بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

إن القضاء ساحة لإحقاق الحق وإيصال الحقوق إلى أصحابها، وإن القاضي هو العنصر الفعال والأساسي فيه ويعد صمام الأمان لصيانة تلك الحقوق من الضياع والعبث من خلال تطبيق القانون تطبيقاً سليماً. ومن الثابت أن القاضي ليس بمقدوره تطبيق القانون إلا اذا تمتع بسلطات واسعة تتيح له ممارسة مهمته الصعبة وهي تحقيق المصلحة العامة والخاصة معاً واعطاء كل ذي حق حقه.

وبما أن مهمة القاضي هي تطبيق أحكام القانون على الوقائع المعروضة أمامه، قد يكون هذه الوقائع حادثة ومتطورة فعلاً، وهذه المهمة الجليلة تفرض على القاضي أثناء تطبيق القانون على أرض الواقع أن يبذل قصاري جهده لاستخلاص المعنى الذي أراده المشرع من النص الذي يجب تطبيقه.

لذلك فإن التشريعات القديمة والحديثة أعطت سلطات تقديرية ومحددة للقاضي لكى يلعب دوراً ايجابياً في مسيرة العمل القضائي كأحد مرتكزات العدالة ، فمنها سلطة تفسير العقود وتعديلها. وتبدو أن هذه السلطات منحت للقاضي في غاية الأهمية لأنها تمس قاعدة فقهية ومهمة وهي أن العقد شريعة المتعاقدين وتمس مبدءاً مهماً في مجال العلاقات القانونية وهو مبدأ سلطان الإرادة.

وعلى ذلك فإن المشرع العراقي قد أناط مهمة التطوير الجزئي بالقضاة ولم يقف بهم عند حد معرفة القانون ولتسهيل المهمة لهم عمل على منحهم سلطة في تفسير العقد وتعديله وهي وظيفة تتجاوز دورهم التقليدي المتمثل بتطبيق القانون على الواقعة المعروضة أمامهم وتكاد تصل بهم إلى حد الإسهام الجزئي من صنع القانون أو على الأقل في سد ثغرات القانون. وهذا أقصى مايمكن أن يصل اليه دور القاضي في مهمته بغية تحقيق العدالة.

وسبب إختياري لهذا الموضوع هواهميته لأن منح القاضي سلطة تفسير العقد وتعديله يعتبرالوسيط الروحي والملجأ المادي لتقريب القانون إلى الواق، وتكييف القانون مع الحاجات المستجدة والقضايا الملحة التي عرضت في ساحة القضاء. فهذه الصلاحية يعطي القانون الحياة، وتهدم الجدارالزمني بين وضع القاعدة القانونية والوقائع الطارئة، أومصالح وحاجات جديدة لم تكن معروضة أو متصورة عند وضع القانون، فهنا يلجأ القاضي إلى استمداد الحل من روح القانون وغايته، أي يقوم بالتوفيق بين نص القانون والواقع. كما أن السادة القضاة وأعضاء الادعاء العام لم يكتبوا في هذا الموضوع سابقاً. ورغم الصلاحية الممنوحة لهم من قبل المشرع لتفسير العقود وتعديله الا أننا نلاحظ في مجال التطبيق أن السادة القضاة قليلاً مايستعملون هذه الصلاحية في نظر الدعاوى المرفوعة أمامهم.

وقد واجهنا من خلال البحث مشكلة ندرة البحث في هذا الموضوع وكذلك ندرة القرارات التمييزية حول موضوع البحث وخاصةً القرارات التمييزية في محكمة تمييز أقليم كردستان.

وقد انتهجت المنهج التحليلي في كتابة البحث مستعيناً بالقرارات القضائية و الآراء الفقهية.

وبما أن لهذا الموضوع فائدته العلمية والعملية، لذلك ارتأيت وبشكل مختصر بيان سلطة القاضي في تفسير العقد ضمن مبحثين: في المبحث الأول نتطرق إلى ماهية التفسيرودور القاضي في التفسير حيث وزعنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب في المطلب الأول نتكلم عن مفهوم التفسيروأنواعه وفي المطلب الثاني نتطرق إلى موقف المشرع العراقي من التفسير وخصصنا المطلب الثالث إلى دور القاضي في التفسير. أما المبحث الثاني خصصناه لبيان دور القاضي في تعديل العقد وذلك من خلال ثلاثة مطالب، في المطلب الأول نتناول موضوع المفهوم القانوني لتعديل العقد، وفي المطلب الثاني يدور البحث حول تأصيل سلطة القاضي في تعديل العقد وفي المطلب الثالث والأخيرنبين دور القاضي في تعديل العقد. وفي الخاتمة نعرض ما توصلنا اليها من النتائج والمقترحات.

وأرجو من الله التوفيق والصواب .

الباحث

المبحث الأول

ماهية التفسير ودور القاضي في التفسير

إن التفسير عملية ضرورية لتطبيق النصوص التشريعية وقواعد القانون على الحالات الواقعية، وكذلك العقود المدنية عندما كان هناك نزاع قائم حول العقد والمعروضة أمام القضاء، وبما أن التفسير الذي يقوم به القضاة يتأثر بالظروف والوقائع التي تحيط بالمنازعات المعروضة على المحاكم, لذالك يعمل القضاة على أن يكون تفسيرهم للقانون و العقود منسجماً مع هذه الظروف من جهة، وأقرب الى العدالة من جهة أخرى، عليه سنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب نخصص المطلب الأول لمفهوم التفسير وأنواعه ونتحدث في المطلب الثاني عن موقف المشرع العراقي من التفسير ونخصص المطلب الثالث إلى دورالقاضي في تفسيرالعقد.

المطلب الأول

مفهوم التفسير وأنواعه

سوف نخصص هذا المطلب إلى فرعين نتحدث في الفرع الأول عن تعريف التفسير وفي الفرع الثاني نتحدث عن أنواع التفسير القانوني.

الفرع الأول

تعريف التفسير

التفسيرلغة: مصدرفسَّر، بمعنى الإيضاح والتبيين، يقال: أستفسرته كذا سألته أن يفسرلى. والفسر: نظر الطبيب إلى الماء لينظر علته، وكذلك التفسير، وكل شيء يعرف به تفسير الشيء ومعناه هو تفسرته. ويطلق التفسير على التعرية للانطلاق، يقال: فسرت الفرس عريته لينطلق، وهو راجع لمعنى الكشف، فكأنه كشف ظهره الذي يريد منه من الجري[١]. ويلاحظ إن اصطلاح التفسير مأخوذ من معناه اللغوي ويقصد به الإبانة والكشف المغطى وقال الراغب فى المفردات: الفسرإظهار المعنى المعقول ومنه قيل أن مصطلح التفسي هو(إزالة الإبهام عن اللفظ المشكل أي المشكل في إفادة المعنى المقصود) [٢].فالتفسير بهذا المعنى ليس مجرد كشف القناع عن اللفظ المشكل بل هو محاولة إزالة الخفاء في دلالة الكلام فلا بدّ أن يكون هناك إبهام في وجه اللفظ بحيث يستتر وجه

(١) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، الناشر دارصادر، بيروت، ١٤١٤هـ، الجزء الخامس، ص ٥٥ .

(٢) الراغب الأصفهانى, مفردات ألفاظ القرآن, تحقيق (صفوان عدنان داودي)، الناشر طليعة النور, قم, إيران , الطبعة الأولى ١٤٢٦ هـ , ص ٦٣٦ .

المعنى ويحتاج إلى محاولة وإجهاد بالغ حتى يزول الخفاء ويرتفع الإشكال، وهذا هو الفرق بين التفسير والترجمة لأنها حيث كان الجهل باللغة وعدم معرفة الوضع يرتفع بمراجعة اللغة المعروفة وليس في ذلك كثير جهد وعناء [١]. وفي الفقه القانوني، يقصد بتفسيرالقانون، توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة [٢].

إذاً يمكن القول بأن التفسير هو علم يعرف به فهم النص وبيان معانيه واستخراج أحكامه وحكمه واستمداد ذلك من علم اللغة والنحو والتصريف وعلم البيان وأصول الفقه والقراءات. وفي المجال القانوني تعني معرفة غرض المشرع والحكمة من تشريعه، وكذلك توضيح عبارات العقد واستخلاص نية المتعاقدين لأن النصوص سواءٌ كانت تشريعية أو عبارات موجودة في العقود ليست جميعها واضحة الدلالة دائماً إذ إن بعض تلك النصوص قد يعتريها الغموض ولكي يتمكن قاضي محكمة الموضوع من تطبيق تلك النصوص كان حتماً ولزاماً عليه أن يفسرتلك النصوص الغامضة وفقاً لقواعد التفسيرالمتعارف عليها، وحيث أن التفسير من مسائل القانون وليس الواقع، لذا كان لابدّ من اخضاعه للرقابة القضائية. وجدير بالذكرأن هناك عدة مناهج للتفسير بشكل عام تتوزع إلى مناهج يتبناها العلماء المسلمون في تفسير النصوص الدينية ما يسمى بالمناهج التقليدية، وهي تتركزفي منهجين رئيسيين: وهي منهج التفسير بالمأثور والمنهج الاجتهادي العقلي في التفسير. ومناهج أخرى يمكن تسميتها بالمناهج الحديثة، وبعض منها وضع أساساً من قبل مفكري الغرب ثم تأثربتلك المناهج بعض المفكرين المسلمين. حيث لا نستطيع الكلام عنها بشيء من التفصيل هنا وليس مداربحثنا بل من الضروري التطرق إلى أهمية التفسير ومدى الحاجة إليه.

حيث أن عملية التفسير حاجة طبيعية في العلوم الانسانية بوجه عام وفي تلك المتعلقة بالنصوص بوجه خاص سواءً أكانت تلك النصوص والخطابات الموجهة إلى الأخرين مصدرها الشارع الإلهي أم العقل البشري. ذلك أن الخطابات لا تكون واضحةً دلالاتها بالنسبة للمتلقي لأسباب عديدة منها، على سبيل المثال الإشتراك الذي يقع في معاني الألفاظ التي تتكون منها تلك النصوص. وغالباً فإن النص يحتمل أكثر من معنى مع ترجيح إحدى تلك المعاني لذا بغية فهم الخطاب لابدّ من تفسيره وصولاً إلى الدلالة المطلوبة والمقصودة من ألفاظه ومن هنا تظهر أهمية التفسير وضرورته. إذ إن التفسير يتم وفقاً للعرف اللغوي أي ما يفهمه المتلقي وفقاً للأعراف السائدة عند أهل اللغة وقد سار القضاء على هذا المنهج من التفسير أى التفسير وفقاْ للعرف اللغوي، أي ما يتبادر إلى ذهن المتلقي من معنى عند تلقيه النص[٣]. وبما أن المشرع يضع الخطوط العامة للإطارالقانوني، ويجب أن تترك مهمة إملاء

(١)على محمد بن على السيد الزين ابو الحسن الحسينى الجرجانى الحنفي المتوفي ٨٢٦ هـ، كتاب التعريفات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبع الاولى، ٢٠٠٥ م، ص ٣٨, ٤٦.

(٢)د.عصمت عبدالمجيد بكر، أصول تفسير القانون، بدون مطبعة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩،ص ٤.

(٣) عباس قاسم مهدى الداقوقي، الاجتهاد القضائي– مفهومه–حالاته– نطاقه- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى،٢٠١٥، ص ١٦٩، ١٧٠.

التفاصيل للحالات المحددة لتطبيق القانون، وحتى لوفرضنا أن النص التشريعي كامل وتام وواضح المعنى فإنه لايمكنه إطلاقاً أن يشمل وحده وبصورة مباشرة على جميع الأحكام، بل يجب أن يكون هنالك وسيط ضروري بين هذه الحاجات المختلفة والمتنوعة وبين تلك الصيغة الجامدة الثابتة حتى يتمكن من تكييفها مع المواقف والظروف التي صيغت لها، وهذا الوسيط هو تفسير القانون(١) .

الفرع الثاني

أنواع التفسير القانوني

إن الثابت بالتجربة العملية أن المدون القانوني لايستطيع أن يتجنب الغموض والإبهام بين مواد القانون المختلفة في جميع الأحوال وحتى لو افترضنا جدلاً قدرته في هذا المضمارتبقى الحاجة إلى التفسير، لأن الحياة في تطورمستمر، وقد تستجد بعض الحوادث والاتجاهات الاجتماعية التي تتعارض والأسس التي يقوم عليها القانون الموجود وعندئذٍ لابدّ من التفسير المفضي إلى الحكم، وعندما يستعمل المشرع عبارات وألفاظ تحمل أكثرمن معنى اعتقاداً منه أنها تؤدي المعنى الذي أراده، أوتأتي صياغة القواعد القانونية صياغة غامضة تؤدي إلى اختلاف القضاة في تفهم معناها، وكذلك قصد المشرع من وراء وضعها، من هنا يكشف تفسير القاعدة القانونية عن المعنى المراد منها، ويوضح ما غمض من أحكامها، ويبين ما قصده المشرع منها حتى يكون تطبيق القاضي لهذه القاعدة تطبيقاً يتفق مع معناها الحقيقي، لذا يتنوع تفسير القاعدة القانونية تبعاً للجهة أو السلطة التي تقوم بها (٢). إذاً ينقسم التفسير بالنسبة إلى الجهة التي تتولاه إلى ثلاثة أنواع :

أولاً: التفسير التشريعي: وهوالتفسير الذي يتولاه المشرع ليبين حقيقة ما قصده من تشريع سابق، إذا ظهرله أن المحاكم لم تهتد إلى هذا القصد، أولاحظ أنها فهمت التشريع على نحو يتضاد مع المعنى المقصود منه أو يغير جوهره الحقيقي . ويتميز التفسير التشريعي بخاصتين هامتين : أولاهما، أنه تفسير ملزم للمحاكم باعتباره تشريعاً من ناحية، وبوصفه جزءاً لا يتجزأ من التشريع موضوع التفسير من ناحية أخرى. والثانية، أنه يسري على الماضي أى ينطبق على الوقائع التي حدثت قبل صدوره وعلى القضايا المنظورة التي لم يتم الفصل فيها (٣).

