جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

دور القاضي في تفسير العقود وفقا للتشريعات النافذة في فلسطين

إعداد
هيثم عصام عيسى

إشراف
د. غسان خالد

قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس–فلسطين.

2017

دور القاضي في تفسير العقود وفقا للتشريعات النافذة في فلسطين

إعداد

هيثم عصام عيسى

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2017/8/23، وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة	**التواقيع**
1. د. غسان خالد / مشرفاً ورئيساً	.....
2. د. بشار دراغمة / ممتحناً خارجياً	.....
3. د. مؤيد حطاب / ممتحناً داخلياً	.....

الاهداء

إلى الذي كان، بعد الله عزّ وجلّ، سبباً في وجودي. وعاش في نصبٍ ووصبٍ إلى أن اشتد غصني وعودي ..... أبي العزيز

إلى التي حملتني في بطنها خلقاً من بعد خلقٍ. وأرضعتني طفلاً، وسهرت عليَ حتى بلغتُ أشدِّي .... أمي الغالية

إلى الذين أشتدّ عضُدي بهم، وكانوا كالمقبض حول غمدي في السرّاء والضرّاء ..... أخوتي وأهلي جميعاً

إلى من تسربلت أحكامهم بالعدل، ونطقت أفواههم الحقَّ، وكانوا ظليل الله الوارف في الأرض.... زملائي القضاة إلى الذين شاركونا في بناء لبنات العدالة، وكانوا أعواناً لنا في إحقاق الحقّ..... أحبتي النيابة العامة والمحامين

إلى الصديق العزيز سعادة القاضي "أسعد الدحدوح"

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي جلّ فعزّ، وجعل لمن ارتشف من العلم العزّة. وقدّم العالم على العابدِ فاعتزّ. أما بعد: أشكر الله العلي القدير أن منّ عليّ بإتمام هذا البحث، وأسأله بأن يجعله في ميزان حسناتي وحسنات قارئه. بداية أتوجه بالشكر الجزيل الى جامعتي الأم، جامعة النجاح الوطنية التي كان لها الخير الجمّ فيما وصلت إليه من فضل. كما أتوجه بمزيد من العرفان إلى أساتذتي بالقانون ..... ولا يفوتني أن أشكر طاقم مكتبة جامعة النجاح ..... ولا أنسى صاحب الرفعة أخي سعادة القاضي محمد رسول على مساعدتي في تجميع وتوفير الأحكام القضائية ذات الصلة.

وأخيراً أتقدم بكثير من الإمتنان إلى فلذة القلب الخال منتصر.....

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

دور القاضي في تفسير العقود وفقا للتشريعات النافذة في فلسطين

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة كاملة أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثيلدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's Name: **إسم الطالب:**

Signature: **التوقيع:**

Date: **التاريخ :**

فهرس المحتويات

الموضوعات	الصفحة
الاهداء	ج
الشكر والتقدير	د
الإقرار	هـ
الملخص	ي
المقدمة	1
أهمية الدراسة	5
صعوبة الدراسة	5
إشكالية الدراسة	6
منهجية الدراسة	6
أهداف الدراسة	6
نطاق الدراسة	7
بيانات الدراسة	7
محددات الدراسة	8
الدراسات السابقة	8
الفصل الأول: تفسير العقد	11
المبحث الأول: مفهوم التفسير	11
المطلب الأول: تعريف التفسير	11
الفرع الأول: التفسير في معناه اللغوي	11
الفرع الثاني: التفسير في معناه الاصطلاحي	12
المطلب الثاني: أنواع التفسير والحاجة إليه	14
الفرع الأول: أنواع التفسير الخاص بالعقد	14
الفرع الثاني: أهمية التفسير	15
المطلب الثالث: الحالات التي تدعو للتفسير	18
الفرع الأول: الخلاف غير الإرادي	19
الفرع الثاني: الخلاف الإرادي	22
المبحث الثاني: تمييز التفسير عن غيره من المصطلحات	24
المطلب الأول: الفرق بين تفسير العقد وتكميل العقد	24

الفرع الأول: أوجه الاتفاق بين تفسير العقد وتكميله	**24**
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين تفسير العقد وتكميله	**27**
المطلب الثاني: الفرق بين تفسير العقد وتكييفه وتفسير القانون	**29**
الفرع الأول: الفرق بين تفسير العقد وتكييف العقد	**30**
الفرع الثاني: الفرق بين تفسير العقد وتفسير القانون	**31**
المبحث الثالث: النية المشتركة للمتعاقدين وتأثير قواعد الإثبات في التعرف عليها	**34**
المطلب الأول: النية المشتركة للمتعاقدين	**34**
الفرع الأول: تعريف النية المشتركة	**35**
الفرع الثاني: الأخذ بالإرادة الظاهرة للوصول إلى النية المشتركة	**36**
الفرع الثالث: الأخذ بالإرادة الباطنة للوصول إلى النية المشتركة	**39**
الفرع الرابع: موقف التشريعات النافذة في فلسطين من تباين الإرادة والتعبير عنها وتطبيقاتها	**41**
المطلب الثاني: تأثير قواعد الإثبات في التعرف على النية المشتركة	**50**
الفرع الأول: الالتزام بالقواعد العامة في الإثبات	**51**
الفرع الثاني: جواز الاستعانة بكافة طرق الإثبات	**55**
الفرع الثالث: التمييز بين العبارة الواضحة والغامضة في مدى جواز الاستعانة بكافة طرق الإثبات	**56**
الفصل الثاني: القواعد الأصولية في التفسير	**57**
المبحث الأول: التفسير في حالة وضوح عبارات العقد	**58**
المطلب الأول: المقصود بالعبارة الواضحة ومدى جواز تفسيرها	**58**
الفرع الأول: عدم جواز تفسير العبارة الواضحة (مدرسة الإرادة الظاهرة)	**59**
الفرع الثاني: جواز تفسير العبارات الواضحة (مدرسة الإرادة الباطنة)	**61**
المطلب الثاني: تفسير العبارة الواضحة في ضوء نصوص مجلة الأحكام العدلية	**63**
الفرع الأول: القواعد الفقهية	**64**
الفرع الثاني: تطبيقات قضائية	**65**
المبحث الثاني: التفسير في حالة غموض عبارات العقد	**67**
المطلب الأول: حالات الغموض	**67**
الفرع الأول: الغموض والنقص	**68**
الفرع الثاني: تعارض المعنى الحرفي للألفاظ مع نية الطرفين	**70**

الفرع الثالث: تنافر الشروط الواضحة للاتفاق	**70**
المطلب الثاني: قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد	**71**
الفرع الأول: قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله	**71**
الفرع الثاني: طبيعة التعامل	**72**
الفرع الثالث: الأمانة والثقة	**73**
الفرع الرابع: الاستهداء بروح العقد والغرض منه	**74**
المطلب الثالث: قواعد التفسير المستمدة من خارج العقد	**75**
الفرع الأول: العرف الجاري في المعاملات	**75**
الفرع الثاني: طريقة تنفيذ العقد	**77**
الفرع الثالث: ظروف المتعاقدين المحيطة بالعقد والمفاوضات السابقة له	**78**
الفصل الثالث: التفسير في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ودور محكمة النقض	**80**
المبحث الأول: قواعد التفسير الموضوعية	**80**
المطلب الأول: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين	**81**
الفرع الأول: مفهوم قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين	**81**
الفرع الثاني: شروط تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدين	**83**
الفرع الثالث: مبررات قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين وأساسها القانوني وفق التشريع في فلسطين	**85**
الفرع الرابع: نطاق تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين	**87**
المطلب الثاني: تفسير الشك في عقد الإذعان لمصلحة المذعن	**88**
الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان	**89**
الفرع الثاني: طبيعة عقد الإذعان	**91**
الفرع الثالث: تفسير عقد الإذعان	**93**
الفرع الرابع: أساس تقرير قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن	**94**
المبحث الثاني: دور محكمة النقض في عملية التفسير	**95**
المطلب الأول: التمييز بين الواقع والقانون في عملية التفسير	**96**
الفرع الأول: معيار التمييز بين الواقع والقانون	**96**
الفرع الثاني: ما يعتبر قانوناً في التفسير يخضع لرقابة محكمة النقض	**99**
المطلب الثاني: سلطة قاضي الموضوع فيما تعتبر من وقائع في التفسير	**105**

الفرع الأول: حدود سلطة قاضي الموضوع في تفسير الوقائع	**105**
الفرع الثاني: النتائج المترتبة على السلطة التقديرية للقاضي	**108**
الخاتمة	**110**
النتائج	**110**
التوصيات	**113**
قائمة المصادر والمراجع	**115**
Abstract	**b**

دور القاضي في تفسير العقود وفقا للتشريعات النافذة في فلسطين

اعداد

هيثم عصام حفظي عيسى

إشراف

د. غسان شريف خالد

الملخص

ركز الباحث دراسته هذه حول تفسير العقد وفقا للتشريعات النافذة في فلسطين مع إدراج النصوص القانونية التي تناولت الموضوع وعلى وجه الخصوص في مجلة الأحكام العدلية.

حاول الباحث من خلال متن هذه الدراسة بيان المقصود بتفسير العقد، فقد تناول الباحث أراء فقهاء القانون بهذا الخصوص.

ولكي تكتمل هذه الدراسة ويستطيع الباحث وضع يده على معظم الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع تناول الحديث عن النية المشتركة للمتعاقدين، في الحالة التي نكون فيها أمام تباين ما بين الإرادة واللفظ الذي استخدم للتعبير عنها، والأساس الذي يعتمد عليه لاستخلاصها وبيان الخلاف الفقهي حول ذلك الأساس، بين من يعتمد على الإرادة الظاهرة ومن يعتمد على الإرادة الباطنة، وموقف التشريعات النافذة في فلسطين من ذلك الأساس وبيان المواطن التي تم فيها الاعتماد على الإرادة الظاهرة لاستخلاص النية المشتركة والمواطن التي تم فيها الاعتماد على الإرادة الباطنة لاستخلاص تلك النية.

وبعد أن أنتهيت من معالجة وبيان الأساس الذي يعتد به لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين تناول الباحث في الحديث عن تفسير العبارة الواضحة وإمكانية ذلك وتوصل إلى نتيجة جواز تفسير العبارة الواضحة، ثم أنتقل بعد ذلك للحديث عن تفسير العبارة الغامضة والوسائل التي يستعين بها القاضي بغية رفع اللبس والغموض والإبهام عن عبارات العقد سواء تلك المستمدة من داخل العقد، أو العناصر الخارجية عنه.

وبعد ذلك كله انتقل للحديث عن الحالة التي يجد فيها القاضي نفسه قد استحال عليه الوصول إلى حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بالاستعانة بوسائل التفسير الداخلية والخارجية، وذلك في حالة تفسير الشك وتوصل إلى نتيجة مفادها، أن التفسير في حالة الشك يجب أن يكون لمصلحة الطرف المدين، وعلى ضوء ذلك قام ببيان المقصود بالطرف المدين، ثم بعد ذلك تناول الحديث عن الاستثناء الذي يرد على قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدين في عقود الإذعان، وبيان مواطن العجز التشريعي في معالجة تفسير عقود الإذعان، إلا انه توصل إلى نتيجة مفادها أن تفسر الشك في عقد الإذعان يجب أن يكون في مصلحة الطرف المذعن .

ثم في الختام تناول الباحث دور محكمة النقض في عملية التفسير، وذلك ببيان ما يعتبر خاضع لرقابة محكمة النقض، وبيان ما يعتبر غير خاضع لتلك الرقابة.

المقدمة

إن العدل هو الغايَة المثلى الّتي شُرِعت كافّة الشّرائع مِن اجل تحقيقها، ولا سيما الشرأئع السماوية وان بُلوغ تلك الغايَة تتأتى من سلامة الوَسيلة الّتي تسعلتحقيقها وتكمُن هذِه الوَسيلة في القاضي الّذي يتوَقّف على قضاءه تحقيق العدالة، حيْث لا تعدو نُصوص القانون كوِّنها نُصوصا جامِدة لا روح فيها[1]، وان القاضي هو مَن يمنح تلك النُصوص الحياة والحركة مِن خِلال حُكمه، وأن العدل الّذي ينبعِث مِن شُعور القاضي ووِجدانه هو الّذي يجعل القانون صالِحا في المُجتمع، فقضاء بلا عدل قد يجعل القانون أداة ظُلم وإرهاق.

وقد اتفقت كثير من التشريعات في العالم على منح القاضي مكنة الحل العادل للمنازعات المعروضة أمامه إذا أعازته النصوص التشريعية[2]، فقد نصت المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي على أن" القاضي الذي يرفض الحكم تحت ادعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يوجه إليه اتهام بارتكاب جريمة إنكار العدالة "، وهو ذات الحكم الذي يستفاد من نص المادة (164) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 حيث جاء فيها " لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورةأمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه[3]"، ويرجع السبب في ذلك إلىأن جميع النظم القانونية مهما اتسعت مدارك القائمين عليها، لا يمكن أن تحصر كل صغيرة وكبيره وان تضع حلا خاصا بها بحيث يلتزم القاضي بتطبيقه عندما يعرض عليه نزاع بشأنها ويطلب منه الفصل فيه،وهو ما دفع البعض إلى منح القضاء مكانة مماثلة للمصادر الأخرى للقانون، فيرى بعض الفقه أن القاضي يشرع، ويأتي بقاعدة ذات أصل قضائي على غرار القاعدة ذات الأصل التشريعي،أو العرفي،[4] بل أن البعض

---

[1] د.البكباشي، سحر: **دور القاضي في تكميل العقد – دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن.** دون ط. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2008. ص 6.

