تكميل العقد
دراسة مقارنة

الاستاذ الدكتور / اسامة احمد بدر
استاذ القانون المدنى - كلية الحقوق - جامعة طنطا

١ - تقديم

إذا كان العقد لا يقتصر وفقاً لنص المادة ٢/١٤٨ مدني مصري " على إلزام المتعاقد بما ورد فيه "بل" يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته " ، فإن " مستلزمات العقد التي يتضمنها نطاقه تحددها نصوص القانون المكملة ، والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام[1].

وفي محاولة تكوين فكرة عن مستلزمات العقد آثرنا تحليل النص السابق في ضوء استقراء النص الفرنسي المقابل له ، والذي احتوته المادة ١١٣٥ مدني فرنسي ، مقررة بأن العقد لا يُلزم بما جرى التعبير عنه فيه وحسب ، وإنما يتناول الإلزام كذلك النتائج المعزوة إلى العدالة والعرف أو القانون والتي يعبر عنها بالمستلزمات وفق طبيعة الالتزام [2].

وبالتدبر في شروح الفقهاء [3] وتطبيقات القضاء سواء في فرنسا أو مصر لموضوع النطاق العقدي آثرت بداءة أن يكون " تكميل العقد" [(1)] عنواناً لهذه الدراسة وفق منهج تحليلي .

---

1 راجع: نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري .

2 راجع : نص المادة ١١٣٥ من التقنين المدني الفرنسي
V. Art. 1135: (" Les Conventions obligent non seulement à ce qui yest exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.")

3 راجع : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان ، من ص ٥٩١ إلى ص ٦٢٥.
- د. نبيل إبراهيم سعد : النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، طبعة سنة ٢٠٠٧ دار الجامعة الجديدة، من ص ٣٠ إلى ص ٤٤، ومن ص ٢٦٣ إلى ص ٢٨٨.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية ، بدون ناشر ، سنة ١٩٩٥م .
- د. سمير عبد السيد تناغو و د. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، سنة ١٩٩٣م .
- د. سمير عبد السيد تناغو ، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية .
- د. محمد على عمران: مبادىء العلوم القانونية "مصادر الالتزام وأحكامه"، مطبعة القاهرة الجديدة.
- د.محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر، سنة ١٩٨٩م

- د. نزيه محمد الصادق المهدي : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٩م .
- د. منصور مصطفي منصور : دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني " خلاصة دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص " العام الجامعي ١٩٩١- ١٩٩٢م ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس .
- د . حسن عبد الباسط جميعي : أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ م .
- د. حمدي عبد الرحمن : الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، المصادر الإرادية ، العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩ .
- د. سهير منتصر : الالتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠م .
- د. طلبة وهبة خطاب : مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٩٥م .
- د. عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠م ، و" مصادر الالتزام " دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٤م .
- د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال ، القانون والمعاملات ، الدار الجامعية ، سنة١٩٨٧م .
- د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي ، ١ ، نظرية العقد والإرادة المنفردة سنة ١٩٨٣م .
- د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ، ٢ ، في الالتزامات ، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ، سنة ١٩٨٧م .
- د. جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام طبعة سنة ١٩٩١م ، دار النهضة العربية .
- د. منصور مصطفى منصور و د. جلال محمد إبراهيم النظرية العامة للالتزام ، القسم الأول ، مصادر الالتزام ، طبعة سنة ٢٠٠١ – ٢٠٠٢م .
- د. جلال على العدوي : أصول المعاملات ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، سنة ١٩٦٧م .
- د. نبيل إبراهيم سعد : التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة ٢٠٠٥م . .
- د. أحمد شوقي عبد الرحمن : قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها ، طبعة سنة ١٩٧٧م .
- د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسئولية المدنية ، الجزء الأول ، طبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٨م .

[1] وهو العنوان الذي اتخذه الأستاذ الدكتور : جلال على العدوي عنوانا لدراسته بصدد شرح نص المادة ٢/١٤٨ مدني مصري ... أنظر د. جلال على العدوي : مرجع سابق ، ص . (٢٥٠)

وقد آثرت اقتباس هذا العنوان لدراستي نظراً لما يتميز به من بساطة في التركيب وعمق المعنى في ذات الوقت هذا من جانب . ومن جانب آخر ، لأن لفظة تكميل توحي بإبراز الدور المنشيء للقاضي .

ومن الجدير بالذكر: أن الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو، قد استخدم عنوان: "تكملة العقد . أنظر د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، بند ، ص ١٢٤، ص ١٣٨.

وتثير هذه الدراسة جملة من التساؤلات حول فكرة تحديد نطاق العقد؟ والسبل التي أوجدها نص المادتين ٢/١٤٨ مدني مصري و ١١٣٥ مدني فرنسي لهذا التحديد ؟ وهل التزم القضاء سواء في فرنسا أو مصر بمعايير معينة في تحديد مضمون الرابطة العقدية أم لا؟ وهل ثمة خلط بين تفسير العقد وتكميله أم لا ؟ وأولا وقبل كل شيء ، ما هو الأساس القانوني لإلزام المتعاقدين بالمحتوى العقدي [1].

٢ - مشكلات تكميل العقد ؟

تثير مسألة تكميل العقد فقهاً وقضاءً ، وسواء في فرنسا أو مصر ، ثلاث مشكلات قانونية أساسية :

تتمثل المشكلة الأولى في 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.

---

1 وهل نحن – كما قرر البعض – بمثابة مصدر جديد لمحتوى العقد ، في إشارة إلى نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي؟ ... ووجدت من جانبي مبرراً لهذا التساؤل بسبب كثرة التطبيقات القضائية لفكرة مستلزمات العقد " Les suites du contrat " .

V. Mouly – GUILLEMAUD (C.): Retour sur l'article 1135 du Code civil, "une nouvelle source du cotenu contractual", L.G.D.J., tome 460, 2006.

* وهل نحن بصدد اكتشاف لالتزامات جديدة مبررة يتضمنها المحتوى العقدي لأنها من قبيل المستلزمات ؟

راجع في هذا :

V.BRAMAT (E.): l'obligation de sécurité, these dactyl. Montpellier, 2000, p. 44

وهل يملك القضاء باسم العدالة العقدية أن يجتهد في استكمال نطاق العقد لدرجة تثير الظنون حول علاقة ما أوجده القضاء بمضمون العقد وبطبيعة الالتزام ؟ !!

يراجع في هذا :

V. CADIET (L.): " Une Justice contractuelle , l'autre " in Etudes offeretes à GHESTIN(J.) "Le Contrat au début du xxle Siècle, L.G.D.J. 2001 p. 181.

* وعن استحداث مضمون عقدي منبت الصلة عن مضمونه الحقيقي – أو كما عبر البعض عن ذلك بلفظة " Forçage " والتي تعني – على سبيل المجاز – زراعة نباتات في غير موسمها أو غير بيئتها – راجع :

V. PICOD (y.) "Art. 1134 – 1135 " J.– cl. Civ., Fasc.11, mise à jour sept. 1999. qui disait "Le"Forcage"du contrat au nom du l'équité ou d'un ordre public de protection ne peut se justifier qu' à la condition de répondre à un besoin impérieux de justice aui imposerait un équilibrage ou un rééquilibrage des relations contractuelles") .

وكان ذلك نتيجة طبيعية للتفسير غير الدقيق لمحتوى الخطاب التشريعي في نص المادتين ١١٣٥ مدني فرنسي و ٢/١٤٨ مدني مصري ، حيث استنتج منها الفقه القانوني أن سبل تكميل العقد هي طبيعة الالتزام والقانون في أحكامه المكملة والعرف والعدالة، وساير القضاء في تطبيقاته هذه المسلمات الفقهية، ومن هنا وُجّدت المشكلة الثانية التي أدت بالضرورة إلى المشكلة الأولى .

غير أن المشكلة الثالثة والأخطر هي ما أسفرت عنه تطبيقات القضاء ولاسيما في فرنسا من إنشاء القاضي لجملة من الالتزامات العقدية التي تم فرضها على عاتق الإرادة المتعاقدة فيما لم تكن تحتسبه، مما جعل التساؤل عن أساس القوة الملزمة للعقد؟ مسألة في غاية التعقيد.

٣ - ونحاول في هذه الدراسة التحليلية الإجابة عن التساؤلات التي تطرحها هذه المشكلات القانونية ، مع الأخذ في الحسبان بأن النصوص التشريعية التي تتعلق بتكميل العقد تعد بمثابة أمر أو تكليف مطلق وعام ومجرد ، **يجب في تقديري التدبر فيها من منظور الحقائق العقلية donnees rationnelles**، بمعنى محاولة بيان حدود الإرادة التعاقدية بحسبانها الإرادة المنطقية للإنسان ، ولكنه ليس الإنسان أو الشخص المعني في هذا العقد أو ذاك ، بل وفق منهج عقلاني مطلق وعام ومجرد من منظور المشرع فيما ينبغي أن تكون عليه الإرادة الحقيقية المتعاقدة ومن ثم ، فهي ليست الإرادة الباطنة ولا الظاهرة ولا حتى المفترضة بالنسبة لكل متعاقد بالنظر إلى عقده.

٤- خطة الدراسة :

تنقسم الدراسة إلى فصلين :

- الفصل الأول : فكرة تكميل العقد .

المبحث الأول : بين تكميل العقد وتفسيره .

المبحث الثاني : سبل تكميل العقد .

- الفصل الثاني : فكرة الإلزام بمستلزمات العقد .

المبحث الأول : أساس الإلزام بالعقد .

المبحث الثاني : الملاءمة بين النص التشريعي والتطبيق القضائي بخصوص تكميل العقد .

الفصل الأول
فكرة تكميل العقد

٥ - تحديد وتقسيم

إن نطاق العقد أو مضمونه هو جملة الالتزامات التي تنشأ عنه[1] تلك الالتزامات التي تتحدد وفقاً لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين [2]

---

1 غير أن بساطة تركيب سياق هذه العبارة تحمل في طياتها مفاهيم مركبة ، وتثير تساؤلاً عن ماهية معيار أو ضابط العقد؟، ذلك أن ثمة معطيات سابقة على الوصول إلى هذه النتيجة تعد بمثابة مقدمات ضرورية للوصول إلى المحتوى الحقيقي للعقد ، ومن ذلك – كما يقرر جانب من الفقه وبحق – حالة الأفراد المتعاقدة مما يكون له بالضرورة أثراً في الحقوق والالتزامات الخاصة بالمتعاقدين فضلاً عن احتمالية إتباع أشكال قانونية معينة – كما الأمر في العقود الشكلية – وكذلك الوقت الذي تم فيه التعاقد .

ولعل هذا الرأي يريد تبيان العناصر المختلفة التي تم اختزالها قانوناً في مسألة التراضي، بحيث أقتصر الأمر على مجرد اجتماع وتلاقي إرادتين مستقلتين على جميع العناصر الجوهرية في العقد .

V. ATIS (ch.): Droit civil, précis élémentaire de contentieux contractuel, presses universitaires D'Aix – MARSEILLE – PUAM – 2001 n° 29.p.45. qui disait:

"Tout contrat a la signification, d'un critère complex: il determine à partir de plusieurs données, la situation des personnes dont il affecte les créances et detts.il guide, par conséquent, l'appréciation judiciaire.Il lui Fournit des indications sur le contenu des engagements,sur les parties aux engagements. Sa Valeur Peut dépendre de certaines formes. c'est sa volontés qui interdit d'y voir seulement la rencontre de deux volontes autonomes .....etc....").

2 بحيث تكون إرادة المتعاقدين هي قانون العقد ، مما يعني بصريح نص القانون أن " القوة الملزمة للعقد " La Force obligatoire du contrat" تستند على سلطان إرادة عاقديه، كاستجابة حرفية لما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ مدني مصري من أن العقد شريعة المتعاقدين ... الخ ..... وكذلك ما تقرره المادة ١١٣٤ مدني فرنسي من "أن الإتفاقات التي تـمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها ... الخ .....".

V. Art. 1134: "Les conventions légalements Formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont Faites. ..... etc ..... "

رغم أن هذه المادة الأخيرة – في رأي جانب من الفقه الفرنسي وبحق – قد صاغـت لنا المشكلة، دون أن تصرح بالحل.

V. GHESTIN (J.): Traité de droit civil, La Formation du contrat, L. G. D. J. 3 e éd. , 1993, No.189, p. 164 qui disait: "l' article 1134 du code civil, se borne à poser le probème, sans en donner explicitement la solution .....etc ...."

ويضيف بأن نظرية سلطان الإرادة ليس لها من تأكيد اليوم إلا من جانب الفقه التقليدي ..... وتلمس الحل يكون من خلال التدبر في العديد من النتائج العملية في واقع القانون".

ومن المشكلات الجسيمة التي واجهت الفقه الفرنسي ، إنشاء القاضي – في الواقع التطبيقي – لمستلزمات العقد "Les suites du contrat" . فإذا كان نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي هو الأساس القانوني وفقاً لنص المشرع للالتزامات التي يضيفها القاضي إلى العقد ، فأين إرادة المتعاقدين من هذه الإضافة ؟ وماذا يكون العقد عندئذ ؟ أيكون حقاً ناشئاً عن إرادة عاقديه الحقيقية أم ماذا ؟ [1] .

وأيما كان الأمر فإن القوة الملزمة للعقد تتوفر له بمجرد نشأته أي فور استيفاء أركانه ، وعندئذ يصير مضمونه واجب التنفيذ،

غير أننا نتساءل عن هذا المضمون الواجب التنفيذ ؟

وما هي الخطوات القانونية التي تؤدي إلى اكتمال هذا المضمون؟ ومن ثم، يصبح مبرراً ومنطقيا أن نتناول في البدء فكرة تحديد نطاق العقد أو مضمونه.

ويستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري أن نطاق العقد من حيث إلزامية موضوعه بالنسبة لعاقديه ومن يمثلانهما في التعاقد لا يتحدد في إلزام المتعاقدين – ومن يمثلانهما في العقد – بما ورد فيه ، وإنما يتسع النطاق بما هو من مستلزمات هذا العقد ؟

ويتناول الفقه هذه المسألة من خلال فكرتين ، تتناول الفكرة الأولى تفسير العقد ، في حين تختص الفكرة الثانية بتحديد مضمون العقد أو تحديد نطاق العقد أو تكميل العقد أو استكمال العقد [2] ، وكلها مسميات تدل

---

[1] وكما تساءل جانب من الفقه الفرنسي عن المصدر القانوني للالتزامات الجديدة التي يضيفها القضاء إلى العقد لتكملته ؟ ويُراجَعْ في هذا :

V. MALAURIE (ph.) , AYNES (L.) et STOFFEU-MUNCK (ph.), Les obligations, defrénois , 2004., GUIDERDONI (B.) "LE Forcage du contrat par le juge, these dactyl. Caen. 2002, p.188.

مع ملاحظة أن كلمة " Forçage " – كما سبق البيان – تعني زراعة نباتات في غير موسمها أو غير بيئتها وقد استخدمتها الأستاذة GUIDERDONI كعنوان لرسالتها لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، وهي توحي على سبيل المجاز بأن دور القاضي في تكملة العقد في حاجة إلى بيان وضبط وتحديد ووضع المعايير الضرورية لتحديد نطاق العقد.

[2] (١) راجع : د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال ، القانون والمعاملات، الدار الجامعية ١٩٨٧م ، من ص ٢٧٨ إلى ص ٢٨٢ .

- د. سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق من ص ١٣١ إلى ص ١٤٠ .
- د. جلال على العدوي ، مرجع سابق من ص ٢٤٧ إلى ص ٢٥١ .
- د. سليمان مرقس ، مرجع سابق من ص ٤٨٠ إلى ص ٥٠٦ .
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق من ص ٥٩١ إلى ص ٦٢٢ .

(٢) وفي تحليل جانب من الفقه الفرنسي لنص هذه المادة التي تحدد للقاضي سبل تكملة العقد راجع :

V. JOURDAIN (p.) " Le Fondement de l'obligations de sécurité " Gaz. Pal. 1997 , p. 1196

, PICOD (y.) " Articles 1134 et 1135 du code civil " j- cl. Civ, Fasc. 11 , mise à jour sept. 1999. p. 17.

, GHESTIN (J.) , JAMIN (ch.) et Billiau (M.) : Traité de droit civil sous la direction de GHESTIN (J.) Les effets du contrat , 3 e éd. L.G.D.J 2001 , spec. p. 75 .

, LE TOURNEAU (ph.) : Droit de la responsabilite et des contrats , avec la participation GUETTIER (ch.) , GUIDICELLI (A.)

, KRAJESRI (D.) , JULIEN (J.)

, LEROY (M.) , STOFFEL – MUNCK (ph.) Coll. Dalloz Action 2004 , p. 663 .

,CARBONNIER (J.) : Droit civil , T. 4 , les obligations , 22 e éd. Renfondue, PUF, Thémis, 2000 , 10 e éd . L.G.D.J. , 2004 .

- STARCK (B.), ROLAND (H.) .et BOYER (L.): Droit Civil, Les obligations, T. 2, contrat 5 e éd. . Litec,1998.

-TERRE (F.) SIMLER (PH.) et lEQUETTE (Y.): Droit Civil, Les obligations, 9 e éd. Précis Dalloz, 2005.

- VINEY (G.) et JPURDAIN (p.) : Traité de droit civil sous la dirction de GHESTIN (J.) , Les conditions de

la responsabilite , 2 e éd. L. G. D . J . 1998 .

– MOULY – GUILLEMAUD (c.): Retour sur l'article 1135 du code cilvil, une nouvelle source du contenu contractual. L.G.D.J. 2006.

- BÉNABENT (A.) " Droit civil . Les obligations, 10 e éd. Montchrestien. 2005, p 210.

- MALAURIE (ph.), AYNES (L.) et STOFFEL - MUNCK (ph.), les obligations, Défrenois, 2004, p. 366.

- CARBONNIER (J.) : Droit civil , T. 4 , Les obligations , 22e éd. Renfondue . PUF , Themis , 2000 , 10 e éd . L.G.D.J, 2004.

- STARCK (B.). , ROLAND (H.) . et BOYER (L.) : Droit civil , Les obligations , T. 2 contrat 6 éd. Litec . 1998 .

- TERRE (F.) , SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.) : Droit civil .

- Les obligations . 9 e ed. Précis Dalloz . 2005 .

-VINEY (G.) et JOURDAIN (p.) Traite de droit civil sous la dirction de GHESTIN (j.) , Les conditions de la responsabilite , 2 e ed. L.G. D. J. 1998 .

- BLANC – Jouvan (G.): L' après – contrat, Etude à partir du droit de la propriete litteraire et artistique, thése AIX – MARSEILLe, press univ. d'AIX – MARSEILLE, 2003.

- GUIDERDONI (B.) Le Forçage du contrat par le juge, thése dactyl . Caen, 2002.

صراحة على ما أوجبته الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري ، وكذلك نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي .

غير أن تفسير العقد يختلف بالضرورة في رأي الفقه من حيث المبدأ عن تحديد مضمون العقد أو تكميل العقد [1] .

٦ - وفي سبيل بيان فكرة تكميل العقد نقسم هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

المبحث الأول : بين تكميل العقد وتفسيره .

المبحث الثاني : سبل تكميل العقد .

المبحث الأول
بين تكميل العقد وتفسيره

٧ - تقديم وتقسيم

عالج المشرع سواء في مصر أو في فرنسا مسألة تفسير العقد بمعزل عن مسألة تحديد نطاقه في نصوص قانونية مختلفة [2] ، مما كان له أثراً في شروح

- PANCRAZI – TIAN (M.E.) : La protection Judiciaire du lien contractual , presse Univ. d' AIX –Marseille , 1996.
- STOFFEU – munck (PH.) : l'abus dans le contrat , Essai d' Une théorie , pref de Bout (R.) L.G.D.J. , T. 337, 2000 .
- SAVAUX (E.) : Théarie générale du contrat , mythe ou réalité 2 L.G.D.J. 1997.
- ALBIGÉS (CH.):L' équité en droit privé, these Montpellier,L.G.D.J. , tome 329 , 2000 .
- BERTHIAUD (D.): Le Principe d'égalité et le droit civil des contrats, L.G.D.J. 1999.
- JACQUES (PH.) : Regards s l'article (1135) du code civil , Nouvelle Bibliothèque de thèse, Daloz , 2005 .
-GHESTIN (J.): "L'utile et le juste dans les contrats" D.1982, chron.1.
- "La notion de contrat" D. 1990, chron. 149.

1 وعن التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه " : راجع : أ.د/ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، بند ٤٠٢ ، ص ٦١٧ و ٦١٨ حيث يقرر سيادته : (" بأن هناك مسائل ثلاث يجب تمييزها بعضها عن بعض : تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه . وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هي تفسير العقد . فإذا فرغ القاضي من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين ، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر في هذا التحديد على ما ورد في العقد وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين ، بل يجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقا للقانون العرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . ثم ينتقل القاضي من بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه إلى المسألة الثالثة وهي تنفيذ العقد. "ويُراجع في نفس المعنى: (جلال على العدوي مرجع سابق ، من ص ٢٤٧ إلى ص ٢٥١ .

2 بالنسبة لتفسير العقد : أنظر نص المادة ١٥٠ مدني مصري بصفة أساسية فضلاً عن نص المادة ١٤٩ التي تتعلق بعقد الإذعان والمادة ١٥١ مدني مصري .

الفقه في إتباع ذات النهج عند التصدي لبيان آثار العقد وما يتفرع عنه من بيان قوته الملزمة وصولاً إلى تحديد مضمونه الذي يتفرع إلى مسألتين مختلفتين هما: تفسير العقد وتحديد نطاقه [1].

وإذا كانت مسألة تفسير العقد لم تطرح مشكلات عديدة بسبب غزارة وعمق شروح الفقه لها مما كان سراجاً منيراً للقضاء بحيث يلجأ إليها ويستظل بظلها [2] إلا أن مسألة تكميل العقد أو تحديد نطاقه كانت ومازالت تثير العديد من المشكلات القانونية ، ولاسيما في القضاء الفرنسي، من حيث إنشائه لالتزامات جديدة تفرض على عاتق المتعاقدين تحت مسمى مستلزمات العقد، وفقاً لما تقرره نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي، مما كان له صدىً مؤثراً في الفقه الفرنسي الذي بدأ يعاود قراءة نص المادة المذكورة، وهل هي حقاً تحمل كل هذه المعاني التي ترجمها القضاء في صورة التزامات تفرض فرضاً على المتعاقدين ، مما أثار جملة من الشكوك حول مصدر القوة الملزمة للعقد ، وهل أصبحت المادة المذكورة مصدراً جديداً للالتزام العقدي ؟ وما هي الضوابط التي يعتمد عليها القضاء في هذا الصدد؟ومهما يكن من أمر ، فإن عمل القاضي – كما يرى جانب من الفقه - يقوم على التفسير سواء في مرحلة بيان مضمون العقد أو كما يسميها الفقه " تفسير العقد "، أو في مرحلة تحديد نطاقه، أو كما أستحسن تسميتها "تكميل العقد "

بل ويلتجأ القاضي إلى التفسير كذلك عند البحث في تكوين العقد وفي صحته [3].

وفي فرنسا : راجع نصوص المواد من ١١٥٦ إلى ١١٦٣ مدني فرنسي ، وكلها تعالج مسألة تفسير العقد عن طريق وضع المباديء التي تعين القضاء على ذلك .
أما بالنسبة لتحديد نطاق العقد فيراجع نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري ، وكذلك المادة ٩٥ مدني مصري والمادة ١١٣٥ مدني فرنسي .

