

## نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها (دراسة مقارنة)

حيدر فليح حسن (1)

(1) أستاذ القانون الخاص المساعد، كلية القانون، جامعة بغداد،  
بغداد، العراق.

البريد الإلكتروني: [dr.haiderflayh73@gmail.com](mailto:dr.haiderflayh73@gmail.com)

محمد غانم يونس (2)

(2) موظف بوزارة الداخلية، بغداد، العراق.

البريد الإلكتروني: [dr.haiderflayh73@gmail.com](mailto:dr.haiderflayh73@gmail.com)

### الملخص:

تقوم القواعد القانونية اليوم بتنظيم معظم الروابط الاجتماعية وترسم حدودها وأثارها، ومنها الروابط العقدية، ولأن تلك القواعد تمثل انعكاساً لحاجات المجتمع، فيفترض أن يتطابق السلوك الإنساني والذي يعدّ "التصرف العقدي" أحد أبرز صوره مع تلك القواعد تلقائياً، ومع ذلك يمكن أن يحدث إشكال أو اختلال في هذا السلوك، فيتطلب الأمر معالجة موضوع الرابطة العقدية بإضافة بعض الالتزامات التكميلية إليها، بغية الوصول للغاية المرجوة منها والمشروعة قانوناً واتفاقاً، والتقليل قدر الإمكان من حالات الفسخ أو الإنهاء وما ينتج عنها ويثير منح القاضي سلطة تكميل العقد تساؤلاً مفاده إلى أي مدى يمكن أن يصل القاضي بهذه السلطة؟ أي نطاقها وحدودها، فهل هي سلطة مطلقة لا تحدها حدود، ولا تقيدها قيود، بمعنى سلطة تحكمية تخضع لرغبات القاضي وقناعاته الشخصية، أم أنها سلطة تقديرية. وإن كانت كذلك، فهل هي سلطة تقديرية واسعة يعمل فيها القاضي ضميره ووازعه الإنساني والاجتماعي والمنطقي بشكل كبير، أم أنها سلطة تقديرية مقيدة، ذات نطاق محدود ومقتن بضوابط قانونية واتفاقية معينة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذا البحث.

### الكلمات المفتاحية:

مضمون سلطة القاضي في تكميل العقد، حدود سلطة القاضي في تكميل العقد، القيود التي ترد على سلطة القاضي في تكميل العقد.

تاريخ إرسال المقال: 2017/11/11، تاريخ قبول المقال: 2018/09/01، تاريخ نشر المقال: 2018/12/27.

لنهميش المقال: حيدر فليح حسن، محمد غانم يونس، "نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها (دراسة مقارنة)"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، 2018، ص ص 138-172.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: حيدر فليح حسن ' [dr.haiderflayh73@gmail.com](mailto:dr.haiderflayh73@gmail.com)

## Extent and limits of the judge's power to the contract (Comparative study)

### Summary:

The contractual imbalance is perceived today by the majority of the doctrine as being one of the pitfalls to the execution of the contracts. As a result, most legislations grant judges the power to intervene to restore it.

Granting the judge the power to complete the contract raises the question of the extent to which the judge can obtain such power. Is it an absolute authority that is not limited? If so, is it a broad discretion in which the judge operates in his conscience, or is it a power of limited scope by specific legal texts and conventions? This is what we will try to answer in this research.

### Keywords:

Contractual equilibrium, Judge's power in the contract, limits of the judge's power.

## Etendue et limites du pouvoir du juge face au contrat (Étude comparative)

### Résumé :

Le déséquilibre contractuel est perçu aujourd'hui par la majorité de la doctrine comme étant un des écueils à l'exécution des contrats. De ce fait, la plupart des législations octroient aux juges l'attribution d'intervenir afin de le rétablir.

L'octroi au juge du pouvoir de compléter le contrat soulève la question de la mesure dans laquelle le juge peut obtenir un tel pouvoir. S'agit-il d'une autorité absolue qui n'est pas limitée? Dans l'affirmative, s'agit-il d'un large pouvoir discrétionnaire dans lequel le juge opère en sa conscience, ou s'agit-il d'un pouvoir de portée limitée par des textes et conventions juridiques spécifiques? C'est ce à quoi nous allons essayer de répondre dans cette recherche.

### Mots clés :

Equilibre contractuel, Pouvoir du juge dans le contrat, limites du pouvoir du juge.

## مقدمة

تقوم القواعد القانونية اليوم بتنظيم معظم الروابط الاجتماعية وترسم حدودها وأثارها، ومنها الروابط العقدية، ولأن تلك القواعد تمثل انعكاسا لحاجات المجتمع فيفترض أن يتطابق السلوك الإنساني والذي يعدّ "التصرف العقدي" أحد أبرز صورته مع تلك القواعد تلقائيا، ومع ذلك يمكن أن يحدث إشكال أو اختلال في هذا السلوك، فيطلب الأمر معالجته من طرف آخر حيادي، ليست له علاقة بأي من أطرافه الأخرى، وعلى أن يتسم بصفات معينة تستلزمها طبيعة عمله، و أن يمنح سلطات عدة، منها ما يمكنه من البحث والتقصي عن حقيقة اتجاه الإرادة وصحتها من خلال تفسير عبارات التصرف وبنوده، و منها ما يسمح له بتعديل الالتزامات العقدية التي يهدف العقد إلى تحقيقها وبشكل يتوافق مع قواعد القانون المنظمة له، و في أحيان أخرى يتطلب العلاج تكميل موضوع الرابطة العقدية بإضافة بعض الالتزامات التكميلية إليها، بغية الوصول للغاية المرجوة منها والمشروعة قانونا و اتفاقا، والتقليل قدر الإمكان من حالات الفسخ أو الإنهاء و ما ينتج عنها من أوضاع متشابكة، ومصالح متضاربة و معقدة وخسارة في المال والجهد وضياح للوقت.

ويثير منح القاضي سلطة تكميل العقد تساؤلا مفاده إلى أي مدى يمكن أن يصل القاضي بهذه السلطة؟ أي نطاقها وحدودها، فهل هي سلطة مطلقة لا تحدها حدود، ولا تقيدها قيود، بمعنى سلطة تحكمية تخضع لرغبات القاضي وقناعاته الشخصية، أم أنها سلطة تقديرية. وان كانت كذلك، فهل هي سلطة تقديرية واسعة يعمل فيها القاضي ضميره ووازعه الإنساني والاجتماعي والمنطقي بشكل كبير، أم أنها سلطة تقديرية مقيدة، ذات نطاق محدود ومقتن بضوابط قانونية واتفاقية معينة؟ ولأجل الإجابة عن هذا السؤال سيتم تقسيم هذا البحث على مبحثين: **المبحث الأول** نتناول فيه نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد، ونخصص **المبحث الثاني** للقيود التي يمكن أن ترد على هذه السلطة.

## المبحث الأول: نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد

يأتي التفاوت في بيان حدود سلطة القاضي في تكميل العقد وتحديد نطاقها، مبررا مهما لتسليط الضوء على نطاق هذه السلطة، إذ يظهر البحث والتقصي عدم الاتفاق المسبق على مساحة السلطة التي منحت إلى القاضي، ومدى حريته في ممارستها، ومقدار تأثيرها بالنظريات التي تعالج بنية العقد كأداة قانونية يتعامل بها الأفراد وتبين دور الإرادة فيه. ويضيف التباين في فهم تنظيم المشرع لهذه السلطة تساؤلات عدة منها ما يدور حول كفاية التنظيم التشريعي لها، ومنها ما يتعلق بمقدار حرية القاضي وطبيعة التقدير الذي يمارسه فيها، وللوصول إلى نتيجة حاسمة حول هذا التباين وذاك التفاوت سنحاول التعمق في أصول هذا السلطة وفرز ما يتعلق بموضوع بحثنا من مسائل ذات صلة به لنسلط الضوء عليه، ونستخلص منه ما له علاقة بموضوع هذه البحث. لما تقدم ستتوزع الدراسة في هذا المبحث على مطلبين نخصص **المطلب الأول** لبيان مضمون سلطة القاضي في تكميل العقد، ونبحث في **المطلب الثاني** حدود سلطة القاضي في تكميل العقد.

## المطلب الأول: مضمون سلطة القاضي في تكميل العقد

يعدّ القضاء إحدى سلطات الدولة، وبهذه المثابة، يذهب رأي فقهي<sup>1</sup> إلى ذكر نوعين أساسيين للسلطة، الأولى السلطة التقديرية (Discretion)، التي تمثل أداة لإعمال القانون في دولة يشاع فيها سيادة القانون، والثانية السلطة المطلقة (تحكيمية Arbitrary)، أو المستبدة في اتخاذ القرار في دولة يكون للقانون فيها اسمه فقط. وبنظرة سريعة إلى الأنظمة القانونية السائدة في مختلف المجتمعات الحالية، وعلى حدّ علمنا، نجد انحساراً كبيراً لهذا النوع الأخير من السلطة، أي المطلقة، إذ قلما نجد نصاً قانونياً يمنح مثل تلك السلطة سواء في السلطة القضائية أو في السلطات أو الأنظمة الموازية كالسلطة التشريعية أو التنفيذية، أو النظم الإدارية وغيرها، لذا سنركز جّل اهتمامنا على النوع الأول من السلطة أي السلطة التقديرية.

تتضمن القوانين بنوعها الموضوعية والإجرائية إشارات إلى معنى هذه السلطة، مع بعض الضوابط والقواعد التي وضعها المشرع من أجل ممارسة هذه السلطة، وإذا كانت ممارسة القاضي لسلطته التقديرية في تكميل العقد تتطلب أن يكون له إرادة اتخاذ القرار، وعلى أن يكون له قدر من الحرية في ذلك<sup>2</sup>، فقد اختلفت الآراء الفقهية<sup>3</sup> بمدى هذه الأخيرة، ومقدار خضوعها لتنظيم المشرع واستبداده برسم حدودها<sup>4</sup>، لذا لا نجد بداً من

<sup>1</sup> انظر د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة عين شمس، 1971، ص5.

<sup>2</sup> ويجب علينا أن نشير إلى ضرورة التمييز ما بين الحرية الفردية التي تقوم على فرضية أنّ الإنسان كائن حر بذاته ولن يخضع إلا لشريعته الذاتية، وجاء المجتمع ليحمي حريته، وبين حرية القاضي باتخاذ القرار القضائي حيث يكون له فسحة من الحرية فيها على الرغم من كل القيود والواجبات التي يفرضها القانون الموضوعي والإجرائي عليه عند ممارسة عمله القضائي.

<sup>3</sup> انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 2011، ص219. د. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص70. د. محمد شتا أبو سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة السابعة والسبعون، العدد 406، أكتوبر 1986، ص622. د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص83. د. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، دور القاضي في أكمال نطاق العقد طبقاً للمادة (86) مدني عراقي، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، الإصدار الأول، السنة 2010، ص205. د. أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص20. ويمكن أيضاً أن نتلمس وجود هذا الاختلاف والتباين في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، المصدر السابق، ص47.

<sup>4</sup> هذا التباين والاختلاف أكدته نتيجة الاستبيان المعدّ بمناسبة هذا البحث، إذ لم نرى إجماعاً على رأي واحد عند تحليل الإجابة عن السؤال الذي تضمن نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد، فقد جاءت ما نسبته 63% من الإجابات بأنها سلطة مقيدة بإرادة المشرع، و25% يختلف نطاق السلطة وفق نوع وطبيعة كل حالة، و6% يكونها سلطة واسعة، و6% إنَّها سلطة مقيدة بإرادة الأطراف.

أن نخرج على موقف الفقه من حرية القاضي في اتخاذ القرار القضائي، ومن خلال ذلك نتبين انعكاسات هذه الآراء على مدى سلطة القاضي في تكميل العقد، إذ يلاحظ بأن هناك ثلاث آراء أساسية لا تكتمل الفائدة العلمية لهذا الموضوع من دون عرضها وتحليلها وصولاً إلى تقييمها واختيار ما نراه الأنسب منها، وكما يلي :-

يقرر رأي أول في الفقه<sup>1</sup> يمكن أن نصفه **بالاتجاه الموسع لسلطة القاضي**، بأن القاضي يملك هذه الحرية فعلاً، وأن انعدام إرادة القاضي يؤدي إلى انعدام السلطة القضائية ذاتها. وينتج عن الأخذ بهذا الرأي أن للقاضي حرية في ممارسة سلطته في تكميل العقد وله سلطة تقديرية واسعة بشأنه. والحقيقة أن هذه الحرية ليست كاملة، فإذا كان القاضي يملك أن يقيم وأن يختار فإنه لا يملك ذلك على أي نحو يكون، لأن السلطة الممنوحة له ليست متاحة له لكي يباشرها على هواه، فهي سلطة لها أهداف محددة ينبغي له أن يسعى إلى تحقيقها، وأن يباشرها طبقاً لطرق معينة ووسائل فنية ومبادئ مستقرة في العمل القضائي<sup>2</sup>.

ويذهب رأي ثاني في الفقه<sup>3</sup>، يمكن أن نطلق عليه (مجازاً) **بالاتجاه المقيد**، إلى الإقرار، بحتمية منح القاضي حرية في التعبير عن رأيه واختيار القاعدة القانونية التي يجدها مناسبة، وبخلافه يصبح مجرد آلة لا قيمة فيها لنشاطه الفكري، ولأصبحت إرادته مجرد ترديد لإرادة المشرع، ولكن يخلص هذا الرأي إلى أن للقاضي سلطة تقديرية لكن بمدى معين وبشكل مقيد تتفاوت بحسب المسألة المطروحة أمامه والإجراءات المتبعة فيها .

ويترتب على الأخذ بهذا الرأي نتيجتان الأولى تتقارب مع الرأي السابق فيما يتعلق بحرية القاضي في ممارسة سلطته في تكميل العقد، والنتيجة الثانية تؤدي إلى أن موضوع النزاع هو الذي يحدد مدى ونطاق سلطة

<sup>1</sup> انظر د. عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص 193 - 194.

<sup>2</sup> وهو ما ذهب إليه العمل القضائي في العراق فقد جاء ما نصه بصدد الطرق المعينة لممارسة القاضي لاختصاصه القضائي النوعي (...وأن لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين هي الجهة التي تنظر في جميع قضايا الناشئة...لذا تكون محكمة العمل غير مختصة في نظر الدعوى...لذا قرر نقضه...) انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية (العدد 1867/ الهيئة المدنية/منقول/2013) في 2013/10/27، التسلسل 1840 غير منشور. وجاء ما نصه بصدد الوسائل الفنية (...ولدى النظر في الحكم المميز فقد وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون... فكان يقتضي من المحكمة الاستعانة بأهل الخبرة من المختصين في شؤون البيئة والإشعاعات الكهرومغناطيسية وطبيب مختص بالأورام السرطانية لبيان الرأي...) انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية (العدد 1808/الهيئة المدنية/منقول/2013) في 2013/10/28 التسلسل 1799، غير منشور. وبصدد المبادئ المحددة تقرر ما نصه (أن وضع إشارة الحجز على...السند له من القانون وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة بقرارها (المرقم 184 /موسوعة مدنية/2009) في 2009/2/24 ... وحيث أن الحكم البدائي المميز قد التزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز... (انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية (العدد 1927 /الهيئة المدنية/ منقول/ 2013) في 2013/11/4 التسلسل 1927 غير منشور.

<sup>3</sup> انظر د. سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2008، ص 195.