[2] **المرجع السابق** . ص 6.

[3] قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2001/9/5 على الصفحة 5 من العدد 32.

[4] د.البكباشي، سحر: **مرجع سابق.** ص 7.

ذهب إلى انه لا يجب اعتبار القضاء مصدرا احتياطيا غير أصلي، لأن إكمال النقص هو عمل أصيل، بل ويرى فيه مصدرا مستقلا[1].

ويتسم الدور الذي يقوم به القاضي في خلق القاعدة القانونية بالاستثنائي، لأنه إما أن ينسب الحل الذي توصل إليه إلى قواعد العدالة، أو إلى المشاعر العامة للجماعة أو إلى قواعد الإنصاف، وإما أن يسند الأحكام التي توصل إليها إلى التفسير[2].

وقد تتطور دور القاضي بتطور المجتمع وارتقائه وأتساع نطاق العمل فيه وتنوعه، فبينما كان يقتصر دوره قديما وما زال على تطبيق القانون على الوقائع المطروحة أمامه بغية تحقيق العدالة امتد سلطانه ليشمل كل المجالات، ومنها سلطته في تفسير العقود وهو مايعنينا في هذا المقام.

هذا وتحتل نظرية تفسير العقود أهمية كبيرة في الأنظمة القانونية المختلفة، فقد أولاها المشرع، في مختلف دول العالم عناية خاصة، وأورد لها مجموعه من النصوص القانونية التي تتضمن الأساس القانوني للنظام الذي تنتهجه كل دولة،والأساليب التي تساعد القضاء على أداء مهمته[3].

ورغم أهمية نظرية التفسير، فإنها لم تلق العناية الكافية من شراح القانوني المدني، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى شعور هؤلاء الشراح بان مسألة التفسير، مسألة تتعلق بفلسفة القانون، وعلوم المنطق والاستدلال اللغوي أكثر من تعلقها بالقانون، متجاهلين بذلك أن نظرية التفسير وإن كانت مستمدة من علوم المنطق واللغة إلا أنها تستند أيضاإلى مجموعة من المبادئ القانونية[4].

والتفسير بمعناه الواسع لا يقتصر دوره على تحديد مضمون العقد، بإيضاح الغامض فيه، تمهيداً لتنفيذه، بل يلجأ إليهأيضا عند البحث في تكوين العقد وفي صحته، وذلك من خلال التثبت من

---

[1] د . تناغو، سمير عبد السيد: **مصادر الالتزام** . ط 1 . الاسكندرية : مكتبة دار الوفاء القانونية . 2009 . ص 494 .

[2] د.البكباشي، سحر: **مرجع سابق** . ص 7 –8 .

[3] د. فوده، عبد الحكم: **تفسير العقد في القانون المني المصري والمقارن**. دون ط . الإسكندرية: منشأة المعارف. 2002 . ص 5.

[4] تراجع نصوص المواد 2–5 و12–14و26 و40–49و60– 68 **مجلة الاحكام العدلية** .

اشتماله على أركانه الأساسية، واستيفاءه لشرائطه القانونية،[1] فإذا ما تعلق النزاع ببطلان العقد لانعدام الرضا، فإن ذلك يستدعي البحث عن مدى تطابق الإرادتين (الإيجاب والقبول)، وإذا ما تعلق الأمر بكون العقد غير لازم بسبب الغلط، فإن ذلك يستدعي البحث عن الاختلاف بين نية المتعاقد والتعبير عنها، وفيما إذا كان الغلط جوهرياً أم لا وفيما إذا كان لأحد المتعاقدين دور فيه أم لا [2].

وتجدر الإشارة إلى أن العقد وبعد مرحلة التكوين يمر بمرحلة التنفيذ وهي أهم مراحل العقد،ففيهايحقق العقد الأهداف التي وجد من أجلها، ولكن قد يحصل أن يتعذر على الإطراف تنفيذ التزاماتهم بسبب ما قد يعتري العقد من غموض يحول دون تنفيذه، بحيث يتجه كل منهما إلى فهم يخالف ما وصل إليه الطرف الآخر ويدعي أن هنالك اختلاف ما بين الإرادة والتعبير عنها.

وهنا يأتي دور القاضي الذي تكون مهمته الفصل في النزاع عن طريق تفسيرالعقد ورفع الغموض واللبس عنه من خلال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ذلك أن الالتزامات الناشئة عن العقد تتحدد وفقاً لما اتجهت إليها لإرادة المشتركة للمتعاقدين، فالعقد هو توافق إرادتين، ومن البديهي أن تتحدد الالتزامات الناشئة عنه وفقا لما اتجهت إليه هاتان الإرادتان معا، لا وفقا لما اتجهت إليها إرادة أحدهما دون الآخر.

وان القاضي وعند أداءه لتلك المهمة فانه سوف يجد نفسه أمام حالات ثلاثة لا يخلو منها العقد.

- الحالة الأولى: وهي الحالة التي تكون فيها عبارات العقد واضحة في دلالاتها وتكون هذه الدلالات مطابقة لما اتجهت إليها الإرادة المشتركة للمتعاقدين فيكون العقد ملزماً للمتعاقدين وفقاً لما أفصحت عنه عباراته، وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يعدل عن هذه الإرادة الظاهرة فالأصل أن العبارة الواضحة تُترجم إرادة المتعاقدين بوضوح.

---

[1] د. الصده، عبد المنعم فرج: **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**. دون ط. بيروت: دار النهضة العربية. 1974. ص 454 .

[2] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 6 .

- الحالة الثانية: قد تكون العبارة الواضحة في جملتها تدل على معنى معين ولكن في ظروف التعاقد يوجد ما يوحي إلى عدم مطابقة هذا المعنى لإرادة الأطراف وإن المتعاقدين قصدا معنى غير معناها الظاهر.

- الحالة الثالثة: قد تكون عبارات العقد غامضة لا تفصح عن معنى محدد واضح وتذوب الإرادة الحقيقية في ظل الغموض.

وفي هاتين الحالتين الاخيرتين يحتاج الأمرإلى تدخل القاضي في تفسير العقد بقصد رفع اللبس والغموض عنه للوصول إلى النية المشتركة التي أرادها المتعاقدان، ومن هنا تظهر أهمية التفسير في كونه ضرورة حتى لا يخرج العقد عن الغاية التي ابرم من أجلها وحماية المتعاقدين، بحيث لا يلزم أي منهما إلا بما اتجهت إليهإرادتهما فعلا دون زيادة وإثقال، ودون تهرب وإهمال، ذلك أن القاعدة في التفسير هي احترام إرادة المتعاقدين طبقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" .

إن مشكلة التفسير تضرب بجذورها في أعماق التاريخ ومنذ العهد الروماني،[1]وان كانت في البداية تقتصر على تثبيت اللفظ الذي صدر من المتعاقد إذا ما كان قد تم وفق الطقوس الرسمية المقدرة دون الاهتمام بالنية المستترة،إلا أن الأمر تغير بعد أن فرضت الشكلية نفسها في العقود، وأصبحت المشكلة تأخذ طريقها في الظهور،إذ يجد القاضي نفسه أمام عنصرين هما: الإرادة الباطنة للمتعاقدين من جهة والتعبير المادي عنها من جهة أخرى، وذلك عندما يتمسك احد الأطراف بالإرادةالباطنة ويتجاهل التعبير عنها، في الوقت الذي يتمسك به الطرف الآخر بالتعبير كونه الأمر الملموس.

وبدأت النظريات الفقهية في الظهور فانقسم الفقه إلى فريقين،أحدهما تمسك بالإرادةالباطنة كونها الأصل والثاني يعتد بالإرادة الظاهرة كونها الإرادة التي تظهر للملأ إلاأن القاضي يحاول أن يجد أفضل السبل التي توصله إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وبالتالي يصل إلى تحديد مضمون العقد من خلال التفسير الذي يُمهد للتوصل إلى تحديد إطار العقد فيكشف عن إرادة المتعاقدين، ويحدد حقوق والتزامات كل طرف من أطرافه.

[1] د.فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 8 .

أهمية الدراسة

تكمن أهمية عملية التفسير في كونها العملية التي تمكن القاضي من تحديد مضمون العقد، والوقوف على الالتزامات التي يولدها لكي يتسنى تطبيقه،وان تحديد ما التزم به المتعاقدين لا يكون إلا من خلال مجموعة من العناصر التي يجب أن تتوفر لديه، فعليه أن يسبغ على العقد التكييف القانوني السليم، ذلك أن التكييف يرتبط ارتباطا وثيقا بتفسير إرادة الطرفين، فالقاضي لن يصل إلى تكييف العقد إلا عن طريق تفسير إرادة الطرفين، فغالبا لا يتيسر بدون التفسير الوصول إلى تكييف العقد تكييفا صحيحاً، واجتماع عمليتي التفسير والتكييف يمكن القاضي من الوصول إلى تحديد مضمون العقد .

ورغم الأهمية البالغة التي يلعبها دور التفسير في معرفة التزامات المتعاقدين برفع الغموض واللبس عن العقد،وتحديد مضمونه، إلا أنه لم ينل حقه من الدراسة فنجده عبارة عن إشارات فقط في كتب مصادر الالتزام ونظرية العقد، ولكنه لم يدرس بصفة منفصلة ومفصله.

لهذه الأسباب بدأت بهذه الدراسة مغتنما الفرصةللوقوف على العملية التي يقوم بها القاضي لإنقاذ العقد من الخروج عن الغاية التي ولد من اجلها وهي التفسير والوسائل التي يستعين بها لبلوغ هذه الغاية،ومن ثم فإن الباحث سيسعى إلىتبيان دور محكمة النقض في عملية التفسير التي يقوم بها قاضي الموضوع من خلال بيان ما هو واقع وما هو قانون في عملية التفسير.

صعوبة الدراسة

تتمثل صعوبة هذه الدراسة في ندرة المراجع المتخصصة التي تناولت هذا الموضوع بشكل مفصل ومعمق لكل جزئياته، فجل هذه المراجع قد تناولت الموضوع بشكل مقتضب دون أي اهتمام خاص وذلك عند حديثها عن آثار العقد، كذلك القصور الذي يعاني منه التشريع الفلسطيني في جزئية عقود الإذعان .

إشكاليةالدراسة

تكمن إشكالية هذه الدراسة، في بيان مدى قدرة المشرع على معالجة موضوع تفسير العقد، والحالات التي تبدى فيها الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة عند الاختلاف بينهما، والحالات التي تترك فيها حقيقة الإرادة الظاهرة لصالح الإرادة الباطنة، وبيان النقص التشريعي في هذا الموضوع.

منهجية الدراسة

سيتناول الباحث بالدراسة دور القاضي في تفسير العقود بإتباع المنهج الوصفي التحليلي، حيث سيقوم بشرح هذا الموضوع عن طريق الوقوف على القواعد القانونية ذات الصلة على اعتبار أنها تمثل جزءا مهما في تحديد الوسائل التي يستعين بها في عملية التفسير، كل هذا بعد الاطلاع على ما تيسر من الأدبيات والأراء الفقهية التي تناولت موضوع تفسير العقد، كما سيتم الاستعانة ببعض التطبيقات القضائية التي أشارت إلى دور القاضي في تفسير العقد من أجل الوصول إلى أكبر قدر ممكن من المعرفة ضمن الغاية المطلوبة.

أهداف الدراسة

يهدف الباحث من دراسته هذه إلى الإجابة على الأسئلة التالية:

1- ما هو عنصر التمييز بين التفسير والمصطلحات المشابه لهبما في ذلك تكييف العقد.

2- بيان المقصود بالنية المشتركة لأطراف العقد وما هو المصدر الذي يعتد به في استخلاصها.

3- بيان القواعد التي يستعين بها القاضي للوصول إلى رفع الغموض واللبس عن العقد.

4- كيف يمكن لقواعد الإثبات أن توصل القاضي إلى تفسير العقد.

5- هل يجوز للقاضي تفسير العبارات الواضحة وما هو معيار التمييز بينها وبين العبارات الغامضة.

6- بيان الحلول التي يلجأ إليها القاضي للوصول إلى حل النزاع وتفسير العقد في الحالة التي يستحيل معها التوصل إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين وفقا للنصوص التشريعية النافذة في فلسطين.

7- بيان دور محكمة القانون في عملية التفسير وفيما إذا كان هناك رقابة لها على تلك العملية أم لا.

نطاق الدراسة

يتحدد نطاق هذه الدراسة بالاطلاع على دور القاضي في تفسير العقد، تمهيدا لتنفيذ الالتزامات التي يلقيها على عاتق أطرافه في ظل التشريعات النافذة في فلسطين ضمن فروع القانون الخاص، كالنصوص القانونية في مجلة الأحكام العدلية لسنة 1886، ونصوص قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001، ونصوص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، هذا بالإضافة إلى مجمل آراء فقهاء القانون المتعلقة بهذا الموضوع.

