب الفاعلية على انعدام العقد , اما الغاية الثانية فهي ترمي الى حماية المتعاقدين بعضهم في مواجهة البعض الاخر مهما كان المتعاقدان من حيث عدم التبصر او عدم الدراية بالمسائل القانونية التي ينطوي عليها العقد [١] .

بناءً على ما تقدم يتبين لنا التقارب الكبير والصلة الوثيقة بين القانون والإرادة وهذا ما انعكس على العقد اذ لم يعد مجرد علاقة تحكمها ارادة المتعاقدين بل اضحى القانون مكملاً ومؤازراً وحامياً لإرادة اطراف العقد .

ثانياً: العرف يحظى العرف بأهمية بالغة على صعيد القانون المدني لما يضطلع به من دور تكميلي مزدوج يتمثل بتكميله للتشريع من خلال سد النقص الذي يعتريه فضلاً عن كونه مكملاً للفراغ العقدي بوصفه موجهاً موضوعياً خصباً يستعين به القاضي جنباً الى جنب مع التشريع .

ويتجلى العرف باعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة حتى ساد الاعتقاد باكتسابه صفة الالزام فهو بعبارة دقيقة سلوك معتاد او اعتياد ملزم [٢] وهذا ما يجعل العرف ذا منشأ تلقائي فطري بطيء التكوين ينتج عن اعتياد واعتقاد الافراد دون ان تتدخل في تكوينه ارادة مدبرة مفكرة وانما يتكون بطريقة غير محسوسة وغير محددة فلا يمكن معرفة كيف ومتى ظهرت القاعدة العرفية وكيف تطورت ؟ [٣]

ورغم ما تقدم يرى الفقيه الفرنسي (الآن بينابنت) بأن العرف عنصر متين ودقيق الاستعمال اذ وصف العرف بأنه متين لكونه قادراً على ان يُدخل في نطاق العقد ما يمكن ان يُعده الفريقان مضافاً اليه دون الحاجة الى التحديد وهو دقيق الاستعمال ذلك لأن العلم بالعرف واثبات مداه وقوته ونطاقه غالباً ما تكون موضع نقاش [٤] .

كما يعد العرف اداة مرنة وطيعة بيد القضاة تقدم لهم العون عند قيامهم بتكميل نطاق العقد الذي يفتقد للنص , فالمشرع لم يلزم القاضي بتطبيق عرف معين وانما اطلق يده في اختيار العرف الملائم لتطبيقه على النزاع وبذلك جعل العرف اداة طيعة بيد قضاة محكمة الموضوع التي تنظر النزاع لتطوير العقد وجعله قادراً على مواكبة المستجدات طالما لم يتفق المتعاقدان على استبعاد العرف الذي استعمله القاضي وتم التزام الصمت [٥].

ثالثاً: العدالة

---

(١) يُنظر بهذا المعنى , سلام عبد الله الفتلاوي , مصدر سابق , ص ٩١ , خالد عبد حسين الحديثي , مصدر سابق , ص ١٠١-١٠٢

(٢)د.حسام الدين الاهواني, المدخل لدراسة القانون,الكتاب الاول, نظرية القانون, دار النهضة العربية , مصر , ١٩٩٣ -١٩٩٤ ص ١٦١

(٣)د.نعمان محمد خليل جمعة, دروس في المدخل للعلوم القانونية , ط بلا , دار النهضة العربية , مصر , ١٩٧٧ , ص ١٩٢ وما بعدها

(٤) الآن بينابنت , مصدر سابق , ص ٢١٠-٢١١ .

(٥) يُنظر بهذا المعنى د. عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني, نظرية الالتزام بوجه عام, مصادر الالتزام ,الجزء الاول, الطبعة الاولى, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٦٤, ص ٨٢٩ و د. حسام الدين كامل الاهواني , النظرية العامة للالتزام , المصادر الارادية للالتزام , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠, ص ٣٩٧ .

تلعب العدالة ادواراً متعددة على قدر من الاهمية في رحاب العقود لا سيما دورها التكميلي الذي يتيح للقاضي معالجة النقص والقصور سواء تعلق الامر بالقاعدة القانونية ام بنطاق العقود , ذلك القصور الذي يمكن ان يورث اختلالاً في التوزان بين المصالح ومن ثم الخلاف بين اطراف العقود [١].

فالعدالة ما هي الا وسيلة لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة فهي تمثل قيمة عليا تحظى بمنزلة سامية وان كانت لا تقدم حلولاً محددة منضبطة ولا تنطوي على قواعد واضحة المدلول [٢] الا ان العدالة في مضمار تكميل نطاق العقود قَصُد بها في حقيقة الامر ان يجتهد القاضي برأيه للوصول الى تكميل ارادة المتعاقدين بالمسائل التفصيلية والمستلزمات عند افتقاد النص العقدي للحلول وهذا ما عبر عنه الفقيه الفرنسي بينابنت بالقول :

((ان الاجتهاد القضائي لم يتردد حتى خارج اي قانون منذ بداية القرن العشرين في ان يجعل العقد ينشئ التزامات ليست موجودة في بنود العقد على سند من انما تتوافق مع العدالة العقدية واعتمد القضاء في الاهتداء الى هذه الالتزامات على فكرة العدالة التي تقترن بالنطاق العقدي الذي يختلف بالضرورة من عقد الى اخر ...))[٣].

ويتعين على القاضي عند اللجوء الى العدالة المكملة لنطاق العقود ان يكون جُل اجتهاده قائماً على اعتبارات موضوعية بعيدة كل البعد عن نظرته الشخصية بصدد الموضوع, فلا يمكن للقاضي ان يؤسس حكمه على عقيدته ومثله وافكاره الذاتية والا لتقمص القاضي دور المشرع وهو أمر غير جائز [٤] فلا بد من اعتناق القاضي للعدالة الموضوعية والنأي عن العدالة من منظوره الشخصي عند قيامه بتكميل نطاق العقود .

المطلب الثاني

التأسيس التشريعي لتكميل نطاق العقد

لم يبقَ التأسيس لتكميل نطاق العقد حبيساً لرؤى الفقه القانونية بعد ان صدعت اصوات مشرعي العديد من الدول بسم العدالة العقدية وسعيهم الحثيث نحو وضع حجر الاساس لتكميل القاضي لنطاق العقد بمقتضى نصوص تشريعية استقرت في ضوء منحاها الاطر القانونية المحددة لمسار القاضي وما يستعين به من موجهات موضوعية عند اجرائه للعملية التكميلية على نحو يكفل احترام العقد ويجعله عنواناً للعدالة العقدية .

