



سلطة القاضي في تكملة العقد

دزيري إبتسام: كـلية الحقوق

جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي

ملخص

لم يعد العقد مقتصرًا على ما جاء به من أحكام يتفق عليها طرفاه، فإرادة المتعاقدين التي كانت سابقا الفاصلة في صنع العقد لم تعد كافية في ظل الظروف الاجتماعية والاقتصادية الراهنة، خاصة وأن مسألة تنظيم العقد تستوجب درجة عالية من الدقة بموضوعه، وهذا ما يفوق قدرة المتعاقدين في كثير من الأحوال مما يجعل العقد غير كامل، لأنه لم يضع تنظيمًا لكافة المسائل التي لا بد من مواجعتها ومن ثم يكون بحاجة إلى تكملة، كما أن العقد قد يكون بحاجة إلى التكملة أيضًا إذا كان لا يتضمن الالتزامات التي بدونها لا يتحقق الغرض المقصود منه أو التي بدونها يتعذر على أحد المتعاقدين تنفيذ التزاماته، ومن هنا برزت الحاجة للجوء إلى القاضي المدني الذي يثق به المتعاقدان لاستكمال العقد في سبيل انقاذ العلاقة العقدية وسعيًا نحو استقرار المعاملات، وخدمة الاقتصاد الوطني الذي يتأثر باضطراب المعاملات بين الناس.

الكلمات المفتاحية

تكملة العقد، المسائل الجوهرية، سلطات القاضي، دور القاضي، تفسير العقد، تكييف العقد، تصحيح العقد.

Abstract

The contract is no longer depending on the provisions, that its members agreed about the desire of the contractors, which previously was the most important factor in creating a contract because no longer enough under the current social and economic circumstances since the questions of organizing a contract requires a high level of accuracy, about it's subject which actually goes beyond the capacity of the contractors in many instances the fact that makes the contract incomplete since it

doesn't set up a clear organization for all the matters that must be tackled thus it needs to be completed.

The contract many also necessitate to be completed if it doesn't contain the commitments which without them it doesn't achieve the target; that it was made for or without it one of the contractors became unable to realize his/her commitments. From here it becomes an obligation to recourse to a civil judge that both contractors trust in to complete the contract in order to save the nodal relationship.

And the continuity of transactions and serve the national economy which is usually affected by the disruption of relations between people.

Key words

the completion of the contract ,essential elements, judicial powers ,judge role ,explaining of the contract ,adaptation of the contract ,the correction of the contract.

مقدمة

يعبر عن أهمية الإرادة في إنشاء التصرف القانوني بمبدأ سلطان الإرادة¹ والذي يعني أن الإرادة وحدها قادرة على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية، مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب، وتولد عن هذا المبدأ قاعدة قانونية مشهورة تعرف "بالعقد شريعة المتعاقدين"، و بناء عليها فإن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميادين كافة، إذ تخضع العقود لمبدأ سلطان الإرادة بوصفها صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها²، فالمتعاقدين كقاعدة عامة له مطلق الحرية في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد، وإذا تعاقد كان له أن يحدد مضمون العقد طبقا لما يريد، فإذا كان له ذلك فإن له الحرية في تحديد مضمون ذلك التصرف وآثاره، ومن ثم يعود أمر تقدير عدالة العقد³ إلى المتعاقدين وحدهم ولا يمكن تقويمه بمنظور موضوعي أو من قبل شخص غير طرف في العقد حتى ولو كان جهة تشريعية أو قضائية وحتى ولو وجد تنظيم تشريعي، فلا يمكن إلا

أن يكون مكملاً لإرادة المتعاقدين، وإذ ظهرت الحاجة إلى التفسير فيجب على القاضي أن يبحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين.

أثارت هذه المبادئ جدلاً كبيراً من جهة اقتصارها على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين أم شمولها للالتزامات أخرى وإن لم تتصرف إليها إرادتهما، خاصة وأن المتعاقدين قد يغفلان عن تنظيم بعض المسائل التفصيلية التي قد تنشأ من العقد الذي غالباً ما يمس العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة والضخمة، والتي تتميز بصعوبة الإلمام بجميع مسائلها التفصيلية، مما يدفع المتعاقدان إلى الاتفاق والتركيز على المسائل الجوهرية في العقد مع عدم تفويتها لفرصة إبرامه⁴.

تاركين البحث في المسائل التفصيلية إلى وقت لاحق للاتفاق عليها⁵، بعد أن تعدت قدراتهم الذهنية وكذا توقعاتهم.

ولما كانت الخلافات محتملة ما بين المتعاقدين، فإن العلاقة العقدية تصبح مهددة بالزوال، حيث لا يستطيع الطرفان إتمام تنفيذ العقد مما يستدعي التدخل لإنقاذ العلاقة العقدية عن طريق ضمان حسن تنفيذ العقد، والمحافظة على توازنه ومن ثم تحقيق الأمن القانوني و اقصد التدخل هنا من قبل القاضي الذي يعمل على علاج المشاكل التي تواجه المتعاقدين باستكمال ما نقص من العقد من بنود.

فإذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة وأصبح شريعة تحكم علاقة المتعاقدين، ولكن على اعتبار أن هذا العقد لا يقتصر فقط على طرفاه وإنما يمتد أثره إلى المجتمع كونه يؤدي وظيفة اجتماعية، الأمر الذي يمنح المشرع حق التدخل⁶ وجعل العقد يتوقف على إرادة المجتمع وليس على إرادة الأفراد، من خلال إحلال المشرع حكم القاضي محل العقد مما يبرر تفضيل المشرع فاعلية العقد على عدم فاعليته⁷

وقد يثار التساؤل في شأن خطورة السلطة الممنوحة للقاضي عن طريق تدخله في العقد لغرض إنقاذه بإضافة التزامات لم يردها المتعاقدان ولم يتوقعها، فما المقصود من تكملة العقد؟ وما هو دور القاضي في تكملة العقد؟ وما هي حدود وضوابط هذا الدور؟

المبحث الأول: توضيح فكرة تكملة العقد

يعتبر العقد وسيلة بيد المتعاقدين لتحقيق أغراضهم الاقتصادية والاجتماعية والتي تعتبر في مجملها آثار قانونية تترتب على العقد، ولذلك وبحسب الأصل فإن المتعاقدين هم الذين ينظمون عقدهم سواء فيما يتعلق بالمسائل الجوهرية التي لا يتم إلا بها، أو المسائل التفصيلية الأخرى التي تؤدي الغرض المقصود من التعاقد.

