جامعة قاصدي مرباح – ورقلة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس أكاديمي

الميدان: حقوق وعلوم سياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون خاص

إعداد الطالب: بوغرارة عبد الرزاق

مذكرة بعنوان:

دور القاضي في إكمال نطاق العقد

توقشت وأجيزت بتاريخ: .....

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الأستاذ: بكرارشوش مُحَمَّد	أستاذ مساعد أ	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
الأستاذة: بن أحمد صليحة	أستاذ مساعد أ	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا
الأستاذ: عياض مُحَمَّد عماد الدين	أستاذ مساعد أ	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا

الموسم الجامعي: 2016/2015

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة قاصدي مرباح – ورقلة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس أكاديمي

الميدان: حقوق وعلوم سياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون خاص

إعداد الطالب: بوغرارة عبد الرزاق

بعنوان:

دور القاضي في تكميل نطاق العقد

توقشت وأجيزت بتاريخ: .....

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الأستاذ: بكرارشوش مُحَمَّد	أستاذ مساعد أ	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
الأستاذة: بن أحمد صليحة	أستاذ مساعد أ	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا
الأستاذ: عياض مُحَمَّد عماد الدين	أستاذ مساعد أ	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا

الموسم الجامعي: 2016/2015

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى:

التي لم تبخل عليّ بحنانها ونصائحها وتشجيعاتها

أمي الغالية

إلى أبي سندي في هذه الحياة وقدوتي

إلى إخوتي وأخواتي وأبناؤهم كل باسمه.

إلى كـــــافة الزملاء والأصدقـــــــــاء.

إلى كل من سهل درب العلم لسالكيه ونظر بعين الرحمة والاحترام

والتقدير للعلماء والمتعلمين.

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد في انجاز هذا العمل.

شكر وتقدير

الشكر لله عز وجل أولا و آخرا الذي منحنا القوة والصبر ووفقنا لانجاز هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة المشرفة : الدكتورة « **بن أحمد صليحة**» على قبولها الإشراف على هذا العمل

وعلى توجيهاتها وإرشاداتها القيمة.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كل الأسرة الجامعية بورقلة، الذين فسحوا المجال وتجاوبوا مع رغبة محبي العلم

وخصوصا أساتذتنا بكلية الحقوق والعلوم السياسية.

مقدمة

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يمكنه العيش بمعزل عن المجتمع، فقدراته المحدودة ومتطلباته اللامتناهية تدفعه إلى طرق باب الآخرين والدخول معهم في علاقات متشعبة سعيا منه إلى إشباع حاجاته.

يعد العقد أفضل وسيلة ابتكرها الإنسان لتحقيق غاياته وضمان تبادل الخدمات والمنتجات بين الأفراد، كما أنه من أبرز التصرفات القانونية الشائعة والمميزة لسلوكيات الإنسان قديما وحديثا، ونظرا للدور الهام المناط بالعقد باعتباره الوسيلة الفعالة التي يستطيع بها الفرد أن يحقق بعض المصالح الاقتصادية والاجتماعية، فقد أولته مختلف التشريعات أهمية كبيرة، حيث نجد أنها تشترط في العقد جملة من الأركان والشروط يتوقف عليها وجوده، وتعطي الإرادة الأفراد حرية في إبرام العقد وتحديد آثارها.

يعرف العقد على أنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، ومعنى ذلك أن الإرادة هي جوهر وأساس العقد وبدونها لا يقوم للعقد قائمة فهي التي تنشئ العقد وهي التي تحدد آثاره وهذا ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة، فمتى وجدت هذه تنتج أثرها إذا ما عبر عنها تعبيرا صريحا أو ضمنيا، ولا شك أن اهتمام الفقه القانوني بالإرادة كان اهتماما بالغا لما لها من دور – يضيق ويتمنع– في المجال التعاقدي سواء في الشرائع القديمة أو القوانين الحديثة.

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أن هذه الأخيرة وحدها هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها، فللإرادة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود غير متقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع كما يكون للإرادة الحرية في تهديد آثار العقد قلا تتقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد من العقود. وإنما يكون لها بما لها من سلطان، الحرية في تضييق هذه الآثار أو توسيعها أو حذفها طالما لا يتعارض ذلك مع النظام العام، يضاف إلى ذلك أن للإرادة الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه.

لما كان العقد عبارة عن وسيلة لتحقيق أغراض اقتصادية أو اجتماعية للمتعاقدين وهي في مجملها عبارة عن الآثار القانونية التي تترتب على العقد فإن المتعاقدين واستنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة، هم الذين ينظمون عقدهم سواء فيما يتعلق بالمسائل الجوهرية التي لا يتم إلا بها، أو المسائل التفصيلية الأخرى اللازمة لتحقيق الغرض المنشود من التعاقد.

إن مسألة صنع العقد وتنظيمه تنظيما كاملا بجميع عناصره سواء الضرورية منها لانعقاد العقد ووجوده وصحته وهو ما يعرف بالمسائل الجوهرية أو الضرورية منها لتنفيذ العقد بما يحقق الغاية التي قصد المتعاقد تحقيقها من وراء انعقاده وهو ما يعرف بالمسائل التفصيلية، هي مسألة يضطلع بها المتعاقدان وهي حق لهما بموجب مبدأ سلطان الإرادة.

إذا كان العقد لا ينشأ صحيحا في حالة الاتفاق على المسائل الجوهرية، فإن المسائل التفصيلية متى لم يعلق المتعاقدان عليها إبرام العقد، يمكن الاتفاق عليها بعد إبرام العقد وتنظيمها بموجب اتفاقات لاحقة وإذا لم يتم الاتفاق بينهما بشأنها وعرض الأمر على القضاء، فعندئذ يتولى القاضي أمر إكمال العقد.

وفي هذا الشأن نصت المادة 65 من ق.م.ج على أنه: « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون،والعرف، والعدالة».

المشرع وفي سبيل حرصه على تنفيذ العقد بما يحقق الغرض المنشود بين أطرافه، قد أعطى للقاضي سلطة تكملة العقد وسد ما يشوبه من نقص في حالة ما إذا اقتصر طرفيه على تنظيم المسائل الجوهرية فيه وترك المسائل التفصيلية إلى ما بعد إبرام العقد ودون أن يعلقوا انعقاد العقد على تنظيمها.

يقصد باستعمال العقد قيام القاضي بإضافة بعض الالتزامات التبعية التي لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين إلى الالتزامات الأصلية المنصوص عليها في العقد، لأنه بدونها لا يتحقق الغرض المتوخى من العقد باعتبار أن تلك الالتزامات التي أضافها القاضي هي مما تستلزمها طبيعة المعاملة العقدية والغرض من إبرامه ولو لم يتفق الطرفان عليها.

أهمية الدراسة:

يحتل موضوع تكملة العقد في دراسات قانونية ذات صلة بنظرية عقد أهمية لا تقل عن باقي الدراسات الأخرى المنصبة حول تعديل العقد، تفسيره...الخ.

لأنه يؤدي إلى سد النقائص والثغرات التي تشوب العقد ويكفل للأطراف تحقيق ما يرميان إليه من وراء تعاقدهم، والقاضي أثناء ممارسته لسلطته ي تكميل العقد يستند إلى طبيعة الالتزام والقانون والعرف وهذه المعايير تأثرت بتطورات اقتصادية واجتماعية التي يشهدها المجتمع ومن هنا أصبح تكميل العقد وسيلة القاضي لجعل العقد يواكب التطورات التي يشهدها المجتمع.

أسباب اختيار الموضوع:

يعود سبب اختياري للموضوع إلى ما يحظى به من أهمية لا يختلف عليها اثنان، إضافة إلى نقص الدراسات القانونية حوله الذي كان بمثابة دافع لدراسة هذا الموضوع ومحاولة الإلمام بمختلف جوانبه.

الإشكالية:

تثير مسألة تكميل العقد عدة إشكالات منها افتقار مفهوم تكميل العقد إلى التحديد الدقيق الأمر الذي نتج عنه وجود خلط في بعض شروح الفقه وكثير من تطبيقات القضاء بين تكميل العقد وتفسيره، والإشكال الأهم أنه في إطار إكمال القاضي للعقد عادة ما يقوم هذا الأخير بإنشاء التزامات عقدية، يتم فرضها على إرادة المتعاقدين مما جعل التساؤل عن أساس القوة الملزمة للعقد.

المنهج المتبع:

عن منهج البحث المعتمد لمعالجة هذا الموضوع، فقد اعتمدنا المنهج التحليلي لتحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع.

صعوبات الدراسة:

أما عن الصعوبات التي واجهت عملية انجاز البحث فإنها تنصهر في قلة المراجع، حيث تناولت الكتب العامة لمصادر الالتزام ونظرية العقد موضوع تكملة العقد بصفة مختصرة، كذلك فإن المراجع المتخصصة في موضوع محل الدراسة قليلة جدا.

خطة الدراسة:

لمعالجة الإشكالية المطروحة، تم تقسيم البحث في هذه المذكرة إلى مبحثين، حيث نتناول في المبحث الأول مفهوم تعديل العقد محاولين من خلال بيان تعريف هذا النظام والأسباب الداعية إليه وكذلك شروط إعماله. وتمييزه عم يختلط به من أنظمة، بينما نتناول في المبحث الثاني المعايير التي يستند إليها القاضي في تكملة العقد من طبيعة الالتزام وأحكام القانون، العرف والعدالة.

المبحث الأول

ماهية تكميل العقد

تمهيد:

تعني فكرة العقد أو تفترض أن هناك عقد صحيحا قد ثبت بين أطرافه، إلا أن هناك بعض المسائل الثانوية لم يتطرق إليها المتعاقدون مع أنها ضرورية لتنفيذ العقد تنفيذا يحقق الغرض الذي قصده من وراء انعقاده، و وهذا يعني أن العقد ناقص التنظيم.[1] ولما كان العقد عبارة عن وسيلة لتحقيق أغراض اقتصادية أو اجتماعية للمتعاقدين، وهي في مجملها عبارة عن آثار قانونية التي تترتب على العقد فإن المتعاقدين وحسب الأصل هم الذين ينظمون عقدهم سواء فيما يتعلق بالمسائل الجوهرية التي لا يتم إلا بها، أو المسائل التفصيلية الأخرى اللازمة لتحقيق الغرض الذي قصدوا إليه[2].