1 انظر على سبيل المثال :
- د. سمير عبد السيد تناغو ، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ نشر من ص ١٣١ إلى ص ١٤٠ .
- وأستاذنا الدكتور / نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧ من ص ٢٦٤ إلى ص ٢٨٤ .

2 راجع :
V. ATIS (dh.): précis élémentaire de contentieux contractuel. presses universitaires D' AIX – MARSEILLE – PUAM, 2001,n 29 , p. 45

3 " فالقاضي يستعين بالتفسير لتحديد معنى التعبير عن إرادة كل من " المتعاقدين " حتى يتبين ما إذا كان العقد قد تم تكوينه باتفاق هاتين الإرادتين . "

٨ - رأينا الخاص

أولاً : ينطوي الرأي السابق على تعميم وإطلاق للفظة تفسير ، بحيث تقود إلى تفريغ مصطلح " تحديد نطاق العقد " أو " تحديد مضمون العقد " من محتواه الحقيقي .

وكان أثراً لذلك أن استخدم الفقه مصطلح "تحديد نطاق العقد" بطريقتين مختلفتين ، بحيث تعلق الاستخدام الأول بتوظيف هذا المصطلح ليفيد معنى العموم والاستغراق ، كعنوان جامع مانع ، تم تفريعه بعد ذلك إلى مسألتين مختلفتين تمام الاختلاف وهما :

وهكذا ، تم توظيف ذات المصطلح ليفيد معنى الخصوصية ، ليقال تحت هذا العنوان – على سبيل المثال – بأنه " إذا فرغ القاضي من تفسير العقد (.....) وتيسر له بذلك أن يستخلص الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فإنه ينتقل بعد ذلك إلى تحديد نطاق العقد ، ويراد بهذا تحديد آثار العقد ، أي بيان الالتزامات التي تترتب على العقد ، في ذمة كل من المتعاقدين " [1] .

ثانيا: أستحسن استخدام مصطلح "تفسير العقد" فيما يتعلق بالمرحلة الأولى التي يقوم بها القضاء، أم في المرحلة التالية لذلك فيبقى مصطلح " تكميل العقد"[2] أو "تكملة العقد" [3] هو أكثر المصطلحات دقة للدلالة على المعني المراد هذا من جانب .

ومن جانب آخر ، فإن التباين ما بين المرحلتين ليس له دلالة على المستوي اللفظي فقط ، وإنما من الوجهة الموضوعية كذلك ، ذلك أن عمل القاضي في المرحلة الأولى " تفسير العقد " يقتصر على البحث عن إرادة كل من طرفي العقد ، ومقصد كل منهما من إبرامه ، فالغاية من التفسير إذن هي الكشف عن مقاصد كل من طرفي العقد وتحديدها في ضوء ما قع اتفاقهما عليه، وكما هو شائع القول بتحديد ما انصرفت إليه نية المتعاقدين المشتركة .

أما في مرحلة تكميل العقد فإن عمل القاضي ليس تفسيراً قط ، وإنما يقوم بالبحث كعملية منطقية لإنشاء التزامات جديدة يوجد بينها وبين طبيعة الالتزام

" ويستعين به أخيراً لتحديد مضمون العقد الذي يجب تنفيذه .... ومن هذا يتضح أن عمل القاضي في هذه المراحل الثلاثة يقوم على التفسير . "

نقلاً عن أ.د/ عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٤ فقرة رقم ٢٩١ ، ص ٣٧٧ .

1 نقلاً عن : د/ عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق بند ٢٩٨ ، ص٣٨٧ .

2 راجع في استخدام هذا المصطلح "د. جلال على العدوي ، مرجع سابق، ص ٢٥٠

3 (أنظر في استخدام هذا المصطلح: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، بند ١٢٤، ص ١٣٨

في العقد ترابط منطقي ، وهو بذلك يؤدي دوراً منشئاً نتج عنه في تطبيقات القضاء الفرنسي جملة من الالتزامات العقدية المستحدثة ، ولا يقال في هذا الصدد بأن القاضي عندئذ يفسر العقد [1] . ذلك أنه انتقل من مسألة التفسير التي وقفت عند حدود قصد كل من المتعاقدين كمسألة تقريرية فقط ، لينتقل بعد ذلك إلى مرحلة الإنشاء لا مجرد التقرير ، ذلك أن الغرض في هذه المرحلة هو غياب دور الإرادة ، ومن ثم ربما يكون صائباً القول بأن القاضي عندئذ ينشيء محتوى العقد أي يستكمله، ومن ثم ،فإن مصطلح " نطاق العقد " – على سبيل العمومية والاستغراق – ينبغي تحديده كي يتسنى تنفيذ العقد .

٩ - وفي سبيل هذا التحديد يؤدي القضاء دوره في مرحلتين متتابعتين مختلفتين وهما :

- مرحلة تفسير العقد .
- مرحلة تكميل العقد .

ونقسم الدراسة كما يلي :

المطلب الأول : التعريف بتفسير العقد .

المطلب الثاني : ماهية تكميل العقد .

المطلب الأول
التعريف بتفسير العقد

١٠ - بداءة لا تثور أية إشكالية بصدد مضمون العقد متى كانت إرادتا عاقديه المشتركة صريحتين واضحتين في بيان الالتزامات التي يرتبها العقد بينهما ، بحيث يحتوي هذا المضمون كل آثار العقد وكل مستلزماته[2] وفي إطار الإرادة

---

1 قارن

" رغم أن جانبا هاما من الفقه الفرنسي يستخدم مصطلح " التفسير الموضوعي أو المنشيء عند بحث تكميل القاضي للعقد "

"L' interpretation objective ou constitutive du contrat ....."

V. GHESTIN (J.) , JAMIN (CH.) et BILLIAU (M.): Traité De droit civil, "Les effets du contrats" 2 e éd. L.G. D.J.1994 , n° 49, p. 59

2 وقضي بأنه : " لقاضي الموضوع أن يتحرى نية العاقدين من أي طريق يراه ، وليس عليه أن يرجع في ذلك إلى العرف إلا إذا كان القانون لا يوجد فيه نص يحكم العقد ، أو كان العقد ليس فيه ما يكشف عن قصد المتعاقدين منه ، أو كان ذلك مبهما فيه ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت من فهما للواقع تحصيلاً سائغاً أن العاقدين قد قصدا من اتفاقهما أن يكون الاحتكام فيما يختلفان فيه إلى ما نص عليه في التعاقد ، وكان التعاقد جليا في ذلك ،

العامة للقانون . وهذا المضمون الواضح للعقد يجعل مسألة تفسيره أمراً لا لزوم له ، ذلك أن تعبير كل من المتعاقدين عن إرادته في ضوء ما وقع اتفاقهما عليه أمراً جامعاً مانعاً ومعبراً بوضوح عن مقاصد كل منهما [1] .

وليس فيه مساس بالنظام العام ، ثم أجرت حكمها بمقتضى ذلك على النزاع القائم بين طرفي العقد ، فلا غبار على قضائها ولا سبيل لمحكمة النقض عليه "

راجع: (نقض ١٩٤٠/٣/٢٨ج ٢، س ٢٥، ص ٨٤٧) ومنشور في موسوعة أحكام ومبادئ النقض في القانون المدني ، الجزء الثاني ، ص ٦٨٥ ، من إعداد أ/ خالد شهاب المحامي بالنقض) سنة ٢٠٠٨ .

وقُضيّ كذلك بأنه: ("إذا كان يتضح – وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري – من عقد الإيجار أو الاتفاق اللاحق انصراف إرادة الطرفين إلى أن الزيادة " يُقصدُ الزيادة في مقابل الإيجار" هي مقابل التحسينات المستجدة ففي هذه الحالة يتعين على القاضي أن ينزل حكم العقد كما يذعن لحكم القانون ، وأن يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، فلا يملك أن يعدل مضمونه أو يعرض لتقويم هذه التحسينات متى استبان له أن الاتفاق له سمة الجدية وخلا من شبهة التحايل على أحكام القانون" راجع (نقض ١٩٧٧/٢/١٦ س ٢٨، ص ٤٦٨) ومشار إليه في موسوعة أحكام ومبادئ النقض ... المرجع السابق ، ص ٦٧٦ .

[1] وقُضيّ بأنه " .... إذا توافرت في العقد أركانه من تراضي ومحل وسبب ، فإنه يقع صحيحاً وتترتب عليه آثاره القانونية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين ما لم يكن القانون قد نص على البطلان جزاء لاعتبارات عامة تتعلق بها مصلحة الجماعة استثناء من مبدأ سلطان الإرادة ، ويتعين في هذه الحالات المستثناه مراعاة الحدود والقيود التي نص عليها القانون وعدم التوسع في التفسير."

راجع: "الطعن ٤٨٨ لسنة ٥٧ ق في جلسة ١٩٩٠/٦/٢٨"،ص ٦٨٣و٦٨٤من المرجع السابق .

وفي القانون المصري : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف عن إرادة المتعاقدين " م ١/١٥٠ مدني مصري.

* ودلالة لفظة "الانحراف" المنهي عنه في سياق هذا النص هو عدم تغيير عبارات المتعاقدين الواضحة وصرفها عن معانيها ... وفي القرآن الكريم: ("يُحرفون الكلم عن مواضعه") ... راجع المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، سنة ١٩٩٢ م ، ص ١٤٥.

** وجاء في الفقه القانوني بأنه (..وقد سمي النص تفسير التعبير الواضح "انحرافاً" للدلالة على حرصه على الالتزام بمقاصد المتعاقدين إذا كان التعبير عنها واضحاً لا لبس فيه.)

راجع: أستاذنا الدكتور / جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٤٠١.

وفي القانون الفرنسي : توجد مبادئ لتفسير العقد تضمنتها نصوص المواد من ١١٥٦ إلى ١١٦٣ ونذكر منها على سبيل المثال ، نص المادة ١١٥٦ التي نستنتج منها أن تفسير العقد لا يتم بالكشف عن نية كل متعاقد على حده ، بل يجب أن يكون من طريق تحديد مقاصد كل من طرفي العقد دونما التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ ... وفي ذلك تقرر المادة المذكور أنه _ " يجب البحث في الاتفاقات " أي العقود" عما كانت عليه نية المتعاقدين المشتركة بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ (أو التعابير) .

"V. Art. 1156: On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune Intention des parties contractantes, plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes." =

وفي تعليقه على موقف القضاء الفرنسي يري BÉNABENT أن المادة ١١٣٤ مدني فرنسي في فقرتها الثالثة تفرض التنفيذ العقدي "بحسن نية" ورغم ذلك ترجع إليها محكمة النقض الفرنسية صراحة بشأن "الالتزام بالإعلام" L'obligation de renseignement وهو بدون شك التزام تكميلي لا علاقة له بتنفيذ العقد أو إرادة المتعاقدين مما يستنتج منه أن قضاء النقض يمارس في هذا الشأن رقابة على مفهوم سوء النية [1].

وفي إطار خلط القضاء الفرنسي بين تفسير العقد وتكميله ، أنشأ هذا القضاء الالتزام بالتعاون والالتزام بالحيطة على سبيل عدم الوضوح من طريق استناده إلى نص الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ مدني فرنسي ، رغم أن هذا النص يتعلق بالتنفيذ العقدي الذي يُفرضُ على كل من الطرفين المتعاقدين – كما يقرر BÉNABENT وبحق – أي على المدين والدائن كالتزام عقدي أصيل مهما تم تطويعه ضمن بنود عقدية مختلفة [2].

ومهما يكن من أمر فإن عدم لزوم التفسير لا يعني أن العبارات الواضحة في العقد لا يمكن أن تكون محلاً للتفسير ، فقد تستدعي ظروف الدعوى وواقعها الحاجة إلى تفسير هذه العبارات الواضحة لاسيما وأن وضوح العبارات قد لا ينبئ عن حقيقة الإرادات ، وعندئذ تبسط محكمة النقض رقابتها على محكمة الموضوع من طريق رقابة أسباب الحكم [3].

= ومن الواضح من عبارات هذا النص القانوني أنه جاء في صياغة تقريرية ، فهو ليس من طبيعة قانونية آمرة .
أنظر في تطبيقات هذا النص :
V. Cass. Civ. 1,19déc.1995 RTD civ.1996. 611,obs. Mestre., Cass. Civ. 1, n° 81.cass.Com.19 Janv.1981 ibid. lV n° 34.

[1] راجع: V. BÉNABENT (A.) : Droit Civil , Les obligation , 8 éd. MONTCHRESTIEN , 2001 , n° 286 , p. 218 .

[2] راجع : V. BÉNABENT (A.): op. cit., n° 285, p. 216.

[3] راجع : د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق بند ٣٩١ و ٣٩٢ ، من ص ٦٠١ إلى ص ٦٠٤ . وكذلك د. جميل الشرقاوي ، مرجع سابق من ص ٤٠٠ إلى ص ٤٠٤ .
وقد قُضيَ بأن " مفاد نص المادة ١٥٠ من القانون المدني أنه متى كانت عبارة العقد واضحة في إفادة المعنى المقصود منها ، فإنها تعد بذلك تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة ، فلا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده المتعاقدون عن طريق التفسير أو التأويل إلا أن المقصود بالوضوح في هذا المقام – وعلى ما جرى به قضاء النقض – هو وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ فقد يكون اللفظ واضحاً في ذاته ، ومع ذلك يظهر أن المتعاقدين لم يحسنوا اختياره للتعبير عن حقيقة قصدهم ، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح في اللفظ بل يجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدين متى قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك لأن الإرادة الحقيقية – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في شأن هذه المادة– هي مرجع ما يرتب التعاقد =

أما في حالة عدم وضوح مضمون العقد ، والذي ينتج بالضرورة عن غموض التعبير عن الإرادة من جانب أحد المتعاقدين أو كليهما ، بحيث تكون مقاصد كل منهما مبهمة في خصوص ما وقع اتفاقهما عليه ، فعندئذ يكون ثمة وجه لتفسير هذا العقد ابتغاء تحديد مضمونه .

ونحيل إلى شروح الفقه بصدد الضوابط الواجب إتباعها في هذه المسألة [1] .

١١ - ونكتفي هنا بذكر مبادىء تفسير العقد كما تصورها المشرع الفرنسي وضمنها في نصوص المواد من رقم ١١٥٦ إلى رقم ١١٦٣ وهي على الترتيب كما يلي :

أولا: وقتما يحتمل أحد بنود العقد معنيين يجب عندئذ فهم المعنى الذي يمكن أن يكون له أثراً " بحسب مادة العقد " بدلاً من المعنى الذي لا يمكن أن ينتج أي أثر [2].

ثانيا: وفي العبارات التي تحتمل معنيين ينبغي الأخذ بالمعنى الذي يكون أكثر ملاءمة لمادة العقد [1].

= من آثار (راجع طعن رقم ٥٥٢٧ س ٦١ ق، جلسة ١٩٩٨/١/٨، وكذلك طعن رقم ٥١٦١ سنة ٦٥ ق ، جلسة ١٩٩٦/٤/٢٤) ومشار إليهما عند أ/ محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء ، مصادر الالتزام ، سنة ٢٠٠٣ ، الطبعة الثالثة ، إصدار نقابة محامين الجيزة ، ص ٩٩٩ وما بعدها .

غير أن القاضي ملزم – وعلى ما قضت به محكمة النقض – بعدم الانحراف عن معنى عبارة المتعاقدين الواضحة تحت ستار التفسير، وأن انحرافه عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر يغاير ظاهرها دون بيان أسباب هذا المسلك يعد تحريفاً ومسخاً وتشويهاً للعبارات الواضحة ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض .

راجع: طعن رقم ٣١٧٧ س ٦١ ق جلسة ١٩٩٨/٢/١٤ وطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٥٦ ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٢. وطعن رقم ٣٣٢٧ لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٩٨٩/٦/١٦) ولمراجعة هذه الطعون، أنظر: أ/ محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، من ص ١٠٠٢ وما بعدها.

[1] أنظر على سبيل المثال : أستاذنا الدكتور نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، من ص ٢٦٤ إلى ص٢٦٩ .

- د. سليمان مرقس، مرجع سابق ، من ص ٤٨٠ إلى ص ٥٠٢.

- د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، من ص ٥٩١ إلى ص ٦١٧.

- د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق من ص ٤٩٨ إلى ص ٥١١.

- د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق من ص ١٣١ إلى ص ١٣٨.

- د. جلال على العدوي، مرجع سابق، من ص ٢٤٧ إلى ص ٢٥٠.

- د. منصور مصطفى منصور و د. جلال محمد إبراهيم ، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول ، مصادر الالتزام ، طبعة سنة ٢٠٠١/٢٠٠٢ ، من ص ٢٥١ إلى ص ٢٥٦.

[2] راجع نص المادة ١١٥٧ مدني فرنسي كما يلي: -

("Lorsqu' une Clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l' entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec leauel elle n' en pourrait produire aucun")

ثالثا: يُفَسَّرُ ما هو غامض أو "ملتبس"-وفقاً للعرف في مكان أو "بلد" العقد [٢].

رابعا: يجب تحديد مضمون العقد وفقاً للعرف الجاري كما هو ، ولو لم يكن معبراً عنه في العقد [٣].

خامسا: تُفَسَّرُ جميع بنود العقد بعضها بالنسبة للبعض الآخر ، مع تخويل كل بند المعنى الناجم عن العقد بكامله [٤].

سادسا: يُفَسر العقد في حالة الشك ضد من اشترط بنوده ولمصلحة المدين [٥].

سابعا: مهما كانت عبارات العقد عامة فهي لا تتضمن سوى الأشياء التي انصرفت إليها نية المتعاقدين وقصدا التعاقد من أجلها [٦].

وفي ضوء ما ينتهي إليه القاضي في تفسيره لإرادة المتعاقدين يضطلع بعد ذلك بتكييف العقد ، وذلك لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد[٧] ومسألة التكييف من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض[٨].

---

1 راجع نص المادة ١١٥٨ مدني فرنسي ونصها كما يلي :-
("Les termes susceptibles le deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat")

2 أنظر نص المادة ١١٥٩ مدني فرنسي كما يلي :
("Ce qui est ambigu s'nterprète par ce qui est d'usage dans le pays au le contra est passé")

3 راجع نص المادة ١١٦٠ مدني فرنسي كما يلي :
("On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d' usage quoiqu ' elles n'y soient pas exprimées. ")

4 راجع نص المادة ١١٦١ مدني فرنسي كما يلي :-
("Toutes les clauses des conventions s'interprétent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l' acte entier")

5 راجع نص المادة ١١٦٢ مدني فرنسي كما يلي :
("Dans le doute, la convention s' interpréte contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l' obligation")

6 أنظر نص المادة ١١٦٣ مدني فرنسي كما يلي : -
("Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est coçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il parait que les parties se sont proposé de contracter.")

7 راجع أستاذنا أ.د/ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق من ص ٢٦٧ على ص ٢٨٢. مع مراعاة ما يقرره سيادته في ص ٢٦٨ من أن "قانون العقود يشتمل على ثلاث تنظيمات متتابعة تنطلق من العمومية إلى الخصوصية: النظرية العامة للعقد، القواعد الخاصة بالعقود المسماة والتي تنظم كل عقد على حده، العقد الفردي الذي يتحدد محتواه بإرادة أطرافه، وهذا العقد قد يطابق في عناصره الجوهرية عقداً من العقود المسماة وقد لا يطابق أي منها".

8 وقُضِيَ بأن " المناط في تكييف العقد هو بما عناه المتعاقدان دون اعتداد بما أطلقاه عليه من تسمية، متى تبين أن هذه الأوصاف تخالف حقيقة التعاقد وقصد المتعاقدين . =

١٢ - تحليل ماهية التفسير :

أولا :نبدأ بما قررته أحكام القضاء من أن " تفسير عبارات العقد من سلطة محكمة الموضوع ، ويشترط لذلك عدم خروجها في التفسير عن المعنى الذي تحتمله عبارات العقد ولا عن المعنى الظاهر لها [١]. وعلى القاضي أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها [٢].

ونستنتج من ذلك – وكما هو ثابت ومستقر عليه قانوناً وتطبيقا – أن تفسير العقد يفرض على القاضي أن يولي وجهة شطر إرادة المتعاقدين المشتركة ونستعير هنا ما قرره جانب من الفقه الفرنسي من أن تفسير العقد ذو طبيعة جامدة أو " إستاتيكية "[٣]

أما تكميل العقد فيحث القاضي على وضع العقد بعد تفسيره وتكييفه في محيطه الموضوعي العام ، ثم التدبر في طبيعة الالتزام وأحكام القوانين المكملة والعرف والعدالة ليحاول أن يكمله ، بأن يضيف إليه ما هو من مستلزماته ، ومن ثم فإن دور القاضي هنا ليس تفسيراً ، بل هو استخدام كل المقدمات التي ارتضاها المشرع لضبط ماهية مستلزمات العقد ، وذلك بطريقة مرنة أو "ديناميكية" .

ثانيا :لا جرم أن بحث القاضي في أثناء تفسيره للعقد عن مقاصد كل من طرفي العقد المشتركة في ضوء ما وقع عليه اتفاقهما لا يتعادل مع بحثه عن قصد

= وإن كان تعرف هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع وصول منها لتكييف وإنزال حكم القانون على العقد هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض ")
راجع : طعن رقم ١٩٥٢، لسنة ٤٥ ق، جلسة ١٠١٩٨٥/٣٠ مشار إليه في مرجع . أ / محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص ٩٨٧. وفي نفس المعنى راجع: الطعن رقم ٣٥٩٠، سنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥م، والطعن رقم ٤٧٦٦، سنة ٦١ ق، جلسة ١٩٩٣/٢/١، وطعن رقم ١٠١٢، سنة ٥٤ ق، جلسة ١٩٩١/٦/١٢ ومشار إليها في المرجع السابق: ص ٩٩٠ وما بعدها.

1 راجع : الطعن رقم ١٣٤١ سنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٢/١٥ ، وكذلك الطعن رقم ٤٠٩٦ سنة ٦٠ ق، جلسة ١٩٩٦/٣/١٧م .. مرجع أ / محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص ٩٩٦ ومـــا بعدها .

2 راجع : الطعن رقم ٢٤٨ سنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/١/٤ ، وكذلك الطعن رقم ١٦٤٩ ، سنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦ ... ومشار إلى هذين الطعنين في مرجع أ / محمد كمال عبد العزيز المرجـــع السابق ، ص ١٠٠٢ وما بعدها .

3 راجع :

V. LARROUMET (CH.) "Droit Civil, Les obligations, T. 31 ème Partie, éd. 1986, ECONOMICA, n° 141, p. 132

المشرع وقتما أحال القاضي في مسألة تكميل العقد إلى طبيعة الالتزام في ضوء أحكام القانون المكملة والعرف والعدالة ، ذلك أن البحث عن إرادة المشرع وإن كانت عملية بسيطة التركيب ، إلا أن مدلول عبارة " مستلزمات العقد " في غاية الثراء ، ومن ثم فلا مناص من وجوب تحليل دور القاضي وهو بصدد تكميله للعقد.

أما عندما يقوم القاضي بتفسير العقد فهو وإن كانت الإرادة التعاقدية مركبة ، من إرادتين أو أكثر ، إلا أن هذا التركيب يحدده مقاصد كل من طرفي العقد المشتركة ، وفي ضوء ما وقع اتفاقهما عليه ..