ثانياً: التفسير الفقهي: فهوالتفسي الذي يقوم به شراح القانون وفقهاؤه، ويكون مدوناً في مؤلفاتهم وفتاواهم ومقالاتهم وأبحاثهم، ويعدّ هذا التفسير أوسع صور التفسير، لأنه لايتناول حالات خاصة كما يفعل القضاء، وإنما يقوم الفقيه بتفسير القواعد القانونية بقصد استخلاص مبادىء عامة تحكمها أو وضع نظريات تعدّ هذه القواعد تطبيقاً لها.

(١) د.محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي, مطبعة وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية، بغداد، بدون سنة طبع، ص ٢٧.
(٢) عواد حسين ياسين العبيدي، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، دار السنهوري، بغداد، الطبعة الأولى،٢٠١٦، ص ٤٣
(٣) د. محمد شريف احمد، المصدر السابق، ص ١٥.

ويغلب على التفسير الفقهي الطابع النظري والبعد عن مقتضيات الحاجات العملية التى يأخذها القاضي عادة بعين الاعتبار في التفسير. ولذلك قيل أن الفقه هو المظهر العلمي للقانون؛ لأن الفقه عادة يغلب عليه طابع المنطق البحت أكثر من مراعاته للمقتضيات العملية وإن وجب عليه ألا يهملها[١]. ويمكن للقاضي أن يصدر قراره بخلاف الآراء الفقهية والشروحات و التفاسيرإذا كانت لا تتفق مع نص القانون الواجب التطبيق, فالتفسيرالفقهي لايعدو أن يكون مجرد وجهة نظر لفقيه أو لمجموعة من الفقهاء أو مجرد نصيحة ليس لها في حد ذاتها أية قوة ملزمة، فلا يلزم المشرع ولا يلزم المحاكم ، ولا يلزم الفقهاء أنفسهم حتى الفقيه الذي قام به لأنه يستطيع أن يعدل عنه في أي وقت شاء [٢].

ثالثاً: التفسير القضائي: ويقصد به التفسير الذي يتولاه القاضي أثناء نظره في الدعاوى, وذلك أن مهمة القاضي بذل قصاري جهده لاستخلاص المعنى الذي أراده المشرع من النص الذي يجب تطبيقه، فتفسير القاضي ليس غاية في ذاته بل وسيلة يستخدمها بقصد الفصل في المنازعات، وبذلك يكون التفسير القضائي أكثر استجابة للمصالح المتجددة وتكيّفاً مع الحاجات الطارئة [٣].

ويتميز التفسير القضائي بأنه غير ملزم، فإذا فسرت محكمة معينة نصاً من نصوص القانون على وجه معين فإنها لا تلزم بهذا التفسيرفي الدعاوى المماثلة التي ترفع إليها فيما بعد، ولا تتقيد المحاكم الأخرى بهذا التفسير، بل يكون ملزماً للطرفين في النزاع الذي حصل التفسير القضائي بصدده. بناءً على حجية الأمر المحكوم فيه التي تثبت للحكم, فلا يجوز للطرفين أن يرفعا الدعوى مرة ثانية لنفس السبب ولنفس الموضوع [٤].

وإن ما يهمنا فى مجال بحثنا هو التفسير الذي يتولاه القاضي لتطبيق أحكام القانون المدني على العقد الذي اختلف أطرافه حول مضمونه فالتفسير وسيلة يستخدمها القاضي لفض النزاع فتفسير العقد المدنى يراد به بيان ماهو غامض والإيضاح والكشف عن المراد بنصوص العقد المدني. ولقد وردت آراء متعددة من الفقه المدني الأجنبي والعربي في تحديد معنى تفسير العقد الا أن التعريف الحديث لمفهوم التفسيرهوتلك العملية الذهنية التى يقوم بها المفس، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة والمرتبطة به [٥].

(١) د.محمد شريف احمد ، المصدر السابق ، ص ١٨ , ١٩ .
(٢) عواد حسين ياسين العبيدي، المصدر السابق، ص ٥١.
(٣)عبدالحسين صباح صيوان الحسون،المورد القانوني، ٢٠١١م، ص ١٢٣.
(٤) د. محمد شريف احمد، المصدر نفسه، ص ١٧.
(٥) د. منذر الفضل, الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الأسلامى والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء,. دار ئاراس للطباعة والنشر، اربيل الطبعة الأولى ٢٠٠٦، ص ٢٠٤.

والبحث في تفسير العقد يأتي بعد البحث في انعقاد العقد وصحته، إذ لاجدوى من تفسير العقد الاّ إذا كان صحيحاً حتى يكون قابلا للتنفيذ، ونطاق البحث في انعقاد العقد وصحته غير نطاق البحث في تفسير العقد لتحديد آثاره. ففي انعقاد العقد وصحته يدور البحث حول الإرادة التي يؤخذ بها هل هي الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة فإذا كانت هي الإرادة الباطنة فهل اتفقت أو انحرفت عن الإرادة الظاهرة لنتعرف هل هي صحيحة أومعيبة ؟ وهل تطابقت الإرادتان تطابقاً تاماً حتى تخلص منهما الإرادة المشتركة للمتعاقدين؟ أما في تفسيرالعقد لتحديد آثاره، فنحن بعد أن نكون قد استخلصنا الإرادة المشتركة للمتعاقدين نقف عند الإرادة الظاهرة لتبين معانيها، ماوضح منها وما غمض، مفترضين تطابقاً بينها وبين الإرادة الظاهرة حتى يقوم الدليل على العكس(١). فأول ما يبدأ به القاضي عند تفسيره للعقدهومحاولة تحديد مضمونه على ضوء الإرادة الظاهرة أي التعبيرعن الإرادة أو العبارات التي استعملها المتعاقدان في إبرام العقد فإذا عسرعليه الأمر لجأ إلى الإرادة الباطنة، أي ما قصده المتعاقدان من الألفاظ التي استعملاها في التعبيرعن إرادتيهما إذ يلجأ القاضي إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين (٢).

باختصار فإن تفسيرالعقد هو البحث عما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين. إذن لايستطيع القاضي أن يحل مفهومه للعقد محل طرفيه بل إن تفسيره للعقد يجب ان يكون عاكساً لإرادتيهما ومنطبقاً مع روح العقد والغرض المقصود منه. على هذا قيل إن استخلاص القاضي للإرادة المشتركة للمتعاقدين مسألة موضوعية متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يستطيع أن يستخدم من وسائل التفسيرما يراه لازماً لاستخلاص هذه الإرادة دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز، مادام لم يخرج في تفسيره لعبارات العقد عن المعنى الذي تحمله فتفسيرالعقد من عمل القاضي، غيرأن المشرع لم يترك للقاضي كامل الحرية بشأن تفسير العقود، بل الزمه باتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه على مهمته الأصلية وهي تفسير العقد (٣).

(١) د. عبدالرزاق احمد السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، المجلد ١، منشورات الحلبى الحقوقية بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، ٢٠٠٠م، ص ٦٦١.
(٢) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الكتاب الأول، النظرية العامة للالتزام، الجزءالأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، بلا سنة طبع، ص ٣٣١ .
(٣) فوزي كاظم المياحي، القانون المدنى العراقي فقهاً وقضاءً، نطرية العقد القسم الثاني، مطبعة السيماء، بغداد ٢٠١٨ ص ٣٥٣، ٣٥٤.

المطلب الثاني

موقف المشرع العراقي من التفسير

إن المشرع العراقي قد وضع منهجاً للتفسير، حيث أوجب على القاضي إتباع التفسيرالمتطور للقانون إذ تنص المادة (٣) من قانون الإثبات العراقي رقم(١٠٧) لسنة ١٩٧٩ على: ((إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)).

ويقصد بالتفسير المتطور، أن تفسرالنصوص بحيث يوائم مضمونها ما طرأ من تغيّرات على ظروف الحياة التي وضعت من أجلها تلك النصوص، وحيث يكون النص قائماً يتعين على المحاكم أن توائم بينه وبين ظروف الحياة الجديدة وبذلك يمكن أن يكون للنص القانوني عند تطبيقه مضمون أوسع مما هو في ذهن المشرع عند وضع القانون [١]. إذاً ينبغي على القاضي أن يضع نصب عينيه عند التفسير معرفة القصد الحقيقي للمشرع وقت وضعه القاعدة القانونية، وقصده فيما لوكانت الحالة المطروحة موجودة وقت صدورها، أي استجلاء هذا القصد بالنسبة للفروض التي لم يكن باستطاعة المشرع أن يستوعبها ثم يتنبأ بها وقت إصداره القاعدة القانونية [٢] .

ومن التطبيقات القضائية لمحكمة تمييزالعراق بشأن التفسيرالمتطور للقانون قرارها الذي جاء فيه:(...إن تفسير قانون العمل يكون لصالح العامل إن كان النص القانوني غامضاً ومتعارضاً مع نص آخرأو كان به خطأ أو نقص فإن الشك يفسر لصالح العامل؛ لأن قانون العمل إنما شرع لحماية العامل باعتباره الطرف الضعيف في العقد...)[٣] .

فإذا نشب نزاع ما بشأن عقد من العقود فإن تفسير هذا العقد سواءً في بيان بنوده ومحتوياته أو تحديد نطاقه عند تفسيره أو استجلاء غموضه، يقتضى من القاضي الاستعانة بالقواعد الكلية التي وضعها الفقهاء المسلمون، والتي نصّ على بعضها المشرع العراقي وعوّل على استرشاد القاضي بها عند تفسيره للعقد. وعموماً فقد جاءت أحكام تفسير العقد في القانون المدني العراقي، مقتضبة وموجزة ومحددة بعدد من القواعد الفقهية، من ثم فإنه ليس لهذه القواعد أكثر من صفة توجيهية، ولعل المشرع أراد من ذلك عدم تقيد القاضي بأحكام دقيقة، وإنما وجد من الحكمة أن تترك للقاضي الحرية الضرورية في استجلاء النية المشتركة للمتعاقدين وصولا للتفسير السليم[٤] .

---

(١)د.عصمت عبدالمجيد بكر, شرح قانون الإثبات رقم (١٠٧)لسنة ١٩٧٩،المكتبة القانونية، بغداد، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٧، ص ٤٣.
(٢)محمد على الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، الجزء الأول، مطبعة شفيق، بغداد ١٩٨٣، ص ٢٩ .
(٣) قرارمحكمة تمييز العراق المرقم ٥٤٣/عمل/ ١٩٨٢ بتأريخ ١٩٨/٨/١٢. أنظر: ضياء شيت خطاب، فن القضاء، الناشر معهد البحوث و الدراسات العربية، بغداد ١٩٨٤، ص ٦٧ .
(٤) فوزى كاظم المياحي، القسم الثاني، المصدر السابق، ص ٣٦٦.

وإن القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وفي المواد (١٥٥- ١٦٧) تنص على بعض القواعد الرئيسية التي تساعد القاضي لإيجاد الحل القانوني الأمثل عند تفسيره للعقود والتصرفات التي تكون مواضيع الدعاوى المرفوعة أمامه، وهذا يتضمن الزام القاضي بالتزام بهذه القواعد عند قيامه بتفسيرالعبارات والألفاظ المنصوص عليها في متون العقود؛ لأن مضمون العقد يتحدد بما أنشأ من حقوق والتزامات، سواءً أتم ذكرها صراحةً في العقد أو ضمناً، إلا إن الخلاف يثور بين المتعاقدين عند غموض التعبير أو الالتباس بما ورد في بنوده، وإذا كان مفهوم سلطة القاضي في تفسيرالعقد يتحدد باستنباط مضمون الإرادة المشتركة للمتعاقدين فعليه اتباع قواعد تفسير العقد الملزمة لبلوغ حقيقة مضمونه وصولا إلى التكييف القانوني السليم. وأن القواعد الفقهية الموجودة في القانون المدني العراقي لايعني إن ما وردت من القواعد جاءت على سبيل الحصرإنماهوعلى سبيل المثال، ومن ثم فالقاضي يمكن أن يستعين بغيرها مما يراه مؤدياً إلى الكشف عن نية المتعاقدين. والقواعد الفقهية الأساسية في التفسير تتعرض لحالات وضوح عبارة العقد وغموض عبارة العقد، وقيام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ونتكلم عن حالات التفسير والقواعد العامة في التفسير ضمن فرعين.

الفرع الأول

حالات تفسير العقد

نتطرق في هذا الفرع إلى حالات تفسير العقد والتي نلخصها في الحالات التالية :-

أولاً: عبارات العقد واضحة: إذا كانت عبارات العقد واضحة وجلية تعين على القاضي الأخذ بالمعنى الظاهر للعبارات، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للوقوف على إرادة المتعاقدين. ولكن من المتوقع أن تكون عبارات العقد واضحة ولكن إرادة المتعاقدين غير واضحة، كاستعمال ألفاظ أو تسميات توهماً من المتعاقدين أو يقصد الأطراف إخفاء حقيقة التصرف المقصود بتصرف صوري, لذلك يضطرالقاضي في هذه الحالات الى تفسيرالعقد[١]. ومن التطبيقات القضائية لمحكمة تمييزالعراق بهذا الشأن والذي جاء فيه:(...الأصل في تفسيرعبارات العقد أن يؤخذ بالمعنى الحقيقي ولايجوز الانحراف عنه الى غيره من المعاني إلا إذا تأيّد من ظروف الدعوى ما يدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير وقصدا معنى آخر فيجب حينئذ البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين)[٢].

(١)د.عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، منشورات جامعة جيهان الخاصة، الطبعة الأولى اربيل ٢٠١١ م ، ص ٤٠٠.

(٢)قرار المرقم(١٠١٣ /حقوقية / ٦٨ بتأريخ ١٩٦٨/١٠/٣)نقلاً عن: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، المكتبة القانونية بغداد، بدون سنة طبع، ص ٣٣٣.

ثانيا: عبارات العقد غامضة: إذا كانت عبارات العقد غامضة فيعمد القاضي إلى ازالة الغموض والابهام فيعتدّ بالنية المشتركة للطرفين، وذلك بمحاولة الكشف عنها بموجب عوامل يستهدي بها وهي على نوعين:-

١-العوامل الداخلية: وهي الرجوع إلى عبارات العقد, كطبيعة المعاملة ؛ لأن العقد يفسرحسب طبيعته كأن يكون هبة أوبيعاً أو رهناً أوإجارة فإذا احتملت عبارة العقد معاني متعددة اختارالقاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة التصرف القانوني فلو اشترط المعيرفي عارية الاستعمال رد الشيء المستعارأو مثله لم يفسر ذلك على أنها عارية الاستهلاك, وإنما قصد المعير عند عدم الردّ الزام المستعير دفع التعويض. ومن العوامل الداخلية في العقد ما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وأمانة في التعامل تقضي على المتعاقد الاّ يستغل ما وقع فيه المتعاقد الآخر من ابهام في التعبير.