بيانات الدراسة

البيانات المقدمة في هذه الدراسة هي من صنف البيانات الثانوية، وهي عبارة عن مجموعة من المصادر والمراجع الرئيسية والثانوية، فمن المصادر الرئيسية التي اعتمدت عليها في إعداد هذه الدراسة مجلة الأحكام العدلية لسنة 1886، وقانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، أما بخصوص المراجع التي استندت إليها في إعداد هذه الدراسة، فهي مجموعة من الكتب والدراسات القانونية التي عالجت الموضوع، ومن ضمنها كتاب تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن للدكتور عبد الحكم فوده، وكتاب بعنوان النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام للدكتور توفيق حسن فرج، هذا بالإضافة إلى بعض الكتب القانونية التي أشارت بشكل عرضي إلى هذا الموضوع، وسوف أقوم بالإشارة إلى هذه الكتب والمراجع القانونية في قائمة المصادر والمراجع الخاصة بذلك في نهاية الدراسة .

محددات الدراسة

لما كان موضوع هذه الدراسة هو دور القاضي في تفسير العقد وفقا للتشريعات النافذة في فلسطين، كان لابد من الاعتماد بشكل أساسي ورئيس على بعض القواعد الكلية الواردة في مجلةالأحكام العدلية لسنة 1886 باعتبارها تمثل القانون المدني في فلسطين، التي عالجت موضوع تفسير عبارات العقد،بالإضافة إلى بعض النصوص الواردة في قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، لذلك كان مناط دراستنا بشكل أساسي هو مجلة الأحكام العدلية مع دراسة مجموعة من التطبيقات القضائية في هذا المجال.

الدراسات السابقة

على الرغم من أهمية موضوع تفسير العقد، والدور الذي يقوم به القاضي في التوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وتحديد مضمون العقد تمهيدا لتنفيذ بنوده، إلا أن الدراسات التي تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل قليلة، هذا بالإضافة إلى بعض الفقهاء الذين تحدثوا بشكل عرضي عن هذا الموضوع ضمن مؤلفاتهم من خلال عدة صفحات قليلة ضمن كتب النظرية العامة للعقد والنظرية العامة للالتزام والمشكلات العملية في تنفيذ العقد، ومن هذه المؤلفات على سبيل المثال لا الحصر:

1- (المشكلات العملية في تنفيذ العقد)، للدكتور عبد الحميد الشواربي، وهي عبارة عن دراسة في التشريع المصري تناول فيها ماهية التفسير من خلال بيان المقصود بتفسير العقد والفرق بينه وبين تفسير القانون والرقابة على التفسير، وتحدث أيضا عن حالات التفسير من خلال الحديث عن الغلط والصورية، ثم بعد ذلك تناول بعض النصوص القانونية في القانون المدني المصري المتعلقة بموضوع التفسير ثم بعد ذلك شرع ببيان طرق التفسير وقواعده، ثم بعد ذلك تناول موضوع التفسير من الناحية التطبيقية بذكر مجموعة من الاجتهادات القضائية ويرى الباحث أنه ورغم ما أتت به هذه الدراسة من علم وافر إلا أنها لم تجمل لنا جميع حالات التفسير ولم تبين لنا كافة الحلول التي تمكن القاضي من رفع اللبس والغموض عن عبارات العقد، كما أنها لم تتناول دور محكمة القانون من عملية التفسير .

2- (نظرية العقد في قوانين البلاد العربية)، للدكتور عبد المنعم فرج الصده،وهو عبارة عن دراسة مقارنة في التشريع المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني، تناول فيها نصوص تلك التشريعات المتعلقة بموضوع التفسير وحالات التفسير ثم بعد ذلك تناول المسائل القانونية والمسائل الواقعية في تفسير العقد، ويرى الباحث أنه ورغم ما أتت به هذه الدراسة من علم وافر إلا أنها كسابقتها فلم تجمل لنا جميع حالات التفسير ولم تبين لنا كافة الحلول التي تمكن القاضي من رفع اللبس والغموض عن عبارات العقد، كما أنها لم تتناول دور محكمة القانون من عملية التفسير .

3- (تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن)، للدكتور عبد الحكم فوده، وهو عبارة عن دراسة مقارنة في التشريع المصري والفرنسي والألماني والبلجيكي، تناول فيها التعريف بالتفسير والعلاقة بين الإرادة والتعبير عنها، ثم بعد ذلك قام ببيان أنظمة تفسير العقود وطرقه وقواعده، ثم بعد ذلك تناول نظرية تفسير العقد في الفقه الإسلامي من خلال الحديث عن تأويل العقد والتفسير الحرفي ومذهب الفقه الإسلامي في تفسير العقد هذا بالإضافةلتناوله لنظرية تفسير عقود الإذعانوأخيرا تناول رقابة محكمة النقض على تفسير العقد من خلال بيان ما يعتبر واقع وما يعتبر قانون في تفسير العقد، ويرى الباحث أن هذه الدارسة هي أشمل الدراسات لفكرة تفسير العقد إلا أنها دراسة في التشريعات المصرية والفرنسية والالمانية والبلجيكية ولم تتناول التشريعات النافذة في فلسطين وكذلك لم تبين موقف القضاء الفلسطيني في أي من الموضوعات التي تناولتها .

4- (رسالة ماجستير بعنوان تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري) للاستاذ عاشور فطيمة في جامعة الجزائر عام 2013، وهي عبارة عن دراسة في التشريع الجزائري، تناول فيها التعريف بالتفسير، والفرق بين تفسير العقد وغيره من المصطلحات المشابهة ثم بعد ذلك قام ببيان أنظمة تفسير العقود وطرقه وقواعده، ثم بعد ذلك تناول نظرية تفسير عقود الإذعانوأخيرا تناول رقابة محكمة النقض على تفسير العقد من خلال بيان ما يعتبر واقع وما يعتبر قانون في تفسير العقد، ويرى الباحث أن هذه الدارسة هي دراسة معمقة في التشريع الجزائري الا انها لم تتناول أي تشريع اخر من التشريعات المقارنة .

خطة الدراسة

سيتناول الباحث هذه الدراسة في ثلاثة فصول على النحو التالي:

الفصل الأول يدور حول تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وذلك من خلال ثلاثة مباحث، المبحث الأولمفهوم التفسير، وفي المبحث الثاني تمييز التفسير عن غيره من المصطلحات، وفي المبحث الثالث النية المشتركة للمتعاقدين وتأثير قواعد الإثبات في التعرف عليها،أما الفصل الثاني سيتناول الباحث من خلاله القواعد الاصولية في التفسير،المبحث الأول سيتناول الباحث التفسير في حالة وضوح عبارات العقد، وفي المبحث الثاني سيتناول التفسير في حالة غموض عبارات العقد، أما الفصل الثالث سيتناول الباحث من خلاله التفسير في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ودور محكمة النقض وذلك من خلال مبحثين، المبحث الأول سيتناول الباحث قواعد التفسير الموضوعية، وفي المبحث الثاني سيتناول دور محكمة النقض في عملية التفسير .

الفصل الأول

تفسير العقد

سوف أتناول خلال هذا الفصل مفهوم التفسير المتمثل بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وذلك من خلال ثلاث مباحث،خصصت المبحث الأول منها للحديث عن مفهوم التفسير أما المبحث الثاني فقد خصصته للحديث عن تمييز التفسير عن غيره من المصطلحات أما المبحث الثالث فسيكون للحديث عن النية المشتركة للمتعاقدين وتأثير قواعد الإثبات في التعرف عليها .

المبحث الأول: مفهوم التفسير.

إن الحديث عن مفهوم التفسير يتطلب منا بيان معناه اللغوي والاصطلاحي وأنواعه والحاجة إليه وصوره لذلك فقد قمت بإفراد المطلبالأول للحديث عن تعريف التفسير، أماأنواعه والحاجة إليه فهي محور الحديث في المطلب الثاني، فيما خصصت المطلب الثالث لبيان صور التفسير .

المطلب الأول: تعريف التفسير.

إن الحديث عن التعريف يتطلب الحديث عن تعريف التفسير في معناهاللغوي وكذلك في معناه الاصطلاحي وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التفسير في معناه اللغوي.

التفسير لغة يعني الشرح والبيان ويقال فسر الشيء وضحه، وتفسير القرآنيقصد منه توضيح معاني القرآن الكريم وما انطوت عليه آياته من عقائد وأسرار وحكم وأحكام.[1]

وقد جاء في لسان العرب لابن منظور "التفسير والبيان: فسر الشيء يفسره بالكسر، ويفسره، بالضم، فسراً وفسّره: أبانه والتفسير مثله ابن الأعرابي: التفسير والتأويل والمعنى واحد

[1]. مجمع اللغة العربية: **المعجم الوسيط**. 2 مج. دون ط . القاهرة: مطبعة مصر. 1961. ج 2. ص 695 .

وقوله عز وجل " وأحسن تفسيرا" التفسير كشف المغطى، والتفسير كشف المراد عن اللفظ المشكل والتأويل ردّ أحد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر[1] " .

الفرع الثاني: التفسير في معناه الاصطلاحي.

اختلف الفقه في تفسير العقد تبعا للأساس الذي أعتمد عليه كل فقيه في بيان المقصود بالتفسير، فنجد بعض الشّراح قد استندوا إلى الهدف من عملية التفسير المتمثل بتحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه[2]، فنجد الدكتور عبد الحميد الشواربي قد عرفه بقوله " المقصود بتفسير العقد هو تبين وإيضاح ما غمض فيه وتحديد مؤدى التعبير عن الإرادة، ومرمى ما استخدم في ذلك التعبير من الفاظ [3]"، إلا ان الباحث يرى أن هذا التعريف محل نظر ، ذلك أن التعريف يجب أن يكون جامعاً مانعاً ويتجلى القصور في هذا التعريف أنه قصر مهمة المفسر على بيان الغموض الذي اعترى عبارات العقد والألفاظ الواردة فيه أي على العناصر الداخلية في العقد بينما قد يلجأ المفسر بالإضافة إلى العناصر الداخلية إلى عناصر أخرى خارجية في سبيل الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وهذا ما سيأتي الحديث عنه لاحقاً .

في حين اعتمد البعض الأخر على أساس الباعث وهو " البحث عن الإرادة الصحيحة للمتعاقدين والهدف من شروطهم وتعهداتهم[4]"، إلا أن الباحث يرى بأن هذا التعريف محل نظر أيضاً كونه لم يبين طرق الوصول إلى الإرادة الصحيحة للمتعاقدين وكذلك الأسس التي يقوم عليها التفسير.

---

[1]. ابن منظور: **لسان العرب**. 9 مج. دون ط . القاهرة: دار الحديث. 2003 . ج 7. ص 101 .

[2]. د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 15.

[3]. د. الشواربي، عبد الحميد:**المشكلات العملية في تنفيذ العقود**. دون ط . الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1988 . ص 46 .

[4] كما هو وارد لدى د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق**. ص 16 .

في حين لجأ آخرون إلى الأساس الذي يقوم عليه التفسير وهو الإرادة الحقيقية للطرفين، فعرفوه بأنه "استخدام بعض وسائل الاستدلال من أجل الكشف عن المعنى الخفي للاتفاق، ومن أجل التعرف على النية الحقيقية للطرفين[1]" .

ويرى الباحث أنه يجب أن يكون التعريف سليماً جامعاً مانعاً،ملما بمفهوم التفسير كعملية فنية دون الاقتصار على تعريف اللفظ في ذاته، أو الغرض منه، أو الأساس الذي يقوم عليه والهدف من ورائه، وطرق الوصول إلى هذا الهدف، ولهذا يرى الباحث بأنه يقصد بالتفسير" تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما أعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للالفاظ الواردة فيه،مستندا في ذلك إلىصلب العقد والعناصرالخارجية عنهالمرتبطة به [2]".

ومن خلال التعريف سالف الذكر يتضح لنا بأن التفسير عملية ذهنية ذات شقين : شق مادي وآخر معنوي، الأول ينحصر في البحث المنصب على العبارات والألفاظ المدونة في العقد في صيغة شرط، أو أكثر، بحيث يقوم المفسر بتقريب أجزاء الشرط من بعضها، أو بتقريب الشرط من الشرط الذي يليه أو يسبقه، أو من تقريب النصوص من نصوص أخرى سابقة، أو لاحقة، أو معاصره، كذلك قد يستعين ببعض المعايير الموضوعية، كالعرف الجاري في المعاملات، والثقة المتبادلة بين الطرفين وظروف الواقع الأخرى كالرسائل المتبادلة بينهما ومحاضر المفاوضات وصفة كل منهما، وطبيعة عمله وقرائن الحال .

أما الشق المعنوي فهو نتيجة للشق المادي وبمعنى آخر فهو مجموع الأفكار التي تستقر لدى المفسر، من حصيلة بحثه المادي فيعتبرها تشكل النية المشتركة للطرفين.

---

[1] **المرجع السابق**. ص 16 .

[2] وقد استخدمنا لفظ المفسر لئلا نقصر التفسير على جهة دون أخرى فالتفسير قد يكون قضائيا وقد يكون تشريعيا وقد يكون فقهيا وقد يكون شخصيا.