ورعاية من المشرع وسعيها منه إلى الحفاظ على العقد مستقرا ودائما، لم يترك مسألة نقص تنظيم العقد على اعتبار أن المتعاقدين كثيرا ما يقتصران على تحديد العناصر الجوهرية للتعاقد، تاركين التفاصيل للبت فيها إلى وقت لاحق، مما يجعلنا نتساءل عن مضمون هذه الآلية خاصة وأنها تختلط مع الكثير من النظم القانونية المشابهة.

وعليه سوف نتناول في المطلب الأول فكرة تكملة العقد من خلال تبيان مفهومها وكذا تمييزها عن غيرها من النظم القانونية المشابهة.

المطلب الأول: تعريف تكملة العقد

تعتبر تكملة العقد وسيلة لإنقاذ العقد، حيث أن مسألة التكملة جد ضرورية لإرساء فعالية واستمرارية له، خاصة وأن العقد لم يعد امرا مقدسا لا يمكن المساس به، فالإرادة وإن شكلت صناعا أساسيا للعقد إلا أن كثيرا من الأيدي نراها تساهم في بنائه ورسمه، وكل ذلك في مسعى وحيد هو القضاء على الخلافات والوصول بالعقد إلى بر الأمان.

لقد تعددت التعاريف واختلفت بحسب النظريات، إلا أن المغزى من التكملة هو سد النقص الذي يعتري العقد نتيجة إرجاء تنظيم المسائل التفصيلية إلى وقت لاحق. لغة: كمل الشيء كمولا وكمالا وتكملة أي تمت أجزاءه أو صفاته فهو كامل⁸، واستكمل استكمالا للشيء بمعنى استتمه⁹ بمعنى طلب الإكمال حيث يطلب المتعاقدان من القاضي تكملة العقد.

اصطلاحا: ونتناول في هذا العنصر ما جاء من تعريف لتكملة العقد في القانون وكذا تعريفه في الفقه كمايلي:

الفرع الأول: تعريف تكملة العقد في القانون

ومن خلال البحث في الأساس القانوني لتكملة العقد نجد نص المادة 65 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة".

- وتعتبر هذه المادة مصدرا قانونيا أساسيا للبحث في مسألتين مهمتين، وهما:
- مدى كفاية الاتفاق على المسائل الجوهرية لانعقاد العقد كمسألة أولى.
- ودور القضاء في تكملة العقد في حالة قيام الخلاف بشأن المسائل التي لم يتم الاتفاق بشأنها لإنقاذ العقد كمسألة ثانية.

وبناء عليه فإذا اتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية للعقد¹⁰، يعتبر أن هذا الأخير قد انعقد، حتى وإن أثارا مسائل تفصيلية وأرجأ الاتفاق عليها إلى ما بعد إبرام العقد، كأن يتفقا في عقد البيع على الشيء المبيع والتمن، ويرجئان الاتفاق عن مكان التسليم وميعاده ونفقاته، أو كأن يتفقا المؤجر مع المستأجر على العين المؤجرة وضمن الكراء ومدة الايجار، ولم يتفقا على النقاط التفصيلية الأخرى، كتحديد من يتحمل أجرة البواب، ومصاريف الهاتف والمياه والكهرباء أو ضريبة السكن.

ففي هذه الحالات، إذا اتفقا فيما بينهما على المسائل التفصيلية المرجأة انتهى الأمر وينعقد العقد، أما إذا اختلفا فيها يتدخل القاضي لحسم الخلاف حولها، وذلك بناء على طلب أحد المتعاقدين أو كلاهما¹¹، وعلى القاضي أن يشرع في تنظيم المسائل التفصيلية وفقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، فمهمة القاضي هنا لا تقتصر على تفسير إرادة المتعاقدين بل تتعداه إلى استكمال ما نقص منه¹².

وسلطة القاضي واسعة فيما يخص التحقق من المسائل الأساسية وتمييزها عن المسائل التفصيلية، بالبحث عن الإرادة الصريحة أو الضمنية وله قانونا أن يستعين بأربعة معايير ذكرت على سبيل الحصر في المادة 65 من القانون المدني، السابقة الذكر. كما نجد أيضا أن المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني تنص على أنه: "...ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعته الالتزام".

بناء على هذه المادة نستنتج أن المشرع أراد من خلالها السماح للقاضي بتوسيع نطاق العقد إلى أكثر مما اتفق عليه المتعاقدان للوصول إلى أدق التفاصيل بشأن العقد المبرم بين الطرفين، وقبل ذلك يتعين على القاضي التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين عن طريق تفسير¹³ عبارات العقد إذا كانت غامضة، ثم العمل على تكييفه أي إعطائه الوصف القانوني الذي يتناسب وما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين¹⁴.

ثم يقوم بإعمال سلطته التقديرية في استكمال ما لم يصرح به في العقد، لتنظيمه وتحديد مضمونه، ولسد النقص أو الفجوات أو الغموض باعتبار أن العقد قد تم على كل حال، أي أنه يساهم في صنعه¹⁵، وليس المراد ههنا أن يزيد في التزامات المتعاقدين مما يتعارض مع قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"¹⁶ وإنما الغرض هو تسهيل تنفيذ الالتزام الذي تعذر على أحد طرفي العقد أو كليهما بسبب غياب المسائل التفصيلية أو المستلزمات¹⁷.

وبناء على ما سبق فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف تكملة العقد، وهو محل ثناء ذلك أن هذا النظام يبقى عبارة عن جزئية وحالة استثنائية لا تحتاج إلى تعريف تشريعي، إذ يتولى الفقه والقضاء تعريفه وتوضيح مفهومه.

الفرع الثاني: تعريف تكملة العقد في الفقه

يعرف عبد الرحمن عياد التكملة على أنها: "سلطة القاضي بإضافة بعض الالتزامات التكميلية التي لم ينص عليها العقد، إلى الالتزامات المنصوص عليها فيه، باعتبار أن تلك الالتزامات التي أضافها القاضي هي مما يستلزمه العقد من حيث طبيعته والغرض من إبرامه حتى ولو لم يتفق عليها الطرفان، استجابة لدواعي العدالة أو العرف أو مقتضيات القانون"¹⁸.