ثالثا :إن من تبعات تكريس مبدأ سلطان الإرادة كميراث للماضي وإن كان قد جعل من العقد قانون المتعاقدين إلا أنه من الصعوبة بمكان القول بأن تحديد نطاق العقد هو تفسيره وتكملته في آن واحد من طريق التفسير . ذلك أن تفسير العقد كاستجابة لأنه قانون المتعاقدين – لا ينصرف عن مقاصد المتعاقدين المشتركة في ضوء ما وقع اتفاقهما عليه ، في حين أن عملية تكميل العقد – وكما سنلاحظ لاحقا – تتعلق بطريقة موضوعية عادلة بمستلزمات العقد بغية تحقيق التوازن القانوني في العقد ، ولا شأن لذلك – على خلاف في الرأي – بإرادة المتعاقدين المشتركة في كل السبل التي قررها المشرع للوصول إلى هذه المستلزمات .

المطلب الثاني
ماهية تكميل العقد

١٣ - من منطلق أن تكميل العقد يختلف عن تفسيره فإن المشرع قد أفرد لتكميل العقد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري التي تبين أن إلزام العقد لا يقتصر على ما تبين من تفسير لهذا العقد وفق ما قصدت إليه الإرادة المشتركة لطرفيه وإنما يشتمل أيضا ما يعد من مقتضيات العقد أو مستلزماته [1] .

---

1 راجع نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري . وانظر كذلك : د. جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ص ٤٠٧ و ٤٠٨ .
ويقال في هذا الصدد : " القاعدة في هذا الشأن أن العقد يمتد أثره ليلزم بكل ما هو من مستلزماته فوق ما ورد فيه "
راجع في هذه الفكرة : د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، بند ٩٧ ، ص ٢٨١ .

ولا مجال لتكميل عقد ، قد تم واكتمل من جانب طرفيه ، بمعنى أن الحاجة إلى استكمال العقد لا تنشأ إلا عند وجود نقص في مضمون العقد يفرض الترابط المنطقي - بين طبيعة الالتزام الأساسي في العقد وما ينشئه القاضي من التزام - وجوبه .

فإذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية بما فيها مستلزمات العقد، بأن رسما ببنود عقدهما صورة كاملة لحقوق والتزامات كل منهما، فهما بذلك قد استكملا بإرادتيهما المشتركة العقد، ولا مجال للنقصان فيه، ولم ينشأ خلاف بينهما من أي نوع، عندئذ لا يبقى بعد تمام العقد بينهما إلا تنفيذه [1] .

غير أن مسألة تكميل العقد قد أثارت العديد من المشكلات القانونية في تطبيقات القضاء الفرنسي. فقد أزدهر دور القضاء المنشيء لجملة من الالتزامات، بحيث اتسع نطاق تكميل العقد فيما وراء ما كان يحتسبه المتعاقدون، وعلى سبيل المثال ، تكميل جملة من العقود بالالتزام بضمان السلامة كمستلزم لطبيعة الالتزام الأصلي فيها، كعقد المقاولة في كافة تطبيقاته المتنوعة، والعقود المبرمة مع وكالات السفر، وعقد النزول في الفندق، والعقد الطبي، وعقد تعلم الألعاب الرياضية ... الخ .... [2].

وفي قراءة لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي التي تتعلق بتكميل العقد – والتي تطابق نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري – يمكننا القول بأن القضاة في فرنسا قد تجاوزوا النطاق الحقيقي لها ، واختلقوا لأنفسهم من طريق الاستدلال والتفكير المنطقي سلطات تمثلت في إنشاء التزامات جديدة

** ومن قبيل تكميل العقد وفقاً للنص التشريعي راجع كذلك المادة ٩٥ من القانون المدني المصري .

** وفي القانون الفرنسي ، راجع نص المادة ١١٣٥ من التقنين المدني الفرنسي .

1 ومن الأمثلة على استكمال مضمون العقد بتحديد مسائله التفصيلية وإضافة ما هو من مستلزماته ، ما نصت عليه المادة ٤٣٢ من القانون المدني من أنه يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستكمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

وما نصت عليه المادة ٤٦٣ مدني مصري من أنه " إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن .

2 وسوف نعرض لاحقاً للتطبيقات القضائية بمزيد من التحليل لفكرة مستلزمات العقد كما طبقها القضاء الفرنسي .... ومهما يكن من أمر فيمكن مراجعة ذلك كما يلي : -

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.):

Retour sur l'article 1135 du code civil, une nouvelle source du contenu contractuel, L. G. D. J, 2006.p.36 7 à p.491.

على عاتق الأطرف المتعاقدة تحت مسمى مستلزمات العقد ووفق طبيعة الالتزام [1].

وتكمن مبررات هذا المسلك القضائي في نصوص القانون ذاتها ، فالمتدبر لتعريف المشرع – كما يقرر البعض وبحق - لأي عقد من العقود ، يجد بأن المشرع قد كرس كل جهده في تعداد للالتزامات التي تترتب على عاتق كل طرف في العقد ، دونما بيان أو إظهار للوحدة العقدية ككل ، أو للرابط المنطقي الذي يُظهرُ وحدة الكيان العقدي ، ومن ثم أصبح العقد هو مجموع أو " حاصل جمع " التزامات متميزة ومتفرقة [2] ومع ذلك فالعقد ليس فقط مجموعة الالتزامات التي ستكون متميزة ومتفرقة .

ولعل هذا الموقف القضائي كان الباعث الدافع إلى أن يتبنى البعض فكرة العناصر المنشئة للمحتوى العقدي ، كضابط يجب على القضاء الفرنسي أن يحتكم إليه دائماً ساعة تكميله لأي عقد من العقود [3].

وهذا الرأي قد خلط في اعتقادي بين تفسير العقد وتكميله ، ذلك أنه التمس سبيلاً إلى ذلك من طريق وجوب رجوع القاضي إلى جملة من العناصر الأساسية وهي على الترتيب،"الكتابة العقدية" [4] و "المستندات التكميلية"[5]

---

1 راجع في هذا المعنى :

V. ATIAS (Ch.): Droit civil, précis élémentaire de contentieux contrcatuel 2001, P U A M , n°29, p 45 et 46 qui disait: " L' article 1135 du code civil a probablement plus de portée dans les raisonnements; la conviction des juges notamment se farge bien souvent par reference à la situation normal des parties, à la nature de l' opérations convenue, à ce qu'elle implique ordinairemen

2 انظر في هذه الفكرة :

V. ATIAS (ch.): op. cit , p.46

Qui disait: " Les rédacteurs du code civil, suivant en cela une tradition déjà bien établie, ont adopté une définition du contrat qu'il faudrait qualifier d'élémentaire; elle juxtapose des obligations distinctes, sans en déceler toujours l' unité. Pourtant, le contrat n'est pas seulement la somme. d'obligations qui seraient distinctes et dissociables.

3 صاحب هذا الرأي هو الأستاذ : ATIAS

V. ATIAS (ch.) : op. cit. n°2 31 à 37 pp. 47 à 56. 5

4 L ' écrit contractuel "

5 " Les documents " complémentaires

سواء تعلقت بالعقد وهو في طور المفاوضات العقدية أو بما سبق ذلك من مستندات إعلانية ، تم أخيراً " بالملحقات غير المكتوبة " [1].

١٤ - تعقيب

تكمن – في رأينا – القيمة القانونية للرأي السابق في ضبط عاملين فقط من جملة العوامل أو العناصر التي تعين القاضي على استكمال العقد أو تحديد نطاقه، وهما: القوانين التكميلية والعرف لأن نطاق تفعيل القوانين التكميلية يتحدد وقتما يترك المتعاقدان المسائل التفصيلية دون تحديد، وعندئذ تكون هذه القوانين معياراً يساعد القاضي على تكميل العقد ، وعندئذ يمكنه الرجوع إلى مرحلة المفاوضات التي سبقت ومهدت للكتابة العقدية شريطة أن تكون ممكنة الإثبات ، وبالضرورة سيساعد ذلك القاضي كثيراً على استكمال العقد وفقاً للوصف القانوني الذي قصدت إليه الإرادات المتعاقدة ، وربما بإنزال القاضي لواقع هذه المستندات العقدية على بنود العقد يتبين له أن المحتوى العقدي واضح وتام ولا يحتاج إلى تكميل [2] هذا من جانب.

ومن جانب آخر ، فإن مساهمة العرف في تكميل العقد يظهر بشكل خاص في المسائل التجارية والمعاملات البحرية ، وهو يجري مجرى القانون ويتصل به فكرة الشروط المألوفة أو المعتادة ، والطبيعي أن تضاف هذه الشروط مثلاً إلى العقد دونما حاجة إلى النص عليها في بنود العقد ، وقد يتضح من المستندات العقدية وفق معناها الشامل أن المتعاقدين قد وقع اتفاقهما على غير ما تقتضيه هذه الشروط المألوفة أو المعتادة .

ومن ثم ، يمكن أن تسهم الضوابط التي قررها هذا الرأي في تحديد المضمون الحقيقي للعقد ، وتعين القاضي على تكميله أو تغني عن القاضي مهمة استكمال العقد.

١٥ - بيان: ورغم محاولتنا في العثور على تبرير لهذا المنطق ، إلا أنه يبقى في اعتقادي أن فكرتي القوانين المكملة والعرف نقطتا تماس ما بين تفسير العقد وتكميله ذلك أن هذه المستندات العقدية ما هي إلا نتاج إرادتي المتعاقدين وقصدهما المشترك ، مما يعني أننا عندئذ نكون بصدد تفسير للعقد لا تكميله .

---

1 Les complements non écrit

2 راجع :

V. Cass. civ. 1 ére, 21 juin 1967, Bull. Civ. 1, n°. 231.
; Cass. Com. 9 juin 1980, Bull. Civ.1v, n°. 251.
; V. Cass. civ. 1 ére, 3 juillet 1996, Bull. Civ. 1, n°. 287.
; V. Cass. civ. 3 ére, 21 mars 1990 , Bull. Civ. 111, n°. 84.

المبحث الثاني
سبل تكميل العقد

١٦ - النصوص القانونية

تنص المادة ٢/١٤٨ مدني مصري على أن: "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام") .

ويرتبط بذلك ما قررته المادة ٩٥ مدني مصري من أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة."

وفي القانون الفرنسي : تنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي على أنه :
("لا تلزم الاتفاقيات "أي العقود" بما تم العبيرعنه وحسب، وإنما أيضاً بما هو من مستلزماته وفقاً للعدالة والعرف أو القانون ووفقاً لطبيعة الالتزام.")

١٧ - تحديد

بداءة ، ينبغي ملاحظة أن ترتيب المشرع للمصادر التي يستقي منها القاضي قراره بتكميل العقد لا يحمل طابع الإلزام ، فالترتيب ذو طابع تقريري. وهذه المصادر هي: القانون في أحكامه التكميلية، والعرف والعدالة[1].

ويقرر جانب من الفقه أنه: " يمكن الالتجاء في القانون المصري إلى مبادئ الشريعة الإسلامية قبل الالتجاء إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعي – رغم عدم نص المشرع على ذلك بصدد تكملة العقد – على أساس أنها مصدر من مصادر القانون المصري بصفة عامة ورد ترتيبه بعد العرف")[2].

---

[1] راجع : د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق من ص ٢٨٢ إلى ص ٢٨٤ .
- د. سليمان مرقص ، مرجع سابق من ص ٥٠٢ إلى ص ٥٠٦ .
- د. سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق من ص ١٣٨ إلى ص ١٤٠ .
- د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، بند ٤٠٣ ص ٦١٨ و ٦١٩ .
- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مرجع سابق ، من ص ٥١٢ إلى ص ٥١٤ .

2 راجع: د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال، مرجع سابق، بند ٩٧، ص ٢٨٢.

ويذكر جانب آخر من الفقه بأن ما ذكره القانون من عوامل يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد " أي تكملته " لم يرد على سبيل الحصر ، ومن ثم يضيف إلى العرف ، "الشروط المألوفة " clauses de style " ؟؟؟

١٨ - وفي رأينا: أن طبيعة الالتزام ليست عاملاً من العوامل الموضوعية التي يسترشد بها القضاء في تكميله للعقد ، ولكنها بمثابة الدستور الذي تستظل بظله العناصر التي ذكرها المشرع وهي: القانون في أحكامه التكميلية والعرف والعدالة.

فطبيعة الالتزام هي الضابط الأساسي والوحيد فيما يقرره القاضي من التزامات ليكمل بها العقد .

وهي كذلك الضابط الرقابي القانوني لعمل القاضي وهو بصدد تكميل العقد. فإن توافق تقرير القاضي لالتزام جديد مع طبيعة الالتزام الموجود في العقد، بحيث يكون الأول من مستلزماته الثاني، فقد التزم القاضي صحيح القانون.

وإن لم يتوافق الالتزام الذي قرره القاضي مع طبيعة الالتزام الأساسي في المضمون العقدي فقد أخطأ في تطبيق القانون ، مما يستوجب نقض حكمه من جانب محكمة النقض .

وهذا الرأي من جانبا يفسر ما هو مستقر عليه من أن تحديد نطاق العقد من مسائل القانون [1] .

١٩ - وعلى هدى مما تقدم، نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: طبيعة الالتزام كضابط قانوني في تكميل العقد.

المطلب الثاني: العناصر الموضوعية في تكميل العقد

المطلب الأول
طبيعة الالتزام كضابط قانوني في تكميل العقد

---

[1] (١)راجع: د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق بند ٤٠٣ ، ص ٦١٨ و ٦١٩ . وكذلك الأمر عند د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص ٢٨٢ و ٢٨٣ .

(٢) أنظر على سبيل المثال في الفقه: د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، بند ٤٠٨ ، ص ٦٢٢.

٢٠ - **تعد طبيعة الالتزام** " nature de l'obligation " الضابط القانوني الوحيد الذي يجب أن يلتزمه القاضي في تكميل العقد ، وبما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية والعدالة .

ومن النصوص القانونية ما يحدد طبيعة الالتزام الأساسي في العقد وما تقتضيه هذه الطبيعة من مستلزمات "suites" ، وعلى سبيل المثال ما قررته المادة ٤٣٢ مدني مصري من مستلزمات تعد مكملة لتنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم بحيث لا يكون البيع قاصراً فيما يتعلق بمحله على الشيء المبيع فقط، بل يضاف إلى ذلك لتكميل مضمون عقد البيع ملحقات هذا الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء [1] .

غير أنه ينبغي الأخذ في الحسبان بأن التماثل بين طبيعة الالتزام والصفات التي تميزه عن غيره يسمح بالوصل بينهما فيما يتعلق بحكمنا على ما أوجده القاضي من مستلزمات لهذا الالتزام [2] .

٢١- **والتساؤل هنا : هل تعد مستلزمات الالتزام مكملة بطريقة منطقية للإرادة التعاقدية المعلنة ، وأن ضم التزام جديد للالتزام الأساسي في العقد أمر عادي يملكه القاضي تحت ستار كلمة مستلزمات العقد ؟**

أعتقد بأن هذا الالتزام الجديد – كما يقرر البعض وبحق – لم ينحدر من الإرادة المعلنة من قبل الأطراف المتعاقدة، وبرهان ذلك أن جزاء عدم تنفيذ هذا الالتزام الجديد أو تنفيذه المعيب يخضع للمبادئ العامة في العقد ، ومن النادر أن يستدعي ذلك البحث في مسألة التفسير العقدي وهل توافق مع المبادئ العامة في التفسير أم لا [3] .

٢٢- **وعلى سبيل الخلط بين تفسير العقد وتكميله :**

---

1 راجع نص المادة ٤٣٢ مدني مصري . ومن ذلك أيضا ، أن من باع سيارة فإنه قد باع أيضا كل الأدوات اللازمة لتسييرها بحسبانها مستلزمات ضرورية لطبيعة التزامه بتسليم السيارة ، وبها يكتمل العقد . وكذلك من باع متجراً فإن بيعه لا يولد التزاما على عاتقه بتسليم المتجر فقط ، بل هو يلزم كذلك بكل مستلزمات طبيعة التزامه ومن ثم فعليه أن يسلم للمشتري السجلات التي توضح ما على البائع (التاجر) من ديون وماله من حقوق وما يتصل بالمتجر من عملاء ... الخ من مستلزمات .

2 راجع في هذا المعنى: V. MO[illegible]Y -- GUILLEMAUD (c.): op. cit . n 338 , p. 363 . qui disait " l' assimimilation du term nature de l' obligation aux caractéristiques de celle- ci permet le rattachement au contrat , à travers la détermination d'une suite de cette obligation. "

3 راجع :

V. TERRÉ (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.: Droit civil .LES obligations , 9 e éd. Précis Dalloz, 2005, p.1316.

قضيَ بأن: [مفاد النص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري على أن "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" أن الالتزام التعاقدي قد يتسع ليشمل ما لم يتفق عليه صراحة مما تقتضيه طبيعته...الخ][1] .

قضيَ كذلك بأن: [تحديد نطاق العقد – على ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدني – منوطاً بما اتجهت إليه إرادة عاقديه ، وما يعتبر من مستلزماته وفقاً للقوانين المكملة " المفسرة " والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام] [2].

٢٣ - وفي رأينا أن ما تواترت عليه أحكام القضاء المصري في تفسير نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري يتضمن خلطاً بين تفسير العقد وتكميله ، لأن عبارة (.... أن الالتزام العقدي قد يتسع ليشمل ما لم يتفق عليه صراحة.) وعبارة (تحديد نطاق العقد منوطاً بما اتجهت إليه إرادة عاقديه ..) صريحتان في إسناد مسألة تكميل العقد إلى إرادة عاقديه وهذا تأويل خاطئ لا تحتمله من قريب أو بعيد عبارات المشرع في نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري .

والقاضي وهو بصدد تكميل العقد يكون ضابطه القانوني الأساسي والوحيد هو طبيعة الالتزام الرئيسي الذي تضمنه العقد ، بحيث قد يتضح له أن ثمة مستلزمات لهذا الالتزام تتوافق منطقيا مع طبيعته مما ينبغي عليه أن يكمل بها العقد ، وفضلاً عن ذلك فإن تكميل العقد كمصطلح قانوني يعني أن ثمة نقصاناً في المضمون العقدي ، فكيف نرجع هذا النقصان والذي يعني عدم الوجود أو العدم إلى ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين؟!!! وهل يتصور إحالة العدم إلى عدم؟ وبعبارة أخرى فإن تكميل العقد لا علاقة له بإرادة المتعاقدين، فالفرض هنا هو غياب أو عدم وجود لإرادة المتعاقدين ولذلك وُجِدَ النقصان.

ومن ثم ، فإن تحديد نطاق العقد منوط بأمرين يختلف كل منهما عن الآخر، الأمر الأول وهو ما اتجهت إليه إرادة عاقديه ، أما الأمر الثاني فهو ما

---

1 راجع : الطعن رقم ١٤٦٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ٨٠/١/٢٣ س ٣١ ص ٢٥٥ (موسوعة أحكام ومبادئ النقض في القانون المدني، الجزء الثاني من المادة ١٣١ وحتى المادة ٢١٤) سنة ٢٠٠٨، إعداد : أ/ خالد شهاب المحامي ، ص ٦٨٦ .

2 راجع : الطعنان ٩٩ ، ٣١٠ لسنة ٥٣ ق جلسة ٨٤/٣/٥ س ٣٥ ص ٦١٧ (مشار إليه في المرجع السابق) ص ٦٨٧ .

يعتبر من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة في ضوء إعمال الضابط القانوني أولاً وقبل كل شيء والمتمثل فيما تقتضيه طبيعة الالتزام .

فالمقصود بحكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري هو تحديد مضمون العقد وهو أمر يختلف عن تفسير العقد، لأن التفسير يهدف إلى الكشف عن قصد المتعاقدين المشترك، أما تحديد مضمون العقد وفقاً للفقرة الثانية المذكورة فيقضي بإضافة ما يعتبر من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام مما لم يواجهه المتعاقدان ، ولم يكن لهما في شأنه قصد . فالفرض هنا بالضرورة أن ما اتجهت إليه أرادة المتعاقدين لا يضيف تفسيرها شيئاً مذكوراً، وأن ما يقتضيه استكمال مضمون العقد لن يكون إلا من طريق الاحتكام إلى القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (كضابط قانوني) [1].

والواقع أن فكرة " مستلزمات العقد " سواء في معنى المادة ٢/١٤٨ مدني مصري أو المادة ١١٣٥ مدني فرنسي، تتسم بعدم الوضوح ويشوبها بعض الإبهام والغموض [2].

وربما يقود هذا الإبهام أو الغموض إلى إيجاد مستلزمات للالتزام العقدي تنبئ عن التعسف من قبل القضاء ، وكأننا بمثابة إنشاء قضائي لالتزامات لا تستوجبها طبيعة الالتزام ، بسبب غياب معايير يمكن الاحتكام إليها في هذا الصدد[3] .

---

1 قضت محكمة النقض المصرية بأن " لا يقتصر نطاق العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا – وعلى ما تصرح به المادة ٢/١٤٨ من القانون المدني – ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة ، وذلك بحسب طبيعة الالتزام . راجع : الطعن رقم ٢٠٣٣ سنة ٥١ ق ، جلسة ١٢١٩٨٦/٢٥ س ٣٧ ص ١٠٤٢.

2 راجع في هذا المعنى :

V.MAZEAUD (D.) Le régime de l' obligation de sécurité " Gaz. Pal. 1997, p. 1201 qui disait: " La notion de suite du contrat, au sens de l' art. 1135 du code civil, demeure, aujourd 'hui encore, extrêmement Floue, Faute de critéres Fiables permettant d' en dessiner les contours et d'en determiner le contenu."

3 وقد عبر جانب من الفقه الفرنسي عن هذا المعنى قائلاً بأن تبعات عدم وجود مثل هذه المعايير التي تضبط فكرة مستلزمات العقد قد تقود إلى إلحاق مستلزمات للالتزامات العقدية منبتة الصلة بطبيعتها ("وكأننا بصدد زراعة لنباتات في غير موسمها أو في غير بيئتها ") ("Le Forçage ")
راجع في هذا :

ويقرر الأستاذ: CARBONNIER بأنه على خلاف ما يُقضَى به اليوم فإن المادة ١١٣٥ مدني فرنسي لا تسمح بإعادة إنشاء العقد أو إحداث تغيير في مضمونه عما أوجه المتعاقدان من محتوى منطقي وعادل [١].

غير أنه بعد أن يفسر القاضي بنود العقد للكشف عن النية المشتركة للعاقدين ، ينتقل إلى تحديد نطاقه أو آثاره ، غير مكتف في هذا التحديد ، بما ورد فيه وفقاً للنية المشتركة ، بل يجاوزه إلى ما يعتبر "من مستلزماته " [٢].

ومن ثم يجب أن يستكمل القضاء ما يتناوله العقد بتحديد مسائله التفصيلية وفقاً للأسس التي نص عليها المشرع [٣].

وفي عبارات أخرى أنه بعد انعقاد العقد يكون على القضاء أن يكمله وفقاً للقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين التي نظم بها المشرع العقد المسمى المتفق عليه أو العرف أو العدالة ، وكل ذلك لن يتم إلا في ضوء طبيعة الالتزام الموجود في العقد .