المطلب الثاني: أنواع التفسير والحاجة إليه.

سيتناول الباحث في هذا المطلب الحديث عن أنواع التفسير الخاص بالعقد في فرع أول، وفي الفرع الثاني سيتناول الحديث عن أهمية التفسير.

الفرع الأول: أنواع التفسير الخاص بالعقد.

ينقسم التفسير بحسب الجهة التي تتولاه إلى ثلاثة أقسام: التفسير التشريعي، والتفسير الشخصي، والتفسير القضائي،[1] وسأتحدث بإيجاز عن كل نوع من هذه الأنواع تباعاً .

التفسير التشريعي: وهو التفسير الذي يصدر عن المشرع في صيغة نصوص قانونية، تستند في أساسها إلى الإرادة الضمنية للأفراد كونهم سيتبعون الحل الذي أتى به المشرع، عند تعرضهم للواقعة محل التنظيم التشريعي، فالمشرع بذلك يفسر إرادة المتعاقدين عن طريق إكمال النقص الذي اعترى عقودهم، وعادة ما يذيل النص بعبارة " ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك.[2]

ويتولى هذا النوع من التفسير التشريع ويكون ملزما وواجب الاتباع في حالة عدم الاتفاق على استبعاد تطبيق النص القانوني من قبل الاطراف ومن ذلك ما نصت عليه المادة (476) من مجلة الاحكام العدلية التي بينت موعد استحقاق الاجرة بنهاية المدة المحددة في عقد الايجار.

التفسير الشخصي: وهو التفسير الذي يصدر من طرفي العقد، فقد يعمد أطراف العقد إلى إبرام اتفاقيات تفسيرية قبل إبرام العقد، أو معاصرة له أو لاحقة عليه، وذلك بغية حسم ما قد يثار من خلاف حول دلالة بعض عبارات العقد،[3] وإن هذا النوع من التفسير نجده منتشر في عقود التجارة الدولية

---

[1] د. الفضل، منذر: **الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الالتزامات وأحكامها** –. ط 1 . عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2012 . ص 200 .

[2] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 24.

[3] **المرجع السابق**. ص 23 .

ويرى الباحث أن هذا النوع من التفسير هو أفضل أنواع التفسير على الإطلاق، كونه يصدر مباشرة من ذوي الشأن وبمحض إرادتهم .

التفسير القضائي: وإن هذا النوع من التفسير هو مدار بحثنا وهو ما يصدر عن قضاة الموضوع، حال طرح النزاع عليهم، مستندين فيه إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدينوإلى قواعد ومصادر التفسير الاخرى .[1]

الفرع الثاني: الحاجة إلى التفسير.

قد يبدو للوهلة الأولى أن الحديث عن التفسير لا حاجة له إلا بعد الانتهاء من البحث في انعقاد العقد وصحته لعدم وجود جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحاً، وإن أساس هذه الفكرة ومردها ما درج عليه الفقهاء وكذلك المشرع نفسه من أنهم لا يعالجون موضوع التفسير إلا بمناسبة البحث في أثار العقد.[2]

والواقع أن تفسير العقد لا يقتصر دوره على تحديد مضمون العقد، بل يتم اللجوء إليه كذلك عند البحث في انعقاد العقد وفي صحته، فالقاضي يستعين بالتفسير لتحديد معنى التعبير عن إرادة كل من الطرفين حتى يتبين ما إذا كان العقد قد انعقد باتفاق هاتين الإرادتين أم لا، ويستعين به كذلك لمعرفة ما إذا كانت هذه الإرادة صحيحة أو معيبة، وأخيراً يستعين به لتحديد مضمون العقد الذي يجب تنفيذه لتحديد التزامات الأطراف فيه .[3]

هذا وتتحدد الالتزامات الناشئة عن العقد وفقاً لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فالعقد هو توافق إرادتين ومن ثم فإن الالتزامات الناشئة عنه تتحدد وفقاً لما اتجهت إليه هاتين الإرادتين معاً، لا وفقاً لما اتجهت إليه إرادة أحد الأطراف ولم تتلاقى معها إرادة الطرف الآخر.[4]

---

[1] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق** . ص 47 .

[2] د . الصدة، عبد المنعم فرج: **مصادر الالتزام – دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري** . دون ط . بيروت : دار النهضة العربية . 1979. ص 377 .

[3] د . الصدة، عبد المنعم فرج: **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. مرجع سابق.** ص 454 .

[4] د . الجمال، مصطفى: **النظرية العامة للالتزامات.** دون ط. الإسكندرية: الدار الجامعية. 1987. ص 209 .

وقد تكون عبارات العقد واضحة في دلالتها، وتكون هذه الدلالة مطابقة تماما لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فيكون العقد والحالة هذه ملزماً للمتعاقدينبما أفصحت عنه عباراته،[1] وفي هذه الحالة لا نحتاج إلى تفسير اضافي.[2]

ويرى الباحث أن عدم الحاجة إلى التفسير في هذه الحالة يرجع إلى أن المنطق القانوني السليم يحتم على المفسر اعتبار المعنى الذي عبرت عنه عبارات العقد الواضحة الدلالة، هو ذاته ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

وقد تكون عبارات العقد غير واضحة يكتنفها الغموض،[3] لا تفصح عن معنى محدد واضح،[4] فتكون بحاجة إلى التفسير من أجل إزالة الغموض وذلك بحثاً عن الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، كونها الأساس في تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد .

وفي هذه الحالة لا يتقيد المفسر في هذا البحث بالمعنى الحرفي للألفاظ،[5] فالعقد كما سبق وأن بينا هو ارتباط الإيجاب بالقبول واللفظ هو الكلام الذي ينطق به المتعاقد بقصد التعبير عن إرادته.[6]

وهذا المبدأ في تفسير العبارات الغامضة للعقد هو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية،[7]فقد جاء في المادة الثالثة منها " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء ".

---

[1] **المرجع سابق** . ص 210 .

[2] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 17 .

[3] د . الصدة، عبد المنعم فرج : **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية** . **مرجع سابق** . ص 459 .

[4] د . الجمال، مصطفى : **مرجع سابق** . ص 210 .

[5] د . الصدة، عبد المنعم فرج : **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية** . **مرجع سابق** . ص 459 .

[6] أ حيدر، علي : **درر الحكام شرح مجلة الاحكام** . 4 مج . ط 1 . عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2010 . ج 1 . ص 15.

[7] مجلة الاحكام العدلية العثمانية. صدرت عن مجلس شورى الدولة العاثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام 1286 هـ الموافق 1869 م وتوطد نفاذها في عام 1293 هـ الموافق 1876.

بالإضافة إلى ما سبق فقد تكون عبارات العقد واضحة في جملتها للدلالة على معنى محدد، ولكن يكون في بعضها أو في ظروف التعاقد بصفة عامة ما يشير إلى عدم مطابقة هذا المعنى للإرادة المشتركة للمتعاقدين، وإلى أن المتعاقدين قد قصدا بها معنى غير معناها الظاهر،[1] وهذا ما عبر عنه الفقه بالوضوح الظاهري،[2] وهو يختلف عن الوضوح الحقيقي الذي يعكس بحق الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين، فكم من شرط واضح في ذاته إذا أخذ به مجردا، ورغم ذلك يكون ذا وضوح زائف، ويرجع السبب في ذلك إلى جهل المتعاقدين بالصياغة القانونية السليمة، بحيث يستخدمان عبارات واضحة الدلالة على معنى ليس هو المعنى المقصود .

فإذا ما تضمنت عبارات العقد الأخرى أو الظروف التي أبرم فيها ما يشير إلى أن المتعاقدين قد قصدا بهذه العبارات معنى غير معناها الظاهر، فتظهر الحاجة إلى تفسير عبارات العقد رغم وضوحها بحثا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين. [3]

وتجدر الإشارة إلى أن مجلة الأحكام العدلية قد أخذت بهذا المبدأ وهو تفسير عبارات العقد الواضحة وفقا لصريح نصها، ولعل خير دليل على ذلك ما جاء في المادتين (12و 61) منها فقد جاء في المادة (12) منها " الأصل في الكلام الحقيقة "، في حين جاء في المادة (61) منها " إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز "، والمستفاد من هاتين المادتين أنه لا يجوز حمل اللفظ على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقي الذي يعبر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.[4]

خلاصة القول، إن الحاجة إلى تفسير العقد بحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين، تقوم ليس فقط في الفرض الذي تكون فيه عبارات العقد غامضة، وإنما تقوم كذلك في الفرض الذي تكون فيه هذه العبارات واضحة ولكن يكون هناك ما يشير إلا أن المقصود بها معنى غير معناها الظاهر.[5]

---

[1] د. الجمال، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 210.

[2] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص17.

[3] د. الجمال، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 210.

[4] د. الصدة، عبد المنعم فرج: **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. مرجع سابق**. ص 459.

[5] لقد نصت المادة (150) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) الصادر بتاريخ 16 يوليو 1948 على أنه أنه " 1- إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين 2- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات " ويقابلها المادة (165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

المطلب الثالث: الحالات التي تدعو للتفسير.

إن الحديث هنا عما ينشأ من عدم توافق بين الإرادة والتعبير عنها، بغير تصد لبحث عدم التوافق بين إرادتي المتعاقدين، إذ لا شأن لذلك بتفسير العقد،[1] فالأصل أن تتطابق الإرادة الحقيقية مع التعبير عنها، بحيث يعبر كل من المتعاقدين تعبيراً صحيحاً عما يدور في أعماق نفسيهما، ويكون ذلك عند استعمال ألفاظ تكون نصاً في الإفادة عن مرادهما على وجه يمكن معه فهم مقصودهما من المعنى الظاهر لعبارات العقد،[2] فلا يكون القارئ بحاجة إلى صرفها عن هذا المعنى أو تأويلها إلى معنى آخر يرجح أنه مقصود الطرفين، وهذه الدقة في التعبير تأتي إذا قام بتحرير العقد شخص مختص، لديه إلمام بالقانون وممارسته كالمحامين، بحيث يستعملون ألفاظاً واضحة تدل على ما يقصده طرفا العقد .

إلا أن الأمور قد لا تسير على النحو السالف ذكره،إذ كثير ما نجد عقوداً يكتنفها اللبس والإبهام والضعف والركاكة ويكون ذلك إذا قام بتحرير العقد وصياغته من ليس لهم دراية بالقانون، فيستعملون عبارات لا صلة لها بما قصده المتعاقدين،فيقع المتعاقدين في تناقض ما بين الإرادة الحقيقة وما استخدم من ألفاظ للتعبير عنها، ولا يظهر هذا التناقض إلا عند تنفيذ العقد فهو المحك الحقيقي لنصوصه على أرض الواقع، وعندئذ يأتي دور القاضي في تفسير العقد.[3]

والخلاف بين الإرادة والتعبير عنها قد يكون غير إرادي ومن هذا النحو الغلط والانحراف في التعبير عن الإرادة كما قد يكون إراديا ومن هذا النوع الإرادة غير الجدية والتحفظ الذهني والصورية،[4]وسأتناول كل منها في فرع مستقل.

---

[1] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص 50 .

[2] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 27 .

[3] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق**. ص 27 .

[4] أ د. سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**–. ط 6. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012 . ص 87.

الفرع الأول: الخلاف غير الإرادي.

البند الأول: الغلط

يعرف الغلط بأنه" وهم يقوم في ذهن العاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع "،[1]وقد يقع الغلط في تكوين الإرداة ذاتها،[2] فيعدمها ويمنع من انعقاد العقد وهو ما يسمى بالغلط المانع،[3] ففي هذه الحالة لا يوجد تطابق بين الإرادتين، ولذلك يعتبر الغلط حائلاً دون انعقاد العقد.[4]

وقد لا يصل الغلط إلى هذا الحد فيعيب الإرادة فقط رغم وجودها،[5]وهو ما يسمى بالغلط المعيب للرضا،[6] وهذا النوع من الغلط يجعل من العقد قابلا للإبطال في فقه القوانين الغربية وما سارعلى منوالها من قوانين البلاد العربية، كالقانون المدني المصري، إلا أن هذا العيب في الشريعة الإسلامية لا يمنع من انعقاد العقد،وإنما يسلبه اللزوم فيكون العقد صحيحا نافذا ولكنه غير لازم، بحيث يكون للعاقد خيار الفسخ.[7]

ويرى الباحث أنكلتا الحالتين تخرجان عن نطاق نظرية تفسير العقود،إذ أن النظرية وإن كانت تشمل في مفهومها الواسع التأكد من انعقاد العقد وصحته إلا أن مسايرة هذا الرأي سيؤدي حتما إلى عدم انضباط حدود النظرية، بحيث تكاد تلم بنظرية العقد برمتها، ومن الأصوب أن توضع نظرية التفسير في إطار محدد بحيث يسهل وضع ضوابط لها.

---

[1] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق.** ص 32.

[2] أ د. سلطان، أنور: **مرجع سابق.** ص 87.

[3] لقد نصت المادة (208) من مجلة الأحكام العدلية على أنه" إذا باع شيئا وبيّن جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع فلو باع زجاجا على أنه الماس بطل البيع "

[4] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق.** ص 32.

[5] أ د. سلطان، أنور: **مرجع سابق.** ص 88.