ويعاب على هذا التعريف أنه لم يبرز أهم عناصر التكملة، وهو الاتفاق على العناصر الجوهرية في العقد، واحتفاظ الطرفين بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، بالإضافة إلى قيام الخلاف على المسائل التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها. وفي تعريف آخر أين عبر عنها: "بأنها بمثابة السلطة الممنوحة للقاضي في التدخل لإنقاذ الرابطة العقدية من الزوال ومن ثم تصحيحها".

ويعاب على هذا التعريف أنه أخلط بين التصحيح كنظام مستقل وبين التكملة التي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون تصحيحا للعقد، خاصة وأن الهدف من إضافة القاضي عناصر جديدة للعقد في تكميله تختلف عما هو عليه في تصحيح العقد، فالهدف من التغيير بالإضافة في حالة تكملة العقد لا يتعلق بتصحيحه أو إنقاذه من البطلان لأن العقد قبل التكملة صحيح نافذ، ويهدف القاضي من وراء تكملة العقد إلى تحديد نطاقه وبيان ما يدخل وما لا يدخل في هذا النطاق، بالإضافة إلى ذلك فإن القاضي في تكملة العقد يضيف إليه التزامات قد لا تصرف إليها إرادة الطرفين وقت إنشاء العقد.

بناء على ما سبق بيانه يمكن تعريف تكملة العقد على أنه: "الدور الذي يقوم به القاضي استجابة لطلب أطراف العقد لسد النقص في تنظيم العقد الصحيح، عن طريق إضافة التزامات تفصيلية لم يتفق بشأنها المتعاقدان، سواء تمت إثارتها أثناء المفاوضات العقدية ولم يتوصلا إلى اتفاق بشأنها، أو أنها أغفلها بسبب عدم العلم والدراية الكافي أو إهمالا منهما، ويكون تدخل القاضي محددا طبقا لطبيعته المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة.

المطلب الثاني: تمييز تكملة العقد عن غيره من النظم القانونية المشابهة

لتوضيح مفهوم تكملة العقد آثرت في هذا المقام أن أبحث في المفاهيم المقاربة، والتي تم اختيارها على أساس دور القاضي وسلطته في صنع أو في التغيير فيه محاولة بذلك رفع الخلط بينهم من خلال إبراز أوجه الاتفاق والاختلاف، كما يأتي بيانه:

الفرع الأول: التفسير والتكييف

تعتبر عملية تفسير العقد من بين المهام المخولة للقاضي¹⁹، الذي أصبح له في الوقت المعاصر دور كبير في تفسير العقود، والتفسير هو بيان حقيقة ما قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وعليه يجب تحديد ما أراده المتعاقدان معا وليس ما أراده أحد المتعاقدين ولم يقبله الآخر²⁰، حسب نص المادة 11 من القانون المدني.

و يبدو أن التفسير والتكملة يلتقيان في عدة نقاط نلخصها فيما يلي:

- يرد كل منهما على عقد صحيح، إذ يساهم التفسير في تحديد نطاق العقد عن طريق إيضاح معنى التعبير التصريفي الغامض ثم يأتي التكميل ليضيف إلى هذا التعبير ما كان يجب أن يذكر فيه ولكنه لم يذكر أي كان السبب بمعنى يبدأ دور القاضي في تكملة العقد حينما ينتهي من تفسيره.
- كما يلتقي نظام التكملة بالتفسير من حيث المصادر التي حددها المشرع للرجوع لها من قبل القاضي، فجعلها: أحكام القانون والعرف والعدالة بالنسبة للتكملة²¹، و بطبيعة التعامل والأمانة والثقة بالإضافة إلى العرف الجاري في المعاملات بالنسبة للتفسير²²، كما أن الرقابة القضائية على قرار القاضي تشمل كل من التكملة والتفسير²³.

أما جوهر الاختلاف بينهما فيكمن في عدة نقاط أهمها:

• حيث يتبين من مفهوم تكملة العقد أن دور القاضي مباشر فهو يساهم ويشارك بصنع باقي بنود العقد بإضافة البنود التفصيلية التي أرجأ المتعاقدان الاتفاق عليها إلى ما بعد، أما بالنسبة لتفسير العقد فيختلف دور القاضي من حيث أنه لا يساهم أو يشارك بشكل مباشر في صنع العقد، وإنما يعمل على إجلاء الإبهام من نصوص العقد دون إضافة.

• يعتمد القاضي في التفسير على توضيح الغموض في العقد من خلال محاولة استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين، فيكون التفسير متفقا مع مضمون قصد المتعاقدين وعبرة العقد في جملتها²⁴.

أما بالنسبة لتكييف العقد فيعرف على أنه: "تصنيفه وتعيين نوعه من بين العقود المسماة، وتعتبر عملية تكييف العقد عملية قانونية يقوم بها القاضي حتى يتمكن من تعيين القوانين المكتملة والأمرة الواجب تطبيقها"²⁵.

ويلتقى تكملة العقد مع تكييفه في عدة نقاط نلخصها فيما يلي:

1. من حيث سلطة القاضي إذ أنه يتدخل فيما يخص التكملة والتكييف سواء كانت الالتزامات التعاقدية ناقصة، غير كاملة أو غير واضحة أو متناقضة²⁶ فيتدخل في الحالة الأولى لإعطاء الوصف القانوني للملائم لبنود العقود وفي الحالة الثانية بإضافة الالتزامات التفصيلية الناقصة في العقد.

2. كما يلتقي النظامان من حيث الرقابة القضائية على التكملة والتفسير.

أما بالنسبة لأوجه الاختلاف بينهما تتمثل في نوع سلطة القاضي، إذ يتمثل دور القاضي في تكملة العقد بإكمال ما فيه من نقص فهو منشئ لأحكام العقد الناقصة، في حين أن تكييف العقد يختلف من حيث أنه يتضمن الكشف عن الوصف القانوني للعقد، وتحديد نوعه²⁷.