ونستنتج من ذلك أن تكميل العقد يكون من طريق إيجاد مستلزمات وفق ما يقتضيه العقل والمنطق بحسب طبيعة الالتزام التي ينبغي أن تتوافق مع ما تم استكماله في ضوء ما يقضي به القانون والعرف والعدالة . أي ينبغي توافر مبررات معقولة لتقرير التزام جديد تقتضيه طبيعة الالتزام الأصلي المنصوص عليه في العقد [٤].

---

1 V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): Retour sur l'article 1135 du code civil, une nouvelle source du contenu contractual. L. G. D. J tom 450, 2006, n° 388, p. 364.

راجع :

V. CARBONNIER (j.), Droit civil, T. 4, Les obligations, 22 ° éd. Refondu, PUF, Thémis, 2000, Flexible Droit, 10 ° éd. L. G. D. J, 2004, p. 248.

2 راجع: د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٨م، بند ١٦٨ ، ص ٣١٢.

3 راجع : د. جلال على العدوي ، أصول المعاملات ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، سنة ١٩٦٧ ، ص ٢٥١ .

4 في مثل هذا المعنى راجع :

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): Retour sur l'article 1135 du code civil, une nouvelle source du contenu contractual. L. G. D. J tom 460 , 2006 , n°5 184- 185 – 190 – 191

المطلب الثاني
العناصر الموضوعية في تكميل العقد

٢٤ - تحديد

في ضوء طبيعة الالتزام الذي يتضمنه العقد المراد تكميله ، يستوي بعد ذلك أن يسترشد القاضي بما قرره المشرع من عناصر موضوعية أو غيرها ..... لماذا ؟

لأن ما سيتوصل إليه القاضي من التزامات يكمل بها العقد لن تتوافق وصحيح القانون إلا بارتباطها المنطقي بالالتزامات الأساسية في العقد المراد تكملته ، بحيث تكون من مستلزمات هذه الالتزامات الأخيرة تؤكد طبيعتها وتحقق الفائدة منها .

ومهما يكن من أمر ، فسنعرض لما قرره القانون من عوامل موضوعية كما يلي : -

أولا : القانون في أحكامه المكملة .

ثانيا : العرف .

ثالثا : العدالة .

أولا: القانون في أحكامه المكملة (*)

٢٥ - تساهم قواعد القانون المكملة بدرجة كبيرة في تكميل العقد في حالة الصمت العقدي من قبل المتعاقدين عما يخالفها ، فتعتبر عندئذ جزءً لا يتجزأ من العقد ، وآية ذلك البيع الذي يتم بين طرفين ألتزمت إرادتيهما الصمت إزاء تحديد مكان تسليم المبيع أو زمانه، أو مكان دفع الثمن أو زمانه ، فتنطبق القواعد المكملة في هذا الخصوص لتكميل هذا البيع .

وقضيَ بأن " مؤدى نصوص المواد ٢/١٤٨ ، ٥٦٦ ، ٤٣٢ من القانون المدني أن العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره في العقد بشأنها ،

(*) ينصرف لفظ " المكملة " هنا في تقديري إلى الأحكام القانونية المكملة منطقيا ، لإرادة لأطراف المتعاقدة الحقيقية ، وليست الإرادة الظاهرة أو الباطنه أو حتى المفترضة بل هي الإرادة كما ينبغي أن تكون عليه عقلاً ومنطقاً .

وإنما تشمل أيضا ما يكون من ملحقاتها التي لا تكتمل منفعتها المقصودة من الإيجار إلا بها " .

وأنه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد ملحقات العين المؤجرة وجب إعمال اتفاقهما ، فإن لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى طبيعة الأشياء .....

ولما كان عقد الإيجار....لم يحدد ملحقات العين المؤجرة ، ولم يتضمن من جهة أخرى ما ينفي وجودها ، فإن طرفيه يكونان قد تركا أمر تحديد تلك الملحقات لحكم المادة ٥٦٦ مدني باعتبارها مكملة لإرادتيهما" [1]

٢٦ - تعقيب

ورد في عجز الحكم القضائي المذكور أن حكم المادة ٥٦٦ مدني مصري [2] ينطبق بحسبانه مكملاً لإرادة المتعاقدين .

ومن منطلق أن تكميل العقد غير تفسيره فلا ينبغي الخلط بين لفظي التكميل والتفسير بالنسبة لإرادة المتعاقدين ، فأحكام القانون التكميلية غير أحكامه التفسيرية .

وفي تبرير ذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن الأحكام التكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها ، أما الأحكام التفسيرية فتكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك ، واعتمدا على هذه الأحكام المفسرة ثم يستطرد بعد ذلك قائلاً بأن " هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها [3] .

وأعتقد أن تكميل العقد هو بمثابة إنشاء من قبل القاضي لالتزامات يتحرر فيها القاضي من نص العقد ، ولا شأن له بإرادة المتعاقدين حتى ولو كانت في دائرة الافتراض بفعل المشرع ، حيث يبقى الأمر مجرد افتراض .

---

1 راجع : الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢٤ ، ومشار إليه في مرجع أ/ محمد كمال عبد العزيز ، ص ٩٦٥.

2 والتي تقرر أنه: " يسري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها".

3 راجع في هذه الفكرة: د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، بند ٤٠٥، ص ٦٢٠ وفي القانون الفرنسي أنظر في إعلاء قيمة الإرادة الفردية واعتبارها المصدر الوحيد لكل التزام وكذلك عن العدالة في الفكر القانوني التقليدي الفرنسي القديم ... ومناقشات هذه الفكرة كما يلي : -

"La volonté individuelle est la seul source de toute obligation juridique et de justice ".

V. GHESTIN (j.): op. cit, n°39 , pp. 28 et 29.

فالإرادة " المتعاقدة " وحدها لا تنشئ مجموعة الالتزامات العقدية ، وإلا لم نكن بحاجه إلى نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري ، والمادة ١١٣٥ مدني فرنسي [1].

وفي رأينا أن الأحكام القانونية التفسيرية هي المعنية في الرأي السابق بإرادة المتعاقدين . فمن شأن الإرادة في تقديري أن توقف عمل المفسر عند حدود ما صرحت به دون أن تتجاوز ذلك إلى ما يعد من مستلزمات العقد ، تلك المستلزمات التي يكمل بها القاضي العقد لا تنبثق عن التحليل الموضوعي لإرادة المتعاقدين .

وتكميل العقد من قبل القاضي وفقاً لعامل القانون في أحكامه التكميلية يكون استجابة لمذهب موضوعي ، وذلك في ضوء ما توجبه مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة ومن ثم فلا علاقة له بالإرادات المتعاقدة [2].

ثانيا: العـرف

٢٧ - بين تفسير العقد وتكميله

يؤدي العرف دوراً هاماً في مرحلة تفسير العقد وكذلك في مرحلة تكميله.

---

1 أنظر في هذا المعنى :

V. GHESTIN (J.) :Traité de droit ivil " La Formation du contrat " L. G. D. J. 1993 , n°60 , pp. 41 et 42 ; qui disait "

La volonté des paties n'est pas la seule mesure de leurs obligations, ce qui est directement contraire au principe d' l' autonomle de la voloné"

** ويطرح هذا القول: إشكالية مبدأ سلطان الإرادة وسوف نناقش هذه المسألة في الفصل الثاني من هذا البحث.

2 ويمكننا في المقام التمييز بين مرحلتين أساسيتين وهما: مرحلة تكوين العقد ومرحلة ما بعد تكوين العقد ، وإن كانت الإرادة تؤدي دوراً أساسيا في تكون العقد لأن العقد ما هو إلا توافق إرادتين متطابقتين ويكون العقد بذلك هو قانون المتعاقدين ، وتحمي الحرية الشخصية للأطراف المتعاقدة عندئذ سلطان الإرادة . أما بعد تكون العقد إما أن نكون بصدد تفسير للعقد في ضوء إرادة أطرافه وهنا أيضا تؤدي الإرادة دورها الجوهري فيما ينتجه التفسير من أحكام وإما أن نكون بصدد تكميل للعقد حيث لا مجال عندئذ لإرادة المتعاقدين ، بل يسترشد القاضي بالعوامل التي حددها القانون لينشيء التزامات جديدة بحسبانها من مستلزمات العقد . اي أن القاضي وهو بصدد تكميل العقد يعتمد فقط على عناصر موضوعية هي القانون في أحكامه التكميلية والعرف والعدالة . ولكن لن يلجأ إلى ذلك إلا بعد الاستيثاق من تحقق ضابط هام وأساسي ألا وهو ما تقتضيه طبيعة الالتزام الأساسي في العقد المراد تكميله ، فطبيعة الالتزام هي الضابط الأساسي الذي يحكم عمل القاضي والذي يهيمن بمظلته على العناصر الموضوعية المذكورة.

٢٨ - دور العرف في تفسير العقد

تتصدى المادة ١١٥٩ مدني فرنسي لتفسير غموض العقد بقولها أن الغموض يُفَسَّر بناء على العرف الخاص بالبلد الذي أبرم فيه العقد [1]، وكذلك تقرر الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مدني مصري بأنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما أن ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات [2] . ونستنتج من موقف المشرع أن الدور الذي يقوم به العرف في مجال تفسير العقد يرتكز أساسا على النية المشتركة للمتعاقدين.

ولا يقال في هذا الصدد بأن للعرف قوة ملزمة ، ومن ثم فهو يجري مجرى القانون .... لماذا؟ لأن المشرع الفرنسي بدأ النص القانوني بعبارة "الغموض يُفَسَّر" ، وختم المشرع المصري النص القانوني بعبارة "وفقاً للعرف الجاري في المعاملات" بعد ما أحال هذه العبارة الأخيرة إلى صيغة الأمر التي وجهها للقاضي بوجوب البحث أولاً وقبل كل شيء عن النية المشتركة للمتعاقدين . ومن ثم – وكما يقرر جانب من الفقه وبحق – أن أهمية العرف في التفسير يتوقف على مدى تعبيره عن إرادة المتعاقدين [3].

وعلى ذلك نجد أن التسليم في عقد البيع يشمل ملحقات الشيء المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين [4].

ومن ثم فلا ضرورة في هذا المقام للتمييز بين العرف والعادة ، لأن التفاعل الذي يتم بين العقد والعرف أو العادة يساعد القاضي في ضبط المدلول اللغوي لعبارات العقد الغامضة في ضوء النية المشتركة للمتعاقدين.

---

1 راجع : نص المادة ١١٥٩ مدني فرنسي .

2 راجع : نص المادة ٢/١٥٠ مدني مصري .

3 ثم يستطرد قائلاً بأنه: "ولا يشترط لذلك توافر عنصر الإلزام الخاص بالقاعدة القانونية" وعلى ذلك يفضل هذا الجانب الفقهي تعبير العادة باعتبارها عنصراً خارجيا في تفسير العقد للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين .
أنظر: د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد، الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، سنة ١٩٧٧، بدون ناشر، فقرة رقم ٨٧، ص ٨٢ و ٨٣

4 راجع نص المادة ٤٣٢ مدني مصري .

٢٩ - دور العرف في تكميل العقد

يشترط لإعمال العرف بقصد تكميل العقد ألا يشتمل العقد على شروط تتعارض مع حكم العرف .

ويمكننا أن نلحق بالعرف العادة وكذلك الشروط المألوفة ما لم يشتمل العقد أيضا على شروط تتعارض مع أحكام العادة أو الشروط المألوفة .

ولئن كان المشرع – سواء في مصر أو فرنسا – لم يذكر العادة أو الشروط المألوفة باللفظ ضمن العوامل التي يسترشد بها القاضي لتكميل العقد إلا أن شروح الفقه قد تناولتها بالبيان [1].

ولكن يذهب جانب من الفقه بمناسبة بيانه للعرف أو العادة أو الشروط المألوفة كمعايير يسترشد بها القاضي لتكميل العقد إلى تقييد نطاق العادات التجارية مثلاً بقوله ".... طالما أنها معروفة من العاقدين كليهما، وبشرط أن تكون العادة مطردة غالبة، يسير عليها الناس في سوادهم، وإن خالفها قلة منهم. إذ أنه يفترض هنا أن المتعاقدين قصدا تطبيق حكم العادة في شأنهما، ما لم يثبت العكس. وهذه هي العادة الاتفاقية") [2].

وهذا الرأي لا يمكننا قبوله لأنه يتضمن في الواقع خلطاً بين تفسير العقد وتكميله ، فالتفسير هو العملية القانونية التي يجب فيها الكشف عن مقاصد العاقدين ، أما تكميل العقد من طريق الاسترشاد بالعرف أو العادة أو الشروط المألوفة فيعني إضافة حقوق والتزامات لم يواجهها الطرفان للاتفاق عليها صراحة أو ضمناً ، فلا عبرة لإرادتيهما بذلك .

---

1 وعلى سبيل المثال لا الحصر :
راجع د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق بند ٤٠٦ ، ص ٦٢١ حيث يقول سيادته (..... وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه ، ويتصل بالعرف الشروط المألوفة "Clauses de style" فتضاف إلى العرف الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه، وهي شروط أكثر تحديداً من العرف") .
وأنظر كذلك: د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، بند ٢٥٧، ص ٥١٣ حيث يقول سيادته تحت عنوان " الأحكام التي يشملها العقد ترتد إلى أربعة أنواع أساسية هي الآتية: (.....
ثانيا : الأحكام التي تقضي بها العادات الجارية في المكان الذي أبرم فيه العقد ، لاسيما العادات التجارية .....).
و د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٢٨٣ حيث يقول سيادته: "ويتصل بالعرف الشروط المألوفة، فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه دون حاجة إلى النص عليها صراحة، ومثال ذلك النسبة المئوية التي تتقاضاها الفنادق والمطاعم والمقاهي بالإضافة إلى حساب العميل")

2 أنظر في هذا الرأي: د.عبد الفتاح عبد الباقي ، مرجع سابق ، بند ٢٥٧ ، ص ٥١٣.

ويقرر جانب من الفقه بأن " العرف فيما يتعلق بتحديد نطاق العقد يُراد به قواعده الملزمة بوصفها قواعد قانونية ."[1]

٣٠ - وفي رأينا أن هذا القول ينطوي على تعميم غير مبرر، ذلك أن القاضي وهو بصدد تكميل العقد يستوي عنده أن يكون العرف قد بلغ حد الإلزام أم هو مجرد عادة .

وما هي القيمة القانونية لأن يسود بين المتعاقدين وغيرهم ممن هم في مكان إبرام العقد المراد تكملته الاعتقاد الجازم بلزوم العمل بمقتضى القاعدة العرفية التي يريد القاضي تكملة العقد بها؟!

وتكميل العقد غير تفسيره ، ولا شأن مطلقاً لإرادة المتعاقدين فيما يقوم به القاضي من تكميل للعقد هذا من جانب .

ومن جانب آخر ، فإن العرف وغيره من العناصر الموضوعية التي يستعين بها القاضي لتكميل العقد لا يؤبه بها في ذاتها وبطريقة مستقلة عن الضابط الأساسي " بحسب طبيعة الالتزام في العقد" .

فالمعول عليه هو ما تقتضيه وتستلزمه طبيعة الالتزام الأساسي في العقد بصرف النظر عن العنصر الموضوعي الذي به يهتدي القاضي إلى الالتزام الواجب إضافته للمحتوى العقدي، وهل تأتي من عرف أم مجرد عادة، فكل العناصر الموضوعية الثلاثة في دائرة سواء ، فهي مجرد مصادر استرشادية معاونة .

وينبني على ذلك أن إلزام المتعاقد بما أضافه القاضي إلى المحتوى العقدي من التزام جديد لا يؤسس على طبيعة المصدر الاسترشادي الذي استقى القاضي منه قراره بتكميل العقد، وإنما بما يوجبه الترابط المنطقي بين طبيعة الإلزام الأساسي في العقد وما أضافه القاضي من التزام، بحيث يبني الإلزام في النهاية على الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة، بحسبانها المصدر الذي نشأ عنه الالتزام الأساسي في العقد، والذي عبر عنه المشرع بقوله (..... بحسب طبيعة الالتزام).

ثالثا: العدالة

---

1 راجع في هذا الرأي: د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، بند ٢٩٨، ص ٣٨٩.

٣١ - تعد مبادئ العدالة من العوامل الأساسية التي يستعين بها القاضي لتقرير التزامات إضافية على عاتق المتعاقدين ، ترتبط بالالتزامات الأصلية وبذلك يكتمل العقد [1].

وتطبيقاً لذلك فمن يبيع متجره يلتزم عدالة نحو المشتري بالامتناع عن أي عمل يؤدي إلى انتزاع عملاء المحل التجاري من هذا المشتري مادام أنه قد قدّرَ في الثمن المقابل النقدي الذي يتكافىء وثقة هؤلاء العملاء في هذا المتجر [2].

وكذلك ما قد يضيفه القاضي إلى عقد العمل من التزام غير منصوص عليه في هذا العقد ، وإنما يعد من مستلزماته عدالة ، وهذا هو شأن العامل الذي يطلع على أسرار صاحب العمل ، فيتم تكميل عقد عمله بالالتزام بعدم إفشاء هذه الأسرار ولو خلا عقده من هذا الحظر [3].

---

1 راجع: د. جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ، بند ٨١ ص ٤٠٨ و ٤٠٩.." الذي يضرب مثالاً لذلك بما قرره القضاء المصري من اعتبار الملتزم بنقل الأشخاص ملتزماً أيضاً بضمان . سلامتهم حتى وصولهم إلى المكان الذي ينقلون إليه " . المرجع السابق، ص ٤٠٩ وبسبب أهمية هذا الحكم القضائي فسوف أعرضه بإيجاز كما يلي: "طبقت محكمة استئناف القاهرة هذا المبدأ في مسألة وعرضت على القضاء المصري لأول مرة ، وهي ما إذا كان مستغل الفندق مسئولاً عن سلامة النزيل؟
فقضت بقيام هذه المسئولية على سند من أنها من مستلزمات العقد بحسب طبيعته، وعند طرح هذا القضاء على محكمة النقض أيدته قائلة إن الحكم المطعون فيه (.... بعد أن تحدث عن سكوت التشريع عن التزام صاحب الفندق بالمحافظة على سلامة النزيل، وعرض لأراء الفقه بشأنه، فنبذ الرأي القائل بعدم وجود أي التزام على صاحب الفندق بضمان سلامة النزيل ، كما رفض مسايرة الرأي القائل بالتزام صاحب الفندق بضمان سلامة النزيل ضماناً مطلقاً لا يتم الوفاء به إلا بتحقيق غايته ، وانتهى إلى أن الالتزام ببذل العناية للمحافظة على سلامة النزيل أمر تفرضه طبيعة عقد الإيواء ، وصادف هذا صحيح القانون – ثم تم سرد نص المادة ٢/١٤٨ مدني مصري – والتي تفيد بأن الالتزام العقدي قد يتسع ليشمل ما لم يتفق عليه مما تقتضيه طبيعته ، فإذا اتفق على نزول مسافر في فندق فإن العقد لا يقتصر على التزام صاحب الفندق بتقديم مكان النزول وإنما يلزمه أيضاً بما يقتضيه الالتزام بالإيواء ، ومن هذا القبيل وفق ما جرى به العرف بين الناس اتخاذ الحيطة واصطناع الحذر بما يرد عن النزيل غائلة ما يتهدد سلامته من مخاطر ، ويحفظ عليه أمنه وراحته من الضرر على نحو ما يعصمه إيواؤه إلى مسكنه " (نقض ١٩٨٠/١/٢٣ س ٣١ ص ٢٥٥) مشار إليه في مؤلف " سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات " للمستشار : عزت حنورة ، سنة ١٩٩٤ ، إصدارات نادي القضاة بمصر ، ص ٧٥

2 أنظر ، د. جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ، بند ٨١ ، ص ٤٠٩ .
- د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص ٢٨٤ .
- د. سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، مرجع سابق ، بند ١٢٤ ، ص ١٤٠ .

3 وقد نصت المادة ٦٨٥ من القانون المدني المصري على هذا الالتزام الذي تقتضيه العدالة ومثال ذلك أيضا ما قررته المادة ٤٢٨ مدني مصري وكذلك نص الفقرة الثانية من المادة ٦٨٨ مدني مصري .

ومهما يكن من أمر ، فإن استرشاد القضاء المصري بالعدالة لتكميل العقد لم تنتج عنه أية مشكلات عملية .

وذهب رأي في الفقه إلى أنه يمكن الالتجاء في القانون المصري إلى " مبادىء الشريعة الإسلامية " قبل الالتجاء إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعي رغم عدم نص المشرع المصري على ذلك يصدد تكملة العقد – على أساس أنها مصدر من مصادر القانون المصري بصفة عامة يرد ترتيبه بعد العرف[1] .

٣٢ - وفي تقديري أن ذكر المشرع المصري لمبادىء الشريعة الإسلامية قبل "مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة " يدل على عدم يقينه بما يطلق عليه مبادىء القانون الطبيعي ، والتي يعد ذكرها تزيداً لا طائل من ورائه ، فهي لا تهدي القاضي إلى ضابط يقيني ، مما يوجب حذفها والاكتفاء بقواعد العدالة ، وهذا لا يمنع القاضي – مسايرة للرأي المذكور – من الالتجاء إلى مبادىء الشريعة الإسلامية قبل الالتجاء إلى قواعد العدالة [2].

٣٣- العدالة في نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي

منذ إصدار التقنين المدني الفرنسي "تقنين نابليون في سنة ١٨٠٤" والجدل الفقهي ما زال دائراً حول النطاق الحقيقي لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي، ويمكننا تحديد اتجاهين أساسيين في هذا الخصوص، وهما: الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث كما يلي:

٣٤ - الاتجاه التقليدي

ينطلق فكر هذا الاتجاه من أن العدالة كما وردت في نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي وكذلك حسن النية كما قررته الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ مدني فرنسي [3] هي نصوص قانونية وظيفية لتحديد النطاق التنفيذي للعقد من طريق تفسيره .

وأن مبدأ حسن النية وإن كان مفترضا دائما في أثناء تكوين العقد ، فهو كذلك أيضا في أثناء تنفيذه . وأن نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي يُفسّر

---

1 أنظر في هذا الرأي : د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق، ص ٢٨٢ .

2 راجع : في ذات المعنى: د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، دار النشر للجامعات المصرية سس، سنة ١٩٥٤، ص ٥٠ .
وعكس هذا الرأي: راجع: د. محمد على إمام، محاضرات في نظرية القانون، مكتبة نهضة مصر، سنة ١٩٥٣، ص ١٥٧ .

3 راجع نص المادة ١١٣٤ مدني فرنسي والذي جاء في عجزها أنه ".... يجب أن تنفذ العقود" أو الاتفاقات بحسن نية."
" ..... Elles doivent être executes de bonne foi."

بالرجوع إلى نص المادة ١١٥٦ وما يليها من التقنين المدني الفرنسي [1] لينتهي إلى. أن الوظيفة الوحيدة لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي هي تفسير العقد [2] .

٣٥ - نقد الاتجاه التقليدي

يخلط فكر هذا الاتجاه بين " تفسير العقد و " تكميل العقد " ، ولو أن القضاء الفرنسي كان قد ساير هذا الاتجاه الفكري لما كان ثمة مجال لبحثنا هذا عن الضوابط القانونية الواجبة الإتباع في تكميل العقد ، فاستقراء الواقع التطبيقي في القضاء الفرنسي ينبيء بسهولة عن مدي الإنشاء القضائي للالتزامات تم إضافتها إلى العقود تحت مسمي مستلزمات العقد وعلى سند من العدالة ومبادئها في ضوء التفويض التام من المشرع الفرنسي إلى القضاء وفقاً لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي هذا من جانب .