القاضي التقديرية، ويمكن أن يوجه للشق الأول من هذا الرأي والنتيجة التي ترتبت عليه ما وجه إلى سابقه من انتقادات، أضف إلى ذلك إنّ أساس منح القاضي سلطة تقديرية، هو لضرورات أعمال نصوص القانون الجامدة وإعطاء القواعد الواردة فيه أثرها الفعال، عن طريق النطق بها في قراراته وأحكامه، فهو ملزم بهذه النصوص التي وضعها المشرع لتمثل إرادته التشريعية وما على القاضي إلا أن يطبقها،<sup>1</sup> ولن يفقد هذا الأمر من قيمة النشاط الفكري للقاضي أو يمس به، لأنّ هذا النشاط يتركز في فهم هذه النصوص، فضلا عن فهمه للوقائع المعروضة عليه وتكييفها، ليختار من الأولى ما يوافق الثانية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى وفيما يتعلق بالشق الأخير من هذا الرأي والنتيجة التي تستخلص منه، يمكن أن نرد بأنّ المشرع هو من فوض القاضي السلطات التقديرية، ومنها سلطته في تكميل العقد، ورسم حدودها وحالات ممارستها وليس العكس، أي بعبارة أخرى لا علاقة للمسألة المعروضة على القاضي في رسم وبيان نطاق هذه السلطة وحدود ممارستها، ومن دون أن نهمل دور موضوع العقد المراد تكميله بتحديد نوع وطبيعة الالتزام الذي يراد إضافته إليه، و ضرورة الترابط المنطقي بينهما، و هنا يمكن أن نفهم من الرأي السابق أنّه خلط بين أصل ومضمون سلطة القاضي، وبين نوع الالتزام المراد إضافته بموجبها .

وتجاه عمومية وسعة الرأيين السابقين يذهب **رأي فقهي ثالث<sup>2</sup>**، والذي يمكن أن نشير إليه **بالإتجاه الوصفي أو التحليلي**، إلى أنّ سلطة القاضي تواجه فروضا ثلاثة تبعاً لدرجة الحرية الممنوحة له من قبل المشرع، الأول هو عدم وجود سلطة تقديرية للقاضي، والثاني هو وجود السلطة التقديرية بشكل مطلق وبدون قيود، والثالث هو وجودها مع عدد من المحددات التي تحدّ منها. وينبني على الفرض الأول انعدام تام لحرية القاضي في اتخاذ القرار، ويترتب على الفرض الثاني امتلاك القاضي حرية واسعة في اتخاذ القرارات وإصدار الأحكام، وينتج عن الفرض الثالث وجود مساحة مقيدة من هذه الحرية. و الحقيقة يمكن قبول مثل هذا الرأي بصورة عامة في مجال الافتراض النظري أو لأغراض البحث العلمي، لأنّ الواقع التاريخي و القانوني والمنطقي يعكس آثاره بصدد الفرضية الأولى مرجحا عدم إمكانية القبول بها، إذ يملك القاضي وعلى مدار العصور السابقة والحالية سلطات عديدة ومهمة، أدت إلى ما نشهده اليوم من تطور تشريعي تمثّل بإضافة العديد من القواعد القانونية التي لم تكن النصوص السابقة تحتويها، أو لمعالجة ما فيها من نقص أو قصور، و تبني المشرع كثيرا من قرارات القضاء وصاغها بصورة قواعد تشريعية عامة لما تبين لها من أهميتها في حياة الأفراد<sup>3</sup>، ويمكن أن يوجه للفرضية الثانية ما وجه للرأي الأول من ملاحظات، في حين تحوز الفرضية الثالثة قبولا أكثر من غيرها

<sup>1</sup> وتتاط مهمة تنفيذ القانون بالسلطة التنفيذية في الدولة، فتطبيق القانون غير تنفيذه لأنّ في الأولى يعدّ القانون وسيلة بيد القضاء لحسم النزاع، وفي الثانية يمثل غاية الدولة في إقامة مجتمع محتضر .

<sup>2</sup> انظر د. نبيل إسماعيل عمر، المصدر السابق، ص 501.

<sup>3</sup> انظر د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 34، فقرة 2، وما جاء في الهامش رقم (1) من اقتباس عن تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري في تبني أحكام القضاء المصري كأحد مصادر القانون المدني المصري الحالي.

وذلك لقربها من المنطق القانوني بشقيه النظري والعملي، إذ تحتوي نصوص اليوم على مساحة يعمل فيها القاضي سلطته لحسم النزاعات بين المتخاصمين.

ويتطلب بث الروح في النصوص القانونية وتطبيقها بصورة ملائمة، ضرورة وجود من يقوم بهذه المهمة بصورة تتفق والهدف منها، لذا فإن من أهم متطلبات نجاح النظام القانوني في الوصول إلى غايته هو منح القاضي سلطة تقديرية فعالة يمارس من خلالها نشاطه القضائي بحرية، تنظمها وترسم حدودها إرادة المشرع من خلال نصوص التشريع .

ولتسليط الضوء بشكل أدق على موضوع بحثنا، فلا بد أولاً من بيان ما هو المقصود بسلطة القاضي التقديرية ذاتها؟ فهذا المصطلح كغيره من مصطلحات القانون لم يستقر فيه الفقه على رأي أو اتجاه واحد، وهو ما سنقف عليه في السطور القليلة القادمة .

يذهب رأي في الفقه<sup>1</sup>، إلى أنّ المقصود بالسلطة التقديرية للقاضي بأنها (النشاط الذي يقوم به القاضي، وقوامه تقدير صحة الوقائع ومدى مطابقتها مع النموذج التشريعي الكامن في القاعدة القانونية الموضوعية). أو هو (نشاط ذهني يرمي إلى ضبط وتحديد عناصر النزاع في الواقع وفي القانون)<sup>2</sup>. والحقيقة أنّ هذين التعريفين قد يثيران لبساً مع مفهوم التكييف القانوني، فكلاهما نشاط للقاضي يرمي إلى تطبيق القانون على واقع النزاع وبذات المناسبة والموضوع، لذا يشير صاحب التعريف الثاني<sup>3</sup> أعلاه إلى إمكانية التفريق بينهما، أي بين التقدير القضائي والتكييف القضائي، عن طريق تحديد غاية وتوقيت مباشرتهما، فغاية السلطة التقديرية حسم النزاع، وغاية التكييف إعطاء الوصف القانوني للتصرف أو للوقائع، ويأتي زمنياً أو مرحلياً بعد مباشرة السلطة التقديرية. والحقيقة لا يكفي هذا الفارق لإزالة اللبس بشكل تام، لذا يمكن أن نعيد صياغته مع الإضافة إليه، لنقول بان السلطة التقديرية هي صلاحية اتخاذ قرار معين أو اختيار حل مناسب، ولا يمكن الوصول إلى ذلك إلا بعد تكييف هذا التصرف وإطلاق الوصف القانوني المناسب عليه، فالتكييف يسبق اتخاذ القرار، واختيار القرار يأتي بعد إكمال كافة عناصر العملية القضائية ومنها التكييف، وليس كما يذهب إليه صاحب الرأي الفقهي أعلاه في أن التكييف يأتي بعد مباشرة السلطة التقديرية .

ولتحديد أعمق لمعنى "التقديرية" وبشكل أدق، يمكن لنا أن نشير إلى ما يذهب إليه جانب فقهي<sup>4</sup> بأنها تعني (إمكانية التصرف طبقاً لإرادة الشخص ورغبته الذاتية، والقدرة على الاختيار بين عدة قرارات)، وأنّ الصفة التقديرية في سلطة من السلطات تتأتى من وجود حالة معينة تنظمها قواعد القانون ذات الصلة. أي يمكن أن نقول وفق هذا الرأي بأنّ مصدر السلطة التقديرية هو القانون، والهدف منها ملاءمة أعمال الأثر القانوني للقاعدة

<sup>1</sup> انظر د. احمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 332.

<sup>2</sup> انظر د. نبيل إسماعيل عمر، المصدر السابق، ص 192.

<sup>3</sup> المصدر أعلاه، ص 193.

<sup>4</sup> نظر د. احمد محمود سعد، المصدر السابق، ص 332، د. سحر البكباشي، المصدر السابق، ص 197.

القانونية، وينبنى على ذلك أنّ التقدير يتضمن التقييد الذاتي أو الاستقلال لمن يملك السلطة التقديرية دون التقيد بإرادة أخرى، ويعني أيضا تعدد الاختيارات المتاحة أمام من يملك السلطة في اختيار ما يفضلها منها . وقد يشتهر بأنّ منح حرية التصرف طبقا لإرادة الشخص ورغبته الذاتية تعني سلطة مطلقة (تحكيمية) لا سلطة تقديرية، أو بعبارة أخرى كيف يتم التمييز بين نوعي السلطتين، التقديرية عن المطلقة، إذا كانت تعتمد ذات المفهوم أعلاه، والحقيقة أنّ نقطة التمييز تكمن في أنّ السلطة الأخيرة تمتد فيها حرية التصرف إلى آخر مدى القرار، أو إلى نهاية العمل مهما كان نوعه أو طبيعته، ليكون القاضي حرا في التصرف، وحرا في الاختيار أو في استنباط القرار النهائي، ولا يلزم بتفسير اختياره أو قراره لأي أحد كان، فهو لا يسبّب ولا يبرّر، وإن قام بذلك فهو متبرع لا مجبر، في حين تنتهي حرية التصرف في السلطة التقديرية بمحدودية القرارات أو الاختيارات المطروحة في نهاية حرية التصرف أو في نهاية مطاف العمل القضائي، فضلا عن ضرورة تبرير أو تسبب ما وقع عليه الاختيار .

ولنضرب مثلا على السلطة التقديرية، يمكن أن نشير إلى سلطة القاضي تجاه طلب الفسخ الذي يقدم له في العقود الملزمة للجانبين، إذ تتوافر للقاضي عدة خيارات محددة بنص القانون وهي قبول طلب الفسخ، أو منح المدين أجلا، أو رفض طلب الفسخ، وعلى أن يبرر سبب اختياره لأي من هذه القرارات<sup>1</sup> وهو ما يمكن أن يحدث أيضا في فرضية تقديم دعوى من أحد الطرفين تتضمن نزاعا حول أمر ما يكون حله بتكميل العقد، إذ يمكن للقاضي نظر الدعوى والمضي قدما في تكميل العقد، أو رفضه إذا وجد أنّ حيثيات الدعوى وأسبابها لا تساعد على ممارسة سلطته في تكميل العقد، وأنّ دفع الطرف الآخر أكثر إقناعا وملاءمة من ادعاءات المدعي التي قد تكون غير مناسبة أو غير مبررة أو ينقصها الدليل، وفي كل هذه الأحوال على القاضي أن يسبّب قراره أو حكمه ليكون بمنأى عن النقض والتجريح من قبل المحكمة المختصة بالطعن التمييزي .

<sup>1</sup> انظر المادة (1/177) مدني عراقي التي تنص على ((...على أنّه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته))، وتقابل المادة (2/157) مدني مصري إذ تنص على ((وجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى للالتزام في جملته)). وتجدر الإشارة إلى أنّه وعلى سبيل المخالفة، يمكن أن نستنتج من قيام القاضي بمنح المدين أجلا، رفضاً منه لطلب الفسخ. ولكن يمكن أيضا أن يفهم من هذا النصوص إمكانية تأخير الحكم في طلب المدعي بالفسخ لحين انقضاء الأجل الجديد لربما استطاع خلاله المدين تنفيذ التزامه، ويعدّ هذا الأمر من تطبيقات الالتزام بالتسامح، وبهدف التقليل من حالات الفسخ قدر الإمكان. ويعتمد اختيار إحدى وجهتي النظر أعلاه على تحليل موقف القاضي عند نظره الدعوى، فإن أصدر حكمه النهائي بمنح الأجل كان ذلك رفضا منه لطلب الفسخ، وعلى المدعي إقامة دعوى لاحقة يطلب فيها من جديد الحكم بالفسخ، أما إذا اكتفى القاضي بإصدار قرار يمنح فيه الأجل ومن دون أن يصدر حكمه النهائي في الدعوى، كان ذلك متوافقا مع وجهة النظر الثانية أعلاه.

وبعد أن خلصنا إلى أنّ هذه السلطة ذات طبيعة تقديرية، فينهض التساؤل حول نوعية هذا التقدير الذي يمكن أن يسير عليه القاضي عندما يمارس سلطاته، ومنها بالطبع سلطته في تكميل العقد؛ إذ يذهب رأي في الفقه<sup>1</sup> إلى أنّ هناك نوعين من التقدير هما التقدير الشخصي، والتقدير الموضوعي .

يكون النوع الأول (التقدير الشخصي) عندما يراد من القاضي حماية شخص معين لتوافر فيه خصوصية معينة ذات اعتبارات خاصة مثل كونه مستهلك قليل المعرفة والخبرة، ولتحقيق ذلك يتجرد القاضي من النظر إلى الظروف والملابسات الخارجية للنشاط الذي قام به الشخص الذي يتولى تقدير مسلكه، ولا يعتد إلا بفحص سلوكه الذاتي أخذاً بنظر الاعتبار كافة ظروفه الشخصية. ويكون التقدير الثاني (موضوعياً) إذا ما كان الهدف المراد من القاضي تحقيقه هو حمل المدين على أداء التزامه، فيستبعد القاضي العناصر الخاصة بأشخاص النزاع ليأخذ في اعتباره الظروف الخارجية والحوادث العامة، خاصة تلك التي تحدد المراكز القانونية لهم .

ولنضرب مثلاً على نوعي التقدير أعلاه، يمكن أن نشير إلى ما يذهب إليه رأي في الفقه<sup>2</sup> بصدد إمكانية السماح لرب العمل التمسك بالعيب الموجب للضمان في عقد المقاولة الوارد على البرامج الخاصة بالمعلومات في حالة كونه مستهلكاً لا مهنيّاً محترفاً، إذ نجد بأنّ القضاء الفرنسي<sup>3</sup> قد تشدد مع رب العمل إذا كان مهنيّاً محترفاً، فافترض فيه العلم بالعيب، وأسقط حقه بالاحتجاج به عند طلب الحكم بالضمان على المقاول، في حين لم يؤخذ المستهلك العادي على عدم استعانتة بخبير لفحص البرنامج، معللاً ذلك بعدم تحميله بالتزام تكميلي أو إلزامه بأمر إضافي دون سند قانوني. ونستنتج من تحليل هذا الرأي الفقهي والحكم القضائي الذي يستند إليه، ذهاب القاضي إلى تطبيق التقدير الشخصي بحق رب العمل والمقاول في آن واحد، فوجد في الحالة الأولى أنّهما متساويان من حيث العلم بالعيب فأسقط حق الأول بالضمان، وبنى على حقيقة عدم علم رب العمل في الحالة الثانية كونه مستهلكاً إضافة الحق في الضمان إلى العقد لمصلحة هذا الأخير، وإن لم ينص عليه في العقد المبرم بينهما .

ويعني هذا أيضاً تعذر تكميل القاضي للعقد عن طريق إضافة الالتزام بالإعلام العقدي على عاتق المقاول لمصلحة رب العمل، إذ لا مبرر أو فائدة ترجى من إعلام هذا الأخير بأمر يعلمه، ويعدّ الحكم بمثل هذا الالتزام في هذه الحالة خطأً في فهم الواقع موجب لنقض الحكم وفق القانون العراقي<sup>4</sup>، و يشكّل في ذات الوقت

<sup>1</sup> انظر د. نبيل إسماعيل عمر، المصدر السابق، ص 156 وص 198.

<sup>2</sup> د. جليل الساعدي، عقد المقاولة الوارد على البرامج الخاصة للمعلومات في القانونين العراقي والفرنسي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية التي يصدرها بيت الحكمة في العراق، العدد 33، لسنة 2013، ص 37.

