السلطة التقديرية للقاضي
في إجراء التفسير التوفيقي للعقد
دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني

أ.م. د. إسماعيل نامق حسين* ، م. م. ئاسۆس نامق براخاس**

* قسم القانون/ كلية القانون، جامعة السليمانية- اقليم كوردستان العراق؛ قسم القانون/ كلية القانون، جامعة جيهان- السليمانية- اقليم كردستان العراق.

** قسم القانون/ كلية القانون والسياسة، جامعة التنمية البشرية، السليمانية- اقليم كوردستان العراق.

الملخص

تعتمد التفسير التوفيقي على السلطة التي يتمتع بها القاضي أثناء التفسير، فتؤثر مدى هذه السلطة على عملية التفسير والنتيجة القانونية التي تظهر للواقع. ويستند هذه السلطة على العديد من الضوابط الموضوعية التي تقيد التعامل مع القانون من جهة ومع بنود العقد من جهة أخرى، كما يكون متأثراً بالعوامل التي تؤثر في العقد ذاته، سوى كانت عوامل داخلية مستمدة من العقد ذاته أو عوامل خارجية تقع خارج العقد ولكن تتأثر به العقد وتؤثر في تفسيره. كما أن عملية التفسير تكون خاضعة للرقابة التمييزية. ولكن هذه الرقابة تتشدد في مسائل القانون، وتخفف أو تختفى متى كانت المسألة من مسائل الواقع.

پوختە

تیۆری شرۆڤەکاری هەماهەنگی پشت دەبەستیت بەو دەستەلاتەی کە دادوەر هەیەتی لە کاتی شرۆڤە کردنەکەدا، کە ئەو دەستەڵاتەش کار دەکاتە سەر خودی شرۆڤە کردن و ئەو دەر ئەنجامە یاسایەی کە دێتە بوون، وە ئەم دەستەڵاتە کۆمەڵێك سانسۆری بابەتیانەی هەیە کە پەیوەستی دەکات چ لە رووی مامەڵە کردنیەوە بێت لەگەڵ یاسا یان برگەکانی گریبەستەکە، لەهەمان کاتدا چەندین بابەتی تر کاریگەری لەسەر بەجێدەهێلیت، ئیدی لە ناوەرۆکی گریبەستدا بن یان دەرەوە. وە پرۆسەی شرۆڤە کاری دەکەێتە ژێر چاودێری دادگای تمییز، وە ئەو چاودێریە توندە هەرکات بابەتەکە پەیوەندی بە جێبەجێکردنی یاساوە هەبوو، وە چاودێریەکە کەم یان نامێنێت هەر کات کارەکە هەڵسەنگاندنی واقع بوو.

Abstract

The conciliatory interpretation depends on the authority that the judge wields during the interpretation, so the extent of this authority affects the interpretation process and the legal outcome that emerges from reality. This authority is based on many objective controls that restrict dealing with the law on the one hand and with the terms of the contract on the other hand, as well as being influenced by factors that affect the contract itself, except for internal factors derived from the contract itself or external factors outside the contract but affected by the contract. And influence its interpretation, and the interpretation process is subject to discriminatory control. However, this oversight is tightened in matters of law, and is reduced or disappeared whenever the issue is a matter of reality.

المقدمة

اولاً: التعريف بموضوع البحث وأهميته:

ان موضوع السلطة التقديرية للقاضي، والتوسع فيها أو التضييق عليها من المواضيع القانونية التي تم التعامل معها بحذر وروية، لأن هذه السلطة التقديرية أن توسعت، فكما قد تؤدي إلى تحقيقة العدالة، فان مظنة الظلم ليست ببعيدة عنها، لا سيما إذا كانت طليقة دون رقابة، وفي المقابل اذا تم التضييق عليها، كانت فرضيتا العدالة والظلم متحققة أيضاً على حد سواء هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يشترط بالضرورة أن يؤدي وجود السلطة التقديرية الى انتفاء الرقابة عليها، إذ لا يمكن القول انه كلما وجدت السلطة التقديرية وتوسعت غابت الرقابة التمييزية عليها وانعدمت، لأن الرقابة التمييزية لا تنعقد على السلطة، وإنما ترتبط بالمسألة، فإن كانت المسألة المنظور فيها هي من مسائل القانون، مورست الرقابة التمييزية عليها، أما إن كانت من مسائل الواقع، إنعدمت الرقابة عليها أو ضعفت. في التفسير التوفيقي يجد القاضي نفسه أمام السلطة التقديرية من عدمها، وأمام مسائل قانونية وأخرى واقعية، وجل قراراته في هذا الشأن، وتفسيراته للعقد في جزء كبير منها، تقف لها محكمة التمييز بالمرصاد، وقد تتربص بها، رداً ونقضاً. وفي ظل حال كهذه على قاضي الموضوع أن يعي تماماً مدى أهمية وخطورة

مهمته، لذا عليه أن يوازن جيداً بين المصالح المتعارضة، وأن يستقريء قراءة دقيقة الاعتبارات المختلفة التي تتحكم بالعقد وبمصيره، لأن تفسير العقد أهم مرحلة يمر بها العقد في طريقه نحو الانتهاء بالتنفيذ أو الالغاء. عليه نحن نحاول في هذا البحث أن نناقش مدى الصلة ما بين السلطة التقديرية للقاضي وإجراء التفسير التوفيقي، هل تسهم هذه السلطة في ولادة التفسير المذكور؟ ثم نتناول موضوع خضوع هذا النوع من التفسير للرقابة التمييزية، هل يخضع لها أم يظل خارجها؟ فأهمية البحث تستمد من أهمية الموضوعات والمسائل التي يتداخل ويتفاعل معها هذا التفسير ويتقاطعها.

ثانياً: أهداف البحث:

نهدف في هذا البحث إلى مناقشة السلطة التقديرية للقاضي، ومبررات منحها سعة وضيقة، وبيان أوجه الاتصال والتباعد بينها وبين التفسير التوفيقي، ثم نتحدث عن مدى تأثر القاضي بالعوامل المؤثرة في التفسير التوفيقي عندما يقدم على استعمال سلطته التقديرية، إضافة على ذلك، ان التفسير التوفيقي على الرغم من أنه عملية واحدة، الا انه في الحقيقة يتكون من عدة مسائل وأمور، فبعض هذه المسائل هي مسائل واقعية، يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، وبعضها الأخرى مسائل قانونية، تخضع للرقابة، فنحن نسعى أن نتوقف على هذه الأمور، ونرسم الحدود الفاصلة بينها، ناهيك عن بيان تأثيرها على التفسير التوفيقي، ونتناول أخيراً أوجه الرقابة التمييزية على التفسير التوفيقي للعقد.

ثالثاً: تساؤلات البحث:

هنالك تساؤلات رئيسة نطرحها في هذا البحث، منها: ما هي السلطة التقديرية للقاضي، وما هي صلتها بالتفسير التوفيقي للعقد؟ هل يتقيد القاضي عند استعماله لسلطته التقديرية بشروط العقد عند إجراء التفسير التوفيقي؟ هل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من مسائل القانون أو مسائل الواقع؟ ما مدى رقابة محكمة التمييز على التفسير التوفيقي للعقد؟ ماهي المسائل التي تدخل في نطاق رقابة محكمة التمييز وماهي المسائل التي تخرج عن نطاق هذه الرقابة؟

رابعاً: مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة هذا البحث في أن القانون المدني العراقي لم ينص صراحة على التفسير التوفيقي للعقد، فهو لم يذكر تسمية هذا التفسير، كما لم يفرض على القاضي التفسير المجرد، الأمر الذي أدى إلى وجود الخلاف والتباين في الرأي بشأن موضوع تفسير العقد بشكل عام،

والتفسير التوفيقي خصوصاً، وما زاد الأمر تعقيداً وصعوبة هو ان القانون العراقي وكذلك القوانين المقارنة به، لم تحدد مدى سلطة القاضي التقديرية في تفسير العقد، وهل يعتمد على العقد فقط أم هنالك عوامل أخرى يتأثر بها، وعليه الأخذ بها والرجوع إليها، ثم ان المسائل والأمور التي يقوم عليها التفسير لا سيما التفسير التوفيقي، هي من طبائع مختلفة، بعضها قانونية وأخرى واقعية، لكن لم يرسم الحد الفاصل بينها، فوقع الخلط واللبس بينها، مما أثر على موضوع الرقابة التمييزية عليها، وبالتالي يترك أثراً على التفسير ذاته. فالتفسير هو بالأساس البحث عن النيات والمصالح والإرادات، فإذا رجحت إحداها على الأخرى أصبحنا أما التفسير المجرد، أما إذا تم التوفيق بينها اعتماداً على ضوابط وقواعد ورعاية للاعتبارات والنيات والمصالح كلها بالنسب، فكنا أمام التفسير التوفيقي، وهذا النوع من التفسير للعقد هو الأصل في نظرنا، لكن عدم الإشارة إليه بالإسم من جهة، وعدم الإشارة إلى سلطة القاضي التقديرية للتعامل مع هذا التفسير وكذلك عدم الوضوح بشأن خضوعه أو عدم خضوعه للرقابة من جهة أخرى، يشكل كل ذلك إشكالية حقيقية، تتطلب منا تناولها والسعي لمعالجتها.

خامساً: منهجية البحث:

نعتمد في كتابة هذا البحث على منهج تحليلي ومقارن، إذ نقوم بتحليل الأحكام والآراء، لتشخيص الجوانب الإيجابية والسلبية فيها، وتأييد ما يستحق تأييده وترجيحه، ويقترن هذا التحليل بعقد المقارنة ما بين كل من القانون المدني العراقي من جهة والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي من جهة أخرى، ، حيث تدور المقارنة بين أحكام القوانين المدنية في هذه البلاد الثلاثة، مع الإشارة إلى كل من القانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات في كل من العراق والقوانين المقارنة، وبين أحكامها القضائية، بقدر ما يتعلق بموضوع البحث.

خطة البحث:

نقسم هذا البحث على مطلب تمهيدي ومبحثين، كالآتي:

مطلب تمهيدي: السلطة التقديرية للقاضي في نطاق تفسير العقد والقيود الواردة عليها.

المبحث الأول: نطاق حرية القاضي في الأخذ بالعوامل المؤثرة في التفسير التوفيقي.

المبحث الثاني: رقابة التمييز على التفسير التوفيقي للعقد.

مطلب تمهيدي

السلطة التقديرية للقاضي في نطاق تفسير التوفيقي للعقد والقيود الواردة عليها

نتناول في هذا المطلب مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في الدعاوى المدنية بصورة عامة ونفصل الكلام في هذه السلطة في نطاق تفسير التوفيقي للعقد والمسائل التي تتعلق به، ثم نحاول أن نستعرض القيود التي ترد على السلطة التقديرية للقاضي. عليه نقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في نطاق تفسير العقد، أما الفرع الثاني فنخصصه لعرض القيود الواردة على السلطة التقديرية للقاضي في نطاق تفسير العقد وذلك كالآتي:

- الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في نطاق التفسير التوفيقي للعقد.
- الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة القاضي التقديرية في نطاق تفسير التوفيقي للعقد.

الفرع الاول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في نطاق التفسير التوفيقي العقد

تعرف السلطة التقديرية للقاضي بأنها: "النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر انها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه "[1]. أي أنها نشاط ذهني محصور في شخص القاضي ذاته، وهدفه هو خلق التوازن بين الواقعة التي ثار بشانها نزاع والقواعد القانونية التي تعالج هذا النزاع، لأنه كما هو معلوم أن القواعد القانونية تتميز بالعمومية والتجريد، أي تتضمن أحكاماً عامة للفرضية التي وضعها المشرع نصب عينه. والواقعة التي يثور بشأنها نزاع قد لا تتطابق مع هذه الفرضية تطابقاً تاماً، ليطبق حكمها عليها، بل على القاضي تصنيف هذه الواقعة تحت الصنف العام الذي خصه المشرع بالحكم، وهذا العمل إما أن يكون تكييفاً للواقعة المعروضة على القاضي أو تفسيراً لها. فمثلاً نجد اتفاقاً بين شخصين على أن يقوم احدهما بالانتفاع بمال يملكه الاخر مقابل أن يقوم بتعليم إبنه السباحة، وبعد انتهاء مدة التدريب، تبين لوالد الولد أن ابنه لم يتعلم السباحة لتقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزاماته، فلو عرض هذا النزاع على المحكمة وأرادت المحكمة إصدار حكم فيها، يجب عليها الرجوع إلى النصوص التشريعة للوصول إلى الحكم، ولكنها قد لا تجد في أي من نصوص القانون معالجة دقيقة لهذه

([1]) نقلاً عن: د.نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٨ ص٨٩

الواقعة بالتحديد، لذا قبل كل شيء يتوجب على القاضي أن يكيف هذه الواقعة هل هي ايجار أم مقاولة، وهل المشكلة المعروضة على المحكمة تتعلق بالثمن أو المحل أو أي جانب آخر من العقد، وعند الوصول إلى التقريب الصحيح للواقعة بإمكانه العثور على الحكم، وهنا مسألة التكييف أو تقدير الوقائع تدخل ضمن السلطة التقديرية للقضاة[1].

وفي نطاق تفسير التوفيقي للعقد يجب أن يتمتع القاضي بقدر من السلطة التقديرية يمكنه من الربط بين الواقع والقانون، وبين المعقول والمأمول، وأن يزن الأمور بميزان العدالة، ويراعي منها ما يستحق الرعاية، ويوفق فيما بين منها ما يتطلب التوفيق، وهكذا. وفيما يتعلق بموقف التشريعات القانونية نجد أن المشرع العراقي أعطى للقاضي سلطة تقديرية وقدراً كافياً من الحرية، ليبحث عن المعنى الحقيقي والإرادة الحقيقية للمتعاقدين أولاً، فإذا تعذر ذلك عليه، وجب الدنو والركون نحو المعاني المجازية والمعاني العرفية، وما جرت عليه العادة، وملائمة كل ذلك مع الإرادة التشريعية، على أن يراعي ظروف إبرام العقد وتنفيذه، فتلك السلطة التقديرية المعطاة للقاضي العراقي يمكن تلميسها من خلال القواعد التفسيرية التي أوردها المشرع في المواد (١٥٥-١٦٧) من القانون المدني.

أما في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي فللقاضي أيضاً سلطة تقديرية في تفسير التوفيقي عقد، لكن هذه السلطة لا تشمل كل المواضيع التي تدخل في نطاق تفسير التوفيقي، وإنما تحكم ببعضها، ويبقى بعضها أخرى بمنأى عن السلطة التقديرية للقاضي، من الامور التي تخضع لسلطة القاضي التقديرية، التوقف على النية المشتركة للمتعاقدين وإعطاء المعنى الذي يعطيه الشخص العادي، وكذلك تغليب المعنى المؤثر على المعنى عديم الأثر[2]، كل هذه الأمور تتطلب إعطاء القاضي سلطة تقديرية وحرية كافية لأنجازها.

أما منع القاضي من تفسير العبارات والشروط الواضحة[3] بنص صريح فيوحي بتقييد سلطته، فإذا تبين ان شرطاً ما واضح فعلى القاضي الامتناع عن تفسيره، وهذا يخرج عن نطاق سلطة

---

(1) حبيب عبيد العماري نجاة كريم جابر عباس الشمري، السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تجاه الدفوع، بحث منشور في مجلة جامعة البابل للعلوم الإنسانية، كلية القانون- جامعة البابل، المجلد ٢٧، العدد ١، لسنة ٢٠١٩، ص ١٩.