ومن جانب أخر ، فإنه لا يوجد أي فرد يستطيع أن يتوقع كل شيء ، وهكذا الأمر بالنسبة للمتعاقدين ، فلو ظل القاضي وفقاً لفكر هذا الاتجاه حبيساً بين جدران إرادتي المتعاقدين وقصدهما المشترك كما كان الفكر القانوني الفقهي في أواخر القرن الثامن عشر ، والقرن التاسع عشر لما تمكن مطلقا من الاجتهاد لتكميل العقد .

---

1 ويقصد بذلك نصوص المواد من " ١١٥٦" إلى " ١١٦٤" من التقنين المدني الفرنسي ، تلك النصوص التي تعين القضاء على تفسير العقود لاسيما في الصعوبات التي تثار ساعة تنفيذ العقد أو حتى بعد هذا التنفيذ وقتما يثير أحد المتعاقدين أمام القضاء عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه كما ورد في العقد، أو بصدد التنفيذ المعيب، حيث يبحث القاضي عندئذ في النطاق الحقيقي للعقد وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة وما هي حقوق والتزامات كل متعاقد بالضبط، وهل راعي فعلاً كل منهما التزاماته وقت التنفيذ أم لا؟
وقد سبق لنا ذكر نصوص هذه المواد كما وردت في التقنين المدني الفرنسي، وقتما كنا نفرق بين تفسير العقد وتكميل العقد .

2 أنظر في هذا الاتجاه :
V.DEMOLOMBE (C.) "Cours de code Napoléon" chez Auguste Durand et Hachette (2.), 4 ene, éd. 1863. cité par : BERTHIAU (D.) op. cit. n° 644, p. 341.
وقد أشار هذا المرجع كذلك إلى كتابات الفقه الفرنسي القديم جداً في هذه المسألة ، والذي تبنى هذا الرأي ، ومثال ذلك :
V.MARCADE (D.): "Élements de droit civil française, ou explication méthodique et raisonnée du code civil, paris, cotiollon 2 éme éd. 1867,t2.
وكل هذه المراجع القديمة في شرح "تقنين نابليون مشار إليها في المرجع التالي:
V. BERTHIAU (D.) op. cit.

وأعتقد أن التحدي بالإرادة المفترضة للمتعاقدين – وفقاً لفكر فقهاء القانون في القرن التاسع عشر – لا يمكن التسليم به بالنسبة لعمل القضاء وقتما يقوم بتكميل العقد على سند من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي .

وأخيراً ، يشهد الواقع التطبيقي لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي بأن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يتردد منذ بداية القرن العشرين في أن يكمل العقد بالتزامات جديدة لا علاقة لها من قريب أو بعيد بقصد المتعاقدين المشترك على سند من مجرد توافقها – في رأي القضاء – مع العدالة العقدية ، ومن ذلك – على سبيل المثال لا الحصر – الالتزام بالسلامة ، والالتزام بالإعلام ، والالتزام بالنصح ... الخ.

٣٦ - الاتجاه الحديث

يضع هذا الاتجاه حدوداً منطقية بين تفسير العقد وتكميله، فالخطاب التشريع في المواد من رقم ١١٥٦ إلى رقم ١١٦٤ من التقنين المدني الفرنسي يعالج تفسير العقد وقتما يكون ثمة غموض أو إبهام لإرادة المتعاقدين وقصدهما المشترك [١].

أما النطاق الحقيقي للخطاب التشريعي في نص المادة ١١٣٥ من التقنين المدني الفرنسي فهو بيان للعوامل التي يسترشد بها القضاء في تكميل العقد [٢].

وهذا ما قصده الفقيه: GHESTIN ومن معه من عبارة "التفسير الموضوعي أو المنشيء للعقد. الذي يقوم به القاضي وهو بصدد تكميل العقد [٣]، استصحاباً للقول بأن دور القاضي دائما هو التفسير على مستوى تواتر اللفظ دونما إنكار لخصوصية الدور المنشيء للقاضي وهو بصدد تكميل العقد.

---

1 أضف إلى ذلك نص المادة ١٦٠٢ مدني فرنسي والتي تقضي بأن البائع يتعهد بأن يفسر بوضوح ما يلتزم به ، وأن أي بند غامض أو مبهم يُفسر ضد مصلحة البائع .
V.Art. 1602: Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi ils'oblige.Tout pacte obscure ou ambigu s'interpréte. Contre le vendeur.")

2 وعن وظيفة المادة ١١٣٥ مدني فرنسي المتمثلة في تكميل العقد ، فإن حدود تطبيقها يمكن تدبره من جانبين هما : ١ – القانون و٢ – التصور الموضوعي للعدالة المفوضة من قبل المشرع للقاضي . راجع:
V. BERTHIAU (D.): op. cit, n° 650 , p. 343

3 أنظر في ذلك
GHESTIN (j.) , (CH.) et BILLIAU (M.): op. cit. , n ° 49 , p.59

وقد استفاضت: MOULY – GUILLEMAUD في رسالتها في بيان المقصود بمستلزمات العقد في ضوء نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي التي تعتبرها "مصدراً جديداً للمحتوى العقدي" .

"Une nouvelle source du contenu contractuel"بسبب كثرة التطبيقات القضائية التي استندت إليها لبيان دور القاضي في إنشاء جملة من الالتزامات تم فرضها على الإرادة التعاقدية، في سبيلها للبحث عن ضوابط قانونية يجب إتباعها بصدد تكميل العقد الذي يختلف بالضرورة عن تفسيره[1].

الفصل الثاني
الإلزام بمستلزمات العقد

٣٧ - العقد قانون المتعاقدين

من الثابت قانوناً أنه يكفي لتمام العقد الاتفاق على عناصره الجوهرية، وكثيراً ما يحدث أن يقوم القاضي بتكميل العقد بما تقتضيه مستلزمات كل عقد على حده وبما يتضمنه من التزامات .

والقاعدة في هذا الشأن أن العقد ككل متكامل – أي ما اتفق عليه العاقدان وبما هو من مستلزماته التي أضافها القاضي لتكميل الالتزامات المدونة فيه – يكون ملزما لعاقديه وهو ما عبر عنه القانون بأن العقد شريعة المتعاقدين .

فالعقد قانون المتعاقدين، وهو تصرف قانوني أنشأته إرادتان توافقتا على ترتيب آثار قانونية من طبيعة مالية في دائرة القانون الخاص أسفر **عن مبدأ الإلزام بالعقد[2] يبدو مبرراً الآن أن نتساءل عن أساس القوة الملزمة للعقد؟؟؟**

---

1 أنظر في ذلك:

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.):op. cit. L. G .D .J., tom 460, 2006.

2 ويترتب على هذا المبدأ ما يلي :

أولا : بالنسبة لطرفي العقد :

أ - عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون (م ١/١٤٧ مدني مصري و م ٢/١١٣٤ مدني فرنسي) . مع التذكير بالأحوال الاستثنائية التي يجوز فيها قانوناً الخروج على القوة الملزمة للعقد .

ب - وجوب تنفيذ المتعاقدين للالتزامات بكل ما تناولته من التزامات أصلية والتزامات تكون من مستلزمات العقد ، وأن يتم ذلك بحسن نية .

كأثر لتعدد وتنوع التطبيقات القضائية – ولاسيما في القضاء الفرنسي – فيما يتعلق بتكميل العقد، يبدو منطقياً الإجابة بداء ة عن التساؤل المذكور، مما سيلقي بظلاله على تحليلنا للتطبيقات القضائية المذكورة.

٣٨ - ومن ثم، نقسم الدراسة كما يلي:

المبحث الأول: أساس الإلزام بالعقد .

المبحث الثاني: الملاءمة بين النص التشريعي والتطبيق القضائي بخصوص تكميل العقد .

المبحث الأول
أساس الإلزام بالعقد

٣٩ - **بتفسير العقد وتكميله** يتحدد مضمونه وتكتمل أحكامه ، ويصبح ملزماً لكل من طرفيه والقاضي والقانون.

وذهب رأي إلى أن قانون العقد يستمد قوته الملزمة من قانون الدولة ، وكل منهما يستند أخيراً إلى فكرة العدل [١].

وفي تحليل لدور الإرادة في تكوين التصرف القانوني وفقاً لفكر المذهب الفردي (مبدأ سلطان الإرادة) قيل بأن " منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة ، كذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام ، فهو خاضع للإرادة أيضا .... الخ [٢].

ومهما يكن من أمر ، فإن تكميل القاضي للعقد يستند إلى "عناصر موضوعية "éléments objectifs" [٣].

ثانيا : بالنسبة للقاضي :

وجوب التزام القاضي بتطبيق أحكام العقد بما يتضمنه من التزامات أصلية وبما يكون من مستلزماتها ، ومن ثم فليس له أن ينقض العقد أو يعدله إلا باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقررها القانون .

ثالثا : بالنسبة للقانون :

تكون للعقد قوته الملزمة تجاه القانون وقتما يتفق طرفا العقد على ما يخالف النصوص القانونية المكملة فيما لا يتعارض مع مبادئ النظام العام والآداب .

1 راجع: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، بند ١٢٥، ص ١٤١.

2 أنظر: د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، خلاصة دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة عين شمس، كلية القانون، العام الجامعي ١٩٩١- ١٩٩٢م . ص ٨ .

3 راجع: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق ، بند ١٢٤ ، ص ١٤٠ .

وبين انحسار مبدأ سلطان الإرادة على وجه العموم والطبيعة الموضوعية للعناصر التي تعين القاضي على تكميل العقد على وجه الخصوص تظهر أهمية الاهتداء إلى أساس إلزام المتعاقدين بالعقد [1] هذا من جانب. [2]

ومن جانب آخر، فإن صعوبة تحديد الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد يجسدها التنافر القائم بين عدم إمكانية إنكار كل التصور الإرادي للعقد، والطبيعة الموضوعية للعناصر التي بمقتضاها يكمل القاضي العقد [3].

ومن الجدير بالذكر أنه عند مناقشة لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ لمشروع نص المادة ١٤٨ مدني مصري تخوف البعض من مضمونها بدعوى أنها "تلزم المتعاقدين بما وراء السطور، وهي تعطي للقاضي سلطة خطيرة لأنه بموجبها يمكنه أن يزيد في التزامات المتعاقدين، وفي ذلك إهدار لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين" [4].

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): op. cit. n° 513, p. 506.
"والذي تعتقد بأن وجود نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي يعد مسلمة لغياب أو عدم وجود سلطان لإرادة حقيقية في معنى العقد الذي يتحدد محتواه وفق عناصر موضوعية"
L' éxégèse de l'article 1134 postule l'absence d'autonomie de la volonté réelle au sein du contrat, dont le contenu est arrête par des éléments objectifs.")

1 وعن محاولا الفقه الفرنسي في إيجاد حلول قانونية لهذه الإشكالية راجع :
V. STOFFEL – MUNCK (ph.) :L'abus dans le contrat , Essai d'un théorie. préf. de BOUT (R.),. L.G.D. J., T. 337, 2000, p. 544.; RANOUIL (V.) L' autonomie de la avolonté, Naissance et évolution d'un concept, PUF, 1980.

2 GUIDERDONI (B.): Le Forçage du contrat par le juge, these dactyl. caen. 2002
PANCRAZI – TIAN (M.E.): La protection judiciaire du lien contractual , presse univ. d' AIX –Marseille , 1996

3 وكما قيل – وبحق – لا يمكن أن تكون المعطيات الموضوعية صدى "للإرادة ذات الطبيعة الذاتية ."
("Une donnée objective ne peut être le reflet de la volonté, par essence subjective")
V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): op. cit. n° 513, p.505.

4 راجع: "مجموعة الأعمال التحضيرية"، القانون المدني، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، صادرة عن وزارة العدل، مطبعة دار الكتاب العربي، ص ٢٨٩..... (وفي ذات الصفحة) وعلى سبيل الخلط بين تفسير العقد وتكميله، ذهب البعض إلى المطالبة بالاستغناء عن المادة المذكورة (م ١٤٨) لأن الالتزام بالعرف والعادة ونية الطرفين يكون في تفسير العقود وليس في تنفيذها. ورد عليه البعض بأن المادة المذكورة تتكلم عن "تنفيذ العقد" وليس "تفسيره".

ورغم جدية هذا التخوف إلا أن الواقع التطبيقي القضاء المصري لم يظهر لنا مشكلات يمكننا التوقف عندها بصدد المادة المذكورة على خلاف ما فعله القضاء الفرنسي بصدد المادة المقابلة لها في التقنين المدني الفرنسي (وهي المادة ١١٣٥ مدني فرنسي)، والتي ألقت التطبيقات القضائية لها بظلال من الشكوك قد تصل إلى درجة اليقين بأنه لم يعد ثمة مجال لإرادة المتعاقدين، فما أضافه القضاء من التزامات إلى مضمون العقد لأنه من قبيل "مستلزمات العقد" "Les Suites" قد فاق كل تصور[1].

٤٠ - وفي رأينا: أن كثرة وتنوع التطبيقات القضائية الفرنسية بصدد تكميل العقد وإن كان إلزاماً للمتعاقدين بما وراء السطور التي حددت المضمون العقدي، إلا أنه من الأهمية بمكان هنا أن نبحث في تحليل المسألة من واقع عبارات المشرع سواء في فرنسا أو مصر، وبالتحديد عبارة بحسب طبيعة الالتزام، تلك العبارة التي تشير من طرف خفي إلى أن الأمر له علاقة بإرادة الطرفين المتعاقدين لأن تراضيهما على إنشاء هذا الالتزام يمثل بالضرورة جوهر كل عقد.

ولا ينبغي أن يفهم من هذا التحليل أن تكميل العقد له علاقة بما تلاقت عليه الإرادات المتعاقدة وقصدت ترتيب الآثار القانونية عليه ، فهذا هو شأن التفسير لا التكميل ، فيظل تكميل العقد مرتكزاً على عناصر موضوعية لا علاقة له بنيه المتعاقدين وقصدهما المشترك سواء أكان صريحا أم ضمنياً أم مفترضا .

وينبني على ذلك، وجوب تحليل دور الإرادة في العقد، سواء من حيث تكوين هذا العقد أو من حيث آثاره بعد التمهيد لذلك ببيان التصور الجديد لمبدأ سلطان الإرادة وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول : التصور الجديد لمبدأ سلطان الإرادة .

المطلب الثاني : دور الإرادة في تكوين العقد .

المطلب الثالث : دور الإرادة في آثار العقد .

وأضاف البعض الآخر بأن "وإن كان العقد شريعة المتعاقدين، فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون المعاني كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان فحسن النية يظل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أو فيما يتعلق بكيفية تنفيذها".

[1] ويعلق الأستاذ : BÉNABENT على ذلك قائلاً بأن الاجتها القضائي الفرنسي لم يتردد منذ بداية القرن العشرين ، في أن يجعل العقد ينتج التزامات ليست مشترطة ، وعلى الأرجح لم يُرِدْها قصداً من هو خاضع لها ، بحجة أنها تتوافق مع العدالة التعاقدية .
V.BÉNABENT (A.): Droit civil Les obligations, 8éd.Montchrestien 2001, n° 280, p.211.

المطلب الأول
التصور الجديد لمبدأ سلطان الإرادة

٤١ - مبدأ سلطان الإرادة المنطقية

L'autonomie de la volonté rationnelle

لئن كان مبدأ سلطان الإرادة هو الصياغة الفقهية التي عبرت عن فكر الفلسفة الفردية Une Philosophi Individualiste ، فإن التصور الجديد له بحسبانه مبدأ للإرادة المنطقية قد جرد الفكر الفلسفي الفردي من منطقه في حين تغيرت صلته بفكرة النظام العام .

فبعد أن كان من الثابت قانوناً أن سلطان الإرادة – كما يقرر البعض وبحق – والنظام العام فكرتان متناقضتان: des notions antinomiques[1]، صار التصور الجديد لمبدأ سلطان الإرادة بحسبانه الإرادة المنطقية يتوافق مع تصور تقسيم فكرة النظام العام إلى النظام العام التوجيهي L'ordre public de direction[2] "والنظام العام الحمائي" "L' ordre public de protection" .

إذا كان النظام العام التوجيهي هو النظام العام التدخلي Interventionnis dirigiste الموجه [3] ، فإن النظام العام الحمائي قد ساهم في تقويم واصلاح التعسف في عقود الإذعان [4] فضلاً عن أثره الحمائي للعمال في عقود العمل ، والمؤمن لهم في عقود التأمين ، وحديثاً للمستهلكين في عقود الاستهلاك .

ومن هنا توافقت الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها النظام العام المذكور مع الأهداف التي تعلقت بمبدأ سلطان الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة بعد حين من الدهر ساد فيه التضاد بين النظام العام التقليدي ومبدأ سلطان الإرادة التقليدي .

---

1 راجع :
V.CHARDIN (N.): Le contrat de consummation de crédit et l' autonomie de la volonté , Bibliothéque de droit privé , paris , 1988 , n° 280 , p. 217 .

2 راجع:
V.GHESTIN (j.): Les obligation, vol. 1, Le contrat, L. G. D. j.paris 1980, n° 113 et s.

3 راجع : V.GHESTIN (j.): op. cit. n° 116et

4 راجع: V. GHESTIN (j.): op. cit. n° 122

وفي رأينا أن الإرادة المنطقية كمقوم تصوري جديد للقوة الملزمة للعقد يمكنها أن تكون مبرراً منطقياً معقولاً لفكرتي: العدل Le juste و النفع L utile ' كما فسرها الفقيه: GHESTIN كأساس للقوة الملزمة للعقد[1].

مبدأ العدالة العقدية " Le principe du justice contractuelle

لا يكون العقد ملزما – في رأي GHESTIN - إلا لأنه يحقق العدل ، حيث أنه ينطلق من فكرة أن القانون في حد ذاته عدل متى حافظ على كيان الجماعة ، ومن ثم فإن تحقيق العدل هو غاية القانون وأساسه ، إلا أن العدالة العقدية المرادة هنا هي العدالة ، التبادلية أو التصحيحية Justice commutative وليست العدالة التوزيعية La justice distributive أي تلك العدالة التي ينبغي أن تسود بين الأطراف المتعاقدة بصدد التزاماتهم المتقابلة على أساس من المساواة التامة بينهم، وبذلك يتحقق التوازن في الأداءات العقدية المتقابلة ("Dans l' échange chacune des paries doit recevoir L' equivalent de ce qu' elle Donne")[2].

٤٣-الإرادة المنطقيةوفكرة النفع "La volonté rationnelle et l' utile"

يفرق GHESTIN بين "المنفعة الخاصة" L'utilité pariculière و "المنفعة العامة" "L'utilité publique" من حيث أن المنفعة العملية هي التي تتعلق بالأطراف المتعاقدة ومظهرها الأساسي اقتصادي بحت. وهي من هذا المنظور تمثل الأمان للأطراف المتعاقدة، غير أن القانون لا ينبغي أن يترك المجال للقرارات الفردية لتحقيق منفعة اقتصادية تخص أشخاصاً بعينها ، بل عليه أن يسعى من طريق القرارات الجماعية Les décisions collectives لتحقيق معاملات تعود بالنفع الاجتماعي العام على أفراد المجتمع بأسره ، تلك القرارات التي ينبغي أن تضعها السلطات العامة في أولويات خطتها ابتغاء

---

[1] راجع :

V. GHESTIN (J.): Traité de droit civil, la Formation du contrat, 3e éd. L. G. D. J., 1993

وتحت عنوان:

"Le contra est obligatoire qu' il est util" V. op. cit, n° 227et s.

ولمزيد من التفصيلات راجع المقالة التالية :

V. ANCEL (P.): Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD. civ. oct. déc.1999, Article, (p. 771 à p. 810)

[2] أنظر:

V. GHESTIN (J.): la Formation, préc. n° 229 et s. p. 204 et s.

تحقيق المنفعة العامة "L' utilité général " التي تقصد صالح الجماعة ككل Intérêt général [1].

المطلب الثاني
دور الإرادة في تكوين العقد

٤٤ - تحديد

الإرادة هي المنبع أو ما يصدر عنه الالتزام . ويرتكز الالتزام التعاقدي على إرادة المتعاقدين ،ورؤيتنا التحليلية تتجاوز مبدأي الرضائية والحرية التعاقدية لتتساءل عن الصلة ما بين الإرادة والعناصر الموضوعية التي يستعين بها القاضي في تكميل العقد ؟

هل العقد قد اختزل إرادتي المتعاقدين ؟

وهل من سبيل إلى تحليل العناصر الموضوعية في ضوء إرادتي المتعاقدين؟

ولماذا لا نتصور فكرة الترابط المنطقي فيما تنتجه الإرادات المتعاقدة من مضمون عقدي؟ وإن أمكننا إثبات هذا التصور، فسيكون نتيجة لمقدمة ضرورية هي أن الإرادات المتعاقدة ذاتها لا ينبغي إلا أن تكون إرادات منطقية، بحسبانها الإرادات الحقيقية للأطراف المتعاقدة؟

تقسيم: نعرض لهذا التصور في فرعين كما يلي:

الفرع الأول: العلاقة بين تكميل العقد وإرادة المتعاقدين.

الفرع الثاني: الإرادة كسبب لتجانس العقد.

الفرع الأول
العلاقة بين تكميل العقد وإرادة المتعاقدين

٤٥ - مشكلة الإرادة؟ والدافع إلى جعل الإرادة مشكلة أنه لا يستساغ عقلا ولا منطقاً مجرد التفكير في البحث عن الإرادة في ظل العناصر الموضوعية التي يستعين بها القاضي في تكميل العقد هذا من جانب .

ومن جانب آخر لم يكن لإرادة المتعاقدين دوراً جوهرياً إلا وقت إنشائهما لمضمون العقد ، ثم في مرحلة تفسير القاضي له .

---

[1] انظر:

V. GHESTIN (j.): La Formation du contrat, préc. n° 253 p. 228.

فالثابت قانوناً أن القاضي يولي وجهة شطر قبلة الإرادة التعاقدية، وقصد المتعاقدين المشترك، وهو بصدد تفسير العقد؟ إلا أنه وهو بصدد تكميله يضع العقد في إطار موضوعي عام على هدي من القانون في أحكامه المكملة والعرف والعدالة ولا يتم ذلك إلا بحسب طبيعة الالتزام .

ويضيف البعض بأن تكميل العقد على هُدي من العناصر الموضوعية السابقة يجب أن يتم في إطار الفهم العميق للغرض الاقتصادي من العقد[1].

٤٦ - أعتقد أن العلاقة بين تكميل العقد وإرادة المتعاقدين سواء أكانت معلنة أم باطنه ضرباً من ضروب التوهم، ذلك أن ما يقوم به القاضي من إنشاء لالتزامات جديدة لا يحتويها النص العقدي لا شأن لها بإرادة المتعاقدين وقصدهما المشترك لا من قريب أو بعيد .