<sup>3</sup> انظر القرار . Ca Paris, 5e Ch B, 18 Mars 1988, jurisdata, no. 0215, p.87. . مشار إليه في د. جليل الساعدي، المصدر أعلاه، ص 37، هامش 69.

<sup>4</sup> انظر المادة (5/203) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص ((إذا وقع في الحكم خطأ جوهري ويعتبر الخطأ جوهرياً إذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع...)).

خطأ في تطبيق القانون موجبا للنقض في القانونين المصري والفرنسي<sup>1</sup> من جهتين الأولى سيكون تطبيق مفترض المادة القانونية غير ملائم للوقائع المطروحة، إذ أنها تنطبق في حالة كون أحد الطرفين مستهلكا قليل العلم والمعرفة في الشيء محل العقد، والجهة الثانية تسبب الحكم، إذ مهما قيل في تسبب الحكم بفرض هذا الالتزام سيكون قليل الأهمية تجاه حقيقة وجود العلم والمعرفة لدى الطرفين .

ويظهر لنا من تحليل قرار آخر للقضاء الفرنسي<sup>2</sup>، بأنه وقف مع المشتري وإن كان مهنيًا، في حالة ثبوت تعدد البائع إخفاء العيب أو أنّ العيب ما كان ليكشفه مهني آخر يملك ذات خبرة ومعلومات رب العمل، إذ جاء في خلاصة هذا القرار ما نصه (... يفترض في صاحب المصنع أن يعلم بالعيب (الخلل)<sup>3</sup> في الشيء الذي صنعه وسلمه تحت ضمانته إلى المستخدم، وعليه أن يصلح الضرر الذي نتج عن ذلك، لذا يجب مراقبة الحكم الذي تقرر فيه مسؤولية المشتري في أن يتحمل جزء من الخسائر التي نتجت عن العيوب الخفية التي توجد في البضاعة المباعة،...)<sup>4</sup>، وبناء على هذا التحليل نقضت محكمة النقض الفرنسية بهذا القرار حكم محكمة الاستئناف الذي رتب التزاما يتضمن تحمل المشتري لجزء من مسؤولية الأضرار المتحققة له، كونه صاحب مهنة ودراية بالبضاعة محل العقد، واعتبرت أنّ هذا الحكم ينتهك أحكام المادة (1641) من القانون المدني الفرنسي<sup>5</sup> التي رتبت على البائع وحده الالتزام بضمان العيوب الخفية للشيء المباع .

<sup>1</sup> انظر المادة (248) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي تنص على ((للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية-1-: إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله)). وانظر كذلك المادة (604) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم 75-1123 لسنة 1975 المعدل والنافذ التي تنص على ((يتوجه (يطلب) الطعن المقدم إلى محكمة التمييز لغرض إبطال الحكم لعدم مطابقته للقانون:

((Article (604): ((Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la nonconformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit)).

<sup>2</sup> انظر القرار الصادر من Cour de cassation، chambre commerciale، Audience publique du 24، Avril 1990، N° de pourvoi: 88- 15409، Publié au bulletin. 1990 IV N° 126 p.83. الموقع الإلكتروني <https://www.legifrance.gouv.fr> آخر زيارة في 2016/3/13.

<sup>3</sup> أنّ العيب في هذه القضية هو أنّ الأجهزة التي قام بتصنيعها المصنع لصالح المشتري لا تستطيع أن تصل بالمنتج المفترض أن تنتجه هذه الأجهزة إلى درجة الصلابة المطلوبة، ويتطلب معالجة هذا الخلل إضافة أجهزة أخرى لغرض تسخين المنتج فحكمت محكمة الاستئناف بأن يتحمل المشتري جزء من تكاليف هذه الأجهزة على افتراض علمه بهذا الموضوع كونه مهني وصاحب خبرة في هذا المجال.

<sup>4</sup> ((...fabriquant est tenu de connaître les vices de la chose fabriquée et livrée à son utilisateur sous sa garantie personnelle et doit en réparer les conséquences dommageables. Doit dès lors être censuré l'arrêt qui, ayant retenu l'existence d'un vice caché de la marchandise vendue, décide que l'acheteur doit supporter une partie du prejudice)).

<sup>5</sup> Article (1641): ((Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage...)).

ويمكن أيضا أن نشير إلى قرار آخر لم تقبل فيه محكمة النقض الفرنسية<sup>1</sup> إلقاء عبء ضمان العيب على البائع، وذلك إذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه بسهولة من قبل المشتري، حيث ذهبت هذه المحكمة لتطبيق أحكام المادة (1642) من القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup> التي أعفت البائع من مسؤولية الضمان في حالة كون العيب واضحا، أو يمكن كشفه وملاحظته من قبل المشتري، ونقضت حكم محكمة الاستئناف التي رفضت ادعاء البائع بعدم مسؤوليته عن العيب بعد أن استخلصت هذه الأخيرة من وقائع الدعوى بأنّ العيب هو "عيب خفي"<sup>3</sup> وجاء في قرار النقض ما نصه (...إن نص المادة 1642 من القانون المدني تدعم (تؤسس) إنّ العيب لا يعدّ خفيا عندما يكون بالإمكان ملاحظته من قبل المهنيين الذين أحاطوا المشتري بمعلومات عن تدهم البناية وصيانتها، في حين أنّ محكمة الاستئناف قد استنتجت أنّ العيب خفي وعلى هذا الأساس رفضت النظر في الادعاء الذي يطالب بمسؤولية المشتري عنه...)<sup>4</sup>.

نستنتج من مسلك القضاء الفرنسي في هذين القرارين اعتماده التقدير الموضوعي دون الشخصي، فلم يفرض الحماية لأحد الطرفين كونه ليس مهنيًا محترفًا يعلم أصول المهنة وقواعد الحرفة محل التعاقد، بل اعتمد نوع وطبيعة العيب أساسا لإقامة المسؤولية. وهنا يكون المجال واسعا لممارسة القاضي سلطته في تكميل العقد وفرض عدة التزامات تكميلية، منها الالتزام بالإعلام العقدي على البائع أو منتج السلعة، كما في القرار الأول، والالتزام بالتعاون على المشتري كما في القرار الثاني فكان عليه أن يتعاون مع البائع لإصلاح العيب الذي اطلع عليه هذا من جهة، ومن جهة أخرى أقرت محكمة النقض الفرنسية تكميل العقد بإضافة التزام على عاتق صاحب المصنع في القضية الأولى مضمونه التزامه بإضافة أجهزة أخرى إلى المواد التي صنعها، ولكنها رفضت إضافة جزء من ثمنها على المشتري.

<sup>1</sup> انظر القرار : Cour de cassation, Chambre civile 3, Audience publique du 3 mai 1989, N° de pourvoi: 18908, Publié au bulletin, 1989 III N° 101 p. 56. متاح على الموقع الإلكتروني،

<https://www.legifrance.gouv.fr> آخر زيارة في 2016/3/16 .

<sup>2</sup> Article (1642): ((Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents ET dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même)).

<sup>3</sup> أنّ العيب الذي ورد فيه هذه القضية هو صعوبة الوصول إلى "العلية" وهو الفراغ الذي يوجد تحت السقف الهرمي في أعلى الدار .

<sup>4</sup> ((...aux dispositions de l'article 1642 du Code civil la cour d'appel qui, pour débouter l'acheteur de sa demande en résolution de la vente pour vice caché, retient que le vice n'est pas caché lorsqu'il est visible par un homme de l'art dont l'acquéreur doit s'entourer des conseils afin de connaître l'état réel de vétusté et d'entretien de l'immeuble)).

ويذهب رأي فقهي<sup>1</sup> بأنه لا يوجد فاصل عميق بين اتجاهي التقدير أعلاه (الشخصي والموضوعي)، إذ أنهما يتداخلان في معظم الأحيان بحيث يصعب الفصل بينهما، ويمكن النظر إليهما كأدوات استدلال قانوني ومنطقي لتحديد منطقة النزاع والعلاج في آن واحد.

ويعني هذا بأن نوعي التقدير أعلاه يمتازان بصفة النسبية دون صفة الإطلاق، لعدم وجود فاصل حاسم بين النوعين، وأن التقدير القضائي يظهر بوضوح في قدرة القاضي على تغليب ما يجب حمايته من إحدى المصلحتين، الأولى المصلحة العامة التي تقضي بضرورة حماية الثقة المشروعة في سلوك الأشخاص والعمل على استقرار الأوضاع القانونية وثباتها قدر الإمكان، والمصلحة الأخرى هي مصالح الخصوم أنفسهم، فالتقدير يكون موضوعياً إذا اهتم القاضي بشكل أكبر بتحقيق المصلحة العامة على حساب مصلحة الخصوم، ويكون شخصياً إذا التفت إلى المصلحة الأخيرة بشكل أوسع من الأولى.

ويمكن أن نشير هنا إلى أنّ الرأيين السابقين قد اختلفا في زاوية النظر دون موضوعيته، فالرأي الأول نظر إلى ما قبل التقدير أي إلى العلاقة العقدية المعروضة على القاضي، ونظر الرأي الآخر إلى الهدف من منح التقدير أي إلى غاية المشرع من السماح للقاضي بالاختيار، وانتهيا إلى ذات النتيجة بأنّ هناك تقديراً موضوعياً وتقديراً شخصياً يعتمدان على النص الذي منح المشرع القاضي بموجبه حرية التقدير (الاختيار).

ولترجيح أي التقديرين أكثر ملاءمة لعمل القاضي عندما يمارس سلطته في تكميل العقد، نجد أنّ الكفة تميل إلى التقدير الموضوعي، إذ يذهب رأي في الفقه الفرنسي<sup>2</sup> إلى أنّ التقدير الموضوعي يحقق هدف النظام القانوني في الثبات والاستقرار في الأحكام التي تصدر في القضايا المتشابهة، خاصة في الأحوال التي يواجه فيها المشرع الروابط القانونية في جانبها السلبي مثل التزامات المدين في العلاقة العقدية، إذ يتطلب ذلك من المشرع أن يقدم قواعد عامة ومجردة تقيم مسؤولية المدين العقدية لعدم تنفيذ التزامه الذي دخل فيه أو ارتبط به بإرادته دون ضغط أو إكراه من أحد، وبغض النظر عن العوامل الشخصية لهذا المدين التي أدت إلى فشله أو تعذر تنفيذه لالتزامه.

ويقدم رأي فقهي فرنسي آخر<sup>3</sup> في ذات الاتجاه السابق أعلاه فرضية لعملية التقدير الموضوعي الذي يقوم به القاضي، فيفترض أنّ القاضي أمام قاعدة قانونية، ومجموعة وقائع معينة أو محددة في إطار عريضة

<sup>1</sup> H. Mazaud, Preface de l'ouvrage de M. Dejan de la Batie. Appreciation in abstracto ET Appreciation in concreto, these, 1965, p115.

مشار إليه في د. نبيل إسماعيل عمر، المصدر السابق، ص154، هامش 18.

<sup>2</sup> Cornu, Etude comparative d la responsabilite delictuelle en dorit prive ET droit public, these, Paris, 1951, p 115.

مشار إليه في د. نبيل إسماعيل عمر، المصدر السابق، ص157.

<sup>3</sup> Rabut, De la notion de faute en droit prive, these, Paris, 1946, p.115

مشار إليه في د. نبيل إسماعيل عمر، المصدر السابق، ص155.

الدعوى، يرى أنه صالح لإعمال هذه القاعدة عليها. فيبحث القاضي في هذه الوقائع بالرجوع إلى نموذج متوسط عام للسلوك المعتاد، أخذاً بنظر الاعتبار العناصر الخارجية من كوارث طبيعية أو أزمات دولية، اقتصادية أو سياسية، أو خصائص الأشياء المادية الفيزيائية أو الكيميائية وما شابه ذلك من الأمور متجرداً ومبتعداً عن بحث الظروف الخاصة والداخلية المتعلقة بأطراف العقد وبالذات المدين بالالتزام، هادفاً إلى انطباق مفترض القاعدة القانونية على هذه الوقائع، إذ لا شأن للظروف الخاصة أو الشخصية البحتة بالتقديرات القضائية الموضوعية .

ونرجح أن يسير القاضي عند ممارسة سلطته في تكميل العقد إلى استخدام التقدير الموضوعي، لعدة أسباب منها على سبيل المثال لا الحصر، أنّ المشرع دائماً يغلب المعيار الموضوعي في التقدير على المعيار الشخصي تحقيقاً لهدف مضمونه بعث الاستقرار في نطاق الحياة القانونية، وهي أيضاً إحدى الغايات التي يهدف القضاء إلى تحقيقها أيضاً، فيقوم المشرع بنشيد معايير عامة غير قابلة للتغيير، مؤكدة وقائمة على التجربة المستمدة من الملاحظة العامة والمجردة للسلوك المتوسط. والمثال على ذلك ما يشير إليه رأي في الفقه<sup>1</sup> من تحديد سن الرشد، وتحديد مدة التقادم، ومواعيد الطعن.

نستنتج مما تقدم بأنّ على القاضي أن ينظر بموضوعية إلى الالتزامات العقدية التكميلية التي يطلب منه الحكم بالزام الطرف الآخر بها، وبغض النظر عن ظروفه الشخصية وذلك عندما يمارس سلطته التقديرية في تكميل العقد، فيضيف ما يراه هو مناسباً منها لغرض تكميل موضوع العقد وإتمام تنفيذه وفق الغاية التي وجد من أجلها، وعلى أن يراعي مختلف العوامل الخارجية، فإذا كانت تلك الالتزامات التكميلية لا تكلف مبالغ إضافية كبيرة وقت إبرام العقد، وأصبحت اليوم بفعل التغيرات الاقتصادية تكلف مبالغ طائلة فعلى القاضي أخذ ذلك في الحسبان عن طريق إضافة قيمة تلك المبالغ لقيمة الأجر النهائي المتفق عليه في العقد، وهو ما تسمح به أحكام القانون في بعض أنواع العقود ومنها مثلاً ما جاء في المادة (878) من القانون المدني العراقي التي تنص ( ليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حدًا يجعل تنفيذ العقد عسيراً، على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجرة أو بفسخ العقد)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> انظر د. محمد شتا أبو سعد، المصدر السابق، ص 603. والأمثلة المشار إليها في ص 604 بصدد استخدام الكم والعدد في صياغة القاعدة القانونية.

<sup>2</sup> وتقابل المادة أعلاه المادة (4/658) من القانون المدني المصري التي تنص على ((على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد)). ولا يعدّ هذان النصان تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في المادة (2/146) مدني عراقي، وتقابل المادة (2/147) مدني مصري لاختلافهما من حيث

ويمكن للقاضي في عقد المقاولة تحديد الأجر وفق أحكام المادة (880) من القانون المدني العراقي<sup>1</sup> والتي تعطي لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تحديد المقابل النقدي، مسترشداً في ذلك بمجموعة من العناصر ومنها قيمة العمل المضاف، والنفقات التي سيتكبدها الطرف الملقى على عاتقه هذا الالتزام لإنجازه، ويستند القاضي في فرضه لهذه القيمة المضافة إلى ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ذاتها التي افترضت وجود اتفاق ضمني على وجوب الأجر إذا تبين أن العمل ما كان ليؤدي إلا لقاء أجر يقابله .