3. كما أن النظامان يختلفان من حيث مصادر التكملة وطرق التكييف، فكما أشرت سابقا فإن المشرع حدد مصادر معينة لتكملة العقد وهي طبيعة المعاملة، أحكام القانون، العرف والعدالة، في حين أن الوسائل التي يستعين

4. بها القاصي لتكييف العقد مختلفة فهو يعتمد على إرادة الطرفين

وصفتها مع أنه يعول على حقيقة العقد وليس الاسم الذي أطلقه عليه المتعاقدان²⁸.

الفرع الثاني: التعديل والتصحيح

يقصد بالتعديل: "إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره، أو بند من بنوده، وذلك إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك، على أن لا يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد ونقضه، أو القيام بالانقاص منه، أو الزيادة إليه"²⁹.

وقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة التعديل على غرار التشريعات العربية أو الغربية لمواجهة الاختلال في التوازن العقدي، فجاء بنظرية الاستغلال والغبن³⁰، و مراجعة القاضي لعقود الإذعان³¹، ونظرية الظروف الطارئة³²، والشرط الجزائي ونظرة الميسرة، وغيرها من النظريات التي تقوم على العدل والإنصاف.

ويتفق نظام التعديل مع تكملة العقد في كون هذا الأخير يترتب عليه إضافة التزامات جديدة إلى العقد لم يكن يتضمنها عند تكوينه باعتبارها من مستلزمات³³.

وتختلف التكملة عن التعديل من حيث الغاية إذ يستهدف التعديل إعادة التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي تحقيقا للعدالة التعاقدية، بينما القاضي في نظام التكملة بهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الفرع إلى الأصل³⁴.

أما بالنسبة للتصحيح فقد أشرنا سابقاً أن التكملة تشترك مع تصحيح العقد على اعتبار أن التصحيح يتحقق بعدة وسائل تتضمن معنى التغيير في عنصر من عناصر العقد، ومن تلك الوسائل تكملة عنصر من عناصر العقد.

إلا أن التصحيح والتكملة يختلفان من حيث الهدف إذا الهدف من الإضافة إلى عناصر العقد في تكميله يختلف عما هو عليه في تصحيح العقد، ففي الأخير تهدف الإضافة إلى زوال البطلان أو التهديد به و الإبقاء على العقد مصححا بعد أن كان باطلاً أو مهددا بالبطلان، بينما الهدف من التغيير بالإضافة في حالة تكملة العقد لا يتعلق بتصحيحه لأنه قبل تكملته صحيح نافذ³⁵.

المبحث الثاني: دور القاضي بين مكمل للعقد أو مساهم في بنائه

عرف دور القاضي تطورا مشهودا في العلاقة العقدية خاصة في الآونة الأخيرة، فالعقد وإن كان مستوفيا لجميع شروط تكوينه الأساسية من رضا محل وسبب، يكون صحيحا ومنتجا لآثاره، ومن ثم ينبغي على أطرافه تنفيذ ما اشتمل عليه

وبحسن نية، غير أنه وفي بعض الأحيان قد يبدو العقد ناقصا في مضمونه، بعد أن أرجأ أطرافه أمورا تفصيلية أصبحت بعد الخلاف عليها أمرا ضروريا يستدعي تدخل القاضي سعيا منه لاستقرار التعامل وخدمة لتحقيق التوازن العقدي.

وانطلاقا من المفهوم الأساسي للعلاقة العقدية، والتي تتأسس على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" فهل يصح أن نشرك القضاء في تكملة العقد، وحتى وإن تم فهل هو في هذه الحالة يعتبر مجرد وسيلة لتكملة العقد عن طريق الكشف عن إرادة المتعاقدين أم أنه يتعدى ذلك ويصبح مساهم في صنع العقد وفقا لمقتضيات قانونية؟

المطلب الأول: القاضي مكمل لإرادة المتعاقدين

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين فهما اللذان يحددان مضمونه، والالتزامات المتعلقة به، وكذا الالتزامات الملقاة على عاتقهما بإرادتهما، ودونما تدخل من الغير، وبالتالي فإنهما يلتزمان بالوفاء بما تعهدا به استنادا للقانون والاتفاق المبرم بينهما، فمن المفروض أن تهيمن الإرادة على تنظيم كافة مسائل العقد، ومن ثم لا يمكن لإرادة خارجة عن إرادة المتعاقدين أن تنظم أي جانب من جوانب العلاقة العقدية بين الطرفين ومن هنا يمكن أن نتساءل عن حقيقة دور القاضي إزاء كشفه لإرادة المتعاقدين.

الفرع الأول: دور القاضي في كشف الإرادة

يرى جانب من الفقه أن القاضي حينما يكمل العقد فهو يستند في هذه العملية القانونية إلى إرادة المتعاقدين وفقا لوسائل معينة، ذلك أن العقد تصرف قانوني إرادي، ومن المفروض أن تهيمن الإرادة على تنظيم كافة مسائله سواء كانت متعلقة بإنشائه أو بترتيب آثاره، ولا يمكن لإرادة خارجة عن إرادة المتعاقدين أن تنظم أي جانب من جوانب العلاقة العقدية بين الطرفين، وتباين أصحاب هذا الجانب من الفقه حول الوسائل التي يستعين بها القاضي في قيامه بهذه الوظيفة.

أولاً: القاضي يستعين بظروف خارجية في الكشف عن الإرادة حددها له

المشرع³⁷، فطبيعة المعاملة وطبيعة الالتزام توجب مستلزمات للعقد الطرفين ليصل في الأخير إلى استخلاص مضمون إرادتهم³⁸.

ومن هنا فإن الوسائل المتقدمة لا تعدو أن تكون ظروفا خارجية تساهم في الكشف عن الإرادة المشتركة، وتمكن القاضي من تحديد مضمون التزام المدين، فهي جزء من التعبير الثانوي الذي يفصح عن الإرادة الملزمة، فالقاضي عندما يستعين بهذه الظروف الخارجية لا يكمل الإدارة، بل يكمل التعبير الرئيسي الذي يتضمن سوى المسائل

الجوهرية، ولهذا يلتجئ القاضي من أجل تنظيم المسائل التفصيلية التي لم ينظمها هذا التعبير إلى الإرادة الباطنة للمتعاقدين التي تكشف عنها مختلف الظروف الخارجية³⁹.