٢- العوامل الخارجية: كالعرف والطريقة الجارية في تنفيذ العقد لاسيما في نطاق المعاملات التجارية كما هو الحال في وضع نسبة معينة عن الخدمة في المطاعم والفنادق الكبيرة، فالعوامل الخارجية هي الوسائل المؤدية إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين من مصادر خارج الصيغة التعاقدية وهومايطلق عليه (ظروف الواقع)وهي الظروف الشخصية و الظروف الموضوعية [١].

ومن التطبيقات القضائية حول غموض عبارة العقد ما جاء في القرارلمحكمة تمييز العراق أنه(... إذا علق استحقاق دين المدعي على بيع دار المدعى عليه ودفع هذا بعدم الاستحقاق لعدم بيع الدار، فإن قيام المحكمة بتحديد مدة معينة لبيع الدار يكون صحيحاً، حيث أن المحكمة فسرت غموض عبارة العقد بعد استخلاصها نية المتعاقدين ومن ظروف التعاقد وملابساته...) [٢].

ثالثا: قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين: الأصل أن يفسرالشك في مصلحة المدين، لأن الأصل في الشخص براءة الذمة، فإذا قام شك حول مدى التزام المدين فسّرهذا الشك بالطريقة التي تجعل الالتزام في أضيق الحدود، كما تبررها القواعد العامة في الإثبات. لأن إثبات مدى الالتزام يقع على عاتق المدين فاذا قام شك في حقيقة هذا المدى كان معنى ذلك أن الدائن لم يستطع إثباته على نحو واسع فيؤخذ إذاً بالمدى الضيق للالتزام. وإذا كان العقد ملزما لجانب واحد كان تفسيرالشك لصالح جانب المدين، وإذا كان العقد ملزما للجانبين كان تفسير العقد في معنى العبارة الواردة في شرط معين لصالح جانب المدين في هذا الشرط أي الشخص الذي يضارمن الشرط الذي يتم تفسيره[٣]. فالاستثناء الوحيد في هذا المجال هو تفسيرالعبارات الغامضة في عقد الإذعان حيث يتعين

(١)د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ٢٠٦ ، ٢٠٧.
(٢)قراررقم(٦٧٣ / مدنية ثالثة / ١٩٧٣ في ١٩٧٣/٩/٢٦)نقلاً عن: فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص ٣٦٠.
(٣)د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص ٤٠٢ ، ٤٠٣.

تفسيرالشك في مصلحة الطرف المذعن دائناً كان أم مديناً، وتلك قاعدة عادلة تقوم على أساس أن الطرف المذعن هو الطرف الأضعف اقتصادياً، وأن رضائه بالعقد أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى القبول الاختياري، وبما أن الطرف القوي هو الذي يستقل بتحرير العقد فلا يستفيد من الغموض واللبس والإبهام في العقد الذي حرره [١].

الفرع الثاني

القواعد العامة في تفسير العقد في القانون المدني العراقي

إن القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل أورد عدة قواعد عامة في تفسير العقد حيث أوجب على القضاء مراعاتها عند التفسيروالتي سنتناولها في الفقراتالية:-

أولاً: المادة(١٥٥) من القانون المذكور تنص على أن:((١- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني. ٢- على أن الأصل في الكلام الحقيقة، أما اذا تعذر الحقيقة فيصار إلى المجاز)). تعنى هذه القاعدة أن المعنى الحقيقى مقدّم على المعنى المجازي، إلا إذا تعذر حملها على هذا المعنى لوجود القرائن الصارفة؛ فيصار عندئذ إلى الأخذ بالمجاز[٢].

ثانيا: المادة (١٥٦) من القانون المذكور تنص على أنه: ((تترك الحقيقة بدلالة العادة)). معنى هذه القاعدة هو أن دلالة اللفظ الحقيقية تترك ولا تعتبرإذا دل العرف والعادة على استعمال هذا اللفظ استعمالاً مغايراً لمعناها الحقيقي ويبنى الحكم على المعنى الذي دلّ عليه العرف والعادة. كما لو استأجرشخص عاملا بأجرة يومية فاختلفا في الزمن الذي يجب أن يقضيه العامل في عمله فإن زمن اليوم محدد في العرف بساعات معينة حسب الأعراف والعادات ولايرجع في تفسير معناه إلى المعنى الحقيقي[٣]. وللقاضي الاستعانة برأي الخبراء في سبيل الوصول إلى المعنى الحرفي للألفاظ، حيث تنص المادة(١٣٢) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ على أنه: ((تتناول الخبرة الأمورالعلمية والفنية وغيرها من الأمور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية)). وبهذا قضت محكمة تمييزالعراق في قرار على أنه: (... إن إقرار المدعى عليه بأنه تسلّم المبلغ المدعى به عن قوة المزارعة هو اصطلاح محلي يصار فيه إلى العرف بعد أن اختلف الطرفان في تفسيره، ويجب تكليفهما بانتخاب خبير وعند عدم اتفاقهما تقوم المحكمة بانتخابه لبيان المعنى المراد من الاصطلاح المذكور[٤].

---

(١) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دارالثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ ص ٢٠٦.

(٢)د. مصطفى الزلمي، محاضرات في نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، جامعة بغداد، بدون سنة الطبع، ص١٧٨.

(٣) فوزي كاظم المياحى، القسم الثاني، المصدر السابق، ص ٣٨٧ .

(٤) قرار المرقم (١٧١٨/ حقوقية / ١٩٦٢ بتأريخ ١٨ /١٩٦٢/١٢)نقلاً عن: إبراهيم المشاهدي، المصدر السابق ، ص ٣٣٣.

ثالثاً: المادة (١٥٧)تنص على أنه:((لاعبرة بالدلالة في مقابلة التصريح)). إن التعبيرعن الإرادة إما أن يكون صراحة بإيراد الألفاظ الدالة على المطلوب، وإما أن يكون دلالة باتخاذ مسلك يدل على الإرادة، فالبيع والشراء بعد ترديد الإيجاب والتقائه بالقبول إنما يكون صراحة، والبيع الذي يجري بواسطة التعاطي بأن يرى المرء سلعة مكتوبة سعرها عليها فيؤدي ثمنها ويأخذها ويمضي، إنما هو دلالة لاتصريح. فإذا عرضت سلعة ولم يكتب عليها سعرها وأدّى المشتري ثمناً فلم يوافق البائع وصرح بعدم قبوله فلا عبرة للدلالة؛ لأن الايجاب الصادرمن المشتري قد صادفه الرفض الصريح[١]. وبهذا قضت محكمة تمييزالعراق في قرارعلى أنه:(... إذا وجه الموكل إشعاراً كتابياً إلى موكله المحامي يدعوه فيه إلى الاستقالة من الدعوى والاكتفاء بالأجورالمقبوضة عنها كمقدمة أتعاب وتبلغ المحامي بهذا الإشعار الكتابي وسجل عليه (تبلغت بقرار إقالتي من الدعوى وتمت الموافقة عليها) فالمحامي يكون قد وافق على ما جاء بالإشعار دون أن يبدي تحفظاً على أصل الكتاب بخصوص بقية أتعابه الذي لايمكن تأويله أو تحميله على غير ذلك حيث لاعبرة بالدلالة مقابل التصريح)[٢].

رابعاً: المادة (١٥٨)تنص على أن: ((إعمال الكلام أولى من إهماله، ولكن أذا تعذرإعمال الكلام يهمل)). ومعنى ذلك أن الكلام لايهمل مهما أمكن حمله على معنى. لأن الكلام يفترض فيه أنه صادرمن عاقل، وهناك قاعدتان تتصلان بهذه القاعدة أوردهما المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة(١٥٥) من القانون المدني هما: ((الأصل في الكلام الحقيقة، أمّا إذا تعذرت الحقيقة فيصارإلى المجاز)). والمثال على هذه القاعدة: إذا أمّن شخص على حياته لصالح ولده ثم مات، فإن كان له ولد من صلبه حمل الكلام عليه، وإن لم يكن له ولد من صلبه بل كان له حفيد حمل الكلام عليه لئلا يهمل. أما إذا لم يكن له ولد مطلقاً أهمل كلامه ولايستحق أحد مبلغ التأمين[٣]. والقرار التمييزي على هذه القاعدة ماورد في قرار محكمة تمييز العراق حيث جاء فيه: (... ذلك لأن المميز باع إلى المميز عليها داره المشيدة على أرض أميرية تجاوزاً، وهذا البيع ينصرف إلى بيع المنشأت؛ لأن الأرض تعود ملكيتها ،لى وزارة المالية ؛ ولأن إعمال الكلام أولى من إهماله؛ ولأن المنشأت المذكورة مشيدة على أرض أميرية تعود للغير تجاوزاً فهي تعتبر بحكم المنقول؛ ولأن المنقول ينقل الملكية بالعقد بمجرد الانعقاد...)[٤].

خامساً: المادة(١٥٩)من القانون المذكور نص على أن:((ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله)). إذا كان الشيء موضوع الكلام غير قابل للتجزئة يحمل على إرادة كله صيانة لكلام القائل من الإلغاء والإهمال؛ لأن الأصل في كلام العاقل أنه يريد بكلامه إفادة السامع معنىً فذكره جزءاً من شيء غير قابل للتجزئة يحمل على أنه أراد الشيء

(١) فريد فتيان، مصادر الالتزام، شرح مقارن على النصوص، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦- ١٩٥٧، ص ١٩٠ .
(٢) قرار(المرقم ٦٩- موسعة مدنية / ١٩٩٠ في ٣/١٠ /١٩٩٠) نقلاًعن: فوزي كاظم المياحي، القسم الثاني، المصدر السابق ص ٣٩٢.
(٣) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة الإلتزام، الكتاب الأول، مصادرالالتزام، مطبعة العارف، بغداد،١٩٧١،ص ٣٤٨.
(٤) قرار(المرقم ٦٨٣/ مدنية ثالثة /في ٧/٤ /١٩٧١)نقلاً عن: فوزي كاظم المياحى،القسم الثاني، المصدر السابق ، ص ٤٠٠.

كله[١]. فمثلاً: لو أراد شخص أن يكفل شخصاً آخرعلى نفسه وتضمن عقد الكفالة بأنه كفيل بنصف أو ربع هذا الشخص ، فبما أن نفس الرجل مما لايقبل التجزئة والتقسيم وذكر البعض منها في حكم ذكر الكل، فالكفالة صحيحة ويكون قد كفل نفس الرجل كلها. أما إذا ذكر بعض ما يتجزأ، فليس كذكر كله، فيثبت الحكم للبعض الذي ذكره وليس للشيء كله. فمثلاً: لو كفل للدائن بنصف دينه على مدينه فتصح الكفالة بنصف الدين ولا يعد كفيلاً بكل الدين لأن مقدار الدين يقبل التجزئة، فيثبت الحكم للجزء الذي ذكره فقط .

سادساً :المادة(١٦٠)تنص على أن:((المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالةً)). يقصد بالمطلق, اللفظ الشائع في أفراد مفهومه على سبيل البدل من غيرتخصيص ببعضها، كذكر رجل فإنه يحتمل كل فرد ذكر بالغ من بني آدم، والمقيد هو اللفظ الذي تخصص شيوعه في بعض أفراد مفهومه كما إذا وصف الرجل بالبياض أوالسواد [٢].

مثلاً: لوأعارشخص مالاً لآخر ولم يقيد العارية بنوع الانتفاع، أو لم يقيدها بانتفاع المستعير بها فقط، فإنه يحق للمستعير أن ينتفع بالمال المعار بذاته أوباعارته لآخر ينتفع به، وله أن ينتفع به بأي من أنواع الانتفاع، بخلاف مالو قيد المعير الاعارة بنوع من أنواع الانتفاع أو قيدها بانتفاع المستعير فقط.

سابعاً: المادة (١٦١) من القانون المذكور نصت على أن: ((الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر)) تتعلق هذه المادة بتعيين محل العقد بذكر أوصافه المميزة له من غيره، فإذا وصف الشيء محل العقد ولم يكن حاضراً في مجلس العقد ثم تبين أنه غير متصف بالأوصاف التي وصف بها، فالعقد يكون موقوفاً بالنسبة للمتعاقد الآخر فهو مخير بين إجازة العقد ونقضه، وإذا وصف الشيء وكان حاضراً في مجلس العقد، وتعين بالإشارة والوصف، وكان الوصف مغايراً للحقيقة فلا عبرة للوصف وإنما العبرة للحقيقة [٣]. فلو قال البائع للمشتري (بعتك هذه السيارة السوداء وكانت السيارة بيضاء وهو يراها فلا عبرة لقوله السوداء) ولايكون العقد موقوفاً بالنسبة للمشتري ولايكون له خيار.

(١) د. عبدالكريم زيدان، الوجيز في الشرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى،٢٠٠١، ص ٢٦.
(٢) د.عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص ٤٠٧.
(٣) د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الإلتزام الجزء الأول، المكتبة القانونية، بغداد ١٩٨٠، ص ١٥٦ .

ثامناً: نصت المادة(١٦٢) من القانون نفسه على أن:((السؤال المصدق معاد في الجواب المصدق)). إن ما قيل في السؤال المجاب عنه بالتصديق يعتبر معاداً ضمن الجواب المصدق، فكأن المجيب قد تكلم به على صورته الأصلية وأعاد جزءاً من جوابه، فلو قال شخص لآخر: أشتريت مالك هذا بالألف، فأجاب المخاطب بـ(نعم) انعقد البيع[١].