[6] لقد نصت المادة (120) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) على أنه" إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان يسهل عليه أن يتبينه".يقابلها نص المادة 119 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[7]لقد نصت المادة (310) من مجلة الاحكام العدلية على أنه"إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا من ذلك الوصف كان المشتري مخيرا إن شاء فسخ البيع إن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا خيار الوصف مثلا لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيرا وكذا لو باع فصا ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر يخير المشتري ".

والغلط إن لم يتعلق بأركان العقد، بحيث لم يؤثر في الرضا على نحو لم يعدمه أو يفسده، وإنما تعلق بالشروط الثانوية فيه، فإنه يدخل في مجال نظرية التفسير، سواء وقع فيه المعبر بإساءة استخدامه للألفاظ المعبرة عن إرادته،[1] أو وقع فيه المخاطب بأن أساء فهم عبارات المعبر ففهمها على غير المقصود منها.[2]

خلاصة القول إن الحديث هنا يدور عن التعبير غير الصحيح عن الإرادة، ومن أمثلة ذلك التسمية غير الصحيحة للعقد، بأن يقصد المتعاقدان بيعاً ولكنهما يسيئان التعبير في شروط العقد على نحو يفهم منه أن المقصود عقد إيجار، إذ يسيئان صياغة الشروط المتعلقة بزمان ومكان ونفقات تسليم المبيع، فلا يفهم منها ماذا أراد المتعاقدين على وجه التحديد.

وترجع أسباب التعبير غير الصحيح عن الإرادة إما لخطأ مادي، ويعتبر من قبيل الأخطاء المادية أخطاء الصياغة، كصياغة شرط بصيغة المؤنث مع إسناده إلى المتعاقدين الذكور،وكذلك ذكر بعض حدود العقار المبيع بالخطأ بوضع بعضها محل الآخر، وذلك بعد أن تلاقت إرادة الطرفين على ذات العقار ومنها أيضاً الخطأ الحسابي الواقع في ذكر العمليات الحسابية في العقد.[3]

وقد يعود ذلك إلى نقص في الفصاحة أو ركاكة في الأسلوب ونجد بأن هذا السبب منتشر في الأوساط التجارية، ويلاحظ في عقود التأمين أن شركات التأمين تكثر من الشروط التعسفية التي تحد من مسؤوليتها، وتزيد مسؤولية المؤمن له، فتسقط الحق في التعويض لأقل زلة تمسكاً منها ببعض المسائل الإجرائية التي قد لا يعيها المؤمن له.[4]

---

[1] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 33.

[2] د. الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص 50.

[3] أ د .سلطان، أنور :**مرجع سابق** . ص 91 .

[4] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 39 .

البند الثاني: الانحراف في التعبير عن الإرادة.

وتتمثل هذه الحالة في قصور العبارات أو في استعمال اللفظ في غير موضوعه جهلاً أو إهمالاً، وكذلك عند نقل مضمون الإرادة على غير حقيقتها،[1] مما يحمل المتعاقد الأخر على فهمها على غير المقصود منها فعلاً.[2]

وكثيراً ما يؤدي هذا وذاك إلى غموض التعبير، إما إلى قصوره عما يراد منه، أو إلى التزيد بما هو غير مجد، أو إلى التناقض بين عبارة وأخرى، أو استعمال الألفاظ في غير مواضعها.[3]

ونكون أمام قصور في التعبير، عندما تنقص عبارة ما، كلمة أو بعض كلمات يجب وضعها حتى يمكن أن تؤدي العبارة المعنى المراد منها،[4] أما التزيد في التعبير فيكون عند استخدام ألفاظ أو عبارات غير مجدية، ولا نفع من استخدامها،[5] أما التناقض فيكون عندما يتضمن العقد شرطين أو شروطاً لا يمكن قيامها معاً، أو لا يتأتى نفاذها في آن واحد ولم يتفق العاقدين على ما يبدى منها،[6]وأما استعمال اللفظ في غير موضعه فيكون عند اختيار المتعاقد ألفاظاً لا تتناسب مع الفكرة التي يود التعبير عنها، فيضع اللفظ في غير مكانه مما يحمل المتعاقد الآخر على فهمها على غير المقصود منها .[7]

ففي كل هذه الحالات تكون عبارات العقد غير واضحة، مما يستدعي تفسيره.

---

[1] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق** . ص 52 .

[2] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 25 –46 .

[3] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق** . ص 53 .

[4] **المرجع السابق** . ص 53 .

[5] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 45 .

[6] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق** . ص 53 .

[7] د. فوده، عبد الحكم:**مرجع سابق**. ص 45.

الفرع الثاني: الخلاف الإرادي.

البند الأول: الصورية.

يقصد بالصورية " خلق وضع ظاهر يخالف حقيقة الواقع "،[1] أو هي" تصوير وضع ظاهر مخالف للحقيقة بقصد تحقيق غرض معين "،[2] فالصورية تقوم في الحالة التي يتعمد فيها المتعاقدين إخفاء حقيقة ما اتفقا عليه،[3] وذلك من خلال إبرام عقد ظاهر يعدله عقد أخر معاصر له ويكون سارياً بينهما، فيكون التصرف صوريا إذا كانت نية الطرفين الحقيقية لا تتطابق مع مضمونه.[4]

وتفترض الصورية قيام اتفاقين متعاصرين ذهنياً، الأول هو التصرف الظاهر أو الصوري الذي لا يتفق مع الإرادة الحقيقية، والثاني هو التصرف المستتر أو ما يسمى بورقة الضدد الذي يتفق مع الإرادة الحقيقية،[5] وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض المصرية،[6] ومن تطبيقات ذلك نقض مدني رقم 1974/4/9 حيث جاء في متنه " واستقر قضاء محكمة النقض على أن المعاصرة المقصودة هي المعاصرة الذهنية لا المعاصرة المادية، ويقصد بالمعاصرة الذهنية المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك، فيكفي لاعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما [7]".

---

[1] د. الأهواني، حسام الدين كامل: **النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام** –. دون ط. دون ناشر. 1996 . 2 مج. ج 2. ص 137.

[2] د. فرج، توفيق حسن: **النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مقارنة بين القوانين العربية**. ط 3. بيروت: دار النهضة العربية. 1996 . 2 مج. ج 2. ص 647.

[3] د. الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص55.

[4] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 28.

[5] **المرجع السابق**. ص 28.

[6] د. الأهواني، حسام الدين كامل:**مرجع سابق**. ص 140.

[7] نقض مدني بتاريخ 1974/4/9، نقلا عن الاهواني، حسام الدين كامل: **مرجع سابق**. ص.140.

والصورية قد تتناول التصرف القانوني بالكامل بحيث يكون التصرف الظاهر مجرد وهم يكذبه التصرف الخفي، وهذه هي الصورية المطلقة، وقد تكون نسبية فيكون ذلك عندما تتعلق بجزء من التصرف دون أن ترد عليه بالكامل.[1]

ولعل السؤال الذي يثار هنا على أي تصرف سينصب تفسير القاضي للعقد هل هو التصرف الظاهر أم المستتر؟

يرى الباحث،أن التفسير سينصب على التصرف المستتر كون أننا نكون أمام الحاجة لتفسير العقد بالبحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين بهدف تحديد التزامات كل منهما، فالتصرف المستتر هو الذي يمثل هذه الإرادة وكل ذلك دون الاعتداد بالتصرف الظاهر.

البند الثاني: التحفظ الذهني.

يقصد بالتحفظ الذهني " عدم رغبة المتعاقد بترتيب أي أثر قانوني لما يصدر عنه من تعبير"،[2]وهو بذلك يختلف عن الصورية في كون الصورية باتفاق طرفي العقد، في حين أن التحفظ الذهني ينفرد به احد أطراف العقد بأن يظهر إرادة ويخفي أخرى،[3] كما قد يكون الهدف من الصورية الإيقاع بالغير، أما الهدف من التحفظ الذهني فهو غالبا الإيقاع بالطرف الأخر.[4]

وتجدر الإشارةإلى أن المعبر في التحفظ الذهني يتعمد داخلياً عدم إعطاء أية قيمة لتعبيره، فهو يضمر شيئاً ويعلن شيء آخر.[5]

---

[1] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق** . ص 29 .

[2] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق** . ص54 .

[3] **المرجع السابق** . ص55 .

[4] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 30.

[5] **المرجع السابق** . ص 30-31 .

المبحث الثاني: تمييز التفسير عن غيره من المصطلحات.

هناك مجموعة من المصطلحات المشابهة لتفسير العقد يتوجب أن نفرق بينها وبين تفسير العقد وذلك لأن لكل منها آثار تختلف عن آثار التفسير وهي بالذات: تكميل العقد، وتكييف العقد، وتفسير القانون، وسوف أتناول الفرق بين تفسير العقد وتكميله في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسوف يكون للحديث عن الفرق بين تفسير العقد وتكييفه وتفسير القانون.

المطلب الأول: الفرق بين تفسير العقد وتكميل العقد.

بيّنا فيما سبق أن التفسير هو عملية ذهنية يقوم بها القاضي لتوضيح ما غمض من بنود العقد وتحديد معالمه داخل إطار العقد وتحديد مضمون الالتزامات الملقاة على عاتق طرفيه، في حين أن التكميل هو قيام القاضي بإضافة ما نقص من بنود العقد التفصيلية، التي أرجأ الاتفاق عليها إلى ما بعد إبرام العقد.[1] الامر الذي أدى لكثرة الخلط بينهما من جانب الفقهاء، وسوف أبين أوجه الاتفاق بين تفسير العقد وتكميله في الفرع الأول ثم سأتحدث عن أوجه الخلاف بينهما في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الاتفاق بين تفسير العقد وتكميله.

إن وجه الاتفاق الرئيس بين تفسير العقد وتكميله يكمن في العوامل التي يستعين بها القاضي في كليهما وهذه العوامل هي:

أولا: نصوص القانون

والمقصود هنا بالدرجة الرئيسية نصوص القانون المفسرة أو المكملة وهي تلك النصوص التي تسري في حالة عدم وجود اتفاق على ما يخالفها،[2] وهي بذلك تختلف عن النصوص القانونية الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها،[3]فالتنظيم التشريعي للعقود يتضمن الكثير من القواعد

---

[1] د.البكباشي، سحر: **مرجع سابق.** ص 25 .

[2] د . تناغو، سمير عبد السيد: **مرجع سابق.** ص 151 .

[3] د. الفار، عبد القادر: **المدخل لدراسة العلوم القانونية.** ط 13. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011 . ص 53 .

القانونية المكملة لإرادة المتعاقدين بعضها ورد ضمن القواعد العامة واغلبها ورد بصدد تنظيم العقود المسماة كل على حدة، فإن كان العقد من العقود المسماة فإن بنوده تكمل بالقواعد القانونية التي نص عليها المشرع في صدد هذا العقد ثم بالقواعد العامة، أما إن كان من العقود غير المسماة فتكمل بنوده بالقواعد العامة ثم بتطبيق القواعد المنصوص عليها بالنسبة لأقرب العقود المسماة من خلال طرق الاستنتاج المختلفة.[1]

فوظيفة هذه النصوص الأساسية هي تسهيل إبرام العقود على الأفراد، اذ يكفي على الأفراد الاتفاق على المسائل الجوهرية وترك المسائل الأخرى دون تنظيم، فالقانون وضع تنظيم كامل لمجموعة من العقود[2]، ومن أمثلة ذلك في عقد الإيجار يكفي أن يتفق الأطراف على تحديد العين المؤجرة والمدة والغاية من الايجارة والأجرة فقط باعتبارها تمثل المسائل الجوهرية، أما ما عداها من المسائل فقد افرد لها المشروع تنظيما كاملا ووفقا لهذا التنظيم فإن المؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة والالتزام بصيانتها وضمان عدم التعرض والعيوب الخفية، والمستأجر يلتزم بدفع الأجرة واستعمال العين المؤجرة بطريقة لا تتنافى مع ما أعدت له، ورد العين عند انتهاء الإجارة، والقاضي يحكم على أساس وجود هذه الالتزامات ولو لم يتفق الأطراف عليها في العقد .

ثانيا: العرف

فالقاضي يسترشد أثناء قيامه بتفسير العقد لإيضاح ما غمض من بنوده، وتكملة العقد لإضافة ما نقص من بنود تفصيلية إلى العقد بالأعراف السائدة والعادات التي استقرت وجرى عليها العمل، والعرف يلعب دورا كبيرا في المعاملات التجارية والبحرية وأعمال البنوك والتأمين[3].

ويندرج في نطاق العرف الشروط المألوفة في التعاقد[4]، وما جرى عليه العمل في كل العقود المتشابهة بحيث إذا لم يتم ذكرها في العقد يحكم القاضي على أساس وجودها[5].

---

[1] د . الجمال، مصطفى : **مرجع سابق** . ص 217 .

[2] د . تناغو، سمير عبد السيد : **مرجع سابق** . ص 151.

[3] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 29.

[4] د. الأهواني، حسام الدين كامل:**مصادر الالتزام – المصادر الإرادية –**. دون ط. دون ناشر .1991-1992. ص 205.