إن المشرع وحرصا منه على تحقيق الغرض من عقد تم صحيحا بين أطرافه، اقتصر المتعاقدين فيه على تنظيم المسائل الجوهرية تاركين بعض المسائل التفصيلية دون تنظيم ودون أن يلعقوا تمام العقد على تنظيمها لاحقا أوجدت قواعد تكميلية لتكمل ما نقصد من تنظيم العقد، وهذه القواعد إما أن تكون عبارة عن نصوص وضعها المشرع، وإما أن تكون في القواعد العامة أو عند تنظيمه للعقود المسماة، أو عبارة عن قواعد عرفية مكملة أو أن يترك للقاضي موضوع تطبيق قواعد العدالة والإنصاف عند عدم وجود النص والعرف[3].

وهذا يعني أن المشرع يرعى العقد في كل المراحل التي يمر بها انعقاده وحتى تمام تنفيذه، وتفترض مسألة تكميل العقد أن المتعاقدين في العقد توافرت فيه المسائل الجوهرية اللازمة لانعقاده وقد تركوا مسألة التفصيلية سواء عن قصد أو عن غير قصد منهم دون تنظيم، وهذا يعني أن العقد قد أصبح ناقص التنظيم ويتطلب إكماله بعد أصبح صحيحا[4].

المطلب الأول: مفهوم تكميل العقد

إن المقصود بتكميل العقد هو سد النقص في تنظيم العقد الصحيح بمعنى أن هناك تعبيرا تصرفيا اشتمل على العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاده ولم يشتمل على العناصر التفصيلية أو الثانوية كجزء من التعبير عن الإرادة،فإن التكميل يعني إضافة الجزء الناقص إليه، وإذا كان إضافة هذا الجزء قد تم عن طريق الاتفاق بين الطرفين المتعاقدين فإن طبيعة التكميل تأخذ معنى طبيعة الاتفاق[5].

1 خالد عيد حسين الحديثي: **تكميل العقد (دراسة مقارنة)**، ط1، منشورات الحلي الحقوقية، 2012، ص: 11.

2 عبد الفتاح حجازي: **تفسير العقد**، رسالة الماجستير، قسم البحوث والدراسات القانونية، جامعة دول العربية، معهد البحوث والدراسات 1988، ص:106.

3 عبد الفتاح حجازي: **المرجع نفسه**، ص: 106

4 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 14.

5 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 40.

فالعقد هو التقاء إرادة طرفان على إحداث أثر قانوني، سواء تمثل هذا الأثر في الإنشاء لالتزام أو تعديله أو نقله أو انقضائه.[1] وكذلك إن المقصود بتكملة العقد هو سد النقص فيه لا الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، ومن ثم لا ينصب التكميل على مضمون العقد ما ينصب على آثارها[2].

الفرع الأول: تعريف تكميل العقد وفقا للنظرية الذاتية

يرى جانب من الفقه بصورة خاصة فقه المدرسة اللاتينية أن تكميل العقد ماهو إلا تفسير لإرادة المتعاقدين بالكشف عنها سواء أكانت هذه الإرادة هي الإرادة الحقيقية أم الإرادة المفترضة لهما، وأن القاضي يكمل العقد حسب مستلزماته وفقا للقانون أو العرف أو العدالة.[3]

الفرع الثاني: تعريف تكميل العقد وفقا للنظرية الموضوعية

يرى أصحاب هذه النظرية أن تكميل العقد لا يستند إلى إرادة المتعاقدين، الإرادة المشتركة والمفترضة، وإنما يلجأ القاضي إلى معايير موضوعية لإكمال النقص الذي يشوب العقد، وإنما يستند به البعض من أنصار هذا الفقه من الأحكام القانونية المكملة تمثل طرفا خارجيا يستعين به القاضي للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين وإنما يقولون أن القواعد التشريعية المكملة هي تفسير لإرادة المتعاقدين.[4]

المطلب الثاني: أسباب تكميل العقد

تثور مسألة تكميل العقد عندما يتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ولكنهما يتركان المسائل التفصيلية دون تنظيم، كان من المفروض أن يكون اتفاق بشأنها. وقد يكون ترك هذه المسألة راجعا إلى أن المتعاقدين قد توقعا هذه المسألة عند انعقاد العقد إلا أنهما لم يتوصلا إلى اتفاق بشأنها، فتركا أمر الاتفاق عليها إلى وقت لاحق من انعقاد العقد.[5]

ومن هنا تعود أسباب تكميل العقد إلى:

أولا: النقص في تنظيم العقد من قبل المتعاقدين والهدف من التكميل هو سد النقص عن طريق ما تتضمنه هذه القواعد الموضوعية من أحكام دون أن يتطلب ذلك من القاضي البحث عن إرادة المتعاقدين بصدد المسألة الناقصة.

ثانيا: فتظهر الحاجة إلى التكميل عندما لا يوجد تعبير صادر عن المتعاقدين ومثال ذلك نص المادة 395 من ق.م.ج " نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

---

1 هشام محمد محمود كراز: **الأصول العامة لالتزام نظرية العقد**، د.ط، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية2004، ص: 10

2 يوسفي سلمى: **تفسير النقد في ضوء القانون المدني الجزائري**، رسالة ليسانس، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص:9.

3 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص: 40-41.

4 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 53-54.

5 عبد الفتاح حجازي: **المرجع السابق**، ص: 106.

ثالثا: كما أن العقد قد يكون بحاجة إلى الإكمال إذا كان لا يتضمن الالتزامات التي بدونها لا بتحقق الغرض المقصود منه، أو التي بدونها يتعذر على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه[1].

المطلب الثالث: شروط تكميل العقد

يعرف العقد أنه تلاحق إرادتين أو أكثر ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء الالتزام أو نقله أو تعجيله أو إنهاؤه ويتضح هنا أن العقد هو عبارة عن تلاقي إرادتين، وهذا هو جوهر العقد، والقاعدة أنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد، وعلى ضوء هذه القاعدة يجب أن يتم التعبير عن إرادتين متطابقتين وهاتان الإرادتان، هما الإيجاب والقبول[2].

ولكي ينعقد العقد يجب أن يصدر إيجاب من طرف ثم يصدر قبول مطابق له من الطرف الآخر ويجب أن يكون تلاقي القبول مع الإيجاب وتطابقه معه في كافة المسائل التي تضمنها الإيجاب بغض النظر عن درجة أهميتها سواء كانت مسائل جوهرية ترتبط بطبيعة العقد المراد إيراده، المسائل الثانوية ترتبط ببعض التفصيلات[3].

فإذا لم يتم التطابق بشأن المسائل الجوهرية فلا يكون هناك عقد، إذ يجب أن يتضمن الإيجاب المسائل الجوهرية وبعبارة أدق أن يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية، ولكن لا يتصور إلزام أطراف بأن تتضمن عقودهم تنظيما لجميع المسائل بما فيها الثانوية لأن في ذلك مشقة قد تحول بينهم وبين إلزام العقود فهناك مسائل تفصيلية ثانوية قد يناقشها المتعاقدان، ويتفقان بشأنها، فعندما ينعقد العقد إذا تم الاتفاق على المسائل الجوهرية أيضا، ولا يحول دون انعقاد العقد إغفال الطرفان البحث في المسائل التفصيلية وتركها لاحقا.

لكن ماهو الحل إذا اختلفا ولو يتوصلا إلى اتفاق بصدد المسائل المؤجلة؟ الحل هو قيام القاضي بتكملة العقد وتحديد المسائل مسترشدا بطبيعة العقد وأنه ينبغي توافر ثلاثة شروط لممارسة القاضي لسلطة في إكمال العقد بتحديد المسائل التفصيلية وهي[4]:

الفرع الأول: الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية

ينبغي لانعقاد العقد اتفاق الطرفان «الموجب والقابل» على جميع المسائل الجوهرية، لأنها هي التي تحدد ماهية العقد الذي اتجهت إليه نية الطرفين، كما تحدد المقابل الذي يلتزم به كل طرف قبل الآخر

1 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص: 87-88

2 نبيل إبراهيم سعد: **النظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008، ص:30.

3 نبيل إبراهيم سعد: **المرجع نفسه**، ص: 111.

4 سعد حسين ملحم الحلبوسي، **دور القاضي في إكمال نطاق العقد تطبيقا للمادة 86 من القانون المدني العراقي**، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، المجلد الأول، العدد الأول، 2010، ص:44.

ومعلوم أن المقابل الذي يلتزم به كل طرف حسب النظرية التقليدية في السبب[1].

على أنه ليس من الضروري لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة مسألة، فقد نصت المادة 66 من القانون المدني الجديد على ما يأتي: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد أو لم يشترط إن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم"[2].

ويقصد بالعناصر الجوهرية للعقد مسألتين أيضا، أولهما تتعلق بالعناصر الفنية اللازمة لإيجاد العقد وصحته وهي ما اتفق الفقهاء على تسميتها بأركان العقد وشروطها والثانية ما يطرحه أحد المتعاقدين أو كلاهما أثناء إبرام العقد من شروط يجب أن تكون محل الاتفاق وإلا كان العقد باطلا[3].

الفرع الثاني: الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية

تنص المادة 65 من ق.م: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بالمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ولا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا بطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"[4] والذي يستدعي النظر في الحالة التي جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حددا مسائل لم يتفقا عليها واحتفظا بها لتكوين محل للاتفاق فيما بعد، وبالرغم من أنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك، إلا أن العقد يعتبر قد تم والذي يبرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل تعد جوهرية في العقد، وأن القانون قد افترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد حتى ولو قام خلاف بينهما على هذه المسائل، مادام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فتفسير نية المتعاقدين على هذا الوجه المعقول أباح القانون للقاضي أن يقضي فيما أخلف فيه طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة[5].

الفرع الثالث: عدم تعليق المتعاقدان لانعقاد العقد على وجوب الاتفاق بشأن المسألة التفصيلية

إذا علق الطرفان انعقاد العقد على وجود الاتفاق على مسألة ما من مسائل العقد، فإن هذا التعليق يجعل كل هذه المسألة ضمن عداد المسائل الجوهرية حتى ولو كانت بطبيعتها القانونية، وبالتالي لا يمكن القول بانعقاد العقد قبل الاتفاق على هذه المسألة، وإذا لم ينعقد العقد فلا مجال للحديث بعد ذلك عن سلطة القاضي في إكماله للعقد بتحديد بعض التفصيلات تفترض أن عقد منعقد أصلا، وفي الحقيقة توجد قرينة

---

1 سعد حسين ملحم الحلبوسي، **المرجع السابق**، ص: 47.

2 عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، ج1، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، ص:333.

3 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق** ص: 17.

4 القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 207 المتضمن القانون المدني الجزائري.

5 عبد الرزاق السنهوري: **المرجع نفسه**، ص: 333.