نخلص إلى القول، إننا وإن كنا نؤيد ولوج القاضي وميله إلى التقدير الموضوعي عند مباشرة سلطته في تكميل العقد، إلا أنه لا يمكن قبول الرأيين الفرنسيين المذكورين بعموميتهما، إذ أن هناك أحوال أخرى تستلزم أن يواجه فيها المشرع الروابط والالتزامات القانونية من الجانب الحمائي، أي المتعلق بحماية أحد الأطراف، فيتطلب منه أن يقدم للقاضي معطيات إنسانية يستمدّها من الواقع الشخصي للطرف الذي يرغب بحمايته مثل قلة خبرته ومعرفته، وأثر الظروف الاجتماعية المحيطة به. أضف إلى ذلك الأفكار المتعلقة بحسن النية أو الغلط وغيرها، وعلى هذا يمكن أن نشير بأنّ التقدير الموضوعي يكون في بعض الأحوال، ومنها الحالات التي أشار إليها الرأيان المذكوران، دون التي أشرنا إليها في الفقرة السابقة، إذ يصار في هذه الأخيرة إلى التقدير الشخصي تبعاً لخصوصية كل حالة، ويعد الاختلاف في مضمونها ودرجة مراعاتها أمراً وارداً، كما هو الحال في الإكراه مثلاً، والذي يختلف باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم... الخ<sup>2</sup>.

ويخضع تقدير كل حالة لسلطة القاضي التقديرية، هذا من جهة، وبنظرة فاحصة إلى الواقع العملي يتبين من جهة أخرى أن الرأيين الفقهيين أعلاه افتراض مثالي لما يجب أن يكون عليه سلوك القاضي، لا ما هو

الصياغة التشريعية وشروط تحققهما، والآثار التي تترتب على كل منهما، وهما حكم خاص في عقد المقاولة فقط لا يوجد نظير لهما في العقود الأخرى، وبخلاف ذلك يصعب تبرير النص على مثل هذا الحكم مرة أخرى بعد أن أورده المشرعين ضمن أحكام النظرية العامة للعقد. ولا يوجد ما يقابل هذا الحكم في القانون المدني الفرنسي حيث لم يسمح المشرع للمقاول أو للمعماري بطلب زيادة الأجر من في العقد، فقد جاء في المادة (1793) مدني فرنسي ((إذا أبرم عقد البناء كاملاً على وفق خطة معينة منصوص عليها فيه مع صاحب الأرض فليس للمعماري أو المقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطالب زيادة الأجر...)).

Article (1793): ((Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'oeuvre ou des matériaux,...)).

<sup>1</sup> وتقابل المادة أعلاه المادة (659) من القانون المدني المصري التي تنص على ((إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول...)).

<sup>2</sup> انظر المادة (114) من القانون المدني العراقي، والتي تقابلها المادة (127) من القانون المدني المصري إذ تنص على ((3 - ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه)).

حاصل فعلا في التطبيق العملي، إذ يتأثر القاضي بصورة أو بأخرى بظروف المدين أو الدائن الشخصية وحالته الصحية والنفسية تعاطفاً أو تسامحاً، وتأخذه جسامه الخطأ المرتكب أو الضرر الناتج في بعض الأحيان بالتشدد تجاه محدثه، وغيرها من صور التأثير أو التأثر، فالقاضي أولاً وأخيراً إنسان يعيش في مجتمع يؤثر ويتأثر به وبمعاييرته الخلقية والأخلاقية والإنسانية، وهذا ما أشار إليه المشرع المصري "بالظروف الملازمة" التي يمكن أن يأخذها القاضي في نظر الاعتبار عند حكمه بالتعويض مثلاً<sup>1</sup>. ويسري ما تقدم على شخص القاضي عند ممارسته سلطته في تكميل العقد فيتعاطف أو يتسامح مع طرف تجاه تشدده على الطرف الأخر، وهذا يؤثر مسالة مقدار العدالة والحيادية الواجب توافرها في قاضي النزاع، ومن دون أن يجعل حكمه محلاً للتشكيك والطعن به، وهو ما سيكون موضوع بحث المطلب الثاني من هذا المبحث.

### المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي في تكميل العقد

يظهر من تحليل موقف الفقه من سلطة القاضي في تكميل العقد وجود انقسام حول حدود سلطة القاضي ودوره في تكميل العقد، إذ يذهب **جانب أول**<sup>2</sup> في تفسيره لإحكام المادة (95) من القانون المدني المصري، والتي تقابل المادة (2/86) من القانون المدني العراقي<sup>3</sup>، بأن القاضي لا يساهم في تكوين العقد، وإنما يساهم في تحديد نطاق العقد وما ينتج من التزامات تحكم المسائل التفصيلية، وذلك لأن تدخله يأتي لاحقاً على انعقاده وليس سابقاً عليه .

ويذهب **جانب فقهي واسع**<sup>4</sup> بأن القاضي يملك سلطة تقديرية عندما يساهم في صناعة العقد، وعلى افتراض أن أطراف العقد أرادا أن يحل القاضي محلها لبيد فيما اختلفا فيه، وذلك في حالة انقائهما على جميع

<sup>1</sup> انظر المادة (170) من القانون المدني مصري إذ تنص على ((يقدر القاضي مدي التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً أحكام المادتين 22،2221 مراعيًا في ذلك الظروف الملازمة...)). ولا يوجد ما يقابل فقرة الظروف الملازمة في التشريع المدني العراقي.

انظر د. حسام الدين كامل الاهواني، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص70، د. سعد حسين عبد ملحم الطيبوسي، المصدر السابق، ص205.

<sup>2</sup> لا يوجد في القانون الفرنسي ما يقابل هذه المواد التي تتعلق بتكميل العقد في المرحلة التي تمتد من بعد انعقاد العقد إلى ما قبل المباشرة بتنفيذه.

<sup>3</sup> انظر د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص219. د. محمد شتا أبو سعد، المصدر السابق، ص622. د. نبيل إسماعيل عمر، المصدر السابق، ص83. د. أسامة احمد بدر، المصدر السابق، ص20. د. سحر البكباشي، المصدر السابق، ص216، وانظر كذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، المصدر السابق، ص47.

<sup>4</sup> تنص المادة (96) على ((إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً)). وعلى سبيل المخالفة يجب أن يطابق الإيجاب القبول حتى لا يعدّ القبول إيجاباً جديداً.

العناصر الجوهرية واحتفاظهما بعناصر تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد. والحقيقة يعد عدم إشارة الأطراف أو اتفاقهما على عدم تعليق انعقاد العقد على الاتفاق على العناصر التفصيلية قرينة قانونية على الانعقاد، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من قبل أحد الطرفين، أو مما يتبين أو تستظهره وقائع الدعوى ومستنداتها بناء على الأدلة المتوفرة فيها، فضلا عن أن المادتين أعلاه جاءتا استثناء من الأصل العام الذي يستلزم لانعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب، و ذلك استنادا لأحكام المادة (85) من القانون المدني العراقي التي تنص على (( إذا أوجب أحد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب))، وما يمكن استنتاجه من أحكام المادة (89) من القانون المدني مصري التي تنص على ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)).

أضف إلى ذلك ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار الفقرة الأولى من المادة (1/86) من القانون المدني العراقي التي بينت متى تحصل مطابقة القبول للإيجاب بنصها على ((يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي للالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة))، ولا يوجد ما يقابل هذه المادة في القانون المدني المصري إلا أنه يمكن استنتاج أحكام مقارنة لها وعلى سبيل المخالفة لإحكام (96) من القانون المدني المصري<sup>1</sup>. نخلص مما تقدم أن القاضي يملك تقدير ما إذا حصل تطابق بين الإرادات من عدمه، في حالة حصول شك أو نزاع حول هذه النقطة .

ويمكن أن نلاحظ أهمية سلطة القاضي في تكميل العقد، وقبلها في تقرير انعقاده من عدمه في النظم القانونية والقضائية المقارنة إذ أشارت إليه المحكمة البريطانية العليا (مجلس اللوردات البريطاني) في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ (2010/3/10)<sup>2</sup>، عندما ثار نزاع قضائي بصدد تحديد وقت انعقاد العقد في قضية تتلخص وقائعها بأن أحد العملاء وجّه رسالة عن طريق الإيميل إلى إحدى الشركات للقيام بعمل معين وذلك بتاريخ (2005/5/13)، واشترط أن الاتفاق يعدّ قائما من تاريخ (2005/7/5)، ووردت إجابة الشركة بالموافقة إلى العميل في تاريخ (2005/8/25) ولم يتم تنفيذ العقد، فقدم العميل دعوى يطلب فيها تنفيذ الشرط الجزائي. فكان السؤال مدار البحث متى أصبح الطرفان تحت اتفاق ملزم، ليتمكن احتساب بداية فترة الشرط أعلاه؟ إذ طلب العميل احتساب الفترة من تاريخ الشرط، وطلبت الشركة عدم احتساب التعويض، وقرر القاضي تحقق الشرط من تاريخ العلم بالقبول، في حين قررت محكمة الاستئناف عدم أحقية الطلب لعدم وجود عقد ملزم بين الطرفين، إذ تضمنت الرسالة الأولى أن الشروط العقدية لن تصبح محل اتفاق حتى يحصل التوقيع عليها من قبل الطرفين، وفصلت المحكمة البريطانية العليا هذا الأمر بأن هناك عقد ملزم كما ذهب إليه القاضي وبالتاريخ

<sup>1</sup> انظر القرار القضائي للمحكمة المنشور على موقع محكمة البريطانية العليا، آخر زيارة 2016/2/10:

<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0048.html>.

<sup>2</sup> انظر د. سلام منعم مشعل، مفهوم الالتزام بتقديم خدمات ما بعد البيع وطبيعته القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق في جامعة النهدين، المجلد 12، العدد 8 كانون الثاني، لسنة 2005، ص 1 من البحث.

الذي حكم به، لكن من دون وجود شروط ملزمة، وكان للقاضي إضافة بعض الالتزامات استنادا لذلك العقد المبرم، ومنها فرض تعويض يمثل نسبة من المبلغ المتفق عليه (80 ألف يورو) عند التأخير عن التنفيذ. نستنتج مما تقدم بأن القاضي يساهم في استكمال جوانب من موضوع العقد بعد تقرير انعقاده، ويقترّب عمله في استكمال تكوينه دون أن يشارك في ذلك التكوين الذي اكتمل وفق اتفاق الأطراف على العناصر الجوهرية على أقل تقدير، فالعقد صنعة الإرادة<sup>1</sup>، لكن وفق قواعد أو قوالب قانونية، وكما يمكن للإرادة ذاتها استكمالها وتعديله وإنهائه باتفاقات لاحقة، فقد أباح القانون لأطرافه الطلب من القاضي تكميله و تعديله وفسخه في حالات مخصوصة ولغايات مشروعة، ولا يصح هذا كله ما لم يتقرر انعقاده وإبرامه بصورة واضحة جلية، من دون أن يرقى الشك إلى ذلك .

ولتحقيق الغايات أعلاه يضطلع القاضي عند تكميله للعقد، بعدة مهام تتصف بكونها "تقديرية" وليس مهمة واحدة، فعليه أولاً أن يفحص عناصر العقد، ليعزل الجوهرية منها ويتأكد من حصول الاتفاق عليها ليكون العقد منعقدا بموجب ذلك الاتفاق، وإن كان تقرير انعقاد العقد من عدمه يخرج عن نطاق سلطته في تكميل العقد، ومن ثم يقرر أيضا ووفق سلطته التقديرية، هل أنّ العقد بحاجة إلى تكميل أم إجراء آخر غير التكميل، وبنتيّة هذا التقدير يقوم بإضافة التزامات تكميلية إلى موضوع العقد، إذا تقرر أنّه بحاجة للتكميل، وله أن يقرر وفق سلطته التقديرية ماهية هذه الالتزامات التكميلية المضافة من ناحية النوع والكم، والى أي مدى يمكن أن تصل درجة أهميتها بالنسبة لموضوع العقد بأكمله، إذ ليس كل ما يطلبه المدعي يجاب إليه، بل الأمر يخضع لتقدير قانونية الطلب أو الادعاء من قبل القاضي، وأخيرا وليس آخرا عليه أن يفحص تمام تنفيذ ما أضافه من التزامات وجودته في حالة نشوب نزاع آخر بهذا الصدد .

و تجدر الإشارة إلى أنّ تحديد جوهرية العنصر من عدمه قبل ممارسة القاضي سلطة تكميل العقد، ليست عملية تقديرية صرفة إذا كان العقد من العقود المسماة<sup>2</sup> التي أفرد المشرع لها تنظيما قانونيا خاصا، بل هي عملية مزدوجة أو ثنائية، من حيث أنّها عملية تقديرية وفي الوقت ذاته عملية مطابقة قانونية للنصوص الآمرة

<sup>1</sup> انظر أستاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والإيجار، دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص19. د. سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، ج1، البيع والإيجار، ط3، بغداد، 1971، ص1. د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص9.

<sup>2</sup> انظر المادة (76) مدني العراقي، والمادة (1105) مدني فرنسي التي تنص على ((تخضع العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة (مصنفة أم غير مصنفة) إلى القواعد العامة التي يحكمها هذا الفصل. وتحكم القواعد الخاصة أنواع العقود التي أنشئت بموجب نصوص خاصة، مع إمكانية تطبيق القواعد العامة عليها)).

Article (1105): ((Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières)).

في هذا النوع من العقود، لكنها تكون عملية تقديرية واسعة النطاق إذا كان العقد من العقود غير المسماة، وهي العقود التي لم يعالجها المشرع بنصوص قانونية ولم ينظم أحكامها بقواعد خاصة، وإن سرت عليها القواعد العامة في العقود<sup>1</sup>، إذ يكون للقاضي في هذه الأخيرة مساحة أوسع في اختيار نوع وطبيعة أحكام العقد المناسب للتصرف المعروض عليه مع ضرورة تسيب اختياره، ليكون حكمه بمنأى عن النقض والتجريح من قبل محكمة الطعن.

والسؤال الذي يثار هنا، هل أنّ سلطة القاضي في تكميل العقد تنصب على الواقع أم على القانون عند نظره للدعوى المعروضة عليه؟ تكمن أهمية هذا السؤال في أنّ سلطة القاضي التي تنصب على الواقع تكون تقديرية واسعة لأسباب عديدة، منها قربه لوقائع الدعوى وخصومها، واطلاعه المباشر على تفاصيلها عند إجرائه الكشوفات القضائية، وعلى ما يحتاجه العقد فعليا من التزامات تكميلية، والأضرار المتحققة أو التي قد تتحقق من جراء عدم فرضها، واستماعه ومشاهدته العيانية لادعاءات ودفع الخصوم وما يحصل من تحاور ومناقشة قضائية في إطار المرافعة المقامة في حضرته، وما يصل إليه من قناعة عند فحصه الأدلة المقدمة في الدعوى واطلاعه المباشر على أحوال الشهود وانفعالاتهم، أثناء أداء الشهادة ليضمن إليها أو ليهدرها مفضلا للجوء إلى أدلة أخرى، وما تنتهي إليه إجراءات نظر الدعوى من نتائج، وغير ذلك من المسائل التي يصعب التحقق منها بقرأة أوراق الدعوى فقط، أما عن سلطة القاضي المتعلقة بالقانون فتكون سلطة تقديرية محدودة بما يقدمه إليه المشرع من مفترضات و خيارات و شروط وأحكام تعالج الحالات أو التفاصيل المطروحة في النزاع .