ويتبين من خلال ما سبق أن طبيعة العقد وطبيعة الالتزام، تعتبر بمثابة الضابط الأساسي فيما يوجد أو ينشئه القاضي من التزامات يكمل بها العقد، وإذا توافق إنشاؤه للالتزام جديد مع طبيعة الالتزام الموجود في العقد، فقد التزم صحيح القانون، وإن لم يتوافق الالتزام الذي أنشأه القاضي مع طبيعة الالتزام الأساسي في المضمون العقدي، فيكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقض حكمه⁴⁰، بيد أن مساهمة الظروف الخارجية في تحديد مضمون العقد تنحصر في الكشف عن الإرادة المشتركة التي توافق عليها الطرفان فهي إذن ليست معايير خارجية مستقلة تقف في مقابل إرادة المتعاقدين تناقضها وتتغلب عليها⁴¹.

ثانياً: القاضي يستعين بتفسير إرادة المتعاقدين

حيث يرى جانب آخر من أنصار الاتجاه القائل بأن القاضي لا يتعدى دوره في الكشف عن إرادة أطراف العقد، أن القاضي يستعين في كشفه عن إرادة المتعاقدين بواسطة نصوص قانونية مفسرة إذ أنه يبحث أولاً عن الإرادة الصريحة فإذا لم يجدها يلتجئ إلى الإرادة الضمنية⁴²، وتفسير العقد من أهم السلطات والصلاحيات التي منحها المشرع الجزائري صراحة لقاضي الموضوع، وعلى ذلك فإن هذا الأخير يملك سلطات واسعة في مجال تفسير العقود مهما كانت طبيعتها.

فالقاضي عندما يطرح أمامه نزاع يتعلق بتفسير عقد ما أو ترفع أمامه دعوى التفسير، فإنه لا يفصل في النزاع وإنما يقتصر دوره فقط في فحص مدى شرعية العقد، ومن ثم تفسيره بأن يضع نفسه محل الطرفين.

وقد حاول بعض الفقهاء إيجاد مفهوم آخر لتفسير العقد يكون أساساً لدور القاضي الكاشف، فالقاضي يكمل نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا هذه المسألة فينظم بنفسه المسألة المتروكة إذا كان المتعاقدان قد توقعاها وتركها لاتفاقهما اللاحق الذي لم يتم بينهما، وفي الحالة الأولى فإن القاضي يكشف عن إرادة حقيقية للمتعاقدين، وفي الحالة الثانية فإنه يكمل العقد بإرادة مفترضة للمتعاقدين من قبل المشرع⁴³.

لكن بالرجوع إلى المواد المتعلقة بالالتزامات التفصيلية في القانون المدني الجزائري نجد أنه وفيما يتعلق بالمادة 65 و المادة 2/107، نجد أن المسائل التفصيلية لم

يتم الاتفاق عليها، ولا توجد أي منشورات تدل على أن هناك ما يفترض وجود إرادة حتى وإن لم تكن مفترضة فيما يتعلق بهذه المسائل، فهذه النصوص تميز بين ما هو مصرح به "الالتزامات الجوهرية في العقد"، و "المستلزمات" الالتزامات التفصيلية في العقد" غير المصرح بها، والتي يتولى القاضي تحديدها عن طريق القانون والعرف والعدالة، مما يدل على أن هناك جزءاً من مضمون العقد لا ينتج عن التعبير عن إرادة التعاقد⁴⁴.

وقد خلص أصحاب هذا الاتجاه أن القاضي عندما يكمل نطاق العقد بتظيم المسائل التفصيلية، فإنه لا يساهم في تكوين العقد وإنما يساهم في تحديد نطاقه فقط، إذ أن إرادة القاضي تتدخل إلى جانب إرادة المتعاقدين في تنظيم بعض مسائل العقد الذي أكتمل نشوؤه باتفاق المتعاقدين على المسائل ذات الصفة الجوهرية⁴⁵ وسلطة القاضي هنا تعتمد على تفسير إرادة المتعاقدين فلو ثبت لديه أنها قد علقت انعقاد العقد على الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية، لانقلبت إلى مسائل جوهرية⁴⁶ والالتزامات التي يضيفها القاضي باكتشافه لها تعد من الالتزامات التبعية التي تضاف إلى المسائل الجوهرية التي انعقد العقد بها⁴⁷.

الفرع الثاني: لا علاقة لإدارة المتعاقدين في تكملة العقد

يعتد المشرع الجزائري بما يسمى بالإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عنها، حيث لم يأخذ المشرع لا بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة المحضة⁴⁸ وإظهار الإرادة أمر لا بد منه إذ يتم بعدة طرق حددتها المادة 60 من القانون المدني، إذ يكون صريحاً أو ضمناً ويكون دائماً بطريقة عن إفصاح أو إعلان للإرادة، وبالرجوع إلى نص المادتين 65 و2/107 من القانون المدني⁴⁹، نجد أن المشرع تكلم عن الإعلان عن الإرادة فيما يتعلق بالمسائل الجوهرية في العقد والتي لا تتعد إلا بالاتفاق عليها⁵⁰، ولكنه لم يتم التعبير عن المسائل التفصيلية أو مستلزمات العقد لا صراحة أو ضمناً، واعتبرت بذلك الأستاذة سعاد بوختالة⁵¹ أن الالتزامات التفصيلية التي يضيفها القاضي ليست ناتجة عن إرادة المتعاقدين المعلن عنها صراحة أو ضمناً وأوافقها الرأي إذا أن العقد يمكن أن تتم تكملته على أمور لم يتوقعها أصلاً فكيف يكون لإرادة المتعاقدين شأناً لها.

وقد أعتبر جانب من الفقه أن الإرادة هنا ليست إرادة حقيقية وإنما هي إرادة مفترضة كما سبق وأن ذكرنا. ولكن أيضا وبالرجوع إلى المواد المتعلقة بالالتزامات التفصيلية في القانون المدني، نجد أنه وفيما يتعلق بالمادة 65 فهي تنص على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد..."، وبالنسبة للمادة 2/107 فهي تنص: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته..."، و نستنتج أن المسائل التفصيلية لم يتم الاتفاق عليها، ولا توجد أية مؤشرات تدل على أن هناك ما يفترض وجود إرادة حتى ولو كانت مفترضة⁵².

