حاكمية الاثر الاقوى في تفسير العقد

(دراسة مقارنة)

The Ruling has the Strongest Effect on Contract (A comparative Study) Interpretation

م. م اقبال مبدر نايف

أ. د. ضمير حسين المعموري

معهد العلمين للدراسات العليا

تاريخ قبول البحث

٢٠٢٢/٨/٣

تاريخ نشر البحث

٢٠٢/١٢/٢٥

الملخص

للنص التشريعي ، دلالات يستطيع ان يستشف منها المفسر، الاستدلال على توجهات المشرع الذهنية عند صياغته للنص، وان يتم تفسيره في ضوء الهدف الذي يسعى المشرع لتحقيقه ،و الاخذ بالمعنى الذي يكون معه النص ذات اثر وفعالية على المعنى الذي يجعله بلا فعالية ، ولا ينبغي الاستكانة على المعنى المطابق للألفاظ، فالالفاظ هي قوالب المعاني و اوعيتها ،و لا يتوصل الى معرفة المعاني، وقصد المشرع الا بمعرفة دلالتها، مما لاشك فيه ان دلالة الالفاظ على الاحكام التي يوردها النص القانوني ،لها معاني متعددة، فالنص القانوني لا يقتصر مغزاه على ما يستوعب من عباراته، و كثيرا ما تكون دلالته ،عن طريق الاشارة ، او المفهوم او الاقتضاء ، ولكل منها من طرق الدلالة اعتباره بإعطاء الحكم، وتقديم الاقوى من تلك الدلالات على الاضعف و للقواعد الفقهية المفسرة ،دور في تفسير مضمون العقد في ضوء هذه التوجهات ،اهمها قاعدة (اعمال الكلام اولى من اهماله لكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل)التي اخذ بها المشرع في القانون المدني العراقي، وغيرها من القواعد التي ترجح الابقاء على العقد. مما يستدعي رصد توجهات المشرع ، اثناء صياغة النصوص الخاصة بالتصرف القانوني عموما و القواعد الخاصة بتفسير العقد خصوصاً، و التي يرجح معها تفعيل العقد بما يسهم في استقرار المراكز القانونية لأطراف العقد، و تحقيق الاستقرار القانوني في ضوء غرض المشرع عند سنه القاعدة القانونية بما يتوافق مع معنى (روح النص).

الكلمات المفتاحية : دلالة الالفاظ ، تفسير العقد ، روح النص ، موجهات التفسير، العرف ، تنفيذ العقد.

Abstract

The legislative text has implications from which the interpreter can deduce, infer the mental orientations of the legislator when formulating the text, and that it be interpreted in the light of the goal that the legislator seeks to achieve, and taking the meaning that makes the text an object on the meaning with which the text remains without an object, and it should not stand On the literal meaning of the words, the words are the templates of meanings and their containers, and it is not possible to know the meanings, and the intent of the legislator is only by knowing their significance, There is no doubt that the significance of the words on the provisions mentioned in the legal text has multiple meanings, for the legal text is not limited to what is understood from its phrases, but often the indication of the

judgment is by reference, concept or requirement, and each one of the methods of indication is considered In giving the judgment, and presenting the strongest of those indications to the weakest, and the interpreted jurisprudential rules, a role in interpreting the content of the contract in the light of these trends, the most important of which is the rule (the acts of speech are more important than neglecting it, but if speech acts cannot be neglected), which the legislator took in the Iraqi civil law, And other rules that tend to hold the contract, This calls for monitoring the legislator's directions, while drafting the texts for legal action in general and the rules for interpreting the contract in particular, which is likely to activate the contract in a way that contributes to the stability of the legal positions of the parties to the contract, and to achieve legal stability in light of the legislator's purpose when enacting the legal rule in accordance with Meaning (spirit of the text.

المقدمة

اولا : جوهر فكرة البحث

تتبين حاكمية الاثر الاقوى في مرحلة تبيان العقد، تلك الواسطة العقلية والتي ترمي الى الكشف عن مضمون الارادة الحقيقة للمتعاقدين، بشكل ينسجم مع ارادة المشرع ، التي ترجح التفسير الذي يتماشى مع اعمال العقد على ابطاله، لذا سنحاول في هذا البحث رصد توجهات المشرع عند صياغته النصوص ،التي تفسر ارادة المتعاقدين وايضاح الغامض منها، والتي يذهب بها الى ترجيح عبارات العقد التي تميل الى بقاء وتفعيل العقد، من خلال تسهيل تفسير عبارات العقد اذا ما اعتراه غموض ، بسبب الاشتراك المعنوي او المجاز اللفظي تمهيداً لتنفيذه، مع الاعتماد على القواعد الفقهية التي اوجدها الفقه الاسلامي في منطقة التفسير.

ثانيا: اهمية موضوع البحث

تتجلى حظوة البحث في تسليط الضوء على توجهات المشرع اثناء صياغة النصوص الخاصة بالتصرف القانوني عموما و القواعد الخاصة بتفسير العقد خصوصاً، و التي يرجح معها تفعيل العقد بما يسهم في

استقرار المراكز القانونية لاطراف العقد، و تحقيق الاستقرار القانوني في ضوء غرض المشرع عند سنه القاعدة القانونية بما يتوافق مع معنى (روح النص) فالنص القانوني يكون واضحا عندما يكون متماسكا في صيغة واضحة، إذ يستخلص الحكم القانوني من العبارات التي صيغت لها، للخروج من عالم التصور والافتراض إلى عالم الحقيقة والواقع بدفعها إلى حيز الوجود المادي.

ثالثاً: مشكلة البحث

للنصوص القانونية انماط صياغة مختلفة، يمكن ان نتملس من خلالها ميل المشرع في ابقاء العقد بدلًا نقضه، للوصول الى نصوص متجانسة في مضمونها ،بما يحقق الامان القانوني للأفراد ، فوجود نمط من الديمومة النسبية للروابط القانونية يبعث على ثبات الروابط القانونية ويعمل على اشاعة السكينة والطمأنينة ويحقق الامن الانساني بإبعاده الواسعة ، وبالمقابل يؤدي عدم استقرار القوانين واضطرابها يؤدي الى خلق فوضى و عدم استقرار بالمراكز القانونية، وصياغة قوانين متجانسة بين لفظها والروح المعنوية للنص لذا لابد من تفسير النص في ضوء الاثر الاقوى للعقد بما يحقق فعالية النص و انتاجه للآثار المرجوة من وراء انعقاد العقد و للقواعد التفسير المقتبسة من الفقه الاسلامي الاثر في تحقيق هذه الفعالية.

رابعا: نطاق البحث

بحثنا للأثر الاقوى في تفسير العقد، يكون باتباع المنهج المقارن سبيلاً، لمعالجة مشكلة البحث ،فنعقد المقارنة بين القانون المدني العراقي و القانون المدني المصري من القوانين العربية في جميع موضوعات البحث بقدر ما يتعلق بموضوع البحث ،بالإضافة الى المقارنة مع القانون المدني الفرنسي ،مع الاشارة الى موقف الفقه الاسلامي ايضا بقدر ما يتعلق بموضوع البحث ،وقد تضمن البحث بعض القرارات الصادرة من القضاء العراقي.

خامساً: منهجية البحث

سلكت البحث اسلوب البحث القانوني التحليلي ،اذ تناولنا بالتحليل عدداً من التفاصيل المتعلقة بالدراسة ،من خلال عرض الآراء الفقهية و تحليلها وبيان اتجاهاتها ومناقشتها، كما اعتمدنا الاسلوب المقارن، من

خلال بيان موقف المشرع العراقي مقارنة بموقف كل من المشرع المصري و الفرنسي ،كونها تشريعات اكثر صلة بالقانون العراقي من غيرها.

سادسا: خطة البحث

سنوزع البحث الى مطلبين ، الاول موجهات الداخلية للتفسير وترجيحها للأثر الاقوى للعقد ويتوزع على فرعين، الاول ، رصد الاثر الاقوى بالموجهات الداخلية لتفسير العقد، و الثاني، تفسير العقد في ضوء روح العقد و الغرض منه، و المطلب الثاني، الموجهات الخارجية للتفسير وترجيحها للأثر الاقوى للعقد ، ويتوزع على فرعين الاول ، العرف ،و الثاني ، ظروف التعاقد و ملابساته.

المطلب الاول

الموجهات الداخلية للتفسير وترجيحها للأثر الاقوى للعقد

عندما يكون النص التشريعي سليماً في صياغته ، فيقتصر دور المفسر البحث و التأمل بعبارات النص و الفاظه ،او بحسب ما يستفاد من فحواه ،فاذا كان النص التشريعي واضحاً فان معناه يتضح بسهولة من الالفاظ و العبارات الواردة فيه ،دون عناء في فهم معناه ،وهذا ما يطلق عليه المعنى الحرفي للنص، او منطوق النص ،بما فيه من عبارات وجمل واردة فيه، ويتم استخلاص قصد المشرع من خلال روح النص بالكشف عن اشارة النص او دلالته ،وما يعنينا في هذا المطلب رصد الموجهات الداخلية لتفسير العقد سواء المتعلقة بصيغته او مادته ،وذلك على فرعين ، الاول رصد الاثر الاقوى بالموجهات الداخلية لتفسير العقد، و الثاني تفسير العقد في ضوء روح العقد و الغرض منه.

الفرع الاول

رصد الاثر الاقوى بالموجهات الداخلية لتفسير العقد

ونستدل بهذه الموجهات من خلال معرفة دلالات الفاظ النصوص، و العمل بما تدل عليه عبارة النص وما تدل عليه روحه ومعقوله، وكذلك الاستعانة بالمقاصد التشريعية ، بالإضافة الى بيان بعض القواعد

الفقهية ، التي اخذ بها المشرع العراقي ، في تفسير العقد خاصة تلك المتعلقة بصيغته، والتي نتلمس من خلالها الاثر الاقوى للعقد ، لذا سنقسم هذه الموجهات كالاتي :

اولاً: دلالة الفاظ النص

توضع النصوص من قبل المشرع بشكل تنظيم نموذجي مجرد ، تتحول بتطبيقها من قبل المحاكم على علاقات الأفراد الى تنظيم واقعي محدد ، الا ان تطبيق القواعد القانونية ليس بالأمر اليسير ، ذلك ان نصوص التشريع هي مجموعة عبارات مكتوبة ،للتعبير عن الإرادة التشريعية ، اذ قد يعتري التشريع في بعض عبارته ،غموض بسبب الاشتراك المعنوي او المجاز اللفظي، والألفاظ التي تستخدم في انشاء التصرفات الإرادية قد يكتنفها الغموض او النقص هي الأخرى ، فتحتاج الى تفسير احياناً والى تكميل احياناً اخرى.

و الالفاظ هي قوالب المعاني و اوعيتها ،و لا يتوصل الى معرفة المعاني، وقصد المشرع الا بمعرفة دلالتها، مما لاشك فيه ان دلالة الالفاظ على الاحكام التي يوردها النص القانوني ،لها معاني متعددة، فالنص القانوني ،لا يتقيد معناه على ما يدرك من عباراته، والدلالة على الحكم عن طريق الاشارة ، او المفهوم او الاقتضاء ، ولطرق الدلالة اعتباره في اعطاء الحكم، وتقديم الاقوى من تلك الدلالات على الاضعف عند التقابل[١] اي رجحان احد المعاني المشمولة بدلالة للفظ على غيرها .

ولقد بحث الفقهاء المسلمين دلالات الفاظ النصوص، لذا لابد ان نتعرف على طرق دلالة الالفاظ لدى بعض المذاهب الاسلامية، فنجد ان الحنفية، قد قسموا دلالات الالفاظ الى اربعة اقسام ،الاول عبارة النص ،فدلالة العبارة عند الحنفية هي(دلالة اللفظ على الحكم المسوق له الكلام اصالةً او تبعاً بلا تأمل) ،فهي دلالة صريحة بلا نظر او بحث وهي دلالة على ما سيق لأجله الكلام سواء سيق له اصالة او تبعاً،

١ – د.محمد اديب صالح ، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي ،المجلد الاول،ط٤، المكتب الاسلامي، ١٩٩٣، ص ٤٦٣.

ولان النص هو الثوب الذي يلبسه الشارع للحكم الخاص المقصود من التشريع ، حيث تصاغ العبارات و الالفاظ لتدل عليه فكل نص له معنى تدل عليه عباراته وظواهر الفاظه[١].

ومن تطبيقات عبارة النص على النصوص القانونية ، فيما يتعلق بعدم اعتبار قراءة الفاتحة و الخطبة عقداً [٢] ودلت هذه المادة على معنيين الاول ،ان الخطبة هي ليست عقداً وهذا المعنى ثابت باللفظ، حيث يفهم كل من يعرف اللغة العربية ان الخطبة ليست عقداً، وهو المعنى الاصلي او المقصد الاول ، لان المشرع قصد من ايراد نص هذه المادة بيان حقيقة الخطبة وتكييفها القانوني ،اما المعنى الثاني هو مشروعية الخطبة وهو القصد الثاني او التابع ، وعليه فإنّ نص المادة دلّ بعبارته على الطبيعة القانونية للخطبة وانها ليست عقد وبانها مشروعة باعتبارها مقدمة للزواج.