ولا يمكن من جانبنا حتى القول بأن ما أنشاه القاضي من التزامات يستقر على أنقاض إرادة المتعاقدين التي لم يبق منها سوى الأطلال ..... فما هي العلاقة إذن؟

يمكننا تلمس هذه العلاقة من عبارة "بحسب طبيعة الالتزام" من زاوية أن هذا الالتزام هو ما أنشأته إرادة المتعاقدين وقصدهما المشترك ولكن التساؤل عن كنه هذه الإرادة؟ ما هي؟ ولمن تنسب؟ وهل ما أضافه القاضي من التزامات إلى العقد بحسب طبيعة الالتزام يمكن أن تكون له علاقة بالإرادة التعاقدية؟ وما هي – مرة أخرى – حقيقة هذه العلاقة وبمعنى آخر ما هو هذا الرابط المنطقي الذي يمكننا تبيانه وهل لنا أن نحلله في ضوء إرادة المتعاقدين الحقيقية، كما تم التعبير عنها، أو كما هي في مكنون أنفس من قاموا بالتعبير عنها، أم أن المسألة في حاجة إلى تحليل آخر ، من منطلق قناعتنا بأن ما قام به القاضي من تكميل للعقد لا شأن له بإرادة المتعاقدين الظاهرة أو الباطنة أو حتى المفترضة ؟

نستحسن بداءة ما قرره البعض من أن العقد بعد ما تم تكميله من جانب القضاء قد أعطى وصفاً جديداً لإرادة المتعاقدين، مما ينبغي تحليل المسألة في ضوء إعادة تقييم الإرادة التعاقدية وفق تحليل موضوعي مجرد في ظل حقيقة أنه ما آل إليه العقد قد اختزل الإرادة العقدية [2].

---

[1] راجع:

V. LARROUMET (ch.): Droit civil, T. 3 Les obligations, 1 ere, partie.éd. 1986, ECONOMICA, n° 141, p. 132.

[2] راجع:

V.MOULY – GUILLEMAUD(C.): op. cit. n° 541, p. 506

من المسلم به فقهاً وقضاءً انحسار دور السلطان الذاتي للإرادة كما كان في فكر المذهب الفردي ، فقد صار أثراً بعد عين . فالقاضي الفرنسي – في رأي البعض – يضيف إلى العقد ما ليس منه ، ولم تعد الإرادة التعاقدية هي المنشئة للالتزامات العقدية بسلطانها الذاتي ، بل تتداخل مع مجموعة من القواعد الموضوعية التي تحدد مركز العدل في الرابطة العقدية [1].

وفي ذات المعنى فإن الإرادة التعاقدية لا شأن لها بمستلزمات العقد "Suites" تلك المستلزمات توجبها أحكام القانون المكملة والعرف والعدالة ولكن في إطار طبيعة الالتزام ، وهي بالضرورة عناصر موضوعية لا تنبثق من الإرادة [2].

---

1 راجع:

V. SERAUX (A.) : Droit des obligations. Collection droit fondamental.PUF1992. n° 44., p. 16 qui disait: ("l'article 1135 vient opportunément rappeler qui le contrat s'intégre dans un ordre juridiqu qui le transcende, que la volonté des parties ne crée pas elle seule tout l'univers des obligations qui naissent du contrat, mais qu'elle s'imbrique au contraire dans un ensemble de régles supérieures qui expriment ce qu'il est juste de fair dans un rapport juridique."

وفي نفس المعنى راجع :

V.FLOUR et AUBERT: Les obligations T.1 l'acte juridique. ARMAND COLIN éd. 1994 n° 126, p. 89

2 ففي تفسير لما جاء في نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي ("من أن الاتفاقات (العقود) لا تلزم بما تم التعبير عنه حسب....الخ ..." قيل بأن :

("Cette recherche s'arrête à ce qui est exprimé, c'est – à – dire à la volonté explicite des contractants quelle que sois d'ailleurs la forme qu'a revêtue l'expression de cette volonté ..... or, au delà de ce qui est exprimé il y a encore autre chose, mais, pour découvrir ce surplus , ce n'est plus la volonté des parties qu'il faut utiliser , ce sont d'autres sources que désigne la second propositiond de l'art 1135." Mais encore à toutes les suites qui l'équité l'usage ou la loi donne à l' obligation d' après sa nature. " ce member de phrase montre bien effet que la recherche des volontés n' exclut pas le recours aux sorces du droit objectif qui doivent (intervenir) pour compléter et meme éventuellement pour corriger les clauses contrat"

V. VINEY (G.) et JORDAIN (P.): Traité de droit civil sous la dirction de GHESTIN (J.). Les conditions de la responsabilité. 2e éd. L. G. D. J. 1998, n° 484, p. 379.

وفي نفس الاتجاه راجع :

V. STARCK (B.), ROLLAND (H.) et BOYER (L.): Droit civil, Les obligations, T. 2, contrat, 6 e éd. Litec, 1998. n° 58

ويذهب الفقيه : GHESTIN إلى تقديم أسس جديدة للقوة الملزمة للعقد ترتكز على الازدواجية ما بين الأساس الإرادي (الذاتي)، والأساس الموضوعي (المادي) ، فلا يغفل جانب الإرادة، وفي ذات الوقت يعتد بفكرة العدل والفائدة الاجتماعية من العقد [1] ويضيف إلى نظرية Kelsen في إلزامية العقد [2] قيم المنفعة الاجتماعية والعدالة التعاقدية [3].

وكأثر لانتكاس الاتجاه الفردي، الذي كان يجعل الإرادة الفردية بما لها من سلطان ذاتي هي أساس القوة الملزمة للعقد، جاءت ردة فعل الاتجاه الاجتماعي الذي أنكر قدرة الإرادة بذاتها على إحداث الآثار القانونية ، وأقر بأن العقد وإن كان عملاً إرادياً إلا أنه يستمد قوته الملزمة من القانون [4].

ومن ثم ، خبت جذوة الإرادة الباطنة التي سادت بلا منازع في الفقه الفرنسي التقليدي ليتم إفساح المجال لنظرية الإرادة الظاهرة [5].

ويشهد الواقع العملي أن تكميل العقد في ضوء نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي أفسح المجال للاجتهاد القضائي الفرنسي على نطاق واسع في ضوء عناصر موضوعية.

---

1 راجع :

V. GHESTIn (j.): Traité V de droit civil, la formation du contrat 3° éd. 1993, L.G.D.J.n°225.p, 202qui disait: ("Le juste et l'utile n'apparaissent plus comme des éléments objectifs, extérieurs au contrat, et permettant de la controller au nom de l'intérêt général et de la justice contractuelle. Le juste et l'utile sont les fondements mêmes de la force obligatoire du contrat, d'oú doit se dêduire l'ensemble de son régime.")

2 راجع :

V.KELSEN: théorie pure du droit, 2éd.PARIS,1962, cite GHESTIN (J.), op. cit., n°188 et s. p. 168 et s. par

- والذي يذهب إلى أن إرادة المشرع هي التي تعهد إلى العقد بقوته الملزمة من طريق فرض الجزاء.

3 أنظر: الفقرة رقم (٢٢٦)، من ص ٢٠٣، في مؤلف الأستاذ: GESTIN، المرجع ("Selon Kelsen le contrat tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner.Nous préférons dire que le législateur conformément au droit objéctif qui le dépasse, ne devrait sanctionner le contrat que parce qu' il est utile et à la condition qu' il soit juste")

4 أنظر في تفاصيل هذين الاتجاهين: د. منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، من ص ٤ إلى ص ١٢.

5 أنظر في " التطور في مفهوم العقد وأساس قوته الملزمة " د. نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٢٩ وما بعدها.

مما يقتضي منا تحديد الأساس القانوني لقوة العقد الملزمة في ضوء المقدمات السابقة ؟

٤٧- على سبيل الاستدلال العقلي تعد طبيعة الالتزام "La nature de l'oblgiation" [1] مصدراً تكميلياً لمضمون العقد ، بمعنى أن الالتزامات التي ينشؤها القاضي لتكميل العقد يكمن سببها المنشيء في طبيعة الالتزام .

والالتزامات التي استكمل بها القاضي العقد يمكن ردها إلى الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة ، تلك الإرادة التي تختلف عن الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، فهي إذن الإرادة المنطقية بما يفسر وجود ترابط منطقي بين ما أضافه القاضي من التزام وطبيعة الالتزام المذكور في العقد الذي استكمله القاضي [2] .

وفي عبارة واحدة ، فإن طبيعة الالتزام هي الشكل الذي عبر به المشرع عن الإرادة الحقيقية المنطقية للأطراف المتعاقدة [3].

ولسنا بصدد نتيجة بدون مقدمات ، فعلى سند من الاستدلال يمكننا استخراج المقدمات التي تقود إلى النتيجة المذكورة ، وذلك كما يلي :

أولا: بعد أن قرر المشرع المصري في نص المادة ٩٥ مدني مصري بأن العقد قد تم . أردف ذلك قائلاً بأنه" ... إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"[4].

وفيما يتعلق بإلزام المتعاقد بما ورد في العقد حدد المشرع هذا المضمون العقدي الملزم بأنه يتناول أيضا ما هو من مستلزمات العقد (م ٢/١٤٨ مدني مصري) وأردف ذلك قائلاً وفقاً للقانون والعرف والعدالة (....) بحسب طبيعة الالتزام .

---

1 راجع نص المادة ٢/١٤٨ مدني مصري والمادة ٩٥ مدني مصري ، وكذلك نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي .

2 راجع في نفس المعنى :

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): op. cit. n° 514, p. 506. qui disait ("Notre dessein est ici de présenter respect de la nature de l'obligation comme la formalisation juridique de la volonté raisonnable des parties.")

3 راجع في نفس المعنى :

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.) op. cit.

4 مع التسليم بما جاء في النص المذكور من أن المتعاقدين " لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدمالاتفاق عليها " أي على المسائل التفصيلية التي احتفظا بالاتفاق عليها فيما بعد"

وجاء كذلك في عجز نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي بأن العقد (أوالاتفاق) لا يلزم بما تم التعبيرعنه وحسب وإنما أيضا بما تقتضيه العدالة (و) العرف (أو) القانون للالتزام وفقاً لطبيعته [1].

ونستنتج من نصوص المشرع أنه كان حريصاً على إعلام القاضي بأن ما يكمل العقد لن يكون دون ضابط قانوني، فلم يشأ المشرع أن يفوض القاضي على وجه الإطلاق بأن يكمل مضمون العقد وفقاً لأحكام القانون المكملة [2] والعرف والعدالة وإنما حدد له هذا الضابط بعبارة "طبقاً لطبيعة المعاملة" أو "بحسب طبيعة الالتزام" و "وفقا لطبيعة الالتزام" .

ومن ثم فإن طبيعة الالتزام ليست من قبيل العناصر الموضوعية التي تقف كعنصر مستقل وقائم بذاته على قدم المساواة مثلها مثل أحكام القانون المكملة والعرف والعدالة بحيث أن القاضي – وهو غير ملزم بما قرره المشرع من ترتيب لهذه العناصر لأنها واردة على سبيل التقرير لا الإلزام – يمكنه أن يسترشد بالعدالة مثلاً لتقرير التزام يكمل به العقد وهو لا يتوافق مع طبيعة الالتزام ؟! فليس هذا هو مضمون الخطاب التشريعي، **وإنما الصواب في اعتقادنا واستصحاباً لعبارات المشرع والمنطق الذي يحكمها أن اعتماد القاضي** على عنصر من العناصر الموضوعية الثالثة (وهي القانون في أحكامه المكملة والعرف والعدالة) يكون ضابطه دائما هو طبيعة الالتزام.

ثانيا : ينبغي فهم "طبيعة الالتزام" من منظور وظيفته، ومما يؤكد هذا التصور أن المشرع قد قرر تطبيقات عملية لمستلزمات العقد التي لا علاقة لها بإرادة المتعاقدين الباطنة أو الظاهرة أو حتى المفترضة، لأن القاضي سيفرضها على المتعاقدين حتى ولو لم تتجه إليه إرادتهما وبرهان ذلك

---

1 انظر نص المادة المذكورة :

Art. 1135: (" Les Conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l' équité. L'usage ou la loi donnent à l'obligation " d'aprés sa nature ")

2 رغم أن المشرع سواء في مصر أو في فرنسا ذكر لفظة القانون على وجه الإطلاق، وكان ينبغي عليه تحديد هذه اللفظة بالمراد منها أي بالقانون في أحكامه المكملة ... ومن ثم وجدنا الأستاذ : BÉNABENT وهو بصدد الحديث عن تكميل القاضي الفرنسي للعقد ، قسم مستلزمات العقد إلى طائفتين : تناول في الطائفة الأولى المستلزمات البديلة أو المكملة والتي تحتوي في رأيه على الوصف القانوني للعقد والعرف .
ثم حدد الطائفة الثانية بالمستلزمات الآمرة ، والتي تتضمن – في رأيه – القوانين الآمرة ، وما تقتضيه العدالة من مستلزمات .

V. BÉNABENT (A.): Droit civil, Les obligations, 8 ° éd. MONTCHRESTIEN, 2001 n° 277 et s., p. 210 et s.

ما تقتضيه طبيعة الالتزام في عقد البيع مثلاً من وجوب أن يشمل العقد العين المبيعة وملحقاتها ولو لم تذكر الملحقات في العقد، فبيع السيارة يشمل إطاراتها ورخصتها وأدوات الاحتياط للطوارئ، وكذلك بيع المتجر يشمل الاسم التجاري والحق في إجارة المكان.

ونتساءل لو لم يكمل القاضي العقد في ضوء المثالين السابقين، كيف سيحقق الالتزام بالتسليم أو بنقل الملكية الغاية النفعية منه لو لم يكمل القاضي العقد في ضوء التحديد السابق؟!

ومن ثم فإن الالتزام الذي به يكمل القاضي العقد يؤكد وظيفة الالتزام الموجود في مضمون العقد كما أراده الطرفان حتى ولو لم تنصرف إرادتيهما* المشتركة إليه هذا من جانب.

ومن جانب آخر فإن القانون وكأنه قد قدر الإرادة المنطقية الحقيقية للأطراف المتعاقدة وعبر عنها في شكل "طبيعة الالتزام".

وبناء عليه ، **لا نتفق مع الفقه** الذي يتصور أن تحديد مستلزمات العقد تكون في ضوء طبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة ثم يستطرد ضارباً الأمثال لمستلزمات كل عنصر من هذه العناصر على حده وكأننا بصدد عناصر منعزلة بعضها عن بعض ولا يجمعها ضابط قانوني محدد [1].

رغم أن الرجوع إلى المشروع التمهيدي لنص المادة ١٤٨ مدني مصري ينبئ عن أنها كانت تحمل رقم "٢١٤" وكان نص الفقرة الثانية منها كما يلي :

---

* نقـــد:

أن فرض القاضي لنص قانوني آمر على المتعاقدين الذين لم يذكروا حكمه أو خالفاه هو من قبيل صميم عمله المتمثل في تطبيق القانون على الواقعة المعروضة أمامه ، وليس من قبيل تكميل العقد ، ذلك أن مهمته في تكميل العقد بأحكام القانون تنصرف إلى الأحكام القانونية المكملة لا الآمرة . تلك الأحكام التي لم يتفق الأطراف على مخالفتها ، وقد ارتضاها لهم المشرع مادام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فكأن إرادتيهما المنطقية قد انصرفت بالضرورة إلى إعمالها وفق تقدير المشرع بعيداً عن قصد المتعاقدين .

1 أنظر على سبيل المثال: د. عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، بند ٢٩٨ ، حيث يقرر (..... وهو (أي القاضي) يستطيع أن يحدد مستلزمات العقد في ضوء طبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة).

وكذلك: د. سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق بند ١٢٤ ، ص ١٣٨ وما بعدها ، حيث يفصل سيادته العوامل التي يستعين بها القاضي في تكملة العقد على الترتيب ١ - طبيعة الالتزام ٢ - نصوص القانون ٣ - العرف ٤ - العدالة"

"ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام ،"((وفقاً)) للعدالة والعرف والقانون") [1].

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للنص أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ تتناول تعيين المقصود بمضمون العقد، فهو لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والإفراد بل يلزمه كذلك بما تقتضيه طبيعته (يُقصد طبيعة المضمون العقدي ، أي طبيعة الالتزامات الوارد فيه) وفقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة.[2]

ونستنتج من ذلك ، وبما لا يدع مجالاً للشك بأنطبيعة الالتزام هي الضابط القانوني لكل العوامل أو العناصر التي يستعين بها القاضي وهو بصدد تكميل العقد، وآيةُ ذلك قراءة المشروع التمهيدي سالف الذكر.

وكل ما في الأمر أن المشروع التمهيدي لنص المادة ١٤٨ مدني مصري، وهو يحمل رقم " ١٥٢ " عند مناقشات لجنة القانون المدني له في مجلس الشيوخ، رأى سعادة العشماوي باشا إنه إذا كان لابد من هذا النص فهو يقترح استبدال عبارة ("بالنتائج التي تقتضيها طبيعة التعاقد") بعبارة "بما تقتضيه طبيعة الالتزام" خصوصاً وأن النصين الفرنسي الايطالي والبولوني المأخوذة عنهما المادة المعروضة تتكلمان عن "Suites" أي النتائج [3].

فرأي سعادة الرئيس أن كلمة النتائج المقترحة لا تؤدي المعنى المطلوب، واقترح استبدال كلمة "مستلزمات" بها [4].

ومن هنا صارت الفقرة الثانية كما هي الآن في نص المادة ١٤٨ مدني مصري كالآتي:

"ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام").

٤٨ - تعقيب: رغم أن نص المادة ١٤٨/ يحدد بوضوح أن مستلزمات العقد تتحدد في ضوء " طبيعة الالتزام " من طريق الاستعانة بعوامل ثلاث هي ، القانون في أحكامه المكملة والعرف والعدالة إلا أن نص المادة في المشروع التمهيدي وبالتحديد الفقرة الثانية منها كان أوضح في تقديري ولم يك

---

1 راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ، القانون المدني ، الجزء الثاني ، مطبعة دار الكتاب العربي ، ص ٢٨٧

2 راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق ن ص ٢٨٧ .

3 أنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ، للقانون المدني ، الجزء الثاني ، مطبعة دار الكتاب العربي ، ص ٢٨٩ و ٢٩٠ .

4 أنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ، للقانون المدني ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٠ .

بحاجة إلى أدنى تعديل لأن عبارة "بما تقتضيه طبيعة الالتزام" تتضمن بالضرورة النتائج والمستلزمات، غير أن رغبة أحد أعضاء مجلس الشيوخ آنذاك في النقل الحرفي لما هو مدون في النصين الفرنسي الإيطالي والبولوني كان هو الباعث الدافع إلى تغيير صياغة النص دونما تغيير في المضمون .

الفرع الثاني
الإرادة كسبب لتجانس العقد

٤٩ - من الأهمية بمكان أن يتبين القاضي تجانس العقد ، ولكن ما هو السبيل إلى التثبت والتحقق من وجوده ؟

يبدأ القاضي في تحليل مضمون العقد، ذلك المضمون الذي يعد تعبيراً عن إرادتي المتعاقدين ومن طريق نتائج تحليله يمكنه أن يستنتج تحديداً الإرادة التي لم تعبر عن نفسها بطريقة كاملة، ومن ثم فهي في حاجة إلى تكميل، ويقوم القاضي بهذا التكميل ليس من طريق وضوح أو غموض المضمون العقدي وماذا قصدت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، ولكن من طريق وجود ترابط منطقي في المضمون العقدي من عدمه، ومن ثم "فترابط العقد منطقياً "La cohérence du contrat" لم يكن ليستخلصه القاضي إلا بالتدبر في الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة وما ينبغي أن تكون عليه من منظور الرؤية التشريعية لها، وليس من منظور إعلانها عن ذاتها بذاتها [1].

٥٠ - وفي تقديري أن عمل القاضي وهو بصدد تكميل العقد يرتكز على معيارين أساسيين يرتبطان ببعضهما البعض ارتباط السبب بالمسبب:

المعيار الأول : هو التحقق من وجود ترابط منطقي في العقد ، وهذا الترابط ما هو إلا النتيجة التي أرادها المشرع كما ينبغي أن تكون عليه الإرادة التعاقدية ، ومن ثم فهي الإرادة الحقيقية المنطقية في منظور المشرع وهي

---

1 ويعبر البعض عن معنى قريب من هذه الفكرة بحسبان أن الترابط المنطقي في العقد هو المعيار الضمني الذي بمقتضاه يمكن للقضاء تحديد الإرادات التي لم تعبر عن نفسها بطريقة كافية ..... راجع :

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.) : op. cit. n° 519 , p. 511 ... qui disait : (" La cohérence du contrat par rapport à son contexte se présente – t – elle comme le critère – implicite – auquel les jurisdictions recourent afin de déterminer les volontés insuffisamment explicites.")

ليست الإرادة الباطنة أو الظاهرة أو حتى المفترضة ..... لماذا ؟ لأننا بصدد تكميل للعقد لا تفسيره.

أما المعيار الثاني: فينشأ وقتما تكون الإجابة بالسلب وفق المعيار الأول، بمعنى أن يتثبت القاضي من عدم وجود ترابط منطقي في مضمون العقد، ومن هنا يبدأ القاضي في الاحتكام إلى طبيعة الالتزامات التي يحتويها المضمون العقدي، وهذا هو معياره الذي يقوده إلى الالتزامات الواجب عليه تكميل العقد بها مستعينا في ذلك بأحكام القانون المكملة والعرف والعدالة.

ويترتب على هذا التصور القول بأن الإرادة الحقيقية المنطقية للأطراف المتعاقدة هي التي أوجدت الترابط المنطقي في العقد، ولم يكن عمل القاضي سوء تكميل هذه الإرادة الحقيقية المنطقية.

المطلب الثالث
دور الإرادة في آثار العقد

٥١- إن نتائج التحليل المنهجي لنص المادتين ١١٣٥ مدني فرنسي و ٢/١٤٨ مدني مصري تؤكد المحو الكلي لآثار مبدأ سلطان الإرادة .

ويرى BLANC – JOUVAN أن تطبيقات القضاء الفرنسي لنص المادة ١١٣٥ قد فاقت كل تصور إدراكي ممكن بحيث ترتب على الاجتهاد القضائي بصددها إنشاء العديد من الالتزامات التي باتت تفاجئ الأطراف المتعاقدة بما لا يحتسبون [1] .

غير أنه ليس في الوسع أن نطالب الإرادات المتعاقدة بإدراك ما قد يصعب عليها إدراكه [2]. ومن ثم فإن المعطيات الموضوعية " Les

---

[1] راجع :

BLANC – JOUVAN (G.): L' après – contrat , Etude a partir du droit de la propriete litteraire et artistique, thèse AIX – MARSEILLe, press univ. d'AIX – MARSEILLE, 2003, p.179: qui disait.

("Dangereux pour les partenaires, dans la mesure ou il limite la prévisibilitè de leur engagement et où il heurte le principe du respect de l'autonomie de la volontè.")

("il est, sans doute, inattendu de s' appuyer sur le précepte de l'article 1135 afin de justifier la force obligatoire du contrat.")

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): op. cit. n° 534, p. 527

[2] راجع:

" données objectives يمكن – كما سبق البيان – ضبطها من طريق الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة [1].

وعلى آثار أنقاض نظرية الإرادة الباطنة وجدت نظرية الإرادة الظاهرة مجالها، وصارت فكرة العقد تميل ميلاً نحو التصور الموضوعي " L' objectives du contrat " [2].