قانونية على أن المتعاقدين قد أرادا عدم تعليق انعقاد العقد على حدوث اتفاق بشأن المسائل التفصيلية طالما أنه يرد شرط صريح في العقد يفيد مثل هذا التعليق[1].

المطلب الرابع: تميز التكميل عن الأوضاع المشابهة له

إن التكميل قد يشتبه بأنظمة قانونية أخرى تعطي للقاضي سلطة التأثير على مضمون أو في عنصر من عناصره من مثل سلطته في تفسير العقد وتحليل عبارته للوصول إلى المعاني التي قصدها المتعاقدان وكذلك سلطته في تعديل العقد وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تميز التكميل عن التفسير.

يقصد بتفسير العقد هو أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدان، وقد نظمت الإرادة التشريعية في المادتين 111-112 من التقنين المدني الجزائري عند الكلام في آثار العقد، القواعد التي يجب إتباعها في تفسير العقد.[2] وتقضي المادة 111 من ق.م.ج بما يلي: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدي...".

كما يقصد بالتفسير هو تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجية عنه المرتبطة به[3].

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

تنص المادة 2/107 من ق.م.ج على أنه: " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد لما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". كما يواجه هذا النص مسألة تحديد محتوى أو مضمون العقد، فالعقد لا يتضمن في الغالب كل ما يجب أن يتضمنه لتنظيمه كافة جوانب العلاقة العقدية، فقد يغفل الأطراف عن تنظيم العديد من الأمور، إما سهوا أو عمدا، فإذا كانت إثارتهما في مرحلة ما قبل التعاقد قد تؤثر على إبرامه أو تحول دون إبرامه، أو عن غير دراية بأهمية أمر معين أو لأن العمل لم يجر على مواجهته لأن استحالة توقع النتائج التي تترتب على ما يستجد من ظروف وعدم توقع كيفية سير الأحداث، إذن العقد الكامل هو العقد الذي يتضمن تنظيما لكافة المسائل التي لابد من

1 سعد حسين ملحم الحلبوسي: **المرجع السابق** ، ص: 54.

2 محمد صبري السعدي: **الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة، الالتزامات**، ط4، الجزائر 2009، ص: 275.

3 عبد الحكيم فودة: **تفسير العقد قي القانون المدني المصري والمقارن**، طبعة 2002، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص:17

مواجهتها حتى لا يكون مصدرا لمظالم لا يمكن التسامح فيه، أو حتى يكون تنفيذه متفقا مع ضرورات حسن النية[1].

وتكون الحاجة لتفسير العقد إذا كانت عبارة العقد غامضة يشوبها اللبس والإبهام، أو كانت عبارة العقد واضحة ولكنها لا تعبر عن إرادة المتعاقدين، ففي هاتين الحالتين تظهر الحاجة لتفسير العقد. ولكن كيف يقوم القاضي بتفسير العقد؟

– لكي يستطيع القاضي تفسير العقد واستجلاء ما قد يشوبه من غموض، فإنه يتعين البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ[2].

– درج الفقه المصري على التفرقة بين العقد وتحديد نطاقه، لقوله أن تفسير العقد يعني البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، أم بصدد تحديد نطاقه فإننا نضيف إلى هذه النية المشتركة ما لم يتناوله في الواقع ولكنه يعتبر من مستلزماته، وبالتالي اعتبر أن المادتين 150–151 تفسران العقد فقط، أما المادة 148 فتتعلق بتحديد نطاقه[3].

أولا: أوجه التشابه: يلتقي التفسير والتكميل اللذان يردان على العقد، في أنهما يهدفان إلى تحديد نطاق هذا العقد،وفي الاثنين يردان على العقد صحيح فيساهم التفسير في تحديد نطاق العقد عن طريق إيضاح معنى التعبير التصرفي الغامض،ثم يأتي التكميل ليضيف إلى هذا التعبير ما كان يجب أن يذكر فيه ولكنه لم يذكر أيا كان السبب في ذلك، بالإضافة إلى هناك بعض المعايير الموضوعية التي تمثل قاسما مشتركا بين التفسير والتكميل، وخاصة في حالة التفسير الموضوعي، حيث يلجأ القاضي إلى نص القانون أو العرف أو العدالة من أجل تفسير التعبير عن الإرادة،ومن أجل تكميله[4].

ثانيا: أوجه الاختلاف: لا يجب الخلط بين تفسير العقد وتكملته، فالحال الذي يتوصل إليه عن طريق التفسير يكون كامنا في العقد ولكنه يتكلفه الغموض ويقوم القاضي بالكشف عنه باللجوء إلى قواعد التفسير، ولهذا فإن الحق أو الالتزام الذي يتوصل إلى وجوده في العقد عن طريق التفسير يمكن رده إلى لفظ أو جملة أو شرط في العقد، أما تكملة العقد فهي إضافة لأحكام ولا يمكن ردها إلى نصوص العقد ولا تتيح النصوص بطريقة منطقية أو ضرورية بل تضاف استنادا إلى مصادرها الخارجية عن العقد ذاته، ومنهج تكملة العقد منهج موضوعي لا شخصي[5].

وكذلك إن النتائج المتحصلة في تكملة التفسير هي نتائج متحصلة في التعبير ذاته وبصورة مباشرة إذا وهوي نتائج اتفاقية مصدرها الإرادة، أما النتائج عملية التكميل فهي نتائج متحصلة من أحكام موضوعية

1 يوسفي سلمى: **المرجع السابق**، ص: 06.

2 دريد محمود علي: **النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام**، ط1، منشورات الحلي الحقوقية، 2012، ص: 269– 270.

3 عبد الحكيم فودة: **المرجع السابق**، ص: 19.

4 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص: 61.

5 يوسفي سلمى: **المرجع نفسه**، ص: 06–07.

مضافة إلى التعبير عن الإرادة، والتفسير تبرز أهمية إذا كانت عبارات العقد غامضة وتحتاج إلى استجلاء معناها. أما التكميل فيقوم به القاضي إذا كان مضمون العقد يشوبه النقص[1].

وذلك بأن يترك المتعاقدين بعض المسائل دون تنظيم أو لم يشر العقد إلى التزامات التي يتعذر على أحدهما أو كلاهما تنفيذ التزامه بدونها، فتفسير العقد يفترض وجود تعبير غامض لا يفصح عما قصده المتعاقدين، لذا يشرع القاضي بالبحث لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لاستجلاء المعنى، أما التكميل فيفترض وجود نقص في تنظيم العقد فيعمل القاضي على تكميله.[2] وكذلك التفسير يختلف عن التكميل، فأساس الأول غموض تعبير المتعاقدين، أما الأساس الثاني فهو النقص في تنظيم العقد.

أما بالنسبة للقول بأن أساس التفسير هو غموض تعبير المتعاقدين، فهو كما قلنا محل نظر. إذن إن أساس التفسير هو إرادة الطرفين وما الغموض إلى مبرره والدافع إلى إجرائه، وأما بالنسبة للقول بأن أساس تكميل العقد هو النقص في تنظيم العقد، فهو أيضا غير مقبول إذ أن النقص مبرر لإكمال العقد، وليس أساسا له، فعدم وجود الإرادة الصريحة يعني الاتجاه إلى البحث عن الإرادة الضمنية، التي هي أساس التفسير التكميلي[3].

كما أن الضوابط التي يمكن للقاضي الاستهداء بها في سبيل تفسير العقد هي: طبيعة العقد والثقة والأمانة بين أطراف العقد:

1) طبيعة العقد: فإذا كانت عبارة العقد غامضة فإنها تفسر وفق المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد، فإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه في الميراث مقابل الحصول على شيء أو مبلغ معين، فإن ذلك يفسر باعتباره قد تنازل عن جميع حقوقه في التركة.

2) الأمانة والثقة بين المتعاقدين: ينبغي أن يتأسس العقد على قدر من الأمانة والثقة بين الطرفين، وبالتالي فإنه لا يجوز للمتعاقد أن يستغل لبس أو قصور تفسير المتعاقد الآخر بقصد تحقيق منفعة إضافية.

3) العرف: يضطلع العرف دور كبير في تفسير نصوص العقد الغامضة وإكمال نواقصه، فالعرف يلزم بائع السيارة بتسليم جميع أوراقها ومستنداتها إلى المشتري.[4]

أما ضوابط التكميل فهي:

طبيعة الالتزام: فطبيعة الالتزام تقضي من القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تفرضه طبيعته وفقا للقانون والعرف والعدالة.

القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة: فالقاضي يرجع إلى الأحكام التكميلية والمفسرة في المسائل التي تركها المتعاقدان، ولم يتفقا عليها.

---

1 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص:62.

2 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص:62.

3 عبد الحكيم فودة: **المرجع السابق**، ص: 20-21.

4 دريد محمود علي: **المرجع السابق**، ص: 270-271.

العرف: وإذا كان العرف من عوامل تفسير العقد، فإنه أيضا يكون عاملا في تحديد نطاقه. ويظهر جليا في المسائل التجارية، والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري.

العدالـة: وقد يتشرد القاضـي بقواعد العدالـة لاستكمال العقد، مثـال ذلـك التـزام بـائع المتجـر بعدم منافسـة المشتري وذلك بالامتناع عن انتزاع عملاء المتجر[1].

وعليه فإن القاضي يكمل العقد بالرجوع إلى النصوص الأربعة السابقة الذكر مجتمعة بأنه إذا وجد في القانون ما يكمل العقد فإنه يمكن بعد ذلك البحث عن تكملة أخرى في العنصرين التاليين، فلا محل لإعمال قواعد التدرج الخاصة بمصادر القانون.[2] كما أن قيام القاضي بتكميل العقد يعد من المسائل القانونية التي يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز، بينما سلطته في تفسير العقد تعد من مسائل الواقع التي لا رقابة لمحكمة التمييز عليها[3].

الفرع الثاني:تمييز التكميل عن التكييف.

التكييف مسألة تثار دائما عند تطبيق أي قاعدة قانونية، ويرجع ذلك إلى أن القانون يتكون من مجموعة محدودة من القواعد بينما وقائع الحياة متنوعة وغير محدودة، فعند تطبيق القانون على الواقع فإن ذلك يستلزم دائما تكيف هذا الواقع، بمعنى تحديد الطائفة التي ينتمي إليها هذا الواقع تمهيدا لتطبيق القواعد القانونية التي تحكم هذه الطائفة عليه[4].