(2) د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف،الاسكندرية- مصر، ٢٠١٦، ص٣٩٠.

(3) تنظر فقرة(١٥٠/١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨)، والمادة(١١٩٢)من القانون المدني الفرنسي لسنة(١٨٠٤).

القاضي التقديرية، مع ملاحظة ان تقدير شرط ما واضح أم غير واضح تحكمه سلطة القاضي التقديرية.

كذلك تدخل ضمن هذه السلطة تقدير الادلة التي قدمها المتخاصمان في الدعوى لإثبات نيتهما وادعاء الذي يدعيانه ويكون خلافاً للواقع[1]، وتظهر هذه السلطة جلياً في تقدير المحكمة للبينات الشخصية المقدمة للإثبات، فمثلاً إذا استند المدعى إلى بينة شخصية لإثبات دعواه، فيما رد المدعى عليه دعوى المدعي من خلال تقديم البينة الشخصية هو أيضاً، فتقدير هاتين البينتين إيهما يتم الاخذ بها وايهما يتم استبعادها يدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية للقضاة[2].

اذن سلطة القاضي التقديرية تعني امتلاك القاضي سلطة واسعة في تكييف الوقائع المعروضة عليه وتفسيرها وتفحص الأدلة المعروضة عليه في الدعوى ووزنها من حيث قيمتها القانونية في الإثبات، وله ان لا يتقيد بالأخذ بهذا الدليل دون ذاك، وله ان يطرح الدليل الذي لا تتمخض عنه قناعته الكافية وان ينبذه، وله ان يهدر الشهادة ويأخذ بالقرينة، وان يهمل اقرار المدعى عليه اذا كان هناك ما يكذبه ويدحضه، ومن الطبيعي القول بأن موقف القاضي في تكييف الوقائع وتفسيرها واعتماد الأدلة أو إهدارها اوترجيح بعضها على البعض الآخر لا يكون جزافاً واعتباطاً، وانما يتوجب ان يكون مؤسساً على أسباب قانونية مقبولة، وان تدرج هذه الأسباب في صلب القرار او الحكم الذي يصدره القاضي[3].

ويتطلب هذا النشاط الذهني وتنميته عدة مقومات ضرورية، منها استقلال القضاء[4]، فقضاء مستقل بعيد عن التدخلات الشخصية هو الضمان الوحيد لتطبيق الصحيح للقانون

---

(1) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج1، دار الفكر الجامعي، 1972، ص551.

(2) وهذا ما أكدته المادة (82) من قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة (1979) حيث جاء فيها: "لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ولها ان ترجح شهادة على اخرى وفقا لما تستخلصه من ظروف الدعوى على ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة". ولم نجد نصاً مماثلاً في قانون الاثبات المدني المصري على انه جاء في مجموعة الاعمال التحضيرية لقانون الإثبات المصري: " البينة تترك لتقدير القاضي ويكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها أيا كان عدد الشهود وأيا كان صفاتهم".ص 396.

(3) حسين رجب محمد مخلف، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات، بحث منشور في مجلة التقني، جامعة التقنية الوسطى، المجلد السادس والعشرون، العدد السادس، 2013، ص91.

(4) خالد الكيلاني - استقلال القضاء...ضرورته، ومفهومه، ومقوماته،بحث منشور في الصقحة الإلكترونية http://www.ahewar.org

وممارسة السلطة التقديرية للقضاء، إذ لا يجد القاضي نفسه تحت تأثيرات خارجية، وانما يكون حراً في أن يوازن بين الوقائع ويكيفها حسب خبراته العلمية والعملية وبالاستناد إلى القانون.

كما أن احترام حق كفالة الدفاع لكل طرف من اطراف الدعوى مقوم آخر من مقومات السلطة التقديرية للقاضي[1] حيث أن القاضي الذي يتمتع بالحياد، يحاول انصاف الطرفين قدر الامكان وهذا يضعه في موقف البحث والتحري الجدي عن ما يبرر موقف كلا منهما، والمحاولة الجدية للوصول إلى حكم يضمن العدالة لكلا طرفي النزاع.

وأيضاً من مقومات السلطة التقديرية هي منح القاضي دوراً أيجابياً في الدعوى المدنية[2]، لأن تقييد القاضي بقواعد قانونية جامدة، مستعصية عن الخروج عنها، يعجزه عن الابتكار والاجتهاد لايجاد حلول سليمة، بل يكتفي بما هو متاح فقط، أما منح القاضي دوراً إيجابياً في الدعوى فيعطيه حرية أكبر ومساحة أكثر، لتنمية الافكار وعرض الحلول القانونية المناسبة لكل حالة على حدة.

الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة القاضي التقديرية في نطاق التفسير التوفيقي العقد

ان الاقرار بالسطة التقديرية للقضاة ليس معناه اطلاق يد القاضي لإدارة الدعوى كما يشاء، بل هنالك قيود وضوابط يجب مراعاتها عند ممارسة هذه السلطة، منها الالتزام التام بالقانون، فالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي هي سلطة ممنوحة من قبل القانون يجب أن تمارس سلطته في النطاق الذي رسمه له القانون، على أن تحدد الحالات التي يكون للقاضي سلطة تقديرية فيها. ففي قانون الاثبات العراقي وفي مادته الاولى اعطيت للقاضي سلطة تقديرية واسعة في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة، بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة[3]. غير ان هذا لا يعني اطلاق يد القاضي في ادارة الدعوى كما يشاء، بل أنه ملزم بضوابط قانونية عند ممارسة سلطته، ومقيد بأن لا يسيء إستعمال سلطته. مثلاً لا يجوز له فلق دليل اثبات ولا صياغته من تلقاء نفسه، وإنما يكون

---

(1) حسين رجب مخلف، السلطة التقديرية، المصدر السابق، ص ٩٣.

(2) المصدر ذاته، ص٩٤.

(3) لم نجد نصاً مماثلاً في قانون الاثبات المصري.

ملتزماً بالأدلة التي أوردها المشرع[1]. بيد ان للقاضي سلطة تقديرية لفحص الدليل وللأخذ بها، وللتوفيق ما بين الأدلة المتعارضة وغيرها من الأمور التقديرية التي تتطلبه منه وقائع الدعوى.

كما يجب على القاضي أن يبني الحكم على أساس ما قدم في الدعوى من أدلة، وذلك لأن الإثبات وإن كان واجباً على الخصوم، فهو حق لهم ايضاً، ومن ثم يقتضي الأمر أن يقيم الخصم الدليل على ما يدعيه والا خسر دعواه، فيقدم الى القاضي الدليل الذي يراه سندا لدعواه، ويكون للطرف الآخر في الدعوى (المدعى عليه) أن يفند الدليل الذي يقدمه خصمه وينقضه، ويثبت عكس ما يدعيه، ولكي يتمكن الخصوم من الحصول على حقوقهم بعد اللجوء الى القضاء، يجب أن يمكن كل منهم باظهار قدرته على ابراز الدليل المقنع للمحكمة والمتعلق بوقائع الدعوى المعروضة، والا اعتبر عاجزاً عن الإثبات وردت دعواه لعدم كفاية الأدلة التي تثبت صحة ادعائه[2].

كما يجب على القاضي أن يتقيد بممارسة سلطته التقديرية في الحالات المنصوصة عليها في القانون فقط دون أن يتجاوز في ذلك حدود سلطته، وحتى في الحالات المنصوصة عليها في القانون يجب أن لا يتعسف القاضي في إستعمال سلطته.

كما يمنع على القاضي من الحكم بعلمه الشخصي، حيث نصت المادة الثامنة من قانون الإثبات العراقي على انه: " ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة، ومع ذلك فله ان يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض المام الكافة بها ". والقاعدة الأساسية ان القاضي لا يجوز له أن يبني قضاءه على معلوماته الشخصية، فهو لا يستطيع أن يشير في حكمه الى أنه قد أسس حكمه على المعلومات التي تحصل عليها بصفة شخصية، خارج نطاق الأدلة التي قررها القانون[3]. ويستند مبدأ منع القاضي الحكم بعلمه الشخصي إلى قاعدة وجوب احترام حقوق الدفاع، والتي تستلزم الا يأخذ القاضي الا بالوقائع التي أظهرها الخصوم في المناقشات المتبادلة بينهم، لكن تطبيق هذا المبدأ لا يمنع القاضي من أن يستعين في قضائه بما هو معروف بين

(1) أدلة الاثبات في القانون العراقي والقانون المصري عبارة عن ثمانية كما وردت في قانون الإثبات العراقي وقانون الاثبات المصري. وهي (الدليل الكتابي، والإقرار، والشهادة، والقرائن وحجية الاحكام، واليمين، والمعاينة والخبرة).

(2) حسن رجب محمد خلف، السلطة التقديرية، المصدر السابق، ص٩٦.

(3) ينظر كل من: عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق، مطبعة العاني، بغداد – عراق، ١٩٧٠، ص٢١٤.أحمد نشأت، رسالة الاثبات، المصدر السابق،ص٤٢.

الناس، ولا يكون علماً خاصاً به أو مقصوراً عليه، مثل المعلومات التاريخية والعلمية والفنية الثابتة. فله ان يستعين بما هو معروف بين الناس من غلاء الأسعار، أو ارتفاعها، وتوفر بعض أنواع البضائع في الأسواق او فقدانها، أو ظهور بعض العوارض الطبيعية، أو اختفائها، كالفيضانات والزلازل وغيرها. ان العلة في منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي فيما قام بين الخصوم من خلاف، هي ان حكمه بهذه الصورة يدعو الى سوء الظن بالقاضي، اذ يصبح شاهداً وقاضياً في نفس الوقت[1].

وفي نطاق التفسير التوفيقي للعقد تختلف القيود التي ترد على سلطة القاضي التقديرية وتتباين بين القوانين المقارنة، ففي التفسير التوفيقي يجب على القاضي الموءمة بين الإرادة التشريعية وإرادة المتعاقدين والواقع الذي التي فيه تنفيذ العقد.

ويضاف إليه في القانون العراقي، أن يتقيد القاضي بأن يفسر العقود وفقاً لمقاصدها ومعانيها، وليس على الفاظها ومبانيها، وأن يبحث عن الحقيقة، أما إذا تعذرت عليه الحقيقة فلا يوجد مانع من الصيرورة إلى المجاز، وإذا تعارضت الحقيقة مع العادة، عليه ترك الحقيقة والعمل وفق العادة، ولا يعمل بالدلالة إذا وجد التصريح، ولا يهمل الكلام بل عليه إعماله ان امكن، إلا إذا تعذر إعماله فيهمل، وكذلك يتقيد بأن يعمل بالعرف، وان يفسر عبارات العقد وبنوده كوحدة واحدة مرتبطة مع بعضها، وغيرها من القيود[2].

أما في كلا من القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، فيتقيد القاضي بان يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وأن لا يفسر عبارات الواضحة، ويراعي في تفسير العبارات الغامضة تناغم التصرف القانوني بأكمله، إضافة إلى ذلك يتقيد القاضي عند ممارسة سلطته التقديرية في تفسير العقد، أن يغلب المعنى المؤثر لشرط أو لعبارة في العقد على معناها عديم الأثر[3].

يتبين مما تقدم ان تكييف العقد وتفسيره يدخلان بالأساس في نطاق سلطة القاضي التقديرية، بيد ان هذه السلطة يجب أن تمارس عند تفسير التوفيقي للعقد وعلى وفق الضوابط والقيود التي أوردها المشرع في القوانين المقارنة.

([1]) حسين رجب محمد مخلف، السلطة التقديرية، المصدر السابق، ص.٩٩

([2]) هذه القيود وردت في المواد (١٥٥- ١٦٧) من القانون المدني العراقي.للمزيد من التفصيل ينظر : د.عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد -عراق، ١٩٧٧، ص٣٧٢ إلى ٣٨٧.

([3]) يمكن إستنباط هذه القيود وغيرها من القيود على السلطة التقديرية للقاضي ضمن المواد(١٥٠-١٥١) من القانون المدني المصري والمواد (١١٨٨ - ١١٩٢) من القانون المدني الفرنسي-د. عبدالحكم فوده، تفسير العقد، المصدر السابق، ص ١٠٨ إلى ١١٩.

المبحث الأول

مدى حرية القاضي في الآخذ بالعوامل المؤثرة في التفسير التوفيقي للعقد

تسهم عدة عوامل في إجراء التفسير التوفيقي، بمعنى ان هذا النوع من التفسير ينبني بالأصل على مراعاة تلك العوامل، والعوامل المؤثرة في التفسير التوفيقي للعقد، بعضها داخلة في العقد ذاته ومتبلورة فيه بحيث لا يمكن استقاؤها إلا من خلال بنود العقد وبعضها الآخرى تقع خارج العقد، لكنها محيطة به. اننا في هذا المبحث نحاول أن نناقش مسألة سلطة القاضي وحريته في الأخذ بهذه العوامل من عدمه. ولأجل ذلك، نقسم هذا المبحث على مطلبين، وهما:

- المطلب الأول: مدى حرية القاضي في الأخذ بالعوامل الداخلية المؤثرة في التفسير التوفيقي للعقد.

- المطلب الثاني: مدى حرية القاضي في الأخذ بالعوامل الخارجية المؤثرة في التفسير التوفيقي للعقد.

المطلب الاول

مدى حرية القاضي في الأخذ بالعوامل الداخلية المؤثرة في التفسير التوفيقي للعقد

يتأثر التفسير التوفيقي كما سلف بعدة عوامل داخلية، منها طرق التعبير عن الارادة واللغة التي تم استخدامها في التعبير عن الارادة وزمان ومكان العقد، وهذه العوامل تسهم في إجراء التفسير التوفيقي للعقد. نتسأل في هذا المطلب، هل يلزم القاضي بأن يأخذ بهذه العوامل عند إجرائه التفسير للعقد؟

للإجابة على هذا التساؤل نقسم هذا المطلب على فرعين كالآتي:

- الفرع الاول: مدى حرية القاضي في الأخذ بتعبير المتعاقدين.

- الفرع الثاني: مدى حرية القاضي في الأخذ بزمان العقد ومكانه عند تفسيره.