يجيب جانب من الفقه<sup>2</sup> على السؤال أعلاه بأنّ نشاط القاضي يتضمن مباشرة الواقع والقانون معا، فينزل حكم الثاني على الأول، وتتكون مادة هذا النشاط من الأمرين معا. وعلى الرغم من راحة هذه الإجابة ومنطقيتها إلا أنّها لا تكفي لوضع حد نهائي لهذا السؤال، ففي أحيان كثيرة يتفوق نشاط القاضي المتعلق بالواقع على نشاطه القانوني، بل ويطغى عليه في بعض تلك الأحيان، فصلاحيّة تقدير الوقائع وعلاقتها السببية بالأضرار المتحققة، كما في حالة تقدير قيمة التعويض الاتفاقي المناسب بعد تخفيضه<sup>3</sup>، أو تقدير المدة الملائمة عند منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه<sup>4</sup>. تعدّ من أمور الواقع التي يترك فيها المجال واسعا لتقدير القاضي وحكمته وخبرته. وقد يحصل العكس عندما يقيد المشرع نشاط القاضي المتعلق بالواقع بقيود قانونية، إذ لا يستطيع

<sup>1</sup> انظر د. أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 108. د. نبيل إسماعيل عمر، المصدر السابق، ص 1999. د. سحر البكباشي، المصدر السابق، ص 225.

<sup>2</sup> انظر المادة (2/170) مدني عراقي.

<sup>3</sup> انظر المادة (1/177) مدني عراقي.

<sup>4</sup> انظر د. جليل الساعدي، العنصر النفسي في العقد، دراسة في القانونين العراقي والانكليزي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية القانون في جامعة بغداد، المجلد 27، العدد 2، السنة 2012، ص 49.

القاضي مثلا تجاوز التدرج الوارد في استعمال القواعد القانونية عند الحكم في النزاع المعروض أمامه، أو استعمال وسائل في تكميل العقد خلافاً للوسائل التي يشير إليها المشرع في نصوصه.

ولتقديم إجابة شاملة لمراحل نشاط القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية في تكميل العقد، يمكن أن

نعرض للفرضيتين الآتيتين :

1- إذا ذهبنا مع الجانب الفقهي الذي يميل في هذا الموضوع إلى النظرية الشخصية، ويرى بأن القاضي يمارس سلطته لتكميل إرادة المتعاقدين بكل معانيها أو صورها من إرادة ظاهرة أو باطنة أو مفترضة أو حقيقية، مشتركة كانت أم منفردة، فيتطلب هذا من القاضي أن يقوم باستخلاص نية الأطراف من عبارات العقد ووقائع الدعوى والظروف المحيطة بالمتعاقدين، والتثبت من وجود تلك النية عن طريق ما يعرض من أدلة مستمدة من أوراق الدعوى ومستنداتها، فيكون عمله هذا منصبا على الواقع دون القانون، ومن ثم تكون سلطته تقديرية واسعة، ذات صبغة شخصية لتعلقها بإرادة الطرفين، ويترتب على هذا أن تتفاوت وتختلف النتائج المتحصلة من ممارسة هذه السلطة باختلاف شخص القاضي الذي ينظر النزاع ومقدار خبرته وعلمه بفنه، وما بذله من جهد في دراسة القضية واستخلاص الحقائق أعلاه منها.

ويتفرع على ما تقدم أيضا ما إذا أخذ القاضي في تكميل العقد، بنظرية الإرادة الظاهرة أم الإرادة الباطنة، ففي الأولى يصار إلى ممارسة سلطته التقديرية في تكميل العقد وحسم النزاع المعروض عليه اعتمادا على ما ورد في عبارات العقد ومدلولاتها اللغوية والفنية، ليستخرج منها اتجاه إرادة الطرفين ومن ثم يقوم باستكمالها من حيث انتهاء، من خلال استعمال الوسائل التي وفرها له المشرع، وصولا إلى تحقيق غاية الطرفين من العقد. أما إذا اخذ القاضي عند تكميل العقد بنظرية الإرادة الباطنة، التي يذهب رأي فقهي<sup>1</sup> فيها إلى أنّ الإرادة وإن كانت مسألة نفسية، فإنه يجب أن تؤخذ على حقيقتها، وما التعبير إلا ثوبها الخارجي الذي تنتشر به الواقعة التي ترتب الأثر القانوني للعقد وهي الإرادة، إذ أنّ العقد بموجب هذه النظرية هو توافق إرادتين باطنيتين. فيجب إذا على القاضي أن يغوص في أعماق المتعاقدين ليكشف عن مكنونها، دون أن يكتفي بما تم استعماله من تعبير أو كلمات تظهر أو أظهرت إرادتهما للعلن واطمأن إليها باقي الأفراد، أو أحد الطرفين على الأقل، وهذا يتطلب من القاضي بذل مجهود إضافي في البحث والتقصي والرجوع إلى الظروف الداخلية (الشخصية)، وحتى التعاملات السابقة إن وجدت، فضلا عن ملاحظة الظروف الخارجية والأجواء التي كانت تحيط بأطراف العقد لحظة التعاقد، ليستقصي ما قصد المتعاقدان إلى تحقيقه عند دخولهما في الرابطة العقدية وغايتها منها، فيقوم بإضافة الالتزامات التي تحقق هذه الغاية وذلك القصد، ويكون ذلك أيضا وفق ذات الوسائل التي وفرها المشرع للقاضي .

<sup>1</sup> يقصد بـ "النمط القانوني النموذجي" هو اجتماع مجموعة من العناصر والشروط القانونية المقبولة كميّار تقديري لطائفة من الأشخاص مرتبطين برابطة تعاقدية في عملية مدنية أو تجارة محددة. انظر د. نبيل إسماعيل عمر، المصدر السابق، ص 149.

ويضاف لذلك الجهد عمل آخر، هو قيام القاضي بتسبيب حكمه بصورة تولّد القناعة لدى الطرف الآخر، ولدى محكمة الطعن، وبشكل يبرر من خلالها حكمه القضائي في الدعوى، ورغم كل ذلك الجهد يبقى حكمه عرضة للنقض والتجريح أمام قوة الدليل المادي الذي يتضمنه التعبير أو ما يساويه من حركة أو كتابة أو إشارة يستدل بها على نية الطرفين، إذ أنّ مفترض هذه النظرية هو الاستناد إلى نية الطرفين التي تذهب إليها إرادتهما الباطنة، وترك التعبير التعاقدى جانبا في حالة مخالفته لاتجاه هذه الإرادة.

أما إذا ذهبنا مع من يشجّع على الأخذ بالنظرية الموضوعية، ويرى بأنّ القاضي يمارس سلطته للتدخل في العلاقة العقدية لتكميل موضوع العقد وبنوده بغض النظر عن نية الطرفين، فنكون إزاء سلطة مقيدة بنصوص القانون التي تسمح بتدخل القاضي وتحدد نطاق ذلك التدخل وتبيّن وسائله، استثناء من الأصل العام الذي يقضي بأنّ العقد شريعة المتعاقدين، فيكون عمله هذا منصبا على القانون أكثر من كونه متعلق بالواقع، فيذهب القاضي إلى ممارسة سلطته في التكميل اعتمادا على النمط القانوني النموذجي<sup>1</sup>، لأنّ القانون هو من يجيب عن أسئلة (متى يتدخل القاضي، وأين يتدخل، وبماذا يتدخل، وكيف يتدخل وإلى أي مدى يكون تدخله)، فيصار إلى تكميل العقد وإضافة التزامات تكميلية اعتمادا على ما يمكن للقاضي استخلاصه من ذلك النمط، سواء بالاستناد إلى عرف التعامل أو إلى تقارير الخبرة من أصحاب الفن والحرفة في مجال موضوع العقد. ووفق هذا الأمر لن تختلف أو تتغير النتائج المتحصلة عن ممارسة هذه السلطة باختلاف شخص القاضي، على عكس ما هو الأمر في الاتجاه السابق الذي يكون فيه لشخص القاضي دور وأثر بالغ على الحكم الذي يصدره. وتأتي مقاربتنا لهذا الموضوع بما ذهب إليه جانب من الفقه<sup>2</sup>، في أنّ بعض القواعد القانونية وضعت على سبيل مساعدة القاضي وإرشاده إلى تفسير التصرفات أو التعابير الواردة فيها، للوصول إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين دون أن تكون نصوص قانونية ملزمة له، فتفسير العقد مثلا من قبل القاضي عن طريق استخلاص نية المتعاقدين من الوقائع المعروضة عليه، يعدّ من مسائل الواقع التي يكون للقاضي مساحة أو حرية واسعة في اتخاذ القرار المناسب بشأنها، وهي تقارب أو تشابه عمله في تكميل إرادة المتعاقدين المشار إليه في الفقرة (1) سابقة الذكر عن طريق استخلاص نية الطرفين وما ذهبت إليه إرادتهما، فتكون سلطته التقديرية واسعة.

<sup>1</sup> انظر د. حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة دار النهضة، مصر، بلا سنة طبع، ص253. د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج1، طبع وتوزيع المكتبة القانونية، بغداد، 2012، ص153. د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الأحكام بالتمييز / منشورات دار الحكمة، العراق، 1991، ص116.

<sup>2</sup> Maurin, Le role Createur du juge, Paris, 1938, p.13. Sauzay, Essai sur les procedes d'elaboration en Dorit, employes par la jurisprudence Francaise en dorit civil, Paris, 1904, p.50.

مشار إليه في نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المصدر السابق، ص 182، هامش 59.

أما عن الفقرة (2) فإن نصوص القانون التي تمثل الإرادة التشريعية، هي من ترسم للقاضي طريق ومنهاج وغاية عمله، وتضع له الوسائل والحدود والقيود المناسبة وفق رأي وإرادة المشرع لا رأيه هو، ولا رأي وإرادة أطراف العقد، وتعين القواعد القانونية حدود سلطة القاضي في تكميله للعقد، فيما تركه المتعاقدان من تفاصيل لم يتوقعها أو تركاها لأحكام القانون، ويجري العرف مجرى القواعد القانونية في تكميل العقد ويترتب على قواعده ذات الأثر المحدد لسلطة القاضي في تكميل العقد .

ولا يعني هذا أن نهمل طبيعة الموضوع، كونها أيضا تملّي على القاضي أن يستكمل موضوعه بما تقتضيه تلك الطبيعة، وتأتي قواعد العدالة كوسيلة يسترشد بها القاضي عند تكميله للعقد، عندما تتعدّم نصوص التشريع وقواعد العرف التي تحكم أو تنظم موضوع النزاع، وتقيّد سلطته في ذات الوقت في ألا يتجاوزها ليظلم أو يحابي أحد الطرفين على حساب الآخر.

ويجب ملاحظة أنّ لجوء القاضي إلى طبيعة الموضوع وقواعد العدالة، فهما وإن كانتا أقرب للواقع من كونها قانونا، إلا أنّ انعكاس فكرة توحيد الاجتهاد القضائي والحلول للنزاعات المتقاربة أو المتشابهة، تلقي بظلالها على هاتين الوسيلتين لتكونان أقرب للقانون منهما إلى الواقع، عن طريق ممارسة محكمة الطعن لرقابة الاجتهاد وإلزام القضاة بأنواع معيّنة من الحلول الاجتهادية، سواء من حيث الوسيلة أو النتيجة. ويحق لنا أن نثير هنا سؤالاً مهماً مفاده، بأنّ ما تقدم عرضه يحصل في حالة وجود نص قانوني أو قاعدة قانونية تشريعية مكتوبة بتفصيل دقيق من حيث ماهية الحالة المفترضة وطريقة معالجتها، فما هي معطيات القانون لموضوع سلطة القاضي في تكميل العقد؟ أي هل توجد نصوص قانونية تتضمن تفاصيل دقيقة تنظم ممارسة القاضي لسلطته في تكميل العقد، وهل هي نصوص كافية، أم أنّنا أمام نقص أو قصور تشريعي، سواء من حيث عدد النصوص أو كفايتها لتنظيم هذا الموضوع، أو من حيث ملاءمة مضمونها؟

تأتي أهمية طرح هذه التساؤلات في هذا المقام، وبعد أن توصلنا إلى أنّ سلطة القاضي في تكميل العقد هي سلطة تقديرية، استنادا إلى ما يذهب إليه رأي في الفقه الفرنسي<sup>1</sup> (بحق) من تخوفات وشكوك، إذ أنّه ينظر إلى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في حالة انعدام النص المحدد لاختيارات معيّنة باهتمام وحذر بالغين، خوفا من ابتعاد القاضي عن جادة القانون وطريق الحق باستغلاله الحرية الواسعة في مثل هذه الحالة، ويأخذ صاحب هذا الرأي بنظر الاعتبار أنّ المشرع في معظم الأحيان لا يضع تعريفات أو تحديدات عامة أو خاصة للمعايير التي يعتقدها. وهذا الأمر، بشقيه انعدام النص أو انعدام المعيار، يفتح الباب واسعا أمام اجتهاد القاضي، ويؤدي ذلك إلى أن يكون القاضي أمام مفترق طرق ليحكم عقله وضميره ووازعه الإنساني، ليختار

<sup>1</sup> انظر د. حامد زكي، التوفيق بين الواقع والقانون، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد التي تصدرها كلية الحقوق في جامعة القاهرة، السنة الثانية، العدد الأول، ص 269. د. نبيل إسماعيل عمر، المصدر السابق، ص 181، والمصادر العديدة المشار إليها في الهامش 58 منه، مثل د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، بال اسم مطبوعة أو دار نشر، بال مكان نشر، ص 261، ود. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، نظرية العقد، مطبوعة نهضة مصر، بدون سنة طبع، ص 169.

أنسب القرارات وذلك عندما يكون حكمه منشأ لحق أو لوضع أو لمركز قانوني لم يكن موجود سابقاً، من دون تحيز أو محاباة أو مصلحة شخصية .

وقبل الإجابة عن هذا التساؤل، نجد من الضروري أن نشير، وبتفصيل دقيق إلى أمرين، **الأول**: يتعلق بماهية النص القانوني المكتوب ليعالج أو ينظم موضوع تكميل العقد، إذا كان هناك مثل هذا النص. **والأمر الثاني**: يتعلق برأي القضاء والفقهاء ورجال القانون حول كفاية المعالجات التشريعية لسلطة القاضي في تكميل العقد من عدمه، إذ بيّنت نتيجة الاستبيان الذي أجري بمناسبة هذا البحث، أنّ هناك عدم اتفاق للآراء حول كفاية النصوص التشريعية الحالية في القانون المدني العراقي لتنظيم سلطة القاضي في تكميل العقد من عدمه، خاصة بعد أن جاءت أعلى نسبة من الإجابات والتي تبلغ 40% إلى " إنّنا بحاجة لنصوص تشريعية في هذا الإطار لكن يمكن الرجوع إلى القواعد العامة لمعالجة هذا القصور". ويعني هذا أيضاً ضرورة أن تكون للقاضي سلطة تقديرية، ليتمكن له من خلالها المناورة والاستعانة بالقواعد العامة في هذا الموضوع لعدم وجود نصوص خاصة ومحكمة تنظم سلطته في تكميل العقد .

وبالعودة إلى الواقع التشريعي الحالي بصدد موضوع سلطة القاضي في تكميل العقد، وعلى ضوء الأمرين أعلاه، نجد بأنّ القانون المدني الفرنسي لم يقدم نصاً تفصيلياً صريحاً بهذه السلطة، أما القانونين المدني العراقي والمصري والقوانين العربية الأخرى التي سارت على حذوهما، نجد أنّ المشرع يكتفي بنص واحد فقط لمعالجة حالة واحدة من حالات تكميل العقد، وذلك بموجب أحكام المادة (2/86) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (95) من القانون المدني المصري .

ولتصنيفهما، يمكن أن نضع هذين النصين من ضمن صنف النص المحكم كونهما يدلان على المراد منهما مباشرة، ألا وهو معالجة حالة النقص أو القصور الموجود في العقد، ولا يحتمل تأويلهما بغير ما وردا له من موضوع، فضلاً عن كونهما نصين ملزمين وردا بعبارة (...فان المحكمة تقضي...) ولا يقبلان النسخ أو الإلغاء أو الاتفاق على ما يخالفهما، بيد أنّ هذا لا يمنع بأن يكون هذان النصان من ضمن صنف النص المفسر، فهما يبيحان للقاضي تكميل إرادة المتعاقدين واستخلاص نيتهم .