نتوصل في الأخير إلى أن لا علاقة لإرادة المتعاقدين في تكملة العقد، وبتساءل إذن عن دور القاضي الذي يتضح أنه ليس كاشفا فهل يكون إذن من صناع العقد؟
المطلب الثاني: القاضي يساهم في بناء العقد

يبدو أن سلطة القاضي لم تعد تلك السلطة المقيدة المحدودة، وإنما بدأت تتسع شيئا فشيئا نتيجة لتدخل ظروف وتقلبات تؤثر على تنفيذ الالتزامات، و في سبيل التخفيف من الصرامة العقدية، لم يعد العقد مقتصرًا على ما جاء به من أحكام يتفق عليها طرفاه، فالإرادة وإن شكلت صانعا أساسيا للعقد إلا أن كثيرا من الأيدي نراهم يساهمون في بنائه ورسم خطوطه العريضة، فالنصوص القانونية تنظم الكثير من أحكامه ومستلزماته كمستلزم القانون الوارد في المادتين 65 و 2/107 من القانون المدني، وكذلك نجد المجتمع بما يترسخ لديه من أعراف بوصفه تكريسا للإرادة الجماعية والذي يهدف إلى تدعيم الالتزامات الإرادية، في حين نجد مستلزم آخر ألا وهو الإنصاف أو كما عبر عنه المشرع في المادة 2/107 "بالعدالة" والتي تعتبر روح العقد يستعين بها القاضي لإثراء وإضافة التزامات جديدة⁵³، وها نحن الآن نقف أمام دور يمكن وصفه بالخطير خاصة وأن القاضي كصانع للعقد ومعدل لأحكام يستمد سلطته من مستلزم القانون، فالتكميل إذا هو ثمرة إرادة المشرع⁵⁴، ويستعين القاضي في دوره ذلك بما يمليه عليه القانون ونتيجة لذلك يمكن أن يضيف التزامات تكميلية ناقصة لضمان حسن تنفيذ العقد.

الفرع الأول: أدوات القاضي في بناء الحلول

من المسلم به استحالة إحاطة التشريع بكل الأمور والاحتمالات، وأمام التطورات والعراقيل التي تخيم بالعلاقات القانونية لا بد من العمل على سد النقص في

التشريع وهنا يظهر الدور المنشئ للقاضي الذي سيتولى تطوير التشريع وإكماله⁵⁵، بغية الوصول إلى حلول لما يطرح عليه من منازعات دون السماح له بالاحتجاج بنقص التشريع وينبغي أن نتعرف على الأدوات والوسائل التي يستعين بها القاضي في بناء هذه الحلول، على أنه لا بد أن نشير هنا أن دور القاضي لا يعبر عنه كآل⁵⁶ بيد التشريع، بل أنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اللجوء إلى العرف ومبادئ العدالة مثلا لتكملة أمور ومسائل لم تذكر التشريعات تفصيلاتها، وإنما اكتفت بذكر بعض الأمور الرئيسية منها⁵⁷.

أولاً: طبيعة المعاملة: لم يعرف المشرع أو حتى يوضح المقصود من طبيعة المعاملة، والتي يسترشد بها القاضي لتكملة العقد، لذا ذهب بعض الفقه إلى توضيح طبيعة المعاملة بناء على التنظيم القانوني للعقد باعتبار أن القانون هو الذي ينظم طبيعة المعاملة، حيث تعرف بأنها الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه، أو هو التنظيم القانوني للمادة التي عالجه المتعاقدان في عقديهما⁵⁸، والملاحظ من خلال المادتين 65 و2/107 من القانون المدني أن هناك تغييرا واضحا في ترتيب طبيعة المعاملة في كل من المادتين حيث جاءت طبيعة المعاملة كأول وسيلة يستعين بها القاضي في المادة 65 بينما احتلت المرتبة الرابعة والأخيرة بالنسبة للمادة 2/107، مما يجعلنا نتساءل عن هذا الخلاف خاصة وأن الهدف من المادتين هو واحد ألا وهو تكملة العقد؟ كما أن هناك خلافا واضحا في التعابير حيث جاءت في المادة 65 "طبيعة المعاملة" في حين في المادة 2/107 جاءت "طبيعة الالتزام".

ثانياً: القانون: لقد نصت المادتين 65 و2/107 ق م على "القانون" كعنصر موضوعي يعتمد عليه القاضي لتحديد مستلزمات العقد بحسب طبيعة الالتزام، وجاءت لفظة "القانون" بشكل مطلق، ولم يحدد المشرع فيما إذا كان المقصود النصوص القانونية الآمرة أم المفسرة.

يمكن للقاضي اللجوء إلى القواعد القانونية الآمرة والمكملة معا لتكميل ما نقص من بنود في العقد، وباعتبار أن معظم الأحكام الواردة في القانون المدني بشأن العقد أحكام مكملة، فهي لا تطبق إلا إذا لم يتفق الطرفان على خلافها، فالبدأ هو تطبيق القواعد الآمرة كما أن للقواعد المكملة دورا مهما في تفعيل العقد بإكمال اتفاق طرفيه كلما كان ذلك ضروريا وجائزا، وكذا حماية المتعاقدين في مواجهة بعضهما البعض مهما كانت درجة عدم التبصر أو عدم الدراية بالمسائل القانونية⁵⁹.

ثالثا: العرف: يعتبر العرف أبرز الآليات المساعدة في عمل القاضي الكاشف، ويعتبر البعض⁶⁰ أنه لو تم تكملة العقد بشكل فعلي ومكثف لوجدنا العرف أكثر تطبيقا من قبل القضاة، والعرف المقصود به في نص المادتين 65 و 2/107 من القانون المدني هو القواعد القانونية وليس مجرد العادات التي لم ترتق إلى الوصول لدرجة العرف، ويكون القاضي في اعتماده على القواعد العرفية خاضعا لرقابة محكمة النقض⁶¹.

رابعا: العدالة: عرفت العدالة على أنها: "شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستتير ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه"، كما عبر عن مفهوم العدالة بالقول: "أن المقصود بالعدالة ليس العدالة النموذجية التي قد تستهوي القاضي ولا السلطة التقديرية التي يزود القاضي بها استثناء، بل المقصود بها العدالة ذات الطابع الفني، أي التوسع الفني في مضمون العقد وفقا لقواعد التجربة"⁶²، وتعتبر مهمة العدالة الواردة في نص المادتين 65 و 2/107 من القانون المدني، هي تكملة النقص الوارد في العقد بحسب طبيعة الالتزام، في محاولة سن القاضي لإيجاد حلول تضمن المساواة بين طرفي العقد من جهة، والمحافظة على استقراره من جهة أخرى.