الفرع الاول: مدى حرية القاضي في الأخذ بتعبير المتعاقدين

من العوامل الداخلية المؤثرة في التفسير، هو العبارات التي استخدمها المتعاقدان، للتعبير عن إرادتهما المشتركة في العقد. ومجموع عبارات العقد تتكون منها شروط العقد، وقد يتضمن العقد شرطاً تم التعبير عنه صراحة أو قد يكون التعبير ضمنياً، كما يصلح السكوت لتكوين شرط

عقدي في الحالات المبينة في القانون. والقاضي عند التفسير لا يمكنه الخروج عن تأثير هذه العبارات على عمله، لأن التفسير يصبو بالأساس نحو خدمة العقد المراد تفسيره، والعقد وليد ارادة اطرافه. غير أن التساؤل المطروح هنا، هل يلزم القاضي ليأخذ بجميع شروط العقد اثناء تفسيره؟

ان أول خطوة يخطوها القاضي عند النظر في العقد لتفسيره هي تكييفه[1]، أي إعطائه الوصف القانوني الصحيح له، وفي هذه المهمة لا يتقيد القاضي بتسمية الاطراف للعقد، أي لا يتقيد بالعبارات التي استخدمها المتعاقدان لوصف عقدهما، وذلك لأن التكييف من الوظائف الأساسية للقاضي، كما أنه مسألة مهمة وجوهرية لتطبيق القواعد القانونية، وهي بذلك قد تفوق قدرة الاطراف وتخرج من مقدورهم، وهذا واجب على القاضي قبل أن يكون حقاً له. وأقر القانون بطريقة غير مباشرة سلطة القاضي في التكييف، حيث جاء في نص المادة (الأولى والثانية) من قانون الإثبات العراقي، إذ نصت المادة الأولى على أنه: " توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة ". أما المادة الثانية فقد نصت على أنه: " التزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته ". وأيدت قرارات محكمة التمييز العراقية هذه السلطة، حيث جاء في قرار لها: " ان تكييف واقعة الدعوى مسألة قانونية، لا يتقيد فيها القاضي بتكييف المدعى لدعواه، ولا بما يرتبه على هذا التكييف من آثار قانونية، لأن المدعي قد يخطأ في تكييف دعواه عن جهل او يتعمد تكييف دعواه تكييفاً خاطئاً، للوصول الى غرض يريده، فعلى القاضي ان يصل الى حقيقة دعوى المدعي، فاذا وصل اليها كيفها التكييف القانوني الصحيح ثم اصدر حكمه في الدعوى على مقتضى هذا التكييف "[2]. ويكون موقف قانون مرافعات المدنية الفرنسي أقوى، حيث نص بطريقة مباشرة على أنه: " للقاضي تكييف الوقائع المتنازع عليها التكييف القانوني السليم دون الاعتداد بتكييف الخصوم "[3]. أي أن مسألة التكييف من المسائل التي لا يتقيد فيها القاضي

(1) د. حبيب عبيد مرزة العمّاري، التكييف الخاطي للدعوى، بحث منشور مجلة المحقق الحلي الحقوقي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٢ السنة التاسعة، ٢٠١٧، ٢٧٢.

(2) قرار الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز المرقم ٢٢١، هيئة موسعة اولى، ١٩٨١ في ١٩٨١/٧/٢٥ نقلا عن:
الأستاذ ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح القانون المرافعات المدنية،مكتبة العاني،بغداد،١٩٧٣ص١٥.

(3) سلطة القاضي للتكيف حيث جاء في المادة(١٢) من من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الصادر سنة ١٩٧٥. نقلاً عن : د.محمد عبدالظاهر حسين، الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٨.

بإرادة الاطراف. وعلى الرغم من اننا لم نجد أي نص اجرائي يخول القاضي سلطة التكييف في القانون المصري، إلا اننا وجدنا في القضاء المصري أن تكييف القاضي مقيد بالوقائع والطلبات المعروضة عليه. حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: " إذا كان لمحكمة الموضوع أن تكيف الدعوى بما تبينته من وقائعها وأن تنزل عليها وصفها الصحيح في القانون، إلا أنها مقيدة في ذلك بالوقائع وطلبات المعروضة عليها، فلا تملك حق التغير في مضمون هذه الطلبات أو أستحداث طلبات جديدة لم يطرحها عليها الخصوم..."(١).

وتعبير المتعاقدين عن إرادتهما، قد يتخذ شكل شروط واضحة وصريحة، أو يتم التعرف عليها بطريقة ضمنية، فبالنسبة للشروط التي تم الاتفاق عليها في العقد صراحة بين المتعاقدين، كتحديد الاسعار والآجال وأماكن التسليم واتفاقيات المتعلقة بالمسؤولية، فأن سلطة القاضي مقيدة فيها بمدى وضوح هذه الشروط من غموضها، فإذا كانت تلك الشروط واضحة وصريحة فلا مجال لتفسيرها لمنع تحريف ارادة المتعاقدين والحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات، طبقاً لما ذهب إليه القانون المصري والفرنسي(٢)، أما القانون المدني العراقي فلم ينص صراحة على منع التفسير عند وضوح العبارات، إلا أن اتجاه قضاء التمييز في العراق يذهب صوب هذا الامر حيث جاء في قرار له: " الاصل في تفسير عبارات العقد ان المعنى الواضح في اللفظ هو المعنى الحقيقي لايجوز الانحراف عنه إلى غيره من المعاني ..... أما من حيث السند القانوني لهذا المبدأ فهي قاعدة: الاصل في الكلام الحقيقة...."(٣). بيد أنه من المستساغ هنا التساؤل، إلا يحتاج تقدير وتحديد وضوح الشرط أو غموضه إلى التفسير أيضاً؟

صحيح ان مبدأ عدم جواز تفسير عبارات العقد الواضحة تم النص عليه في كلا من القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي(٤)، ولكن بما ان وضوح العبارة لا يعني بالضرورة وضوح الإرادة، بمعنى أن اللفظ في حد ذاته قد يكون واضحاً، الا ان الظروف تدل على أن المتعاقدين قد قصدا معنى ما، لكنهما عبرا بلفظ لا يفيد هذا المعنى، بل يفيد معنى آخر. لذا يجوز للمفسر أن

---

(١) نقض مدني، جلسة ٢٠٠٨/٥/١٧، طعن رقم ١٨٩ س٦٠ ق ١٠٠، ص٦١٦ نقلاً عن: زمن فوزي كاطع، اسباب التكييف الخاطيء في الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، جامعة البصرة، السنة الثالثة عشرة، العدد٣٠، السنة ٢٠١٨، ص١٠

(٢) د.عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ١٩٩٨، ف٨٣٠، ص٩٣٨.

(٣) القرار رقم (١١٠١٣\هيئة العامة\١٩٦٨) المؤرخ في ١٩٦٨\١٠\١٣نقلاً عن:عبدالفتاح حجازي محمد الحجازي، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والقانون المقارن، جامعة الدول العربية، ١٩٨٨، ص٣٦٩.

(٤) المادة (١٥٠) من القانون المدني المصري والمادة (١١٩٢) من قانون العقود الفرنسي الجديد.

يعدل عن اللفظ الواضح متى تبين له أن اللفظ الواضح ليس ترجمة حقيقية لإرادة المتعاقدين، وقد جرى قضاء محكمة نقض المصرية على انه إذا كانت عبارة العقد رغم وضوحها لا تعبر تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين.. فإنه يجوز للقاضي أن يترك المعنى الظاهر الذي تفيده عبارة العقد إلى معنى آخر يصل إليه من طريق التفسير ويراه اكثر اتفاقاً مع إرادة المتعاقدين[1].

أما إذا كان التعبير عن ارادة المتعاقدين ضمنية، فتتسع سلطة القاضي في تفسير العقد، للتعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. حيث التعبير الضمني لا يدخل ضمن الوسائل الموضوعة في ذاتها للكشف عن الإرادة، بحسب المألوف بين الناس، ولكن يستنبط من المظهر الخارجي الذي يعتمده المتعاقد[2]، أن إرادة الشخص قد اتجهت إلى إحداث أثر قانوني معين، فمن باع شيئاً عرض عليه شراؤه، لم يعبر عن إرادته صراحة وإنما القاضي استنبط من تصرفه بالشيء الذي عرض عليه شراؤه بأنه قبل البيع. ووجه التوسع في التعبير الضمني يتبين من فكرة أن التعبير الضمني مزدوج الدلالة، أي من الممكن تفسيره اما بالقبول أو بتصرف آخر، ويعتمد التفسير على موقف المتعاقد من جهة، ونظرة القاضي لهذا الموقف من جهة أخرى.

كما تضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها وإن لم تدرج بالفعل، فهناك من العقود ما أصبح مألوفاً أن يشتمل على عبارات معينة، حتى صار تكرار هذه العبارات لا فائدة منه، وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط ولو لم تذكر، لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد[3]. مثل ذلك ما جرت به العادة في الفنادق أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفع بها الخدم، فهذا الشرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوباً، وذلك لتفسير إرادة العميل الضمنية بأنه قبل هذه النسبة بمجرد قبوله لعقد النزول في الفندق.

والقاضي في معرض تفسيره لإرادة المتعاقدين، لا يقتصر على التعبير الذي اختاره المتعاقدان، بل له أن يستهدي بعوامل أخرى خارجة عن هذا التعبير، إذا كان من شأنها ان تساعد على تبين إرادة المتعاقدين، من تلك العوامل، مهنة المتعاقد، وعلاقته السابقة بالمتعاقد الآخر، والعقود

(1) جاء في قرار لمحكمة نقض المصرية: " لمحكمة الموضوع السلطة التامة في في ......ولها سلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه، بشرط أن تبين في أسباب حكمه لما عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه...."نقض مدني في ٤ ابريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص١٤٤.نقلاً عن: محمود محمد على صبره، المشكلات العلمية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية، ط١، ٢٠١٩، ص٢١٦.

(2) أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، منشأ المعارف، الاسكندرية – مصر، ص٣٩

(3) د.عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ف٨٣٨، ص٩٤٥.

التي تساعد على تفسير العقد المراد تفسيره والعادات والعرف الجاري[1]. فمثلاً لو اتفق المتعاقدان في بيع العقار على شرط مانع للتصرف دون أن يحددا مدته. سكت القانون المدني العراقي عن هذا الموضوع، أما في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي فيشترط لصحة هذا الشرط أن يكون لمدة معقولة ولسبب مشروع[2]، ولا يوجد مانع من ان يشمل هذا الحكم الشرط المانع من التصرف فاذا كان هناك شرط مانع للتصرف واريد التفسير، فيكون التفسير بالاحتكام إلى الإرادة التعاقدية أولاً، هل اتفقت هذه الإرادة على الشرط فعلاً أم لا؟ فإذا حسم هذا الأمر وتبين ان الشرط موجود فعلاً، احتكم القاضي إلى الإرادة التشريعية[3]، والتي تحدد مصير الشرط من حيث الوفاء به أو أهماله، ومن حيث بقاؤه أو زواله. فمن خلال التوفيق بين الإرادة التعاقدية وهذه الإرادة التشريعية في ظل الواقع الذي ينفذ فيه، يتم التفسير الحالة الغامضة التي تستوجب تفسيرها، ويحكم على الشرط بأنه معتبر يجب الوفاء به، أم انه غير معتبر يجب إبطاله أو إهماله.

فإذن على القاضي التقيد بما عبر عنه المتعاقدان، متى كان هذا التعبير صريحاً وموافقاً للقانون، أما في حال لم يكن التعبير عن الارادة وصل لحد توافقه مع النية المشتركة للمتعاقدين، أو ثار بشأنه شك او غموض فللقاضي سلطة تقديرية واسعة بأن يحيد عن ارادة الاطراف، ويبحث عن نيتهم المشتركة، وذلك بالاستعانة بالوسال القانونية المتاحة. ومن أحدى وسائل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، هي التفسير اللغوي الذي يعتمد على فهم القاضي للمعنى اللغوي للكلمات المستخدمة، وذلك للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، وعلى الرغم من أن القانون العراقي والقوانين المقارنة تتضمن نصوصاً قد يفهم منها استبعاد التفسير اللغوي،

---

(1) د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد، المصدر السابق، ص١٨٧.

(2) المادة(٨٢٣) من القانون المدني المصري حيث جاء فيها: "١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة .٢- ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير". ونصت المادة (٩٠٠) من القانون المدني الفرنسي على أنه: " لا تعتبر البنود التي تنص على عدم جواز التصرف بمال موهوب أو موصى به صحيحة إلا إذا كانت مؤقته وترعاها مصالح جدية ومشروعة...."

(3) لم يجز المشرع أن تكون مدة شرط البقاء في الشيوع اكثر من خمس سنوات، فإذا زادت نفذ الشرط في الخمس سنوات، وغير نافذ المدة الزائدة، علماً بأن هذا الشرط يمنع الشريك من المطالبة بالقسمة، أي إذا أمعن النظر فيه، وجد أنه نوع من شرط الحظر

(شرط المنع من التصرف). للمزيد من التفصيل ينظر: د. محمد طه البشير، د.غني حسون طه، الحقوق العينية (الحقوق العينية الاصلية – الحقوق العينية التبعية)، الطبعة الجديدة المنقحة، دار السنهوري، بغداد عراق، ٢٠١٦، ص ١١٧.

منها قاعدة: " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني"[1]، وكذلك قاعدة:" أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعني الحرفي للألفاظ "[2] ، وقاعدة: " يتم تفسير العقد وفقاً للنية المشتركة للاطراف دون التوقف عند المعنى الحرفي لألفاظه "[3]. إلا أننا نرى أن المقصود من هذه القواعد هو عدم التوقف عند المعنى الحرفي للفظ، أي يجب على القاضي أن لا يتوقف عند التفسير اللغوي فقط ويجعله غاية التفسير، بل يجب عليه تخطى المعنى الحرفي للالفاظ في سبيل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويجعل التفسير اللغوي وسيلة للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين. وهذا ما وجدناه في قرارات محكمة التمييز العراقي حيث جاء في قرار لها: " وجد أن وكيل المميزين قد احتفظ لموكله في عريضة الاستئناف بدفوعهم السابقة، ومعنى هذا تمسكه بالدفوع التي أوردها في محكمة البداءة وأهم هذه الدفوع ما يتعلق بتفسير عبارة: "ضعف المدة التي قضاها في الخارج". فقد فسر المدعى عليهم كلمة ضعف المدة لغة بمثلها وليس مثليها، إلا أن محكمة البداءة اخذت بالمعنى العرفي لكلمة ضعف باعتبار انها مثلي الشيء وأن اخذ المحكمة بمبدأ ترجيح المعنى العرفي على المعنى اللغوي لكلمة معينة سليم إلا أنها وقعت في خطأ هو أن ليس للحاكم أن يغلب المعاني العرفية من تلقاء نفسها دون اللجؤ إلى أهل الخبرة من الوسط التي تداول الكلمة المراد تعين مدلولها العرفي والمقصود منها"[4]. يتبين من هذا القرار أنه من الجائز الأخذ بالمعنى العرفي للالفاظ وتجاوز أو حتى تجاهل المعنى اللغوي للكلمة في سبيل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين. كما وجدنا في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أنها عدلت عن المعنى اللغوي للفظ في سبيل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، إذ جاء فيه: " ان كلمة دخول غير المشروع المذكور في العقد حتى وان كان المقصود به لغوياً أن الدخول يجب أن يتم بدون علم المؤمن له، ولكن ممكن تفسيره بأنه دخول ولو غير خفي من جانب السارق طالما استخدم مناورة وأساليب جديرة بالتصديق ومن شأنها خداع المؤمن له في هوية من فتح له

([1]) الفقرة الثانية من المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي.

([2]) المادة (١٥٠) من القانون المدني المصري.

([3]) المادة (١١٨٨) من القانون المدني الفرنسي.