إذن إن التكييف يأتي بعد عملية تفسير العقد، وعلى القاضي القيام بعملية تكيف العقد ومعناه إعطاء العقد الوصف القانوني، أي إدخاله في نوع معين من العقود، هل هو عقد بيع أو إيجار أو هبة أو مقاولة مثلا[5]، وعند قيام القاضي بتكييف العقد، لا يتقيد مطلقا بما يعطيه المتعاقدان من تسمية للعقد الذي أبرماه وإذن فالقاضي يكيف عقود الخصوم ويصفها الوصف الصحيح من واقع نصوص العقد والأوراق والمستندات المقدمة إليه[6].

وأحيانا قد تختلط عملية تكيف العقد مع عملية تكميله، فعملية تكميل العقد هي سد النقص في تنظيم العقد الصحيح، بمعنى أن هناك تعبيرا تصرفيا اشتمل على العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاده، ولم يشتمل على العناصر التفصيلية أو الثانوية كجزء من التعبير عن الإرادة، فإن التكميل يعني إضافة الجزء الناقص إليه، وإذا كان إضافة هذا الجزء قد تم عن طريق الاتفاق بين الطرفين المتعاقدين فإن طبيعة التكميل تأخذ حكم طبيعة الاتفاق[1].

---

1 محمد صبري السعدي: **المرجع السابق**، ص: 295-296.

2 يوسفي سلمى: **المرجع السابق**، ص: 08

3 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص: 63.

4 نبيل إبراهيم سعد: **المرجع السابق**، ص: 269.

5 محمد صبري سعدي: **المرجع نفسه**، ص: 290.

6 محمد صبري سعدي: **المرجع نفسه**، ص: 290.

وحين يقوم القاضي بتكميل العقد وسد النقص فيه فإن الأمر يكون مختلفا، فهل يكون للتكميل الطبيعة نفسها للعقد، أم طبيعة أخرى مختلفة؟

بناءا على ما تقدم نخلص إلى أنه تكيف العقد مسألة قانونية وهي إعطاء الوصف أو الاسم الحقيقي للعقد موضوع النزاع من أجل تطبيق القواعد القانونية عليه، ولهذا فإن القاضي يقوم بتكيف العقد بغض النظر عن الوصف الذي يصفه له المتعاقدين[2]، فالتكييف يساعد على معرفة طبيعة التكامل، وهذا يساعد القاضي في عملية التفسير على اكتشاف المعنى الحقيقي للعبارة الغامضة، ويسمح التكييف أيضا على تحديد الغرض الخاص بهذه العملية وإن القاضي ملزم بتكيف العقد طالما ثار نزاع حول وصفه[3]، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1983/5/7 والذي نقض قرار المجلس الذي لم يبث في القضية الأساسية التي يتوقف عليها النزاع والمتعلقة بوضع تكييف العقد المبرم بين المتنازعين[4].

وعليه فيمكن أن نحدد الفرق بين التكميل والتكييف، بأن التكميل يشترط وجود نقص في تنظيم العقد وتفسيره بشرط وجود تعبير لم يوقف المتعاقدين فيه نية الإفصاح عما قصداه، وأن القاضي يضيف إلى المضمون ما اعتراه من نقص كان في المقتضى الاتفاق عليه، حيث يلجأ القاضي إلى تطبيق القواعد المكملة والأحكام حيث لا يوجد تعبير صادر عن المتعاقدين بصدد المسألة المختلف عليها بينهم.

والهدف من التكميل هو سد هذا النقص[5]، أما التكييف الصحيح للعقد يعتمد أساسا على فهم الوقائع والعناصر التي يتكون منها العقد وأن تكميل العقد يرد على وجود عقد صحيح لم تنظم في مسألة تفصيلية من قبل المتعاقدين، ويجب أن تكون هذه المسألة من مستلزمات العقد حسب طبيعته ووفقا لما يقضي به القانون والعرف والعدالة، وأن التعبير يكون ناقصا في العقد الصحيح وبالرغم من وضوح هذا التعبير وهذا شرط التكميل وبالوقت الذي يكون التكييف عملية قانونية يتولاه القاضي وبموجبها يتم تحديد ماهية العقد أو تحديد الوصف القانوني له.[6]

وعلى هذا الأساس فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتقديرها إذا كان العقد يحتاج أو لا يحتاج إلى التكميل ولكن قراره هذا يجب أن يسير، أما إذا قرر التكميل فإنه سيطبق قواعد قانونية فتعتبر المسألة مسالة قانون وليس مسألة واقع وكذلك يخضع في هذه المسألة لرقابة محكمة التمييز[7].

1 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص: 40.

2 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 65.

3 يوسفي سلمى: **المرجع السابق**، ص: 11.

4 قرار صادر من المحكمة العليا، رقم 28766، بتاريخ 07 ماي 1983، منشور المجلة القضائية 1989، العدد الأول، ص:135.

5 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 65-66.

6 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 66.

7 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 66.

وفي التكييف لا يضيف القاضي للعقد شيئا بل يصفه الوصف القانوني الصحيح تمهيدا لتطبيق القواعد القانونية عليه، أما التكميل فالبحث يدور حول النقص في التعبير من عدمه، فإن كان ناقصا فيضاف إليه ما يقتضيه بحسب القانون والعرف والعدالة[1].

وعليه ومن خلال ما سبق ذكره، تبين أن التميز بين تكييف العقد وتكميله يمكن في أن هدف تكميل العقد هو سد النقص الذي يعتري العقد الصحيح الذي اشتمل على عناصر جوهرية ولم يشتمل على العناصر التفصيلية،أما هدف التكييف هو إعطاء الوصف الحقيقي للعقد أو الواقعة القانونية محل النزاع، وإدخاله ضمن طائفة معينة وذلك من أجل تطبيق القواعد القانونية عليه.

الفرع الثالث: تمييز تكميل العقد من التعديل:

العقد الصحيح المولد للالتزام ليس هو العقد الذي يتم فيه اتفاق الطرفين على إنشاء الالتزامات فحسب،وفي ظل التغيرات الاقتصادية والفنية الحاصلة، أصبحت مراقبة ومراجعة العلاقات التعاقدية من قبل القاضي أمرا لامناص منه بل وضرورة لتحقيق العدالة العقدية على الرغم من كون ذلك خروجا عن أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد وهو مبدأ شريعة المتعاقدين[2].

يكون للعقد بمقتضى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين قوة ملزمة يلتزم بمقتضاها المتعاقدان بتنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ويكون العقد بمثابة قانون يطبقه القاضي في تنظيم العلاقة بين المتعاقدين ذلك العقد وليد إرادتين وما تعده إرادتان لا تحله إرادة واحدة، ويجب تنفيذ العقد بما توجبه حسن النية[3].

بيد أن ما يقترن بالعقد من شروط تعسفية في حق أطراف العقد، وما قد يطرأ حال تنفيذ العقد من أحداث وظروف تؤدي إلى عدم التوازن في العلاقة العقدية، قد دفع المشرع إلى منح القاضي سلطة تعديل العقد لمواجهة تلك الأوضاع وإعادة التوازن العقدي وتجنيب أطراف العلاقة العقدية أضرارا فادحة ستلحقهم جراء مواصلة تنفيذ العقد بسبب ما اقترن به من شروط ابتداء أو ما طرأ عليه من ظروف أثناء التنفيذ.

يمكن تعريف تعديل العقد بأنه إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عناصر من العقد، وذلك بالإنقاص أو بالإضافة بغية المحافظة على العقد، وهو إجراء تغيير جزئي، وينصب هذا التغيير على عنصر من عناصر العقد أو بند من بنوده بالحذف أو الإضافة أو استبدال بعض الشروط في العقد الأصلي بشروط أخرى أكثر مرونة، بغرض مواجهة الصعوبات التي قد تعترض الأطراف بغية تحقيق الهدف من العقد، وهو مراعاة مصالح الأطراف»[4].

---

1 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص: 66

2 تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على: « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقصه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون».

3 فؤاد محمود معوض: **دور القاضي في تعديل العقد**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص: 231.

4 محمد بوكماش: **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012، ص:68.

يفترض التعديل القضائي[1] وجود عقد صحيح بين الطرفين وحصول اختلال في توازن الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي الأمر الذي من شأنه أن يلحق بأحد طرفي العقد عبئا أو ضررا، وبناءا على طلب الطرف المضرور يقوم القاضي بإجراء مثل هذا التعديل فيما يتعلق بالعقد مراعاة للعدالة، بحيث يعيد التوازن المفروض أصلا بين التزامات الطرفين.

يملك القاضي سلطة تعديل الالتزامات العقدية إن توافرت الأسباب التي تجعل هذا التعديل ضروريا لتحقيق العدالة، وإن اعتبر هذا التدخل خرقا للقوة الملزمة للعقد التي يمنع المساس بها، فإن القاضي يعدل العقد استثناءا لإرساء التوازن العقدي، ومن بين الحالات الشائعة التي يجوز غيها للقاضي إجراء مثل هذا التعديل حالة الظروف الطارئة، حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان وحالة الشرط الجزائي.

تترجم نظرية الظروف الطارئة كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول على التعاقد،ينجم عنه اختلال كبير في المنافع المتولدة عن عقد يتوافى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر المعاملات[2].

تقوم نظرية الظروف الطارئة على مسألة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد في مرحلة تنفيذه بسبب حوادث استثنائية عامة غير متوقعة، بحيث يصبح التزام المدين مرهقا، لذلك من العدل والعدالة أن يتدخل القاضي لتعديل العقد التي تغيرت بصفة مفاجئة ظروف تنفيذه عن الظروف التي كانت سائدة أثناء تكوينه.[3]

حتى يتمكن القاضي من تطبيق نظرية الظروف الطارئة وتعديل العقد وجب توفر مجموعة من الشروط[4]،فالعقد يجب أن يكون متراضي التنفيذ وأن تكون الحوادث استثنائية عامة وليس في الوسع توقعها وأن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا لأن استحالة تنفيذ الالتزام تؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون[5].

---

1 تعديل العقد 3 أنواع: تعديل اتفاقي: وهو الحاصل باتفاق الأطراف، وتعديل تشريعي وهو التعديل الذي لا يستند غلى إرادة المتعاقدين أو اتفاقهما، بل يتم رغما عنهما، وخلافا لما اتفق عليه، ويتم بصدور تشريع يقرره، أما التعديل القضائي فهو التعديل الذي يجريه القاضي بمناسبة نزاع مطروح عليه بموجب طلب من أحد طرفي العقد وعادة ما يكون هذا النوع من التعديل بتفويض صريح من القانون بفروعه المختلفة، وهو نقاش كبير في الدراسات القانونية كونه استثناء يرد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.– انظر تفصيل أنواع التعديل في : محمد بوكماش، المرجع السابق، ص: 69–72.