٥٢- وفي تقديري أن تقدير دور الإرادة في آثار العقد لا ينبغي أن يتم تبعاً لما تواترت عليه آراء الفقه التقليدي. فقد آن الأوان لأن نعلي من شأن الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة، ووفق هذا التصور يمكن بلوغ كل غاية عملية في ضوء المعطيات الموضوعية التي يكمل بها القاضي العقد، وفي ذات الوقت تتحقق الفائدة المادية التي أرادت تحقيقها الإرادات المتعاقدة ..... لماذا؟

لأن مراعاة الاعتبار القانوني للمعطيات الموضوعية ستقود حتماً إلى الحقيقة القانونية التي لو علمها الأطراف وقت التعاقد لأعلنتها إرادتهم، وهذا ما يقتضيه التصور المنطقي للأمور، ومن ثم، حرى بالمنطق القانوني ألا يتجاهل ما قد يؤدي إلى الحقيقة التي ستحقق بالضرورة مصالح الأطراف المتعاقدة، وفي ذات الوقت على أساس قانوني منطقي يستند إلى الإرادات الحقيقة للأطراف المتعاقدة.

ومن ثم، نستحسن ما قرره البعض من أن نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي تعد مصدراً من المصادر التي يرتكز عليها العقد, وأن هذا الأتساع في مصادر العقد فرضته المادة المذكورة، وهي التي أسست الاعتبار المنطقي في معنى العقد من حيث وجوب اعتبار "طبيعة الالتزام"، بحيث يمكن تحديد مستلزمات كل التزام بحسب طبيعته، لأن هذه المستلزمات يتضمنها الالتزام بالضرورة من حيث طبيعته ووظيفته [3].

V. CARBONNIER (J.): Droit civil, T. 4, les obligations, 22 °ed., PUF, Themis, 2000, 10 ° ed. L.G.D.J., 2004 .p. 86

1 volonté (" Les données objectives permettent de reveler La raisonnable des parties.")

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): op. cit. n° 534, p.527

2 يُراجع في هذه الفكرة :

V. MESTRE (j.) et FAGES (B.) : " De l'interdiction de se contredire au dé d'autrui " chronique n° 7 , RTD civ. 2002 , p. 93.

3 "L'extension des sources du contra est non seulement autorisée. Mais encore impose par l'article 1135 du code civil, qui fonde la considération, au sein des contrats. D'une nature en toute obligation et des suites qu'elle implique"

ولاشك أن هذا التصور الجديد لا يستند على إرادة واحدة مستقلة لأحد أطراف العقد فالأمر ليس إلا توفيق بين الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة وما ينبثق أو يفيض عنها.

ومن ثم، يمكن تبرير التصور الإرادي للقوة الملزمة للعقد بأنه الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة، ووفق هذا الأساس يمكن القول بالتوازن العقدي، وبفكرة العدالة، وبالجملة – في تصوري – كل ما يقود إلى الأمان العقدي.

غير أن استقراء مضمون تكميل العقد وفق هذا الأساس الجديد وإن كان صنواناً للتوازن العقدي إلا أن هذا التوازن العقدي لن يكون هو غاية العقد ومنتهاه بحيث يختزل بذاته وفي ذاته جوهر العقد ومادته [1].

وكل ما في الأمر أن هذا التوازن يمثل النتيجة أي الأثر الفرعي أو الإضافي للترابط المنطقي ما بين مصادر العقد .

المبحث الثاني
الملاءمة بين النص التشريعي والتطبيق القضائي بخصوص تكميل العقد

٥٣ - تحديد وتقسيم

لم يبق بعد التصور العقدي الحديث " لمبدأ سلطان الإرادة " " L' autonomie de la volonté "بحسبانه مبدأ سلطان الإرادة المنطقية " comme autonomie de la volonté rationalité " [2] سوى أن نحلل مدى الملاءمة بين نصوص التشريع والتطبيقات القضائية فيما يتعلق بتكميل العقد [3].

V. MOULY – GUILLEMAUD (C.): op. cit. n°534, p.528

1 أنظر في هذا المعنى :

V. MALAURIE (ph.), AYNES et STOFFEU- MUNCK (ph.),op.cit. p.341.

2 راجع :

V. SAVAUX (È): La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?, L. G. D. J. Bibl. dr. priv. 1997 n° 221, p. 181.

3 فكرة: كان في تصوري أن أعرض للأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد في نهاية هذه الدراسة، غير أن طبيعتها فرضت على أن أبدأ بعرضه قبل هذا المبحث المتعلق بمدى الملاءمة بين النصوص التشريعية والتطبيقات القضائية في مادة تكميل العقد، كي يتسنى للقارىء الحكم على هذا الأساس القانوني الحديث لمبدأ سلطان الإرادة بحسبانه الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة في ضوء الرؤية الفقهية والاجتهادات القضائية.

وبسبب تعدد الاجتهادات الفقهية ولاسيما بخصوص المعنى المراد من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي والنطاق الحقيقي لها، فضلاً عن النطاق التطبيقي الواسع للإجتهادات القضائية بصددها أثرنا أن نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي :

المطلب الأول : اجتهادات الفقه .

المطلب الثاني : تطبيقات القضاء .

المطلب الأول
اجتهادات الفقه

٥٤ - ما من نص قانوني أثار حوله جملة من علامات الاستفهام كما كان الأمر بصدد نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي ؟ (١).

وقد كتب الأستاذ : DOMAT قديماً بأن الإلتزامات التي تعد مستلزمات بالرغم من أنها غير مكتوبة أي غير معبر عنها من قبل الأطراف المتعاقدة هي التي تقتضيها العدالة والقوانين (في أحكامها المكملة) والعرف ويكون كل ذلك بحسب طبيعة الالتزام أو ما ساهم فيه الإنسان (٢).

٥٥- وفي رأينا أن الضابط الأساسي هو طبيعة الالتزام ، وهو ضابط عام موحد لكل ما يمكن للقاضي أن يكمل به العقد في ضوء العوامل أو العناصر

---

[1] فقد ثارت مناقشات عديدة في مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة هذه المادة، وقد وصفها الأستاذ: Lacuée بأنها محل للتفكير الجاد وإثارة القلق وعدم الاستقرار ومن شأنها أن تقود إلى" نتائج خطرة وجسيمة " " graves inconvénients " لأن من شأنها إخضاع المدين لالتزامات لم يكن يتوقعها. "il" l'article " soumet meme le débiteur à des obligations qu'il n ' a pu prévoir "

أنظر: " مناقشات مجلس الدولة الفرنسي بصدد المادة ١١٣٥ مدني " كما يلي : -

Cité par: BERTHIAU (D.) le Principe d'égalité et le droit civil des contrats, op. cit. n° 637, p.336.

[2] "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention et à toutes les suites que l' usage donnent à l'obligation ou l'on est entré") V.DOMAT: Les lois civiles dans leur ordre naturel, premiére partie, Livre premier des engagements volontaires et **mutuels par les** conventions paris Lecleuc, MDCCLXXVII. sec. 2, p. 19. Cité par: BERTHIAU (D.) le Principe d'égalité et le droit civil des contrats, op. cit. n° 637, p.336.

الموضوعية الثلاثة وهي العدالة والقوانين في أحكامها المكملة والعرف . هذا من جانب .

ومن جانب آخر فإن قوله أو ما ساهم أو شارك فيها الإنسان (أي المتعاقد) ، فيمكن لنا تأويله بما تقتضيه الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة . فالأمر لاعلاقة له بالإرادة الظاهرة أو حتى بالإرادة الباطنة ولا مجال لافتراض الإرادة قبالة صاحبها ، لأن الإرادة المنطقية هي ما يقتضيها المنطق والعقل لمن سيقدم على مثل هذا التعاقد من منظور تقدير القانون .

والعدالة L' équité سواء في نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي أو المادتين (٢/١٤٨) و (٩٥) مدني مصري هي " العدالة وفق تصورها الموضوعي " L'équité dans son sens objectif " كمصدر إيجابي للقانون . [١] " Comme une source positive de droit " مما يدعم وجهة نظرنا بأن العبرة بما تقتضيه عدالة الإرادة المنطقية التعاقدية ، وليست عدالة إرادة الأطراف المتعاقدة بالذات ، ولا جرم أن هذا التصور الموضوعي المجرد للعدالة وإن كان مصدراً إيجابيا للقانون ذاته، فإن القانون قد فوض القضاء في إعماله وهو بصدد تكميل العقد.

غير أن منطق الاتجاه الفرنسي القديم ويجسده رأي الأستاذ : DOMAT أن نص المادة ١١٣٥ ليست إلا إسناد للعدالة من قبل القانون للقضاء [٢] وهي العدالة الطبيعية " l'equité naturelle " التي يمكن تبيانها من طريق فكرة أن من يستعير شيئا لأجل استعماله فطبيعي أنه ملزم بالمحافظة عليه [٣] .

وفي ذات النطاق ذهب رأي إلى أن " قانون العقد إنما يستمد قوته الملزمة من قانون الدولة ، وكل منهما يستند أخيراً إلى فكرة العدل " ... ويقول في موضع أخر بأنه : " إذا كان العقد يستند في أساسه إلى فكرة العدل وقوة القانون فإنه يخضع أيضاً في حياته لتأثير فكرة العدل ، وتطور غايات القانون [٤].

---

1 راجع : V.BERTHIAU(D.): op. cit. n° 637, p. 336 et 337.

2 و ذا التصور – كما يقرر البعض – هو ما كان في ذهن واضعي التقنين المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤ وساد وفقاً لرؤية الفقه لنصوص التقنين ولاسيما نص المادة المذكورة في القرن التاسع عشر.

3 "c'est par l'equité naturelle " par exemple: que celui qui (emprunte une chose pour en user doit la conserver").
V. BERTHIAU (D.): op. cit. n° 637,p.337.

4 راجع: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق بند ١٢٥، ص ١٤١.

ومهما يكن من أمر ، فإن العدالة يجب أن تصاحب كل أفعال الإنسان ، كما أن حسن النية يكون صنواناً ملازماً للروابط الاجتماعية ومن ثم فهو يفترض دائماً في نطاق تكوين العقد ، وكذلك في نطاق تنفيذه ، إلا أن النطاق الحقيقي لنص المادة ١١٣٥مدني فرنسي وكذلك المادة ٢/١٤٨ مدني مصري لا علاقة له بتفسير العقد ولا يمكن القول بأن نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي تُفسر في ضوء نص المادة ١١٥٦ وما يليها من التقنين المدني الفرنسي، وكذلك الأمر بصدد نص المادة ٢/١٤٨ مدني مصري وكذلك المادة ٩٥ مدني مصري فلا يمكن أن تكونا محلين لتفسير ما جاء بالمادتين ١٥٠ و ١٥١ مدني مصري .

إن النطاق الحقيقي لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي والمادة ٢/١٤٨ مدني مصري هو تكميل العقد [1] وعند : PLANIOL فإن وظيفة المادة ١١٣٥ مدني فرنسي هي تحديد نطاق العقد ، حيث أن الواقع العملي يفرض صعوبات حقيقية ليس من زاوية فهم البنود العقدية وتفسيرها ولكن من منظور ما لم يعبر عنه أطراف العقد التعبير الكافي ومن ثم ، يكون العقد بصدد نقص ، ويحتاج إلى تكميله من قبل القضاء [2].

والالتزامات المضافة من قبل القضاء لم تنحدر من الإرادات الظاهرة أو الباطنة أو حتى المفترضة من جانب الأطراف المتعاقدة ، مما يستتبع القول أنه بقدر تحديد مضمون هذا الالتزامات فهي ترتبط بالضرورة وتستتبعها الالتزامات الرئيسية في العقد بصرف النظر عن العامل الموضوعي الذي استرشد به القضاء لأداء عمله في تكميل العقد ، ومن ثم يكون جزاء عدم

---

1 ("il est certain que l'article 1125 n' etait pas, dés les origins, une simple directive d'interprétation.
V. BERTHIAU (D.): op. cit. n° 645 p. 345, p.342.

2 "sa fonction (Art.1135 s'étendait à l'appréciation de l' execution du contrat en dohors de toute expression des parties (.....) et dans un paragraphe consacré à la ("determination
(أي الأستاذ بلانيول) il de l'étendue du contrat") Constate que: ("dans la pratique, les difficultés viennent, non pas de ce qu'on étend les contrats au delà de leur objet veritable, mais bien plutôt de ce que les parties n'ont pas été assez explicites dans l'énoncé de leur conventions et qu'il y a dans l'acte de choses sous- entendues") .
V. PLANIOL (M.): Traité élémentaire de droit civil, t.11, obligations, contrats spéciaux, súretés réelles, 2éd. Revue et complete par Ripert (G.) avec le concours de Boulanger (J.) , L. G. D
. J. 1997 cité par: BERTHIAU (D.): op. cit, n° 654 , p. 342.

تنفيذها أو تنفيذها المعيب خاضعاً للمبادئ العامة في العقود ، ومن غير المتصور أن يستدعي ذلك البحث في مسألة التفسير العقدي بصددها ، وهل توافقت مع المبادئ العامة في تفسير العقود أم لا [1].

ولئن كان ميسوراً تحديد الالتزامات الرئيسية المترتبة على العقد ، إلا أن تحديد الالتزامات المكملة لمضمون العقد مسألة في غاية الدقة .

ولا ينبغي القول بأن على القاضي أن يقدر ما إذا كان في إضافته لالتزام ثانوي أو آخر إلى مضمون العقد تنظيم أفضل للعلاقات بين طرفيه أم لا، وكما هو الحال في فرضه للالتزام بالسلامة في بعض العقود على عاتق أحد طرفيها حماية للطرف الآخر ولأنه أكثر اتفاقاً مع العدل ، وتحقيقاً للتناسق في العلاقات الاجتماعية [2].

والمعيار الوحيد المنضبط الذي يحكم مدى ملاءمة عمل القاضي نتلمسه من عبارة المشرع الصريحة: "..... بحسب طبيعة الالتزام "L'obligation d'aprés sa nature..." بمعنى أن المشرع وقتما فوض القضاء في تكميل العقد وضع له العوامل الموضوعية التي تساعده في بلوغ هذا التكميل وهي القانون في أحكام المكملة والعرف والعدالة .

ويحكم إطار عمل القاضي في ضوء العوامل السابقة فكرة" طبيعةالالتزام"..... فإلى أي مدى التزم القضاء بهذا التصور في التطبيق ؟ هذا ما سوف نحاول تبيانه في المطلب الثاني .

---

1 قريب من هذا المعنى أنظر :
V. TERRÉ (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.): Droit civil. LES obligations, 9 ° éd. Précis Dalloz, 2005, p.1316.

2 أنظر في هذا : د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسئولية المدنية ، الجزء الأول ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٨ ، بند رقم ٤٤ ص ٢٢٧ وقد استدرك هذا الرأي قوله السابق ، في ص ٢٣٨ ، بند رقم ٤٥ ، نفس المرجع السابق قائلا : " فإننا نري مع جمهور الفقه الحديث أن الالتزام بسلامة المسافرين أو الركاب يتفق مع طبيعة عقد النقل والغاية التي يقصدها طرفاه منه .... الخ .... " .
تعقيب : لا أشاطر هذا الري حجته ، لأن المسألة لا علاقة لها بقصد المتعاقدين في ذاته، ولا شأن لها بتقدير المسافر أو عدم تقديره ..... لماذا ؟
لأن القاضي يكمل العقد في ضوء طبيعة الالتزام الرئيسي في العقد ووفق ما يتم تقديره منطقيا مما كان يجب أن تنصرف إليه الإرادة المتعاقدة علي وجه التجريد ، لا بما كان ينبغي أن تنصرف إليه إرادة هذين المتعاقدين بالذات فكما سبق لنا البيان ، أن تكميل العقد يكمن أساسه القانوني الملزم فيما يضيفه من التزامات إلى مبدأ سلطان الإرادة المنطقية .

المطلب الثاني
تطبيقات القضاء

٥٦ - ما كاد الفكر القانوني على المستوى النظري أن يتحرر من أغلاط المغالاة في المذهبين الفردي والاجتماعي الذين ساهما بشكل أساسي في اتساع الهوة بين القانون والواقع [1] حتى حدثت مغالاة أخرى على المستوى التطبيقي من جانب القضاء الفرنسي فيما يتعلق بتكميل العقد [2].

مما يحث على التساؤل عن مدى الملاءمة بين النص التشريعي والتطبيق القضائي بصدد تكميل العقد ؟

بداءة فسر القضاء الفرنسي الخطاب التشريعي التفويضي له بصدد تكملة العقد بأن نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي يرتكز بصفة أساسية على فكرة العدالة ومن هذا المنطلق " وبأمر العدالة" . [3] " Un impératif d'equité "

" بدأ القضاء في فرض جملة من الالتزامات على الأطراف المتعاقدة لم تتضمنها بنود العقد بحجة أنها تتوافق مع العدالة التعاقدية [4].

---

1 أنظر في تحليل هذين المذهبين : د. منصور مصطفى منصور ، مرجع سابق ، من ص ٤ إلى ص ٢٣ .

2 وفي ذلك يقول : BÈNABENT ، أن الاجتهاد القضائي لم يتردد حتى خارج أي قانون منذ بداية القرن العشرين في أن يجعل العقد ينشيء التزامات ليست موجودة في بنود العقد على سند من أنها تتوافق مع العدالة العقدية ، واعتمد القضاء في الاهتداء إلى هذه الالتزامات على فكرة العدالة التي تقترن بالنطاق العقدي الذي يختلف بالضرورة من عقد إلى أخر... ومن ثم، حدث إنشاء قضائي للعديد والعديد من هذه الالتزامات ومنها، الالتزام بالأمان أو بضمان السلامة والالتزام بالإعلام والإخطار وبالنصح وبالرقابة .. الخ .. حتى أن نص الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ التي تتعلق بتفسير العقد (لا تكميله) والتي تنص على أن "العقود يجب أن تنفذ بحسن نية" ("Elles doivent être executées de bonne foi.") لم يسلم من الاجتهاد القضائي المنشيء بحيث تم تأويله من جانبه ليفرض على المتعاقدين الالتزام بالاستقامة وبالأمانة وحتى بحسن النية إلى الالتزام بالتعاون والالتزام بالحيطة.... الخ.....

راجع :

V. BÈNABENT (A.): op. cit. n° 2 279 à 286 , p. 211 à 218

V. HUET (J.): Traité de droit civil, les principaux

3 راجع:

contrats spéciaux , L.G.D.J.1996, n°31, p.106.

4 راجع:

V. BENABENT (A): op. cit. n° 280, p. 211

((''وعلى سند من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي ولتحقيق العدالة التعاقدية قضت محكمة الاستئناف في فرنسا بتعديل الشرط المنصوص عليه في عقد البيع المعروض عليها بصدد نزاع بين الطرفين على الثمن الواجب دفعه لقاء بيع أحدى الشركات لنوع معين من النسيج إلى شركة أخرى، وكان الثمن محدداً في العقد صراحة باتفاق الطرفين، غير أن المحكمة المذكورة قررت تغيير هذا الثمن زيادة عن ما هو محدد في العقد بحجة تحقيق العدالة التعاقدية.

فما كان من محكمة النقض الفرنسية إلا أن رفضت حكم الاستئناف على سند من أن العقد لا يتضمن أي بند ينص على تعديل الثمن، ولا يوجد عُرف يبرر هذا التطبيق فضلاً عن أن محكمة الاستئناف لم تذكر أي أساس قانوني لقرارها ، ولا يمكن الاستناد إلى نص المادة ١١٣٥ في هذا الصدد[1] '')

وصدرت أربعة أحكام قضائية أساسية عن الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية تؤكد أنه لا مجال لتطبيق نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي بصدد تعديل الثمن المنصوص عليه في بعض العقود ، وذلك بسبب مغالاة القضاء في الفهم الخاطيء لمحتوى نص المادة المذكور (خطأ في تطبيق القانون)[2] .

ويعد الالتزام بالسلامة Le obligation de Sécurité من أقدم الالتزامات التكميلية التي أضافها القضاء الفرنسي إلى الالتزام الرئيسي في عقد نقل الأشخاص Contrat de transport وفرضه على عاتق الناقل[3] ثم، تواترت تطبيقات عديدة بصدد تكميل كثير من العقود بهذا الالتزام، وفرضه على عاتق أحد أطرافها ، وعلى سبيل المثال ، العقود التي

---

1 راجع :
V. Cass. Com. 31 mai 1988, Bull. 1v n° 189, cassation sur les articles 1143 et 1135 du code civil.

2 راجع :
V. l' Assemblée pléniere de la cour de cassation en date du 1 er décembre 1995: J.C.P 1996. 11. 22565, p. 21 à 34
(Concl. JEOL et note: GHESTIN (J.): d. 1996. 1. p.13 à 21.

3 راجع :
V. Cass. Com. 21 novembre 1911, 27 janvier et 21avril 1913.
D. P. 1913. 1. 249 , note SARRUT, Cité par: GHESTIN (J.),JAMIN (CH.) et BILLIAU (M.): Traité de droit civil, les effets du contrat, L.G.D.J. 2 e éd. 1994. n° 44, p. 55

تتعلق، بالألعاب المتحركة " [1] L'exploitant d'un manége de balançoires وهو هنا التزام بتحقيق نتيجة يستغرق المدة الزمنية لأداء اللعبة .

والألعاب التي تتعلق بالتزلج بسرعة كبيرة على مسالك أو مسارات ثلجية بأن فرضته على عاتق مستغل هذه الأماكن – أي المضمار أو الحلبة أو الميدان Pistes - التي تقام عليها هذه الألعاب [2].

ومد القضاء هذا الالتزام كذلك إلى السيارات التي يُعهدُ بإصلاحها إلى أصحاب مركز الصيانة والإصلاح، بأن فرضه على عاتق هؤلاء الأشخاص، ولن يتم إعفائهم من المسئولية إلا بإثباتهم عدم ارتكاب أي خطأ [3].

وفرضه القضاء أيضا على عاتق البائع Le vendeur ومقتضاه إلا يسلم البائع منتجات إلا خالية من كل عيب أو قصور في صناعتها يكون من شأنه الإضرار بالأشخاص أو بالأشياء .[4]

٥٧- تعقيب

يبدو مبرراً اجتهاد القضاء الفرنسي بإنشاء الالتزام بالسلامة وفرضه على عاتق أحد أطراف العقد في الأمثلة السابقة في إطار تكميل العقد .

التحليل : ما قام به القضاء من دور منشئ استجابة لنص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي لم يكن ليتم ويكون صحيحاً قانوناً إلا للصلة ما بين الالتزام

---

1 راجع :
V. Cass. Civ.1 re, 18 Février 1986. Bull. Civ.1. n° 32, p. 28
وكذلك :
V. Cass. Civ.1 re, 28 octobre 1991, Bull. Civ.1. n° 289, p. 190; Rev. taim.dr.civ. 1992 p.397, obs. JOURDAIN (P.)

2 راجع :
V. Cass. Civ. 1re mars 1993, Bull.Civ.1.n° 119, p. 79; D.1993, inf. rap.p.103.

3 راجع :
un Le garagiste est tenu,"envers ses clients qui lui confient véhicule en reparation, d'une obligation de sécurité dont
il peut s'exonérer en prouvant qu'il n'a commis de faute "
V. Cass.civ.1re, 9 juin1993, Bull.Civ.1.n° 209.p.145

4 De meme façon , une obligation de sécurité pèse sur le vendeur: elle consiste " à ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens" V.Cass.Civ.1re, 11 juin 1991, Bull.Civ.1.n° 201 p. 132 , Jcp . 1992 .1.3572, p.158–159, ops. VINEY(G.).