[5] د. تناغو، سمير عبد السيد:**مرجع سابق**. ص 151.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على أهمية دور العرف في تكميل العقد وتفسيره حيث قضت" أن الأصل في بيان حدود ونطاق المكان المؤجر هو ما يفصح عنه المتعاقدان في عقد الإيجار ،فإذا لم يتضح ذلك من عبارات العقد،فإنه يتعين وفقا لحكم المادة (2/150) مدني البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، ويمكن الاستهداء في ذلك بالطريقة التي تم التنفيذ بها منذ البداية، فإذا قام المتعاقدان بتنفيذه على نحو معين مدة من الزمن، أمكن تفسير إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها ".[1]

وقد تناولت مجلة الاحكام العدلية اهمية العرف في المواد 36 و37 و39و40 و43 و44و45 منها، فالمادة 40 نصت على انه "الحقيقة تترك بدلالة العادة " ويقصد بذلك أن الكلام يحمل على معناه العرفي وإن كان يختلف عن الحقيقة اللفظية

ثالثا: طبيعة التعامل.

إن القاضي وعند قيامه بتفسير العقد وتكميله يضع نصب عينه أن لكل عقد طبيعة خاصة وأحكام معينة تفرض عليه طابعاً معيناً،فإذا كان هناك أي نقص في البنود التفصيلية للعقد، فإن بإمكان القاضي اللجوء إلى طبيعة التعامل لاستكمال هذا النقض.[2]

وتعتبر كذلك طبيعة التعامل من أهم المعايير التي توضح إرادة المتعاقدين الضمنية التي يتم اللجوء إليها أثناء التفسير.[3]

ومثال ذلك اذا اتفق المتعاقدان على نقل ملكية شيء معين لقاء ثمن معين، فأنهما بذلك يكونان قد نظما عقد بيع، وارتضيا التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع لهذا العقد وبالتالي فان تفسير عبارات العقد واكمال بنوده يكون بما يتفق وطبيعة عقد البيع فإذا ثار خلاف حول الحالة التي يتعين عليها تسليم المبيع ولم يكونا قد نظما هذه المسالة بشكل خاص يتعين تفسير ارادتهما

---

[1] نقض مدني بتاريخ 1986/12/25، نقلا عن د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 30.

[2] د.البكباشي، سحر: **مرجع سابق**. ص 27.

[3] **المرجع السابق** . ص 27 .

على تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد كون ان هذا التفسير يتفق وطبيعة عقد البيع كما أن تكملة بنود العقد باعتبار ذلك شرطا في العقد يتفق وطبيعة عقد البيع .

رابعا: الاستعانة بظروف التعاقد.

إن الحديث هنا عن الظروف والملابسات التي أحاطت بتنظيم العقد، كتلك المتعلقة بشخص المتعاقدين،مثلاً علاقة القرابة بينهما، أو الحالة المالية لهما،أو صفاتهم ومهنة كل منهم، والعادات الشخصية التي ترجع إلى البيئة، وأسلوب تعاملاتهم ومدى تكرار التعامل فيما بينهم[1]، أو تلك المتعلقة بموضوع التعاقد ذاته، أي الظروف التي أحاطت بعملية التعاقد كالمكاتبات التي تمت بين الطرفين أثناء مرحلة التفاوض.[2]

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين تفسير العقد وتكميله.

يكمن جوهر الخلاف بين تفسير العقد وتكميله، في أن الحل الذي يتوصل إليه القاضي عن طريقة التفسير يكون كامناً في العقد، ولكن يكتنفه الغموض ويقوم القاضي بالكشف عنه باللجوء إلى قواعد التفسير، ولهذا فإن الالتزام الذي يتوصل إلى وجوده في العقد عن طريق التفسير يمكن رده إلى لفظ أو جملة أو شرط في العقد، أما تكملة العقد فهي إضافة أحكام لا يمكن ردها إلى نصوص العقد ولا تستنتج من نصوص العقد وإنما بالاستناد إلى مصادر خارجية عنه، كتلك الوادرة في نصوص القانون، أو أعراف عامة أو خاصة بمهنة معينة[3]، ويختلف التفسير عن التكميل من عدة أوجه نعرضها فيما يلي:

---

[1] د . الأهواني، حسام الدين كامل : **مصادر الالتزام – المصادر الإرادية –**. مرجع سابق. ص 200 .

[2] د.البكباشي، سحر : **مرجع سابق** . ص 32 .

[3] د . الأهواني، حسام الدين كامل:**مصادر الالتزام – المصادر الإرادية –**. مرجع سابق. ص 204 .

أولاً: الاستناد إلى النصوص القانونية المكملة لتكميل بنود العقد.

إن القاضي وعند قيامه بتكملة العقد يلجأ إلى الاستعانة بالقواعد القانونية المكملة لإضافة البنود التفصيلية الناقصة إلى العقد، ولا يلجأ إلى سواها إلا في حالة الاتفاق على استبعادها من قبل الطرفين، أما في حالة التفسير فإن القاضي لا يلجأ إلى تلك النصوص لتفسير بنود العقد.[1]

ثانياً: اختلاف الأساس.

يفترض التفسير صدور تعبير من المتعاقدين، وأن لم يكن هذا التعبير موفق، ويعتمد القاضي في تفسير العقد على استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين من عبارات العقد الغامضة، أو غير المحددة أو المشكوك في دلالتها، بالاستعانة بوسائل داخلية وأخرى خارجية، على خلاف التكميل الذي يفترض وجود نقص في تنظيم العقد، ويعتمد القاضي على الإرادة المفترضة ليقوم بسد النقص ووضع الحل المناسب للنزاع.[2]

ثالثاً: اختلاف طبيعة الدور.

لما كان دور القاضي في تفسير العقد هو بيان وتحديد ما انصرفت إليه النية المشتركة للمتعاقدين،[3]وفي سبيل ذلك فإن القاضي يفسر العبارة الغامضة وقد يعمل على تحديد مدلول العبارة محل الشك وقد يخالف العبارة الواضحة، أما في تكميل العقد فإن دور القاضي يقتصر على سد النقص الوارد في بنود العقد، وذلك من خلال اعمال النصوص القانونية المكملة مالم يتفق الاطراف على استبعادها .[4]

---

[1] د.البكباشي، سحر: **مرجع سابق.** ص 35.

[2] **المرجع السابق.** ص 36 .

[3] د. الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام** –. دون ط. القاهرة: دار النهضة العربية. 1995. ص 400 .

[4] د.البكباشي، سحر: **مرجع سابق.** ص 36 .

رابعاً: الخضوع لرقابة محكمة النقض.

تعتبر سلطة القاضي بتكميل بنود العقد خاضعة لرقابة محكمة النقض، بينما يختلف الأمر في تفسير العقد باختلاف العبارة محل التفسير، فلا يخضع قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض عند تفسيره للعبارة الواضحة طالما التزم بظاهر العبارات ولا يكلف بتبرير التزامه بالمعنى الظاهر للألفاظ، إذ أن الأصل في الكلام الحقيقة[1].

أما إذا عدل القاضي عن المعنى الظاهر لعبارات العقد فإن هذا يعتبر خروج عن الأصل العام، لذا يتوجب عليه ذكر مبررات هذا العدول في حكمه وإلا كان حكمه مشوباً بنقص في التسبيب وهذا يخضع لرقابة محكمة النقض، أما إذا كانت عبارات العقد غامضة فإن سلطة القاضي في مجال تفسيرها تعتبر سلطة تقديرية غير خاضعة لرقابة محكمة النقض[2].

وتطبيقاً لذلك كله فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير جميع العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود العاقدين، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختلف على معناها، بشرط أن تبين في أسباب حكمها لما عدلت عن الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود المتعاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها[3] ".

المطلب الثاني: الفرق بين تفسير العقد وتكييفه وتفسير القانون.

في هذا المطلب سوف أتناول الفرق بين تفسير العقد وتكييفه في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسوف يكون للحديث عن الفرق بين تفسير العقد وتفسير القانون.

---

[1] نص المادة 12 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

[2] د.البكباشي، سحر : **مرجع سابق** . ص 38 .

[3] نقض مدني بتاريخ 1933/12/7 ، نقلا عن د . تناغو، سمير عبد السيد : **مرجع سابق** . ص 73.

الفرع الأول: الفرق بين تفسير العقد وتكييف العقد.

إن تمييز التكييف عن التفسير يرجع إلى العلاقة الوطيدة بينهما، ذلك أنه لا يمكن تفسير العقد دون تكييفه، فتكييف العقد يرمي إلى تحديد الوصف القانوني للعقد[1]، كوصفه العقد بأنه بيع أو عقد إيجارأو عقد هبة أو عقد شراكة.[2]

ويقصد بتكييف العقد تلك العملية التي يهدف القاضي من ورائها إلىإضفاء الوصف القانوني على التصرف الذي صدر عن المتعاقدين دون أن يتقيد بالوصف الذي أسبغه عليه المتعاقدين[3]، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية" أن تكييف العقد من الناحية القانونية يعود للمحكمة وليس لأحد المتعاقدين[4]"،وقضت أيضا" إن العبرة في تكييف العقد والتعرف على حقيقة مرماه وتحديد حقوق الطرفين فيه هي لما حواه العقد من نصوص والقصد الحقيقي الذي هدف إليه المتعاقدان من إبرامه[5]"، وفي ذلك قضت أيضا محكمة النقض المصرية بأنه " قد استقر قضاء محكمة النقض على أن العبرة في تكييف العقود هي بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون اعتداء بالألفاظ التي استخدماها أو بالتكييف الذي اسبغاه على العقد".[6]

وتجدر الإشارة إلى أن التكييف يساعد على معرفة طبيعة التعامل، وهذا يساعد القاضي في عملية التفسير على اكتشاف المعنى الحقيقي للعبارة الغامضة.

ويكمن الفرق بين التفسير والتكييف في أن الهدف من التفسير هو بيان حقيقة ما أرداه أطراف العقد من خلال الألفاظ التي استعملاها في عقدهم[7]،أما التكييف فيهدف إلى بيان طبيعة

---

[1] د. الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق**. ص 406.

[2] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مصادر الالتزام**. ط 1.الخليل: المكتبة الأكاديمية. 2016 . ص 338.

[3] **المرجع سابق**. ص 339.

[4] تمييز حقوق رقم 156 لسنة 1973، نقلا عن **المرجع السابق**. ص 340.

[5] تمييز حقوق رقم1979/62 الصادر بتاريخ 1979/2/22. والمنشور على الصفحة 891 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1979/1/1 منشورات مركز عدالة.

[6] نقض مدني 1961/12/21، نقلا عن د. الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص 106.

[7] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص 46.

العقد وبيان القواعد القانونية التي تطبق عليه والآثار المترتبة عليه،[1]وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث قررت بانه " لا تستطيع محكمة الموضوع البت في أمر صحة ونفاذ العقد الصادر من المورث سواء باعتباره بيعا أو باعتباره وصية إلا بعد أن تحدد نوعه إذ يتوقف على هذا التحديد معرفة الأحكام القانونية التي تنطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ .... [2]".

الفرع الثاني: الفرق بين تفسير العقد وتفسير القانون.

لقد ارتأيت أن أعرض في هذا السياق بعض الفروق بين تفسير العقد وتفسير القانون، وذلك لما بين العقد والقانون من علاقة، وذلك لأن تفسير العقد يستلزم غالباً تفسير القانون.

ويقصد بتفسير النص القانوني " عملية ذهنية ترد على القاعدة القانونية أياً كان مصدرها وفق قواعد علمية لبيان معنى هذه القاعدة أو كشف غموضها أو إزالة تعارضها مع ما يرتبط بها من قواعد أخرى، أو إكمال ما انتقص في مبناها مما لا ينفك عن معناها، بغية إنزال مضمونها الصحيح على الحالة الواقعية محل التفسير[3] ".

فمن خلال هذا التعريف يمكن لنا إيضاح مجموعة من الفوارق بين العمليتين.

أولاً: محل التفسير.

لما كان النص القانوني يمثل قاعدة عامة ومجردة في التعبير عن إرادة المجتمع، في حين أن العقد لا يعدو عن كونه إرادة خاصة لأطرافه[4]، لذا فإن تفسير النص ينصب على إرادة المشرع

---

[1] د . الجمال، مصطفى: **مرجع سابق.** ص 221 .

[2] نقض مدني 1977/5/18 نقلا عن د . الجمال، مصطفى: **مرجع سابق.** ص 221 .

[3] د . حسن، خالد جمال أحمد: **أصول تفسير النصوص القانونية.** دون ط. دون ناشر. 2014 . ص 19.

[4] أ . غستان، جاك: **مرجع سابق.** ص 19.

وقت وضعه للنص القانوني، وذلك للوقوف على معناه الحقيقي،[1]في حين أن تفسير نصوص العقد ينصب على إرادة المتعاقدين بغية الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين[2].

ثانياً: حجية التفسير.

يقتصر الأثر القانوني للعقد على المتعاقدين أو على الغير ممن له فيه مصلحة، بينما يمتد الأثر القانوني للنصوص القانونية على كل الأفراد في جماعة منظمة أو طائفة معينة،[3]كما أن سريان القانون قد يطول به العهد، مما يمكن المحاكم من الاستقرار فيما تعالجه من تفسير ما يعتري بعض النصوص من الغموض، على غير الحال في العقود التي تختلف فيها الأوضاع بحسب العبارات والظروف والزمان[4].