2 محمد رشيد قباني: **نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، ص: 131.

3 علاق عبد القادر: **أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها (دراسة مقارنة)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007–2008، ص:80.

4 تنص المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري على: «... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول».

5 راجع شرح شروط نظرية الظروف الطارئة من خلال:

– رمضان أبو السعود: **النظرية العامة للالتزام: (مصادر الالتزام)**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص:221–231.

– محمد صبري السعدي: **المرجع السابق**، ص: 305–308.

إذا توافرت الشروط السابقة تطبيق حكم نظرية الظروف الطارئة فيجوز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق غلى الحد المعقول، معنى ذلك أن على القاضي أن يقدم بتعديل وتحقيق التوازن بين التزامات الطرفين وتوزيع الخسارة بينهما إن أمكن ذلك.

والقاضي في هذا التعديل لا يزيل كل الخسارة التي تلحق المدين، وإنما يقوم بهذا التعديل للحد من هذه الخسارة الفادحة التي تصيب للمدين بقصرها على الحد المعقول وتحقيق هذا التوازن يترك تقديره للقاضي، فقد يقوم بإنقاص التزام المدين أو زيادة الالتزام المقابل وفقا لظروف وقد يختار القاضي لإعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين إيقاف تنفيذ العقد مدة معينة حتى تنتهي الظروف الاستثنائية وذلك إن كان من المتوقع زوال هذه الظروف[1].

يفيد عقد الإذعان بأن الطرف القوي قد استقل بوضع شروط العقد، ومن ثم وضع شروطا لمصلحة وعلى حساب الطرف المذعن الذي لا يمكن مناقشة هذه الشروط وتعديلها، ومن هنا كانت ضرورة التدخل التشريعي لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية[2].

لقد أقر المشرع للقاضي سلطة تعديل عقد الإذعان وموازنة الالتزامات التعاقدية بين أطرافه، وذلك بتعديل الشروط التعسفية على نحو يزيل ما بها من تعسف أو إعفاء الطرف المذعن منها إعفاءا تاما، ويتم ذلك في ضوء اعتبارات العدالة[3].

يمثل الشرط الجزائي تقديرا اتفاقيا للتعويض سواء عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه ويحصل مقدما ما قبل وقوع الضرر، ويشترط لاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه توافر مجموعة من الشروط وهي الخطأ، الضرر –العلاقة السببية وإعذار المدين[4].

يقوم القاضي بالتأكد من مدى توافر الشروط السابقة وفحص كل شرط على حدى، وبعد ذلك وجب عليه التدخل لتعديل مضمون الشرط الجزائي عن طريق تخفيضه غلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن، وذلك إذا كان المدين قد نفذ بعض التعهدات التي التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر، كما يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذ أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه وللقاضي أيضا الزيادة في الشرط الجزائي إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما[5].

---

1 رمضان أبو السعود: **المرجع السابق**، ص: 231-234.

2 حمزة قريشي وآخرون: **سلطة القاضي في تعديل العقد**، مذكرة تخرج من أجل نيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية، لكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية،جامعة ورقلة، 2004-2005، ص: 32.

3 أقر المشرع الجزائري سلطة تعديل عقد الإذعان من خلال المادة 110 من القانون المدني والتي تنص على: « إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

4 بوفاجة عبد الرحمان: **دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008، ص:89.

5 نظم المشرع الجزائري أحكام الشرط الجزائي من خلال المواد 183-184-185 من القانون المدني.

بعد تقديم عرض موجز لمفهوم تعديل العقد وبيان حالاتهن سيتم إبراز أهم نقاط التشابه والاختلاف بين سلطة القاضي في تكملة العقد وسلطته في التعديل.

من ناحية أولى، وفيما يتعلق بأوجه التشابه بين تكملة العقد وتعديله[1] نلاحظ أن كلاهما يقعان على عقد صحيح، ولا يمارس القاضي سلطته في كل منهما إلا بمناسبة ما يعرض أمامه من نزاعات ناشئة بين طرفي العقد. كما إنهما يشتركان في النطاق الزمني الذي يُطبَقان فيه، حيث أن كلا منهما لا يكون إلا في الفترة اللاحقة على إنشاء العقد أو إبرامه.

يضاف إلى ما سبق أنهما قد يتفقان في الأثر الذي يترتب على كل منهما وهو التغيير الجزئي في مضمون العقد، فإذا كان نظام تكملة العقد يترتب عليه إضافة التزامات تجديده غلى العقد لم تحددها إرادة المتعاقدين حتى يتم تحقيق الهدف المنشود من التعاقد.

فإن نظام التعديل قد يترتب عليه كذلك إضافة التزامات لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين بهدف إعادة التوازن بين التزامات الطرفين ووجه الاتفاق هنا يكاد ينحصر في الواقع في صورة واحدة من صور التعديل العقدي وهي التعديل بالإضافة.

من ناحية ثانية، وفيما يتعلق بأوجه الاختلاف بين تكملة العقد ونظام التعديل فقد تم رصد أوجه متعددة للاختلاف بين النظامين[2] فهذين الأخيرين يختلفان من حيث الغاية التي يرميان إليها، فبينما يقوم القاضي في نظام تكملة العقد بإضافة الالتزامات التكميلية التي لم ينص عليها في العقد باعتبار أن تلك الالتزامات المضافة مما يستلزمه العقد من حيث طبيعته ومما يساعد على تحقيق الغرض من التعاقد، فإن نظام التعديل يفرض على القاضي إزالة الإخلال الحاصل توازن الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي ومنع الضرر بأحد أطرافه تحقيقا للعدالة العقدية.

كذلك يختلف تكميل العقد عن تعديله من حيث أن القاضي يمارس سلطته في استكمال العقد من تلقاء نفسه دون أن يتوقف ذلك على طلب المتعاقدين باعتبار أنه يقوم بتحديد نطاق العقد، بينما لا يجوز للقاضي تعديل العقد إلا بطلب من صاحب المصلحة أو ذوي الشأن وهو في ذلك يمارس سلطة استثنائية ترد على القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد لشريعة المتعاقدين.

يضاف إلى ما سبق أن مسألة تكميل العقد تعد من مسائل القانون لذلك فإن القاضي يخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا[3] أما تعديل العقد فهو يعد من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

1 راجع أوجه التشابه ين تكميل العقد وتعديله من خلال: – محمد بوكماش، المرجع السابق، ص:84.

2 راجع أوجه الاختلاف بين تكميل العقد وتعديله من خلال: – محمد بوكماش: المرجع نفسه، ص: 85.

3 للإطلاع على تفاصيل أكثر حول رقابة المحكمة العليا على دور القاضي في تكميل العقد، أنظر: خالد عبد حسين الحديثي: المرجع السابق، ص: 153-157.

المبحث الثاني

سبل تكميل العقد

تمهيد:

الموجهات التي يسترشد بها القاضي عند تنظيم المسائل التفصيلية، يسترشد القاضي عند إكمال نطاق العقد بتنظيمه للمسائل الثانوية بعد موجهات وتتمثل هذه الموجهات معايير موضوعية مجردة عن إرادة المتعاقدين،فالقاضي لا يبحث عما يحتمل أن يريده المتعاقدين لو أنهم نظموا المسائل التفصيلية، كما أن ما يحكم به لا يمثل إرادتهم المفترضة[1]، بحيث نجد المشرع الجزائري نص على تكملة العقد في نص المادة 2/107 من ق.م.ج والمشرع المصري في نص المادة 148 من ق.م.م وكذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 1138 من ق.م.ف[2].

وطبقا للفقرة الثانية من المادة 107 من ق.م.ج: " ... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته...."، ويتمثل مضمون العقد إذن في المسائل الواردة فيه صراحة من حقوق واجبات من جهة، وتلك التي ترد فيها إلا أنها تعد من مستلزماته من جهة أخرى.[3]

يتضح من نص المادة السابقة أن مضمون العقد ونطاقه لا يتحددان فقط بما اتجهت إليه النية المشتركة للعاقدين، بل يسترشد القاضي في تحديد مستلزمات العقد بعوامل ذكرها القانون على سبيل الحصر.

وبناءا على تحديد نطاق العقد، يصل القاضي إلى الآثار المترتبة عليه، حتى يقوم كل عاقد بالتزامه والعوامل هي: طبيعة الالتزام، القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة، العرف، العدالة[4].

---

1 سعد حسين ملحم الحلبوسي: **دور القاضي في إكمال نطاق العقد تطبيقا للمادة 86 من القانون المدني العراقي**، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، المجلد الأول، العدد الأول، 2010، ص: 62.

2 تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري: " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" وتنص المادة 148 من القانون المدني المصري " على القاضي أن يكمل العقد" ونص المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي " إن العقد لا يلتزم بما يحتويه فقط بل كذلك نأخذ بالتزام طبقا لطبيعة ما تقضي به العدالة والعرف والقانون".

3 علي فلاني: **الالتزامات العامة للعقد**، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر،2005 ص:364.

4 محمد صبري السعدي: **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة، الالتزامات، الطبعة الرابعة، الجزائر 2009، ص:293-294.

المطلب الأول: طبيعة الالتزام.