يتضح لنا فيما سبق الإشارة إليه أن إرادة الطرفين لم تعد هي المصدر الوحيد للالتزاماتهما وحقوقهما بل يشاركهما في هذه المهمة القانون والعرف والعدالة، وبذلك فإن المضمون الإلزامي للعقد يمكن أن يزيد عن مضمونه الإرادي.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إضافة الالتزامات

باسم العدالة تم دمج الالتزامات بقوة القانون في نطاق العقد، فالقاضي عندما يكمل إرادة المتعاقدين، قد يتجاوز هذه الإرادة و من ثم فالالتزامات المترتبة على العقد لا تقتصر على تلك المتفق عليها من قبل الطرفين بل تشمل أيضا ما هو من مستلزمات العقد و من بينها العدالة والإنصاف، ومن ثم فإن إضافة التزامات جديدة إلى العقد لم يكن يتضمنها عند تكوينه، باعتبارها من مستلزمات العقد تمثل صور تكملة العقد، ومن بينها نذكر مثلا:

أولا: الالتزام بالإعلام

وفي هذا المقام لا نعني بالدراسة الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد كوسيلة لحماية ورضا المتعاقد والذي أصبح له في هذه الآونة أهمية كبيرة، وإنما نعني الالتزام الذي يضيفه القاضي لعقد تم إبرامه بشكل صحيح، ومن ثم يساهم إضافة هذا

الالتزام في ضمان حسن التنفيذ، ويظهر هذا الالتزام على ثلاث درجات من حيث الشدة⁶³، الالتزام بالإخبار لما يتوجب على المدين نقل المعلومة على حالها، الالتزام بالتحذير إذا يتعين عليه جلب انتباه المتعاقد معه للأخطار التي يمكن أن يتعرض لها إذا لم يلتزم بالبيانات المقدمة له، الالتزام بالنصيحة في حالة ما إذا استوجب على المدين توجيه نشاط المتعاقد معه توجيهها إيجابيا.

ثانياً: الالتزام بتوفير السلامة

العدالة هي وسيلة لتحديد مستلزمات العقد ودورها هو ضمان العدالة العقدية، وفي هذا الشأن رتب القضاء الفرنسي مثلاً على عاتق ناقل الأشخاص التزاما بالسلامة، معتمداً في ذلك على مبادئ العدل⁶⁴، كما نجد الالتزام بالسلامة أيضاً في عقود أخرى كعقد العمل في حوادث العمل⁶⁵، وعقد الفندقة في الحوادث التي تقع للنزول في أثناء إقامته في الفندق؛ والالتزام بتوفير السلامة هو التزام يتعين بموجبه على المدين عدم إحداث أي ضرر جسدي للمتعاقد معه عند تنفيذ العقد، وهو التزام تفصيلي تكميلي، يضاف إلى الالتزام الأصلي المتفق عليه في العقد، فهو التزام ذو طبيعة عقدية⁶⁶.

والواضح أن الالتزامات التي يدرجها القضاء في قسم العقود ليس أساسها التراضي بل سلطة القاضي، مما يؤدي إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام مبدأ الإيجاب، فالقضاء والقانون إذا ما استخلص أحدهما أو كلاهما من اتفاق الطرفين التزاماً بضمان السلامة إنما يستجيب هذا أو ذاك لروح العدل والعدالة والتوازن القانوني، وبذلك لم يعد الأفراد هم وحدهم الذين يصنعون القانون التعاقدية، فهناك سلطة أعلى من إرادتهم تراقب استعمالهم لهذا القانون وتحدد كميّاته⁶⁷.

وكخاتمة لما تقدم يمكن القول أن السلطة القاضي في تكملة العقد قد توسعت لتحقيق التوازن الاقتصادي في العقد والعمل على استقرار العقود وحسن تنفيذها، فلم يعد المتعاقدان وحدهما صانعا للعقد وإنما أصبحت الكثير من الأيدي تساهم في بنائه ورسمه وها نحن نقف أمام القاضي كصانع العقد.

الهوامش

1. وتجدر الإشارة إلى أنه قد أطلقت العديد من التسميات على مبدأ سلطان الإرادة من بينهما: "الأمر المطلق"، ونظرية "العقل الخالص"، ونظرية "العقل العملي"، د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع، ص: 173، كذلك أنظر: عبد الرحمن خليفاتي، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتفيذه، ماجستير، جامعة الجزائر، 1987، ص: 04.03.
 2. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص: 141.
 3. د. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، الإمارات، 2012، ص: 158.
 4. يشترط المشرع لصحة العقد أن يتم الاتفاق على الأمور الجوهرية في العلاقة العقدية، حيث يقوم القاضي بعد ذلك باستكمال العقد غير الكامل.
 5. يترك أمر تنظيم الالتزامات التفصيلية للقواعد القانونية المكملة لاتفاقهما والواردة في نص المادة 107/2 من القانون المدني الجزائري وتلك هي آلية تكملة العقد.
 6. حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 1997، ص: 8.
 7. د. محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 513.
 8. الباشا محمد الكايفي، معجم عربي حديث، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، لبنان، ط 1، 1992، ص: 843.
 9. المرجع نفسه، نفس الصفحة.
 10. Anne Laude, la reconnaissance par le juge de l'existence du contrat, thèse pour obtention du doctorat en droit, faculté de droit et de sciences politiques d' Aix- Marseille, 1992, p ;134 et 135.
- ويقصد بالمسائل الجوهرية للعقد المسائل الأساسية للعقد المنشود (points essentiels)، كما جاء به: د. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون

المدني الجزائري، الجزء الأول، المصادر الإرادية، (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015، ص:198.

Anne laude,op ,cit, p ;184.

وقد ذهب المحكمة العليا في اجتهاداتها المبدئية: "بأن الاتفاق الذي يعدله كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي تجب إبرامه فيها، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس الذي صرح بصحة الوعد بالبيع، الذي لم يثبت فيه اتفاق الطرفين على سعر معين لبيع العقار المتنازع عليه، يكون بقضائه كما فعل أساء تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه".