([4]) القرار رقم ٣٢٧٧\حقوقية٦٢\ في ١٩٦٣\٤\١٠قضاء محكمة التمييز، المجلد الاول، ص٥٠.نقلاً عن: عبدالفتاح حجازى محمد الحجازي، تفسير العقد، المصدر السابق، هامش رقم ٢، ص٣٧٠

الباب "[1] أي أن المحكمة قد توسعت في التفسير بشكل واضح في سبيل البحث عن نية المؤمن له متجاوزة في ذلك التفسير اللغوي للعبارة المستخدمة في العقد.

إذن، تعبير المتعاقدين بما يتضمنه من الالفاظ والمقاصد، يعتبر قيوداً على حرية القاضي عند محاولته التوفيق بين الإرادة التشريعية والإرادة التعاقدية، لما يتضمنه تعبير المتعاقدين من خيوط تسهل التعرف على الإرادة التعاقدية، وبيان النية المشتركة للمتعاقدين، ليكون منصة ثابتة لينطلق منه نحو تحديد صحة وبطلان التعبير وفق التشريع، والوقف على حقيقة التصرف القانوني محل التفسير.

الفرع الثاني: مدى حرية القاضي في الأخذ بزمان العقد ومكانه عند تفسيره

إذا كان العقد بين غائبين، فمن الأمور الأساسية التي تعترض هو تحديد الزمان والمكان اللذان يتم العقد فيهما، لأن زمان العقد يتوقف على حلوله وجود العقد، وهو الوقت الذي ينتج فيه العقد آثاره، كما ان في بعض الاحيان تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع متوقف على مكان انعقاد العقد، كما يتوقف تحديد قانون واجب التطبيق على العقود التي يشوبها عنصر أجنبي على مكان انعقاده.

فبالنسبة لزمان التعاقد قد يواجه القاضي عدة مسائل تحتاج إلى التروي والتفكير لوضع حلول قانونية لها، وهي كيف يوفق بين الإرادة التشريعية التي يتغلغلها التردد حول تحديد زمان التعاقد والنية المشتركة للمتعاقدين، عند تحديد زمن التعاقد، وكذلك مسألة مرور الزمان على التعاقد، وتغيير مفاهيم العقد أو تغيير الوسائل المستخدمة في تنفيذ العقد.

فمثلاً حدد زمان انعقاد العقد في كل من القانونين المدني العراقي والمدني المصري بالوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، كما يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في الزمان الذي وصل إليه فيه هذا القبول، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك[2]، فالقاضي مقيد بالبحث عن وجود العلم عند الموجب، ووصول القبول إليه، أو دحض قرينة الوصول كعلم به وتسبيب الأخذ بمبارت الموجب من عدمه، كما انه مقيد متى وجد نص في القانون أو اتفاق صريح حول تحديد وقت انعقاد العقد، بتحديد الوقت وفق النص أو الاتفاق.

([1]) paris 13 juin 1984,2.som.p.34 نقلاً عن:د.ابراهيم عبد العزيز داود، التفسير القضائي لعقد التأمين، دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية-مصر، ٢٠١٤، ص٣٦.

([2]) تنظر المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي والمادة(٩٧) من القانون المدني المصري.

في حين أن القانون الفرنسي قصر الامر على وصول القبول لتحديد وقت انعقاد العقد[1]. ويتبين من ذلك أن القاضي في ظل القانون الفرنسي مقيد في تحديد وقت انعقاد العقد بوقت وصول القبول إلى الموجب، دون أن يكون مكلفاً بالبحث عن وجود العلم عنده، وكأنه أعتبر الوصول قرينة على العلم، وجعل القرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس.غير أننا نعتقد ان هذه القاعدة ليست قاعدة آمرة، وانما هي قاعدة تبين وقت انعقاد العقد في غياب اتفاق أو نص في القانون.

كما ان القاضي مقيد بتفسير العقد وفق زمن الانعقاد، فآثار العقد تترتب فور انعقاده، مثلاً لو كان العقد بيعاً ووقع على منقول معين بالذات، فأن ملكيته تنتقل إلى المشتري من وقت تمام البيع[2]، وتكون له الثمار من ذلك الوقت، كما أن المواعيد تسري من وقت تمام العقد، أي أن دعوى الغبن الذي يشترط القانون أن يتم رفعه نتيجة الاستغلال تبدا من خلال سنة من وقت التعاقد[3]، لذلك على القاضي عند التفسير أن يتقيد بهذه المواعيد.

كما أن من المسلم به أن معاني الألفاظ تتغير بتغير الزمان، فقد يعطي معنى معين للفظ معين خلال فترة معينة وفي فترة لاحقة تتغير هذا المفهوم إلى مفهوم آخر قد يكون مناقضاً له تماماً، حيث أنه في فترة زمنية أستعمل عامة المصريين لفظ المؤجر بمعنى المستأجر[4].لذا وجب الأخذ بالمعنى العرفي للفظ وقت إبرام العقد، لأنه من البديهي أن يتم البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بوقت معين، هو وقت إبرام العقد، وعلى ذلك يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين استناداً إلى هذا الوقت، وعلى ذلك يجب الأخذ بالمعنى العادي للالفاظ التي استخدمها المتعاقدان في الوقت الذي تم فيه التعاقد، لأن هذا المعنى هو المعنى الذي توجهت إرادة المتعاقدين نحوه، ولا يلتفت إلى أي معنى جديد طرأ على الالفاظ المستخدمة في العقد في وقت لاحق على إبرامه، وبالمثل لا يعتد بالمعنى القديم للفظ في الوقت يسبق إبرام العقد، إذا

---

(1) تنظر المادة (١١٢١) من قانون العقود الفرنسي الجديد.

(2) تنظر المادة (٥٣١) من القانون المدني العراقي.

(3) تنظر المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي و الفقرة (١٢٩/٢) من القانون المدني المصري وعلى الرغم من عدم وجود نص مماثل في القانون الفرنسي، إلا أننا وجدنا في نصوص معينة إعتبار العرف ومباديء العدالة مصادراً للحكم مثال ذلك ما جاء في المادة (١١٢٠) و(١١٦٣) من قانون العقود الفرنسي الجديد..

(4) مقني بن عمار، مقني بن عمار،القواعد العامة للتفسير وتطبيقها على منازعات العمل والضمان الاجتماعي، اطروحة دكتوراه مقدمة لكلية القانون جامعة وهران-السانيا، غير منشور، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص٩٠.

تغير هذا المعنى وقت التعاقد[1]. ومع ذلك يمكن إعمال هذا المعنى القديم للفظ شريطة أن يتضمن الاتفاق ما يفيد الأخذ بهذا المعنى[2].

ولكن هل هذا يعني إهمال التغيرات التي تطرأ على الألفاظ المستخدمة في العقد؟

الأصل أن يكون التفسير محددا بوقت إبرام العقد، ولكنّا نرى لو طرأ تغير على معاني الألفاظ وتصاحب هذا التغيير في المعاني تغيير سلوك المتعاقدين في تنفيذ العقد، فهنا يجب الأخذ بالعنى اللاحق فضلاً عن المعنى السائد وقت إبرام العقد، وذلك لأن تنفيذ العقد خير طريق لتفسير إرادة المتعاقدين، إذ بإرادتيهما يفسران شروطه عملياً، وتكشف عن نيتهما المشتركة من خلال هذا التنفيذ اللاحق[3].

أما بالنسبة لمكان انعقاد العقد، فيمكن القول أن تحديد المكان الذي ينعقد فيه العقد يتبع تحديد الوقت الذي تم فيه، فيكون المشرع يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك[4] . ويكون مفروضاً ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما، فأن تحديد مكان انعقاد العقد من قبل القاضي اما أن يكون مسألة قانونية بحتة يتقيد فيها القاضي بالإرادة التشريعية أو يكون مسألة موضوعية يتبع فيها النية المشتركة للمتعاقدين. فيكون تحديد مكان انعقاد العقد مسألة تطبيق القانون عند غياب اتفاق مكان الانعقاد، حيث يكون القاضي مقيداً بمكان علم الموجب بالقبول. ولكن متى وجد اتفاق في العقد حول تحديد مكان العقد يتحول إلى مسألة موضوعية يتطلب البحث والتقصي عن إلزامية الشرط من جهة، والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين حول هذا الشرط من جهة أخرى. كما أن القاضي مقيد بالاختصاص المكاني للدعوى، حيث أن في القانون العراقي دعوى الدين او المنقول تقام في المحل الذي نشا فيه الالتزام او محل التنفيذ او المحل الذي اختاره الطرفان لاقامة الدعوى[5]. أما في القانون المصري فيكون الاختصاص لمحكمة المكان الذي يتم تنفيذ

---

(1) د.أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الاثبات، منشأ المعارف، الاسكندرية-مصر،٢٠٠٣، ص١٧.

(2) المصدر ذاته، ص١٧

(3) د.عبدالحكم فوده، تفسير العقد، المصدر السابق، ص٢٤٠

(4) د.عبدالمجيد الحكيم، مصادر، المصدر السابق، ص٩١.

(5) تنظر المادة (٣٧) من قانون المرافعات العراقي

الالتزام فيه كلاً أو جزءاً[١]. كما ان في العقود التي تتنازع بشأنها القوانين، يعتمد على أحد ظروف الاسناد لتحديد القانون الذي يجب تطبيقه على العقد، وهو قانون محل إبرام التصرف في هذا الفرض[٢].

وقد يتواجد الموجب في مكان يبتعد عن مكان القابل، وهذا الابتعاد ينتج عنه اختلاف الالفاظ المستخدمة في المعنى، سواء رجع الإختلاف إلى إختلاف اللغة في كلا المكانين أو فقط اختلاف في المعنى الذي جرت العادة عليه في مكان كل من الموجب والقابل، فهنا يواجه القاضي مشكلة تحديد معنى عبارات العقد وفق عرف أي من المكانين. إذ من ناحية المكان الذي يتحدد معنى اللفظ المستعمل في العقد على أساس العرف الجاري فيه فان الأمر لا يخلو من ان يكون هناك اتفاق بين العاقدين على معنى معين دل عليه عرف أحد المكانين، أو لا، فإن وجد اتفاق فإن عبارة العقد تفسر عليه وهذا أمر لا خلاف فيه، ذلك لأنه معنى اللفظ المستعمل وإن اختلف وفق عرف كل من العاقدين إلا أن اتفاقهما على معنى دل على طرح المعاني الأخرى، فيكون الرضا منصباً على معنى واحد، فيتحقق التوافق بين الإيجاب والقبول في العقد، وهو المطلوب لصدور العقد صحيحاً شرعاً، أما إذا لم يوجد اتفاق ولم يثبت ذلك، فأختلف الفقهاء حول كيفية تحديد المعنى، إذ ذهب البعض إلى أن العقد يكون باطلاً في هذه الحالة، لأن العقد يتوقف على التوافق بين الإيجاب والقبول الصادرين من العاقدين، فإذا أختلف كل منهما مع الآخر فإن الرضا حول أمر واحد يكون محل للعقد وهو اساس العقد، يكون مفقوداً، فيبطل العقد[٣]، في حين يستبعد بعض الفقه اقرار بطلان العقد في هذه الحالة ويرجحون العمل بالمعنى العادي في المكان الذي يتواجد فيه الموجه إليه الإيجاب، ويستندون في ذلك الى أن إرادة الموجب إنما تتمثل في معاني الألفاظ التي عبر بها عن إرادته، والعبرة بالمعنى الذي يفهمه الموجه إليه الإيجاب من تلك الالفاظ المستخدمة في التعبير[٤].

لم تنظم القوانين المقارنة موضوع تحديد معنى الالفاظ عند وجود الاختلاف بينها بسبب اختلاف المكان أو الزمان، غير أن القضاء الفرنسي، ذهب إلى انه في حالة كون العقد مكتوباً بلغة

---

(١) تنظر المادة (٥٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٢) تنظر المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي والمادة (١٩) من القانون المدني المصري.

(٣) شوقي ابراهيم عبدالكريم علام،القواعد الفقهية ودورها في التفسير القضائي للعقد عند التنازع في عباراته المرتبة للحقوق والالتزامات في الفقة الاسلامي، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية،٢٠١٠، ص١١٠.

(٤) د.احمد شوقي محمد عبدالرحمن، قواعد التفسير، المصدر السابق، ص١٦.

أجنبية، فيؤخذ بالمعنى العادي المقرر في المكان الذي يقيم فيه الموجه إليه الإيجاب، وأغفل المعنى السائد في مكان الموجب[1].

المطلب الثاني

مدى حرية القاضي في الأخذ بالعوامل الخارجية المؤثرة في التفسير التوفيقي للعقد

هنالك مجموعتان من العوامل تقعان خارج العقد، وتؤثر في تفسيره، المجموعة الاولى من هذه العوامل عبارة عن مصادر القانون، والمجموعة الثانية تتجسد في النظام العام والعقيدة القانونية. تطبيقاً لقواعد البحث العلمي والتقسيم المنطقي والمعقول لفقراته، استحسنا ان نطلق على المجموعة الاولى تسمية العوامل الخارجية الخاصة، وعلى المجموعة الثانية تسمية العوامل الخارجية العامة.عليه نقسم هذا المطلب على فرعين وهما:

– الفرع الاول: مدى حرية القاضي في الأخذ بالعوامل الخارجية الخاصة المؤثرة في التفسير التوفيقي.

– الفرع الثاني: مدى حرية القاضي في الأخذ بالعوامل الخارجية العامة المؤثرة في التفسير التوفيقي.

الفرع الاول: مدى حرية القاضي في الأخذ بالعوامل الخارجية الخاصة المؤثرة في التفسير التوفيقي

ان القضاء هو الجهة الرئيسة لتطبيق القانون، بل هو المكان الذي يتم الالتزام والتقيد المحض بالقانون فيه من جميع الأوجه، لذا لا يمكن اجراء تفسير قضائي دون الالتزام بالقانون. ومن اولى المسائل التي تدخل في سلطة القاضي اثناء التفسير،التقيد بالتدرج الذي أورده المشرع لمصادر القانون، او الخروج عن هذا التدرج، إذ أوردت المادة الأولى من القانون المدني العراقي مصادر الحكم أو تطبيق القانون بالشكل الآتي: " التشريع، العرف، مباديء الشريعة الاسلامية، قواعد العدالة "[2]، التساؤل المطروح هنا هل يلزم القاضي أن يعتمد هذا التدرج في تفسير العقد؟

([1]) د.احمد شوقي محمد عبدالرحمن، قواعد التفسير، المصدر السابق ، ص١٧.

[2] كما أورد المشرع المصري نفس التسلسل لمصادر الحكم في مادتها الاولى بالشكل الآتي :"التشريع، العرف، مباديء الشريعة الاسلامية، القانون الطبيعي وقواعد العدالة <"أما في القانون الفرنسي يقتصر الحكم على

إن الرأي الغالب والسائد في الفقه والقضاء العراقي وفي مصر هو الالتزام بالتدرج الذي أورده المشرع، وهذا يعني أنه في حال وجود نص في التشريع على القاضي أن يلتزم به ويطبقه ولا يفكر في العدول عنه إلى العرف أو غيره، لأن التشريع يعتبر مصدراً رسمياً أصلياً، أما العرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة على الرغم من اعتبارهم مصادر رسمية للقانون، إلا انهم مصادر احتياطية لا يجوز الرجوع إليها إلا عند انعدام النص[1].