اما دلالة الاشارة ، (هي دلالة اللفظ على حكم غير مقصود ، ولكنه لازم للحكم الذي سيق لإفادته الكلام ، وليس بظاهر من كل وجه)[٣]، اما بالنسبة للنصوص التشريعية وهنا اراد المشرع العراقي اورد بعض النصوص ويمكن ان نستنتج منها دلالة الاشارة حيث نص (اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)[٤].

فدلت هذه المادة بعبارة النص على امرين، هما انتقاص العقد باقتطاع الشق الباطل منه ،والابقاء على الجزء السليم منه ، و الثاني بطلان العقد فيما لو تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، و

---

١ – وهذا ما نص عليه المشرع في القانون المدني العراقي حيث نصت المادة ١٥٧(لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) والمادة (٦) من نفس القانون التي نصت(الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر.)، تقابلها المادة (٤) من القانون المدني المصري (من يستعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر)، أي عدم مسؤولية صاحب الحق الذي يستعمل حقه استعمالا مشروعا عن الاضرار التي قد تصيب غيره من هذا الاستعمال فدلالة المادة على هذا الحكم المقصود من سياق الكلام دلالة بعبارة النص

٢ – وهذا ما نصت عليه المادة (٣/٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

٣ – ابو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي(المتوفي في ٤٧٦ هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي ،ج ١، دار الكتب العلمية، ص٣٩ وما بعدها.

٤ – المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي .تقابلها المادة(١٤٣) من القانون المدني المصري

المادة المذكورة لا تدل بالضرورة على بطلان العقد بأكمله اذا كان شق منه باطلا ،وانما يمكن تدارك البطلان بالإبقاء على الجزء الصحيح منه[١]

اما الدلالة الثالثة فهي دلالة النص ،اي دلالته على ثبات الحكم المنطوق به للمسكوت عنه لاشتراكهما في المعنى،و يدرك كل عارف باللغة انه مناط الحكم من غير حاجة الى نظر و اجتهاد ، ويستوي في ذلك ان يكون ما سكت عنه اولى بالحكم مما ذكر ، او مساويا له. ومدلول دلالة النص بين القطعية و الظنية ، و القطعية هي ما قطع فيها بموجب الحكم المنصوص عليه ، اما الظنية هي التي لم يقطع فيها بموجب الحكم المنصوص عليه [٢]

اما دلالة اللفظ العربي على الحكم تنقسم لدى المتكلمين الى ، دلالة منطوق ودلالة مفهوم ،ودلالة المنطوق هي ،(دلالة اللفظ على حكم ذكر في الكلام ونطق به، مطابقة، او تضمنا ،او التزاماً) ، اما دلالة المفهوم (دلالة اللفظ على حكم لم يذكر في الكلام ولم ينطق به)[٣]

ويقسم المنطوق الى صريح و غير صريح، والمنطوق الصريح هو دلالة اللفظ على الحكم بطريقة المطابقة او التضمن اذ ان اللفظ قد وضع له، اما المنطوق غير الصريح فهو دلالة اللفظ على الحكم

---

١ – من أساليب التفسير الأخذ بدلالة الإشارة في النص وهي التي لم يقصدها الشارع منه ولكن أمر ملازم له لا ينفك عنه ، وهي نوعان مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة ، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية (دلالة الإشارة باستقرار أساليب اللغة العربية وما قرره علماؤها ، هي دلالة النص عن معنى لازم لما يفهم من عبارته غير مقصود من سياقه ، ويحتاج فهمه إلى فضل تأمل أو أناه حسب ظهور وجه التلازم وخفائه ، والمعروف أن المعنى المتبادر من إشارة النص على هذا النحو من الدلالات المقيدة في فهم النصوص ، لأن دلالة النص ليست قاصرة على ما يفهم من عبارته وحروفه ، وهو ما يعبر عنه رجال القانون بالنص الصريح بل هو قد يدل أيضاً على معاني تفهم من إشارته ، ومن اقتضائه ، وكل ما يفهم منه من المعاني بأي طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ، ويكون النص دليلاً وحجة عليه ، ويجب العمل به ، وإذا لم يفطن الحكم المطعون فيه إلى هذا المفهوم من هذا التعديل الحاصل للمادتين ٦٥ ، ١٠٣ من قانون المرافعات المشار إليه ووقف عند دلالة نص المادة ١٠٣ وحده ... دون أن يمعن التأمل في المعنى اللازم المتبادر من هذا اللفظ مع دلالة نص المادة ٦٥ حسبما سلف إيضاحه .. وليس في المعنى المتبادر من عبارة أي منهما ما يتصادم أو يتنافر مع ما يؤخذ منها بطريق الإشارة ... فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .. (الطعن رقم ٣٧٤ / ٤٦ ق جلسة= ١٩٧٩/٢/٧) و(الطعن رقم ٤٦٨٥ / ٦٧ ق مدني جلسة ١٨ / ٥ /٢٠٠٠) منشور على الموقع الالكتروني الاتي: http://www.mohamoon-montada.com/

٢ – عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي،ج١، دار الكتاب العربي ، بيروت ،٢٠٠٨، ص٧٣. و د. محمد الخضري ، اصول الفقه ،دار الحديث، القاهرة ،٢٠٠٣، ص ١٢٠ و ماب عدها

٣ – محمد اديب صالح ، مصدر سابق ، ص ٥٩١ وما بعدها.

بطريق الالتزام، اذ ان اللفظ مستلزم لذلك المعنى[١] ،واعُتبر المفهوم عند شراح القانون طريقا من طرق تفسير النصوص لاستخراج الاحكام، فكما يستخرج الحكم من النص عن طريق دلالة المنطوق التي هي دلالة اللفظ على حكم شرعي ،يستخرج عن طريق دلالة المفهوم التي هي دلالة اللفظ على حكم شئ غير وارد في الكلام، وعند الاخذ بالمفهوم في التفسير القانوني نراه معتبرا بنوعيه، الموافق و المخالف، لان دلالة المفهوم قد تكون دلالة على حكم موافق لحكم المنطوق ويسمى (مفهوم موافقة)[٢]وقد تكون دلالة على حكم مخالف لحكم المنطوق، وتسمى (مفهوم مخالفة)[٣] وكلاهما طريق معتبر في تفسير النص، ولاشك ان الاخذ بالمفهوم بنوعيه المخالف الى –جانب المنطوق– في تفسيرها[٤].

وهو المفهوم من المادة الاولى ، من القانونين المدني العراقي و المصري في فقرتها الاولى (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها)، و ان لدلالته يعرف بما يسمى (دلالة المنطوق) اما النص بفحواه وروحه فيمسى (دلالة المفهوم)، ودلالة المفهوم في حال تطابقها مع الاحكام المستنتجة من النص يطلق عليها مفهوم الموافقة كما رأينا ،وان كانت لا تتطابق مع تلك الاحكام و تغايرها فيطلق عليها مفهوم المخالفة، ويقصد بالمدلول المستفاد من روح النص و فحواه، وإن فحوى اللفظ يشمل إشارته ومفهومه و انقضاءه اي بعبارة اخرى ،تفسيره بالمعنى الذي لا يظهر من عبارة النص او الفاظه ، لكن يستخلص منه باعتبار انه من لوازمه من روحه او فحواه، باستخدام طرق بحث ادق ليصل المفسر الى روح النص مستخلصا اياها من العوامل الفعلية التي كانت وحيه، ومن الاصول التاريخية التي تصل بين النص وبين التشريعات السابقة، وكذلك من الرابطة التي تربط بسائر النصوص ومن العوامل الاجتماعية، وتسمى هذه الوسائل، وهي عديدة ليست ملزمة للقاضي ،

---

١ – Ashour, Ameel Jabbar, and Dina Attia Mashaf. "Legislative deficiency in the procedural aspect of information crime." Rigeo 11.5 (2021).

٢ – مثال ذلك ما جاء في المادة (٧٤٤) من القانون المدني العراقي(اذا سلم المؤجر الدار ، ولم يسلم حجرة منها، كان المستأجر مخيرا بين اجبار المؤجر على التسليم وبين فسخ العقد او الاستمرار عليه وفي هذه الحالة الاخيرة تسقط من الاجرة حصة الحجرة الى حين تسليمها)

٣ – مثال ذلك المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي التي تقضي بانه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري، يكون الهلاك على البائع، ومن مفهوم المخالفة اذا هلك المبيع بعد قبضه من المشتري يكون الهلاك على المشتري لاختلاف العلة بين الحالتين

٤ – سليمان مرقس ،المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، ط١ ، المكتبة القانونية ، القاهرة ،٢٠٠٠ص٢٠٨.

فله ان يتبع منها ما يراه وهو اذا اتبعها لا يلزم بالتسليم بنتيجتها وكل مالها من اثر هو ان تكون عنصرا من العناصر التي يستأنس بها القاضي في تكوين عقيدته عن المعنى الحقيقي للنص[١]

و العبرة تبقى في دلالة النص وان يفهم من اللفظ معنى قد سيق له اللفظ اصالة او تبعاً، وكل معنى دل عليه النص بلفظه وظهر قصد الشارع اليه فهو ثابت بعبارة النص، اما الموافقة عند الأصوليين ، اعطاء حكم المنطوق للمسكوت، بطريق مفهوم الموافقة لاشتراكهما في معنى يدرك بمجرد معرفة اللغة، من غير حاجة الى استنباط او اجتهاد[٢]

ولمعرفة الى اي حد التزم الباحثون في تفسير القانون ، وحصر مفهوم الموافقة بالمغزى المراد بقواعد التفسير في اصول الفقه ،و الواقع اننا نرى مسلكين الاول ،يقوم على التفريق بين مفهوم الموافقة و القياس، ويعتبر مفهوم الموافقة في حالتي المساواة و الاولوية طريقا من طرق التفسير المنصوص عليه، اما القياس فانه يستخدم في حال عدم وجود النص و التفسير بمفهوم الموافقة يكون في حالة وجود النص لاستخراج الحكم[٣].

اما المسلك الثاني ، فيقوم على عدم التفريق بين القياس على اطلاقه ،وبين مفهوم الموافقة وهو ان يستنبط المفسر حكما غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه لاتحادهما بالعلة ، وينسحب حكم الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها، كما هو الحال في النص الذي اجاز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل، وعين تعيينا نافيا للجهالة و

(١) كمال عبد الواحد الجوهري، موسوعة مقومات التميز و الكفاءة في اداء اعمال المحاماة، المركز القومي للإصدارات القانونية ،القاهرة ،٢٠١٥، ص ٢٤٢.و د.عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص٢٦٤ ومابعدها

٢ – وعلى هذا اعتبرت الدلالة عند الحنفية و الكثرين معهم من المتكلمين اعتبرت هذه الدلالة بدلالة ظاهر اللفظ وليس قياسا لان من اركان القياس ان يشترك المقيس و المقيس عليه بعلة لاتدرك الا بالاجتهاد و الاستنباط، بينما الامامية وهم من نفاة القياس قالوا بمفهوم الموافقة ولم يخرج على القول به الا الظاهرية حتى الذين اعتبروا مفهوم الموافقة قياسا سموه قياسا جلياً، اما القياس على اطلاقه، وفيه الخفي،فلم يعتبر عند الاصولين مفهوم موافقة .. انظر: بشير مهدي الكبيسي،مفاهيم الالفاظ ودلالاتها عند الاصوليين،دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٧١،ص ١٥ ومابعدها.

٣– سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨

الغرر،واذا كان الامر كذلك فجواز ان يكون موضوع الالتزام حاليا وموجودا، حاصل من باب اولى، بدلالة مفهوم الموافقة[١]

اما مفهوم المخالفة بالمعنى المعروف في قواعد التفسير عند علماء الاصول ، فهو دلالة اللفظ على الحكم للمسكوت مخالف لحكم المنطوق، وذلك لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في هذا الحكم، فالنص كما يدل من منطوقه ومفهومه الموافق يدل ايضا على مفهومه المخالف، مثال ذلك بيع الشئ المستقبل، فهو بيع صحيح لكنه موقوف على شرط واقف و التعامل بتركة انسان على قيد الحياة باطل، و التركة المستقبلة جزئية من جزئيات بيع الشئ المستقبل، فافرادها بحكم القانون يفهم منه ان سائر الجزئيات الاخرى لا تشترك معها في الحكم، ويكون بيع الشيء المستقبل– عدا التركات المستقبلية– صحيحا من باب الاستنتاج بطريق المخالفة[٢].