ومهما يكن الأمر فإنّ عجز هذين النصين يحتويان على عدة اختيارات تمثل وسائل إرشادية أو توجيهية للقاضي، ومن دون أن يقدموا علاجاً واحداً للموضوع، فكيف يصار إلى اختيار أحدها دون الآخر، وما هو دور القاضي في هذه الحالة؟

يظهر البحث والتقصي في معطيات الفقه القانوني الذي يجيب عن مثل هذا التساؤل، بأنّ هناك آراء عدة يمكن إجمالها في اتجاهين وكما يلي :

**الاتجاه الأول:** يجب جانب من الفقه<sup>1</sup> على هذا التساؤل بأن مثل هذه الحالات، وعندما يضع المشرع نصوص توجيهية إرشادية عامة دون أن تحتوي على تفاصيل دقيقة، يجب على القاضي أن يقوم بدور المشرع مستندا في عمله إلى المصادر الاحتياطية التي يوفرها له القانون ذاته مثل العرف والشريعة الإسلامية (في القوانين العربية) وقواعد العدالة والإنصاف والقانون الطبيعي وغيرها، فيخلق قاعدة قانونية ويرتب أثرها. والمتأمل لهذا الرأي يجد بأن القاضي لا يمارس دور المشرع بل يقوم بواجبه بالكشف عن قواعد سلوك عامة مجردة ملزمة أحاله المشرع نفسه إليها، باعتبارها مكملة لتشريع، فالقاضي هنا لا يخلق قاعدة قانونية تحكم موضوع معين، بل ينفذ ما رسمه له المشرع من طريق ليجد ما يحكم به من قواعد، وتكمن سلطته التقديرية في اختيار قاعدة مناسبة من عدة قواعد متوفرة أمامه ليحسم النزاع المعروف عليه .

**الاتجاه الثاني:** يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى غير ما تقدم، ويرون بأن القاضي يستمر على ممارسة دوره القضائي فقط، لكنهم اختلفوا بصدق مقدار حرية القاضي في هذه الممارسة، إلى عدة آراء وكما يلي: يذهب رأي فقهي أول<sup>2</sup> في بيان نطاق سلطة القاضي عند تكميله العقد بكونها سلطة تقديرية واسعة، منحت للقاضي من قبل المشرع ليمسح بحرية البحث في مدى ملاءمة القانون ذاته للوقائع المعروضة عليه، ولم يقف به، أي بالقاضي عند حد معرفته بالقانون فقط .

وبذات الاتجاه يحلل رأي فقهي آخر<sup>3</sup> نصوص القانون ذاتها العالقة، ليخرج بنتيجة مفادها، أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة تمتد إلى اختيار الأثر القانوني الوارد بذات القاعدة القانونية. ومنها طبعا تلك القاعدة التي منحت القاضي سلطة تكميل العقد، فهو يختار إحدى وسائل التكميل من طبيعة الموضوع أو المعاملة أو أحكام القانون أو العرف أو العدالة، وبما أنه يختار فتثبت له السلطة التقديرية، ويمكن له قبل ذلك أن يختار بين تقدير إعمال الأثر أو عدم إعماله، أي تقدير هل أن العقد بحاجة إلى تكميل من عدمه. وبذلك تكون للقاضي في تكميل العقد سلطة تقديرية واسعة.

ويرد جانب فقهي ثالث<sup>4</sup> بأن القاضي لا يتمتع بالسلطة التقديرية بصفتها الواسعة أعلاه، حتى لو استند إلى قواعد العدالة مثال، فإنه لا يستمد الحكم من نفسه أو ذاته الشخصية، وإنما يستمد من قاعدة موضوعية غير مكتوبة ولكنها مستقرة الدلالة والمعنى في ضمير الجماعة الإنسانية، إذ يرى جانب من الفقه<sup>5</sup> بأن للقاضي مجالا

<sup>1</sup> د. محمد شتا أبو سعد، المصدر السابق، ص 621.

<sup>2</sup> J. Ghestin, la notion d'erreur, Paris, 1963, p50.

<sup>3</sup> انظر د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة في العمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص 352. د. عزمي عبد الفتاح، المصدر السابق، ص 83.

<sup>4</sup> انظر د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الجزء الأول، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 421. د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط1، بلا اسم مطبعة أو دار نشر، بغداد، 2002، ص 329.

<sup>5</sup> انظر د. أسامة احمد بدر، المصدر السابق، ص 44

رحبا للاجتهاد القضائي الذي يرد على القواعد القانونية المكتوبة والصادرة عن سلطات الدولة المختصة، لأن هذه القواعد هي التي تحتاج إلى بيان معناها، خلافا للقواعد القانونية المستمدة من المصادر غير المكتوبة، كالعرف وقواعد العدالة كونها لا تحتاج إلى تفسير فهي عبارة عن معنى مستقر في الأذهان و لا يقيد معناها لفظ مخصوص .وبهذا المعنى يتضح أنّ المشرع منح القاضي سلطة محددة لا تقديرية، و تمثل الوسائل التي عددها المشرع في هذا المجال محددات لا يستطيع القاضي الفكك منها عند ممارسته لسلطته في تكميل العقد، وهذا أمر صحيح إلى حد ما، لكن عند عطف النظر على هذه الوسائل والتركيز بدقة في محتواها المادي، نجد بأن كل وسيلة من تلك الوسائل لا تخضع لمفهوم واحد، ولا يمكن أن يحتويها مضمون واحد، ولا يمكن الاتفاق على فكرة واحدة بشأنها، بل إنّها تمثل مواضيع عامة مجردة متغيرة تبعا لنظرة الباحث فيها، والزمان الذي يبحث فيه، فتبقى سلطة القاضي في تكميل العقد سلطة تقديرية، ولكن من جهة أخرى لا يمكن أن نجزم بكونها سلطة تقديرية خالية من أي نوع من أنواع القيود، فما زلنا في إطار القانون الذي يرتبط وجوده بالقيود التي يضعها مشرعه، أو قرر احترام ما وضعها المجتمع منها، وذلك بالإشارة إلى القيود العرفية التي تسبق وجود النص التشريعي .

### المبحث الثاني: القيود التي ترد على سلطة القاضي في تكميل العقد

وجد القانون ليمارس دوار مهماً في تنظيم الحياة الإنسانية، ولن يكون ذلك دون أن يتضمن قيوداً تحدّ من حريات أفراد المجتمع والهيئات أو السلطات العاملة فيه، من هنا احتوت نصوصه على عدد كبير من القيود التي ترسم الحدود للأفراد وتبين نطاق تصرفاتهم، وتعيّن سلطة وصلاحيات السلطات العامة في الدولة ومنها سلطة القضاء، و بعد أن توصلنا إلى نتيجة مفادها بأنّ القاضي يملك سلطة تقديرية في تكميل العقد لا تخلو من القيود، فيكون لزاماً علينا أن نخصص هذا المبحث لمعالجة هذه القيود، إذ أثارت هذه المسألة- وكما سنرى- نقاشات عدة، وتباين في وجهات النظر تستوجب معالجتها تقسيم هذا المبحث على مطلبين نخصص الأول منهما لبيان مضمون وأثر وجود هذه القيود، ونتناول في المطلب الثاني أنواع هذه القيود .

### المطلب الأول: مضمون القيود التي ترد على سلطة القاضي في تكميل العقد وأثرها

يظهر من خلال البحث والتحليل أنّ هنالك تبايناً في الآراء حول مسألتين، الأولى تتعلق بعدد هذه القيود، والثانية هي أثر هذه القيود على سلطة القاضي في تكميل العقد، ونرى بوجود الوصول إلى نتيجة حاسمة بشأنهما، مروراً ببيان مضمونها، قبل الولوج في معالجة تفاصيلها وكما يلي:

**المسألة الأولى عدد القيود التي ترد على سلطة القاضي في تكميل العقد:** يتنازع الموضوع الذي تطرحه هذه المسألة رأيان: إذ يرى رأي أول في الفقه<sup>1</sup> بأن طبيعة الالتزام هي الضابط الرقابي القانوني الوحيد لممارسة القاضي سلطته في تكميل العقد، فإن توافق إنشاء القاضي للالتزام جديد مع طبيعة الالتزامات الموجود في العقد، فقد التزم القاضي صحيح القانون، وبخلافه يستوجب حكمه النقض لمخالفته هذا الضابط. وإلى أن القاضي في مرحلة تكميل العقد يقوم بمهمة البحث وبعملية قانونية وعقلية يستند في الأولى إلى القانون بمعناه العام الواسع، ويستند في الثانية إلى المنطق السليم والفطرة الحسنة والخبرة المتراكمة، لإنشاء التزامات جديدة يوجد بينها وبين طبيعة الالتزام في العقد ترابط منطقي<sup>2</sup>.

ونحن إذ نؤيد هذا الشق الأخير دون الشق الأول من الرأي أعلاه، ذلك أن الفرض في هذه المرحلة هو غياب دور الإرادة فيكون التعبير الصحيح هنا هو أن القاضي ينشئ محتوى إضافي للعقد أي يستكمله، لكن لا يمكن قبول أن طبيعة الالتزام فقط هي الضابط الرقابي لعمل القاضي وإهمال باقي الضوابط والقيود التي وضعها المشرع بمناسبة تنظيمه لهذه السلطة، أو لتنظيم مختلف جوانب العمل القضائي الأخرى والتي بخلافها يتعرض حكم القاضي إلى النقض أو التجريح<sup>3</sup>، فضلاً عن ما وضعه القضاء لنفسه من محددات وضوابط عمل تحوز على درجة من الاحترام حتى في الأنظمة التي لا تأخذ بنظام السوابق القضائية .

ويذهب **الرأي الثاني** في الفقه<sup>4</sup> إلى توسيع القيود لتشمل فضلاً عن طبيعة العقد، قواعد القانون والعرف والعدالة، باعتبارها محددات وموجهات للقاضي في مباشرة سلطته في تكميل العقد. ويلاحظ هذا الرأي أن الاتجاهات التشريعية قد ربطت بين مستلزمات العقد وطبيعة الالتزام، عن طريق اشتراط المواءمة بين القانون والعرف والعدالة مع طبيعة الالتزام الأصلي للعقد، لذا ينتقد ما يذهب إليه جانب آخر من الفقه<sup>5</sup> من مساواة

<sup>1</sup> المصدر أعلاه، ص 20.

<sup>2</sup> ويمكن أن نلاحظ هنا أهمية تسبب القرار أو الحكم القضائي لبيان قانونية عمل القاضي وحياديته، إذ يؤدي التسبب إلى إزالة التحكم من عمل القضاء ويوفر ضماناً مهمة للخصوم في ذات الوقت، ففي قرار حديث للهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق جاء فيه (...ولا تستقيم مع ما توجبه أحكام المادة 1/159) من قانون المرافعات المدني العراقي التي توجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبنية في القانون وأن ذهاب القانون كما ورد في الأسباب الموجبة إلى أن الغاية من التشدد في تسبب الأحكام هي لحمل القضاة على أن لا يحكموا في الدعاوى على أساس فكرة مبهمة لم تتضح معالمها أو مجمله غابت أو خفيت تفاصيلها... انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد (833/الهيئة العامة/2013) في 2013/11/26، تسلسل 683، غير منشور.

<sup>3</sup> انظر د. سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص 88.

<sup>4</sup> انظر في هذا الجانب الفقهي د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2002، ص 226. د. سمير عبد السيد تناغو، المصدر السابق، ص 150.

<sup>5</sup> ويأتي هذا الخيار التشريعي على خلاف ترتيب القواعد الواردة في مقدمة القانون المدني التي تعالج حالة نقص التشريع انظر (1) من القانون المدني العراقي، والمادة (1) من القانون المدني المصري.

طبيعة الالتزام، كأحد محددات سلطة القاضي في تكميل العقد مع المحددات الأخرى (القانون والعرف والعدالة فضلا عن طبيعة الالتزام)، ويرى أنّ هذا التوجه لا ينسجم وأحكام المادة (2/148) من القانون المدني المصري، التي تقابل المادة (2/150) من القانون المدني العراقي والتي جعلت لطبيعة الالتزام الهيمنة على المعايير الأخرى. والحقيقة يجد هذا الجانب الفقهي سنده في أحكام المادة (95) من القانون المدني المصري، وتقابل المادة (2/86) من القانون المدني العراقي اللتان عددتا هذه الوسائل على سبيل التساوي دون أن تمنح لإحداها الهيمنة على البقية منها، وهو خيار تشريعي لا معقب عليه من قبل القاضي، فيلتزم به لمعالجة النقص في العقد<sup>1</sup>.

ونعود مرة أخرى إلى التمييز بين مستلزمات تنفيذ الالتزام وبين تكميل العقد، لكن هذه المرة من وجهة نظر قضائية، ومعيار التفرقة هو ماذا يطلب المدعي في عريضته من القاضي؟ فإذا كان المطلوب إصدار حكم قضائي يتضمن أمرا فيه معنى إيجاد التزام جديد سواء كان القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أو نقل حق عيني؟ أو إصدار حكم يتضمن استكمال تنفيذ التزام موجود في العقد أصلا؟ ففي الأولى نكون أمام تكميل للعقد دون الثانية التي نكون فيها أمام تنظيم ومراقبة تمام تنفيذ الالتزام. وعند عطف النظر مثال على أحكام المادة (1/541) من القانون المدني العراقي بصدد تحديد مكان تسليم المبيع، فهي وإن كانت قاعدة تكميلية لكنها لا تشير إلى إنشاء التزام جديد يضاف إلى التزامات العقد المتفق عليها، إذ أنّها تقرر حالة واقعية مضمونها تسليم المبيع<sup>2</sup> في مكان وجوده، لذا يمكن أن لا يعدّ حكم القاضي المستند إلى هذه المادة تكميلا للعقد، بل هو حكم كاشف لبيان إجراءات ومستلزمات تنفيذ الالتزام بالتسليم، في حين أنّ الأمر مختلف عن ذلك تماما في القانون المدني المصري إذ تنص المادة (1/435) منه على (( يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع )) . فيكون بالإمكان أن يتضمن حكم

<sup>1</sup> تنص المادة (1/540) على ((مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد، وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده، اعتبر مكانه محل إقامة البائع)).

<sup>2</sup> رتب القانون الفرنسي على البائع التزامين فقط هما الالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان وذلك استنادا لما جاء في المادة (1603) منه التي تنص على ((يقع عليه -البائع- التزامين رئيسيين الأول هو التسليم وضمان الشيء الذي يبيعه)).