قرار المحكمة العليا، صادر بتاريخ 1990/03/26 عن الغرفة المدنية، ملف رقم:56500، المجلة القضائية، 1992، العدد:03، ص:112.

11. د.العربي بلحاج، المرجع السابق، ص:199.

12. سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة

للكتاب، لبنان، ط1، 2012، ص:58.57.

13. وإن كان تفسير العقد يرتكز على إرادة المتعاقدين وقصدهما المشترك،

فإن تكملة العقد يستند إلى أسس موضوعية، وهي طبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة، المادة 65 من القانون المدني.

14. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص:60.

15. بينما يرى الأستاذ السنهوري أن هناك فرقا في دور القاضي بين المادتين 65

والمادة 107/ 2 من القانون المدني فيما يخص مناقشته للمادة 95 من القانون المدني المصري، حيث يرى أن القاضي بمقتضى المادة 65 يساهم في صنع العقد بينما في المادة 107/2 فإن القاضي يكمل العقد، غير أن هناك رأي آخر يعتبر أن دور القاضي في كلتا الحالتين واحد على اعتبار أن دوره يأتي لاحقا على انعقاد العقد، ومن التناقض القول بأن العقد قد انعقد باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية وفي ذات الوقت القول بأن القاضي يحسمه للمسائل التفصيلية يساهم في تكوين العقد، سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 2015-2016، ص:57، كذلك أنظر: عامر على حسن أبورمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2015، ص:13.

16. د.العربي بلحاج، المرجع السابق، ص:623.

17. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص:60.
18. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1972، ص:108، 109، أنظر كذلك:
- Bénédicte Guiderdoni ;le forçage du contrat par le juge, thèse pour l'obtention du doctorat, université de CAEN ,Basse Normandie ,faculté de droit et des sciences politiques,20002, p ;18.
- إن تكملة العقد لا يتعلق بتصحيح أو إنقاذه من البطلان، لأن العقد قبل تكملته صحيح نافذ إذ يهدف القاضي من وراء التكملة أن يضيف إلى تحديد نطاقه وبيان ما يدخل وما لا يدخل في هذا النطاق، بالإضافة إلى ذلك فإن القاضي في تكملة العقد يضيف إلى العقد التزامات قد لا تتصرف إليها إرادة الطرفين وقت انشاء العقد، خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص:68.
19. د. محمد عبد الطاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2002، ص62، كذلك انظر: د.علي فيلالتي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص:382.
20. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء السادس، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص:7.
21. أنظر المواد 65 و2/107 من القانون المدني.
22. أنظر المادة 2/111 من القانون المدني.
23. ولكن تجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة لسلطة القاضي فيما يخص التفسير تتضمن ناحيتين: ناحية قانونية يخضع فيها القاضي عند استخلاصه للنية المشتركة للمتعاقدين لرقابة المحكمة العليا، وناحية واقع لا يخضع فيها في استخلاصه لهذه النية لرقابة النقض، أنظر: د.علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 1993، ص:102.
24. عامر على حسن أبورمان، المرجع السابق، ص:66.
25. د.علي فيلالتي، المرجع السابق، ص:395.
26. سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص:28.

27. عامر على حسن أبورمان، المرجع السابق، ص: 89.
28. العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، أنظر أكثر تفاصيل: فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، درا الجامعة الجديدة، 2007، ص: 158.
29. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1992، ص: 16.
30. أنظر المواد 90، 91، 358 من القانون المدني.
31. أنظر المادة 110 من القانون المدني.
32. أنظر المادة 3/107 من القانون المدني.
33. وهذه النتيجة تكاد تنحصر في الواقع في صورة واحدة من صور التعديل العقدي، وهي التعديل بالإضافة، أنظر: حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص: 13، وكذلك: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دكتوراه، جامعة باتنة، 2011/2012، ص: 84.
34. المرجع نفسه، ص: 85.
35. د. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص: 95.
36. د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط 1، المطبعة الحديثة، القاهرة، 1955، ص: 349.
37. المحددة بمقتضى المادتين 65 و 2/107 من القانون المدني.
38. د. وليم سليمان قلادة، المرجع السابق، ص: 348.
39. المرجع نفسه، ص: 249، كذلك أنظر: خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص: 145.
40. أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دراسة تحليلية في القانون المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص: 43، 44.
41. د. وليم سليمان قلادة، المرجع السابق، ص: 353.
42. د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 199.
43. Philippe jacques, Regard sur l'article 1135 du code civil, DALLOZ, 2005, p ;403.

44. Ibid., p ;403.404.
- أنظر كذلك: سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص:135.
45. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص:146. 147.
46. عامر على حسن أبورمان، المرجع السابق، ص:197.
47. د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص:347.
48. د.علي فيلالتي، المرجع السابق، ص:96.
49. تنص المادة 60 من القانون المدني على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون بالفظ وبالكتاب أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.
- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".
50. سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص:133، حيث اعتبرت الأستاذة أن ذلك يبدو جليا خاصة النص الفرنسي للمادتين 65 و 02/107 حيث تنص المادة 65:
- "Lorsque les parties ont exprimé leur accord sur tous les points essentiels du contrat..."
- وتنص المادة 2/107:
- "IL Oblige le contractant non seulement à ce qui est exprimé mais encore...."
51. المرجع نفسه، ص:133.
52. أكثر تفاصيل أنظر: سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص:135.
53. زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص:356.
54. دمحم صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، المرجع السابق، ص:510.
55. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص:150.
56. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص:46.
57. المادة 2/107 من القانون المدني، السابقة الذكر.
58. عامر على حسن أبورمان، المرجع السابق، ص:97.
59. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 91، كذلك محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص:513.

60. عامر علي حسن أبورمان، المرجع السابق، ص:117.
61. د.علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، ط 2010، ص:255.
62. د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، جزء 1، مجلد 1، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص:573.
63. سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص:187.
64. د.علي فيلالي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص:368.
65. د.علي فيلالي، تطور الحق في التعويض بتطور الضرر وتنوعه، حوليات جامعة الجزائر 1، الجزء 1، العدد 31، 2017، ص:23.
66. سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص:152.
67. د.محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص:535.