ولكن لما كان أغلب القواعد القانونية المنظمة للعقود هي من قبيل القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، وهنا يعني أن ما يتفق عليه الأفراد يكون مصدراً لتنظيم العقد وبالتالي سيدخل ضمن الترتيب السابق، كما أن التفسير التوفيقي يتطلب التوفيق بين الإرادة التشريعية وإرادة المتعاقدين والواقع الذي يتم تنفيذ العقد فيه، لذا قد تكون الاسبقية لطبيعة العقد أو القاعدة العقدية، عند إجراء التفسير التوفيقي للعقد، وقد وجدنا أن المشرع نفسه قد خرج عن هذا التدرج في بعض المواد، في سبيل مراعاة مصالح المتعاقدين، حيث جاء في المادة (٨٦)[2] من القانون المدني العراقي: " ...... اذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة ". اي ان المشرع قد قدم طبيعة الموضوع على القانون من جهة، ومن جهة أخرى ساوى بين نصوص القانون والعرف والعدالة واستغنى عن مباديء الشريعة الاسلامية كمصدر للحكم عند تحديد المسائل التفصيلية في العقد، كما نهج المشرع نفس المنهاج في تحديد مستلزمات العقد، إذ جاء في المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي: " ١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ". وتقابلها المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه: " ١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ". أما المشرع الفرنسي فقد تعمد تدرج مختلف عن التدرج المصدري المتبع من قبل المشرع

النصوص التشريعية مع الأخذ بنظر الاعتبار عند تطبيق النص قواعد العدالة ومثال ذلك المادة (١١٩٤) من قانون العقود الفرنسي الجديد.

(1) د.اسماعيل نامق حسين، أصول علم القانون، الطبعة الاولى، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩، ، ص١٢٦.د.سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، دار منشأ المعارف، الاسكندرية- مصر، ١٩٨٧، ص٤٧٦.

(2) وتقابله نص المادة (٩٥) من القانون المدني المصري

العراقي والمصري، مقدماً العدالة على العرف والقانون، كمصدر لتحديد مستلزمات العقد، إذ جاء في المادة (١١٩٤) من قانون العقود الفرنسي الجديد: " لا تلزم العقود بما هو منصوص عليه فيها فقط، بل أيضاً بجميع ما يعتبر من توابعها وفقاً للعدالة والعرف والقانون ".

وكذلك قدم المشرع الاتفاق على نصوص القانون (القواعد المكملة) والعرف في بعض المواضع، منها نص المادة (٥٧٢) المدني العراقي، إذ ورد فيها: " لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الاداء، الا اذا اعذر المشتري او سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلاً ان ينتج ثمرات او ايرادات اخرى وذلك ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغيره "[١]. هنا تكون الاولوية لاتفاق المتعاقدين وتليه في المرتبة القواعد العرفية.

يتبين لنا مما سبق أنه على الرغم من أن تدرج مصادر القانون في كل من القانون المدني العراقي والمصري تدرج الزامي للقاضي لا يجوز أن يحيد عنه كقاعدة عامة، إلا أن للعقد تدرج خاص به يجب على القاضي تتبعه عند تفسير العقد بصورة خاصة.

تجدر الإشارة الى انه إضافة إلى تقييد القاضي بالتدرج التشريعي من عدمه لمصادر الحكم، تختلف وتتباين حرية وسلطة القاضي في كل مصدر من مصادر تطبيق القانون، فعندما يفسر القاضي العقد وفق النصوص التشريعية، فأن اختيار القاعدة القانونية التي تحكم موضوع النزاع، يصبح أولى الواجبات التي يتقيد بها القاضي اثناء التفسير، وذلك لإن حل النزاع من طرف القاضي يتم من خلال تطبيقه للقاعدة القانونية الملائمة[٢]، علماً بأن سلطة القاضي تتدرج حسب طبيعة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، إذ تأخذ هذه السلطة ثلاث مستويات، المستوى الأول تكون فيه هذه السلطة مقيدة، وهي في الحالات المتعلقة بتطبيق قاعدة قانونية واضحة، فمثلاً عندما يعرض عقد باطل لعدم مشروعية المحل على القاضي لتفسيره، لا يكون مخيراً لاختيار القاعدة القانونية التي يراها ملائمة، لكون هذا الموضوع قد حدد في القانون بشكل واضح لامجال للخروج عنه، ولكنه يستطيع، حتى وإن كانت القاعدة واضحة، اللجوء الى التفسير لتوضيح معنى العبارات التي أوردها النص فقط، أو للوقوف على مفهوم النص. أو إذا حدد القانون أجلاً زمنياً محدداً لمباشرة إجراء معين تحت طائلة سقوط الحق، فإنه ليس لقاضي

---

(١) وتقابله نص المادة (٤٥٨) المدني المصري والمادة (١٦٥٢) المدني الفرنسي.

(٢) د.نبيل إبراهيم سعد، د.محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية – نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٢٤١.

الموضوع أن ينقص هذا الأجل، أو يزيد فيه، حيث لا يملك أي سلطة تقديرية في إعماله لهذا الأثر المحدد قانونا(1).

وفي المستوى الثاني يخفض المشرع شدة التقييد على سلطة قاضي الموضوع ، وهذا في الحالة التي تكون فيها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق غير واضحة، حيث يتعين على القاضي القيام بتفسيرها قبل تطبيقها(2) ، أما إذا كان موضوع النزاع لم يكن واضحاً جداً، بل أعتراه غموض أو نقص، فهنا تكون سلطة القاضي أكثر سعة، ويختار القاعدة القانونية التي يراها أكثر ملائمة للموضوع(3)، فمثلاً إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على أن يقوم رب العمل بتوفير مسكن للعامل مع اجرته، فهنا القاضي إذا لم يوضح له كون المسكن جزء من الاجرة أو عقد ايجار مستقل، فبإمكانه، بعد أن يقدم تسبيباً قانونياً سليماً أن يعتبره جزءاَ من الاجرة، أو أن يتم التعامل معه كعقد ايجار مستقل.

أما في المستوى الثالث فإن هذه السلطة تصبح واسعة، حيث يترك فيها المشرع للقاضي حرية اختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق(4). فيمنح المشرع سلطة واسعة للقاضي لإختيار الحل القانوني الملائم للنزاع المعروض عليه، فعند وجود نص في القانون يجيز للقاضي بأن ينقص من مقدار التعويض، أو عدم الحكم به إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه(5)، هنا تكون للقاضي سلطة واسعة في إختيار الحل الامثل، حسب مايراه من وقائع الدعوى، لحل النزاع المعروض عليه.

كما تتدرج سلطة القاضي في الاحتكام إلى العرف بين التقييد والتخفيف، فتكون حرية القاضي مقيدة عند تقديره كون القاعدة العرفية مخالفة لقواعد التشريع الآمرة أم لا، في حين يخف تقيد القاضي أو قد يتلاشى القيد عندما تعلق الامر بالتثبت من عموم العرف وقدمه أو عند

(1)مثل المطالبة بحق الشفعة أو دعوى العيوب الخفية في عقد البيع.

(2) د.محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مجموعة رسائل الدكتوراه، مطبعة العربية الحديثة، ١٩٧٩، ص٥٥.

(3) د.أنيس منصور المنصور، نحو التنظيم القانوني لتفسير الحكم القضائي في قانون اصول محاكمات المدنية الاردني، بحث منشور على الصفحة الالكترونية، https://platform.almanhal.com/

(4) :أ زرقون نور الدين، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الثامن، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ٢٠١٣، ص٢.

(5)الفقرة (١٧٠/٢) من القانون المدني العراقي. وتقابله نص المادة (٢١٦) من القانون المدني المصري. ولم نجد نصاً في القانون المدني الفرنسي.

البحث في اعتقاد الناس بألزامية العرف[1]. كما يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي البحث عن العرف المتبع في مكان ابرام العقد أو مكان تنفيذه، أو في تقدير القاعدة العرفية التي يتم الأخذ بها في حال تعددت القواعد العرفية بشان الموضوع المراد تفسيره.

أما بالنسبة لمباديء الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون وكمرجع للتفسير، فأننا وجدنا أن عدم تحديد المشرع – في العراق ومصر- معنى هذه المباديء، وكذلك غياب المعنى القانوني المعطى للمبدأ في الشريعة الإسلامية[2]، وعلى الرغم من أنه يبدو أن المشرع اطلق يد القاضي في البحث عن الأحكام القانونية بالرجوع إلى الأحكام الفقهية التفصيلة أو القواعد الكلية، مع إجتهاده في استنباط الحكم على ضوء فهمه للشريعة. ولكنه في نفس الوقت الزم القاضي بمهمة تحتاج إلى جهد مضن ودراسة مستفيضة للوصول إلى أكثر الأحكام ملاءمة للقانون المدني[3].

وأخيراً وليس أخراً، يجد القاضي نفسه امام قواعد العدالة، ليستقي منها أحكام قضائية عند تفسيره للعقد، وبالنسبة لسلطة القاضي التقديرية في نطاق مباديء العدالة كمصدر للحكم، يجب أن نشير إلى أن الإحالة إلى مباديء العدالة كمصدر للقواعد القانونية لا يمد القاضي بقواعد قانونية بالمعنى الصحيح، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الأخرى، وإنما تلزمه أن يجتهد رأيه توصيلاً لحل للنزاع المعروض أمامه، في الحالة التي لا يجد فيها حلاً لهذا النزاع في المصادر الأخرى. واجتهاد القاضي في سبيل التوصل إلى حكم من خلال هذا المصدر يتم بناء على أساس الموازنة بين المعايير والأفكار السائدة في المجتمع[4]، وهذا ما يمنح القاضي حرية واسعة في البحث عن تلك الافكار والمعتقدات والموازنة فيما بينهم.

يتبين مما تقدم، أن مصادر الحكم أو تطبيق القانون، الرسمية منها والتفسيرية، تعكس في مجموعها إرادة المشرع، إذ أورد المشرع كل منها وحدده، وأعطى له قوته، بيد أن كل مصدر من هذه المصادر له دلالته الخاصة، فالالتزام بالتشريع يدل على تقديس الإرادة التشريعية، واعتبارها صحيحة وناجعة، أما الركون إلى العرف، فهو فيه معنى الاعتداد بإرادة الجماعة المباشرة، وإن كانت هذه الإرادة غير مستقيمة وغير منطقية، وكذلك ان الرجوع الى الشريعة الإسلامية إن دل على شيء فهو يدل على الحث نحو المباديء الدينية السامية، وتأثير ذلك على

---

(1) د.ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠١٨، ص١٠٣.

(2) د.اسماعيل نامق حسين، أصول علم القانون، المصدر السابق، ص١١٣.

(3) المصدر ذاته، ص١١٦

(4) د.نبيل إبراهيم سعد ود.محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص٢٣٧

النفوس والجانب الأخلاقي، بينما يدل الالتزام بالعدالة على مراعاة الواقع، وطرفي العلاقة القانونية، ومحاولة إرضائهما عن قناعتهما وطيبة النفس كل ذلك من جهة، أما من جهة أخرى فإن إجازة المشرع للاستفادة من الفقه والقضاء، تدل على مراعاة جانبي فهم وخبرة المختصين عند تطبيق القانون. حقيقة أن المشرع أورد تلك المصادر المشار إليها أعلاه وإلى دلالاتها، وثمة اتفاق في الفقه على أن التدرج أو التسلسل المصدري الوارد لتلك المصادر يجب اتباعه عند تطبيق القانون، الا انه مع كل هذا، عندما يشرع القاضي في تفسير عقد ما، من الضروري ان يستقريء دلالة كل مصدر من مصادر الحكم، وأن يوازن ما بين تلك الدلالات، وأيها واجب الرعاية في الوقت الذي يفسر فيه العقد، وفي الوقت الذي ابرم فيه، نحن لا نقول ان يتجاهل القاضي التسلسل المصدري، لكننا نعتقد أن القواعد التي تحكم تفسير العقد فيها من المرونة، ما يساعده على هذه الموازنة، أو حتى ما يتطلبها منه ويرشده إليها، لأنه إن كان على القاضي أن يفسر القانون تفسيراً متطوراً، فما ذ يمنعه من أن يفسر العقد تفسيراً متطوراً؟

الفرع الثاني: مدى حرية القاضي في الأخذ بالعوامل الخارجية العامة المؤثرة في التفسير التوفيقي

يلتزم القاضي بفكرة النظام العام والآداب عندما يحكم ويطبق القانون، وكذلك عندما يفسر القانون، بينما لم تتحدد معالم هذه الفكرة، الأمر الذي يؤدي إلى إعطاء القاضي سلطة تقديرية للتعامل مع هذه الفكرة. طالما أن النظام العام عبارة عن المصالح العليا للدولة[١]، والآداب العامة عبارة عن الأفكار والقناعات السائدة في المجتمع[٢]، سواء أكانت هذه الأفكار موروثة إلى المجتمع، أم خلقها هو، أو كانت عابرة إليها من مجتمعات أخرى، فتقرير تلك المصالح العليا وهذه الأفكار وتلك القناعات والاحتكام إليها يخضع لتقديرات القاضي الشخصية في جزء كبير منها[٣]. أما ما يتعلق بتفسير العقد، فالقاضي كما يلتزم بفكرة النظام العام، عند تفسير القانون[٤]، فهو يلتزم كذلك بالفكرة ذاتها، عندما يقدم على تفسير عقد ما، أو يطلب منه تفسيره، لأن العقد صحيح أنه تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لكن هذه القاعدة ذاتها والعقد معاً

(١) د.عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ص٤٩٤.
(٢) المصدر ذاته، ص٥٢٨.
(٣) حسن رجب محمد مخلف، سلطة القاضي، المصدر السابق، ص٩١.
(٤) د.محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، ١٩٨١، ص٣٠.

يخضعان لتأثيرات النظام العام والآداب، عند نشوء العقد وعند بقائه وتنفيذه، وما فكرة العدالة العقدية التي دخلت بقوة في نظرية العقد، إلا تأكيداً على التمسك بفكرة النظام العام ونجاعة هذه الفكرة، وتأثيرها الكبير على نظرية العقد، ثم ان اشتراط عدم مخالفة محل العقد وسببه للنظام العام والآداب، والتأثير الذي تركته نظرية المحل والسبب على نظرية العقد، تدل بوضوح على خضوع العقد في جزء كبير منه للنظام العام والآداب. فعندما يعطي المشرع سلطة تقديرية للقاضي، لإجراء الموازنة بين تلك الاعتبارات، وترجيح ما هو يستحق منها الترجيح، أو التوفيق بينها، إن لم يكن للترجيح سبيل، فالقاضي عندما يستعمل هذه السلطة ويفسر العقد، يضع في نصب عينيه أولاً قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي تمثل الإرادة التعاقدية، وبجانبها، يحافظ على المصالح العليا للدولة والأفكار والقناعات السائدة فيها ويسهر عليها، والتي تجسد إرادة الجماعة في الإرادة التشريعية، وكذلك يراعي العدالة العقدية، التي تترجم ظروف التعاقد وتنفيذ العقد، إلى معطيات قانونية في قالب الحقوق والالتزامات تفرض نفسها على شكل معادلة رياضية، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة، للتوفيق بين تلك الاعتبارات المتعارضة، وذلك بالترجيح ما هو منها يجدر بالترجيح، أو مراعاة كل منها بالنسب، وغيرها من طرق التوفيق.