ويكشف لنا تأريخ القانون بأن المشرع الفرنسي قد حاز قصب السبق في هذا المضمار إذ انبرى على وضع الاساس التشريعي لتكميل نطاق العقد في قانون نابليون الصادر عام ١٨٠٤ بموجب المادة (١١٣٥) والتي اكتست لاحقاً بحلة المادة (١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ والتي تنص :

---

(١) د. شروق عباس فاضل ورياض أحمد عبد الغفور, دور العدالة في تكميل العقود , بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية , العدد (١٣) , ٢٠١٩ , ص٣-٤ .

(٢) د. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي , مصدر سابق , ص ١٥٨ .

(٦) نقلاً عن د. اسامة احمد بدر , مصدر سابق , ص ١١٧ .

(٤) د, سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي ,مصدر سابق , ص١٥٨ .

((لا تلزم العقود بما هو منصوص عليه فيها فقط , بل ايضاً بجميع ما يعتبر من توابعها وفقاً للعدالة والعرف والقانون)) [١]

وقد حامت حول هذه المادة العديد من علامات الاستفهام وأثارت حفيظة واستهجان الفقه اذ عدها الفقيه (لاسيو) بأنها محل للتفكير الجاد وإثارة القلق وعدم الاستقرار ومن شأنها ان تقود الى نتائج خطيرة وجسيمة لما يترتب عليها من إخضاع المدين لالتزامات لم يتوقعها [٢] فهي من أخطر النصوص التي فتحت باباً واسعاً لاجتهاد القضاء [٣] , وهذا ما أكده الفقيه (جوفان) الذي يرى بأن التطبيق القضائي لنص المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي والتي انضوت تحت لواء المادة (١١٩٤) بعد التعديل قد فاق كل تصور إدراكي لما انطوى عليه الاجتهاد القضائي من إنشاء العديد من الالتزامات التي باتت تفاجئ الاطراف المتعاقدة بما لا يحتسبون [٤] وادى الى تعاظم دور القاضي الذي يسمح له بتمديد او توسيع النطاق العقدي.

ولم يشذ (الان بينابنت) عن سابقيه عندما قرر بأن ثمة مغالاة من جانب القضاء الفرنسي في إنهاك المحتوى العقدي لأن منشأ الالتزامات المضافة الى نطاق العقد لا يجد سنده في إرادة المتعاقدين وإنما من وحي القانون وعلى وجه التحديد المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي والتي عُدلت لاحقاً بالمادة ١١٩٤ [٥].

ولعل ما تقدم قد ألقى بظلالٍ من الشكوك قد تصل الى درجة اليقين بأنه لم يعد ثمة مجال لإرادة المتعاقدين فيما أضافه القضاء الفرنسي الى نطاق العقد تحت مسمى مستلزماته , وهذا ما أدى الى تقهقر التصور الارادي للعقد وميله نحو التصور الموضوعي مما انطوى على المحو الكلي لآثار أطلال سلطان الارادة العقدي [٦].

اما على صعيد المحاكم الانكليزية فقد تم التأسيس لتكميل نطاق العقد من خلال البنود الضمنية , فمن القواعد الاساسية التي يبنى عليها العقد في النظام القانوني الانكليزي حرية الطرفين في وضع بنودهم العقدية دون ان يكون من وظيفة المحكمة ان تضع شرطاً او تضيف بنداً عقدياً [٧] فالقاضي لا يملك استصناع البنود العقدية الا انه من الناحية العملية قد تظهر مشكلة عدم تمتع البنود الصريحة العقدية بالكفاية الذاتية لتحديد نطاق الرابطة العقدية مما

(2) 1194,-Les contrats ob - ligent non seulement a cequiy est exprime ,mais encore a toutes les suites que leur donnent lequite ,lusage ou la loi .

(٢) د. اسامة احمد بدر , مصدر سابق , ص ١١٠ .

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد , التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام , الطبعة الاولى , دار الجامعة الجديدة للنشر , الاسكندرية , ٢٠٠٥ , ص ٤٤-٤٥ .

(٤) د. اسامة احمد بدر , مصدر سابق , ص ١٠٤ .

(٥) الان بينابنت , مصدر سابق , ص ٢١٧ .

(٦) يُنظر بهذا المعنى د. اسامة احمد بدر , مصدر سابق , ص ١٠٤ .

(٧) د. مجيد حميد العنبكي ,مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي , بحث منشور في مجلة الحقوق , جامعة النهرين , مجلد(٤), العدد (٥) , ٢٠٠٠., ص ٧١.

يستلزم الركون الى الحيلة القانونية لتلطيف فكرة تكميل نطاق العقد والتي تتجلى باحتوائه على بنود ضمنية لم ينطوي عليها الاتفاق الصريح وانما يُفترض وجودها وتُدرج في العقد لمنح ارادة الطرفين غير المعبر عنها قيمة قانونية [١].

وقد ايد (اللورد فيكونت سايمون) ما تقدم بالقول عندما ينشأ خلاف بصدد مسألة غير منظمة بموجب العقد , فللمحكمة ان تستخدم ادوات لم يسبق النص عليها , ومن ابرز تلك الادوات افتراض بنود ضمنية في العقد ومن ثم فبنود العقد لا تقتصر على الصريحة منها والتي تبدو في ظاهر العقد بل تشمل البنود المفترضة الضمنية مع الاخذ في الحسبان عدم امكان ايراد القاضي لبنود ضمنية مخالفة لظاهر العقد حتى وان كان ظاهر العقد يبدو مجافياً للعدالة العقدية , كما يجب على المحكمة وهي بصدد تكميل البنود الصريحة العقدية مراعاة مبداي العدالة والمعقولية[٢]

وتقوم فلسفة البنود الضمنية على اعتقاد الطرفين بأنها على درجة عالية من الوضوح بحيث تنتفي الحاجة الى إيرادها في العقد جنباً الى جنب مع البنود الصريحة العقدية , لذا بات من الضروري افتراض وجود هذه البنود في العقد لتفعيل نواياهم العقدية [٣] .