المضاف (أي الالتزام بالسلامة) والالتزامات الرئيسية في العقود السابقة ، وعلى سبيل المثال لا الحصر، يمكننا تبرير الالتزام بالسلامة المفروض على عاتق البائع من زاوية التساؤل عن الجدوى التي كانت ستعود على المشتري إذا ما تسلم منتجاً يتضمن عيباً وقصوراً في صناعته من شأنه إلحاق الأضرار بالأشخاص أو بالأشياء ومن ثم ، فإن مقتضى التزام البائع بالتسليم في هذا الفرض يستلزم حتماً تكملته بالالتزام بالسلامة وإلا فلن تكون هناك جدوى من تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم ، وبعبارة أخرى ، فإن طبيعة الالتزام بالتسليم ووظيفته (وهو من الالتزامات الرئيسية في عقد البيع) تقتضي فرض الالتزام بالسلامة كمكمل له هذا من جانب .

ومن جانب آخر فإن قراءة الحكم القضائي الشهير الخاص بفرض الالتزام بالسلامة على عاتق الناقل في عقد نقل الأشخاص تنبئ عن أن التحليل القانوني الدقيق للالتزام الرئيسي في العقد المذكور تستلزم طبيعته فرض هذا الالتزام، حيث جاء في هذا القضاء بأن "تنفيذ عقد النقل يتضمن بالنسبة للناقل الالتزام بتوصيل المسافر سليماً معافى إلى جهة الوصول" [1].

وقد حدثت مغالاة من جانب الفقه في تقدير هذا القضاء ما بين البعض القليل الذي يعارضه [2] والجمهور الذي يؤيده . فمن عارض هذا القضاء اعتقد أنه جاء على غير سند من القانون، ومن أيده بالغ في تقديره للدور المنشي للقاضي لأنه لم ينتهج في تطبيقه لنصوص القانون نهجاً جامداً . بل تبنى هذا القضاء غايات القانون لتحقيق العدالة [3].

٥٨ - وفي تقديري أن التحليل القانوني الدقيق للمسألة ينبئ على أن هذا القضاء جاء على سند من القانون ، وبالتحديد نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي، ولم يكن في طور تحقيق غايات القانون لإعمال العدالة، ولكنه يبدو صائباً لأنه فرض على عاتق الناقل التزاماً تكميلياً تستلزمه الطبيعة الأساسية

---

1 راجع :
V. Cass. Civ. , 12 novembre 1911 précitée. 1991, Bull.

2 أنظر د. محمود التلتي ، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص ، طبعة سنة ١٩٨٩ ص ٢٣١ وإشارته في هامش (٢) من نفس الصفحة إلى الفقه المعارض لهذا القضاء، وهو الفقيه GOSSERAND، الشخص الآدمي في المعاملات القانونية، دالوز الأسبوعي ١٩٣٢فقه ، ص ١ وما بعدها ، وكذلك الفقيه: RIPERT ، موسوعة القانون البحري، الطبعة الثالثة، جزء ٢، فقرة ١٩٩٨.
ويراجع كذلك: د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٤٥، ص ٢٣٨، هامش رقم (٤١) وفيه إشارة إلى جملة المراجع الفرنسية السابقة .

3 أنظر : د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٥ ، ص ٢٣٨ ، والهوامش من رقم (٤٣) إلى رقم (٤٨) .

للالتزام الرئيسي في عقد النقل[1]، ومن ثم، فطبيعة ووظيفة هذا الالتزام الأخير هي توصيل المسافر سليماً معافى إلى جهة الوصول، ولن يحقّق هذا الالتزام غايته منطقياً إلا بضمان سلامة المسافر كالتزام تكميلي يقع على عاتق الناقل. ومن ثم لا نؤيد منطق التبرير الفقهي المؤيد لهذا القضاء وحتى المعارض له .

الالتزامان العقديان بالإعلام وبالنصيحة
Les obligations contractuelles de Renseignement et de conseil

أنشأ القضاء الفرنسي – على سند من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي – الالتزام بالإعلام على عاتق وكيل الأعمال l'agent immobilier، بأن فرض عليه تبصير وإعلام موكله Son mandant بشأن تقويم الأشياء التي تم شراؤها "وقتما تكون مازالت محلاً للتقدير والتقييم من حيث ثمنها" " Le prix demandé est manifestement sous – évalué " [2].

وفرضه القضاء كذلك على عاتق المهندس المعماري l'architecte بأن يُعلم وينصح صاحب العمل le maître de l'ouvrage بالعقبات الإدارية المحتملة في ضوء ملاءمتها مع الأشغال المطلوبة [3].

وأكمل به القضاء الفرنسي:

- **عقود البيع** ، التي تتم بين المهنيين والمستهلكين ، بأن فرضه على عاتق الصانع Le fabricant ، بحيث يجب عليه إعلام ونصح وتحذير المشتري حول مخاطر منتجه والاحتياطات الخاصة باستعماله [4].

---

1 أنظر في تأييد هذه الفكرة في الفقه المصري د. نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٤٥ حيث يقول سيادته بأن القضاء الفرنسي قد استطاع من خلال المادة ١١٣٥ مدني فرنسي أن يفرض على عاتق الناقل التزام بضمان سلامة الوصول، ثم توسع القضاء بعد ذلك في فرض الالتزام بضمان السلامة في كثير من العقود، كعقد الفندقة، وعقد الرعاية الصحية، وعقد مع السينما والمسرح، وعقود الألعاب الرياضية.")

2 راجع :
V. Cass.Civ., 1re, 30 octobre 1985, Bull. Civ.1, n° 277 p. 248.

3 راجع :
V. Cass. Civ., 3e, 9 décembre 1992, Bull. Civ. 111, n° 318 p. 196.

4 راجع :

- عقد التأمين، بأن فرضه على عاتق المُؤَمّن لمصلحة عميله.
("Obligation de conseil de l'agent général d'assurance à l'égard de son client")[1].

ومن الملاحظ أن القضاء الفرنسي قد توسع في تطبيقات هذين الالتزامين (الإعلام والنصيحة) توسعاً فاق كل تصور ، مما يوحي – على خلاف الحقيقية- بأنهما يفتقران إلى نطاق حقيقي محدد [2].

الأمر الذي بمقتضاه نستحسن ما قرره قضاء الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية وقتما أقر برفض الطعن وقبول ما قرره قضاة الموضوع في رفضهم فرض الالتزام بالإعلام على عاتق "بائع مجموعة من البرامج المعلوماتية الخاصة بتطبيق معين "d' un vendeur de progiciel" بخصوص الحلول التي تساعدهم على المنافسة في هذا المجال مادام أن هذا البائع قد شرح للمشتري وظائف منتجة، وعرض له كل إمكانات التغييرات المحتملة، وقدم له الحلول المقترحة بصدد فاعلية منتجه [3].

٥٩- تعقيب

التزم قضاء الموضوع وقضاء النقض المؤيد له صحيح القانون .... لماذا ؟ لأن ما يكمل به القضاء العقد في ضوء نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي من التزامات ينبغي أن تكون من مستلزمات الالتزام الرئيسي في العقد وتتوافق مع طبيعته ووظيفته ،ومن الواضح أن الالتزام الرئيسي في العقد هو فاعلية عمل هذه البرامج المعلوماتية بكفاءة في ضوء التغييرات الممكنة، وهذا ما التزمه البائع في نطاق التزامه بالإعلام. أما مسألة افتراض الحلول التي تساعد المشتري على المنافسة لما قد يستجد في الأسواق من برامج أخرى قد تتفوق على برامجه فيما لو لم يحسن استخدامها، فمسألة لا علاقة لها بطبيعة الالتزام

V. Cass. Com. 2 mai 1990, Bull. Civ. 1v., n° 133 , p. 89; Cass. Civ. 1 re, 27 février 1985 Bull. Civ. 1. n° 82 , p. 75Et, V. également: Cass. Com. 11 juillet 1988, Bull. Civ. 1v, n° 250, p.172; Cass. Civ. 1 re, 4 avril 1991, Bull. Civ. 1. n° 131, p. 87, cass. Civ. 1 re, 12 mai 1993, Bull. Civ. 1, n° 167, p.115.

1 راجع :
V.Cass.Civ. 1 re, 17 décembre 1991 RJDA, 1992, n° 147, p. 110.

2 راجع :
GHESTIN (J.), JAMIN (CH.) et BILLIAU (M.): op. cit. n° 45, p. 57.

3 راجع :
V.Cass.Com. 12 novembre 1992, Bull. Civ. 1v., n° 352 , p. 251.

الرئيسي في العقد، ومن ثم لا يمكن أن تكون التزاما تكميليا يمكن للقاضي أن يكمل به العقد.

وهذا القضاء يؤيد وجهة نظرنا في أن الضابط الأساسي الذي يجب على القضاء احترامه وهو بصدد تكميل العقد هو طبيعة الالتزام الرئيسي في العقد، وفي ضوئه يمكن أن نحكم على عمل القاضي بعد ذلك فيما يكمل به العقد مسترشداً بالعوامل الموضوعية الثلاثة وهي القانون في أحكامه المكملة والعرف والعدالة، ومن ثم تتضمن عبارات نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي وكذلك المادة ٢/١٤٨ مدني مصري، ضابط تطبيقها الحقيقي في عبارة "بحسب طبيعة الالتزام".

ومهما يكن من أمر ، فإن الالتزام بالإعلام أو بالنصح من طبيعة نسبية بحيث يتغاير مضمونه في ضوء معارف كل شخص ، ولا مجال بالضرورة لنصح شخص بوقائع أو معلومات معروفة من قبل الكافة [1].

وتم تكميل جانب من العقود من قبل القضاء بالالتزام بالرقابة L' obligatation de surveillance على سند من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي، حيث فرضه القضاء "على عاتق صاحب الفندق" " à la charge de l'hotelier " ، لمصلحة النزيل، على سند من أنه التزام تكميلي تستوجبه طبيعة الالتزام الرئيسي في عقد استئجار أو حجز مكان في فندق contrat de locution وكانت عبارات قضاء النقض واضحة في تأييد حكم استئناف باريس بصدد هذه الدعوى من أن قضاء الاستئناف " قد استخدم السلطة (أي سلطة تكميل العقد) المخولة له من قبل المشرع في ذكر لعبارات نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي" [2].

---

1 "Aucune obligation de conseil ne pèse sur un contractant relativement à des (" faits qui sont de la connaissance de tous" V.Cass.Civ. 3e, 20 novembre, 1991, Bull. Civ. 111, n° 248 p. 167.

2 ("La cour de cassation précise qu'en statuant, la cour d apple: ("a usé du pouvoir qu' elle tient de l'article 1135 du code civil qui dit que les convertions obligent non seulement à ce qui Y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'equité, l'usage ou la loi donnent à l' obligation d' après sa nature")

وفرضه كذلك على صاحب البنك وقتما يتم استئجار خزانة حديدية به [1] وعلى المسئولين عن تنظيم معسكر الأجازات ، حيث يجب عليهم رقابة الأطفال من منظور الحيلولة بينهم وبين المخاطر التي يمكن أن يتعرضوا لها [2]. وذلك على سند من سلطة القضاء في تكميل العقد في ضوء نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي .

٦٠ - رؤية تحليلية لدور القضاء الفرنسي في تكميل العقد

نتج عن كثرة وتواتر الأحكام القضائية الفرنسية بصدد تكميل العقد على سند من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي أن قرر BÉNABENT بأن ثمة مغالاة من جانب القضاء في إنهاك المحتوى العقدي ، ويعتقد أن ما يقوم به القضاء ضرباً من ضروب "التنجيم"، لأن منشأ هذه الالتزامات الجديدة لا يكمن في إرادة المتعاقدين وإنما في القانون ذاته، حيث تربط المادة ١١٣٥ مدني فرنسي – التي كانت في طي الكتمان مدة طويلة من الزمان – صراحة جميع النتائج أو المستلزمات Les suite التي تخولها العدالة والعرف والقانون بالالتزام (أي الالتزام الرئيسي في العقد) بحسب طبيعته [3].

ويرى: GHESTIN(و) JAMI (و) BILLIAU أنه من الضروري وضع حدود لما يطلقون عليه" التفسير الموضوعي المنشيء " للعقد [4].

وأن "العدالة" لا ينبغي أن تكون مبرراً لتحريف "Forçage" العقد [5] ويستحسنون أحكام النقض التي لم توافق قضاة الموضوع على فرض جملة من الالتزامات في بعض العقود لم يرد لها ذكر من جانب المتعاقدين في النص العقدي. وكان سند قضاة الموضوع الوحيد هو أن العدالة تقتضي فرض هذه الالتزامات [6].

---

1 V. casse civ. 1 re, 13 octobre 1987, Bull. Civ. 1, n° 262.p.190 Vcasse civ. 1 re, 29 mars 1989, Bull. Civ. 1, n° 142. p. 94, et cass. Vic.1 re, 15 novembre 1998, Bull.Civ.1, n° 318 , p. 216

2 V. Cass. Civ. 1 re, 10 Février 1993, Bull. Civ. 1. n° 66, p.43.

3 راجع:
V.BÈNABENT (A.): op. cit.n° 286, p.217.

4 GHESTIN (J.), JAMIN (ch.) et Billiau (M.): op.cit. n° 49, p.59.

5 أنظر:
(" L'equité ne peut pas toujours justifier le "Forçage" du contrat ")
V. GHESTIN (J.), JAMIN (CH.) et Billiau (M.): op. cit. n° 49, p.61.

6 ومن هذه الأحكام على سبيل المثال راجع :

٦١- وفي رأينا أنه

لئن كنا نعتقد في الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة كأساس قانوني للقوة الملزمة للعقد، ومن ثم، فلن يكون ما يقوم به القضاء وهو بصدد تكميل العقد ينطوي على نوع من "التنجيم" بما لا يحتسبه المتعاقدون. إلا أن وجه الخطأ يتمثل فيما يعتقده القضاء من أن تكميله للعقد يتم على سند من ابتغاء تحقيق العدالة. فالعدالة في حد ذاتها ليست في قراءة نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي أو المادتين (٢/١٤٨) و (٩٥) مدني مصري إلا أحد العوامل الموضوعية التي يسترشد بها القاضي في إنشاء الالتزام الذي يكمل به المضمون العقدي ، غير أن هذه ليست هي الخطوة الأولى التي يجب أن يبدأ بها القضاء بل يسبقها خطوة أولية في غاية الأهمية إلا وهي إعمال الضابط القانوني الذي أوجدته النصوص القانونية المذكورة وإلا كان قضاؤه منطوياً على خطأ في تطبيق القانون مما يبرر إلغائه من طريق النقض ، وهذا الضابط القانوني الهام صريح وواضح في النصوص القانونية المذكورة ويتمثل في " طبيعة الالتزام الأساسي في العقد " بمعنى أنه لن يقدم على تكملة العقد ، إلا بالتزام تقتضيه ويستلزمه بالضرورة المنطقية طبيعة ووظيفة الالتزام الرئيسي في العقد ، أي لتأكيد وضمان فاعلية الالتزام الرئيسي في العقد ، ومن هنا يتحقق التوافق المنطقي بين الالتزامين في ضوء ما كان يجب على الإرادات المتعاقدة أن تتوافق عليه وفقاً لموجبات العقل والمنطق ومن ثم ، أغناها المشرع عن ذلك بأن أوجد النصوص القانونية المذكورة.

نتائج الدراسة

حددنا في بداية هذه الدراسة المشكلات القانونية التي تتعلق بها ، وعرضنا لآراء الفقه وتطبيقات القضاء بصدد تكميل العقد بالتحليل والنقد لنصل إلى النتائج الآتية التي قد تتضمن حلاً لهذه المشكلات :

أولا : أثبتنا وجود حدود فاصلة بين تفسير العقد وتكميله ، وهذا ما تثبته النصوص التشريعية في ضوء تحليلنا لها .

V. Cass.Civ .1 re, 28 avril 1993, Bull.Civ.1, n° 125. ; Cass. Civ. 1 re,23 Février 1994 , Bull. Civ.1, n° 76, p. 59.; Cass. Civ. 1 re, 20mars 1989, Bull.Civ.1, n°137, p.90. D. 1989, p. 381, note: MALAURIE (ph.).;Cass. Civ., 20 décembre 1989, Bull. Civ. 111, n° 243, p. 132.

ولئن كان تفسير العقد يرتكز على إرادة المتعاقدين وقصدهما المشترك فإن تكميل العقد لا علاقة له مطلقاً بإرادة المتعاقدين لأنه يستند على أسس موضوعية، وإن كان من دور للإرادة التعاقدية هنا فهي الإرادة المنطقية لأي متعاقد كما تصورها المشرع فيما ينبغي أن تكون عليه بطريقة مطلقة وعامة ومجردة.

ثانيا: أن الضابط القانوني الوحيد الذي يسترشد به القاضي لتكميل العقد وفق العناصر الموضعية الثلاثة (القانون في أحكامه المكملة والعرف والعدالة) هو طبيعة الالتزام الرئيسي في العقد المراد تكملته بما يعد عقلاً ومنطقاً من مستلزماته التي تؤكد طبيعته وتحقق الفائدة منه.

ثالثا: يكمن الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد في الإرادة المنطقية للأطراف المتعاقدة. وإن كان من سلطان للإرادة فهو سلطان هذه الإرادة المنطقية وليس للسلطان الذاتي لإرادتي المتعاقدين في العقد المراد تكملته. فلا علاقة لما يكمل به القاضي العقد بالإرادة الباطنة أو الظاهرة أو المفترضة لأطراف العقد .

بل يتعلق الأمر بالإرادة الحقيقية المنطقية لأي متعاقد كما نصورها المشرع فيما ينبغي أن تكون عليه بطريقة مطلقة وعامة ومجردة وبرهان ذلك خطاب المشرع الذي جسدته عبارة "بحسب طبيعة الالتزام" سواء في النص الفرنسي أو المصري.

قائمة المراجع
BIBLIOGRAPHIE

أولا : مراجع باللغة العربية:

- د. أحمد شوقي عبد الرحمن: قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها ، طبعة سنة ١٩٧٧م ، بدون ناشر.
- د. جلال علي العدوي: أصول المعاملات ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، سنة ١٩٦٧م.
- د. جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩١م .
- د. حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، بدون ناشر ، سنة ١٩٩٥م.
- د. حسن عبد الباسط جميعي: أثرعدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دارالنهضة العربية، سنة ١٩٩٠م.
- د. حمدي عبد الرحمن: الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩م.
- د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات ، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ، سنة ١٩٨٧م.
- د. سمير عبد السيد تناغو: نظرية الالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- د. سمير عبد السيد تناغو و د. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ،سنة ١٩٩٣م.
- د. سهير منتصر: الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠م.
- د. طلبة وهبة خطاب: مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥م.
- د. عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، من ص٥٩١ إلى ص ٦٢٥.
- د. عبد الفتاح عبد الباقي: مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي،١، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ، سنة ١٩٨٧م.
- د. عبد المنعم فرج الصدة:

١- مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٤م.

٢- نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٠م.

- د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية قضائية في كل من مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٠م.
- د. محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر، سنة ١٩٨٩م.
- د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسئولية المدنية، الجزء الأول، طبعة جامعة القاهرة، سنة ١٩٧٨م.
- د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال: القانون والمعاملات، الدار الجامعية، سنة ١٩٨٧م.
- د. منصور مصطفى منصور: دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، خلاصة دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، العام الجامعي ١٩٩١ ـ ١٩٩٢م ، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس.
- د. منصور مصطفى منصور و د. جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام ، طبعة سنة ٢٠٠١ ـ ٢٠٠٢م.
- د. نبيل إبراهيم سعد:
١- النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، طبعة سنة ٢٠٠٧م، دار الجامعة الجديدة.
٢- التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٥م.
- د. نبيلة إسماعيل رسلان: مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣م.
- د. نزيه محمد الصادق المهدي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩م.

ثانيا : مراجع باللغة الفرنسية
مراجع عامة

(1) OUVRAGES GÉNÉRAUX

ATIS (CH.):
- Droit civil, précis élémentaire de contentieux contractuel, presses universitaires D'Aix–MARSEILLE– PUAM – 2001.
BÉNABENT (A.):
- Droit Civil, Les obligation, 10 éd. Domat, Montchrestien, 2005.
- Droit Civil, Les contrats spéciaux .Montchrestien, 3 e éd. 1998.

CARBONNIER (J.):
- Droit civil, T. 4, les obligations, 22 e éd. Renfondue, PUF, Thémis, 2000, 10 e éd .L.G.D.J., 2004.

GHESTIN (J.):
- Traité de droit civil, le contrat – formation, 3 e éd.L.G.D. J. 1993; Les effets L.G.D. J. 2e éd. 1994.

GHESTIN (J.), JAMIN (CH.) et BilliAU (M.):
- Traité de droit civil sous la direction de GHESTIN (J.) Les effets du contrat, 3e éd. L.G.D. J 2004.

JOURDAIN (p.):
- Traité de droit civil sous la dirction de GHESTIN (J.), Les conditions de la responsabilité, 2 e éd. L. G. D. J 1998.
- Les effets de la responsabilité, 2 e éd. L. G. D. J. 2001.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.):
- Droit Civil, Les obligations, T. 2, contrat 8 e éd..Litec, 1998.

TERRÉ (F.) SIMLER (PH.) et lEQUETTE (Y.):
- Droit Civil, Les obligations, 9 e éd. Précis Dalloz, 2005.

VINEY (G.):
- Traité de droit civil sous la dirction de GHESTIN (J.) introduction à la de la responsabilité, 1995.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS
مراجع متخصصة
مقالات وأبحاث ورسائل دكتوراه

ALBIGÉS (CH.):
- L'équité en droit privé, thèse Montpellier, L.G.D.J., tome 329, 2000.

BERTHIAUD (D.):
- Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, L.G.D.J. 1999.

BLANC – JOUVAN (G.):
- L' après – contrat, Etude a partir du droit de la propriété litteraire et artistique, thèse AIX – MARSEILLe, presse univ. d'AIX – MARSEILLE, 2003.

CHARDIN (N.):
- Le contrat de consommation de crédit et l' autonomie de la Volonté, L.G.D.J. 1988.

GHESTIN (J.):
- "L' utile et le juste dans les contrats" D. 1982, chron. 1.
- "La notion de contrat" D. 1990, chron.149.

GUIDERDONI (B.):
- LE Forçage du contrat par le juge, these dactyls, Caen, 2002

JACQUES (PH.):
Regards sur l' article (1135) du code civil, Nouvelle Bibliothèque de thèse, Dalloz, 2005.

JOURDAIN (p.):
- Le Fondement de l' obligations de sécurité Gaz. Pal. 1997.

LE TOURNEAU (ph.):
- Droit de la responsabilité et des contrats, avec la participation: GUETTIER (ch.), GUIDICELLI (A.), KRAJESRI (D.), JULIEN (J.), LEROY (M.), STOFFEL MUNCK (ph.) Coll. Dalloz Action 2004.

MAZEAUD (D.):

"Le régime de l' obligation de sécurité" Gaz. Pal. 1997, p. 1201.

MESTRE (J.):
- "D' une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration" RTD. Civ. 1986. p.101.

MOULY– GUILLEMAUD (C.):
- Retour sur l'article 1135 du code civil, "une nouvelle source du cotenu contractuel ", L.G.D.J., tome 460, 2006.

PANCRAZI – TIAN (M.E.):
- La protection Judiciaire du lien contractual, presse Univ. d'AIX –Marseille, 1996.

RANOUIL (V.):
- L' autonomie de la avolonté, Naissance et évolution d'un concept, PUF, 1980.

SAVAUX (E.):
-Théorie générale du contrat, mythe ou réalité? L. G. D. J. 1997.

STOFFEL – MUNCK (PH.):
- L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie. T. 337, L.G.D. J, 2000.