تملي طبيعة العقد على القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقا للقانون والعرف والعدالة فمن باع عينا يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكلما أعد بصفة دائمة لاستعمالها لما تقضي به طبيعة الشيء.[1]

ويستطيع القاضي أن يسترشد بطبيعة العقد لاستكمال نطاق العقد فمن يبيع سيارة مثلا يفترض أنه قد باع معها كافة الأدوات الإضافية التي لا تسير السيارة بدونها، ومن ذلك أيضا أن القضاء يدخل في عقد نقل الأشخاص التزاما على الناقل بضمان سلامة الوصول إذ أن المفروض من طبيعة الالتزام بالنقل أن يضمن الناقل تحقيق نتيجة محددة وهي وصول الشخص سالما معافى إلى مكان الوصول كما أن القضاء اعتبر أن عقد الفندقة التزام بسلامة النزيل يقوم على عاتق صاحب الفندق، وهذا الالتزام يعتبر التزام ببذل عناية.[2]

كما يستطيع القاضي أن يسترشد بطبيعة الالتزام لاستكمال نطاق العقد فمن يبيع محلا تجاريا يجب عليه أن يسلم المشتري الدفاتر والسجلات التي تبين المركز المالي للمحل التجاري، ماله من حقوق وما عليه من ديون،وكل ما يتصل بالعملاء من بيانات مفيدة.[3]

ويتحدد نطاق العقد بالأحكام والالتزامات التي وردت في العقد صراحة، يضاف إليه الأحكام والالتزامات التي يمكن أن تكون إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها ضمنا والمثل على ذلك أن يذكر المتعاقدين في عقد البيع المبيع من حيث صفاته ووزنه ولونه ومدى صلاحيته للاستعمال، ويذكر في العقد بيانا واضحا عن الثمن من حيث مقداره وكيفية دفعه.[4]

فهذه كلها شروط صريحة في العقد تكون ملزمة للعاقدين باعتبارها شريعتهم الخاصة الملزمة بهم التي اتجهت إرادتهم وبشكل صريح إلى الالتزام بها، ومنها ما يدخل في العقد ضمنا من غير ذكر، فحينما يشتري الجزاز من تاجر القماش كمية من الأقمشة فإنه يتعين على التاجر تسليمها إليه بأطوال كبيرة وليست مقطعة أو مجزأة إلى عدة قطع ولو لم ينص على ذلك في العقد، وإلا فإنه يضيع على الجزاز الغرض الذي من أجله اشترى البضاعة والتي كان الدافع إليها بيعها مرة أخرى للجمهور.[5]

فالقاضي حينما يكمل نطاق العقد لا يبحث فيما يريده المتعاقدان لو أنهم واجهوا المسألة المتروكة حتى ينشغل بالبحث عن إرادتهما المشتركة وإنما سيسد النقص في مضمون العقد اعتمادا على طبيعة الالتزام بحسب ما ترشد إليه المواجهات الموضوعية هي القانوني والعرفي والعدالة، وبهذه العملية فإن القاضي يعد

1 نوي فتيحة: **سلطة القاضي في تفسير العقد**، رسالة ليسانس، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014، ص: 27.

2 محمد حسين منصور: **النظرية العامة للالتزام مصادر**، طبعة 2006، الدار الجامعية الجديدة، الاسكندرية، ص: 282.

3 نبيل إبراهيم سعد: **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008، ص:282.

4 دريد محمود علي: **النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام**، ط1، منشورات الحلي الحقوقية، 2012، ص:275.

5دريد محمود علي: **المرجع نفسه**، ص:275.

عمله من المسائل القانونية التي يخضع من المسائل القانونية التي يخضع فيها إلى رقابة محكمة التمييز [1].

ويتبين لنا أن المشرع قد ربط مستلزمات العقد وطبيعة الالتزام واشترط في المحددات التي ذكرها القانون والعرف والعدالة أن تكون ملائمة مع طبيعة الالتزام الأصلي للعقد، لذا فإن القاضي حينما يقوم بإكمال نطاق العقد فعليه أن يظل في دائرة طبيعة الالتزام ولا يخرج عنها، وإلا فإن اجتهاده يكون عرضة للخطأ ومن ثم للنقض.[2]

ومن هنا نستخلص أن القاضي يلجأ إلى تكملة العقد إذا لم يتم تحديد المسائل بكل تفاصيلها من طرف المتعاقدين وذلك حسب نص المادة 2/107 من ق.م.ج.[3]

المطلب الثاني: تكميل العقد وفقا للقانون.

يملك الطرفان المتعاقدان الحرية في تجديد نوع الالتزام كل منهما ومداه من خلال حريتهما في تحديد مضمون العقد بالاختيار والبنود والشروط التي يرتضونها ولا يحد من هذه الحرية إلا النظام العام والآداب العامة،وما يضعه المشرع من قواعد آمرة، فالمشرع يملك السيطرة على العقود حتى لا تكون أداة بيد الأفراد للإخلال بالأمن الاجتماعي غير أن القواعد الآمرة يجب أن تكون في نطاق ضيق وأن يكون الهدف منها أساسا حماية إرادة المتعاقدين ومنع الاعتداء على حريات الآخرين وحقوقهم الطبيعة.[4]

إذن فالمشرع يساهم في تكميل العقد بما يضعه من قواعد قانونية سواء كانت آمرة أو مفسرة تنظيم الجوانب المختلفة للعقد وتسد النقص الذي يشوب التنظيم الذي يتفق عليه المتعاقدين.

ومن هنا فإن القانون بما فيه من قواعد مجملة يساهم في تحديد مضمون العقد والقاضي يطبق هذه القوانين على المسائل التي لم تنظمها إرادة المتعاقدين ويعدها مندرجة في العقود، إلا إذا استبعد الطرفان صراحة،ومراد من ذلك أن هناك نظاما تعاقديا أمد القانون للعديد من العقود ومثال ذلك القواعد المكملة التي نص عليها المشرع بشأن مكان وزمان تسليم المبيع ومكان الوفاء بالثمن وزمانه، وما يرجع به المشتري على البائع إذا استحق المبيع استحقاقا كليا أو جزئيا أو إذا أظهر فيه عيب خفي.[5]

ويعتبر القانون بالنسبة للعقود المسماة المرجع الأول والرئيسي لاستكمال العقد الذي أغفل بعض التفاصيل، ويكون دور القواعد قانونية في إطار دورة تكميلية لإرادة المتعاقدين وفي هذا الشأن يجب التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، فالأولى تلزم المتعاقدين ولا يمكنهما الاتفاق على مخالفتها، أما الثانية فلا تلزم العاقدين ولهما أن يتفقا على مخالفتها، ولا تطبق إلا إذا لم يتناول العقد المسائل التي عالجتها القوانين المكملة.[6]

---

1 خالد عيد حسين الحديثي: **تكميل العقد (دراسة مقارنة)**، ط1، منشورات الحلي الحقوقية، 2012، ص: 141-142.

2 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 142.

3 نوي فتيحة: **المرجع السابق** ، ص: 27.

4 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 101.

5 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 102-103.

6 علي فلاني: : **الالتزامات العامة للعقد**، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر،2008 ، ص:365-366.

فالقاضـي يرجـع إلـى الأحكـام التكميليـة والمفسـرة فـي المسـائل التـي تركهـا المتعاقـدين، ولـو لـم يتفق عليها، إذ أنـه مـا يصـعب علـى المتعاقدين تنظيم العلاقـة بينهمـا فـي جميع التفصيلات، إمـا لعدم توافعها أو اعتماد على أحكام العقود في بعض التفصيلات، ففي عقد البيع مثلا إذا أغفل المتعاقدين على ميعاد تسليم المبيـع ومكانـه وميعـاد الوفـاء بـالثمن ومكانـه والتـزام البـائع بضـمان التعـرض والاسـتحقاق العيـوب الخفيـة فالقاضي يطبق أحكام عقد البيع والتزام البائع بضمان هذه المسائل.[1]

وينبغـي ملاحظـة أن هـذه الأحكـام المفسـرة، مـاهي إلا الإرادة المشـتركة للمتعاقـدين التـي افترضـها القانون، أو كشف عنها، فالمتعاقدين الاتفاق صراحة أو ضمنا على عدم تطبيقها أو تعديلها، أو تقيدها طبقا لما يريدانه،فكما هو معروف أن القواعد المكملة أو المفسرة ليست من النظام.[2]

ويعتمد القاضي على هذه القوانين التفسيرية لإكمال العقد ويمكن الإشارة على سبيل المثال إلى الفقرة الثانية من المادة 356 من ق.م.ج التي تنص على " ... وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم العاقدين تحديد السوق الذي يجب الرجوع إليه لتحديد الثمن فإن العبرة تكون بسعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع.[3]

كمـا يتحدد نطـاق العقد بالأحكـام والالتزامـات التـي تفرضـها القواعد القانونيـة التـي تسري علـى العقد بوجه خاص، فإذا كان العقد عقد بيع انطبقت عليه الأحكام التي تحكم عقد البيع، وإن كان العقد عقد إيجار سرت بشأنه الأحكام القانونية التي وردت المشرع في خصوص عقد الإيجار، والمقصود بالقواعد القانونية في هذا المجال تلك القواعد الآمرة التي لا يجيز القانون الاتفاق على خلافها ويعتبر كل اتفاق على خلافها باطلا بطلانا مطلقا.[4]

فيطبق القاضي هذه القواعد القانونية باعتبار أنها جزء لا يتجزأ من العقد فإذا ما اتفقوا في العقد على خلافها بطل ذلك الاتفاق والمثال على القواعد الآمرة ضمان البائع للاستحقاق المبيع إذ لا يستطيع البائع أن يعفي نفسه من هذا الضمان لتعلقه بالنظام العام وبالتالي فهو ملزم للبائع ولو لم يرد ذكره في العقد.[5]

أمـا القواعد القانونيـة المكملـة لإرادة المتعاقدين فتسري كذلك فـي حقهم طالمـا أنهـم لـم يسـتبعدوها من عقدهم بشرط صريح فيه، إذ يتعذر على الأفراد في الغالب تنظيم علاقاتهم التعاقدية في تفصيلاتها ويكتفون عـادة بالاتفـاق علـى العناصـر الرئيسـية للعقد تـاركين تفصـيلاتها كلهـا أو بعضـها لعدم درايـتهم بهـا أو اعتمـاد على تنظيم القانون لتلك العلاقات.[6]

1 محمد صبري السعدي: **مصادر الالتزام النظرية العامة للالتزامات**، د.ط، دار الكتاب الحديث الجزائر، 2003، ص: 319.

2 محمد صبري السعدي: **المرجع نفسه**، ص: 319-320.

3 علي فلاني: **المرجع السابق** ، ص: 366.

4 دريد محمود علي: **المرجع السابق** ، ص:275-276.

5 دريد محمود علي: **المرجع نفسه**، ص:276

6 دريد محمود علي: **المرجع نفسه**، ص:276

والخلاصة أنه لا يمكن لأطراف العقد التطرق إلى كافة المسائل التي يتطلبها التعاقد وفي هذه الحالة على القاضي الرجوع إلى القواعد المكملة التي وردت في موضوع العقد باعتبار أن الإرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها بسكوتهما عن ذكر ما يخالفها ولذلك نص المشرع الجزائري في المادة 3/107 على أنه: " على القاضي أن يستعين في تفسير العقد بالظروف التي أحاطت بالتعاقد وطريقة تنفيذ العقد التي أخذ بها المتعاقدان"[1].

المطلب الثالث: العرف.

العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين وشعورهم بإلزامه وبضرورة مجازاة من يخالفه، والعرف مصدر تلقائي فطري بطيء ينبع من مشاكل الناس وما يحيط بهذه المشاكل عن واقع، لا يتدخل في تكوينه إرادة مدبرة وفكرة وإنما يتكون بطريقة غير محسوسة، وغير محددة فلا أحد يعلم كيف ومتى ظهرت القاعدة وكيف تطورت ولهذا كان العرف هو المصدر الرئيسي بل الوحيد للقانون في المجتمع البدائي، والعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصال مباشر بالجماعة[2].

ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء، كما أن العرف هو الحلول التي تهدي لفض منازعات وتنظيم الروابط بينهم[3].

ويلعب العرف دورين أساسين في نطاق القانون المدني:

أولا: الدور الأصلي للعرف: يلعب العرف دور أصلي في نطاق القانون المدني يتمثل بسد النقص الحاصل في التشريع، وقد نص على هذا الدور المادة 2/1 من ق.م.ع حيث جاء فيها: "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف".

ثانيا: الدور التابع للعرف: قد يلعب العرف دور تابع للقاعدة التشريعية عندما لايسد نقصا في التشريع، وإنما تفوض القاعدة التشريعية للقيام بتنظيم مسألة معينة أو تطلب منه مساعدتها في ضبط معيار مرن ورد فيها أو كشف نية المتعاقدين عند غموض الإرادة الظاهرة[4].

ومن أمثلة معاونة العرف لنص القانون في ضبط المعيار المرن ما نصت عليه المادة 537 من

ق.م.ع من أنه: " تدخل في البيع من غير ذكر كل ما يجري العرف على أنه من مشتملات المبيع"، فعبارة مشتملات المبيع عبارة مرنة استعان النص التشريعي بالعرف لأجل تحديدها.

---

1 نوي فتيحة: **المرجع السابق** ، ص: 25-26.

2 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص: 111.

3 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 111-112.

4 سعد حسين ملحم الحلبوسي: **المرجع السابق**، ص:59-60.

ورأينا أن العرف يجري القانون في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه، ويتصل بالعرف الشروط المألوفة فتضاف إلى العقد شروط التي جرت العادة بإدراجها فيه، وهي شروط أكثر تحديد من العرف[1].

ذلك أن هناك عقودا أصبح من المألوف فيها أن يشتمل على عبارات معينة، حتى تكرار هذه العبارات غير ذي فائدة، وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الأخير بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط ولو لم تذكر لأنها أصبحت عرفا خاصا بهذا العقد[2].

وإذا كان العرف من عوامل التفسير العقدي، فإنه أيضا يكون عاملا في تحديد نطاقه ويظهر ذلك جليا أيضا في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري[3].

ويجب أن نلاحظ بأن القواعد التي يلجأ إليها القاضي ويضيفها لالتزامات المتعاقدين هي القواعد العرفية المكملة لا القواعد العرفية المفسرة، إذ أن العرف المفسر هو العرف الذي يلجأ إليه عند غموض عبارة العقد، أي هو ذلك العرف الذي يستعان به في تفسير العقود وصولا إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، أما العرف المكمل فهو العرف الذي يلجأ إليه عند عدم وجود نص في العقد ينظم بعض المسائل التي يتكفل بها العرف[4].

ويساهم العرف كذلك في تحديد مضمون العقد، كما أسهم في تفسير هذا العقد والعرف يجري مجرى القانون ويكمل نطاق العقد بوجه خاص في المسائل التجارية والمعاملات البحرية، كما يؤخذ على وجه الخصوص في أعمال البنوك والعقود التجارية[5].

ومثال ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفع بها الخدم، فهذا الشرط ينفذ حتى ولو لم يذكر ذلك للعميل، وحتى ولو لم يره مكتوبا، ولكن عند تعارض شرط مألوف مع شرط خاص أدرج في العقد، فالشرط الخاص هو الذي يعمل به[6].

وأيا كان الأمر فإن العرف الواجب التطبيق هو العرف المتبع في المكان الذي جرى فيه العقد وينبغي في هذا الصدد تطبيق العادات التجارية طالما أنها معروفة من العاقدين كلاهما وبشرط أن تكون العادة

1 عبد الرزاق السنهوري: **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، ج1، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، ص:293.

2عبد الرزاق السنهوري: **المرجع نفسه**، ص: 294..

3 محمد صبري السعدي: **المرجع السابق**، ص:323.

4 دريد محمود علي: **المرجع السابق** ، ص:277.

5 عبد الرزاق السنهوري: **نظرية العقد**، ج2، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص: 951.

6 عبد الرزاق السنهوري: **المرجع نفسه** ، ص:955.

مطردة غالبا، يسير عليها الناس في الغالب منهم وأن خالفها قلة منهم، حيث يفترض أن المتعاقدين قد قصدا تطبيق حكم هذه العادات في عقودهم ما لم يثبت العكس[1].

ويعتبر في عداد العرف أيضا، الشروط المألوفة أي تلك الشروط التي جرت عادة المتعاقدين على إدراجها في عقود معينة حتى أصبح وجودها في تلك العقود مفروضا ولو لم تدرج فيها[2].

نستخلص أن العرف يعتبر مكملا لتشريع فمجاله في هذه الحالة التي يخلو فيها القانون من قاعدة تشريعية تنظم المطروحة، ويتقدم باعتباره المصدر الثاني الذي يتلو التشريع (عدا المسائل الأحوال الشخصية)،ودور العرف هنا أنه يسد الفراغ التشريعي وينظم المشكلة والتي ينظمها التشريع ويسد في ذلك إلى ما جاءت به المادة 2/1 من ق.م.م والتي تقضي بأنه: " وإذا لم يوجب نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف..."[3].

وهذا الدور يجد سنده في نصوص أخرى منها المادة 95 من التقنين المصري التي تنص على: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما يعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"[4].

المطلب الرابع: العدالة.

تعرف العدالة بأنها ذلك الشعور بإنصاف وهو شعور كامن بالنفس يميل له الضمير النقي والعقل السليم،ويوحي بحلول تسري على الأشخاص والحالات مراعية دقائق الظروف والجزئيات وهادفة إلى إيفاء كل ذي حق حقه.

وعرفت أيضا بأنها شعور كامن في النفس يكشف من عنه العقل السليم ويوحي الضمير المستنير ويهدي إلى إعطاء كل ذي حق حقه، دون الجور على حقوق الآخرين[5].

والمقصود بالعدالة هنا هو الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي فالقضاء وفق للقواعد العدالة والإنصاف يعني الفصل في أمر معين طبقا لما يقتضيه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء ،وتكون هذه الأحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القاضي الوضعي[6].

وطبقا للمادة 2/1 من ق.م.ج: " يجب على القاضي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في حالة وجود نص تشريعي أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف"، فالعدالة بهذا المعنى هي إذن

1 دريد محمود علي: **المرجع السابق**، ص:277.

2 دريد محمود علي: **المرجع نفسه**، ص:278

3 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص: 116.

4 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع نفسه**، ص: 117

5 سعد حسين ملحم الحلبوسي: **المرجع السابق** ، ص:62.

6 علي فلاني: **المرجع السابق** ص: 368.

وسيلة لتحديد مستلزمات العقد ودورها هو ضمان العدالة العقدية.[1] وإذا لم يستطع القاضي الوقوف على الإرادة المشتركة للظاهرة والعرف الاجتماعي لا يكون أمامه إلا العدالة المطبقة[2].

لذلك تعتبر قواعد العدالة بالنسبة للقاضي هي المرجع في تحديد مضمون الالتزام إذا لم تسعفه في ذلك أحكام العرف والقانون، وقد يأخذ القاضي بقواعد العدالة لكشف عن نطاق العقد وتحديد مضمونه، فبائع محل تجاري عليه أن يلتزم نحو المشتري بعدم القيام بمنافسة مفتعلة لانتزاع عملاء المتجر، والعامل الذي يطلع على أسرار المصنع عليه أن لا يفشي أسرار المصنع ولو لم يشترط عليه مثل هذه الالتزامات يفترض دخولها في نطاق العقد،حتى ولو لم يرد بشأنها نص في القانون أو لم يتفق عليها وذلك لأن العدالة تقضي تقريرها[3].

لذا فإن المشرع حينما أجاز للقاضي أن يرجع إلى قواعد العدالة قصد مذ ذلك أن يجتهد القاضي رأيه للوصول إلى الحل الذي يطبقه على الحالة المعروضة أمامه مستنبطا القاعدة التي يراها أقرب إلى تحقيق العدالة مراعيا في ذلك الظروف والملابسات التي تحيط بالمسائل المعروضة أمامه، ويستعين القاضي بقواعد العدالة لتحديد المضامين إذا كان التطبيق الجامد للقواعد القانونية يؤدي إلى الظلم[4].

ويتحدد نطاق العقد أيضا بما تمليه قواعد العدالة على أن القاضي يؤمن القاضي بمبادئ العدالة على أنها من مصالح المجتمع ومثله العليا عن العدل والحق.

ويرى بعض الفقه بأنه هناك طريقتين من خلالهما يمكن الاهتداء إلى قواعد العدالة وهما كما يأتي:

الطريقة الأولى: وتتمثل في النظر إلى طبيعة معاملة موضوع العقد فهي تفرض وجود التزام لم يعرض له المتعاقدين.

الطريقة الثانية: التي يمكن أن تهدينا إلى مبادئ العدالة تتمثل بما يتضمنه العقد من عناصر[5].

والعدالة هي آخر الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتكميل العقد فيها ينظمه المتعاقدين، أي أن المقصود بالعدالة هنا هي العدالة المكملة للآثار العقد عند تنظيم المتعاقدين لآثاره في مسألة معينة، ولا يلجأ للعدالة إلا إذا لم يجد حاكما في القانون أو في العرف.

وقد استند القضاء الفرنسي إلى قواعد العدالة للإثراء مضمون العقد بالعديد من الالتزامات مثلا: الالتزام بالسلامة الذي فرض على عاتق الناقل لمصلحة الراكب والالتزام العامل بعدم إفشاء الأسرار الصناعية الخاصة بالمصنع الذي يعمل به[6].

---

1 علي فلاني: **المرجع السابق**، ص:368.

2 عبد الحكيم فودة: **المرجع السابق** ، ص:243.

3 دالي بشير: **مبدأ العقد (دراسة مقارنة)**، مذكرة ماجستير، جامعة مسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2008/2007، ص: 66-67.

4 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص: 111-112.

5 دريد محمود علي: **المرجع السابق** ، ص:278-279.

6 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص: 120-121.