ومما تقدم نجد ان تطبيقات الدلالات الاصولية على النصوص القانونية الغاية منها، هو بيان كيفية الاستفادة من بعض القواعد الاصولية للتشريع الاسلامي من خلال استثمارها ،واعمالها على النصوص القانونية وذلك قصد تنبيه فقهاء القانون الى طرق الاجتهاد في النص القانوني استنادا في ذلك الى القواعد و المناهج الاصولية، فالعقد ينشا لتحقيق غرض معين، بألفاظ يستطيع المفسر معها بتحديد المعنى المبهم، او الملتبس، لكن يجب ان يتم التفسير في ضوء الغرض الذي يسعى المشرع لتحقيقه ،اي الاخذ بالمعنى ذو مفعول على المعنى الذي يبقى معه النص بلا مفعول ، ولا ينبغي الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، فاذا تبين مثلا للقاضي ،ان العبارة المستعملة ، لا تعبر عن ارادة المتعاقدين، واذا اساء استخدام او استعمال الالفاظ في التعبير، عن هذه الارادة، فله ان يفسر العبارة بحسب المعنى، الذي اراده الاطراف، ولكن بشرط ان

١ – وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (١٣٢) من القانون المدني المصري ، و المادة (١١٦٣) من القانون المدني الفرنسي الجديد

٢ – د. عبد الرزاق السنهوري و احمد حشمت ابو ستيت، اصول القانون او مدخل لدراسة القانون ،مطبعة لجنة التاليف و النشر و الترجمة ،القاهرة ، ١٩٥٠، ص٢٤٧.

يبين الاسباب التي حملته على ذلك، وكيف افادت المعنى الذي اخذ به[١]وهناك علاقة بين دلالة الفاظ العقد ولغته، و الاثر الاقوى له، فاللغة ودلالات الالفاظ وتطويعها هي الأداة الرئيسية التي يشكل بها صائغ العقد عقده، ويشكل المشرع تشريعه ، فبقدر إحكامه للتقنيات اللغوية، وبقدر مِراسه في تطويع تلك التقنيات لخدمة أغراضه، بقدر ما يكون التشريع مفصحاً عن إرادة المشرع و روح التشريع، ومجليَّاً أحسن جلاءٍ عن كنه رغبة المشرع في تبسيط لغة احكام العقد وميله لتسهيل انعقاده. وبالإضافة إلى اللغة كأداة، فإنه تتوافر أدوات أخرى لصائغ التشريع لإحكام صنعته.

ثانياً: رصد القواعد الفقهية المفسرة لمضمون العقد وصيغته

ولرصد القواعد الفقهية، التي تسعى لتوضيح ما ابهم من الفاظه ، وتكميل ما اقُتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من احكامه و التوفيق بين اجزائه المتناقضة ، ومن اولى هذه القواعد الفقهية التي استعان بها المشرع العراقي في تفسير العقود (اعمال الكلام اولى من اهماله ،لكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل) فالعقود من جملة الامور التي يباشرها الانسان، وحيث ان المنظور اليه في ترتيب الاحكام على هذه الامور، هو ما قصد فاعلها منها، فكذلك الحكم في العقود على مجرد الالفاظ ، اي على مطلق المعاني التي تحتملها، وانما تترتب على المقاصد و المعاني الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الالفاظ المستعملة في صيغة العقد ، لان المعنى المقصود من الالفاظ المستعملة ،هو المعنى الحقيقي المراد وان المقاصد هي حقائق العقود وقوامها ،و اعتبرت الالفاظ لدلالتها على المقاصد ،فاذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقيد اللفظ به وتقيد الحكم عليه[٢]

---

١ – أليأس ناصيف ، الموسوعة المدنية و التجارية– دراسة مقارنة ،ج ٢، مفاعيل العقد،ط٢، (د،ب، ن) ،١٩٩٨ ، ص ٢٣٠. و محمد حنون جعفر ، القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، في ضوء الاسس التي قام عليها – دراسة مقارنة ، بحث منشور بمجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة العدد ،السابع، المجلد الاول ، ص ٣٢.

(٢) د. عبد العزيز محمد بن ابراهيم العويد، اعمال الكلام اولى من اهماله –تاصيلا وتقعيداً ،دار ابن الجوزي، السعودية،١٤٣٨ للهجرة، ص ٢٠ وما بعدها، و د. عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعة من النصوص،ط١،المركز العربي للنشر و التوزيع،٢٠١٩،ص٤٠٦. و وداد وهيب لهمود ، تعليق على قرار محكمة التمييز بشأن الشكلية في عقد المساطحة"دراسةُ مقارنة"، بحث منشور بمجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، المجلد الاول، العدد الاول ، ٢٠٢٠ ، ص ١٧١.

ولكن لا يعني هذا اهمال الالفاظ بالكلية لأنها قوالب المعاني المعبرة عنها، فتراعى اولا المعاني الظاهرة بالألفاظ ، واذا تعذر الجمع بينها وبين المعاني التي قصده العاقدان في عقدهما فانه يصار الى المعاني المقصودة، ويهمل جانب الالفاظ، من حيث دلالتها على المعاني الظاهرة ، ويعرف قصد العاقدين من العبارات الملحقة بصيغة العقد ، او من قرينة الحال فهي التي توضح القصد منه ولهذا لابد من مناسبة الصيغة و المعنى المقصود منه، حتى يمكن اعتبار العبارات اللاحقة بصيغة العقد موضحه ومبينه للقصد.

ولا يكفي لإعمال هذه القاعدة ، ان يكون المعنى مما تحتمله العبارة او الشرط بل لابد ان يكون دالا على الغرض المقصود من التعاقد ومطابقا له و لطبيعة العقد ،اذ قد يكون المعنى الذي يحتمله اللفظ منافيا للغرض المقصود من التعاقد ، او منافيا لطبيعة، العقد ، مما يتعذر معه ان يرتب اي اثر قانوني على المعنى ،اي ان اعمال الكلام في عبارة ما في العقد يجب ان لا يكون بمعزل عن باقي عباراته ، وعن الظروف المحيطة به [١]

اما الشق الثاني من القاعدة – لكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل– اي اذا تعذر حمل عبارات العقد على معناها الحقيقي او المجازي تهمل ، ولا يرتب عليها اي اثر [٢]علما بان تعذر اعمال الكلام حقيقة حقيقة او مجازا اما ان يكون لمانع قانوني او مانع عقلي ، فإما المانع القانوني فيتحقق اذا كان مضمون العبارة الواردة في العقد يتعارض وما اوجبه المشرع من احكام الزامية ، واما المانع العقلي فيقصد به ان يكون مضمون العبارة الواردة في العقد مخالفا لما قصده المتعاقدان بحيث يستحيل عقلا استخلاص المضمون المطلوب من ظروف و وقائع التعاقد[٣]

اما المشرع العراقي فقد اخذ بهذه القاعدة [٤] ،بالمواد الخاصة بتفسير العقد المأخوذة من المجلة وهي نصوص ذُكرت كي يستأنس بها الحاكم واذا كانت تصلح لتفسير النصوص القانونية فانها تصلح ايضا لتفسير العقود ،ولكن هذا يفهم منه ان الحاكم غير ملزم بتطبيقها بل يجب ان يطبقها ما وجد هذا التطبيق

١ – د. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج ٤ ، المصدر السابق ،ص ٧٥٧–٧٥٨.

٢ – د.مصطفى الزرقا ، مصدر سابق ، ٦٧٤.

٣ – د. ايمان طارق الشكري ،مصدر سابق ،ص٧١–٧٢

٤ – المادة (١٥٨) من القانون المدني العراقي

سبيلا ،ولكن له ايضا ان يطبق غيرها اذا اعوزته قاعدة التفسير التي ينبغي تطبيقها ولم يجدها بين هذه القواعد، على ان هذه القواعد الكلية تشتمل على كل القواعد الاساسية في تفسير العقود[١]

ويتفرع عن هذه القاعدة، قواعد منها الاصل في الكلام الحقيقة ، اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز، ويراد بها ان الاصل في الالفاظ الحقيقة على الاطلاق ، و الاصل في الاطلاق الحقيقة ،وقد يصرف الى المجاز بالبينة ،و المعنى الحقيقي مقدم على المعنى المجازي في العمل ،اذ يفترض في الكلام مطابقة الالفاظ لمعناها الحقيقي ، الا اذا تعذر حملها على هذا المعنى لوجود القرائن الصارفة ،فيصار عندئذ الى الاخذ بالمجاز، و الحقيقة لفظ استعمل فيما وضع له في الاصطلاح الذي به التخاطب ،و المجاز لفظ استعمل في غير ما وضع له في اصطلاح به التخاطب لصلة بينه وبين المعنى الحقيقي مع قرينة مانعة من ارادة المعنى الموضوع له[٢]فالأصل في الكلام الحقيقة و المجاز فرع فيه وخلف عنها، ولكونها اصلا قُدمت على المجاز ، وكان العمل بها اولى من العمل به، مالم يوجد مرجح له فيصار اليه [٣]

والقاعدة الثانية المتفرعة عنها، (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح)، وهي حالة تعارض التصريح(الارادة الظاهرة) مع الدلالة (الارادة الباطنة)،وترجيح التصريح باللفظ على دلالة الحال. ولما تقدم فان اعمال الكلام سواء كان بمعناه الحقيقي او بمعناه المجازي ،وبكلا المعنيين يَبرز الاثر الاقوى للعقد، وان الاصل

١ – مجموعة الاعمال التحضيرية القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١،المصدر السابق ، ص١٩٨ وما بعدها ، وذكرت اراء اللجنة الواضعة للقانون المدني بصدد هذه المادة ،فقد اعترض د.محمد حسن كبة على بعض النصوص المنقولة عن المجلة ومنها بان العبرة للمعاني لا للالفاظ و الامر يكاد ان يكون بالعكس فاللفظ هو الاساس في العقد ،اما د. منير القاضي لا يمكن ان يعترض على ان تكون العبرة بالمعاني لا بالألفاظ فان هذا لا يفهم منه اننا نهمل الالفاظ بتاتاً.

٢ – وعرف اخرون الحقيقة بانها استعمال لفظ فيما وضع له في اصل تلك المواضعة للعلاقة ... الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول – تحقيق عبد الحسين محمد البقال ،الطبعة المحققة الاولى ،النجف ، مطبعة الاداب ،١٣٩٠هجرة، ١٩٧٠م ، ص ٧٠، و المجاز استعمال الكلمة لغير ما وضعت له لقرينة ...

٣ – احمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية– تنسيق ومراجعة، الطبعة الاولى عبد الستار ابو غدة، الطبعة الثانية، بقلم مصطفى احمد الزرقا،دار القلم ، دمشق،١٤٠٩هجري، ١٩٨٩، ص ١٣٠ وما بعدها

في الكلام الحقيقة، اي حمل كلام العاقد على معناه الحقيقي وما هذا الا ترجيحا لانعقاد العقد ،وترتيب الاثار الشرعية عليه. وان كلا من المشرع العراقي و الاردني اخذ بهذه القاعدة الفقهية[١]

فالألفاظ ما هي إلا قوالب المعاني، فترتيب الأحكام على العقود بما فيه من المعاني التي قصدها العاقدان من العقد، لا مطلق المعاني التي تحتملها ألفاظ صيغة العقد، طالما لم يكن الجمع بين مطلق اللفظ والمقصود الأصلي للعاقدين من اللفظ – الصيغة – ممكناً، وما يفسر الصيغة ويظهر قصد العاقدين منها هو ما يلحق بها من عبارات أو من قرائن الحال،

ويتجلى الاثر الاقوى للعقد ايضا، بالأخذ بهذه القاعدة بإعمال الكلام وعدم اهماله في تفسير العقود ،مما يؤدي الى السماح بتكوين العقود بأكبر قدر ممكن حتى وان لم تسعف في تكوينه الالفاظ ، طالما انه كان في قصد المتعاقدين تكوين عقد بينهما ، ونجد ان هذه القاعدة التي اوجدها الفقه الاسلامي والتي اوردتها مجلة الاحكام العدلية، قد تلقفتها التشريعات كما ذكرنا انفا ، لأنها تتفق مع توجه المشرع في ترجيح انعقاد العقد على اهماله واستقرارها في وجدان المشرع اثناء صياغة المتعلقة بالعقد، دون الانحراف عن معنى الالفاظ الواضحة في معناها الظاهر ، دون ثمة دليل ،بل انه ذهب الى مد ابعادها بشكل يمكنه من تحديد مضمون العقد ايضا اي تحديد حقوق والتزامات كل من الطرفين .

و القاعدة الثانية التي تتعلق بمادة العقد، هي (العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا الالفاظ و المباني) ،معلوم ان الالفاظ ما جاءت الا لتعبر عن المعاني المرادة، فاللفظ هو الكلام الذي ينطق به الانسان، بقصد التعبير عن ضميره، و المقاصد هي الاغراض التي ارادها المتصرف من تصرفه ، اما المباني هي ترتيب الالفاظ مفردة او مركبة مادة وهيئة[٢].