تاسعاً: المادة(١٦٣)من القانون نفسه على أن:((١-المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ٢-والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم ٣- والممتنع عادة كالممتنع حقيقة)). يراد من هذه القاعدة الكلية في الفقه الإسلامي الركون إلى العرف والعادة كعوامل يسترشد بها في تحديد نطاق العقد، فالثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي كما يلزم مراعاة العرف الخاص كعرف التجارة وأرباب الحرف والصنائع كأن يجرى البيع على البضاعة المطروحة في موضعها أو منقولة إلى المشترى. كما يراد بقاعدة (الممتنع عادة كالممتنع حقيقة)، إن ما يستحيل عادة لاتسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلاً، فلو إدعى شخص جنيناً استقرض منه مالاً، فإن الادعاء غير صحيح لأنه أسندها إلى سبب مستحيل عادة وكذلك إذا ادعى شخص بنوة شخص أكبر منه سناً[٢].

عاشراً:المادة(١٦٤) من القانون المذكور نصت على أن:((١- العادة محكمة، عامة كانت أوخاصة٢- واستعمال الناس حجة يجب التعامل بها)). ومعنى هذه القاعدة إن المتعاقدين إذا لم ينصا على أمر من الأمور فالعادة أو العرف هو الذي يرجع إليه للفصل في الأمرالمتنازع فيه، فإذا اشترى شخص ألف طن من التمر مثلاً ولم يذكر الطرفان على من تقع أجر وزن التمرو تحميله في سيارات النقل على البائع أم على المشتري في هذه الحالة يرجع إلى العرف ويلاحظ بأن العادة إنما يؤخذ بها إذا كانت معروفة ومنتشرة[٣].

الحادي عشر: المادة (١٦٥)من القانون مذكور تنص على:((إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت, و العبرة للغالب الشائع لا للنادر)). يلاحظ أن هذه المادة نصت على معيار للعادة المعتبرة التي تكون حكماً يرجع إليه في تبيين الإرادة، وتترك بها الحقيقة، وتتغير بها الأحكام، وهي العادة المطردة التي لا تختلف أبداً أو التي قد تختلف قليلاً، أما العادة المغلوبة فلا عبرة بها ولا تترك بها الحقيقة ولا تنصب حكماً، فالعبرة في التعامل للغالب الشائع لا للنادر[٤]. فمثلاً إن المفقود إذا بلغ تسعين سنة من عمره فإنه يحكم بوفاته عند بعض الفقهاء. فالغالب أن لايعيش الإنسان أكثر من ذلك.

الثاني عشر: المادة (١٦٦)من القانون ذاته تنص على أنه:((يفسر الشك في مصلحة المدين))، فقد يحدث أن يتعذر تحديد المعنى المقصود بعبارات العقد فتظل هذه العبارات تحتمل أكثرمن معنى، ويوجد شك حول المعنى

(١) د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص ٤٠٨.
(٢) د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ٢١١.
(٣) د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر السابق، ص ٣٣٢ .
(٤) د.عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر نفسه، ص ٤٠٩ .

الذي قصده المتعاقدان، وقد واجه القانون هذه الحالة فقرر أن يفسر الشك في مصلحة المدين، ومؤدى ذلك أنه إذا كان أحد المعاني التي تحتملها عبارات العقد يحقق مصلحة المدين، وكان المعنى أو المعاني الأخرى ضد مصلحة المدين أو أقل تحقيقاً لهذه المصلحة من المعنى الأول، وجب الأخذ بالمعنى الأول. وقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين تقوم على أساس أن الأصل في الإنسان براءة الذمة .

الثالث عشر: المادة (١٦٧ فقرة ٣) منه تنص على أنه:((لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً)). هذه القاعدة تعتبراستثناءً من قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، ويستند هذا الاستثناء إلى أن الطرف المذعن لم يشترك في صياغة عبارات العقد، ولذلك فإنه لا يسأل عن غموضها، وإنما المسئول عن ذلك هو الطرف الآخر القوي الذي استقل بوضع شروط العقد وبصياغتها ولذلك يكون مما يتفق مع العدل والمنطق أن تفسرالعبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن، سواءً كان هذا الطرف مديناً أو دائناً، ومن شأن ذلك أن يحمل الطرف القوي في عقود الإذعان على مراعات الدقة والوضوح في صياغة عبارات عقودهم[١].

المطلب الثالث

دور القاضي في تفسيرالعقد

إن العقد عندما يعرض على القضاء حال قيام نزاع حوله(وجوده، مضمونه، تنفيذه ...) لايجب أن ينظر إليه لأول وهلة بأنه عمل خارج القانون، بل بالعكس، يجب أن ينظرإليه مبدئياً بأنه ثمرة اتفاق في إطارالقانون، وإنه يحمل تكييفاً معيناً ولا يثوراشكالية التفسير إلا إذا كنا أمام عقد يقتضى التفسير، التكييف أوتكملة العقد وهي التي تسمّى بالحاجة إلى التفسير، وأين يتدخل القاضي في العقد، والحالات الأخرى التي لايمكن التدخل فيها خشية تشويه العقد في مضمونه وطبيعته وآثاره[٢].

فالقاضي ليس له مطلق الحرية في تفسير العقد، فما يتعلق بالمسائل الموضوعية التي يعتمد أساساً على وقائع وظروف العقد وبصفة خاصة العبارات التي استعملت فيه، فإن قاضي الموضوع لا يخضع في قيامه بالتفسير لرقابة محكمة التمييز، مادام قد التزم القواعد السابقة في تفسيره، ومادام قد استخلص نتائجه من مصادرموجودة فعلاً لا وهماً، وغيرمتعارضة مع الثابت من ظروف النزاع، ومتى كانت عبارات العقد تحتمل المعنى الذي حصله أما تطبيق قواعد التفسير السابقة فيعتبر عملاً قانونياً تخضع فيه القاضي لرقابة محكمة التمييز. فلو فسرت محكمة

(١) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، بدون مطبعة، ١٩٨٩، ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ .
(٢) د.بردان رشيد ود.بوراس نجيبة "القاضي وتفسير العقد" بحث منشور في مجلة القانون، المجتمع و السلطة، مجلد٧، العدد ١ ٢٠١٨، ص٩،٨، https://elmouhami.com/wp-content/uploads/٢٠١٨/٠٥/١c٧d١٠a٨٧٦c٣٦٥fcf٨efe٥٤c١d٢٥٠٨٧٦.pdf,تأريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/١٧.

الموضوع الشك ضد مصلحة المدين مثلاً في عقود الإذعان كان لمحكمة التمييز أن تنقض هذا الحكم لمخالفته لقاعدة قانونية من قواعد التفسير[١]. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه:(من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير الاقرارات والاتفاقات والمشارطات وسائر المحررات بما تراه أدنى إلى نية عاقديها أو أصحاب الشأن فيها مستهدية بوقائع الدعوى وظروفها دون رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك مادامت لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عبارات المحرر ومادام ما انتهت إليه سائغاً و مقبولاً بمقتضى الأسباب التي بنته عليها)[٢]. وقد قضت أيضاً بأنه:(لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود وتقرير ما ترى أنه كان مقصود المتعاقدين مستعينة بظروف الدعوى وملابساتها، وإذن فمتى كان الحكم قد استخلص النية المشتركة للمتعاقدين على أنها قد انصرفت إلى قسمة الأموال المشتركة قسمة تمليك لاقسمة انتفاع مستهدياً في ذلك بمدلول عبارة العقد وبطريقة تنفيذه، وكان هذا الرأي الذي استخلصه الحكم هو استخلاص مما تحتمله عبارة العقد، فإن النعي عليه بالخطأ في وصف العقد يكون على غير أساس)[٣].

وكما قضت(متى كانت عبارة العقد واضحة في إفادة المعنى المقصود فإنه لايجوز إخضاعها لقواعد التفسير للحصول على معنى آخر بإعتباره هو مقصود العاقدين، وكان المقصود بالوضوح في هذا المقام هو وضوح الإرادة لا اللفظ، فإذا لم يتغير العاقدان اللفظ المعبرعن حقيقة قصدهما أوأحاط بعبارتها الوا ضحة من الملابسات ما يرجح معه حمل معناها على آخر مغاير فإنه يحق للقاضي التدخل لتفسيرالعقد بما يراه أدنى إلى قصدهما وأوفى بمرادهما على أن يبين في حدود سلطته الموضوعية الأسباب المقبولة التي تبرر مسلكه. ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك متى كانت عبارات العقد تحتمل المعنى الذي حصله وكان قضاءه يقوم على أسباب سائغة)[٤]. إذن لايجوز لقاضي الموضوع تحت ستار التفسير أن ينحرف عن المعنى الوا ضح للعبارة لأن الأصل أنها تعبربصدق عن إرادة الطرفين وإلا كان في إنحرافه عن ذلك المعنى مسخ وتشويه للعبارة الواضحة[٥]. كما لايجوز الوقوف عند عبارة معينة في العقد وإنما يتعين الأخذ بما تفيده مجموعة عبارات العقد، لأن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً. فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل العقد. فقد تكون هناك عبارة سابقة مطلقة، وتحددها عبارة سابقة أو لاحقة، وقد تقرر العبارة أصلاً يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها، وقد تكون العبارة مبهمة، وتفسرها عبارة وردت في موضع آخر. فإذا باع شخص مفروشات منزله، ثم عين هذه المفروشات في مكان آخرمن العقد، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من العموم العبارة الأولى، إذ الخاص يقيد العام. وإذا قام

(١)د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص ٢٤٨ .
(٢) نقض(١٩٧٥/١/٢٧- المجموعة س ٢٦- ص ٢٥٧نقلا عن د. رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦ ص ١٩٧.
(٣) نقض(١٩٧٧/١٠/٢٤- رقم ٣٢٦ / ص ١٤٠) نقلا عن د. أنور سلطان، المصدر السابق، ص ٢٠٥.
(٤) نقض(١٩٧٨/٤/١٢- الطعن رقم ٤٤٢ سنة ٤٤) نقلا عن د. رمضان ابو السعود، المصدر السابق، ص ١٩٩ .
(٥) رمضان ابو السعود، المصدر نفسه، ص ٢٠٠

التناقض بين عبارتين، اجتهد القاضي في التوفيق بينهما. فلو أمكنه إعمال العبارتين معاً فعل، وإلا اجتهد في إعمالها إلى أقصى حد دون إرهاق اللفظ أو قسر له على غير معناه. فإذا كان التناقض يستعصي معه الجمع بين العبارتين على أية صورة، اختار العبارة التي يظهر له أن المتعاقدين كانا يريدانها دون الأخرى. فقواعد التفسير قد تتضارب وعلى القاضي أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذي يدعي تفسيره[١]. ولاشك أن صلاحيات قاضي الموضوع واسعة وسلطته في مراقبة العقد لانقاش فيها، وإن تدخل القاضي في العقد يجعل من أطرافه أكثر حذراً ومسلحين بإرادة أقوى لحماية عقودهم عن طريق تحصينها منعاً للتأويل والتفسير، إذاً يجب على المتعاقدين تفادي عبارات غير دقيقة وغير واضحة في العقد تفادياً لتدخل القاضي، وهذا لايعني المنع التام لتدخل القاضي وتفسير بنوده، ولكن يجب العمل على الحد من ذلك وتقليص مجال التدخل لتفادي التفسير القضائي للعقد[٢].

المبحث الثاني

دور القاضي في تعديل العقد

بغية تحقيق الهدف الذي سعى إلى تحقيقه المشرع وهوتطورالقانون وعدم جموده ومواكبته للتطورات التي تحصل في المجتمع، فقد أعطى سلطة تعديل العقد للقاضي. وللوقوف على هذا الموضوع فقد خصصنا هذا المبحث لدورالقاضي في تعديل العقد وذلك ضمن ثلاثة مطالب في المطلب الأول نتكلم عن المفهوم القانوني لتعديل العقد وفي المطلب الثاني يدورالبحث حول تأصيل سلطة القاضي في تعديل العقد وخصصنا المطلب الثالث إلى دورالقاضي في تعديل العقد.

المطلب الأول

المفهوم القانوني لتعديل العقد

بعد أن يفسر القاضي العقد، ويستخلص إرادة المتعاقدين المشتركة، فإنه يقوم بتحديد نطاق العقد على ضوء ماكشفت عنه هذه الإرادة المشتركة. ولكنّه لايقتصرفي تحديد نطاق العقد على ذلك، بل يضيف إليه ما يعتبرمن مستلزماته [٣]. فمتى ما اتفق المتعاقدان على إنشاء عقد ما انتج هذا العقد آثاره، وآثاره تنحصر في إنشاء الالتزام بين المتعاقدين. فتقضي المادة(١٤٥) من القانون المدني بأنه: ((أيّاً كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد الآخر يجبر على تنفيذ التزامه)). وهذه المادة تشير إلى القاعدة القانونية الشهيرة قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين). فإذا

(١) د.عبدالرزاق احمد السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد، المصدر السابق، ص ٦٨١، ٦٨٢.
(٢) د. بردان رشيد و د.بوراس نجيبة، المصدر السابق، ص ٢٢.
(٣) د.غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٣٥٢.

أبرم العقد صحيحاً نافذاً فقد أصبح قانون المتعاقدين يلتزمان به كما لو كان قانوناً، وعلى المحكمة احترام العقد المبرم بينهما وتطبيقه كما تلتزم باحترام القانون وتطبيقه، ويترتب على هذه القاعدة أنه لايجوز لأحد المتعاقدين أن يتنصل ممّا التزم به في العقد، ولا أن يغيّر أو يعدّل مضمونه إلاّ بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي مع المتعاقد الآخر

(المادة ١/١٤٦ مدني) كما يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية (المادة١٥٠ /١) مدني[١] . و قضت المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية بأنه:((ولايقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة)). فالعوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد هي القانون و العرف والعدالة و طبيعة الالتزام والتي نتاولها من خلال الفروع الأربعة التالية:-

الفرع الأول/ القانون: إن القانون قد يتولّى تنظيم بعض أمور يسكت عنها الطرفان، وفي هذه الحالة تعتبر قواعد القانون مكملة لإرادة الطرفين، فإذا سكت الطرفان مثلاً عن تحديد زمان الوفاء أو مكانه، فإن القانون يتولّى هذا التحديد ويلتزم به الطرفان.

الفرع الثاني/ العرف: العرف يساعد على تحديد نطاق ما يلتزم به المتعاقد، من ذلك ماجرى عليه العرف من دفع نسبة مئوية زيادة عن السعرالمحدد في الفنادق والمطاعم. وبهذا يتحدد ما يلتزم به الشخص, ليس فحسب على أساس السعر المعين, بل يدخل فيه كذلك ماجرى عليه العرف من زيادة نسبة معينة. فالعرف هنا مكمل لمضمون الالتزام.