وأيا يكن الامر فإن افتراض البنود الضمنية لتكميل نطاق العقد قد يكون بحكم الواقع او بحكم القانون , فالبنود الضمنية المفترضة بحكم الواقع تكون مستخلصة من نية الطرفين المتعاقدين فحسب مما يقتضي ان تكون هذه البنود منصفة ومعقولة وواضحة وضرورية لتضفي على العقد القوة القانونية والفاعلية الكافية في حين ان البنود الضمنية التي يفترضها القانون قد تكون بمقتضى حكم المحكمة اوحكم التشريع اوحكم العرف [٤] .

ويبدو لنا ان الصور التي تتخذها البنود الضمنية المفترضة بحكم القانون تعكس بوضوح الصبغة الموضوعية لتكميل نطاق العقد في ظل غياب الارادة التعاقدية .

وفي هذا السياق لا يخفى موقف المشرع المصري في السير قدماً على خطى نظيره الفرنسي نحو التأسيس التشريعي لتكميل نطاق العقد في القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والذي انعكس صداه على القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وهذا ما ادى الى التماثل الحقيقي بين الحلول التشريعية التي وضعها كلا القانونين لرأب الصدع وتكميل ما لحق العقد من نقص والذي لا يخرج عن احدى الصورتين الاتيتين :-

الصورة الاولى : تكميل النقص المعاصر لإبرام العقد (تكميل الاتفاق الجزئي) [٥]

---

(١) د. يونس صلاح الدين علي , بنود العقد في القانون الانكليزي / دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي , بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق , المجلد (١٦) , العدد (٥٨) السنة (١٨) , ص ٩٠-٩١ ..

(٢) د. منى نعيم جعاز واخرون, مصدر سابق , ص ٢٢٥ .

(٣) يُنظر بهذا المعنى د. حاتم محمد عبد الرحمن , بنود عقد بيع البضائع / دراسة في القانون الانكليزي مقارنة بالقانون المصري , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية , العدد الثاني , الجزء الثاني , ٢٠١٦ , ص ٨٩٩ .

(٤) د. يونس صلاح الدين علي , بنود العقد في القانون الانكليزي , مصدر سابق , ص٩١ .

(٥) سمير شبهاني وحمزة قتال , تكميل العقد بين الكشف عن ارادة المتعاقدين وإنشائه, بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية , المجلد (٧) , العدد (١) , ٢٠٢١ , ص ٢١٦ .

نُظمت هذه الصورة بموجب المادة (٩٥) من القانون المدني المصري [١] في حين تولاها القانون المدني العراقي بالتنظيم بمقتضى المادة (٢/٨٦) والتي تنص:

((واذا 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 فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة)) .

الاصل ان ينطوي الاتفاق على تنظيم جميع المسائل المتعلقة بحياة العقد منذ ميلاده بالتطابق التام بين القبول والايجاب وحتى انقضائه بالتنفيذ , فإرادة المتعاقدين هي من تتولى وضع هيكل العقد العام بالاتفاق على مسائله الجوهرية فضلاً عن مسائله التفصيلية اللازمة للتنفيذ لكي يرتقي العقد الى مرتبة الكمال وينشأ سليماً معافى بعيداً عن سوح القضاء .

وانطلاقاً من مبدأ ابقاء العقود خير من زوالها اعترف المشرع المدني العراقي بمقتضى المادة (٢/٨٦) والمقابلة لنص المادة (٩٥) من القانون المدني المصري بالوجود القانوني للعقد متى ما انصب الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية حتى وان احتفظ المتعاقدان بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ما لم يتم تعليق انعقاد العقد على جعل المسائل التفصيلية محلاً للاتفاق, ومن ثم يشترط المشرع توفر عدة شروط لانطباق حكم النص والتي يمكن إجمالها بالاتي :

- الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية .
- الاحتفاظ بمسائل تفصيلية خارج دائرة الاتفاق .
- عدم تعليق انعقاد العقد على الاتفاق بشان المسائل التفصيلية المرجاة .

فمتى ما توافرت الشروط اعلاه يكون العقد قد وُلد عليلاً مشوهاً ناقصاً لم يكتمل نموه بعد, لذا لم ينتهي دور المشرع عند هذا الحد بل سارع الى وضع الحل لما قد ينشب من خلاف بصدد المسائل التفصيلية المرجاة والمتمثل بتكميل

([١]) تنص المادة (٩٥) من القانون المدني المصري على :

((اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد , واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها , اعتبر العقد قد تم , واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها , فأن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)) ونسجاً على منوال النص قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد , ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم واذا .قام بينهما خلاف على هذه المسائل كان لهما اللجوء الى القضاء للفصل فيها) نقض مدني , الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٩ ق , جلسة ١٥ يونيه ١٩٩٤ ,مجموعة المكتب الفني , س ٤٥ , رقم ١٩٠ , ص ١٠٠٢ .

نطاق العقد من قبل القضاء وهيأ للقاضي الموجهات الموضوعية التي تعينه على اداء دوره التكميلي للوصول الى اصدار الحكم الحاسم للنزاع .

مما تقدم يظهر لنا بجلاء ان المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي والمناظرة للمادة (٩٥) من القانون المدني المصري قد صاغت لنا مشكلة العقد الناقص وصرحت لنا بالحل المتمثل بالتكميل .

ومما تجدر الاشارة اليه ان القانون المدني الفرنسي يخلو من نص مماثل في هذا الشأن لقلة عدد النصوص الناظمة للعقد والمتعلقة بالتكوين مما استدعى اهتمام القضاء الفرنسي والذي انتهى الى ان الاتفاق على المسائل الجوهرية يُعد كافياً لانعقاد العقد حتى وان كانت هناك مسائل ثانوية معلقة ما دام الطرفان لم يتفقا على خلاف ذلك[١]

وقد استند القضاء الفرنسي في هذا التوجه الى الفلسفة السائدة في القانون المدني الفرنسي والتي تعول على ارادة طرفي العقد في مجال التكوين فضلاً عن النصوص الناظمة لبعض العقود المسماة لاسيما عقد البيع [٢] وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن :

(البيع يعتبر قد تم بين الطرفين باتفاقهما على المبيع والثمن , ولا يحول دون ذلك عدم اتفاقهما على المسائل الثانوية , وذلك ما لم يتفقا على ارجاء ابرام العقد حتى يتم الاتفاق على هذه المسائل)[٣].