ثالثا: بحسب الجهة التي تتولى التفسير.

التفسير التشريعي يتناول تفسير نص تشريعي اختلفت حول مضمونه المحاكم، او لازالة لبس او غموض فيه، او لازالة ما يكون قد اعتراه من تعارض مع غيره من النصوص التشريعية الاخرى، وتتولى السلطة التشريعية ذاتها هذه المهمة وفي هذه الحالة تملك ان تتناول النص بجميع اصناف التعديل من اضافة وحذف وغيرها كونها جهة مخولة بتعديل التشريع اصلا، او من جهة تفوضها هي لهذا الغرض كديوان تفسير القوانين في الاردن مثلا وفي هذه الحالة يتوجب على تلك الجهة ان تلتزم حدود النص ولا تملك ان تعدل او ان تضيف اوان تحذف في النص محل التفسير.

---

[1] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق.** ص 46 .

[2] د . أحمد، محمد شريف: **مصادر الالتزام في القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي** – . ط 1 . عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع 1999 . ص 130 .

[3] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق** . ص 46 .

[4] **المرجع السابق.** ص47 .

وفي فلسطين بينت لنا المادة (103) من القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة (2003) [1]، الجهة صاحبة الاختصاص بتفسير النصوص التشريعية حيث نصت على أنه "–تشكل محكمة دستوريه عليا بقانون وتتولى النظر في :

أ–دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.

ب–تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

ج–الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي ."

فمن خلال نص المادة المذكور اعلاه يتضح بان الجهة المخولة بتفسير نصوص القانون في فلسطين هي المحكمة الدستورية ويسمى هذا التفسير بالتفسير الرسمي وهو تفسير ملزم وواجب الاتباع من تاريخ صدور التشريع لا من تاريخ صدور التفسير دون حاجة الى وجود نص قانوني يقضي بذلك وذلك تأسيسا على ان هذا التفسير يعد جزأ لا يتجزأ من التشريع الاصلي.[2]

اما تفسير العقد فقد سبق الحديث عن انواعه وحجية كل منها.

[1] القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المنشور على الصفحة الخامسة من الوقائع الفلسطينية في العدد الصادر بتاريخ 2003/3/19.

[2] د حسن، خالد جمال احمد: **مرجع سابق**. ص 41–42 .

المبحث الثالث: النية المشتركة للمتعاقدين وتأثير قواعد الإثبات في التعرف عليها.

سأتناول في هذا المبحث ماهية النية المشتركة للمتعاقدين في المطلب الأول، أما الحديث عن تأثير قواعد الإثبات في التعرف عليها فسيكون مدارا للحديث في المطلب الثاني.

المطلب الأول: النية المشتركة للمتعاقدين.

لما كان العقد شريعة المتعاقدين، فمن المسلم به أن المتعاقدين لا يلتزما إلا بما توافقت عليه إرادتهما، ومما لا شك فيه أن لإظهار هذه الإرادة، أي التعبير عنها أهميته التي لا يمكن إغفالها، إذ أن التعبير عن الإرادة هو المظهر الذي يدل عليها.[1]

ولكن قد يحدث أن يختلف مظهر التعبير عن الإرادة عما دار في خلد المتعاقد وما استقر في نفسه، وهنا يأتي دور القاضي بتفسير العبارات التي استعملها المتعاقدان محاولاً الوصول إلى ما اتجهت إليه إرادتهما.

فهل تكون العبرة بالإرادة الباطنة؟ أم العبرة بالإرادة الظاهرة؟

إن محاولة الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي التعرف إلى تعريف النية المشتركة وإلى النظريات التي أخذت بالإرادة الظاهرة للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وكذلك التي أخذت بالإرادة الباطنة للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ومبررات كل منها، وأخيراً موقف التشريعات النافذة في فلسطين من تلك النظريات وتطبيقاتها.

[1] د. الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص 47 .

الفرع الأول: تعريف النية المشتركة.

يقصد بالنية اعتزام أمر معين، تتجه إليه الإرادة النفسية،[1]وهي بذلك تختلف عن كل من الرغبة والعزيمة فالرغبة مجرد الميل إلى أمر معين دون إرادته، أما العزيمة فهي اندفاع لا إدراك فيه ولا تدبر ولا اختيار، أما النية فلكونها مقترنة بالإدراك فلا تصدر إلا بعد تدبر واختيار.[2]

ويقصد بالاشتراك التقابل والإتحاد، فتكون النية مشتركة إذا تقابلت مع نية أخرى مطابقة لها تماماً، ولا تتصف بهذه الصفة إذا انفردت ولم تتلاق مع مثيلتها[3]، فإذا تلاقت إرادتان وتطابقتا في المضمون، بمعنى أن ما أراده أحد الطرفين هو عين ما أراده الطرف الأخر نكون أمام نية مشتركة.[4]

فالنية المشتركة هي ما اتفق عليه المتعاقدان وتقابلت إرادتهما الحقيقية بشأنه، فعبر عنه بتعبيرات متطابقة تكشف عن مضمونها.

وقد ذهب الأستاذ سالي[5]، إلى أن النية المشتركة هي تلك الإرادة التي يتوصل إليها القاضي على ضوء ما يجريه من عملية موائمة بين الإرادتين المختلفتين بتهذيبهما على ضوء ما كان ينبغي أن تفرضه مبادئ حسن النية والعادات والمعاملات[6].

إلا أن الباحث لا يتفق مع ما ذهب إليه الفقيه سالي، كون الأخذ بهذا التعريف يؤدي إلى أن تحل إرادة خيالية بحتة من صنع القاضي تقوم على أسس موضوعية محل الإرادة الحقيقية

---

[1] د. الجمال، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 48 .

[2] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد:**النظرية العامة للالتزامات – نظرية العقد** – . دون ط . بيروت: منشورات محمد الدارية. 1934. ص 148.

[3] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 66.

[4] د . أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 51 .

[5] Saleilles، رايموند سالي فيقه قانوني فرنسي ولد في مدينة Beaune الفرنسية عام 1855 وتوفي عام 1912 من ابرز اعماله القانونية كتاب التعبير عن الارداة عام 1901 وكتاب الشخصية القانونية عام 1910 ودراسة الفعل القانوني في الكود المدني الالماني .

[6] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 67.

للأطراف وللتصرف القانوني، ولعل السبب الذي دفع الأستاذ سالي إلى الأخذ بهذا المفهوم هو تحقيق الهدف الاجتماعي للقانون المتمثل باستقرار المعاملات.

ومما لا شك فيه أن النية المشتركة تمثل عصب العقد وأساس وجوده، إلا أن الاستدلال على هذه النية ليس بالأمر الهين، وإنما يكتنفها الكثير من الصعاب، كونها تتطلب في بعض الأحيان من القاضي أن ينفذ إلى أعماق الأفراد[1].

ومن أجل ذلك فإن القاضي يتمتع بحرية كبيرة في تقرير وجود هذه النية واستخلاصها من عناصر الواقع المختلفة، كالأعمال التحضيرية أثناء مرحلة التفاوض، وما جرى عليه العمل بين المتعاقدين، وكذلك ظروف التعاقد وغيرها.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن النية المشتركة التي تحدد آثار العقد والتي يتم البحث عنها بصدد التفسير تمهيداً لبيان الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف العقد، هي تلك التي تشكلت لحظة التعاقد، فهي المرجع التي تحدد مقصود المتعاقدان.[3]

الفرع الثاني: الأخذ بالإرادة الظاهرة للوصول إلى النية المشتركة.

الأصل أن يكون التعبير عن الإرادة مطابقاً تماماً مع حقيقة ما اتجهت إليه تلك الإرادة، إلا أنه قد يحدث خلاف ذلك بأن يكون التعبير عن الإرادة مختلفاً عن حقيقتها، وإن الأخذ بالإرادة الظاهرة هي نظرية تبنّتها المدرسة الجرمانية من أجل الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وتسمى هذه النظرية " الإعلان عن الإرادة "،[4]

وإن مضمون هذه النظرية، أن التعبير عن الإرادة هو الجسم الذي تتجسد فيه تلك الإرادة، ولا محل لإثبات وجود فرق بينه وبين الإرادة الفعلية، إذ ليس بإمكان كل متعاقد أن يتعرف على

---

[1] **المرجع السابق**. ص 68.

[2] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص 60-61.

[3] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق** . ص 68.

[4] د . أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 45.

إرادة المتعاقد الأخر إلا عن طريق التعبير،[1] كونه الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به[2].

وأساس هذه النظرية أن الإرادة الباطنة أمر كامن في النفس وأن القانون لا يتناول ما يدور في النفس، وإنما ينظم العلاقات الخارجية وما يحدث فيها من ظواهر اجتماعية[3]، فهو لا يتناول الإرادة إلا في مظهرها الخارجي وهو التعبير،[4] وذلك تحقيقا لمبدأ استقرار المعاملات حتى وإن كان ذلك يخالف مبدأ سلطان الإرادة.[5]

ويرى أنصار هذه النظرية أن أي مظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة صحيح، فقد يكون التعبير صريحاً، وقد يكون ضمنياً، بل وقد يكون مجرَد السكوت في بعض الأحيان مظهراً من مظاهر التعبير، فالمهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسي، وإنما يجب أن تظهر إلى العالم الخارجي،[6]وهم لا يرون في هذا المظهر المادي مجرد دليل على تلك الإرادة، وإنما يذهبون أبعد من من ذلك فيرون بأن هذا المظهر هو العنصر الأصلي الذي ينتج الأثر القانوني ويجب الوقوف عنده، ولا يجوز الانحراف عنه بحجة أن الإرادة الحقيقية تتناقض معه.[7]

ويرى فقهاء هذا المذهب، أن استخلاص النية المشتركة يجب أن يكون بالاعتماد على الإرادة الظاهرة، فتفسير التصرف القانوني يهدف إلى تحديد أثاره، وتحديد أثار هذا التصرف يكون وفقاً لمضمون التعبير عن الإرادة[8].

---

[1] د . أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 46 .

[2] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مرجع سابق**. ص 170 .

[3] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 64 .

[4] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مرجع سابق**. ص 170 .

[5] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 64 .

[6] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مرجع سابق**. ص 170 .

[7] **المرجع السابق**. ص 171.

[8] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 269.

وقد دافع أصحاب هذه النظرية عنها بمجموعة من الحجج كان أهمها ما يلي:

أولاً: إن الإرادة الباطنة أمر كامن في النفس، وليس بمقدور أي شخص الوصول إلى مكنون تلك النفس[1].

ثانياً: إن القانون لا يتناول ما يدور في النفس،وإنما ينظم العلاقات الخارجية،[2]كونها تمثل الشيء المادي الذي يستطيع أن يحيط به، ويرتب عليه أحكامه، دون حاجة للبحث على غير هدى، في هواجس النفس، وإلى تحسس ما تنطوي عليه من نيّات.[3]

ثالثاً: إن من حق أي شخص وصل إليه تعبيراً معين أن يطمئن إليه، ولو أجزنا إثبات عكسه لاضطربت المعاملات، لذلك لا يجوز لمن صدر عنه التعبير أن يحتج على من تعاقد معه أنه كان ينطوي في نفسه على نية أخرى، غير تلك التي دلَ عليها تعبيره،[4]ولا يعتد بالإرادة الحقيقية إذا إذا كانت مختلفة عن التعبير عنها، ولا يسمح بإثبات عكس التعبير ،[5] وفي ذلك حماية للثقة المشروعة واستقرار المعاملات.[6]

رابعاً: إن أساس القوة الملزمة للعقد هو القانون لا سلطان الإرادة، فيجب تفسير مسلك القانون بمراعاة الاعتبارات الاجتماعية.[7]

وتجدر الإشارة إلى أنه يؤخذ على هذه النظرية أنها تضحي بمصلحة من صدر عنه التعبير، والزامه بغير ما أراده حقيقة نتيجة وقوعه في غلط في التعبير، أو نتيجة تفسر عباراته بشكل موضوعي لا يتفق مع نواياه الحقيقية.[8]

---

[1] د. أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 46.

[2] **المرجع سابق**. ص 46.

[3] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مرجع سابق**. ص 170.

[4] د. فرج، توفيق حسن: **الأصول العامة للقانون**. دون ط. بيروت: الدار المصرية للطباعة والنشر 1972 – 1973. ص 131 .

[5] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 64.

[6] د. الجمال، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 55.

[7] **المرجع السابق**. ص 55.

[8] د. أحمد، محمد شريف: مرجع**سابق**. ص 46.

الفرع الثالث: الأخذ بالإرادة الباطنة للوصول إلى النية المشتركة.

إن الأخذ بالإرادة الباطنة هي إحدى النظريات التي ظهرت من أجل الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين في الحالة التي يكون فيها خلاف بين حقيقة تلك الإرادة والتعبير عنها، وتنسب هذه النظرية إلى المدرسة اللاتينية وعلى رأسها الفرنسيين[1].