الفرع الثالث/ قواعد العدالة: قد تعين قواعد العدالة في تحديد نطاق العقد، وما يلتزم به المتعاقد، وإذا كان المشرع يستند في كثير من الأحيان إلى العدالة في تحديد نطاق التزام المتعاقد، فإن هناك من الحالات ما يلجأ فيها القاضي إلى قواعد العدالة لتحديد نطاق التزام المتعاقد، حتى ولو سكت الطرفان عن هذا التحديد، كما هو الشأن في اعتبار عقود نقل الأشخاص متضمنة لالتزام الناقل بضمان السلامة، فهذا الالتزام تقضي به العدالة، ويلتزم الناقل بذلك ولولم يتفق عليه في العقد.

الفرع الرابع/ طبيعة الالتزام: وكذلك طبيعة الالتزام يساعد على تحديد نطاق العقد، ففي البيع مثلاً أقرّ الفقه والقضاء أن بيع بعض الحيوانات كالخيول والكلاب الأصيلة، يتضمن التزام البائع بتسليم الأوراق الدالة على ذلك. وبيع المحل التجاري يتضمن الزام البائع بتسليم الدفاتر والسجلات[٢].

(١) د.حسن على الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف– بغداد، ١٩٧٠، ص ١٣٩.
(٢) د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام، بدون مطبعة، ١٩٧٨، ص ٢٦٧.

فمتى ما انعقد العقد لايجوزلأي من المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أوبتعديله، وذلك لأن العقد ثمرة اتفاق بين الإرادتين، فلا يستطيع إرادة واحدة أن تعفي منه أو تعدّل فيه، ولا يملك القاضي أيضاً أن ينقض العقد أو يعدّل فيه بدعوى أن ذلك ماتقتضيه العدالة، إذ ليس من وظيفته إنشاء العقود، وإنما وظيفته تكمن في تطبيق القانون على الوقائع المعروضة أمامه، ولكن مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) لايؤخذ على إطلاقه إذ يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين كما يجوز للقاضي تعديل العقد في حالات إستثنائية خولها المشرع، والتي سنتكلم عن هذه الحالات في هذا المبحث. هذا ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين تقررفي العديد من قرارات محكمة تمييز العراق، ففي قرار له جاء فيه (... وحيث أن الثابت من وقائع الدعوى أن الواهب قد اشترط على الموهب له الإعالة، فتكون الهبة بعوض وعليه يكون للواهب فسخ الهبة إذا أخل الموهب له بالشرط اعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ... إلخ). وفي قرار آخر صادرعن ذات المحكمة جاء فيه (إن المدعي قد التزم مع المدعى عليه إضافةً لوظيفته بتنظيف ورفع النفايات من الشوارع والمناطق التجارية والصناعية المبينة في العقد المبرم. فلا يحق للمدعى عليه أن يطالب ما لم يلتزم به الطرف الآخر في العقد؛ لأن العلاقة بينهما يحكمها العقد الذي هو شريعة المتعاقدين).

ومما تقدم يستخلص المفهوم التالي لسلطة القاضي في تعديل العقد هي: الصلاحية التي منحها المشرع للقضاء والتي تتمثل بقيام القاضي بعمل إيجابي يجريه على العقد بالحذف أو بالإضافة أو بالتحوير والتغيير في بنوده، فينزل منزلة المتعاقد؛ بغية تحقيق العدالة التي يسعى المشرع لتحقيقها بين المتعاقدين [1].

إذاً لايجوزللقاضي نقض العقد أو تعديله بدعوى أن النقض أو التعديل تقتضيه العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين، ولكن لاتنسخها، كما لايجوز نقض العقد ولاتعديله من جهة أي من المتعاقدين، فإن العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لاتمليه أولا تلغيه إرادة واحدة، هذا هو الأصل، ومع ذلك يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون، فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها كالوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار. وقد ينص القانون في بعض الأحوال الإستثنائية على جواز تعديل العقد نزولاً عند اعتبارات عادلة. كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي، وفي جواز تعديل أجر الوكيل، وفي جواز رد الالتزام إلى الحد المعقول في نظرية الظروف الطارئة. ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فالقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضي منهما أن ينفذاه مع ما يوجبه حسن النية. فهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية في التنفيذ في صورة التزام بالتعاون، وهو التزام يقضي على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه في تنفيذ العقد. ففي عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء في تنفيذ العقد أمر ملحوظ، حتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا الواجب. إذاً يمكن القول بوجه

(١) المرقم ٤٤١٤ مدنية ١ عقار / ١٩٩٨ في ١٩٩٨/٢/٢٥وقرار المرقم ٤٣/موسعة أولى / ١٩٩٩ في ١٩٩٦/٤/٢٨نقلاً عن د. راقية عبدالجبارعلى، سلطة القاضي في تعديل العقد، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية ولأدبية، بيروت – لبنان،٢٠١٧،ص ١٦.

عام أن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغني في بعض الأحوال عن الإلتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق[١].

المطلب الثاني

تأصيل سلطة القاضي في تعديل العقد

لم يتفق فقهاء القانون في إرجاع سلطة القاضي في تعديل العقد إلى أساس معين، فقد قيلت في تبرير سلطته آراء متعددة، سوف نبحثها ضمن أربعة فروع، نتناول في الفرع الأول فكرة العدالة وفي الفرع الثاني سلطة القاضي في نحديد نطاق العقد وفي الفرع الثالث القواعد التي تحظر على القاضي الامتناع عن إحقاق الحق وفي الفرع الرابع تطويع القانون وفقاً لمقتضيات الظروف.

الفرع الأول

فكرة العدالة

تنص المادة(١) من القانون المدني العراقي في (الفقرة ٢) منها على الآتي:((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مباديء الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)). ويقصد بمبادىء العدالة (مجموعة من القواعد تصدر عن مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحى به من حلول منصفة)، ظهرت مبادىء العدالة بصورة مختلفة فهي عند اليونان(قانون الطبيعة) ولدى الرومان في ظل قانونهم القديم (قانون الشعوب)، وبعد ذلك ظهرت لديهم بصورة (القانون الطبيعي) وفي الشريعة الإسلامية ظهرت بصورة العقل أو الرأي . والرأي في الشريعة الإسلامية كما هو في القانون منضبط بعدم مخالفته للنصوص الشرعية فقد روي عن الفقهاء المسلمين قولهم (لا اجتهاد في مورد النص)، وقد ربط الإسلام النظام الاقتصادي بالعلاقات الاجتماعية، وحيث أن العلاقات الاجتماعية في الإسلام تقوم على التعاون والأخوة و التكافل الاجتماعي. لذلك فقد حرمت وسائل الاستغلال كالتعامل بالربا و الاحتكار والغش و التدليس والغبن في المعاملات وغيرها من الوسائل التي تهدد التوازن الاقتصادي في العقد [٢]. واحتلت فكرة العدالة مكانتها البارزة في الإسلام، من خلال الحرص على تحقيق التوازن المالي في العقد، فتبين لنا أن الشريعة الإسلامية قد عرفت مبادئ العدالة من خلال معرفتها للرأي أو ما يسمى بالاجتهاد، ولاقت فكرة العدالة كأساس لسلطة القاضي في تعديل العقد معارضة شديدة من قبل الفقهاء الذين يرون أن داعي العدالة الذي يملي على القاضي تعديل العقد يقابله داعي الاستقرارالذي لايقل

(١)د.عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق ، ص ٧٠١،٧٠٢.
(٢) د.راقية عبدالجبار على، المصدر السابق,، ص ٧٨، ٧٩ ، ٨٠ .

عنه شأناً وبالتالي فإنه يحظرعلى القضاء المساس بالعقد متى كان قد عقد باقتران إرادتين اجتمعت لهما الحرية والبصيرة، وكان الغرض الذي ترميان إليه مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة بالاضافة أن قواعد العدالة تنطوي على كثيرمن الغموض والابهام وعدم التحديد، مما يجعل للقاضي سلطة واسعة في التدخل في شروط العقد. كما أن هذا المعيار واتساعه يؤدى إلى اختلاف فهم القضاة لمدلوله فتتعدد تبعاً لذلك الحلول القضائية وربما يكون ذلك بنسبة تعدد القضاه أنفسهم، ومهما يكن من الأمر فإن هذه الانتقادات لم تقف بوجه الفقه الذي نادى بضرورة تدخل القاضي في ميدان العقد بغية الحفاظ على التوازن المالي للعقد الذي اختل والذي يجد أساسه عندهم في مبادئ العدالة و الإنصاف والوجدان السليم، والتضامن الاجتماعي الذي يأتي أن يقع المدين فريسة الفاقة و الافلاس[١].

إذاً يمكن القول بأن قواعد العدالة من الناحية القانونية يقصد بها تحقيق العدل في حالة خاصة، و ذلك بتطبيقه على واقعة معينة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منه مطابقاً لظروفها الخاصة [٢].

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد

لايكفي أن ينفذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية فقط، وإنما يجب مع هذا أن يشمل التنفيذ وبحسن النية أيضاً ما يعتبر من مستلزمات العقد، سواءً نص على هذه المستلزمات بالقانون، أو أقرها العرف أو استلزمتها مباديء العدالة وذلك بحسب طبيعة الالتزام. إذاً إن تدخل القاضي لتعديل البنود الجائرة في العقد إنما هو بهدف مواجهة الخلل في التوازن العقدي بين المتعاقدين، وإجراء الموازنة بين الشروط العقدية واعتبارات العدالة. ثم أن القاضي يتدخل لتعديل العقد جميع شروط العقد، جوهرية أو تفصيلية، شريطة أن تكون جائرة. عموماً فإنه حتى يقوم القاضي بتحديد نطاق عقد ما، فإنه يرجع أولاً، إلى العقد نفسه وما تضمنه من شروط والتزامات سواءً كانت هذه صريحة أو ضمينة إذاً في جميع العقود المسماة، يكفي اتفاق الأطراف على العناصر الجوهرية للعقد كالمبيع و الثمن في عقد الإيجار وبدل الإيجار والمدة في الإيجار. ثم لايهم بعد ذلك أن تترك المسائل الأخرى دون تنظيم. فما يعتبر من مستلزمات العقد التى لم يفصح عنها أطراف العقد صراحة، يمكن للقاضي استقصائها ومن ثم وضع أصبعه عليها[٣].

(١) د.راقية عبدالجبار على، المصدر السابق، ص ٨١ ،٨٢.
(٢) عواد حسين ياسين العبيدي، المصدر السابق، ص ٥٨.
(٣) فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص٢٩٧ , ٢٩٨.

وفي الحقيقة أن منح المشرع القاضي سلطة تعديل العقد بهدف إعادة التوازن المالي للعقد هي في الحقيقة تعد إعمالاً لسلطته في تحديد نطاق العقد وبيان ماهو من مستلزماته وإن سلطته التقديرية تزداد سعةً كلما لجأ إلى قواعد العدالة لتحديد نطاق العقد[١].

الفرع الثالث

القواعد التي تحظر على القاضي الامتناع عن إحقاق الحق

إن المشرع مهما توخى الدقة والكمال في عمله لا يستطيع أن يحيط بكل شيء، وأن يضع مسبقاً الحلول اللازمة التي قد تعرض على القضاء، ويبين هذا النقص في التشريع أكثر فأكثر كلما تطور المجتمع وظهرت فيه حاجات جديدة وأوضاع لم تكن موجودة من قبل. وأمام ذلك فالقاضي لايستطيع أن يقف مكتوف الأيدي أمام هذه القضايا أويمتنع عن البت فيها بحجة فقدان النص التشريعي أوغموضه لأن واجبه إحقاق الحق وحسم المنازعات بين الأفراد.

فإذا عرض نزاع قضائي أمام المحكمة فيجب على القاضي المدني أن يبحث في نصوص التشريع سواءً كان ذلك في القانون المدني أم غيره في القوانين النافذة المفعول، فإذا وجد نص تشريعي يسرى بلفظه أوفحواه فيجب تطبيقه أما إذا لم يوجد نص تشريعي، فعلى القاضي أن يبحث عن حل النزاع بين مصادرالقانون المدني الأخرى حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة الأولى من القانون المدني، فإذا كان النص التشريعي غامضاً أو مبهماً، فعلى القاضي أن يقوم بتفسيره بالرجوع إلى مصادره التأريخية أوأعماله التحضيرية أو استعمال طرق التفسير المختلفة.

ولا يجوز الأعراض عنه والحكم بالمصادر الأخرى بحجة غموض النص التشريعي، إذ لامساخ للاجتهاد في مورد النص وذلك طبقاً للمادة(٢) من القانون المدني العراقي. بالأضافة إلى هذا فإن المشرع العراقي قد منع القاضي من الاحتجاج بغموض النص أو فقدانه أو نقصه، إذ نص في المادة(٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه((لايجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلاعدّ الحاكم ممتنعاً عن أحقاق الحق. و يعدّ أيضاً التأخر غير المشروع عن إصدارالحكم امتناعاً عن احقاق الحق))[٢].

وعند وجود الفراغ في القانون أو سكوت القانون يجب على القاضي في الدعاوى المدنية أن يطبق قواعد العدالة عند عدم وجود النص التشريعي أو عدم وجود العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية، واجتهاد القاضي لتحقيق العدالة

(١) د. راقية عبدالجبار على، المصدر السابق، ص ٨٣.
(٢)على جمعة محارب، دور الإجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية، مجلة القضاء، العددان الأول والثاني،١٩٩١ ص٨٣، ٨٩.

يجب أن يصدرعن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص، وعلى القاضي في اجتهاده أن يسترشد بالفلسفة القانونية والاجتماعية و الاقتصادية في المجتمع[١].

المطلب الثالث

دور القاضي في تعديل العقد

بما أن للقضاء دوراً كبيراً في تعديل الالتزامات التعاقدية متى كانت تلك الالتزامات تلحق الضرر بالمتعاقد الآخر، فإننا سنبحث في هذا المطلب عن دور القاضي في تعديل العقد سواءً أكان في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه وحدود سلطته التي منحها إياه المشرع ضمن الفروع الآتية:-

الفرع الأول

دور القاضي في تعديل العقد لعيب الاستغلال

تنص المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه:((إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أوعدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له من خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه)).