الصورة الثانية : تكميل النقص الطارئ بعد ابرام العقد (اضافة مستلزمات العقد)[٤]

تولى المشرع المدني المصري تنظيم هذه الصورة بمقتضى المادة (٢/١٤٨) [٥] وقد آزره نظيره العراقي في هذا التنظيم الذي انطوت عليه المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي والتي تنص :

(ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه , ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

ان القراءة المتمعنة للنصوص المتقدمة توحي لنا بأن المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي والتي اضحت المادة (١١٩٤) بعد التعديل قد انعكس صداها المؤثر والقت بظلالها الوارف على كل من القانونين (العراقي و المصري) .

فإذا كان الاصل ان الطبيعة الارادية للرابطة العقدية تقتضي ان يقتصر نطاق العقد على الحقوق والالتزامات الواردة فيه ولا يجوز ان يتسع مداه ليشمل حقوق والتزامات لم تنصرف اليها ارادة عاقديه غير ان الواقع العملي يرفض

---

(١)د.رجب كريم عبد اللاه , التفاوض على العقد,دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة, ط بلا , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠, ص ٥٢٧

(٢) د. مصطفى محمد الجمال , السعي الى التعاقد في القانون المقارن , ط بلا, منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , ٢٠٠٢ , ص ١١٤ .

(٣) نقلاً عن د. صالح ناصر العتيبي , فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية/ دراسة مقارنة , ط بلا , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , ٢٠٠٩ , ص ٥٧ .

(٤) سمير شبهاني وحمزة قتال , مصدر سابق , ص ٢١٧ .

(٥) تنص المادة (٢/١٤٨) من القانون المدني المصري على :(ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) .

بشدة وضع هذا المنطق موضع التنفيذ لوجود التزامات تبعية لم تنصرف اليها ارادة المتعاقدين الا انها تلزمهما بوصفها من ضرورات التنفيذ اذ بدونها يتعذر تحقيق الغرض المتوخى من العقد [١].

لذا لم يكن هنالك متسع من اقرار المشرع بتكميل القاضي لنطاق العقد بما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبما ينسجم مع طبيعة العقد , وهذا ما يتفق الى حدٍما مع ما ذهب اليه الاستاذ (دومات) من ان الالتزامات التي تعد مستلزمات بالرغم من انها غير مكتوبة اي غير معبر عنها من قبل الاطراف المتعاقدة هي التي تقتضيها العدالة والقوانين (في احكامها المكملة) والعرف ويكون كل ذلك بحسب طبيعة الالتزام [٢] .

ولم يشذ المشرع العراقي عن سواه من مشرعي العديد من الدول [٣] في اغفال التعريف بمصطلح مستلزمات العقد مما جعل غموضاً يؤسف له يُخيم على النصوص الناظمة للتكميل ولعل ذلك يرجع الى ان هذا المصطلح في غاية الثراء فما يعد من مستلزمات العقد في زمن ما قد لا يكون كذلك في زمن لاحق.

الا ان ذلك لن يثني جانب من الفقه عن التعريف بمستلزمات العقد والتي لا تعدو ان تكون الالتزامات التبعية التي تلازم العقد وتترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحاً حتى وان لم تتجه اليها ارادة المتعاقدين لما تضطلع به من وظائف تتمثل بالحفظ او التكميل او تأكيد حكم العقد ومن ثم يترتب على تخلفها عدم تحقق الاثر الاصلي للعقد [٤] .

واذا كانت رؤية الفقه للمستلزمات تتجلى بالالتزامات التبعية فقد ارسى دعائمها القضاء اذ يرى بأن :

((... الالتزامات التبعية هي كل التزام غير اصلي والعنصر الاساسي الذي تمتاز به هي انها ترمي الى تحقيق الغرض العملي الذي يقصده المتعاقدان او تتطلبه طبيعة العقد بمعنى ان هذه الالتزامات ترمي الى ان توفر للعقد جميع آثاره النافعة وتجعله ملائماً للظروف ...))[٥].

وقد عكف (بينابنت) وهو بصدد الحديث عن تكميل القاضي الفرنسي لنطاق العقد على تقسيم المستلزمات (النتائج الطبيعية للموجب في العقد) على طائفتين , تناول في الطائفة الاولى المستلزمات البديلة او المكملة والتي تنطوي في رأيه على الوصف القانوني للعقد والعرف , ثم حدد الطائفة الثانية بالمستلزمات الآمرة والتي تتضمن _في رأيه_ القوانين الآمرة وما تقتضيه العدالة من مستلزمات العقد [٦] .

ويبدو لنا ان محاولات الفقه والقضاء لن تفلح في اعطاء المعنى الواضح لمصطلح مستلزمات العقد فما زال يكتنفه الغموض والابهام وهذا ما يستتبعه حشو القاضي للعقد بالتزامات قد لا ينطبق عليها وصف مستلزمات العقد ,لذا بات

---

(١) يُنظر بهذا المعنى د. عبد الرحمن عياد , اساس الالتزام العقدي /النظرية والتطبيقات , المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر , الاسكندرية , ١٩٧٢ , ص ١٠٨ .

(٢) د. اسامة احمد بدر , مصدر سابق , ص ١١٠ .

(٣) مثل فرنسا ومصر .

(٤) يُنظر بهذا المعنى خالد عبد حسين الحديثي , مصدر سابق , ص ١٥٩-١٦٠ .

(٥) حكم محكمة القاهرة الابتدائية في ٢٦/حزيران /١٩٥٤ , مجلة المحاماة المصرية , العدد (١) , س (٣٥) , ص ١٠٢ , نقلاً عن سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي , مصدر سابق , ص ٥٤ .

(٦) نقلاً عن د. اسامة احمد بدر , مصدر سابق , ص ٩٦.

من الضروري التدخل التشريعي الذي يزيل الستار عن فحوى هذا اللفظ ليتسنى للقاضي اداء دوره التكميلي بإضافة مستلزمات العقد بكل امانة وصدق .