أما بالنسبة لسلطة القاضي التقديرية في تقرير العقيدة القانونية والأخذ بها عند تفسيره للعقد، نحن نرى ان له سلطة تقديرية للتعامل مع هذا المؤثر في تفسير العقد، والأخذ به، لكنه لا يجوز له أن يعتمد على هذا المؤثر فقط ويتجاهل المؤثرات الأخرى، وإنما عليه الاستفادة منها بالمحاذاة مع المؤثرات الأخرى، لأن هذا المؤثر كما سبقت الإشارة إليه، انه ليس بمنأى عن المؤثرات الأخر وبمعزل عنها، لا في معالمه ولا في تأثيراته، آية ذلك، ان العقيدة القانونية تتكون مثلاً تحت تأثير القانون ومصادره[1]، لذلك لا تنفصل عن المؤثرات الأخرى في تفسير العقد، ولا تنصهر فيها. فالقاضي الفرنسي يفسر العقد تحت تأثير تعليمات النظام القانوني اللاتيني وإيحاءاته[2]، كما ينطبق الأمر ذاته على القاضي العراقي أو المصري الذي يلتزم في تفسير العقد، بالعقيدة القانونية التي تسود المجتمع العراقي أو المصري، والتي تتأثر في ذاتها بتعليمات أنظمة قانونية مختلفة والشريعة الإسلامية، لذلك يكون الأمر بالنسبة للقاضي العراقي والقاضي المصري أصعب مقارنة بالقاضي الفرنسي.

(1) د.إسماعيل نامق حسين، العقيدة القانونية ومدى مساهمتها في تحقيق سيادة القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد التسلسي ٢٩، السنة الثامنة- العدد الاول، مارس٢٠٢٠، ص١٦.

(2) http://www.justice.gouv.fr/art_pix/french_legal_system.

غاية القول، ان القاضي عندما يفسر العقد، عليه مراعاة الخط القانوني المستقيم الذي تسير عليه الحركة التشريعية في البلاد، وكذلك أن يأخذ بالحسبان عقيدة أطراف العقد القانونية، خصوصاً إذا كانت قواعد الاسناد تفرض عليه الاحتكام الى قانون معين، فهنا يكون على القاضي مراعاة العقيدة القانونية في البلد الذي يكون قانونه واجب التطبيق، لا العقيدة القانونية السائدة في بلده. وبما أن العقيدة القانونية تتكون من قواعد ونظريات وتعليمات منهجية، فهي واسعة النطاق، لذلك نسبة التقدير فيها كبيرة، وللقاضي سلطة تقديرية في تقريرها وفي تفعيلها، شأنها شأن النظام العام والآداب.

المبحث الثاني

الرقابة التمييزية على التفسير التوفيقي للعقد

الانظمة القانونية في العراق ومصر وفرنسا تشترك في أن التقاضي يكون على درجتين، أي أن القرار الصادر من المحكمة الابتدائية تكون قابلة للطعن أمام محكمة الاستئناف والتمييز، والطعن التمييزي يحتل مكانة كبيرة في التقاضي لكونه الدرجة الاخيرة من التقاضي والقرارات الصادرة من هذه المحكمة تكون باتة وغير قابلة للطعن قانوناً.

واختصاص محكمة التمييز[1] يتم تحديدها وفق القانون، ففي قانون المرافعات المدنية العراقي يقع الطعن التمييزي على الخطأ في تطبيق القانون وكذلك على الخطأ في تقدير الواقع [2]، حيث يقتصر الطعن في قانون المرافعات المدنية المصري على مسائل القانون فقط[1].

([1]) وهذه المحكمة تسمى محكمة التمييز في العراق ومحكمة النقض في كل من مصر وفرنسا للمزيد من التفصيل ينظر: د.أنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، جامعة بنهاء، كلية الحقوق، بدون سنة نشر، ص٤٥.

([2]) جاء في المادة ٢٠٣ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ العراقي: " الغيت هذه المادة بموجب المادة (٣) من قانون التعديل الخامس لقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، رقمه ٣ صادر بتاريخ ١٩٧٧/٩/١، واستبدل النص الاتي به:

للخصوم ان يطعنوا تمييزا، لدى محكمة التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو البداءة او محاكم الاحوال الشخصية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة، وذلك في الاحوال الآتية.

١ - اذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون او خطا في تطبيقه او عيب في تاويله.

٢ - اذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص .

٣ - اذا وقع في الاجراءات الاصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطا مؤثر في صحة الحكم .

نحن في هذا المبحث نحاول أن نبين أولاً كيفية الرقابة التمييزية على مسائل القانون وعلى فهم الوقائع وتقديرها، ثم نناقش مدى خضوع التفسير التوفيقي للعقد للرقابة التمييزية، فتحقيقاً لذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، كالآتي:

- المطلب الاول: الرقابة التمييزية على مسائل القانون ومسائل الواقع.
- المطلب الثاني: مدى خضوع التفسير التوفيقي للرقابة التمييزية.

المطلب الاول

الرقابة التمييزية على مسائل القانون ومسائل الواقع

مما لا شك فيه أن محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية ومحكمة التمييز لها حق الرقابة على مسائل تطبيق القانون، من حيث هل تم تطبيقه تطبيقاً سليماً، فتلك المسائل التي تتعلق بتطبيق القانون كلها تخضع للرقابة التمييزية. أما مسائل الواقع فهناك خلاف بصدد أي جانب منه يخضع للرقابة التمييزية، وأي جانب منه لا يخضع.

توضيحاً لهذه الامور، وجواباً لتلك التساؤلات المثارة بشأنها، نفضل أن نقسم هذا المطلب على فرعين، وهما:

- الفرع الأول: الرقابة التمييزية على مسائل القانون.
- الفرع الثاني: الرقابة التمييزية على مسائل الواقع.

---

٤ - اذا صدر حكم يتناقض حكما سابقا صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم انفسهم او من قام مقامهم وحاز درجة البتات .

٥ - اذا وقع في الحكم خطا جوهري. ويعتبر الخطا جوهريا اذا اخطا الحكم في فهم الوقائع او اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى او فصل في شيء لم يدع به الخصوم او قضى باكثر مما طلبوه او قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى او على خلاف دلالة الاوراق والسندات المقدمة من الخصوم او كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض او كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية ". للمزيد من التفصيل ينظر: د.عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، مطبعة العاني، بغداد،١٩٧، ص٩٠

(١) المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرية رقم ١٣ لسنة ١٩٨٣: " للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية:

١.إذا كان الحكم المطعون فيه منيا على مخالفة للقانون او خطأ في تطبيقه أوفي تأويله.

٢.إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم للمزيد من التفصيل ينظر د.أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الاولى، الناشر خاص دكتور أحمد، ٢٠١١، ص ١١٣٣.

الفرع الاول: الرقابة التمييزية على مسائل القانون

أن العقد نظام قانوني، لذا يتدخل القانون في المسائل المتعلقة بالتكوين والتنفيذ وحتى إنهاء العقد، وأي مرحلة من هذه المراحل قد تكون مناط حكم قضائي الذي يتطلب التعامل السليم معه من قبل القضاء، من خلال إقرار الحالة القانونية للعقد، من الصحة والبطلان، وفق أحكام القانون، أو تكملة النقص في مستلزمات العقد، وكيفية تحديد التزامات المتعاقدين وكيفية التنفيذ، وتحديد موعد وكيفية انقضاء تلك الالتزامات، وبهذا يشمل رقابة محكمة التمييز هذه المراحل كافة.

وهنا يثار عدة تساؤلات، منها ماهي المسائل التي تدخل في إطار مسائل القانون؟ وهل هناك معيار أو ضابط لتحديد ذلك؟ وما الحكمة من إخضاع مسائل القانون للرقابة التمييزية؟

يتحدد مفهوم القانون بمجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلوك الاجتماعي للافراد وتتصف بالعمومية والتجريد وتقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة(١) والقاعدة القانونية هي الوحدة التي يتكون منها القانون وهي لاتتطابق بالضرورة مع اصطلاح النص القانوني، فهي أي القاعدة القانونية قد تكون مكتوبة في اطار نص قانوني وقد تكون قاعدة عرفية درج الناس على اتباعها دون ان تنظم بنص قانوني مكتوب وقد تستمد من مصادر أخرى(٢).كما ان القاعدة القانونية تتحلل إلى عنصري الفرض والحل، ويضيف البعض عنصر المطابقة أو المعاينة(٣)، فعنصر الفرض يستقل القاضي بتقديره، وباعتقادنا لا يخضع لرقابة التمييز، لأنه من مسائل الواقع، أما عنصر الحل أو الحكم فهو من مسائل القانون، فمثلاً إثبات الإخلال من عدمه هو مسألة الواقع، يـ قدره قاضي الموضوع، أم تحديد جزاء الإخلال فهو مسألة القانون. ويحدث أحياناً ان عنصر المطابقة أي مطابقة الحل للفرض تكون مطابقة معيبة، في هذه الحالة لمحكمة التمييز حق الرقابة على هذا العنصر أيضاً، فيبدو أن الرقابة تكون على مسائل الواقع، لكنها في الحقيقة تكون على معاينة الواقع، أو عنصر المطابقة.

وتسود النظام القضائي قاعدة ان المحكمة تعلم القانون وهي ملزمة بتطبيقه حتى لو لم يطلب الخصوم ذلك ولايحق لها الامتناع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والاّ عد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق(٤).

(١) د.عزيز جواد هادي الخفاجي، دروس في المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد،.٢٠٠٨، ص٧١.
(٢) د. نبيل ابراهيم سعد ود.محمد حسن قاسم، المدخل الى القانون، المصدر السابق، ص١٢٤.
(٣) د.سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الإلتزام، دار منشأ المعارف، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٥، ص٥٠٠.
(٤) تنظر المادة (٣٠) من القانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (١٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

وفي غياب معيار تشريعي للتمييز بين القانون والواقع ، تعددت الآراء الفقهية[1] في هذا الشأن، وبالرجوع إلى تلك الآراء وجدنا تبايناً فيما بينهم، والسبب في ذلك برأينا تعود إلى صعوبة التمييز بين هاتين مسألتين ذاتهما من جهة، وإلى تباين موقف محكمة التمييز بشأن تحديد تلك المسائل من جهة أخرى. ولعل من أبرز المعايير التي وضعت في هذا الشأن هو معيار الإثبات، حيث أن مسائل القانون هي تلك المسائل التي لا تحتاج إلى الإثبات أمام المحكمة بل أن القاضي يكون على علم به وهو الذي يبحث عنه ويتعين عليه تطبيقه، أما مسائل الواقع هي تلك المسائل التي يتعين على الخصوم إثباتها أمام محكمة الموضوع.

والحكمة من وراء خضوع مسائل القانون لرقابة التمييز برأينا، هي الالتزام بالإرادة التشريعية وتحقيق سيادة القانون، والسهر على التطبيق السليم والمجرد للقانون.

وبرأينا من أبرز المسائل القانونية التي تتم الرقابة عليه من قبل محكمة التمييز، التأكد من توافر أركان العقد وصحة الشروط المقترنة بالعقد وعدم مخالفتها للنظام العام والاداب، وتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وتفسير الشك في مصلحة المدين إلا إذا كان العقد من عقود الاذعان فيجب تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن، وحماية بنود العقد من التحريف.

الفرع الثاني : الرقابة التمييزية على مسائل الواقع

إلى جانب تطبيق القانون، يقوم القاضي بمباشرة أعمال تسمى الاعمال الواقعية ، تتمثل في تقدير وقائع الدعوى وفق السلطة الممنوحة له. وتسمى الأخيرة بمسائل الواقع تمييزاً عن مسائل القانون، وأهمية التمييز بين المسائل الواقعية والمسائل القانونية لا تبدو إلا أمام محكمة التمييز لأنها المحكمة التي تتولى رقابة تطبيق القانون من دون التعرض إلى ما يتعلق بوقائع الدعوى[2] إذ لا دخل للقانون في تحصيل فهم الواقع في ذاته، أي أن محكمة التمييز تتقبل وقائع النزاع كما أثبتتها محكمة الموضوع، وكما عرضها الحكم المطعون فيه[3]. وان تقدير الوقائع أمر حتمي حتى عند اختيار القاعدة القانونية المختصة بنظر الدعوى لكونها عنصر من عناصر القاعدة القانونية[4]،والواقع يقصد به كل حدث أو أمر يقع بصفة طبيعية أو إختيارية يرتب عليه ال قانون أثراً، وهذه الوقائع قد يكون وقائع مادية أو تصرفاً قانونياً.

---

(1) د.رمضان ابو السعود، أصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدر الجامعية، بيروت، ١٩٩٣، ص١٥٢.
(2) د.ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي، المصدر السابق، ص١٧٦.
(3) د.عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، المصدر السابق، ص٢١٨
(4) يتكون كل قاعدة قانونية من عنصران هما الفرض والحكم، والفرض هو الواقعة التي يرتب عليها القانون أثراً قانونياً، وقد تكون الواقعة واقعة طبيعية لادخل للانسان فيها كالموت أو تكون الواقعة من فعل

لم يحدد المشرع في العراق ولا في مصر معنى الواقع، بل أكتفوا بايراد لفظ وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي واسانيدها[1].أما المشرع الفرنسي قد حدد الوقائع بالادعاءات الواردة في طلبات المدعي والمدعى عليه[2]. ومن هنا فقد عنى الفقه بمحاولة التمييز بينهما وظهرت أثر ذلك النظريات الفقهية. ذهب جانب من الفقه إلى انه إذا قام القانون بتعريف فكرة معينة كنظام البيع مثلا ، فان تطبيق قاضي الموضوع لهذه الفكرة المعرفة يخضع لرقابة التمييز لأنه من مسائل القاذ ون.اما إذا اقتصر القانون على مجرد تسمية فكرة معينة دون أن يسبغ عليها تعريفاً معيناً مثل الإهانة أو الخطأ فان إعمال القاضي لهذه الأفكار يفلت من رقابة محكمة الطعن لأنها من مسائل الواقع[3]. في حين ذهب جانب الآخر من الفقه إلى إذا كان موضوع النزاع سبق وان نظمه المشرع بشكل معين نكون عندئذ أمام نوع من التقديرات القانونية٠ والحكم الصادر استناداً لذلك يخضع لرقابة التمييز باعتبارها من مسائل القانون أما إذا كان عمل القاضي لا يعدو أن يكون تقديراً مادياً، مثل معرفة اذا كانت الوصية مثلا كتبت بخط يد الموصي أم لا، أو كان ت قديراً معنويا مثل بحث القاضي عن تواطؤ في سلوك معين، فهنا الحكم الصادر بناء على هذه التقديرات الخاضعة لصلاحية القاضي لعدم ارتباطها بنص أو تأكيد النص على منح تلك الصلاحية لا يخضع لرقابة التمييز لان الأمر يتعلق بمسائل الواقع[4]. والمعيار الذي يمكن به التمييز بين الواقع والقانون أن كل ما يتعلق بتحليل أو تفسير القاعدة القانونية يعتبر من القانون ويخضع لرقابة المحكمة أما كل ما يتعلق بالاعتراف بالوقائع الثابتة أو التي تم تحقيقها بعد أن كانت متنازع عليها فأنها تعتبر من مسائل الواقع[5]. أما عدم خضوع مسائل الواقع للرقابة التمييزية فحكمتها تكمن في أخذ إرادة أطراف العلاقة القانونية في الاعتبار، والاعتداد بتفاصيل القضية، والأمور الدقيقة المؤثرة فيها، وذلك من أجل تحقيق العدالة، فلهذا السبب

الانسان كالعمل الضار والعمل النافع، وقد تكون الواقعة حالة قانونية أو مركز قانوني، فإذا وجه شخصاً وعداً بجائزة لمن ينجز عملاً معيناً فأن الحالة القانونية وهي صفة المدين التي

تنشاء من هذا التصرف القانوني.للمزيد من التفصيل أنظر: سعيد عبدالكريم المبارك،أصول القانون، منشورات جامعة بغداد،سنة ١٩٨٢، ص٣١-٣٢.