Article (1603): ((Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend))

وتنص المادة (1604) على ((التسليم هو نقل الشيء المباع إلى سلطة وحيازة المشتري))

Article (1604): ((La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur))

القاضي المصري بموجب هذه المادة إنشاء التزام جديد على البائع لم يتفق عليه في العقد سابقاً، فعليه هو وحده يقع عبء وضع المبيع تحت تصرف المشتري. ويتفق هذا الحكم مع أحكام القانون المدني الفرنسي<sup>1</sup>.  
أضف إلى ذلك صعوبة الإقرار بكون هذه الوسائل تمثل محددات على القاضي تحد من سلطته التقديرية في تكميل العقد، لما يعكسه كل واحد منها من سعة في التفاصيل وعدم وجود نظرية واحدة جامعة لكل وسيلة منها، بحيث يصعب القبول أو الإقرار بكونها قيود لافتقادها إلى التحديد الذاتي، والضابط الموضوعي لكل منها .  
**المسألة الثانية أثر القيود:** يتنازع الموضوع الثاني بصدد أثر القيود على سلطة القاضي التكميلية رآيان أيضاً، الأول<sup>2</sup> يقرّ بوجود عدة قيود على سلطات القاضي عموماً وفي تكميل العقد خصوصاً، لكنه يرى بأنّ هذه القيود لا تتعارض مع سلطة القاضي التقديرية. ونستنتج من الرأي الآخر<sup>3</sup> خلاف ما تقدم، وذلك بأنّ لهذه القيود أثر كبير على سلطة القاضي التقديرية فترفع عنها صفة الواسعة، لتكون صفة تقديرية مقيّدة. ونعتقد بصحة هذا الرأي وقربه من واقع الحال إلاّ أنّه يجب ألاّ ننسى ما يقرّره رأي فقهي آخر<sup>4</sup> بأنّه لا يجوز للمجتهد أو القاضي أن يقيّد اللفظ الوارد في نص من النصوص بصورة مطلقة ما لم يثبت لديه الدليل على تقييده، ويأتي هذا الحكم وفقاً للقاعدة العامة (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقدّم دليل التقييد نصّاً أو دلالة<sup>5</sup>)، ويحصل التقييد بإضافة قيد أو أكثر على المطلق يقلّل من شيعه، ويبين أنّ المراد منه نوع من أنواعه أو صنف من أصنافه أو غير ذلك<sup>6</sup>.

وبعد كل ما تقدم، نرى بأنّ المنطق السليم والحداثة في التفكير تدفع باتجاه الميل إلى استخدام القيود المرنة دون الجامدة، لأنّ هذه الأخيرة تفسد الثقة وتعيق نمو الحياة وتطورها باتجاه استيعاب كل المتغيرات والتحويلات الاجتماعية والاقتصادية والإنسانية، ولا يعني هذا تفضيل الإباحة غير المقيدة، فالسلطة المطلقة تورث التحكم تبعاً للأهواء الشخصية والانفعالات الذاتية، مع الإشارة إلى شوائب الفساد المقننة، لذا تأتي الموازنة بين ما تقدم عاملاً مهماً من عوامل تحقيق مقاصد التشريع في المجتمع .

<sup>1</sup> انظر د. سحر البكباشي، المصدر السابق، ص 198.

<sup>2</sup> انظر د. أسامة احمد بدر، المصدر السابق، ص 20.

<sup>3</sup> انظر أستاذنا د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج1، العاتك لصناعة الكتاب، مصر، ص317، والتطبيقات المشار إليها في الصفحة ذاتها، وص 318.

<sup>4</sup> المادة (160) من القانون المدني العراقي وهي منقولة من المادة (64) من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>5</sup> انظر أستاذنا د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر نفسه، ص 318، والتطبيقات المشار إليها في ص 319.

<sup>6</sup> انظر المادة (1/86) من القانون المدني العراقي.

## المطلب الثاني: أنواع القيود التي ترد على سلطة القاضي في تكميل العقد

يحتوي القانون على نصوص قانونية أمره لا يمكن مخالفتها من قبل القاضي، حتى لو اتفق الأطراف على القبول بتلك المخالفة، يمكن أن نطلق عليها بـ "القيود القانونية" هذا من جانب، وهناك من جانب آخر قيود ترد بإرادة طرفي العقد يمكن أن تسمى بـ "القيود الاتفاقية"، إذ مازلنا أمام علاقة تحكمها الإرادة بشكل واسع النطاق، ويمكن أن ندرج القيود الواردة على سلطة القاضي في تكميل للعقد، وفق ما يمكن تصوره أو افتراضه من واقع عملي يستند إلى نصوص القانون وعمل القضاء، وبالاستعانة بآراء الفقه المتعلقة بالموضوع، ومن دون أن نعيد ما سبق ذكره عن وسائل تكميل العقد، وعلى هذا نشير إلى نوعين من القيود: **الأولى** قيود قانونية، و**الثانية** قيود اتفاقية. نتناولها على نقطتين وكما يلي:

### أولاً: القيود القانونية

لا يمكن للقاضي في إطار تكميل العقد، تجاهل أعمال أحكام القانون الموضوعي التي تلزمه بتكميل العقد الصحيح الذي اتفق فيه الأطراف على كل عناصره الجوهرية، وتركها بعض التفاصيل للاتفاق عليها لاحقاً ولم يعلقا انعقاد العقد على الاتفاق على تلك المسائل، وحدث فيما بعد خلاف عليها ورفع هذا الخلاف للقاضي ليحكم فيه.

وبسياق متصل لا يمكن للقاضي اعتبار أنّ العقد منعقد إذا اتفق الأطراف على بعض العناصر الجوهرية فقط، إذ أنّ هذا الأمر لا يكفي للالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة<sup>1</sup>. ويجب على القاضي أن يستعمل الوسائل الأربعة السابق ذكرها في تكميل العقد ولا يمكنه الاستناد على غيرها في ممارسة سلطته، وإلا تعرض حكمه للطعن والتجريح من قبل محكمة الطعن، وعدّ عمله القضائي مخالفاً للحكام القانون. وبهذا الصدد يشير رأي في الفقه<sup>2</sup> إلى أنّه قد تصل القيود ببعض قواعد القانون إلى قمة جمودها، وتكون في الوقت ذاته قيوداً على سلطة القاضي إلى أبعد الحدود بحيث أنّها تحرمه صفة "التقديرية"، وتقطع عنه سبل الاجتهاد، وذلك عندما يتضمن القانون تقديرات تتعلق بالكم أو الوصف أو العدد، فينعكس أثرها بشدة على الأحكام التي تتضمنها القواعد القانونية.

<sup>1</sup> انظر د. عيسى خليل الطائي، التقديرات العددية وأثرها على الأحكام الشرعية والقانونية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية القانون في جامعة بغداد، المجلد 21، العدد الأول، 2006، ص 280.

<sup>2</sup> انظر د. نبيل إسماعيل عمر، المصدر السابق، ص 155.

ويذهب رأي فقهي<sup>1</sup> إلى أنّ على القاضي أن يعتدّ بعمله ويأخذ بنظر الاعتبار عددا من العوامل والاعتبارات على رأسها اعتبارات العدالة والخير العام، وتقدير الظروف التي تحيط بالإعمال التشريعية. وهو أمر جدير بالاهتمام ويلقي الضوء على موضوع عام يمكن أن يسري أيضا على سلطة القاضي في تكميل العقد، إذ يوسّع من وظيفة العقد كأداة قانونية لجعل له دورا اجتماعيا كبيرا بدل أن يقتصر على خدمة الأفراد .

وبهذا الصدد يمكن أن نشير إلى رأي المحكمة العليا في الولايات المتحدة عام (1837) الذي جاء فيه (...وفيما حقوق الملكية الخاصة مكفولة بجلاء علينا أن لا ننسى بأن للمجتمع أيضا حقوقا، وأنّ السعادة والرفاه لكل مواطن يعتمدان على صيانتها المخلصة)<sup>2</sup> ، وكان محور القضية الموازنة بين مصلحة "شركة جسر شارلز" في احتكارها العبور بين ولايتين وتحقيق أرباح كبيرة بلغت أكبر من قيمة بناء الجسر بثلاث مرات، وبين مصلحة أفراد المجتمع الذي تمثلهم فيه ولاية ماساشوستس، فكان نتيجة تحويل الشركة وإلزامها ببناء جسر جديد (ثاني) لم يكن متقنا على بنائه، وإلزام الشركة بالتخلي عن حقها في استيفاء رسوم العبور من الجسر الثاني، وجعل استخدامه مجانا للمواطنين بعد أن تستوفي قيمة بناءه، ويجبر حاملو الأسهم والمساهمون في الشركة على قبول هذا القرار والالتزام به على اعتباره جزء لا ينفصل عن العقد الأصل.<sup>3</sup> وإذا كان هذا الحال في دولة تسري فيها القيم الفردية فيكون من باب أولى مراعاة ما جاء في الرأي المذكور من قبل القاضي في الدول التي تمازج أو توازن بين المصالح الفردية والاجتماعية. ويعدّ من الأهمية بأن نشير إلى الدور المزدوج الذي يمكن أن تلعبه العدالة في سلطة القاضي التكميلية، فمثلا إذا كانت العدالة إحدى مبررات منح القاضي سلطة تكميل العقد، فليس من العدالة بشيء أن يفاجأ الطرف الآخر بفرض التزام عليه لم يكن يتوقعه أو يطلبه أو يحسب حسابه، ويتطلب هذا الأمر من القاضي أن يحكم عقله وضميره في الموازنة بين ما يفرضه من التزامات تكميلية وبين ما يرفض إضافته منها، وبعبارة أخرى محاولة توزيع الأضرار أو الفوائد على الطرفين، وأن تكون الالتزامات التكميلية المضافة متقابلة قدر الإمكان حتى لا يشعر أحدهما بالظلم أو عدم الإنصاف<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> انظر د. هنري بامفورد باركيز، تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية، تمدد أوربا، ترجمة وتعليق د.علي البديري، مراجعة د. بيداء محمود، ط1، الناشر: بيت الحكمة العراقي، 2013، ص 448 وص502.

<sup>2</sup> Charles River Bridge v. Warren Bridge 36 U.S. 420 (1837)

متاحة على الموقع الإلكتروني، آخر زيارة في 2015/11/2.

[http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/antebellum/landmark\\_charles.html](http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/antebellum/landmark_charles.html)

<sup>3</sup> ولا يعني هذا تطبيقاً للقاعدة الفقهية "الغرم بالغنم" فلنا بصدد فرض التعويضات عن الأضرار أو معالجة نتيجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية، وإن كان في تطبيق هذه القاعدة أسمى قيم العدالة الإنسانية.

<sup>4</sup> انظر:

Mareclo Stati, Le Standard juridique, these, Paris, 1927,p 175.

مشار إليه في د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي، المصدر السابق، ص151.

ويعرض رأي فقهي<sup>1</sup>، معيارين يمكن للقاضي أن يتجه إليهما في ممارسة سلطته التقديرية الموضوعية هما **العقلانية والملاءمة**، ويمثلان في ذات الوقت قيوداً لا يجوز للقاضي التغاضي عنهما .  
وتعني **العقلانية** في إطار سلطة القاضي التكميلية، أن يراعي القاضي التوازن الحقيقي بين المصالح الاقتصادية والاجتماعية في زمان ومكان معين، وبين التصرف الذي يراد الحكم عليه بإضافة أحد الالتزامات لموضوعه. وتطبيقاً لهذا المعيار يمتنع القضاء في فرنسا مثلاً عن تكليف المستهلك العادي بوجوب استعانتة بخبير لفحص السلعة، معللاً ذلك بعدم تحميلة بالتزام تكميلي أو بشرط إضافي لم ينص عليه المشرع<sup>2</sup>، في حين فرض ذات القضاء على المهني عدة أنواع من الالتزامات بالرغم من عدم النص عليها قانوناً أو اتفاقاً.  
ويقصد **بالملاءمة** في ذات الإطار أعلاه، ملاءمة الإضافة المزمع إجراؤها على التصرف القانوني للظروف التي حصل في ظلها هذا الأخير، وبشرط أن تكون هذه الظروف ذات تأثير واضح عليه أو فيه.<sup>3</sup>  
فضلاً عن ما تقدم، يتضمن القانون الموضوعي أيضاً مجموعة من المعايير المهمة يجب على القاضي مراعاتها واحترامها، وإن وردت في غير موضوع تكميل العقد، لما لها من أهمية في تنظيم العلاقة العقدية، ومن تلك المعايير "الإرهاق"، مثلاً فإذا كان هذا المعيار مبرراً لتعديل العقد وإنقاص الالتزامات الواردة فيه، فيكون من باب أولى أن يحترمه القاضي عند نظر أي منازعة أخرى ومنها تكميل العقد، إذ من غير العدل إضافة التزامات تسبب الإرهاق لمن يفترض أن يلتزم بها لمصلحة الدائن بها، لتحقق ذات العلة في الحالتين، وإن كانت في حالة تكميل العقد أكثر أهمية لأنها تتضمن إضافة التزام خلافاً لإرادة الطرفين أو أحدهما على أقل تقدير، و خلافاً للأصل العام (العقد شريعة المتعاقدين) .

وتأتي القواعد القانونية المتعلقة بالمحل والسبب قيوداً آخر على سلطة القاضي عند فرضه للالتزامات التكميلية، ولا يكفي القول بأن هذا القواعد قد توافرت ابتداءً عند التعاقد (لحظة انعقاد العقد)، كونها شروط ابتداء وشروط بقاء يجب أن تستمر إلى نهاية حياة العقد، فضلاً عن ضرورة احترام قواعد النظام العام والآداب عند

<sup>1</sup> انظر د. جليل الساعدي، عقد المقاوله الوارد على البرامج، المصدر السابق، ص37، والقرار القضائي الفرنسي المشار اليه في الهامش71.

<sup>2</sup> ويرجع أساس فكرة الملائمة إلى الفقيه أرسطو إذ يقر بصعوبة تطبيق التشريعات المجردة على الحالات الواقعية، ونبه إلى أن الملاءمة هي مصحح لجمود العدالة، فتكون "عدالة الملاءمة" معياراً لتطبيق القوانين، وتخفف من حدتها وجمودها في ذات الوقت عن طريق جعلها تتناسب مع كل حالة على حدة، انظر تفاصيل مقالة أرسطو في د. محمد شتا أبو سعد، المصدر السابق، ص626.

<sup>3</sup> Pierre Louis Lucas, Valonte et cause, these , Dijon,1981, p.113-116

مشار إليه في د. محمد يحيى المحاسنة، مدى كفاية نظام مشروعية العقد في القانون المقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة27، سنة النشر 2003، ص187، هامش21.

فرض التزامات جديدة من قبل القاضي لتتم بها العلاقة العقدية، فهو مكلف أصلاً بواجب التأكد من فرض احترامها حتى ولو لم يشير إليها في طلبات المدعين، فيكون أحق به أن يراعيها عند فرضه الالتزامات التكميلية . ويشير موضوع السبب سؤالاً مفاده هل السبب في الالتزامات التكميلية هو ذات السبب في الالتزامات العقدية المتفق عليها ابتداءً أم أنه أمر آخر؟ وللإجابة عن هذا السؤال وبعيدا عن الفكرتين التقليدية والحديثة في السبب، نعيد للأذهان ما ذهب إليه الأستاذ "لويس لوكاس"<sup>1</sup> الذي يتلخص رأيه في السبب، بأنه الأساس الكمي والمصدر المادي للالتزام، ليصبح المستفيد من الالتزام مدينا للمفتقر منه، وينظر في ذلك إلى المقدار الكمي أو المادي المتحقق لذلك الطرف المستفيد اقتصادياً من العقد الذي ترتب الالتزام بموجبه، ويستلزم لصحة السبب التعادل المادي قدر الإمكان بين الأداءات التي يتم تبادلها بين الذمم المالية، بواسطة الالتزام الذي تضمنه العقد المبرم بين أصحاب تلك الذمم .

وبهذا المعنى ينفصل السبب عن الإرادة ليلتحق بالعقد، فيقرر مشروعيته عن طريق التعادل بين الأداءات إلى التعادل بين الإرادات، فيكون السبب عنصراً موضوعياً يمكن استقصاء وجوده، وتكون الإرادة عنصراً شخصياً يمثلها التعبير أو الكلمات المستعملة من قبل طرفي العقد، وفق ما يقرره القانون من صور مناسبة للتعبير عنها.