وعقب العرض المتقدم لصورتي تكميل النقص الذي قد يطال العقد في القانونين العراقي والمصري لابد لنا من بيان حلقات الوصل بين الصورتين في الفرع الأول ثم نعقبه برسم الحدود الفاصلة بينهما في الفرع الثاني .

الفرع الأول

حلقات الوصل بين الصورتين

أولاً: تنطوي صورتي تكميل نطاق العقد تحت مظلة التكميل القضائي بمقتضى تفويض تشريعي , فالتكميل القضائي يجانب التكميل الاتفاقي ويعزز التعاون الايجابي بين المشرع والقاضي لوضع العقد في نطاقه المثالي .

ثانياً: وحدة الدور التكميلي الذي يضطلع به القاضي عند قيامه بتكميل النقص المعاصر لإبرام العقد والنقص الطارئ بعد ذلك والمتمثل بسد النقص العقدي من خلال اضافة التزامات لم تنصرف اليها ارادة المتعاقدين مما يؤدي الى التغيير الجزئي في النطاق العقدي استجابة لدواعي العدالة وضمان استقرار الاوضاع القانونية وتحقيق التوازن العقدي .

ثالثاً: يستلزم تكميل نطاق العقد بصورتيه وجود عقد صحيح ناقص , فلا بد ان يأتي التكميل لاحقاً على انعقاد العقد وليس سابقاً على ذلك اذ لا يزال الطرفان في مرحلة التفاوض كما يقتضي التكميل اعتلال العقد بآفة النقص فلا تظهر الحاجة الى تكميل نطاق العقد أياً كانت الصورة التي يتخذها الا اذا كان العقد صحيحاً تام الانعقاد وغير مكتمل التنظيم في بعض الجوانب .

رابعاً: تقتضي صورتي تكميل نطاق العقد قيام حالة النزاع بعد ابرام العقد اذ يعد النزاع الاثر المهم الذي يترتب على رفع الدعوى امام القضاء ومن ثم لا يكفي العنصر المادي المتمثل بنشوب الخلاف بين الطرفين المتعاقدين بل لابد من ان يقترن بالعنصر الشكلي وهو عرض الخلاف على رجل العدل في سوح القضاء [1], فالنزاع يُعد المحرك الاساسي لتكميل العقد من قبل القاضي على ان يكون لاحقاً على ابرام العقد لعدم اشغال القضاء بمشروع عقد لم يكتمل وجوده بعد وما يزال في طور الانعقاد .

خامساً: انطوى الخطاب التشريعي في صورتي التكميل القضائي للنقص العقدي على البوصلة الرئيسية التي تحدد المسار التكميلي للقاضي والتي تتجسد بمراعاة طبيعة الالتزام العقدي الاصلي عند اضافة الالتزام التكميلي الى النطاق العقدي لوضع العقد في محيطه الموضوعي السليم والنأي به عن التحكم القضائي .

سادساً: تشترك صورة تكميل النقص المعاصر لإبرام العقد مع صورة تكميل النقص الطارئ بعد ذلك في ابرازهما للدور الايجابي للقاضي في اطار العقد الا انه يُحظر على القاضي اثناء اجرائه لعملية التكميل اضافة متعاقدين جدد الى

(1) د. سمير تناغو , مصدر سابق , ص ١٨٢-١٨٣ .

نطاق العقد كما لا يمكن للقاضي ان يغير من صفات اطراف العقد التي تعاملوا بها في الرابطة العقدية محل التكميل[١]

سابعاً: لا مراء ان المهمة التكميلية مهما كانت الصورة التي تتخذها تقتضي انزال القاضي لحكم القانون على العقد مما يجعلها مسالة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا سواء أكانت محكمة التمييز ام محكمة النقض لضمان سلامة تطبيق القانون وتحقيق التوازن للعقد لما قد يشوب تكميل القاضي لنطاق العقد عيب التحريف وعلى وجه التحديد التحريف المادي بالإضافة [٢]وهذا ما يؤدي الى خسارة الثقة بالعقد.

ثامناً: تُسفر صورتي تكميل النقص العقدي عن نقل القاضي الى مرحلة القضاء المنشئ [٣] عند غياب دور الارادة عن الوسط العقدي, فالقاضي يُنشئ الالتزامات المكملة للمحتوى العقدي ويفرضها على اطراف العقد بمقتضى حكماً منشأ غير ذي اثر رجعي .

تاسعاً: وحدة الموجهات الموضوعية التي يستعين بها القاضي عند قيامه بتكميل النقص المعاصر لإبرام العقد والنقص الطارئ بعد ذلك والتي تتمثل بالقانون والعرف والعدالة حسبما اوردها المشرع .

وقد كانت تلك الموجهات مثاراً للخلاف بين اوساط الفقه اذ ذهب البعض الى انها واردة على سبيل الحصر والتحديد [٤] في حين خالف البعض الاخر هذا التوجه اذ عدها واردة على سبيل الدلالة والمثل [٥] .

ونحن بدورنا بعد معاودة قراءة النصوص الناظمة للتكميل نرى بأن الصياغة التي أُفرغت بها هذه النصوص وان كانت توحي بانها واردة على سبيل الحصر والتحديد الا ان العدالة مصطلح فضفاض يفتح باباً واسعاً لاجتهاد القضاء ويسمح بإضافة موجهات لم يحددها المشرع بالذات .

وقد اتسعت دائرة الخلاف لتشمل طبيعة العلاقة بين تلك الموجهات , فهناك من يرى بأنها قائمة على التدرج مما يقتضي تقيد القاضي بالترتيب التشريعي للموجهات فلا يمكنه اللجوء الى العرف الا عند افتقاد النص ولا الاستعانة

---

(١) د. حسام الدين كامل الاهواني , النظرية العامة للالتزام , المصادر الارادية , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠,ص ٣٤٧ .

(٢) التحريف المادي بالإضافة : هو قيام القاضي بإضافة غير سليمة الى نطاق العقد والتي قد تكون لفظ او بند عقدي مفترض كقيام القاضي بإضافة التزام تكميلي غير متوافق مع طبيعة العقد , د. سحر البكباشي , مصدر سابق , ص ٢٤٢-٢٤٣ .