هذه الحالة اقتبسها القانون المدني العراقي من القوانين المدنية الحديثة والتي اعتبرت الاستغلال عيباً من عيوب الرضا[٢]. فيقوم الاستغلال في مرحلة تكوين العقد إذاً يعرف الاستغلال بأنه استفادة أحد المتعاقدين من ضعف المتعاقد الآخراستفادة تؤدي إلى انعدام التعادل بين التزاماته أو مايحصل عليه من فائدة وبين التزامات المتعاقد الآخر. من ذلك تعريف يتبين لنا بأن الاستغلال له عنصران احدهما مادي ويتمثل باختلال التوازن بين الأداءات اختلالاً فادحاً، بحيث يكون هناك تفاوت صارخ بين مايأخذه أحد المتعاقيدين وبين ما يعطيه، والآخرنفسي يتمثل باستغلال ضعف في نفس متعاقد بحيث يأتي الاختلاف في التعادل بين الالتزامات كنتيجةً لاسغلال ذلك الضعف[٣].

فالمشرع العراقي وفق المادة(١٢٥) من القانون المدني المذكور سابقاً أخذ بنظرية الاستغلال، وهي تقوم كما هو واضح من النص، على أنه لايجوز للمتعاقد أن يستغل حاجة أو طيش أو عدم خبرة أو ضعف إدراك المتعاقد الآخر، فإن فعل ذلك وجب على القاضي أن يتدخل لحماية الطرف المستغل ليرفع عنه الغبن إلى الحد المعقول أو يبطل العقد إذا كان التصرف بدون عوض. فلو أصيب شخص بمرض مفاجيء وبعد إستشارة الطبيب وصف له

(١) على جمعة محارب، المصدر نفسه، ص ٩٠، ١٠١.
(٢) د.عبدالمجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ١٦٠ .
(٣) د.راقية عبدالمجبار على، المصدر السابق، ص ١٠١.

دواءً لايوجد إلا في صيدلية معينة، فطلب الصيدلي سعراً غالياً للدواء مستغلاً حاجة المريض، وجب على المحكمة أن تبطل العقد فيما زاد على السعر المعقول. وكذلك لو استغل شخص طيش أوهوى شخص آخر تحمله على تمليكه أموالاً بدون عوض وجب على المحكمة أن تبطل العقد لوجود حالة الاستغلال في عقد التمليك بلا مقابل[١].

ويقع عبء اثبات الاستغلال على عاتق المتعاقد المغبون لأنه هو المدعي، وتقرير وقوع الاستغلال من عدمه مسألة وقائع تخضع لسلطة المحكمة التقديرية [٢].

إذاً يتمتع القاضي في نظرية الاستغلال بسلطة تقديرية لمعرفة متى تعتبر الالتزامات غير متوازنة، كما أن العنصر المعنوي يخضع هو الآخر لسلطة القاضي التقديرية، فعليه أن يقرر ما إذاكان هناك استغلال لأحد المتعاقدين من المتعاقد الآخر، ومن ثم فإن القاضي هو الذي يتولى بحث حالة الضعف الذي ابتلى بها المتعاقد المغبون[٣].

وبالنسبة لجزاء الاستغلال فإن القانون المدني العراقي يفرق في الجزاء الذي يترتب على الاستغلال بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات. ففي عقود المعاوضات إذا استغل شخص في عقد معاوضة ولحقه غبن فاحش نتيجة هذه الاستغلال ، فإنه يجوز له في خلال سنة من وقت إبرام العقد أن يقيم الدعوى للمطالبة برفع الغبن عنه إلى الحد المعقول. أما إذا وقع الاستغلال في عقود التبرعات فإن العقد في هذه الحالة يكون موقوفاً لمصلحة الطرف المغبون فله أن يجيزه أو ينقضه على حسب الأحوال وخلال سنة من وقت العقد أيضاً، والملاحظ أن مدة السنة هذه التي يجب أن تقام الدعوى خلالها، هي مدة سقوط وليس مدة تقادم، بالتالي لاتنقطع ولا تتوقف. والحكمة من هذا الأمر واضحة، فإنه إذا كانت الرغبة في تحقيق العدالة العقدية هي التي حدت بالمشرع إلى إجازة الطعن بالاستغلال، فإن الرغبة في تحقيق الاستقرار العقدي هي التي دفعته إلى تقصير المدة التي يجب على المغبون أن يقيم الدعوى خلالها وإلا سقطت الدعوى. أيضاً إن الحكمة تكمن في أن الاستغلال يقوم على وقائع يصعب إثباتها بعد فترة طويلة من الزمن, لذلك لابد من وضع حد زمني قصير لكل نزاع في هذا الشأن عملاً في استقرار المعاملات [٤]. ومن الواضح أن هذا الميعاد يختلف عن المواعيد التي يقررها القانون بالنسبة لعيوب الرضا الأخرى, كما أن مدة السنة التي نص عليها القانون هنا لاتبدأ من وقت اكتشاف العيب، أو زوال الظروف التي تم فيها، ولكنها تبدأ في جميع الحالات من وقت العقد، وإذا ما انقضت السنة على هذا النحو فلا تكون الدعوى بطلب الإبطال أو الإنقاص مقبولة بعد ذلك [٥].

(١) د.مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني الجزء الأول، مصادر الالتزام، بدون مطبعة، بغداد، ١٩٧٣، ص٣٥٣.
(٢)د.عبدالمجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ١٦٤.
(٣) د.عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص ٢٥٨.
(٤) فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً و قضاءً، نظرية العقد، القسم الأول، المطبعة السيماء، الطبعة الأولى، بغداد ٢٠١٦ ، ص٣٧٨، ٣٧٩ .
(٥) د. توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص١٣٨.

الفرع الثاني

دور القاضي في تعديل العقد عند حدوث الظرف الطاريء

نصت الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي على أنه:((إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)) .

إن نظرية الحوادث الطارئة تقوم في مرحلة تنفيذ العقد تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان في مرحلة تكوين العقد. فهي مثل نظيرتيها تصلح اختلال التوازن. هاتان تصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي أثناء تكوين العقد، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد. على أن اختلال التوازن في نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأي من المتعاقدين، ومن ثم تتوزع تبعته بينهما[١].

ويراد بالحادث الاستثنائي أن يكون الحادث مما لايتفق مع السير الطبيعي للأمور، أي يكون بعيداً عما ألفه الناس واعتادوه، ويعتبر الحادث استثنائياً بمجرد وقوعه، وذلك لندرة وقوعه كالحرب أو الزلزال أو الوباء، ومنها مايكثر وقوعه فلا يكون استثنائياً بحيث يؤدي إلى تطبيق نظرية الحوادث الاستثنائية إلا إذا بلغ حداً يجاوزالمألوف كفيضانٍ عالٍ إلى درجة كبيرة أو تساقط الثلوج بشكل غير عادي أو تعرض البلد إلى موجة برد شديدة [٢].

إذا نفهم من ذلك بأنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توفرعدة شروط:-

الشرط الأول: أن يكون العقد المراد إعمال النظرية من شأنه من العقود المتراخية التنفيذ، سواءً كان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة أي من العقود المستمرة أوالدورية التنفيذ، أوكان من العقود الفورية، ولكن كان تنفيذه مؤجلاً. أما العقود التي يتم تنفيذها فورانعقادها فلا يتصورالأخذ في شأنها بنظرية الظروف الطارئة بل بنظرية الاستغلال. كذلك يجب أن يكون العقد المتراخي التنفيذ من العقود المحددة، فإن كان من العقود الاحتمالية فلا محل لاعمال هذه النظرية في شأنه، لأن مثل هذه العقود تعرض بطبيعتها أحد المتعاقدين لاحتمال كسب كبيرأوخسارة جسيمة.

الشرط الثاني: أن يطرأ بعد انعقاد العقد و قبل تنفيذه حادث استثنائي عام كحرب أو ثورة أو زلزال أو فيضان عال غيرمنتظر أو اضراب مفاجئ أو استيلاء إداري أو صدور تسعيرة أو الغائها ... الخ، وعلى هذا الأساس يجب استبعاد الظروف الخاصة بالمدين كمرضه أو فلاسه أو موته.

---

(١) د.عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ٧٠٦.
(٢) د.عصمت عبالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق ، ص ٤٢٢.

الشرط الثالث: أن يكون الحادث الاستثنائي العام غير متوقع وغير مستطاع دفعه، فإذا كان متوقعاً، أو كان غير متوقع ولكن في الاستطاعة دفعه، فلا يؤخذ به لاعمال هذه النظرية، ويعتبر هذا الشرط من الشروط التي تقدر موضوعياً.

الشرط الرابع: أن يؤدي الحادث إلى جعل الالتزام مرهقاً للمدين دون أن يصل إلى حد استحالة تنفيذه، وفي هذا يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة، والارهاق الذي يستشعره المدين من جراء الحادث المفاجيء هوما يهدده بخسارة فادحة أي بخسارة تجاوز المألوف في حسبان المتعاقد وقت التعاقد والمعيارفي هذا الشأن معيار موضوعي لايعتدّ بظروف العاقد الشخصية [1].

فإذا توافرت الشروط السابقة، كان للمتعاقد المرهق أن يطلب من القضاء تعديل العقد، فالقانون لايجيز له إجراء هذا التعديل بإرادته المنفردة، ويتم تعديل العقد بأن يرد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويتحقق ذلك إما بتخفيف أو بانقاص الالتزام المرهق، وإما بزيادة الالتزام المقابل له، وعلى ذلك إذا تعهد تاجر بتوريد كمية من الفحم بثمن معين، فارتفعت أسعارالفحم ارتفاعاً كبيراً نتيجة لقيام حرب مثلاً، مما هدد المورد بخسارة فادحة، كان للقاضي إما انقاص مقدار الكمية المتفق عليها، وإما الإبقاء على هذه الكمية وزيادة الثمن المحدد في العقد. وتقدير ما إذا كانت الخسارة فادحة أم لا مسألة موضوعية، يفصل فيها قاضي الموضوع على ضوء ضروف وملابسات العقد، مع مراعاة أنه لتقدير وجود الخسارة الفادحة وبالتالي تحقق إرهاق المدين, ينظر إلى أثر الظرف أو الحادث الطارىء على ذات الصفقة التى أبرم بشأنها العقد دون إعتداد بالظروف المتعلقة بشخص المدين، ويلاحظ أن القاضي في ردّه الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يرفع كل خسارة من على عاتق المدين، إذ لوفعل ذلك لأدى إلى إصابة الدائن بخسارة فادحة، والهدف من النظرية هو منع إصابة أي من الطرفين بمثل هذه الخسارة، ولذلك يقوم القاضي بالحد من فداحة الخسارة التي تصيب المدين فينزل بها إلى الحد المعقول و المألوف ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين بالنسبة التي يراها متلائمة مع مصلحة الطرفين [2].

وبهذا الصدد قضت محكمة تمييزالعراق في قرار حيث جاء فيه: (... إذا زاد السعر الرسمي للمادة المتعاقد على تجهيزها بعد التعاقد زيادة ملحوظة فعلى المحكمة أن تنقص الالتزام موازنة بين مصلحتي الطرفين المتعاقدين...)[3]

.

(١) د. أنور سلطان، المصدر السابق، ص ٢٢٨،٢٢٩.
(٢) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص ٢٦١ ، ٢٦٢.
(٣) قرار المرقم ٥٤ / ٤م / ٧٨ بتأريخ ١٢/ ١/ ١٩٧٨،نقلا عن ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص ٤٩.

والقوة القاهرة والحادث الفجائي تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الاخلال بالتزامه. ولا توجد حوادث تعتبر في ذاتها حوادث فجائية أو قوة قاهرة، بل إن أكثر الحوادث التى يتصور أن تكون كذلك يصح أن لا تثبت لها هذه الصفة تبعاً لظروف الحال.

فالحرب والثورة و الإضراب والحريق وانفجار الآلآت و أوامر السلطات العامة. تعتبر حوادث فجائية في الحالات التى تكون فيها غير متوقعة الحصول وغير ممكن تلافي حصولها ولا درء نتائجها. أما في غير ذلك من الأحوال فلا تعتبرحوادث فجائية ، وعلى من يتمسك باعتبارها كذلك أن يثبت توافر تلك الشروط فيها، وله أن يستفيد في ذلك من قرائن الأحوال التي تسمح بافتراض تلك الشروط واعتبار الحادث فجائياً الى أن يثبت خصمه عكس ذلك [١].

ويلاحظ من نص المادة(١٤٦ فقرة ٢من القانون المدني) بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة من النظام العام وقد أراد المشرع أن يكفل لنظرية الحوادث تطبيقاً فعالاً، فمنع الاتفاق المسبق على استبعاد سلطة القاضي في التعديل. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. والعلة من تقرير هذا الحكم هو أنه لو سمح بالاتفاق على استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة لاستطاع المتعاقد القوي أن يملي على المتعاقد الضعيف هذا الشرط و بذلك تغدو الحماية المقررة طبقاً لهذه النظرية صورية لاقيمة لها[٢].

الفرع الثالث

دور القاضي في تعديل عقد الإذعان

نص القانون المدني العراقي على حماية الطرف المذعن في جميع أنواع عقود الإذعان وذلك في المادة (١٦٧) الفقرة(٢) منه والتي تنص على أنه: ((إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)). إذا يمكن أن نعرِّف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يكون فيه أحد العاقدين متحكماً بالمتعاقد الآخر من حيث إعداد شروط العقد وحرية مناقشتها ومن أمثلة عقود الإذعان عقد الاشتراك في المياه والنور والغاز والتلفزيون، وعقد النقل بالسكك الحديدية، والبواخير، والطائرات، والسيارات العامة، وعقد التأمين ... [٣].

(١) د. سليمان مرقس, الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الأول، في الفعل الضارو المسؤلية المدنية، القسم الأول – في الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، بدون مطبعة ، ١٩٩٢ ، ص ٤٨٧ ، ٤٨٨.
(٢) د.نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، بدون مطبعة، ٢٠٠٤ ، ص ٢٩٥.
(٣) د. مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص ٩٧.