([1]) تنظر نص الفقرة (٦٤١٦) من االقانون المرافعات المدنية عراقي ونص الفقرة (٦٣١٦) من القانون المرافعات المدنية والتجارية مصري.

([2]) تنظر الفقرة (١١٤) من القانون المرافعات المدنية الفرنسي.

([3]) محمد غانم يونس الأمين، الطعن تمييزاً في الأحكام المدنية، مكتبة ودار مخطوطات العتبة العباسية – كربلاء، ٢٠٠٤، ص٨٩.

([4]) محمد غانم يونس الأمين، الطعن تمييزاً، المصدر السابق، ص٩٠

([5])المصدر ذاته، ص٩١.

أعطيت لقاضي الموضوع سلطة تقديرية أكثر، لكونه أقرب الى وقائع القضية ومسائلها مقارنة بمحكمة التمييز، فافترض انه أعلم من غيره بوقائع القضية.

المطلب الثاني

مدى خضوع التفسير التوفيقي للرقابة التمييزية

بما أن التفسير التوفيقي تطبيق لإرادة المتعاقدين والإرادة التشريعية من جهة، وقراءة للواقع وإعتباره من جهة أخرى، فهو عملية معقدة بعض الشيء، ومتعددة الابعاد، بعض من هذه الابعاد يتوافق مع مسائل القانون، وبعضها الآخر يتقاطع مع مسائل الواقع.

عليه نحاول في هذا المطلب، أن نناقش مدى خضوع عملية التفسير التوفيقي للرقابة التمييزية. وذلك من خلال فرعين، وهما:

- الفرع الأول: مسائل التفسير التوفيقي الخاضعة للرقابة التمييزية.
- الفرع الثاني: مسائل التفسير التوفيقي الخارجة عن الرقابة التمييزية.

الفرع الأول: مسائل التفسير التوفيقي الخاضعة للرقابة التمييزية

التفسير عملية مركبة تتكون من أكثر من نشاط يمارسه القاضي في سبيل الوصول إلى الحقيقة، وهنا يجب أن نسأل هل تدخل مسألة تفسير العقد ضمن مسائل القانون؟ وهل رقابة محكمة التمييز على تفسير العقد من قبيل الرقابة على مسائل العقد القانونية؟

فللاجابة على التساؤل هل تدخل مسألة تفسير العقد في إطار مسائل القانون، كما قلنا ان عملية التفسير عملية مزدوجة، بحيث ان القاضي أثناء تفسير العقد يتوجب عليه تكييف الواقعة المعروضة عليه والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهذا الأمر يتدخل فيه القانون والواقع على حد سواء. لذا تباين موقف القضاء من هذه المسألة، وبالرجوع إلى أحكام القضاء بصدد تفسير العقد، نجد قرارات قضائية تستبعد تفسيره عن مسائل القانون وتلحقها بمسائل الواقع، منها قضت محكمة التمييز العراقي في قرار لها: " ان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين مستعينة في ذلك بظروف الدعوى وملابساتها...."[1]. اما بالنسبة للقضاء المصري فقد استقر على أن تفسير العقد

([1]) القرار رقم ١٣١٧\حقوقية\١٩٦٥ في ١٩٦٥\٦\٢٤. نقلاً عن: د.ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي، المصدر السابق، ص١٨١

يعد من اختصاص قاضي الموضوع، إلا أنه لم يستطع إغفال رقابته عن عملية التفسير، بحيث قيدت سلطة القاضي الموضوع في تفسير العقد بنقض كل حكم خالف فيه قواعد التفسير الملزمة مثل تطبيق بنود العقد الواضحة وعدم جواز تحريفها عن طريق تفسيرها وتفسير الشك في مصلحة المدين على أن لايكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن في عقد الاذعان ولو كان دائناً، وعلى هذا الاساس قضت في قرار لها: " لمحكمة الموضوع السلطة الكاملة في تفسير عبارات العقد مادامت لم تنحرف عن المعنى الظاهر لها "[١].

كذلك عدت محكمة النقض الفرنسية مسألة تفسير العقود من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، فقضت في احد قراراتها: " إذا كان لقاضي الموضوع البحث عن نية المتعاقدين المشتركة وتحديد معنى الاتفاقات، فلا يمكن له بمقتضى سلطته هذه، أن يرفض تطبيق شروطها الواضحة "[٢]. إذ وضح القرار بشكل غير مباشر كون عملية التفسير عملية تقدير الواقع وليست تطبيق القانون. في حين نجد قرارات آخرى لنفس المحكمة تعتبر التفسير في بعض الحالات من مسائل القانون، ففيما يتعلق بالعقود التي تتضمن التزامات مالية أو ضريبية، فإن محكمة النقض بررت تدخلها في مجال التفسير بالصالح العام، إذ أن تحصيل حقوق التسجيل المترتبة عن عملية إبرام العقود، هي حقوق ذات قواعد آمرة، وكان لها أن تراقب أي تحايل من قبل أطراف العقد للتهرب من الالتزامات مالية وضريبية، وذلك عن طريق الرقابة[٣].

يتبين مما تقدم، أن القضاء متردد بصدد مسألة تفسير العقد هل تدخل في مسائل القانون ومن ثم يخضع لرقابة التمييز، أم تعتبر من مسائل الواقع فبالتالي يبقى خارج دائرة الرقابة التمييزية. إذ لم تستطع محاكم التمييز في العراق ومصر وفرنسا ان تحسم رأيها حول كون التفسير من مسائل الواقع أو من مسائل القانون. لذا نرى أن الرقابة على تفسير العقد- بالإعتبار ان تفسير العقد عملية شاملة للقانون والواقع- يجب أن تتم الرقابة على كل جزء منه على حدة، أي ان تتم الرقابة على مسائل تطبيق القانون بشكل مستقل عن مسائل تقدير الواقع لتكون الرقابة ذات الجدوى.

كما انتقل هذا الخلاف في اعتبار تفسير العقد من مسائل القانون أو من مسائل الواقع إلى الفقه، ومن ابرز المسائل التي اختلف الفقهاء حولها، هي مسألة تقدير وضوح عبارات العقد أو غموضه، حيث هناك من يرى بأن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة تدخل في رقابة

---

(١) الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧\٣\١٧.المصدر ذاته، ص١٧٩.

(٢) Civ,com,18 Jan.1950(B.civ.1950 p.17:n23)D1950.397.نقلاً عن المصدر ذاته، ص١٧٨.

(٣) مقني بن عمار،القواعد العامة ، المصدر السابق، ص٤٨٩.

محكمة النقض بالدليل أن لمحكمة التمييز نقض القرار الذي تصدره محكمة الموضوع ويكون مناطه تفسير العبارات الواضحة في العقد، دون يستند قرار النقض إلى التسبيب[1].

في حين يرى البعض أن هذه المسألة من مسائل الواقع، وأنها تدخل في سلطان قاضي الموضوع، طالماً انه اورد من الظروف الخارجية ما يبرر المعنى الذي توصل إليه فأن لا يكون خاضعاً للرقابة[2]. أما مسألة تقدير وضوح عبارات العقد من عدمه، فنحن نرى أنها تدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي تقع ضمن مسائل الواقع.

كما ان التفسير في حالة غموض عبارات العقد يجب أن يكون في اتجاه البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهذا الأمر من مسائل القانون من حيث المبدأ، لأنه عبارة عن قاعدة قانونية، بحيث لا يجوز أن يفسر العقد وفقاً لنية مخالفة للنية المشتركة للمتعاقدين، وإذا فعل ذلك تعرض حكمه للنقض لمخالفته القانون، أما كيفية تقدير النية المشتركة فهي مسألة واقعية.

وكذلك يجب أن يكون تـ فسير العقد وفق نوع العقد وطبيعة الالتزام فيه، ووجدناً بأن الالتزامات العقدية، وخصوصاً في العقود المسماة، تم تحديدها بنصوص قانونية، فأي إنحراف من هذه الالتزامات يعد من قبيل مخالفة القانون.

إضافة على ذلك، ان القاضي عند تطبيق نصوص القانون على العقد المراد تفسيره يكون حكمه من مسائل القانون وأي خطأ في تطبيق القانون يعرض حكمه للنقض سواء تم الطعن به من قبل اطراف الدعوى أو الادعاء العام[3]. وتجدر الإشارة إلى أن الخطا المقصود هنا هو الخطأ في تطبيق القواعد الآمرة، فالقاضي عند تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بمشروعية المحل او مطابقة الايجاب للقبول أو وجود سبب مشروع للعقد يجب عليه أن يطابق حكمه الحكم في تلك القواعد. أما بصدد القواعد المتعلقة بتفسير العقد، يمكن التساؤل عن طبيعة هذه القواعد، هل هي قواعد آمرة أم مكملة؟

سكت المشرع العراقي عن الإجابة على هذا التساؤل، فكل ما أورده في هذا الصدد، عبارة عن قواعد عامة يتبعها القضاء عند التفسير، إذ لم يرد في منطوق معظم هذه القواعد، وصياغتها، ما يدل على الصفة الآمرة لها، باستثناء القاعدة التي تخص تفسير العبارات الغامضة في عقود

---

(1) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان،٢٠٠٠، فقرة٣٩٢، ص٦٧٤.

(2) وليم سليمان قلاده، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، القاهرة، ١٩٥٥، ف١٧٢، ص٣٤١.

(3) تنظر المادة (٢٠٣) من القانون المرافات المدنية العراقي والمادة (٢٥٠) من القانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

الإذعان، إذ لا يجوز تفسيرها تفسيراً ضاراً بمصلحة الطرف المذعَن[١]. لذا نحن نعتقد ان القواعد المفسرة يمكن أن تكون آمرة، إذا توفر فيها أحد ضوابط أو معايير التعرف[٢] على القواعد الآمرة، كما يمكن أن تكون مكملة، إذا خلت عما يدل على انها آمرة. في حين لم نجد أي قرار قضائي في العراق يحدد طبيعة تلك القواعد. اعتبرت محكمة نقض الفرنسية قواعد التفسير الواردة في مواد(١١٥٦-١١٦٤) مدني[٣] مجرد إرشادات ونصائح وليست قواعد آمرة، فمخالفتها لاتبرر النقض، فيما اعتبرت محكمة النقض المصرية أحكام مادتين (١٥٠-١٥١) من الآحكام الآمرة التي تبرر نقض الحكم عند مخالفتها[٤].

كما أن العرف كعامل مؤثر في التفسير التوفيقي له طبيعة مزدوجة، فهو من جهة يعتبر من مسائل القانون بحيث امتناع القاضي عن الحكم به في حال عدم وجود قاعدة تشريعية يعد من قبيل الخطأ في تطبيق القانون، في حين أن البحث عن العرف والزاميته من قبل الجماعه وقدم العرف من مسائل الواقع. أما مباديء الشريعة الاسلامية فان الاخذ بها يدخل في إطار مسائل القانون، كما أن الاختيار من هذه المباديء ما هو الأكثر ملاءمة يمكن أعتباره من مسائل القانون، بحيث أن المشرع الزم القاضي بالاجتهاد في استنباط حكم يلائم النزاع المعروض عليه، ولكنه في نفس الوقت فرض عليه أن تكون الاحكام المستنبطة ملائمة للقانون المدني، فتخضع الأحكام التي يستمدها القاضي إثر إجتهاده لرقابة محكمة التمييز[٥].أما بالنسبة لقواعد العدالة، عندما يريد القضاء تطبيقها، إنما يكون ذلك تحت رقابة محكمة التمييز، ولمحكمة التمييز أن توحد قواعد العدالة وبمرور الزمن يتركز مفهوم هذا المصدر[٦]. صحيح أن العدالة تتحقق عندما تتم مراعاة الواقع، والاعتداد بالظروف المحيطة بالقضية، لكن اللجوء إليها، وكيفية تطبيقها لا

---

[١] الفقرة (٣/ ١٦٧) القانون المدني عراقي.

[٢] د.إسماعيل نامق، أصول علم القانون، المصدر السابق، ص٤٩.

[٣] الغيت هذه المواد واستبدلت بها المواد (١١٨٨-١١٩٢) في قانون العقود الفرنسي- الجديد، وتجدر الإشارة إلى ان قاعدة: " لا يجوز تفسير الشروط الواضحة والمحددة وإلا اعتبر ذلك تحريفاً لها " الواردة في المادة ١١٩٢، قاعدة آمرة بامتياز.

[٤] د.عبدالحكم فوده، تفسير العقد، المصدر السابق، ص٤٦٥

[٥] د.اسماعيل نامق، أصول علم القانون، المصدر السابق، ص١١٦.

[٦] ضياء شيت خطاب وآخرون، القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضيرية، ج١، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٨، ص ١٢.

سيما بعد تركيز مفهومها، وتكوين قواعدها، هي مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز[1].
التمييز[1].

ما يبدو لنا، ان اللجوء الى مصادر القانون والاعتماد عليها لإجراء تفسير توفيقي للعقد، هو من مسائل القانون، أما إجراء المطابقة والملاءمة بين أحكام هذه المصادر وبعض العناصر المكونة للقضية، فهو يتصل بالمسائل الواقعية التي تخضع لتقدير القضاة الموضوعين، ولمحكمة التمييز حق الإشراف والتوجيه عليها، دون تكون لها سلطة الرقابة والإلغاء.

أما بالنسبة للنظام العام وجدنا تبايناً في طبيعة القواعد المتعلقة بالنظام العام ففي حين يعتبر جميع القواعد القانونية الآمرة من النظام العام، وأي خطا في تطبيقها يكون خطأً في تطبيق القانون، إلا أن هذا لا يعني حصر النظام العام بالقواعد التشريعية الآمرة، بل يتعداه ليشمل حالات أخرى لم ينص عليها المشرع، ويؤكد ذلك نص الفقرة الثانية من المادة (١٣٠) العراقي حيث جاءت فيها: " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص....." ما يفيد معنى أن المقصود من نظام العام أوسع مما نص عليها هذه المادة، ولكنه مقيدة بتحقيق المصالح العامة، لذا يكون مسألة النظام العام من مسائل القانون،أما المشرع الفرنسي قد نص في القانون المدني وفي المادة (٦) منه على بطلان اتفاقيات المخالفة للنظام العام دون حصر النظام العام في قواعد محددة مما يترك للقاضي حرية واسعة للبحث عن مفهوم فكرة النظام العام ومطابقة الاتفاقيات القانونية به مما يوحي بأن البحث عن النظام العام من مسائل الواقع، في حين عدت محكمة نقض الفرنسية اعتبار مسألة معينة من مسائل النظام العام، هو فصل في مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز[2].