و المعاني هي ما تدل عليه الالفاظ بوضعها او باستعمالها، ويفهم من هذه القاعدة انه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد ، بل ينظر الى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ

---

١ – فبينما وردت في الفقرة الثانية من المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي (على ان الاصل في الكلام الحقيقة ، اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز) و وردت في الفقرة الثانية من المادة (٢١٤) من القانون المدني الاردني (على ان الاصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز الا اذا تعذر حمله على معناه الحقيقي)

٢ – علي حيدر ،درر الحكام شرح مجلة الاحكام،ج ١،دار عالم الكتب ، ٢٠١٥،ص٢١

به ، حين العقد لان المقصد الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ وليس الصيغة المستعملة و ما الالفاظ الا قوالب المعاني، و الاصل ان يكون الاعتبار للألفاظ و المباني، لأنها الدالة على المقاصد و النيات، ولكن لتصحيح تصرف المتصرف و اعمالا لكلامه، يعدل عن ظاهر اللفظ الى المعنى، اذا دلت الدلائل على ان اللفظ قاصر لسبب ما عن التعبير، عما قصده وان الوقوف عند الالفاظ و المباني يؤدي الى اهدار كلامه واهماله ، ومع ذلك فانه مالم يتعذر التأليف بين الالفاظ و المعاني المقصودة و لا يجوز الغاء الالفاظ [١]

ولا خلاف في ان اللفظ يعبر عن معناه الاصلي ، الا ان بعض الالفاظ تُذكر احيانا ويراد بها غير المعنى الموضوع لها او يكون لها اكثر من معنى ،او يخطئ من اراد التعبير فيذكر لفظاً على خلاف ما قصد سهواً او نسياناً او غير ذلك ،فاذا جمع بين اللفظ و القصد فلا خلاف في ذلك، ولكن اذا تعارض اللفظ مع القصد وتعذر الجمع بينهما فظهرت الحاجة الى الترجيح بينهما جاءت هذه القاعدة لتقلل من اثر الخلاف الحاصل او لم يكن كذلك [٢]

فاذا لم يظهر مخالفة بين اللفظ و القصد تعلق الحكم بهما ، واذا تبين من القرائن ان اللفظ مخالف للقصد ويتعذر الجمع بينهما فالعبرة حينها بالقصد ،فالمقصود بهذه القاعدة هو الاعتداد بالمقاصد التي عينتها القرائن التي توجد في العقد فتكسبة حكم عقد اخر ، غير العقد الذي وضع له اللفظ اصلاً، اذا قصد العاقدان هذا المعنى فالقصد اجدر بالاعتبار من لفظ لا يفيد قصد العاقد فالصيغ تخبر ما في النفس من معاني ولتصح الصيغ يجب مطابقتها لما اخبرت عنه، والا كانت خبرا كاذباً ، فاللفظ لا يكون مؤثرا في العقود و التصرفات الا اذا اقترن معناه بقرينة فالعبرة للمعنى الذي دليله اللفظ ، فاذا لم يفهم من اللفظ معناه صرنا الى غيره لتعذره[٣].

وهذه القاعدة متفرعة عن قاعدة (الامور بمقاصدها)،الا ان هذه عامة في الامور كلها، و قاعدتنا خاصة بتفسير الكلام و العقود ،ولابد هنا من الاشارة الى امر مهم في التعامل مع هذه القاعدة، حتى لا يؤدي ذلك

---

١ – علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام،ج١، المصدر نفسه ، ص٢١ وما بعدها

٢ – ويؤكد هذا المعنى قول السرخسي (الالفاظ قوالب المعاني فلا يلغى اللفظ و ان وجب اعتبار المعنى الا اذا تعذر الجمع)..انظر :شمس الدين السرخسي ،المبسوط ،ج١٢،المصدر السابق ،١٩٨٩م ،ص٧٩.

٣ – ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، ج٣، دار ابن الجوزي ، المملكة العربية السعودية ،ص ١١٩– ١٢٠.

الى الغاء الالفاظ وابطال الكلام بحجة ان الامور بمقاصدها، اذ ليس المراد بالمقاصد هنا هي المقاصد المجردة، التي تبقى حبيسة النفس ،مستكنه في ضمير صاحبها، ولم تظهر الى حيز الوجود بفعل مادي يدل عليها، وانما المراد بها المقاصد التي عينتها القرائن اللفظية ، كالتي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد اخر كما في انعقاد الكفالة بلفظ الحوالة، وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة ، اذا اشترط فيها براءة المديون عن المطالبة او عدم براءته .

وما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود فقد صرح الفقهاء بانه يحمل كلام كل انسان على لغته، وان خالفت لغة الشرع وعرفه[١].

ونص القانون المدني العراقي على هذه القاعدة[٢] ،بوجوب الوقوف عند تفسير العقد عند الصيغ و العبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر، الى معنى اخر بحجة انها هي المعاني التي تتمثل فيها الارادة الباطنة ، و الارادة الباطنة لا شان لها بها ،اذ هي ظاهرة نفسية لا تعني المجتمع و الذي يعنيه هو الإرادة الظاهرة التي اطمأن اليها كل من المتعاقدان في تعامله مع الاخر ، فهذه ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية وهي التي يتكون منها العقد، ومن اجل ذلك يقف المفسر عند الصيغ الواردة في العقد ويحللها تحليلا موضوعيا ، ليستخلص منها المعاني السائغة، وتعتبر هذه المعاني ارادة المتعاقدين، وبناء على ذلك فالقاعدة ليست على اطلاقها، لان المقاصد ليست كلا معتبرة، و المعتبر منها ما دلت عليه الدلائل و القرائن، لذلك لابد من تقييدها، و اعادة صياغتها بما يحقق مقاصدها ، و الذي يقيد هذه القاعدة هو قاعدة ، هو دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه[٣]

١ – د.احمد الزرقا ،شرح القواعد الفقهية ، مصدر سابق ، ص١٣. ومن الجدير بالذكر بان الفقه الامامي لم ياخذ بهذه القاعدة ولكن اعتمدها الفقهاء بالاجماع حتى انهم اعتبروها قاعدة كبرى كلية مفروغا عنها في مقام الاستدلال على اعتبار القصد في العقود وانها لاتقع الا على نحو ما قُصد.. انظر : مرتضى بن محمد امين الانصاري ،المكاسب ،ط١، مؤسسة مطبوعات ديني ، قم المقدسة ،١٣٧٩،ص٢٣٦ وما بعدها

٢ – في المادة (١/١٥٥) من القانون المدني العراقي ومثله القانون المدني الاردني بالمادة (١/٢١٤).

٣ – د. احمد ياسين القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية و القانونية ،الاكاديميون للنشر و التوزيع،الاردن،٢٠١٤، ص ٥٢.

اما القانون المدني المصري فقد نص (اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ..)[١] ومن الجدير بالذكر الى ان القصد و الارادة هي من اطلاقات الرضا ، الذي هو ركن يقوم عليه العقد ،ومن كل ما تقدم يظهر لنا ان هذه القاعدة الفقهية الاصل ، قد ارتكز عليها القانونين المدني العراقي و المصري ، في تفسير العقد، للتأكيد على تبعية تكوين العقد لقصد اطرافه و الغرض الذي يسعيان لتحقيقه.وان الاخذ بهذه القاعدة في القانون المدني ،يؤدي الى ان الاخذ بالألفاظ الظاهرة التي يستخدمها الانسان للتعبير عن مراده، وبها تظهر الارادة الى حيز الوجود، فيكون لها وجود حسي يمكن للناس ان يقفوا عليها ، وان يتعاملوا معها ويطمئنوا لها، وتتبع اهميتها من كونها الوعاء الذي يحمل المعنى ، وبدونه يتعذر علينا الوقوف على المعاني ويترتب على ذلك ان الاخلال بهذه الالفاظ يؤدي الى غياب الحقيقة وضياع الحقوق ، و تغييب لانعقاد العقود، لذلك لابد من احترامها وصيانتها ما امكن ، و اعتبارها المعيار الاول في الحكم على المعنى .

ومن القواعد الفقهية الاخرى المتعلقة بصيغة العقد قاعدة (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) ، ويقصد بالتصريح هو الذي يكون المراد منه ظاهرًا ظهورًا بيِّنًا وتامًّا ومعتادًا، والدلالة هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم بها العلم بشيء آخر[٢].

وإذا صرِّح أمر فلا يعمل بالدلالة؛ لأن دلالة الحال في مقابلة التصريح ضعيفة، فلا عبرة للضعيف في مقابلة التصريح القوي، نعم، لو لم يكن التصريح يعمل بالدلالة، في هذه القاعدة جهتان، جهة أصولية؛ حيث إن العامي لا يستطيع أن يحكم على أمر بأن هذا دلالة، وأن هذا صراحة، فبناءً على هذا أدخل الأصوليون هذه القاعدة بعنوان: "الثابت بالدلالة مِثل الثابت بالتصريح" في الأصول، كما أن لها جهة أخرى، وهي جهة القاعدة الفقهية[٣] .

١ – المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني المصري.

٢ – مصطفى احمد الزرقا، المصدر نفسه ، ص ١٤١.

٣ – مثال ذلك لو باع شخص مالا لاخر ولم يسلم المشتري الثمن و قبض المبيع في المجلس ولم يسبق من البائع نهيه عن القبض فأن قبض المشتري يكون صحيحا لانه مأذوناً به بدلالة الحال ، وليس للبائع اخذه منه وحبسه بالثمن ، ولكن لو سبق للبائع ان نهى المشتري عن قبض المبيع ، فأن الدلالة تسقط ولا يعتبر مأذوناً بالقبض ، فاذا قبض المبيع بعد النهي فان للبائع استرداده منه وحبسه عنده بالثمن ، لان الاذن

بمعنى ان اداة المفاهيم المتعلقة بالعقد اما ان يأتي عن طريق التصريح بها اي بأدائها بالألفاظ الصريحة الواضحة في افادة المراد، واما ان يأتي من طريق دلالة الحال ،و الصراحة اقوى من دلالة الحال فأينما وجدت الصراحة مع الدلالة و اختلف المراد منها فأن العبرة لما افادته الصراحة ولا عبرة لما افادته الدلالة ، فإذا تعارضتا تسقط الدلالة ويعمل بالصراحة، الا اثراً اقوى للعقد وترجيحاً لانعقاده واعمال الصريح من اللفظ واسقاط الدلالة التي تتناقض مع صراحة اللفظ ، فالتصريح أقوى من الدلالة ، ويترتب على ذلك كون الدلالة دون التصريح في الإفادة ، فإذا وجدت الدلالة ووجد التصريح، اعتبر التصريح دون الدلالة لأن التصريح أقوى، وتترك الدلالة لأنها أضعف من التصريح. ونجد ان المشرع العراقي قد اخذ بهذه القاعدة بالنصوص الخاصة بتفسير العقد [١].وايضا من القواعد الفقهية المتعلقة بصيغة العقد قاعدة، "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله " حيث انها قاعدة فقهية وافية عملياً من حيث التطبيق وشاملة للأشياء و الحقوق التي لا تقبل التجزئة ، فذكر بعضها يقوم مقام الكل في المعنى المقصود ،اي اذا ذُكر البعض فكأن الكل مذكور ولولا اعتبار الكل الذي لا يتجزأ مذكورا بذكر بعضه لكان ذلك موجبا إهمال ذكر البعض، في حين أن إعمال الكلام أولى من إهماله ،ومثال على ذلك تنازل الشفيع عن بعض شفعته يعد تنازلاً عن الشفعة بالكامل لأنه حق لا يقبل التجزئة، فذكر البعض كذكر الكل[٢].

ومما تجدر الاشارة اليه ان الاتفاق على ثبوت هذه القاعدة لم ينعقد بين فقهاء المسلمين كافة اذ ذهب الجمهور منهم الى الاعتداد بهذه القاعدة ، واعتمادها قاعدة فقهية اساسية بينما انكرها فقهاء الجعفرية باعتبار ان ما ذكره غيرهم من امثلة لتطبيق هذه القاعدة ليس بحقيقة و لا بمجاز صحيح لإثبات اثر شرعي ، لذا فأنهم نفوا صحة هذه القاعدة ولم يرتبوا عليها اي اثر ملزم ،في حين ان المشرع العراقي اخذ برأي الجمهور [٣]ونجد قاعدة "المطلق يجري على اطلاقه ،ما لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة " ،وان

بالقبض دلالة قد سقط بالنهي الصريح المعارض للدلالة... لمزيد من الامثلة انظر د. منير القاضي ،شرح المجلة ،ج١،المصدر السابق ، ص ٧١-٧٢.

١ – وذلك بالمادة (١٥٧) من قانوننا المدني حيث نصت (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح)

٢ – علي حيدر ، درر الاحكام – شرح مجلة الاحكام، تعريب فهمي الحسيني ،ج١،بيروت ،مكتبة النهضة، بلا سنة طبع،ص٥٥.