فعقد الإذعان عقد حقيقي ولكنه يتضمن تفاوتاً في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية لا من الناحية القانونية كما أن كل ما يرد على القابل في عقود الإذعان لايعدو أن يكون نوعاً من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له قيام الرضا، وبالتالي في وجود العقد، ومما سبق يمكن أن نحدد نطاق عقود الإذعان بثلاثة خصائص :-

أولاً: أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

ثانياً: احتكار لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها إلا لمنافسة محدودة النطاق.

ثالثاً: أن يكون الإيجاب موجهاً إلى الجمهور كافة بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة [١].

وإن الجواز الذي جاء ذكره في الفقرة(٢ من المادة ١٦٧) لايعني جواز تدخل أو عدم تدخل القاضي في عقد الإذعان المقترن بشرط تعسفى، وإنما هو منصب على تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي، فالقاضي لا يملك الخيار بين التدخل وعدم التدخل، وإنما خياره فقط في تعديل أو الغاء الشرط التعسفي، أما تدخله فواجب قانوني[٢].

إذاً أن السلطة التي منحت للقاضي من قبل المشرع في تعديل عقد الإذعان، تلك السلطة التي تخرج بالقاضي عن حدود مهمته العادية التى تقتصر على التفسير وتطبيق النص القانوني المناسب على الواقعة المطروحة أمامه إلى سلطة تعديل وإلغاء بعض بنود العقد لمصلحة أحد المتعاقدين جبراً ورغم إرادة المتعاقد الآخر. وبناءً عليه إذا كان عقد الإذعان يشتمل على شروط تعسفية، كان للقاضي أن يعدل تلك الشروط بحيث يزيل عنها كل تعسف تلحقه بالتعاقد المذعن، بل له أن يعفي الطرف المذعن من هذه الشروط إعفاءً تاماً، وليس هنالك من حدود لما يراه في هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة في نظره[٣].

فالقاضي بناءً على النص المذكورله سلطة تقديرية واسعة، فهو الذي يقدر ما إذا كان الشرط تعسفياً أى جائراً وهو الذي يتخير الوسيلة التي تؤدى إلى إزالة هذا الجور، بتعديل الشرط بل وبإلغائه، وقد توقع المشرع أن يعمد الطرف القوي في عقد الإذعان إلى إدراج شرط يريد به أن يسلب القضاء هذه السلطة، فتتعطل الحماية التى يراد تحقيقها للطرف المذعن عليه اعتبر كل اتفاق على خلاف ذلك باطلاً وذلك لمخالفته للنظام العام. ولكن ليس معنى اتصاله وتعلقه بالنظام العام أن يحكم القاضي من تلقاء نفسه بتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي، ولكن يجب أن يطلب الطرف المذعن هذه الحماية وإلا يعتبر راضياً بالشرط التعسفي. وبما أن الموجب أي الطرف القوي هو الذي يتولى

(١) د. نبيل ابراهيم سعد، المصدر السابق، ص ٧١.
(٢) د. مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص ٩٨.
(٣) د. راقية عبدالجبار على، المصدر السابق، ص ١٥٧، ١٥٨.

تحريرعقد الإذعان فيملي شروطه على الطرف الآخر أي الطرف الضعيف، فإنه من الممكن له أن يدرج في عقد الإذعان شروطاً تعسفية، وكثيراً ما يفعل في الواقع يكون من شأنها إيقاع الظلم بالطرف المذعن الذي لايملك سوى التسليم بها، وهذا ما دعا الفكر القانوني إلى أن يعمل جاهداً في سبيل حماية الطرف المذعن من تلك الشروط الجائرة [١]. ومن تطبيقات القضاء العراقي في موضوع عقد الإذعان محكمة تمييز العراقي حيث جاء فيه: (١– عقد نقل البضائع المبرم مع مصلحة السكك الحديدية هوعقد إذعان.٢– الشرط الذي يجيز للمصلحة مضاعفة أجور الخزن في حالة تراكم البضائع و التأخر في إخراجها شرط تعسفي يجوز للمحكمة تعديله، المادة ١٦٧/ ٢مدني)[٢].

الفرع الرابع

دور القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي عبارة عن تقدير اتفاقي يدرجه المتعاقدان كشرط في العقد ولا مانع من الاتفاق عليه في عقد لاحق على أن يتم هذا الاتفاق قبل وقوع الاخلال بالتنفيذ، فإذا وقع ذلك لم يكن شرطاً جزائياً وإنما كان صلحاً أو تجديداً للدين. وأن الشرط الجزائي لايأخذ شكلاً معيناً، أي ليس هناك شكلية محددة في رسم ملامحه وإنما يكفي أن يفهم من الظروف والأحوال أن المتعاقدين قصدا تقرير شرط جزائي، وهي مسألة وقائع يترك تقديرها واستخلاصها لقاضي الموضوع[٣]. وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلى الذي يستحق التعويض على أساسه، ولكن لاشيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد، كما لا يمنع من أن يكون اتفاقاً على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعمل غير المشروع وإن كان هذا نادراً. والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة ومتنوعة فشروط المقاولة قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أوعن مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود اليه إنجازه [٤].

وقد نصت المادة (١٧٠)من القانون المدني على أنه:((١- يجوزللمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ٢- ولايكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا ثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة ٣– أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً)).

---

(١) فوزي كاظم المياحي، القسم الثاني، المصدر السابق، ص٤٥٦، ٤٥٧.
(٢)قراررقم ١٥١٨ في ١٧ / ١٢/ ١٩٧٠نقلا عن د. راقية عبدالجبار على، المصدر السابق، ص ١٧٢.
(٣) لفته هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد، مكتبة الكتاب، بغداد ,الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص ٤١.
(٤) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه العام– الإثبات – آثار الالتزام مجلد ٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ،٢٠٠٩ . ص٨٥١ ، ٨٥٢.

ويمكن الإحاطة بالشرط الجزائي من خلال بيان مميزاته وهي:-

أولاً/ أنه التزام ثانوي وتابع: الصفة الرئيسية للشرط الجزائي هي باعتباره عقداً تابعاً، غايته القصاص والتعويض للضررالحاصل من جراء عدم التنفيذ، فالشرط الجزائي التزام تابع لالتزام المدين الأصلي فمثلاً في عقد البيع يكون التزام البائع بتسليم المبيع هو الالتزام الأصلي ثم يأتي الشرط الجزائي تابعاً لهذا الالتزام حيث يتفق المتعاقدان على التعويض إذا أخل البائع بالتزامه في تسليم المبيع في الميعاد المحدد. ويترتب على هذه الميزة بأنه عند بطلان الالتزام الأصلي يبطل الالتزام التابع أي الشرط الجزائي، كما ينقضى الشرط الجزائي بانتهاء الالتزام الأصلي، فإن الشرط الجزائي لايقوم مقام الالتزام الأصلي، لأن الشرط الجزائي لايعتبر التزاماً تخييرياً أو بدلياً.

ثانياً/ إنه اتفاق على تقدير التعويض: إن الشرط الجزائي ليس إلا تعويضاً تولّى المتعاقدان تقديره مقدماً، ويترتب على هذه الصفة وجوب إعذارالمدين، وإن عدم التنفيذ أو الإخلال به ناشئاً عن خطأ صادرعنه ولحق ضرراً بالدائن.

ثالثاً/ أنه تقدير جزافي للتعويض: ومعنى هذه الصفة إنه إذا تولّى المتعاقدان تقدير مبلغ التعويض، ثم أخل أحدهما بالتزامه فإنه يتعين على القاضي أن يحكم بالمبلغ الذي حدده المتعاقدان دون زيادة أو نقصان، وهذه القاعدة لا زالت محترمة في القضاء الفرنسي، إلا إن المشرع العراقي وبعض القوانين الحديثة خرجت عليها وأجازت للقاضي أن يزيد أو ينقص مبلغ الشرط الجزائي في حالات خاصة أوردتها المواد على سبيل الحصر[١].

والأصل أن يحكم القاضي بالجزاء المشروط في العقد احتراماً لإرادة طرفي العقد، إلا أن هذا الجزاء لايترك دون ضوابط، فأعطت الكثير من القوانين المدنية السلطة لقاضي الموضوع لتخفيفه في حالتين، و أجيزله الحكم بأكثر مما هو متفق عليه في حالة وجود غش أوخطأ جسيم من المدين، وهاتين الحالتين هما:

الحالة الأولى: يجوز تخفيض الشرط الجزائي من قبل القاضي عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، ويقع باطلاً أي اتفاق يخالف ذلك حماية للمدين من تعسف الدائن.

الحالة الثانية: وهي حالة التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي، فيجوز للقاضي أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقي لأن المدين قد نفذ جزءاً من التزامه. وهذا التخفيض هو أمرجوازي للقاضي فقد لا يخفض إذا تبين له أن الجزء الذي نفذ تافه أو أن الدائن لم يحصل على فائدة من التنفيذ الجزئي الذي قام به المدين[٢].

(١) فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاء، نظرية العقد، القسم الثالث، مكتبة صباح القانونية، بغداد– ٢٠١٩ ص ١٦١، ١٦٢ ، ١٦٣.
(٢) د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ٤٨٠.

وأصدرت محكمة تمييز العراق في قرار له حيث جاء فيه (... للمحكمة حق تخفيض التعويض بعد أن ثبت لديها أن المدين تأخرعن تنفيذ التزامه واستحق عليه التعويض إذا كان التعويض فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ولما كان الالتزام قد نفذ في أكثر أجزائه لذا يصبح الحكم الصادر في الدعوى في ما يتعلق بالتعويض وفي ما يتعلق بالقسط الأخير المستحق على المتعهد له موافقاً للقانون...)[١].

إذاً إن سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي ينبغى أن يكون وفق ظوابط وأسس سليمة وبذلك قررت محكمة تمييز أقليم كردستان في قرار له حيث جاءت فيه(... المحكمة لاتملك سلطة تقديرية إذا كانت قناعتها مبنية على أسس غير سليمة و مخالفة للقانون)[٢].

الفرع الخامس

دور القاضي في تعديل أجر الوكيل

الوكالة كماعرفتها المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي: ((عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)). إن عقد الوكالة تنشيء التزامات متبادلة بين طرفيه، ففي جانب الوكيل تنشأ التزامات وهي تنفيذ الوكالة والعناية الواجبة في تنفيذها و تقديم حساب عنها، و ردّ ما يكون للموكل عند الوكيل، أما في جانب الموكل فإن الالتزام هي دفع الأجرإلى الوكيل، إذا كانت الوكالة بالأجرة ورد ما تصرف من جانب الوكيل من نفقات لتنفيذ الوكالة وتعويض عن الضررالذي تعرض إليه بسبب تنفيذ الوكالة. إن الوكالة قد تكون بالأجرة، وقد تكون بدون أجر، فإذا كانت بالأجرة فإن المادة (٩٤٠) من القانون المدني العراقي قد أعطت الحق للمحكمة في أن تتدخل في مقدارهذا الأجر ويكون ذلك خاضعاً لتقديرها، وإن خضوع أجر الوكيل إلى تقديرالقضاء بعد حصول الاتفاق عليه يعود إلى أن الطرفين قد لايستطيعا مقدماً تقدير الجهد الذي سيبذل من قبل الوكيل لغرض إنجاز العمل المكلّف به ممّا يجعل تقديرها للأجر قد يكون مبالغاً فيه لذا فإن المادة (٢/٩٤٠) من القانون المدني قد أخضعت تقديرهذا الأجر للمحكمة بعد أن تتحقق من نوع العمل ومقدار الجهد الذي بذله الوكيل في متابعته وأنجزه على وجه المطلوب[٣].

وفي واقع الأمرأن سلطة القاضي في تعديل أجر الوكيل إنما هي استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولذلك فإنه يلزم لإعمال هذه السلطة أن تكون هناك ظروف واقعية دفعت الموكل إلى التعهد للوكيل بأجر يفوق كثيراً من قيمة العمل المكلف به والجهد الذي بذله في إنجازه، أو كان المتعاقدان قد أخطئا في تقدير قيمة العمل الذي تعهد به

(١) قرارالمرقم ١٥٣٥ / حقوقية / ١٩٥٩ في ٢٨/ ١٩٦٠/١،نقلاعن سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٢، ص ٢١٨.

(٢) قرار المرقم ٤٢٣/ الهيءة المدنية / ٢٠١٦ في ٢٠١٦/١٠/٣٠، نقلاً عن د. محمد عبدالرحمن السليڤانى، قبسات من أحكام القضاء مكتبة هەولێر القانونية، ٢٠١٧، ص ٢٦٠ .

(٣) لفته هامل العجيلي، المصدر السابق، ص ٨٧.

الوكيل. وقد يكون الموكل مضطرب البال خائفاً من عدم إنجاز العمل إلا بالاستعانة بشخص ذي كفاءة كبيرة يثق بمقدرته أو بأي حالة من الحالات الأخرى التي قد تؤثر في أفكاره تأثيراً يحمله على التعهد للوكيل بمقابل يزيد كثيراً عمّا يقتضيه الأجر. وحيث أن هذه الحالات لاتمثل عيباً من عيوب الإرادة ولا سبباً من أسباب البطلان بحسب القواعد العامة، فهي ليست إكراهاً أدبياً، ولاتدخل في إطارالتدليس ومع ذلك فإنها تنطوي على عدم التعادل بين التزامات الطرفين المتعاقدين، ويكون إقرارها مخالفاً للمبادىء العامة ولقواعد العدالة فكان من الواجب اعمال الاستثناء الذي يسمح للقاضي بالتدخل في هذا العقد وإعادة التوازن الذي اختل فيه حماية لحقوق الموكل في مثل تلك الأحوال، وبالتالي فإن الحالات المتقدمة يجعل من العقد واجب التنفيذ وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. غير أن المحكمة لا تملك سلطة إنقاص أجر الوكيل، في حالة اخفاقه في إدارة المهمة التى وكل بها. وذلك يرجع إلى كون التزام الوكيل هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق غاية، كما لا تملك المحكمة سلطة إنقاص أجر الوكيل بحجة أن العمل الذي تم بواسطة الوكيل سوف يتم فسخه أو إلغاءه من قبل الوكيل، كما أن الوكيل يستحق أجره كاملاً برغم من عدم قيامه بالعمل المعهود إليه من قبل الموكل متى ما تعذر عليه القيام بهذا العمل لسبب يرجع الى تقصير من الموكل[1] .