إنّ الرأي المتقدم ليس بالرأي الجديد، فقد سبقه إليه الأستاذ "رويت"<sup>2</sup> الذي يرى في السبب عنصراً موضوعياً بحتاً ومجرداً من أية أمور أخرى، ويصفه بالركن المادي للالتزام، فهو المبرر القانوني الذي من أجله يعترف القانون بصحة الالتزام، ولا يكون هذا الأخير صحيحاً ما لم يحقق العدل التبادلي بين الطرفين .

يفهم من الاتجاه أعلاه بأنّ سبب الالتزامات التكميلية هو تحقيق التعادل المادي بين طرفي العقد الأصلي دون محاباة لطرف على حساب طرف، فيحقق القاضي عن طريق فرض هذه الالتزامات العدالة المرجوة من اللجوء إليه كطرف حيادي عن العقد، وعلى القاضي هنا أن يتقيد بهذا السبب في عدم فرض التزامات لا علاقة لها بموضوع العقد، ولا تؤدي إلى اكتمال تنفيذه، وعلى أن يكون فرض تلك الالتزامات محققاً للعدالة التي تمثلها موضوعية السبب في عدم الانحراف، بتكليف أحد الأطراف وتحمله لالتزامات أكبر من الطرف الآخر، وإلا تعرض حكمه للإبطال لمخالفته التوازن التبادلي الذي يمثله السبب الموضوعي .

ويجب أن نفرق بين سبب الالتزامات التكميلية، وبين سبب فرضها، فالأول كما أشرنا إليه يمثل العدالة التوزيعية بين القيم المادية التي يتم تبادلها بين ذمم الطرفين، أما سبب فرضها فيكون وجود نقص أو قصور

<sup>1</sup> Rouhette, Contribution a L'etude critique de La notion de contract, these, Paris, 1918, p.425-477.

مشار إليه في د. محمد يحيى المحاسنة، المصدر السابق، ص188، هامش 22.

<sup>2</sup> انظر المادة (140) من قانون الإثبات العراقي التي تنص على ((أولاً - للمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمها. ثانياً - رأي الخبير لا يقيد المحكمة، وعليها إذا قضت بخلاف رأيه أن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كال أو بعضاً)).

في العقد، شكاه أحد الطرفين أو كلاهما إلى القضاء، و ثقة القاضي وقناعته بأن فرض هذه الالتزامات التكميلية هي أفضل سبيل لتنفيذ العقد الذي اتجهت إرادة أطرافه إليه، أو تجاوز بعض المعوقات التي تمثل سببا كافيا لفسخه، ولتجنب ما يترتب على الفسخ من آثار سيئة ومعقدة، وخسارة مادية ومعنوية لا مبرر لتحملها مقارنة بما قد يتم فرضه من التزامات تكميلية، وبهذا يؤدي القاضي واجبه الأساسي المكلف به، ألا وهو فض المنازعات وحسمها .

أضف إلى ما تقدم، القيود التي تفرضها نصوص قانون المرافعات والإثبات لتنظم وترسم حدود عمل القاضي، كونها تنعكس بصورة أو بأخرى على تحديد نطاق سلطاته ومنها بالطبع سلطته في تكميل العقد. ومن هنا يمكن أن نشير مثلا إلى أنّ على القاضي الاستعانة بالخبرة ليسند بها حكمه في تكميل العقد، وذلك في مرحلتين الأولى تقدير ماذا كان العقد بحاجة إلى تكميل، وإذا ما انتهى من ذلك وجب عليه في المرحلة الثانية الرجوع إلى الخبراء لبيان ماهية الالتزامات التي يحتاجها العقد لتكميله، إذ لا يحق للقاضي الحكم بناء على علمه، وعلّة هذا المنع هو عدم جواز أن يجمع القاضي بين صفة الشاهد وسلطة الحكم، فجاءت هذه القاعدة مقيدة لسلطة القاضي في تكميل العقد، حتى لا يتهم بالتحيز أو التحكم، وينأى بنفسه عن الشبهات، فيما إذا لو قرر إضافة التزامات أخرى إلى موضوع العقد، من دون الاستناد إلى دليل قوي يحمي به حكمه من النقض، وفيما خال ذلك تمنح الخبرة دورا كبيرا في الإثبات<sup>1</sup>.

ويظهر أنّ هذا هو توجه القضاء في العراق فقد تقرر بأنّه (...لذا يكون ما انتهى إليه الحكم المميز...والزام المدعي عليه بتأديته للمدعي مبلغ الغرامات التأخيرية والتحميلات الإدارية المحدد من قبل الخبراء الثلاثة مستندا وحكم القانون قرر تصديقه (...)<sup>2</sup>، إذ لم تكن هذه التحميلات الإدارية مدارا للاتفاق ما بين أطراف العقد لحظة إبرامه، لذا تطلب الأمر إصدار حكم يكمل بموجبه القاضي موضوع العقد، بأن يضيف التزاما آخر إلى الالتزامات العقدية الأخرى، مضمونه دفع قيمة هذه التحميلات، فهي ليست جزءا من الثمن ولا جزءا من قيمة التعويض ( الغرامة التأخيرية ) .

## ثانياً: القيود الاتفاقية

يمنح المشرع عدة سلطات للقاضي بهدف مساعدته على أداء مهام عمله، لذا يبدو منطقياً أن يرسم المشرع حدود هذه السلطات المكلف بها ومنها سلطته في تكميل العقد، ويحدد نطاقها وفق قواعد موضوعية

<sup>1</sup> انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد (1732 /الهيئة المدنية/ منقول/ 2013) في 10/11/2013، غير منشور .

<sup>2</sup> يقصد بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد احتوائه على كافة مقوماته وتتكفل الإرادة بتنظيمه ذاتياً دون الرجوع إلى القانون، لتفاصيل أكثر عن هذا المبدأ انظر د. احمد عبد الكريم سالمة، نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص45.

وإجرائية مقررّة لهذا الغرض، وفي الوقت ذاته نرى بأنّ للإرادة العقدية جزءا يسيرا من المساحة أو الحرية في تحديد سلطة القاضي من الذهاب إلى فرض التزامات معينة لا تحقق لصاحبها فائدة أو تلبّي له احتياجا، إذ لا يمكن أن نبخس الإرادة حقها وقدرتها في الالتزام بما يراه صاحبها مفيدا وملائماً، ورفض ما عداه من الالتزامات الأخرى، ويعدّ ذلك تحقيقاً لمبدأ الكفاية الذاتية للعقد<sup>1</sup>، فهو وليد الإرادة التي تستطيع أن تضع أو تضيف إليه أو ترفع منه ما تشاء من الشروط المشروعة قانوناً .

وتأتي التحفظات كقيد اتفاقي يحدّ من سلطة القاضي في تكميل العقد، عن طريق منعه من الحكم بإضافة التزام معين أو أكثر إلى موضوع التعاقد، لسبق الاتفاق بين طرفي العقد على استبعاد هذا الالتزام من اتفاقهم، أي وبعبارة أخرى، يشترط أحد الطرفين على عدم القيام بأداء معين ويقبل الطرف الآخر على هذا الشرط، سواء ورد هذا الشرط في الاتفاق الأصلي أو الأساسي، أو ورد لاحقاً كاتفاق ملحق، فيكون من أحد آثار هذا الشرط منع القاضي من إضافة التزام تكميلي، وهذه الحالة تخالف الغاية من منح القاضي سلطة تكميل العقد التي تتضمن تدارك بعض النواقص فيه، إما بسبب رغبة الأطراف بتأجيل الاتفاق عليها لاحقاً، أو أنّها لم ترد إلى فكرهم لحظة إبرام العقد جهلاً منهم، أو لقلّة خبرتهم بوجود هذا النوع من الالتزامات التكميلية، أو ظهرت الحاجة إلى تنظيمها ومعالجتها أثناء تنفيذ العقد، وفي كل هذه الأحوال لم يصل الطرفان إلى اتفاق حولها، فلم يكن لديهم من خيار آخر سواء باللجوء إلى القاضي ليقرر الحل الأمثل وفق ما يراه مناسباً عن طريق ممارسة سلطته في تكميل العقد . لذا لا نجد بدا من أن نتناول هذه الجزئية بشيء من التفصيل إتماماً للفائدة واستكمالاً لجوانب الموضوع.

يشير الفقه<sup>2</sup> إلى أنّ هنالك مظهراً سلبياً لسلطان الإرادة، فكما أنّ للفرد حرية التعاقد كما يريد، له حرية ألا يريد، أي حرية ألا يتعاقد. أو أن يحدد مقدماً آثار التعاقد ويعينها في ظل أحكام القانون، أو أن يتعاقد وفق قيود معينة يضعها الطرفان أو أحدهما مقدماً في صورة تحفظات، وهي بنود يمكن أن يقال عنها إنّها شروط ذات طبيعة حمائية، يدرجها الأفراد في العقود مضمونها أنّ الفرد لا يريد أن يتعرض لنتائج ضارة به، فانصرف قصده عند التعاقد إلى منع الأخذ بالالتزامات التي تؤدي إليها. هذه التحفظات قد تكون مدرجة بصورة واضحة التفاصيل، كبند عقدي، أو قد يفهم وجودها من مضمون العقد، ويمكن للقاضي بما يملكه من سلطة تفسير العقد الوصول إلى التحقق من وجود تلك التحفظات من عدمه.

ويمكن أن نشير إلى صيغة طالما تم استعمالها في إيراد مثل هذه التحفظات، وذلك بما تقوم به مثلاً الشركات الصناعية ووكلائها بالإعلان من خلال وسائل الإعلام المختلفة عن جملة من الخدمات، تسمى بـ "خدمات ما بعد البيع" تشتمل على مجموعة من الأعمال التي تلي عملية بيع منتجاتها، وتمثل في حقيقتها تقديم

<sup>1</sup> انظر د. محي الدين إسماعيل علم الدين، المصدر السابق، ص 83.

<sup>2</sup> انظر د. سلام منعم مشعل، المصدر السابق، ص5 من البحث.

البائع حوافز وتسهيلات إلى المشتري لترغيبه وإغرائه ودفعه للشراء والتعامل معه، عن طريق القيام بأعمال تصليح وصيانة مجانية أو بأسعار معقولة، أو بمواد أصلية جيدة الجودة للبضاعة أو المنتج عند تعرضه لضرر معين، وفق وثائق الضمان التي تمنحها الشركات لمصلحة مشتري الأجهزة الالكترونية والكهربائية والميكانيكية. وبناء على ما تقدم يلاحظ رأي في الفقه<sup>(85)</sup> - بحق- أنّ الشركة حددت بدقة طبيعة الأعمال أو الخدمات التي تقدمها لمشتري أجهزتها، وتتمثل بتصليح وتبديل الأجزاء المعطوبة، وصيانة الجهاز في حالة تعرضه للعطل بعد استلام المشتري له.

ونخلص من هذا الرأي إلى أنّ التحفظات قد تمثلت بما تورده الشركة في وثيقة الضمان من بنود وقيود وشروط، فهي تحدد السقف الأعلى لالتزاماتها مثل عدم تبديل المنتج، أو أن لا تتجاوز قيمة التصليح أو الصيانة قيمة مبلغ شراء المنتج، أو أن تحدد مدة زمنية تكون فيها الصيانة مجانية وما بعدها تكون بمقابل نقدي، وغيرها من الأمثلة، وقد تورد القيود بصيغة شروط تسقط الضمان، مثل ينتهي الضمان بمجرد فتح داخل الجهاز خارج ورش الصيانة المعتمدة، أو أنّ الشركة غير مسؤولة عن الاستعمال الخاطئ للمنتج، أو كونها غير مسؤولة عن الأضرار التي تحدث للجهاز بسبب رداءة التيار الكهربائي أو تذبذبه، فذلك التحديد وهذه القيود، يمثلان شكلا آخر من أشكال التحفظات يورد ضمن بنود عقد البيع أو وثيقة الضمان المرفقة به .

## خاتمة

بعد أن من الله علينا انجاز هذا البحث، نود أن نبين في خاتمته أهم النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها بشأنه:

1. لقد انقسم الفقه بشأن سلطة القاضي في اتخاذ القرار القضائي على ثلاثة اتجاهات: الأول يرى بأنّها سلطة واسعة، والثاني يرى العكس بأنّها سلطة مقيدة، في حين يذهب الاتجاه الثالث إلى أنّ هذه السلطة تقديرية مع وجود محددات لها. وهو الاتجاه الأكثر قبولا من غيره.
2. فيما يتعلق بنوع السلطة التي يمارسها القاضي عند تكميل العقد، ظهر لنا رجحان التقدير الموضوعي على التقدير الشخصي، لأنّ الأول يحقق هدف النظام القانوني في الثبات والاستقرار بالنسبة للأحكام التي تصدر في القضايا المتشابهة. على عكس التقدير الشخصي.
3. انقسم الفقه بشأن حدود سلطة القاضي في تكميل العقد، ففي الوقت الذي يذهب جانب من الفقه إلى أنّ القاضي لا يساهم في تكوين العقد وإنما يساهم فقط في تحديد نطاقه وما ينتج من التزامات، وبالتالي لا يكون له سلطة إضافة التزامات تكميلية إليه. يذهب جانب فقهي آخر إلى أنّ القاضي يملك سلطة تقديرية تمكنه من المساهمة في تكوين العقد وبالتالي يكون له سلطة إضافة التزامات تكميلية له.

4. إن سلطة القاضي في تحديد ما يعدّ جوهرياً من عناصر العقد قبل ممارسته لسلطته في تكميله ليست سلطة تقديرية صرفة، لاسيما إذا كان العقد محل النزاع من العقود المسماة. على العكس من ذلك في حالة كون العقد غير مسمى حيث تكون هذه السلطة التقديرية واسعة النطاق.

5. فيما يتعلق بالقيود الواردة على سلطة القاضي تكميل العقد، وجدنا أنّ عدد هذه القيود يختلف بحسب الاتجاهات الفقهية. ففي الوقت الذي يرى فيه جانب من الفقه أنّ طبيعة الالتزامات الناشئة عن العقد هي الضابط الرقابي الوحيد على سلطة القاضي في تكميل العقد، يوسع جانب فقهي آخر من عدد هذه القيود، لتشمل فضلا عن طبيعة الالتزامات الناشئة عن العقد، كل من قواعد القانون والعرف والعدالة. أما فيما يتعلق بأنواع هذه القيود فهي على نوعين، قيود قانونية، وأخرى اتفاقية.

### المقترحات

1- نقترح على المشرع العراقي إعادة النظر في أحكام المادة (2/86) مدني عراقي لتتضمن في طياتها أفقا أكثر اتساعا وشمولا، لكل ما يمكن أن يظهر من حالات تعيق حياة العقد وتعرقل مسيرته وتنفيذه، كأن تكون بالشكل الآتي "وإذا اتفق الطرفان على جميع عناصر العقد الجوهرية، واحتفظا بأخرى تفصيلية يتفقان عليها لاحقا من دون أن يعلقا انعقاده على هذا الاتفاق عدّ العقد منعقدا، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها أو ما قد يظهر منها مستقبلا، فإنّ المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة العقد ولأحكام القانون والعرف والعدالة، إذا وجدت أنّ مصلحة الطرفين تقتضي هذا، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك"

2- اتخاذ ما يلزم من معالجات للتمييز بين المادة أعلاه، والمادة (2/150) مدني عراقي، كأن تعدل هذه الأخيرة لتكون على النحو الآتي " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه من التزامات، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزمات تنفيذ كل منها، فإذا حصل خلاف في ذلك، تفصل فيه المحكمة وفقا للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة كل التزام متفق عليه فيه".