٣ – وذلك بالمادة (١٥٩) اذ نصت (ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله) كما ان القانون المدني الاردني نص على هذه القاعدة بالمادة (٢١٧) منه

الفقهاء عرفوا المطلق بتعاريف عدة ، تدور حول معنى واحد هو(اللفظ الدال على الماهية بلا قيد) [١]،الا ان هذا المعنى لا يحدد المقصود بالمطلق بدقة مانعة للغموض ، لذا اقترح البعض تعريفه لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة انواع او اصناف او افراد يصلح لان يراد به اي واحد منها على سبيل التناوب قبل التقييد ،وعلى هذا فأن المقيد هو عبارة عن مطلق مع اضافة قيد او اكثر يقلل من شيوعه ويبين ان المراد منه نوع من انواعه او صنف من اصنافه او غير ذلك[٢]،ويفهم من هذه القاعدة بانه لا يجوز للقاضي عند تفسير العقد ان يقيد ما اطلق في عباراته طالما لم يقم الدليل على تحديدها او حصرها لأصالة الاطلاق وعدم التقييد، و لان المتعاقد لو اراد التقييد لما اعوزه التعبير عنه او تبيانه[٣]

وبذا فان الاصل بإطلاق عبارات المتعاقدين ووجوب العمل بها ، وعلى سبيل المثال لو وردت في عقد الوكالة عبارة ان للوكيل مطلق التصرف بالنواحي المالية و الفنية كافة ، فأنها تحمل على اطلاقها وتعد اذناً بالقبض ،و الدفع الذي تقتضيه النواحي الفنية [٤]

وما تقييد عبارات العقد الا استثناءاً من قاعدة الاصل ، لذا لابد للتقييد من دليل ثابت بنص اي انه قد يرد في بعض عبارات العقد ما يقييد الاطلاق الوارد فيها فيكون استثناء من نصها في جهة معينة [٥] كما لو تقيد عقد البيع بنص يشترط فيه تأجيل الثمن كله او بعضه او تقسيطه الى اقساط دورية تدفع بمواعيد معينة اي لو لم يذكر هذا الشرط في العقد لحملت عبارات العقد على اطلاقها عملا بالأصل الذي يوجب دفع الثمن معجلاً[٦]او قد يكون التقييد دلالة اي مايستنبط من العرف ومن ظروف التعاقد بما يقيد المطلق

---

١ – الشيخ حسن العطار ،حاشية على شرح جلال المحلى على جمع الجوامع للإمام السبكي،ج٢،ط١،مصر ،المطبعة العلمية ،١٣١٦ للهجرة ص ٧١.

٢ – د.مصطفى الزلمي ،مصدر سابق ،٤٣.

٣ – محمد حسين كاشف الغطاء ،تحرير المجلة ،ج١،المصدر السابق ،ص ٤٣.

٤ – قرار محكمة التمييز رقم ٢٨٤/٢٨٣ – هيئة عامة اولى /٧٢في ١٩٧٣/٨/٢٥– النشرة القضائية – سنة ٤ –عدد٣ ص١٣١، و القرار ١٨٤ /عقار /٩٩/في ٩٩/٥/٣١(من حق المستأجر تحديد سعر بطاقة الدخول الى السينما لعدم وجود اي نص او شرط في عقد الايجار بينه وبين المالك يخالف ذلك)مجلة القضاء – سنة ٥٣،عدد ١–٤–١٩٩٩،ص ٢٠٩.

٥ – حسن علي ذنون ،عقد البيع ، بغداد، مطبعة الرابطة ، بلا تاريخ، ص ٢٦٤

٥– كما نص في ذلك القانون المدني العراقي بالمادة (٥٧٥) (البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن او تعجيله يجب فيه الثمن معجلاً). كذلك ما ورد بالقانون الفرنسي فقد نص على هذه القاعدة بالمادة (١١٦٣) منه و التي جاء فيها ، مهما مهما كانت النصوص التي

على نحو معين ، دون النص في العقد على ذلك ، وهذه الظروف قد تتعلق بأشخاص العقد بما هما عليه من صفات او ما بينهما من مهمات او ما توطدت بينهما من علاقات او تتعلق بموضوع العقد من حيث طبيعته او نوعه [١]لكن يلاحظ ان القانون المدني العراقي لم ينقل عن القانون المدني المصري ، او اقتبس شيئا من احكام تفسير العقد، كما فعل في الكثير من احكامه، وانما اخذ الاحكام الخاصة بتفسير العقد من الشريعة الاسلامية، مباشرة ونقلها بالحرف الواحد، عن القواعد الكلية المدرجة في مقدمة مجلة الاحكام العدلية ،التي كانت تطبق في العراق قبل القانون المدني، ومن المؤكد ان هذه الاحكام هي افضل ما يستهدى به القاضي في تفسير العقد و الالتزام[٢].

يتضمنها العقد مطلقة فلا تحمل الا على ما تم الاتفاق عليه بين الاطراف .اي بمعنى ان التقييد لا يكون الا بحسب ما اراده المتعاقدين في تعبيرهما الصريح او الضمني و بخلافه فالكلام يحمل على اطلاقه. اما ما ورد بتعديل ٢٠١٦ فنجد المادة (١١٩٠) منه تضمنت وبشكل صريح على انه اذا كان احد شروط العقد يحتمل معنيين يغلب المعنى الذي يرتب اثر على المعنى الذي لا يرتب اي اثر ، وما هذا النص الا تجسيدا للاثر الاقوى للعقد.

١ – مثال ذلك لو وكل شخص اخر بشراء محل لممارسة تجارة معينة من دون تقييد الوكيل بمكان معين ففي حالة تفسير هذا العقد يتوجب على القاضي ان يقيد المطلق بدلالة العرف الجار الذي يوجب اختيار المكان المناسب لرواج هذا النوع من التجارة ..... محمد احمد سراج، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، القاهرة ، دار الثقافة و النشر و التوزيع، ١٩٩٢،ص ٢٠٨، كما قضت محكمة التمييز (اذا سكت العقد عن بيان نوع الانتفاع بالماجور فيجوز للمستأجر ان يستعمله وفقاً لما يصلح له ووفقاً لما يقضيه العرف) .. القرار المرقم ١١٠/ هيئة موسعة اولى /٨١ في ٨٢/١٢/١٨– المختار من قضاء محكمة التمييز–ج١،قسم القانون المدني و القوانين الخاصة ،اعداد ابراهيم المشاهدي ، المصدر السابق، ص١٢٣.

٢ – اشرف احمد عبد الوهاب و ابراهيم احمد السيد، الالتزامات المترتبة على التعاقد واسباب فسج العقود، ط١، دار العدالة للنشر و التوزيع،٢٠١٨، ص ٨٣.

الفرع الثاني

تفسير العقد في ضوء روح العقد و الغرض منه

يستهدف التفسير المنطقي للعقد الوصول الى روح العقد بالرجوع الى اسباب انعقاده، فالعقد ينشأ الى تحقيق غاية معينة ،وتتمثل بالمصالح التي يسعى العاقدين الى تحقيقها ،ومعرفة روح العقد و الغاية من انعقاده يساعد بتفسيره ومعرفة المصالح التي يراد تحقيقها من العقد[١]

اي التحري عن نية الملتزم، او على قصد المتعاقدين ومنح القاضي سلطة التفسير بما لا يخرج عن الغرض المقصود في العقد، ناظراً الى مجمله، و مستهدياً ببنوده التي يفسر بعضها بعضاً، ومراعيا احكام العرف في ذلك، فاذا تعارض في العقد يمكن تأويله الى معنيين فعليه، ان يأخذ منهما ما كان اشد انطباقا على روح العقد، ويفضل من المعنيين فعليه ان يأخذ منهما ما كان اشد انطباقا على روح العقد ،ويفضل من المعنيين ما كان منهما ذا مفعول .

فالعقد الذي يبرمه الطرفان ما هو في الحقيقة الا وسيلة يبتغي منها الطرفان ،تحقيق غرض اقتصادي معين ، ومن ثم يكون على القاضي في تفسيره ان يستلهم هذا الغرض ، الذي يساعده كثيرا في تحديد المعاني الغامضة لبعض الشروط كما عن طريق الربط بين شروط العقد في مجموعها ان يفهم روحه العامة ، ذلك على ضوء ظروف الدعوى و قرائن الحال ، مبتعدا عن الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ[٢].

و اذا وجد نص يمكن تأويله الى معنيين وجب أن يؤخذ أشدهما انطباقا على روح العقد والغرض المقصود منه، وعلى كل حال يفضل المعنى الذي يجعل النص ذو مفعول على المعنى الذي يبقى معه النص بلا مفعول[٣] ويمكن للقاضي ان يهتدي ببعض العوامل او القواعد الاخرى التي تعينه في التفسير،وفي هذا الصدد لا يشترط لكي يرتب العقد اثارا قانونية معينة ، ان يستخدم المتعاقدان مصطلحات قانونية محددة ،

---

١ – د. عصمت عبد المجيد بكر ،مشكلات التشريع – دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٧١، ص ٣٩٥.و اشرف احمد عبد الوهاب و ابراهيم سيد احمد،الالتزامات المترتبة على التعاقد واسباب فسخ العقود،ط١، دار العدالة للنشر و التوزيع، القاهرة،٢٠١٨، ص١٠٥.

٢ – عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، مصدر سابق ،ص ٢٣٠.

٣ --الياس ناصيف، مصدر سابق،ص ٢٣٠.

حتى يرتب هذا الاثر ، طالما ان صياغة العقد و روحه تكشفان عن امكان ترتيبه له ، مع وجوب مراعاة التفسير المتطور ومراعاة الحكمة من التشريع وهذا ما اكده القضاء العراقي[١]فالمفسر يمكن ان يستعين ببعض المعاني و القواعد الاخرى التي قد تعينه في التفسير[٢].

المطلب الثاني

الموجهات الخارجية للتفسير وترجيحها للأثر الاقوى للعقد

و الموجهات الخارجية للتفسير هي القواعد التي يستعين بها المفسر، من خارج دائرة النصوص القانونية حيث يتم الاعتماد على عنصر خارج عن التشريع، اساسها العادات و الاعراف المشروعة بين الناس في معاملاتهم المشروعة ، بالإضافة الى مراعاة الامانة و الثقة المتبادلة بين المتعاقدين و ظروف التعاقد وملابساته، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين ،الاول العرف ، و الثاني ، طريقة تنفيذ العقد .

الفرع الاول

العرف

تمثل قواعد العرف شكلاً من اشكال القانون بسبب اشتراكها مع القواعد، في الخصائص العامة فهي قواعد عامة مجردة تنظم السلوك الفردي على نحو ملزم ومن ثم اصطلح على تسمية العرف بالقانون غير المكتوب، والعرف الى جانب التشريع ، والدين ، ومبادى القانون الطبيعي وقواعد، العدالة يمثلون المصادر الرسمية للقانون ، وان كان ترتيب اهميتها يختلف تبعا لاختلاف النظم السياسية في كل دولة

فالنظام الانكلوسكسوني يقر بصورة صريحة ان العرف هو المصدر الوحيد و الرئيس للقانون ،بخلاف الانظمة اللاتينية ومنها العراق فعلى الرغم من تقدم التشريع على العرف الا ان القاعدة العرفية ، قد يكون لها دوراً انشائياً في عملية انشاء الاحكام. وبالتالي صيرورتها نصا قانونيا يستخرج منها الحكم القانوني.

---

١ – وهذا ما اكدته محكمة التمييز في القرار رقم(١٤٤/ الهيئة الموسعة المدنية) في ٢٠١٣/٥/٢٠–محكمة التمييز الاتحادية منشور في مجلة القضاء ،الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، السنة الستون ،٢٠٢٠، ص٢٧٣.

٢ – د. توفيق حسن فرج، وجلال علي العدوي ،النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠٨، ص ٢٦٣.

و للعرف دوراً منشئاً غير مباشر ،اذا ما انشئ حكما قانونيا بصورة غير مباشرة ،كذلك اذا ما اعتبرناه عاملا رئيسا في تفسير كثير من الفاظ النصوص القانونية و الكشف عن الغموض الذي يعتري النص القانوني الناتج من الفاظ او عبارات مبهمة وتشخيص مصاديقه الخارجية ، بسبب تزاحم المعاني المتبادرة للذهن[١].

بالإضافة الى ان النص قد يتم تشريعه من قبل السلطة المختصة بألفاظ واضحة قطعية، لكن ما قد يتجاوز فترة تشريعه وما يرافق ذلك من حدوث تقلبات او تغيرات في المفاهيم الاجتماعية و الاعراف بسبب التطورات الزمنية ، فانه يؤدي الى حتمية غموض بعض مصطلحاته ،ولان التشريع لا يحيط بكل دقائق التطورات الاجتماعية ، وبمعونة الاعراف يمكن ان يتحقق هدف التشريعات وهي العدالة[٢] .

ولم يقف المشرع العراقي على الاخذ بالموجهات الداخلية للتفسير، و انما اخذ بقواعد الفقه الاسلامي ذات التوجه الاحتياطي في تفسير العقد ، واساسها العادات و الاعراف المشروعة الجارية بين الناس ، بما يحقق من مصالح عادلة عند الفصل في النزاعات العقدية ، فهي قواعد يهُتدى بها في تفسير العقد، وقبل الوقوف على مقصود هذه القواعد الفقهية المقننة لابد من تحديد مفهوم العرف في الفقه القانوني و مفهومه في الفقه الاسلامي ،ومدى الاحتجاج بالعرف و الاخذ به عند القيام بتفسير العقد ، ومما قيل في مفهوم الفقه القانوني من تعريف انه (اطراد التقليد على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد بالزام هذه السنة كقاعدة قانونية يجب التزامها، واحترامها)[٣].

او في تعريف اخر بانه عبارة عن مجموعة القواعد التي نشأت من تكرار إتباعها بصفة مُلزِمة من جانب أعضاء المجتمع لتنظيم العلاقات بينهم بعد أن ثبت في اعتقادهم بأنها تتمتع بوصف الإلزام القانوني ويتوفر فيها عنصر الجزاء عند مخالفة أحكامها. ويقصد أيضا بالعرف اعتياد الناس على إتباع سلوك معين في مسألة معينة، مع تولد الاعتقاد بإلزامه وضرورة احترام هذا السلوك، واعتباره قاعدة قانونية تقتضي معاقبة من

---

١ – محمد تقي الحكيم ،الاصول العامة للفقه المقارن، ط١،مطبعة بيك فدك،قم،٢٠٠٥،ص ٢٤٣.