(٣) القضاء المنشئ : هو الذي يقرر حقاً , فينشأ عن هذا التقرير تغيير مركز قانوني سابق , اما القضاء التقريري فيؤكد وجود او عدم وجود حق او مركز قانوني او واقعة قانونية , وبهذا يزول الشك القائم حول هذا الوجود , ويكمن مناط التمييز بينهما في الحق محل التقرير ففي القضاء المنشئ يتميز هذا الحق بأنه حق ارادي وهو الحق في احداث تغيير قانوني خلافاً للقضاء التقريري اذ يكون مجرد التقرير هو هدف القضاء دون ان يترتب على هذا التقرير اي تغيير في مركز سابق . د. فتحي والي , مبادئ قانون القضاء المدني , الطبعة الثانية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٥ , ص ١١١ وما بعدها .

(٤) د. سحر البكباشي , مصدر سابق , ص٣٩ /عامر ابو رمان , دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني, دراسة مقارنة, الطبعة الأولى , دار الحامد للنشر والتوزيع, الأردن,٢٠١٥ , ص ٥٥ .

(٥) د. اسامة احمد بدر ,مصدر سابق , ص ٤٢ / احمد حدى لاله , دور القاضي المدني في تطويع العقد, بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية , مجلد (٢),عدد (١) , ٢٠١٦ , ص ١٧٥ .

بالعدالة الا عند الغياب الجامع بين العرف والنص[١] وهذا ما عارضه البعض عندما جعل العلاقة بين الموجهات الموضوعية تتسم بالتناسق والتكامل ومن ثم للقاضي عند تكميله لنطاق العقد الرجوع الى الموجهات الموضوعية مجتمعة او متفرقة دون مراعاة ترتيبها الوارد في النص[٢] ونميل الى الاخذ بهذا الاتجاه في ظل غياب التحديد الدقيق عن صياغة المشرع للنص لاسيما بعد التطور الذي لحق العقد وظهور المجموعة العقدية القائمة على الارتباط الجامع بين عدة عقود, كما هو الحال في عقد الإيجار التمويلي[٣] على سبيل المثال.

ولعل ما تقدم يعكس مدى التوافق الروحي بين صورتي تكميل نطاق العقد من قبل القاضي ويوهم القارئ بتطابقهما التام وبموازاتهما الكاذبة في تكميل النقص العقدي وهذا ما ينطوي على المخاطرة بعدم رؤية كل الحقيقة لرصد العديد من الحدود الفاصلة بين الصورتين .

الفرع الثاني

الحدود الفاصلة بين الصورتين

أولاً: جعل البعض صورة النقص المعاصر لإبرام العقد تحت مسمى (استكمال العقد) في حين اطلق على صورة النقص الطارئ بعد ابرام العقد (اكمال المستلزمات) معللاً ذلك بأن الحروف الاولى لكلمة (الاستكمال) وهي الالف والسين والتاء جاءت للطلب اي ان ضلوع القاضي بالتكميل لابد أن يكون بناءً على طلب يعبر من خلاله الطرفين عن ارادتهما المتجهة نحو ايلاء هذا الدور الايجابي للقاضي بعد ارسائهما للمسائل الجوهرية في العقد في حين يكمل القاضي مستلزمات العقد من تلقاء نفسه دون ان يتوقف ذلك على توفر شروط خاصة او طلب الطرفين [٤] .

ولا نشاطر هذا الرأي حجته التي لم نجد لها سنداً في الواقع والقانون , فالقاضي يشرع بتكميل نطاق العقد بصورتيه متى ما توافرت شروط التكميل للوصول الى الحكم العادل الحاسم للنزاع المعروض امامه دون ان يتوقف ذلك على طلب الخصوم .

ثانياً: أوجد المشرع الحلول التشريعية لتكميل النقص الذي قد يطال العقد في مرحلة التكوين بمقتضى المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (٩٥) من القانون المدني المصري دون اغفاله تكميل النقص الطارئ على

---

(١) خالد عبد حسين الحديثي , مصدر سابق , ص ١٤ , رجاء عيساوي , نطاق فكرة استكمال العقد وابعادها , ص ١٧٨ , بحث منشور على الموقع الالكتروني : https://www.asjp.cerist.dz/en/article/74036

تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٢/١٠ الساعة السادسة مساءً .

(٢) د. حسام الدين الاهواني ,مصادر الالتزام ,المصادر الارادية , مصدر سابق, ص ٢٠٦/ د. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي , مصدر سابق , ص ١٦٠ .

(٣) عقد الإيجار التمويلي: عقد مركب يجمع بين عدة عقود (البيع, الإيجار, القرض) يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر الى المستأجر أموال مملوكة له أو تلقاها من المورد بناءً على عقد من العقود خلال مدة معينة مقابل قيمة إيجاريه يتم الاتفاق عليها بين الطرفين على أن يكون للمستأجر في نهاية العقد الحق في شراء المال أو تجديد العقد أو رد المال. د. شروق عباس فاضل وهدى سمير داود, المركز القانوني للمستأجر في عقد التأجير التمويلي ,الطبعة الاولى ,المركز العربي للنشر والتوزيع ,مصر, ٢٠٢١ ,ص ٢٣.

(٤) عامر علي ابو رمان , مصدر سابق , ص ٤٢-٤٣ .

العقد في مرحلة التنفيذ وهذا ما تولاه بالتنظيم نص المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي والذي يقابله نص المادة (٢/١٤٨) من القانون المدني المصري .

ثالثاً: احتراماً للإرادة التعاقدية عند تكميل النقص المعاصر لإبرام العقد قدم المشرع العراقي (طبيعة الموضوع) ذات النزعة الشخصية على الموجهات الموضوعية [١] خلافاً لما هو عليه الامر في صورة تكميل النقص الطارئ بعد ابرام العقد اذ قدم الموجهات الموضوعية المكملة لنطاق العقد على الارادة العقدية (طبيعة الالتزام) .

ويبدو لنا بأن هذا الفارق ظاهرياً يعود الى الصياغة التشريعية فلا ينعكس صداه على القضاء عند اجرائه للعملية التكميلية .

رابعاً: يتولى القاضي تكميل النقص المعاصر لإبرام العقد من خلال إضافته للمسائل التفصيلية التي ارجأ المتعاقدان الاتفاق عليها الى وقت لاحق على نشوء الرابطة العقدية دون ان يفلحوا في الوصول الى محطة الاتفاق في حين ان النقص الطارئ بعد ابرام العقد يكمله

القضاء بإضافة ما تقتضيه طبيعة العقد من مستلزمات [٢] , والتي تختلف بدورها عن التفصيلات العقدية فهي لا تقاس بكونها جوهرية او تفصيلية .