الفرع الثاني: مسائل التفسير التوفيقي الخارجة عن الرقابة التمييزية

هناك ارتباط وثيق بين القانون والواقع يصل إلى عدم إمكانية الفصل بينهما، لذا يكون من الصعب حصر المسائل التي تخرج عن رقابة محكمة التمييز، كما أن أغلبية الوقائع تترتب أثاراً قانونية والرغبة الشديدة لدى محاكم التمييز في بسط رقابتها على جل قرارات المحكام الابتدائية، أخضعت تلك الوقائع للرقابة بحجة أنها تدخل في مسائل القانون.كما أن نوع الرقابة ومداها تختلف في القوانين محل الدراسة، لذا نسعى في هذا الفرع أن نجيب على التساؤل الذي يمكن إثارته بشأن المسائل من التفسير التوفيقي التي تخرج عن رقابة محكمة التمييز؟

---

(١) د.إسماعيل نامق حسين، أصول علم القانون، المصدر السابق، ص١١٩.

(٢) حسين عبدالله الكلابي، النظام العام العقدي، مكتبة السنهوري، الطبعة الاولى، ٢٠١٦، ص١٩١

قبل الإجابة على هذا التساؤل نرى من الضروري الإشارة إلى موضوعين أساسيين فيما يتعلق بتحديد الوقائع التي لا تخضع لرقابة محكمة التمييز، وهما:

أولاً/ ان تمييز مسائل الواقع عن مسائل القانون من الامور التي لا تزال معضلة، وعجز الفقه بشأنها، فالاراء المختلفة بصددها، لكل منها سند في أحكام القضاء، فما يزيد المشكلة غموضاً وتعقيداً، هو أنه من الصعوبة بمكان فصل مسائل القانون من مسائل الواقع فصلاً تاماً، ووضع معيار عملي يؤدي إلى صياغة قاعدة عامة يمكن تطبيقها بسهولة، لمعرفة ما إذا كنا بصدد مسألة واقع أو مسألة قانون.

ثانياً/ حقيقة عبارة (لا يخضع لرقابة محكمة التمييز)، بحيث ان هذه العبارة وان كانت مناسبة لوصف عمل محاكم النقض في مصر وفرنسا- مع تحفظ أنه حتى في مصر وفرنسا تقوم محكمة النقض برقابة الواقع من خلال رقابة تسبيب الاحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية[1]- إلا أنها ليست مناسبة لوصف رقابة محكمة التمييز في العراق، لأن المشرع العراقي قد منح سلطة رقابة كاملة لمحكمة التمييز على مسائل القانون ومسائل الواقع[2]. بينما حصر المشرع المصري رقابة محكمة النقض في مسائل القانون فقط[3]. اما المشرع الفرنسي فقد حسم الأمر بأن الطعن بطريق النقض ليس مقبولاً الاّ لعيوب معينة على سبيل الحصر وتدور حول مخالفة القانون[4].

أما بالنسبة للمسائل التي تخرج عن رقابة محكمة التمييز نرى أن التفسير التوفيقي تتجاذبه إرادتان وظروف وسلطة، فالبحث عن الإرادة التعاقدية وتطبيق هذه الإرادة، عن طريق التحري عن الإرادة المشتركة والإرادة الحقيقية، أو فيما إذا كانت العبارة واضحة أم غامضة وغيرها من المسائل المتعلقة بهذه الإرادة تدخل معظمها في إطار مسائل الواقع، وكذلك استخدام القاضي لسلطته التقديرية، في الفروض التي أجاز له المشرع استخدامها، وذلك في ضوء تشخيص ظروف العقد والاعتداد بها، يدخل في إطار مسائل الواقع أيضاً، أما البحث عن الإرادة التشريعية وكيفية تطبيق هذه الإرادة فهو من مسائل القانون. بناءَ عليه يمكننا القول ان تقدير مسائل التفسير التوفيقي للعقد، وتقرير العوامل المؤثرة فيه والاعتداد بظروفها، يستقل قاضي

---

(1) جاء في الفقرة (١٧٨\١٣) من قانون المرافعات المصري (والقصور فى أسباب الحكم الواقعية، والنقض أو الخطأ الجسيم فى
أسماء الخصوم وصفاتهم وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم).

(2) تنظر نص المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي.

(3) تنظر نص المادة (٢٤٨) و(٢٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(4) مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير، المصدر السابق، ص١٩٨.

الموضوع بمعظمها، لكونها داخلة في مسائل الواقع، وبالتالي لا تخضع لرقابة التمييز، أما مراعاة الإرادة التشريعية في هذا النوع من التفسير، والالتزام بالتسلسل والترتيب الذي فرضهما المشرع من فيما يتعلق بالرجوع إلى المصادر والعوامل المؤثرة فيه، فهي من مسائل القانون.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع (**السلطة التقديرية للقاضي في إجراء التفسير التوفيقي للعقد- دراسة مقارنة في القانون المدني**) توصلنا إلى الاستنتاجات والاقتراحات الآتية:

أولاً/ الاستنتاجات:

استنتجنا من هذا البحث ما يلي:

١. ان السلطة التقديرية للقاضي عنصر أساسي في إجراء التفسير التوفيقي، لكون هذا النوع من التفسير يتطلب حرية وسلطة لإجراء الموازنة بين الإرادة التشريعية وإرادة المتعاقدين والواقع الذي يتم تنفيذ العقد فيه.

٢. أن التفسير التوفيقي على الرغم من كونه عملية ذهنية تعتمد على إجتهاد القاضي الشخصي وموازنته بين القواعد القانونية وإرادة المتعاقدين وتقدير الواقع إلا انها في الوقت ذاته تخضع لضوابط وقواعد توفر لها أرضية وأساس قانوني، مما يسبغ نوعاً من المعقولية والمقبولية على أحكام هذا التفسير.

٣. القواعد التفسيرية التي يلجأ إليها القاضي في إجراء التفسير التوفيقي للعقد، بعضها آمرة، وبعضها الأخرى مكملة، وكذلك بعضها جامدة وأخرى مرنة، لذلك تتوقف سلطة القاضي وحريته في التفسير على نوع القاعدة بالأساس، والاعتبارات التي يجب الاعتداد بها، والتوفيق بينها.

٤. من الصعب إجراء تمييز دقيق وبحت بين مسائل القانون ومسائل الواقع في مسائل التفسير التوفيقي، لأن التفسير التوفيقي يقوم بالأساس على المواءمة بين الإرادة التشريعية والإرادة التعاقدية والواقع الذي يتم تنفيذ العقد فيه، فهذه الاعتبارات تختلط وتلتبس فيها مسائل الواقع مع مسائل القانون، أي نكون أمام عملية واحدة في الوقت ذاته، تحتوي على مسائل القانون ومسائل الواقع معاً، بحيث يصعب بل يتعذر وضع حد فاصل بينهما..

٥. نحا المشرع العراقي بشأن رقابة محكمة التمييز على مسائل الواقع منحى مختلفاً عن منحى المشرع في كل من مصر وفرنسا، إذ أخضع مسألة تقدير الواقع لرقابة محكمة التمييز، بينما أخرجت في كل من مصر وفرنسا عن رقابة محكمة النقض.

٦. مادام التفسير التوفيقي ينبني بالأساس على المطابقة والمواءمة بين اعتبارات وإرادات ومصالح ووقائع وظروف، فان الأمر يتطلب جهداً كبيراً للفحص والتمحيص من أجل تحقيق التوفيق بينها، قد يفوق طاقة قاضي الموضوع، لذلك انه يخضع من حيث أنه قد تحقق فيه التوفيق والمطابقة لرقابة محكمة التمييز، أما في عناصره الأخرى، فيخضع بعضها، ويخرج بعضها الأخر.

ثانياً/ الاقتراحات:

نقترح للمشرع العراقي ما يلي:

١. منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في موضوع تفسير العقد، وإلزامه بأن يبحث عن اعتبارات العقد ومقاصده وظروف إبرامه وتنفيذه، وأن يوفق ويوائم بين هذه الاعتبارات والظروف، وذلك من أجل أن لا يجري للعقد تفسيراً مجرداً.

٢. تعديل الفقرة الخامسة من المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية، ليكن النص بشكل لا يوحي بأن مسائل الواقع تخضع لرقابة محكمة التمييز، أي أن يستقل قاضي الموضوع بمسائل الواقع، ولا تمارس محكمة التمييز الرقابة على هذه المسائل.

٣. ان الإرادة التشريعية لا تقتضي دائماً أن تكون نفسها فوق كل الإرادادت والاعتبارات دوماً، إذ تجيز هي أحياناً أن تتقدم وتفضل عليها إرادات واعتبارات أخرى، كإجازتها لتقديم العرف أو الاتفاق أو العدالة عليها مثلاً هذا من جهة، ومن جهة أخرى فرضت فكرة العدالة العقدية نفسها بقوة في حيز نظرية العقد، وهذه العدالة مبنية أساساً على التوفيق بين المصالح، إذا كان الأمر كذلك فأصبح ضرورياً النص على إلزام القاضي بإجراء التفسير التوفيقي للعقد، وأن يكون التأكد من تحقق عنصر التوفيق خاضعاً لرقابة محكمة التمييز.

قائمة المصادر

- الكتب القانونية:

١. د.ابراهيم عبد العزيز داود، التفسير القضائي لعقد التأمين، دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية-مصر، ٢٠١٤.

٢. د.أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الاولى، الناشر خاص دكتور أحمد، ٢٠١١.

٣. د.أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الاثبات، منشأ المعارف، الاسكندرية-مصر،٢٠٠٣.

٤. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، منشأ المعارف، الاسكندرية - مصر، ٢٠٠٦.

٥. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج١، دار الفكر الجامعي، ١٩٧٢.

٦. د.اسماعيل نامق حسين، أصول علم القانون، الطبعة الاولى، دار السنهوري، بيروت - لبنان،٢٠١٩.

٧. د.أنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، جامعة بنهاء، كلية الحقوق، بدون سنة نشر.

٨. د.أنيس منصور المنصور، نحو التنظيم القانوني لتفسير الحكم القضائي في قانون اصول محاكمات المدنية الاردني، بحث منشور على الصفحة الالكترونية، https://platform.almanhal.com

٩. د.ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان،٢٠١٨.

١٠. د.حسين عبدالله الكلابي، النظام العام العقدي، مكتبة السنهوري، الطبعة الاولى،٢٠١٦.

١١. د.رمضان ابو السعود، أصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدر الجامعية، بيروت، ١٩٩٣.

١٢. د.سعيد عبدالكريم المبارك،أصول القانون، منشورات جامعة بغداد،سنة ١٩٨٢.

١٣. د.سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، دار منشأ المعارف، الاسكندرية-مصر، ١٩٨٧، ص٤٧٦.

١٤. د.سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الإلتزام، دار منشأ المعارف، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٥.

١٥. د.شوقي ابراهيم عبدالكريم علام، القواعد الفقهية ودورها في التفسير القضائي للعقد عند التنازع في عباراته المرتبة للحقوق والالتزامات في الفقة الاسلامي، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية،٢٠١٠.

١٦. د. ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح القانون المرافعات المدنية، مكتبة العاني، بغداد، ١٩٧٣.

١٧. د. ضياء شيت خطاب وآخرون، القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٨.

١٨. د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية-مصر، ٢٠١٦.

١٩. د.عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠.

٢٠. د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان، ٢٠٠٠.

٢١. د.عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ١٩٩٨.

٢٢. عبدالفتاح حجازي محمد الحجازي، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والقانون المقارن، جامعة الدول العربية، ١٩٨٨ .

٢٣. د.عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد -عراق، ١٩٧٧.

٢٤. عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الإثبات، الطبعة الاولى، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، ص٧٠.

٢٥. د. عزمي عبدالفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، الطبعة الاولى، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٨٧

٢٦. د. عزيز جواد هادي الخفاجي، دروس في المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد ،.٢٠٠٨.

٢٧. د. محمد عبدالظاهر حسين، الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ٢٠٠٠.

٢٨. د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، ١٩٨١.

٢٩. د. محمد غانم يونس الأمين، الطعن تمييزاً في الأحكام المدنية، مكتبة ودار مخطوطات العتبة العباسية – كربلاء، ٢٠٠٤.

٣٠. د. محمد طه البشير، د.غني حسون طه، الحقوق العينية (الحقوق العينية الاصلية – الحقوق العينية التبعية)، الطبعة الجديدة المنقحة، دار السنهوري، بغداد- عراق، ٢٠١٦.

٣١. د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مجموعة رسائل الدكتوراه، مطبعة العربية الحديثة، القاهرة - مصر ١٩٧٩

٣٢. محمود محمد محمد على صبره، المشكلات العلمية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية، ط١، القاهرة- مصر ٢٠١٩.

٣٣. مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقها على منازعات العمل والضمان الاجتماعي، اطروحة دكتوراه مقدمة لكلية القانون جامعة وهران-السانيا، غير منشور،٢٠٠٨ - ٢٠٠٩.

٣٤. د. نبيل إبراهيم سعد و د. محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية- نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت-لبنان،٢٠٠٧.

٣٥. د. نبيل اسماعيل عمر،سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٨ .

٣٦. د. وليم سليمان قلاده، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، القاهرة، ١٩٥٥.

– البحوث المنشورة:

١. د. إسماعيل نامق حسين، العقيدة القانونية ومدى مساهمتها في تحقيق سيادة القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد التسلسي ـ ٢٩، السنة الثامنة- العدد الاول، مارس٢٠٢٠.

٢. حبيب عبيد العماري نجاة، كريم جابر عباس الشمري، السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تجاه الدفوع، بحث منشور في مجلة جامعة البابل للعلوم الإنسانية، كلية القانون- جامعة البابل، المجلد ٢٧، العدد ١، لسنة ٢٠١٩.

٣. د. حبيب عبيد مرزة العمّاري، التكييف الخاطي للدعوى، بحث منشور مجلة المحقق الحلي الحقوقي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٢ السنة التاسعة، ٢٠١٧

٤. حسين رجب محمد مخلف،السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات، بحث منشور في مجلة التقني، جامعة التقنية الوسطية، المجلد السادس والعشرون ، العدد السادس ،٢٠١٣.

٥. خالد الكيلاني - استقلال القضاء، ضرورته، ومفهومه، ومقوماته، بحث منشور في الصقحة الإلكترونية http://www.ahewar.org

٦. زرقون نور الدين،سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد الثامن، ٢٠١٣، .

٧. زمن فوزي كاطع، اسباب التكيف الخاطيء في الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، جامعة البصرة، السنة الثالثة عشرة، العدد٣٠، السنة ٢٠١٨.

— القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة (١٩٥١).

٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة(١٩٦٩).

٣. قانون الاثبات العراقي رقم(١٠٧) لسنة(١٩٧٩).

٤. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة(١٩٤٨).

٥. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم(١٣) لسنة(١٩٦٣).

٦. قانون الاثبات المصري رقم(٢٥) لسنة(١٩٦٨).

٧. قانون المدني الفرنسي (١٨٠٤).

٨. قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي رقم(٧٥-١١٢٣) لسنة(١٩٧٥).

٩. قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة (٢٠١٦).