٢ – ومثال ذلك ما ذهبت اليه المادة (١٠٨٢) من القانون المدني العراقي في تحديد علة العقار وسفله الذي يدخل في حق الملكية و دخول جدران البيت عند شراءه و بيعه و هذا مما يعرف بالعرف و لا يلزم الاشارة اليه لذلك نصت (اذا كان لاحد علو و لاخر سفل فلصاحب العلو حق القرار في السفل و السقف ملك لصاحب السفل ، ولصاحب العلو حق الانتفاع بسطحه انتفاعا معتادا و لصاحب السفل حق في العلو يستره من الشمس و يقيه من المطر).

٣ – د. حسن كيره ، المدخل لدراسة القانون ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ،الاسكندرية ،٢٠٠٠، ص ١٧٣.

يخالفها[١]وبموجب هذه التعاريف يتضح ان العرف القانوني يقوم على ركنيين اولهما ، ركن مادي و ثانيهما ركن معنوي ،فأما الركن المادي فيتمثل باطراد سلوك الناس في تنظيم امر معين من امورهم الاجتماعية بشكل معين ، فتنشأ عنه عادة [٢]و العادة يجب ان تكون عامة وقديمة و ثابتة وغير مخالفة للقواعد التشريعية الامرة وان التثبت من العموم و القدم يعد من مسائل الواقع الخاضعة لتقدير قاضي الموضوع ،[٣]اما الركن المعنوي للعرف فيتمثل بالاعتقاد الجازم بلزومه ، اي اعتقاد الناس بوجوب اتباعه بوصفه قاعدة قانونية ،وان البحث في اعتقاد الناس يعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ،فالعرف بالمعنى المتقدم يعد طريقاً لإنشاء القاعدة القانونية سواء كانت امرة ام مقررة لإرادة المتعاقدين ولهذه القواعد في الحالتين القوة الملزمة اذ يتعين تطبيقها جبراً متى ما كانت امرة، ولم تخالف القواعد التشريعية ، وهذه القوة الملزمة لا تتوقف على العلم المسبق بالقاعدة بل على العلم المفترض بوجوب تطبيقها اذ لا عذر لمن يدعي الجهل بالقاعدة القانونية [٤].

ويوجد نوع آخر من العادات يتصل بالعلاقات القانونية، وهو ما يطلق عليه "العادات الاتفاقية"، وهذا النوع من العادات هو الذي يجب التفرقة بينه وبين العرف نظراً لكثرة الخلط بينهما، إذ كثيراً ما يستعمل لفظ العادة الاتفاقية بمعنى العرف والعكس أيضا صحيح، العادات الاتفاقية هي أمور معينة تعارف الناس على اتباعها في حياتهم دون أن يرسخ في أذهانهم الشعور بكونها ملزمة [٥]، وان تقدير ثبوت وقيام العادة و تحققها من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع [٦]وبهذا المفهوم الاخير يحدد البعض المقصود من العرف في نطاق التفسير العقد ،لا بمعنى القاعدة القانونية الملزمة (لان اهمية العرف في التفسير تتوقف على مدى

---

١ – سعد العنزي ،العرف و العادة في الشريعة و القانون ، مجلة الحقوق ، العدد الاول ،١٩٩٩، ص ٩٩.

٢ – عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، الموصل ، مطبعة التعليم العالي ،١٩٨٩، ص ١٤٠،

٣ – حسن محمد ابو السعود ، مذكرات في اصول القانون ، خال من مكان طبع ، ١٩٤٠–١٩٤١، ص١٧٠ ،وما بعدها

٤ – عبد الباقي البكري و زهير البشير، المصدر نفسه، ص ١٤١.

٥ – ويمكن أن نذكر من أمثلتها ما يجري عليه العمل في الفنادق والمطاعم من إضافة نسبة مئوية من الحساب تدفع كهبة أو "بقشيش" في نظير الخدمة المقدمة، كذلك ما تواتر عليه العمل في بعض المناطق من أنه إذا قامت شركة بين شخصين قدم أحدهما رأس المال وقام الآخر بالعمل، فإن الأرباح توزع بينهما بنسبة الثلثين لمن قدم رأس المال، والثلث لمن قام بالعمل.

6 – ASHOUR, Ameel Jabbar; MASHAF, Dina Attia. Legislative deficiency in the procedural aspect of information crime. Rigeo, 2021, 11.5.

تعبيره عن ارادة المتعاقدين و لا يشترط لذلك توافر عنصر الالزام الخاص بالقاعدة القانونية)[١]و للعرف اهمية في ازالة الغموض الذي يعتري العقد، بما فيه العادات الاتفاقية التي عرفها الناس وساروا عليها في معاملاتهم المدنية او التجارية سواء كانت محلية ام مهنية بينما ذهب البعض الاخر في نطاق تفسير العقد معنى اوسع من ذلك ، شاملاً العادات الجارية غير الملزمة فضلاً عن معناه الدقيق[٢].

ونرى ان الخلاف بين الرأيين ما هو الا خلاف نظري بحت ، لان اقتصار مفهوم العرف على العادات الجارية في التعامل لا يتعارض ووجوب الاستناد الى العرف بمعنى القاعدة القانونية و لا ينفيها ، لان ذلك بمفهوم القانون الذي يعد وسيلة او ضابطاً لتفسير العقد[٣]اما القواعد الفقهية التي تلقفها المشرع العراقي ، هي قاعدة (تترك الحقيقة بدلالة العادة)[٤] والتي تؤكد على اهمية العرف القولي في تفسير العقد ، والذي يقصد به اللفظ الذي شاع استعماله في معنى معين من دون معناه اللغوي سواء كان ذلك من عامة الناس فيكون عرفاً استعمالياً او من اهل الشرع فيكون عرفاً شرعيا ، او من اهل القانون فيكون عرفاً قانونياً ، ولهذا العرف القولي اهمية في ابراز الاثر الاقوى للعقد من خلال دوره في فهم عبارات المتعاقدين، لان المتعاقد عندما يطلق عباراته غالباً ما يطلقها بمعانيها العرفية المألوفة مما يتوجب معه كشف غموضها من صيغة العقد ،و هذا ينعكس على تحديد مضمون العقد بحسب مفهومها العرفي ، وتحديد الحقوق و الالتزامات و

---

١ – احمد شوقي عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ٨٢– ٨٣.

٢ – عبد الحكم فودة، مصدر سابق ، ١٣٤

٣ – كما ان الفقهاء المسلمين قد اشاروا الى العرف بتعاريف عديدة اشهرها ما قاله الغزالي في العرف بانه(ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول) وبهذا التعريف يكون العرف و العادة بمعنى واحد ، وهذا هو الاتجاه السائد في الفقه الاسلامي)، اما العادة فقد عرفها بعض فقهاء المسلمين بانها (الامر المتكرر من غير علاقة عقلية ، وبهذا المعنى تطلق على العادة الفردية ، اي ما اعتاد الفرد في شؤونه الخاصة وتطلق على عادة الجمهور ايضا ، وهي ما يعبر عنها بالعرف ، كما وتطلق على كل حالة متكررة ، سواء كانت ناشئة عن ميل او طبع او عامل طبيعي ، و العادة هنا تكون اعم من العرف في حين ذهب البعض الاخر الى القول بان العادة تتحقق بتكرر الفعل مرتين او ثلاثة لانها مأخوذة من العود و المعاودة ونجد من هذا المعنى قصر نطاق العادة على الفعل دون القول و الفعل ، مما يكون معه العرف اعم من العادة ،و على ذلك انعقد الراي بين فقهاء المسلمين بالإجماع على ان دور العرف في تفسير العقد يتمثل في توزيع الحقوق و الالتزامات في شتى انواع المعاملات المالية و التصرفات شريطة ان لا تناقض ما هو مقرر شرعاً ..لمزيد من التفاصيل انظر :د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، ج١،ط ٤ ، بغداد، مكتبة القبطان للخدمات الطباعية ، ١٩٩٨،ص٧١.و ابن الامير الحاج ، التقرير و التحبير على تحرير الامام كمال بن الهمام،ج ٢، ط ١، مصر ، المطبعة الاميرية ، ١٣١٦، ص ٢٨٢. و مصطفى الزرقا ، مصدر سابق ، ص ٥٥٧.

٤ – المنصوص عليها في المادة (١٥٢) من القانون المدني العراقي .

تزداد اهمية التفسير طبقا للعرف القولي اذا كان خاصاً بفئة معينة من الناس كالعرف المهني، لان الاصطلاحات التي يستعملها كل صنف تختلف عن الاصطلاحات التي يستعملها غيره ،وهذا ما يتفق و احكام الشريعة الاسلامية الغراء ،التي تهدف الى رفع الحرج عن الناس و تيسير امورهم في نطاق اجراء المعاملات المالية وغيرها على ان لا يشوب ذلك حرام ، بالإضافة الى القواعد الاخرى التي اخذها المشرع العراقي (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) و (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) و(الممتنع عادة كالممتنع حقيقة)[١].

بالإضافة الى اخذه القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف العام و الخاص، لحاجة الناس اليها ومنها (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) و(العادة محكمة عامة كانت او خاصة) و (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)[٢] شريطة ان تكون عرفاً خاصاً بمكان دون اخر او بفئة من الناس دون غيرهم، وهو كالعرف الجاري بين التجار في منطقة ما ، و اما ان يكون عرفاً عاماً وهو العرف الجاري على امر من الامور بين جميع الناس في اماكن مختلفة [٣] ويتفوق العرف الخاص على العام ،من حيث التطبيق العملي بتفسير غالبية العقود الجارية بين الافراد، اما المشرع المصري لكن من دون الاستعانة بقواعد الفقه الاسلامي، وانما اكتفى بإيراد نص يوضح اهمية العرف الى جانب القانون و العدالة في تحديد مضمون العقد [٤] اما القانون المدني الفرنسي فقد اورد قواعد متعلقة بالعرف بمواد [٥] و التي تشير الى تفسير التصرف الغامض وفق عرف البلد الذي ابرم فيه، وان هذا النصوص هي غسر ملزمة للقاضي بمعنى انه اذا تغير العرف في محلي الابرام و التنفيذ فليس لزاما عليه ان يطبق العرف الاول بل قد يتضح له من ظروف الدعوى ان الطرفين فهما ضمناً، الخضوع لعرف بلد التنفيذ، اما المادة الاخرى فقد اوضحت ان العرف يكون مكملاً

---

١ – وهذا ما نصت عليها المادة (١٥٢) من القانون المدني العراقي .

٢ – وردت هذه القواعد بالمواد (٢/١٦٣) و المادة (١٦٤).

٣ – وضرب الفقهاء المسلمين مثلا لهذا العرف واخذت به مجلة الاحكام العدلية بالمادة (١٤٩٨) من مجلة الاحكام العدلية بالقول(للوكيل بالبيع ان يبيع مال موكله نقداً او نسيئة مدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال وليس له ان يبيعه مدة طويلة مخالفة للعرف و العادة).

٤ – المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري حيث نصت (١– يجب تنفيذ العقد طبقا 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 ،وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

٥ – المادة (١١٥٩) و المادة (١١٦٠) من القانون المدني الفرنسي.

للعقد ،فهو غير قاصر على شرح الغامض و المبهم من العقد وانما يتعداه الى اكمال الالتزامات القائمة بشروط ثانوية ،ويصل الامر احيانا الى انشاء التزامات تعد من الالتزامات التي يرتبها العقد والى تكملة العقد بالشروط العرفية ولو لم ينص عليها فيه[١].

وهذه القواعد لها علاقة في حاكمية الاثر الاقوى للعقد ،من خلال اهمية العرف سواء اكان في تفسير العقد والكشف عن ارادة الطرفين ،او في تكميله ، ففي تفسيره نجد ان الارادة هي اساس العقد و الكشف عنها هي اللبنة الاولى في انعقاده وتحديد الالتزامات و الحقوق المترتبة عليه، ولاحظنا ان المشرع العراقي تلقف هذه القواعد الفقهية المتعلقة بتفسير العقد كي لا يبقى مضمون العقد غامضاً ، وبالتالي يكون هذا الغموض سبباً في اثارة النزاع بين اطرافه وربما يؤدي الى ابطاله ، واخذ المشرع لهذه القواعد وما هو الا ترجيحاً منه في انعقاد العقد على ابطاله، اما في تكميله فله شأن ايضا اتمام العقد .