أما المشرع العراقي فقد أجاز للقاضي بموجب المادة 2/86 والمادة 2/150 من التقنين المدني أن يرجع إلى قواعد العدالة لتحديد مضمون فكرة مستلزمات العقد، وما يدخل فيها من التزامات نطاق العقد الذي يشوبه النقص وبالوقت الذي لا يجوز للقاضي أن ينظر إلى العدالة وفق مفهومه الخاص، وأن يعمل بفكرته الشخصية للعدالة عند إكمال نطاق العقد، وإنما عليه أن ينطلق من اعتبارات موضوعية تنسجم مع طبيعة العقد.[1]

من كل ما تقدم يتبين لنا أن عملية تحديد نطاق العقد تتمثل في الآثار التي تترتب عليه في ذمة كل من عاقديه، إذ أن العقد لا يقتصر على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين الفعلية فحسب، بل تشمل أيضا ماهو من مستلزماته ولو لم تتجه إليه إرادتهما، ويتكون من مجموع ذلك نطاق العقد.[2]

وفي الأخير نستنتج أن تكميل العقد وفقا للعدالة ماهو إلا وسيلة احتياطية يستأنس بها القاضي للكشف عن نطاق العقد أو العقد الذي يشوبه النقص ويرجع إليها القاضي في حالة ما لم يجد حلا في القانون أو العرف.

1 خالد عيد حسين الحديثي: **المرجع السابق**، ص: 122-123.

2 دريد محمود علي: **المرجع السابق**، ص:275.

خاتمة

تناولنا من خلال بحثنا المتعلق بتكملة العقد، موضوعا من أهم المواضيع التي تدخل في إطار دراسة العقود لما له من دور في مواجهة نقص تنظيم العقد دون الإخلال بمبدأ القوة الملزمة للعقد. وهذا ما جعل المشرع الجزائري يحرص على غرار جل تشريعات الدول على تنظيم سلطة القاضي في تكملة العقد بموجب نصوص قانونية. و في ختام بحثنا هذا حاولنا تلخيص أهم المسائل التي تم التطرق إليها من خلاله:

– تكميل العقد يعني قيام القاضي بإضافة الالتزامات التي تقتضيها طبيعة العقد والتي لم ينظمها المتعاقدان باقتصارهم على تنظيم المسائل الجوهرية في العقد وترك المسائل التفصيلية فيه إلى ما بعد إبرام العقد، وهو في ذلك لا يساهم في تكوين العقد لأن تدخله يأتي لاحقا على تكوين العقد باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية وليس سابقا عليه، وإنما هو يساهم في سد النقائص في تنظيم العقد الصحيح.

– الأسباب التي تستدعي تكميل العقد عديدة ولعل أهمها النقص في تنظيم العقد من قبل المتعاقدين وعدم تحقق الغرض المقصود من التعاقد أو تعذر تنفيذ العقد على أحد المتعاقدين إلا بإضافة الالتزامات التبعية، كما أن القاضي يهدف من وراء تكملة العقد تحديد نطاقه وبيان ما يدخل وما لا يدخل في هذا النطاق.

– حتى يتأتى للقاضي ممارسة سلطته في تكملة العقد الممنوحة له بموجب القانون لابد من بتوفر شروط ثلاث، أولها هو حصول الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية، ثانيها هو عدم تنظيم المسائل التفصيلية وتركها إلى وقت لاحق أما ثالثها فهو عدم تعليق المتعاقدين انعقاد العقد على وجوب الاتفاق على المسائل التفصيلية.

– القاضي لا يستند عندما يكمل نطاق العقد إلى إرادة المتعاقدين لاستحالة الاستدلال عليها وإنما يرجع إلى معايير موضوعية تدور حول طبيعة العقد متمثلة في أحكام القانون، والعرف، والعدالة، وقد رتب المشرع هذه المعايير، فذكر القانون أولا ثم العرف ثم العدالة ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يرجع للعرف إلا عند عدم وجود قاعدة في القانون ولا يجوز له أن يرجع للعدالة إلا عند عدم وجود قاعدة في القانون والعرف.

– المشرع وبغرض مواجهة الحالات التي يكون فيها تنظيم العقد ناقصا وحرصا منه على تحقيق الغرض من عقد تم صحيحا بين طرفيه اقتصر العاقدون فيه على تنظيم المسائل الجوهرية تاركين بعض المسائل التفصيلية دون تنظيم ودون أن يعلقوا تمام العقد على تنظيمها لاحقا، منح للقاضي سلطة تحديد المسائل التفصيلية حال قيام نزاع بين الأطراف أثناء تحديدها. حيث نص في الفقرة الثانية من المادة 107 من ق.م.ج على " ... لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" ونص أيضا في المادة 65 من نفس القانون على ما يلي " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيا بعد ولم

يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون،والعرف، والعدالة" .

إن أهم نتيجة تم التوصل إليها من خلال هذه الدراسة تتمثل في أن تدخل القاضي لتكملة العقد قد مثل تحولا حقيقيا لدوره من التطبيق الحرفي للنص إلى فضاء الاجتهاد الخلاق من خلال مساهمته الفاعلة في إثراء وتحديد مضمون العقد.

قائمة المصادر والمراجع

I- الكتب:

1) خالد عيد حسين الحديثي: تكميل العقد (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، منشورات الحلي الحقوقية، 2012

2) دريد محمود علي: النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلي الحقوقية، 2012

3) رمضان أبو السعود: النظرية العامة للالتزام: (مصادر الالتزام)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002

4) عبد الحكيم فودة: تفسير العقد قي القانون المدني المصري والمقارن، طبعة 2002، منشأة المعارف بالإسكندرية

5) عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998

6) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000

7) علي فلاني: الالتزامات العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر،2005

8) علي فلاني: الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، الجزائر 2008

9) فؤاد محمود معوض: دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004

10) محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام مصادر، طبعة 2006، الدار الجامعية الجديدة، الاسكندرية

11) محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة، الالتزامات، الطبعة الرابعة، الجزائر 2009

12) محمد صبري السعدي: مصادر الالتزام النظرية العامة للالتزامات، دون طبعة، دار الكتاب الحديث الجزائر 2003

13) نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008

14) هشام محمد محمود كراز: الأصول العامة لالتزام نظرية العقد، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية2004

II- المقالات والمجلات المحكمة:

15) سعد حسين ملحم الحلبوسي، دور القاضي في إكمال نطاق العقد تطبيقا للمادة 86 من القانون المدني العراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، المجلد الأول، العدد الأول، 2010

16) قرار صادر من المحكمة العليا، رقم 28766، بتاريخ 07 ماي 1983، منشور المجلة القضائية 1989، العدد الأول.

17) محمد رشيد قباني: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي السنة الثانية، العدد الثاني.

III- الرسائل الجامعية:

18) بوفاجة عبد الرحمان: دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008

19) حمزة قريشي وآخرون: سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة تخرج من أجل نيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية، لكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية،جامعة ورقلة، 2004-2005

20) دالي بشير: مبدأ العقد (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة مسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2008/2007

21) عبد الفتاح حجازي: تفسير العقد، رسالة الماجستير، قسم البحوث والدراسات القانونية، جامعة دول العربية، معهد البحوث والدراسات 1988

22) علاق عبد القادر: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008

23) محمد بوكماش: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والقفه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012

24) نوي فتيحة: سلطة القاضي في تفسير العقد، رسالة ليسانس، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014

25) يوسفي سلمى: تفسير النقد في ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ليسانس، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015

IV- القوانين:

26) القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري

فهرس المحتويات:

مقدمة:.....أ

المبحث الأول: ماهية العقد 8

المطلب الأول: مفهوم تكميل العقد.....9

الفرع الأول: تعريف تكميل العقد وفقا للنظرية الذاتية.....10

الفرع الثاني: تعريف تكميل العقد وفقا للنظرية الموضوعية. 10

المطلب الثاني: أسباب تكميل العقد. 10

المطلب الثالث: شروط تكميل العقد. 11

الفرع الأول: الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية.....11

الفرع الثاني: الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية.....12

الفرع الثالث: عدم تعليق المتعاقدان لانعقاد العقد على وجوب الاتفاق بشأن المسألة التفصيلية. 12

المطلب الرابع: تميز التكميل عن الأوضاع المشابهة له. 13

الفرع الأول: تميز التكميل عن التفسير. 13

الفرع الثاني:تمييز التكميل عن التكييف.....16

الفرع الثالث: تمييز تكميل العقد من التعديل.....18

المبحث الثاني: سبل تكميل العقد.....23

المطلب الأول: طبيعة الالتزام.....24

المطلب الثاني: تكميل العقد وفقا للقانون. 25

المطلب الثالث: العرف.....27

المطلب الرابع: العدالة.....29

خاتمة:.....33

قائمة المصادر والمراجع:.....36

الملخص باللغة العربية:

يكتسي موضوع تكملة العقد أهمية كبيرة كونه يضمن سد النقص الذي يعتري العقد وتنفيذه بما يحقق الغاية التي قصدها المتعاقدان من وراء تعاقدهم، فإذا حدد الأطراف المسائل الجوهرية في العقد وأغفلوا المسائل التفصيلية فيه ولم يعلقوا انعقاد العقد عليها نشأ هذا الأخير صحيحا، ومن خلال نظام تكملة العقد الذي أقره المشرع يتولى القاضي تحديد المسائل التفصيلية في العقد مستندا في ذلك إلى طبيعة الالتزام القانون، العرف والعدالة.

الكلمات المفتاحية: التكميل، العقد، التفسير، التمييز، الالتزام، العدالة، القانون، العرف.

Résumé *:*

Le sujet de l'achèvement du contrat se couvre d'une grande importance car il comble l'imperfection qui afflige le contrat.

Si les parties déterminément les points essentiels du contracte y négligent les points détail sans stipuler que la faute d'un tel accord serait sans effet e ce contrat est réputé conclu, et à travers le système juridique de l'achèvement du contrat décidé par législateur le juge prendra en charge la détermination des points de détail négligés dans le contrat, en se basant sur la nature de l'obligation, de la loi, de l'usage et de la justice.

Les mots clés : Achèvement, Contrat, interprétation, discrimination, engagement, Justice, loi Personnalisé.

Abstract :

The theme of tme achevement of the contract has covred a great importance, because of its role to complete the desavntage of the performance of the contrat, the caractars want to achieve which their goels according ro this contrat.

If tha parts of the contrat determine the essentiel points and ignore details, the contrat will be acheived saccessfuly.

According to the acheivement of the contrat, the judge takes onro conssideration in detremination of detaiks in contrat and based on the nature of obligation, law, custom and justice.

Keywords: Completion, Contract, interpretation, discrimination, engagement, Justice, Custom law.

قائمة الاختصارات:

ق.م.ج:	القانون المدني الجزائري
ق.م.م:	القانون المدني المصري
ق.م.ف:	القانون المدني الفرنسي
ق.م.ع:	القانون المدني العراقي
ص:	الصفحة
د.ط:	دون طبعة
ج:	الجزء
ط:	الطبعة