خامساً: ان النقص المعاصر لإبرام العقد هو نقص ارادي مقصود افتعلته ارادة المتعاقدين لتوقعهما للمسائل التفصيلية الناقصة والتفاوض بشأنها ومع ذلك تركاها دون تنظيم اما النقص الطارئ بعد ابرام العقد فهو نقص لا ارادي لم تقصد تحقيقه ارادة المتعاقدين ومن ثم فإن إغفال تنظيم مستلزمات العقد يرجع لعدم التوقع الناشئ عن سهو او اهمال او الجهل بأحكام القانون .

سادساً: يضطلع القاضي بملء الفراغ العقدي الناشئ عن النقص في العناصر التفصيلية للعقد وهذا ما يباعد صورة تكميل النقص المعاصر لإبرام العقد عن صورة تكميل النقص الطارئ بعد ذلك والتي تنطوي على توسيع القاضي للمحتوى الإلزامي للعقد لسد ما يعتري الآثار العقدية من نقص , ونعتقد بأن النقص في العناصر التفصيلية للعقد سيؤدي بالضرورة الى النقص في آثار العقد .

سابعاً: جاءت صورة تكميل النقص المعاصر لإبرام العقد لمعالجة حالة خاصة نُظمت احكامها بموجب المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٩٥) من القانون المدني المصري في حين ان صورة تكميل النقص

---

(١) محمد غانم يونس الأمين , سلطة القاضي في تكميل العقد, أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ,جامعة بغداد ,٢٠١٧ , ص ٢٨٧.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن (تنفيذ الالتزام يقتضي وجوب الرجوع الى ما ورد في العقد دون نقص او زيادة الا ان يكون من مستلزمات التنفيذ) الطعن رقم (١١٤٨) لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧ , فتحية محمود قره , مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض , الدائرة المدنية , في خمس سنوات من ١٩٧٩-١٩٨٤ , ١٩٨٤ , المجلد رقم (٢) , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , ١٩٨٤,ص ٢٠٠ .

الطارئ بعد ابرام العقد والتي كرستها المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/١٤٨) من القانون المدني المصري انطوت على أحكام عامة لمعالجة النقص الذي ينتاب كل العقود بإضافة مستلزماتها والتي تُعد جزءً لا يتجزأ من العقد [١] .

الخاتمة

بعد أن توقفت بنا عجلة البحث في التأسيس الفقهي والتشريعي لتكميل نطاق العقد لابد لنا من عرض أهم ما توصلنا إليه من نتائج وما نراه من مقترحات آملين أن تجد لها مجالاً رحباً في حيز التشريع.

أولاً: النتائج

١- عجز الإرادة التعاقدية بكافة صورها الحقيقية والمفترضة والمنطقية عن أن تكون أساساً لتكميل نطاق العقد, إذ بدت الإرادة فكرة جوفاء قاصرة عن احتواء الالتزامات التكميلية التي غدت ذا أصول موضوعية بعيدة كل البعد عن الصفة الإرادية , إلا إن ذلك لا يعني أن تكون الالتزامات التكميلية بديلاً عن الالتزامات الاتفاقية صنيعة الإرادة ذات الطبيعة الذاتية فلا يمكن إنكار التصور الإرادي للعقد وإن سعى القضاء إلى تكميله على هدي الموجهات الموضوعية التي تحدد مركز العدل في الرابطة العقدية.

٢- إن المشرع المدني قد دأب على اجتثاث النقص العقدي بصورتيه (النقص المعاصر لإبرام العقد والنقص الطارئ بعد ذلك) حيث أفرد لمعالجة كل صورة نصاً تشريعياً مما يعكس إطارها القانوني المستقل إلا إنه حرص على وحدة الحل المتمثل بالتكميل ويبدو لنا إن ذلك التطابق الجزئي يُعد حافزاً لجمع الشمل بمقتضى نص تشريعي يجمع بين دفتيه كلا الصورتين انسجاماً مع فن الصياغة التشريعية الذي يقتضي أن ينص القانون على أكثر الأحكام بما قل ودل .

ثانياً: المقترحات

١- نلتمس من المشرع العراقي أن يجمع شمل صورتي النقص العقدي بمقتضى نص تشريعي واحد تحت طائلة تكميل نطاق العقد والذي نقترح أن يكون بالشكل الآتي:

(١- إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد وتركا مسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا إن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها أعتبر العقد قد تم.

٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه, ولكن يتناول أيضاً مسائله التفصيلية وما هو من مستلزماته وفقاً للتشريع والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزامات الناشئة عن العقد).

٢- نُهيب بالمشرع العراقي إيراد نص تفسيري يجلي من خلاله الغموض والإبهام الذي يحوم حول مصطلح المستلزمات للحيلولة دون حشو القاضي للعقد بالتزامات لا ينطبق عليها هذا الوصف , إذ بات من الضروري التدخل التشريعي ليتسنى للقاضي أداء دوره التكميلي على أتم وجه بإضافة المستلزمات الحقيقية للعقد.

قائمة المصادر

---

(١) يُنظر بهذا المعنى عامر علي أبو رمان , مصدر سابق , ص ٤٧ .

أولاً : الكتب

١- د. أسامة أحمد بدر , تكميل العقد, دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي, ط بلا, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, ٢٠١١ .

٢- آلان بينابنت , القانون المدني / الموجبات (الالتزامات), ترجمة منصور القاضي ,الطبعة الأولى , المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر , بيروت , ٢٠٠٤ .

٣- جاك غستان , المطول في القانون المدني , مفاعيل العقد وآثاره, ترجمة منصور القاضي ,الطبعة الأولى, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت,٢٠٠٠.

٤- د. جميل محمد بني يونس , مفهوم الارادة ودورها في القانون الخاص , الطبعة الاولى , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الاردن , ٢٠١٢ .

٥- د. حسام الدين الاهواني , المدخل لدراسة القانون , الكتاب الاول , نظرية القانون , دار النهضة العربية , مصر , ١٩٩٣ -١٩٩٤.

٦- د. حسام الدين كامل الاهواني , النظرية العامة للالتزام , المصادر الارادية ,ط بلا, دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠.