ومن خلال ما تقدم نجد ان للعرف دور في تفسير العقد ، وبالتالي تسهيل وترجيح لانعقاده بإزالة الغموض الذي قد يكتنف العقد ، بكشف غموض عباراته للوصول الى النية المشتركة للمتعاقدين بسبب غموض بعض نصوصه ،فيفهم كل من المتعاقدين خلاف ما يفهمه، وهو ما يؤدي لاختلاف التعبير عن الارادة ، ولإعمال العرف في تفسير العقد لابد ان تكون هناك موافقة ضمنية للمتعاقدين على اعماله، اي يكونوا على علم بالعرف وقت التعاقد وانهما موافقين عليه ضمنا ،و تتبين الموافقة الضمنية على حكم العرف من القرائن المختلفة ،مثال ذلك اتحاد المهنة و تعلق العقد بعمل من اعمالها، قد يفيد علم المتعاقدين وموافقتهما ضمنا على اتباع حكم العادة الخاصة بالمهنة، على العكس لا يفترض موافقة المتعاقدين على حكم عادة تتعلق بمهنة لا يحترفها كلاهما[٢]وان التعيين بالعرف كالتعيين بالنص [٣] ،اي من خلال العرف و العادات،

---

١ – من امثلة الشروط العرفية المتعلقة بإكمال العقد ما جرى به عرف باريس على منح المستأجر عدة ايام بعد انتهاء مدة الايجار وذلك حتى يخلي العين المؤجرة، فمثل هذا الشرط يكون مفهوما ضمنا ،ولو لم ينص عليه العقد... لمزيد من التفاصيل انظر: عبد الحكم فودة ، مصدر سابق، ص ١٤٧.و

John Cartwright, Contract Law An introduction to the English law for the civil lawyer,third edition,Oxford,hart publishing,2016, p 20 .

٢ – د. حيدر حسين كاظم الشمري ،د. صباح عريس عبد الرؤوف، دور العرف في تفسير العقد– دراسة مقارنة ، بحث منشور بمجلة جامعة الكوفة كلية الاداب ،العدد ٤١، ٢٠١٩، ص ٩٦–٩٥.

٣ – وهذا ما نصت عليه المادة ١/١٦٣ من القانون المدني العراقي(....و التعيين بالعرف كالتعيين بالنص).

المستمدة من العقود السابقة للمتعاقدين و ازالة غموض العقد، وهذا ما حرص المشرع العراقي على اظهار اهمية العرف في تفسير الغموض الذي قد يعتري العقد ، (واذا أتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم اذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة)[١].

اي بعد ان يتم تحديد المسائل الجوهرية، فان ماعدا ذلك يعد من المسائل الثانوية وتحديد المسائل الثانوية و التفصيلية يستند الى طبيعة العقد وماهيته، و اياً ما كان الامر، فان الاطراف يمكنهم أن يحتفظوا بمسائل تفصيلية للاتفاق عليها في وقت لاحق، سواء عبّروا عن ذلك صراحة أو ضمناً، وبعبارة اخرى، ان المسألة الثانوية قد طرحت اثناء المفاوضات وثار الخلاف بشأنها، وارجأ الطرفان الاتفاق عليها فيما بعد، او لم يثر خلاف بشأن المسألة الثانوية ولكن اتفق على تسويتها بموجب اتفاق لاحق، لذا فان المسائل الثانوية التي لم يتفاوض المتعاقدان بشأنها ولم يتفقا على تسويتها بموجب اتفاق لاحق لا يشملها حكم م(٨٦/ ف٢) من القانون المدني العراقي لان عبارة (واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد) التي وردت في هذه المادة، تدل على ان المسألة التفصيلية قد اثيرت ،ولكنهما احتفظا بها للاتفاق عليها بعد انعقاد العقد[٢].

---

١ – نص المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي ، يقابلها في القانون المقارن نص المادة (٩٥) مدني مصري، ونرى أنه لابد من الاعتماد في تمييز المسائل الجوهرية من المسائل الثانوية على المعيار الموضوعي الذي يستند الى تحليل العناصر المميزة للعقد من غيره، واعتبار هذه العناصر الاساسية بمثابة العناصر الجوهرية، فكل عقد له غرض معين يسعى المتعاقد الى بلوغه من وراء ابرام هذا العقد، ففي عقد البيع يتجسد هذا الغرض في منفعة المبيع بالنسبة للمشتري والثمن بالنسبة للبائع، وفي عقد الايجار يتجسد في المأجور بالنسبة للمستأجر، والأجرة والمدة بالنسبة للمؤجر... وقد قضت محكمة التمييز في هذا المعنى بما نصه:((اذا اتفق الطرفان على تعيين الماجور ومقدار بدل الايجار ومدته وعينا ان المدة تبدأ من تاريخ اكمال النواقص فيكون العقد تاماً وليس" مشروع ابتدائي")) قرار رقم ٢٧٦/استئنافية/٩٦٩ في ٩٧٠/٤/٤النشرة القضائية ع١،س١،ص٣٩ نقلاً من ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ،منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، العراق ، بلا سنة طبع ،ص ١٤٦.

٢ – د. صالح ناصر العتيبي، مصدر سابق، ص٧٧. وقد قضت محكمة التمييز في هذا المعنى بما نصه:((لا يفسخ عقد بيع السيارة بسبب عدم تسجيلها باسم المشتري لدى دوائر الشرطة لان تسجيل السيارة في دوائر الشرطة ليس من الشروط الاساسية لتمام عقد البيع)) قرار رقم ١٩٧٦/حقوقية/٩٦٤في٩٦٤/٣/١٦ قضاء محكمة التمييز، مجلد٣، ص٤١. نقلاً من ابراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص١٦٥. و د. صالح ناصر ناصر العتيبي، مرجع سابق، ص٨٠ .

يقصد بالمسائل التفصيلية تلك المسائل التي لم يتناولها الإيجاب، وهي لا تمنع قيام العقد إذ هي مسائل ثانوية تفترض أن الطرفين تركاها لأحكام العرف والقوانين المكملة، فمثال في عقد البيع تتمثل المسائل التفصيلية فيه زمان ومكان التسليم أو الضمان وغير ذلك ،و يدل عدم الاتفاق عليها إلى انصراف إرادة المتعاقدين إلى تطبيق القواعد المكملة المنصوص عليها في القانون[١].

ومما تقدم نجد ان العرف يتميز انه يسد الفراغ الذي يتركه التشريع ويساهم في تحديد نطاق العقد وسكوت المتعاقدين في هذا الموضع يفيد اتفاقهما على تطبيق قواعد العرف، مما يؤدي الى تحقيق الثبات.ويكون عنصرا هاما في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين ، إذ يمكن للقاضي او المفسر أن يأخذها بعين الاعتبار ويسترشد بها[٢] .

وتظهر أهمية طريقة التنفيذ كعنصر خارجي عن العقد في تحديد النية المشتركة للمتعاقدين، عندما لا تكفي عناصر العقد الداخلية في هذا التحديد وقد طبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ في تفسير عبارات العقد الغامضة[٣]أو في تحديد نية المتعاقدين في اعتبار العقد قائما بالرغم من بطلان أحد شروطه واعتنق القضاء المصري أيضا هذا الاتجاه ، فاشترط غموض العقد لإمكانية تفسيره ،بناء على تفسير إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ .

فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين لمدة معينة من الزمن، يمكن لكليهما أن عليها، وحرية المفسر في الرجوع الى طريقة التنفيذ، فيجب قبلها التميز ، بين طريقة التنفيذ في حالة وضوح وحالة غموض العبارة. فبالنسبة لعبارات العقد الواضحة فإن طريقة تنفيذ العقد لا تؤثر على تفسير العقد، إذا ما تعارضت مع المعنى المستمدة من عباراته الواضحة، حيث أن النية المشتركة التي يعتمد عليها هي تلك النية النابعة من عباراته الواضحة، ولا يجوز إثبات عكس هذه النية بناءا على عنصر خارجي للعقد[٤]وعلى ذلك فإن طريقة تنفيذ العقد ليس من شأنه تعديل المفهوم المستمد من عبارات العقد الواضحة ، حيث تتحدد حقوق و التزامات كل طرف

١ - علي فيلالي ، الالتزامات-النظرية العامة للعقد ط ٣،،موفم للنشر ،الجزائر،٢٠١٣، ص١١٩.

٢ - د. عبد المنعم فرج الصدة ، النظرية العامة للالتزام ، المصدر السابق ، فقرة ٣٩٢ ، ص ٣٢١.

Trib . Civ de la seine 22 janv. 1930 D.H.1930 , p323

١.ايمان طارق الشكري ،سلطة القاضي في تفسير العقد – دراسة مقارنة ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد، ٢٠٠٢ ، ص ١٢٢.

بناءا على تلك العبارات، و لا يحتاج طرف العقد الذي يحتج في مواجهته بطريقة تنفيذ العقد، ان يثبت انها لاعتبر عن ارادته الحقيقية ، بل يمكنه ان يتمسك بالنية المشتركة، المبنية على عبارات العقد الواضحة، أما فيما يتعلق بالعبارات العقد الغامضة فتظهر أهمية طريقة التنفيذ في تحديد النية، المشتركة للأطراف، عندما لا تكفي عناصر العقد الداخلية في هذا التحديد. لكن لن يصبح هذا التنفيذ معبرا عن النية المشتركة إلا إذا توفرت على جملة من الشروط من بينها، أن يكون التنفيذ لاحق على إبرام العقد، إما التنفيذ السابق فلن يؤثر في تفسيره، إلا إذا استمر عقب انعقاده.

يتعين أن يعلم المتعاقد بطريقة التنفيذ التي يتبعها المتعاقد الاخر، بحيث أن جهله بها، يعني أن إرادتهما لم تتقابل مع إرادة الطرف الاخر بشأن هذا التباين، بمعنى آخر أن التنفيذ لا يعبر إلا عن نية أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر ،ومضي مدة معقولة يستمر فيها التنفيذ باتفاق الطرفين، أو دون اعتراض من الطرف الآخر، وتقدير المدة ترك لقاضي الموضوع[١]

ومما تقدم يلاحظ ان لطريقة تنفيذ العقد اثر في تفسير العقد اذ من خلالها تتضح ارادة المتعاقدين ، لكن في ضوء ما يسمى بنية المشرع وقصده او هدف التشريع ، او الغاية من التشريع، فهذه الاوصاف المتعددة يمكن ان تكون ضمن اطار اكبر وهو ما يسمى (الحكمة التشريعية من النص) ، نستطيع من خلاله استخلاص توجه المشرع عند وضعه للنص وميله نحو بقاء العقد بدلاً من بطلانه قدر الامكان ومتى ما كانت متطلبات قيام العقد موجودة ،باعتبار ان التشريع يعبر عن غايات محركة ،يرغب المشرع بالوصول اليها ،و بالشكل الذي يخدم الوجود الاجتماعي ،وبحسب المفهوم الواسع لما تعنيه هذه العبارة ، فمن خلال الحكمة التشريعية تكون النصوص القانونية اكثر مرونة ومسايرتها للتطور و ايجاد الحلول للوقائع المستجدة .لذا لا بد ان تكون لدى المشرع تصور مسبق ،عن الغاية التي يسعى لتحقيقها، و التي يجب ان يضعها في حسبانه عند صياغة النص ،و ذلك باستشراف تصور كامل عن تكوين التصرف القانوني و السعي الى خلق علائق قانونية اكثر استقرارا لمركز اطرافها، فكل نظام قانوني ينشد الاستقرار و اليقين في المراكز القانونية ، اي تحديد الاثار

١ – عبد الحكم فودة ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨،و
Catherine Mitchell, interpretation of contracts ,second edition, Routledge Cavendish,2020,p20.

التي تترتب على مسلك معين، بحيث يستطيع كل فرد ان يدرك سلفا نتائج اعماله، وهذا يتحقق بوحدة تفسير القانون، فوحدة طرق التفسير تؤدي الى توحيد القرارات القضائية وبالنتيجة الى خلق الاستقرار.

الفرع الثاني

طريقة تنفيذ العقد

من العناصر الخارجية اللاحقة لإبرام العقد والتي يستعان بها لتفسيره نجد طريقة تنفيذ العقد[١] ، ويتمثل هذا العامل أساساً في الظروف التي أحاطت بتنفيذ العقد و التي يستدل من خلالها على ترجيح انعقاد العقد ، وإن تنفيذ العقد، من دون اعتراض أو تحفظ من جانب المتعاقد الآخر ، يكون عنصرا هاما في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين ، إذ يمكن للقاضي او المفسر أن يأخذها بالحسبان ويسترشد بها[٢] .

وتظهر أهمية طريقة التنفيذ كعنصر خارجي عن العقد، في تحديد النية المشتركة للمتعاقدين، عندما لا تكفي عناصر العقد الداخلية في هذا التحديد وقد طبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ في تفسير عبارات العقد الغامضة، أو في تحديد نية المتعاقدين في اعتبار العقد قائما بالرغم من بطلان أحد شروطه واعتنق القضاء المصري أيضا هذا الاتجاه ، فاشترط غموض العقد لإمكانية تفسيره ،بناء على تفسير إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي اتفقا من العوامل أو القواعد الخارجية لتفسير العقد نجد أيضا طريقة تنفيذ العقد الذي تعد وسيلة تتضح من خلالها إرادة المتعاقدين، فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين لمدة معينة من الزمن، يمكن أنْ نستنتج من خلال تنفيذه ان لكليهما ، قد اصبح العقد لديهم واضحاً، لذا يمكن للمفسر أنْ يرجع الى طريقة التنفيذ، ويجب قبلها التميز ، بين طريقة التنفيذ في حالة وضوح وحالة غموض العبارة. فبالنسبة لعبارات العقد الواضحة فإن طريقة تنفيذ العقد لا تؤثر على تفسير العقد، إذا ما تعارضت مع المعنى المستمدة من عباراته الواضحة، حيث أن النية المشتركة التي يعتمد عليها هي تلك النية النابعة

---

١ – د. عبد المنعم فرج الصدة ، النظرية العامة للالتزام ، المصدر السابق ، فقرة ٣٩٢ ، ص ٣٢١. و ظافر مدحي فيصل ، التكييف القانوني للاعلان عن المزايدات العامة – دراسة مقارنة ، بحث منشور بمجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، العدد السادس ، المجلد الاول ، ٢٠٢٢، ص ١٢٢.