إذاً فالقانون المدني أجاز للقاضي تعديل أجر الوكيل فيجوز له أن يزيد في هذا المقدار؛ إذا كان غير مجزي مقابل ما قام به الوكيل من أعمال، كما له أن يخفضه إذا كان مبالغاً فيه و يتوقف ذلك على ما تبين بعد تنفيذ الوكالة من أهمية العمل الذي قام به الوكيل، وما لقي من صعوبات، وما أدّى العمل من نتائج، فإن ظهرمقدارالأجر يزيد على قيمة العمل قام القاضي بتخفيضه، وإن ظهر العكس زاد القاضي في مقداره حتى يكون مجزياً للجهود التى بذلها الوكيل أو النتائج التي وصل اليها، فإن ظهر أن مقدارالأجرالمتفق عليه مقارباً لما بذله الوكيل من جهد تعين على القاضي أن يحترم إرادة المتعاقدين فلا ينقص الأجر أو يزيده، على أنه إذا دفع الموكل للوكيل مقدار الأجر المتفق عليه فإنه يمتنع على القاضي في هذه الحالة تعديل الأجر؛ لأن ذلك يعتبر إقراراً منه بأن العمل يستحق هذا المقدار من الأجر. على أنه لايجوز الاتفاق قبل تنفيذ الوكالة على أن يتنازل الموكل من حقه في تخفيض الأجرأو أن يتنازل الوكيل عن حقه من طلب زيادة الأجر، إنما يصح مثل هذا الاتفاق إذا وقع بعد تنفيذ الوكالة؛ إذ يكون كل منهما على دراية بمقدار العمل الذي تم إنجازه[2] .

والقضاء العراقي يعمل على تعديل أجر الوكيل بإنقاصه إذا كان مبالغاً فيه، ففي قضية عرضت على قضاء محكمة تمييز العراقي أصدرت هذه المحكمة قرارها الذي صادقت فيه قرارمحكمة بداءة الرصافة حيث جاء فيه: (... إذ أن الثابت من وقائع الدعوى أن المدعي كان قد توكل عن المدعى عليه بأجر قدره (٣٣٣) ألف دينار

(١) د.راقية عبدالجبار على، المصدر السابق، ص ٢٩١، ٢٩٢ .
(٢) لفته هامل العجيلي، المصدر السابق، ص ١٠٩.

كأتعاب له، ولأنه ممتنع عن تأديتها طلب دعوته للمرافعة والحكم بالزامه بالمبلغ المذكور؛ فأصدرت محكمة بداءة الرصافة قرارها القاضي بالزام المدعى عليه بتأديته للمدعي مبلغاً قدره(١٧٥) ألف دينار كأتعاب له وفقاً لما جاء بتقرير الخبير المنتدب من قبل المحكمة، وهو أجر معتدل ومناسب لما قام به الوكيل من عمل...)[1].

(١) قرار المرقم ٩٦٣/م/٩٨ بتأريخ ١٩٩٨/٦/٢ نقلا عن د.راقية عبدالجبار على، المصدر السابق، ص ٢٩١ ، ٢٩٢.

الخاتمة

من كل ما تقدم يمكننا أن نركز في هذه الخاتمة على أهم ماتوصلنا اليه في مجال سلطة القاضي في تفسير العقد و تعديله من الاستنتاجات و المقترحات التالية:-

أولاَ/ الاستنتاجات:

١. كلما تطورت الحياة الاجتماعية والاقتصادية تنوعت العقود والتصرفات و تشعبت و تثقلت كاهل القضاء في تفسيرها.
٢. أن القواعد الفقهية تمثل ثروة لايمكن الاستغناء عنها في مجال التشريع القانون وعند تطبيقه, حيث توغلت في العديد من مجالات القانون وخاصة في مواضيع القانون المدني العراقي رقم(٤٠)لسنة ١٩٥١وتعديلاته.
٣. إن العقد بمجرد إبرامه يصبح قانون المتعاقدين يجب الالتزام بمضمونه من قبلهما كما لو كان قانوناً، وعلى القاضي أن يحترم إرادة المتعاقدين التي انصرفت إلى إحداث هذا الأثرالقانوني وعدم التدخل في ذلك إلا إذا اصطدم ذلك مع قاعدة قانونية آمرة من النظام العام أو كان مخالفاً للآداب العامة.
٤. لاشك أن صلاحيات قاضي الموضوع واسعة وسلطته في تفسيرالعقد وتعديله لانقاش فيها, فالقاضي له سلطة واسعة لإعادة النظر في العقد من حيث وجوده و بنوده أو تسليط جزاءات، فيمكنه حذف البنود أو تعديلها أو معاقبة الطرف سيء النية، الذي سيستفيد من بنود العقد ولو كانت دقيقة و واضحة، وذلك لحماية العدالة التعاقدية و العدل و التوازن الاقتصادي للعقد.
٥. إن سلطة القاضي في تفسير العقد وتعديله ليست مطلقة وتكون تحت رقابة محكمة التمييز.
٦. لايجوز بحجة تفسير العقد تطبيق بعض شروط العقد الواضحة من دون البعض الآخر.
٧. على القاضي إتباع قواعد تفسير العقد الملزمة وصولاً إلى التكيف القانوني السليم .
٨. مهمة التفسير هي الاختيار بين المعاني المختلفة التي يحتملها النص المعنى الأكثر صحة والأقرب إلى الحق والصواب.
٩. تسمية العاقدين للعقد لاتؤثرفي تحديد الوصف القانوني للعقد.

ثانياً/ المقترحات:

١. بالرغم من أن المشرع العراقي قد أورد مجموعة من القواعد الفقهية التي يستعين بها القاضي في تفسير العقد، ألا خلو القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته من قاعدة (عبارات العقد تفسر بعضها بعضاً) يعتبر نقصاً في القانون لذالك نقترح على المشرع العراقي ايجاد نص حول أن عبارات العقد تفسربعضها بعضاً وإيراد صياغة لذلك.

٢. لم يكن المشرع العراقي موفقاً إلى حد ما في صياغة القواعد الفقهية المنصوص عليها في القانون المدني في المواد(١٦٣-١٦٥) والمتعلقة بقواعد العرف في تفسيرالعقد، فأن ماورد في تلك المواد يعتبر تكراراً، عليه نقترح على المشرع إعادة صياغة تلك المواد والاكتفاء بقاعدة واحدة وهي(التعيين بالعرف كالتعيين بالنص).

٣. نقترح على القضاة وأعضاء الادعاء العام ورجال القانون عموماً الاطلاع على شروحات الفقهاء وشراح القانون بغية إثراء ملكة الاستنباط لديهم، عن طريق الاستفادة من الأراء الفقهية، لأن الأحكام القضائية التي يصدرها القضاة لها دوركبير في ادخال النظريات الفقهية في مجال التشريع .

٤. رغم أن بعض الفقهاء يرون ضرورة تقييد سلطة القاضي في التدخل في العقد ويرون بأنه قد يغالي القضاء في التدخل في العقد ويسرف في تحري العدالة بشكل يؤدي إلى تعسف والمساس بإرادة المتعاقدين. بيد أننا لانؤيد هذا الاتجاه ونقترح التوسع في سلطة القضاء في تعديل العقد، لأن تقييد تلك السلطة قد يرتب آثاراً سلبية على الدور الذي يضطلع به القضاء في تحقيق العدالة. والهدف من هذا التوسع, هو تمكين القاضي من مواجهة الظروف والتغييرات التي تعرض في كثير من القضايا، حتى لايوصف القانون بالجمود والوقوف عند حد معين من القواعد، التي قد تتهاوى عند مواجهة التطورات العملية .

قائمة المصادر:

أولاً/ الكتب القانونية

١ –د.أنورسلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دارالثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.

٢ – د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بدون مطبعة ١٩٧٨.

٣ – د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

٤ – د.راقية عبدالجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى, ٢٠١٧.

٥ – د.رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دارالجامعة الجديدة، ٢٠٠٦.

٦ – سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشرالأهلية ١٩٦٢.

٧ –د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الأول، في الفعل الضار والمسؤلية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢.

٨ – ضياء شيت خطاب، فن القضاء, الناشر معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد ١٩٨٤.

٩ – عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي، مفهومه – حالاته –نطاقه,دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٥.

١٠ – عبدالحسين صباح صيوان الحسون, المورد القانوني,تعريف موجز مفهرس هجائياً للمصطلحات القانونية وفق القوانين العراقية وبعض المصطلحات الفقهية الواردة في أحكام القضاء العراقي, ٢٠١١.

١١- د.عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادرالالتزام مجلد ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، ٢٠٠٠.

١٢ – د.عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام الاثبات، آثار الالتزام، مجلد٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثةالجديدة،٢٠٠٩

١٣ – د.عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الكتاب الأول، النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، شركة الطبع والنشرالأهلية، بدون سنة الطبع.

١٤ –د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادرالالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٠.

١٥ - علي جمعة محارب، دورالاجتهاد القضائي في تطويرالقاعدة القانونية، مجلة القضاء، العددان الأول والثاني ١٩٩١.

١٦ – د.عبدالكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ٢٠٠١.

١٧ – د.عصمت عبدالمجيد بكر، أصول تفسير القانون، بدون مطبعة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩.

١٨ – د.عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، مكتبة قانونية، بغداد الطبعة الثانية، ٢٠٠٧.

١٩ – د.عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، منشورات جامعة جيهان الخاصة اربيل، الطبعة الأولى، ٢٠١١.

٢٠ - عواد حسين ياسين العبيدي، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، دارالسنهوري، بغداد، الطبعة الأولى ٢٠١٦.

٢١ – د.غنى حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادرالالتزام، مطبعة المعارف بغداد، ١٩٧١.

٢٢ - فريد فتيان، مصادرالالتزام، شرح مقارن على النصوص، مطبعة العاني بغداد، ١٩٥٦- ١٩٥٧.

٢٣ – فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءَ، نظرية العقد، القسم الأول، مطبعة السيماء بغداد، الطبعة الأولى، ٢٠١٦.

٢٤ - فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءَ، نظرية العقد، القسم الثاني، مطبعة السيماء بغداد ٢٠١٨.

٢٥ - فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءً، نظرية العقد، القسم الثالث، مطبعة السيماء بغداد ٢٠١٩.

٢٦ - لفتة هامل العجيلي ، دورالقاضي في تعديل العقد، مكتبة الكتاب، بغداد، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.

٢٧ - د.مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني،الجزء الأول،مصادرالالتزام، مطبعة الجامعة بغداد ١٩٧٣.

٢٨- محمد على الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، الجزء الأول، مطبعة شفيق بغداد، ١٩٨٣.

٢٩– د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسيرالنصوص المدنية، دراسة مقارنة بين فقهين المدني والإسلامي مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بدون سنة طبع.

٣٠- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادرالالتزام، بدون مطبعة،١٩٨٩.

٣١- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية العربية والأجنبية، دارئاراس للطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٠٦ .

٣٢- د. مصطفى الزلمي، محاضرات في نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، جامعة بغداد، بدون سنة طبع.
٣٣- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادرالالتزام، بدون مطبعة، ٢٠٠٤.

ثانياً / المعاجم والقواميس:

١- راغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ االقرآن، الناشرطليعة النور، قم – ايران، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.
٢- على محمد بن على السيد الزين أبو حسن الحسين الجرجاني الحنفي، كتاب التعريفات ، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
٣- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، الناشر دارصادر، بيروت، ١٤١٤ هـ.

ثالثاً/ الأبحاث والدراسات والمقالات الألكترونية:

١- د.بردان رشيد ود.بوراس نجيبة "القاضي وتفسير العقد" بحث منشور في مجلة القانون، المجتمع و السلطة، مجلد٧، العدد ١ ٢٠١٨، ص،٨، ٩، https://elmouhami.com/wp-content/uploads/٢٠١٨/٠٥/١c٧d١٠a٨٧٦c٣٦٥fcf٨efe٥٤c١d٢٥٠٨٧٦.pdf,تأريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/١٧

رابعاَ/ الأحكام والقرارات القضائية:

١- إبراهيم المشاهدي، المباديء القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدن، مكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة طبع
٢- د. محمد عبدالرحمن السليڤانى قبسات من أحكام القضاء، مكتبة هەولێر القانونية ،هه ولير، ٢٠١٧ .

خامساَ/ القوانين:

١ – القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ و تعديلاته .
٢ – قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.
٣ - قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته.

الفهرس

المواضيع	الصفحة
- المقدمة	١-٢
المبحث الأول / ماهية التفسير ودور القاضي في التفسير	٣
المطلب الأول / مفهوم التفسير وأنواعه	٣
الفرع الأول / تعريف التفسير	٣-٥
الفرع الثاني / أنواع التفسير القانوني	٥-٧
المطلب الثاني / موقف المشرع العراقي من التفسير	٨-٩
الفرع الأول / حالات تفسير العقد	٩-١١
الفرع الثاني / القواعد العامة في تفسير العقد في القانون المدني العراقي	١١-١٥
المطلب الثالث / دور القاضي في تفسير العقد	١٥-١٧
المبحث الثاني/ دور القاضي في تعديل العقد	١٧
المطلب الأول / المفهوم القانوني لتعديل العقد	١٧-٢٠
المطلب الثاني / تأصيل سلطة القاضي في تعديل العقد	٢٠
الفرع الأول / فكرة العدالة	٢٠-٢١
الفرع الثاني /سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد	٢١-٢٢
الفرع الثالث / القواعد التي تحضر على القاضي الأمتناع عن إحقاق الحق	٢٢-٢٣
المطلب الثالث / دور القاضي في تعديل العقد	٢٣
الفرع الأول / دور القاضي في تعديل العقد لعيب الاستغلال	٢٣-٢٤

الفرع الثاني / دور القاضي في تعديل العقد عند حدوث الظرف الطارئ ٢٥-٢٧

الفرع الثالث / دور القاضي في تعديل عقد الاذعان ٢٧-٢٩

الفرع الرابع / دور القاضي في تعديل شرط الجزائي ٢٩-٣١

الفرع الخامس / دور القاضي في تعديل أجر الوكيل ٣١-٣٣

- الخاتمة ٣٤-٣٥
- قائمة المصادر ٣٦-٣٨
- الفهرس ٣٩-٤٠