٧- خالد عبد حسين الحديثي , تكميل العقد, دراسة مقارنة, الطبعة الأولى, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان ,٢٠١٢ .

٨- د. رجب كريم عبد اللاه , التفاوض على العقد , دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة , ط بلا , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠ .

٩- د. سحر البكباشي , دور القاضي في تكميل العقد, دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن, ط بلا, منشأة المعارف, الإسكندرية ,٢٠٠٨.

١٠- د. سمير تناغو, الالتزام القضائي ,الطبعة الأولى, مكتبة الوفاء القانونية, الإسكندرية , ٢٠١٤ .

١١- د. شروق عباس فاضل وهدى سمير داود, المركز القانوني للمستأجر في عقد التأجير التمويلي ,الطبعة الاولى ,المركز العربي للنشر والتوزيع ,مصر, ٢٠٢١ .

١٢- د. صالح ناصر العتيبي , فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية/ دراسة مقارنة , ط بلا , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , ٢٠٠٩ .

١٣- عامر أبو رمان , دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني, دراسة مقارنة, الطبعة الأولى , دار الحامد للنشر والتوزيع, الأردن,٢٠١٥ .

١٤- د. عبد الحي حجازي , النظرية العامة للالتزام , وفقاً للقانون الكويتي / دراسة مقارنة , مصادر الالتزام (المصادر الارادية العقد والارادة المنفردة),الجزء الاول ,تحليل العقد باعتناء د. محمد الألفي, مطبوعات جامعة الكويت, الكويت,١٩٨٢.

١٥- د. عبد الرحمن عياد , اساس الالتزام العقدي /النظرية والتطبيقات , المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر , الاسكندرية , ١٩٧٢.

١٦- د. عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني, نظرية الالتزام بوجه عام, مصادر الالتزام ,الجزء الاول, الطبعة الاولى, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٦٤.

١٧- د. عبد القادر اقصاصي , الالتزام بضمان السلامة في العقود / نحو نظرية عامة , ط بلا , دار الفكر الجامعي , الاسكندرية ,٢٠١٠ .

١٨- د. علي فيصل علي الصديقي , مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية / دراسة مقارنة , الطبعة الاولى , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , ٢٠١٩.

١٩- د. فتحي والي , مبادئ قانون القضاء المدني , الطبعة الثانية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٥ .

٢٠- فتحية محمود قره , مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض , الدائرة المدنية , في خمس سنوات من ١٩٧٩-١٩٨٤ , ١٩٨٤ , المجلد رقم (٢) , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , ١٩٨٤.

٢١- د . محمود محمد ياقوت , الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية / دراسة تحليلية مقارنة , الطبعة الاولى , دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , ٢٠٠٤.

٢٢- د. مصطفى محمد الجمال , السعي الى التعاقد في القانون المقارن , ط بلا, منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , ٢٠٠٢

٢٣- د. منى نعيم جعاز ود .جليل حسن الساعدي , مضمون العقد , دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والإنكليزي ,ط بلا, دار الكتب القانونية, مصر,٢٠٢٢.

٢٤- د. نبيل ابراهيم سعد , التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام , الطبعة الاولى , دار الجامعة الجديدة للنشر , الاسكندرية , ٢٠٠٥ .

٢٥- د. نعمان محمد خليل جمعة , دروس في المدخل للعلوم القانونية , ط بلا , دار النهضة العربية , مصر , ١٩٧٧ .

ثانياً: البحوث والدوريات :

١- احمد حدى لاله , دور القاضي المدني في تطويع العقد, بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية , مجلد (٢),عدد (١) , ٢٠١٦.

٢- بلال عثماني , القاضي طرف جديد في العقد المدني , المجلة الاكاديمية للبحث القانوني , المجلد (١٥), العدد (١) ,٢٠١٧.

٣- د. حاتم محمد عبد الرحمن , بنود عقد بيع البضائع / دراسة في القانون الانكليزي مقارنة بالقانون المصري , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية , العدد الثاني , الجزء الثاني , ٢٠١٦ .

٤- رجاء عيساوي , نطاق فكرة استكمال العقد وابعادها , بحث منشور على الموقع الالكتروني : https://www.asjp.cerist.dz/en/article/74036 .

٥- د. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي , دور القاضي في إكمال نطاق العقد طبقاً للمادة (٨٦) مدني عراقي, بحث منشور في مجلة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ,العدد الأول.

٦- سمير شبهاني وحمزة قتال , تكميل العقد بين الكشف عن ارادة المتعاقدين وإنشائه, بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية , المجلد (٧) , العدد (١) , ٢٠٢١ .

٧- د. شروق عباس فاضل ورياض أحمد عبد الغفور, دور العدالة في تكميل العقود , بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية , العدد (١٣) , ٢٠١٩ .

٨- د. علي مطشر عبد الصاحب , الصفة التنظيمية في العلاقات التعاقدية , بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية , مجلد (١٣) ,العدد (٢) , ٢٠٢٢ .

٩- د. مجيد حميد العنبكي ,مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي , بحث منشور في مجلة الحقوق , جامعة النهرين , مجلد(٤), العدد (٥) , ٢٠٠٠.

١٠- د. محمد سليمان الأحمد , البند العقدي المفترض , بحث منشور في مجلة دراسات قانونية تصدر عن مجلس النواب في مملكة البحرين, العدد الأول , السنة الأولى ,٢٠١٨ .

١١- د. يونس صلاح الدين علي , النية التعاقدية كركن في العقد البسيط في القانون الانكليزي/ دراسة تحليلية مقارنة بالإرادة التعاقدية في القانون المدني العراقي , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , المجلد (٣٢) , العدد (١) , ٢٠١٧.

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

ثالثاً : الأطاريح

١-سلام عبد الزهرة الفتلاوي ,نطاق العقد, دراسة مقارنة, أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ,جامعة بغداد ,٢٠٠٦

٢- عباس فاضل عباس ,جوهر العقد/ دراسة مقارنة ,أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون/ جامعة بغداد , ٢٠٢٣ .

٣-محمد غانم يونس الأمين,سلطة القاضي في تكميل العقد,أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون,جامعة بغداد,٢٠١٧

رابعاً : القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٣- القانون المدني الفرنسي المعدل .