2 - Trib . Civ de la seine 22 janv. 1930 D.H.1930 , p 323.

من عباراته الواضحة، ولا يجوز إثبات عكس هذه النية بناءً على عنصر خارجي للعقد[١] ، وعلى ذلك فإن طريقة تنفيذ العقد، ليس من شأنه تعديل المفهوم المستمد من عبارات العقد الواضحة ، حيث تتحدد حقوق و التزامات كل طرف بناءً على تلك العبارات، و لا يحتاج طرف العقد الذي يحتج في مواجهته بطريقة تنفيذ العقد، ان يثبت أنّها لاعتبر عن ارادته الحقيقية ، بل يمكنه ان يتمسك بالنية المشتركة، المبنية على عبارات العقد الواضحة، أما فيما يتعلق بالعبارات العقد الغامضة فتظهر أهمية طريقة التنفيذ في تحديد النية، المشتركة للأطراف، عندما لا تكفي عناصر العقد الداخلية في هذا التحديد. لكن لن يصبح هذا التنفيذ معبرا عن النية المشتركة إلا إذا توفرت على جملة من الشروط من بينها، أن يكون التنفيذ لاحق على إبرام العقد، إما التنفيذ السابق فلن يؤثر في تفسيره، إلا إذا استمر عقب انعقاده.

ويتعين أن يعلم المتعاقد بطريقة التنفيذ التي يتبعها المتعاقد الآخر، بحيث أن جهله بها، يعني أنّ إرادتهما لم تتقابل مع إرادة الطرف الاخر بشأن هذا التباين، بمعنى آخر أن التنفيذ لا يعبر إلا عن نية أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر ،و مضي مدة معقولة يستمر فيها التنفيذ باتفاق الطرفين، أو دون اعتراض من الطرف الآخر، وتقدير المدة ترك لقاضي الموضوع[٢] .

ومما تقدم يلاحظ أنّ لطريقة تنفيذ العقد أثر في تفسير العقد إذ من خلالها تتضح إرادة المتعاقدين ، لكن في ضوء ما يسمى بنية المشرع وقصده أو هدف التشريع ، أو الغاية من التشريع، فهذه الأوصاف المتعددة يمكن أنْ تكون ضمن إطار أكبر وهو ما يسمى (الحكمة التشريعية من النص) ، نستطيع من خلاله استخلاص توجه المشرع، عند وضعه للنص وميله نحو بقاء العقد بدلاً من بطلانه قدر الامكان ومتى ما كانت متطلبات قيام العقد موجودة ،باعتبار ان التشريع يعبر عن غايات محركة ،يرغب المشرع بالوصول اليها ،و بالشكل الذي يخدم الوجود الاجتماعي ،وبحسب المفهوم الواسع لما تعنيه هذه العبارة ، فمن خلال الحكمة التشريعية تكون النصوص القانونية اكثر مرونة ومسايرتها للتطور و ايجاد الحلول للوقائع المستجدة.

١- د.مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي "دراسة مقارنة"، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، ٢١١٢-٢١١٩ ،ص ١٠١

٢ - د.عبد الحكم فودة ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨. و ناصر حسين جبار الساعدي ، تطبيقات الظروف الطارئة في الشريعة الاسلامية على العقود-دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ،العدد العاشر، المجلد ١، ص٤٤.

لذا لا بد أنْ تكون لدى المشرع تصور مسبق ،عن الغاية التي يسعى لتحقيقها، و التي يجب أنْ يضعها في حسبانه عند صياغة النص ،و ذلك باستشراف تصور كامل عن تكوين التصرف القانوني و السعي الى خلق علائق قانونية أكثر استقراراً لمركز اطرافها، فكل نظام قانوني ينشد الاستقرار و اليقين في المراكز القانونية ، أي تحديد الآثار التي تترتب على مسلك معين، بحيث يستطيع كل فرد ان يدرك سلفاً نتائج إعماله، وهذا يتحقق بوحدة تفسير القانون، فوحدة طرق التفسير تؤدي الى توحيد القرارات القضائية وبالنتيجة الى خلق الاستقرار.

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة وبعد ان انتهينا من دراسة وبحث الاثر الاقوى في تفسير العقد، واثره في استقرار العقد من خلال تفادي البطلان واظهار قوة بقاء العقد، بقي لنا ان نجمل اهم النتائج والتوصيات التي تضمنتها الدراسة و التي تم الكشف عنها في ثناياه ويمكن اجمالها بالنقاط:

اولا : النتائج

١- لألفاظ النص التشريعي ، دلالات يستطيع ان يستشف منها المفسر رصد توجهات المشرع عند صياغته للنص، وان يتم التفسير في ضوء الغرض الذي يسعى المشرع لتحقيقه ،اي الاخذ بالمعنى الذي يجعل النص ذو مفعول على المعنى الذي يبقى معه النص بلا مفعول ، ولا ينبغي الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، و للقواعد الفقهية المفسرة ،دور في تفسير مضمون العقد في ضوء هذه التوجهات ، اهمها قاعدة (اعمال الكلام اولى من اهماله لكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل) التي اخذ بها المشرع في القانون المدني العراقي، وغيرها من القواعد التي تميل الى الابقاء على العقد.

٢- و اذا وجد نص يمكن تأويله الى معنيين وجب أن يؤخذ أشدهما انطباقا على روح العقد والغرض المقصود منه، وعلى كل حال يفضل المعنى الذي يجعل النص ذو مفعول على المعنى الذي يبقى معه النص بلا مفعول، كما ان للعرف، تفسير العقد والكشف عن ارادة الطرفين ،او في تكميله ، ففي تفسيره نجد ان الارادة هي اساس العقد و الكشف عنها هي اللبنة الاولى في انعقاده وتحديد الالتزامات و الحقوق

المترتبة عليه، ولاحظنا ان المشرع العراقي تلقف هذه القواعد الفقهية المتعلقة بتفسير العقد كي لا يبقى مضمون العقد غامضاً.

ثانيا: التوصيات

توصلنا في بحثنا الى ضرورة التزام القاضي عند تفسير النص الاستهداء بالقواعد التي وضعتها الشريعة الاسلامية، و التي يرجح معها تفعيل العقد، و الحرص على انتاج اثاره الكاملة التي يرجوها المتعاقدين، لإزالة الغموض و الابهام الذي قد يعتري النص في ضوء نية المشرع وقصده او هدف التشريع.

قائمة المصادر

اولا: الكتب القانونية و الفقهية

١. ابن الامير الحاج ، التقرير و التحبير على تحرير الامام كمال بن الهمام، ج ٢، ط ١، مصر ، المطبعة الاميرية ، ١٣١٦هـ .

٢. توفيق حسن فرج، وجلال علي العدوي ،النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠٨.

٣.احمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية– تنسيق ومراجعة، الطبعة الاولى عبد الستار ابو غدة، الطبعة الثانية، بقلم مصطفى احمد الزرقا،دار القلم ، دمشق،١٤٠٩هجري، ,١٩٨٩

٤.احمد ياسين القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية و القانونية ،الاكاديميون للنشر و التوزيع،الاردن،,٢٠١٤

٥. اشرف احمد عبد الوهاب و ابراهيم سيد احمد، الالتزامات المترتبة على التعاقد واسباب فسخ العقود،ط١، دار العدالة للنشر و التوزيع، القاهرة،٢٠١٨.

٦.ألياس ناصيف ، الموسوعة المدنية و التجارية– دراسة مقارنة ،ج ٢، مفاعيل العقد،ط٢، (د،ب، ن) ،١٩٩٨ .

٧. بشير مهدي الكبيسي،مفاهيم الالفاظ ودلالاتها عند الاصوليين،دار الكتب العلمية ، بيروت، ,١٩٧١

٨. توفيق حسن فرج، وجلال علي العدوي ،النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية ،,٢٠٠٨

٩. الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول – تحقيق عبد الحسين محمد البقال ،الطبعة المحققة الاولى ،النجف ، مطبعة الاداب ،١٣٩٠هجرة، ١٩٧٠م.

١٠.حسن كيره ، المدخل لدراسة القانون ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ،الاسكندرية ،٢٠٠٠.

١١. حسن محمد ابو السعود ، مذكرات في اصول القانون ، خال من مكان طبع ، ١٩٤٠-١٩٤١,

١٢.سليمان مرقس ،المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، ط١ ، المكتبة القانونية ، القاهرة ،٢٠٠٠,

١٣.الشيخ حسن العطار ،حاشية على شرح جلال المحلى على جمع الجوامع للإمام السبكي،ج٢،ط١،مصر ،المطبعة العلمية ،١٣١٦ للهجرة.

١٤. عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، الموصل ، مطبعة التعليم العالي ،١٩٨٩,

١٥.عبد الرزاق السنهوري و احمد حشمت ابو ستيت، اصول القانون او مدخل لدراسة القانون ،مطبعة لجنة التاليف و النشر و الترجمة ،القاهرة ، ١٩٥٠,

١٦.عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي،ج١، دار الكتاب العربي ، بيروت ،٢٠٠٨,

١٧.عبد العزيز محمد بن ابراهيم العويد، اعمال الكلام اولى من اهماله –تأصيلا وتقعيداً ،دار ابن الجوزي، السعودية،١٤٣٨ للهجرة.

١٨.عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.

١٩.عصمت عبد المجيد بكر ،مشكلات التشريع – دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٧١.

٢٠.عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص،ط١،المركز العربي للنشر و التوزيع،٢٠١٩,

٢١.كمال عبد الواحد الجوهري، موسوعة مقومات التميز و الكفاءة في اداء اعمال المحاماة، المركز القومي للإصدارات القانونية ،القاهرة ،٢٠١٥,

٢٢.محمد احمد سراج، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، القاهرة ، دار الثقافة و النشر و التوزيع، ,١٩٩٢
٢٣.محمد اديب صالح ، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي ،المجلد الاول،ط٤، المكتب الاسلامي، ١٩٩٣,
٢٣.محمد الخضري ، اصول الفقه ،دار الحديث، القاهرة ،,٢٠٠٣
٢٤.محمد تقي الحكيم ،الاصول العامة للفقه المقارن، ط١،مطبعة بيك فدك،قم،,٢٠٠٥
٢٥.مرتضى بن محمد امين الانصاري ،المكاسب ،ط١، مؤسسة مطبوعات ديني ، قم المقدسة ،١٣٧٩ للهجرة.
٢٦.مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، ج١،ط ٤ ، بغداد، مكتبة القبطان للخدمات الطباعية ، ١٩٩٨.

ثانيا: الرسائل الجامعية و البحوث و الدراسات:

١.ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ،منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، العراق ، بلا سنة طبع.
٢.ايمان طارق الشكري ،سلطة القاضي في تفسير العقد – دراسة مقارنة ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد، ,٢٠٠٢
٣.حيدر حسين كاظم الشمري ،د. صباح عريس عبد الرؤوف، دور العرف في تفسير العقد– دراسة مقارنة ، بحث منشور بمجلة جامعة الكوفة كلية الاداب ،العدد ٤١، ,٢٠١٩
٤.سعد العنزي ،العرف و العادة في الشريعة و القانون ، مجلة الحقوق ، العدد الاول، السنة الثالثة و العشرين ،,١٩٩٩
٥– و ناصر حسين جبار الساعدي ، تطبيقات الظروف الطارئة في الشريعة الاسلامية على العقود–دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ،العدد العاشر، المجلد الاول.
٦– و محمد حنون جعفر ، القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، في ضوء الاسس التي قام عليها – دراسة مقارنة ، بحث منشور بمجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة العدد ،السابع، المجلد الاول .

٧- و وداد وهيب لهمود ، تعليق على قرار محكمة التمييز بشأن الشكلية في عقد المساطحة "دراسةُ مقارنة"، بحث منشور بمجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، المجلد الاول، العدد الاول ، ٢٠٢٠ .

٨- ظافر مدحي فيصل ، التكييف القانوني للاعلان عن المزايدات العامة – دراسة مقارنة ، بحث منشور بمجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، العدد السادس ، المجلد الاول ، ٢٠٢٢.

ثالثا: المصادر الاجنبية

1- Catherine Mitchell, interpretation of contracts ,second edition, Routledge-Cavendish,2020.

2- Trib . Civ de la seine 22 janv. 1930 D.H.1930 .

3- John Cartwright, Contract Law An introduction to the English law for the civil lawyer,third edition,Oxford,hart publishing,2016.

4- Ashour, Ameel Jabbar; MASHAF, Dina Attia. Legislative deficiency in the procedural aspect of information crime. Rigeo, 2021, 11.5.