وإن مضمون هذه النظرية، أن الإرادة الظاهرة المعلنة، لا يكون لها أي أثر قانوني إن لم تستند إلى إرادة حقيقية تتفق معها تماماً بحيث إذا افترقت عنها تصبح تلك الإرادة الظاهرة جسداً بلا روح، أو ثوباً دون جسد، فالتعبير عن الإرادة بمقتضى هذه النظرية ما هو إلا مجرد دليل على الإرادة والقابل لإثبات عكسه، فلا قيمة قانونية للتعبير المعلن الذي لا يفصح عن حقيقة الإرادة[2].

وأساس هذه النظرية، أنها نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة، على اعتبار أن أساس قوة العقد الملزمة إنما تستمد من إرادة الأطراف،[3] فما دامت إرادة الأطراف هي التي تخلق الالتزام، وهي من تحدد مداه، فيجب البحث عن هذه الإرادة فيما تنطوي عليه النفس وما استكن في الصدور، كونها هي التي جالت في الخاطر وانعقدت في الضمير فهي التي يعتد بها[4].

أما مظهر التعبير عنها فما هو إلا مجرد دليلاً عليها،[5] ولا يعتد به إلا بالقدر الذي يفصح عن الإرادة الباطنة بأمانة ودقة،[6] بمعنى أن هذا الدليل قابل لإثبات العكس، فالتعبير مجرد وسيلة للكشف عن وجود الإرادة وهو دليل يمكن إثبات عكسه،[7] فإذا لم يكشف التعبير عن الإرادة الحقيقية الحقيقية وجب تركه والبحث عن تلك الإرادة، فإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة الحقيقية على سبيل الجزم واليقين، فإنه يتوجب على القاضي أن يتوصل إليها عن طريق الظن والتخمين، أي

---

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مرجع سابق**. ص 169.

[2] د. أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 45.

[3] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 63.

[4] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد : **مرجع سابق** . ص 168 .

[5] د . الجمال، مصطفى : **مرجع سابق** . ص 56 .

[6] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مرجع سابق**. ص 168.

[7] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق** . ص 64 .

بطريق الافتراض[1]، فالإرادة الحقيقية أولاً والإرادة المفترضة ثانياً، ولكنها حقيقية كانت أم مفترضة فهي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرية هي التي يجب التعويل عليها[2].

ويرى فقهاء هذا المذهب، أن الإرادة الظاهرة هي التي تعبّر في العادة عن الإرادة الباطنة، ويفترض عند تفسير العقد أن تكون الإرادتين متطابقتين، فتكون الإرادة الظاهرة بالأصل هي محل التفسير، ما لم يقم الدليل على أن تلك الإرادة لا تعبر تعبيراً دقيقاً عن الإرادة الباطنة، وأن بينهما اختلافاً، فتكون العبرة بهذه الحالة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة وتكون الأولى هي محل التفسير[3].

وقد دافع أصحاب هذه النظرية عنها بمجموعة من الحجج كان أهما ما يلي:

أولاً: إن أساس التزام المتعاقد حسب إرادته، فالعقد ينشأ من ارتباط إرادتين لا من ارتباط تعبيرين، لذا فلا يلتزم المتعاقد إلا بما أراده فعلاً، وبالقدر الذي رضي به، وبناء على ذلك لا يجوز التعويل على التعبير الذي وقع فيه خطأ مادي، وكذلك التعبير الصوري، وإنما يعول على ما اتجهت إليه إرادته فعلاً[4].

ثانياً: إن تفسير بنود العقد يكون بالبحث في النية المشتركة للمتعاقدين، لا بالوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، وأنه يجب أن يتم التفسير بحسب الغرض الذي قصده المتعاقدين مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة في العقد[5]، وما ذلك إلا تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[6].

---

[1] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مرجع سابق**. ص 169.

[2] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 64 .

[3] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 269 .

[4] د . أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 45.

[5] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مرجع سابق**. ص 169.

[6] نص المادة 3 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

ثالثاً: إن أساس القوة الملزمة للعقد هو سلطان الإرادة[1]، ولهذا ينبغي البحث عن هذه الإرادة[2].

وتجدر الإشارة إلى أنه يؤخذ على هذه النظرية أنها تضحي بمبدأ استقرار المعاملات، إذ أنه من السهل لأي متعاقد يريد النكول عما التزم به أن يدعي أن إرادته الحقيقية تختلف عن التعبير الصادر عنه، وهذا ما دفع القضاء الفرنسي إلى حماية الطرف الأخر الذي اطمئن إلى إرادة المتعاقد معه، وذلك من خلال اعتبار أن من عبر عن إرادته تعبيراً لا يطابقها، متسبباً في تضليل الطرف الأخر، يعتبر مرتكباً خطأ يستوجب التعويض عما سببه للطرف الأخر من ضرر[3].

الفرع الرابع: موقف التشريعات النافذة في فلسطين من تباين الإرادة والتعبير عنها وتطبيقاتها.

مما عرض سابقاً للنظريات التي تناولت الاختلاف ما بين الإرادة والتعبير عنها،سيحاول الباحث معرفة موقف المشرع في فلسطين من ذلك، فيما إذاكان قد أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، وبذلك فالقاضي ملزم عند عملية التفسير بظاهر النص دون اعتبار الإرادة الباطنة.

أم أنه أخذ بنظرية الإرادة الباطنة وبذلك فالقاضي ملزم بالبحث عن النية الكامنة في نفس المتعاقد وإن كانت مغايرة للظاهر.

وباستقراء الباحث لنصوص مجلة الأحكام وبعض النصوص الواردة في التشريعات الخاصة وجد أن هناك حالات تبدى فيها الإرادة الظاهرة وهذا هو الأصل، ولعل قصد المشرع من الأخذ بهذا المبدأ هو المحافظة على مبدأ استقرار المعاملات والعقود، بينما توجد حالات أخرى تبدى فيها الإرادة الباطنة.

أولاً: الحالات التي تبدى فيها الإرادة الظاهرة.

1. حالة وضوح عبارات العقد، بمعنى أن السياق اللغوي لعبارات العقد المتنازع بشأنها لا تحمل إلا تأويلاً واحداً، فعندئذ لا يعتد بالإرادة الباطنة حتى وإن وجدت.

---

[1] د . الجمال، مصطفى:**مرجع سابق**. ص 56.

[2] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 64.

[3] د . أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 45 .

وأساس هذه الحالة هي القواعد العامة التي توجب الأخذ بمضمون صراحة النص، متى كان ذلك ممكنا ومن تلك القواعد:

أ. الأصل في الكلام الحقيقة[1].

ب. إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز[2].

ت. " لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح "لان دلالة الحال في مقابلة التصريح ضعيفة فلا تعتبر مقابلة للتصريح قوية[3].

ث. لا مساغ للاجتهاد في مورد النص[4].

ج. أعمال الكلام أولى من إهماله[5].

فالأصل في اللفظ أن يكون مستعملاً في معناه الحقيقي، والمجاز هو الاستثناء الذي لا يتم اللجوء إليه إلا في حالات الاضطرار بوجود قرينة تدل عليه[6].

وتجدر الإشارةإلى أن التشريعات المدنية الحديثة قد نصت على هذا المبدأ فقد نصت المادة (150) من القانون المدني المصري ويقابلها المادة (165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه " إذا كانت عبارة العقد واضحة،فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ".

وتطبيقاً لهذه الحالة قضت محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم 1991/1427 بما يلي "لا تعتبر عبارة " إذا لم تدفع هذه الكمبيالة تصبح جميع الكمبيالات مستحقة الدفع دون حاجة لإنذار " عبارة قاصرة بل هي شرط ملزم وواجب التنفيذ بالنسبة لموقعي الكمبيالات ومن الواجب

---

[1] نص المادة 12 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

[2] نص المادة 61 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

[3] نص المادة 13 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

[4] نص المادة 14 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

[5] نص المادة 60 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

[6] د . أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 136.

إعمالها وليس إهمالها لأن الأصل في الكلام الحقيقة وإعمال الكلام أولى من إهماله، وعليه وحيث أن الكمبيالة الأولى استحقت ولم يقم المدين بدفع قيمتها فإن باقي الكمبيالات تصبح مستحقة الأداء عملاً بالشرط الوارد بالكمبيالة ".[1]

وقضت محكمة النقض الفلسطينية بالقضية رقم 2009/425 بأنه " ولما كانت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية قد قررت بأن الشرط الوارد في عقد الإيجار المبرز (م/1) ما هو إلا لغواً لأنه يؤدي إلى تأبيد العقد ويناقض عناصره، ولما كان إعمال الكلام أولى من إهماله ذلك عملاً بالمادة 60 من جملة الأحكام العدلية،فقد كان على المحكمة البحث عن إرادة المتعاقدين بخصوص هذا الشرط وليس اعتباره لغواً دون أن تبحث في قانونيته، وعليه ولما كانت المادة 484 من المجلة تنص على أنه" للمالك أن يؤجر ماله وملكه لغيره مده معلومة قصيرة كانت كيوم أو طويلة كسنين، بينما تنص المادة (494) منها على أنه" لو استؤجر عقار كل شهر بكذا من دون بيان عدد الأشهر يصح العقد، فإن ما قررته محكمة البداية بصفتها الاستئنافية مستندة بذلك إلى الفقه لا يتفق وحكم القانون، ذلك أن المادة 494 المشار إليها جاءت صريحة الدلالة في أن عدم تحديد مدة عقد الإيجار لا يؤثر في صحة العقد وقانونيته ومن ناحية أخرى وبالرجوع الى شروط العقد تجد المحكمة أن الطرفين اتفقا فيه تحت عنوان شروط خصوصية على أن " يسري على المستأجر قانون حماية المستأجرين إذا التزم بشروط العقد لأنه دافع مفتاحية" ولما كان تفسير شروط العقد يعد مسألة قانون تختص بها المحكمة وفي تفسيرها لهذه الشروط تبحث عن ارادة المتعاقدين الحقيقية وقت إبرام العقد، وحيث أن المتعاقدين يعلمان وقت تنظيم عقد الإيجار وتضمينه الشرط المذكور أن المأجور محل العقد لا يخضع لقانون المالكين والمستأجرين لأنه يقع في منطقة مستثناة من أحكام هذا القانون كونه يقع خارج حدود البلديات والمجالس المحلية في ذلك الوقت، فإن محكمتنا تجد أن إرادة الطرفين الحقيقية قد انصرفت إلى حماية المستأجر بموجب أحكام العقد وتقييد حق المؤجر في إنهاء العقد وإخلاء المأجور طالما التزم المستأجر بشروط العقد إلا لأحد أسباب الإخلاء التي نص عليها قانون المالكين والمستأجرين، ليس التزام بنص القانون بل بناء على شروط عقد الإيجار، ولما كان هذا الشرط فيه مصلحة للطاعن المستأجر ولا يخالف النظام

[1] تمييز حقوق رقم 1991/1427 الصادر بتاريخ 4/5/ 1992منشورات مركز عدالة.

العام بدليل أن المشرع أضفى هذه الحماية بنص القانون (قانون المالكين والمستأجرين)، على المستأجرين لعقارات تقع داخل حدود البلديات والمجالس المحلية، وعدم سريان أحكام هذا القانون على المناطق الواقعة خارج تلك الحدود، وحيث لا نجد ما يحظر جواز الاتفاق على مثل هذه الحماية في عقد الإيجار بل يبقى العقد في هذه الحالة شريعة المتعاقدين وعليهما تنفيذه بحسن نية[1]".

وفي حكم أخر لها قضت بالنقض رقم 147 لسنة 2005 على أنه " لا يرد القول إن عبارة (أو من يريده المشتري) لا قيمة ولا أثر لها، لأن القاعدة أن إعمال الكلام أولى من إهماله (المادة 60 من المجلة) ولم ترد هذه العبارة في الوكالة الدورية الأولى (ط2/) عبثاً، وكان على محكمة الاستئناف أن تبحث عن إرادة الموكل في هذه الوكالة وما قصده بهذه العبارة، ولما كانت العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (المادة 3 من المجلة) وكان استعمال الناس حجة يجب العمل بها (المادة 37 من المجلة) فإن عبارة (لمن يريده المشتري) تنصرف إلى أن الموكل (البائع) قد أذن للمشتري في أن يطلب من الموكل الفراغ والتنازل عن العقار الموصوف في الوكالة الدورية الأولى (ط/2) إلى شخص أخر غيره، وقد جرى استعمال الناس على أن المشتري في الوكالة الدورية له أن يبيع ما اشتراه لشخص أخر وينظم له وكالة دورية جديدة، بمعنى أن عبارة (أو لمن يريده المشتري) يقصد بها إذن البائع الموكل للمشتري أن يتصرف بالعقار موضوع الوكالة الدورية لشخص أخر[2]".

2. حالة التحفظ الذهني الذي لم يبدى للطرف الأخر، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادتين (87 و88) من قانون التجارة الأردني،[3]فقد نصت المادة 87 على أنه " 1-الوكيل بالعمولة هو الذي يأخذ على نفسه أن يعقد باسمه الخاص ولكن لحساب موكله بيعاً وشراء وغيرهما من العمليات التجارية مقابل عمولة.2-تسري قواعد الوكالة على عقد الوكالة بالعمولة مع مراعاة الأحكام المبينة

[1] قرار نقض رقم 425 لسنة 2009 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله بتاريخ 2010/4/21.

[2] قرار نقض رقم 147 لسنة 2005 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله بتاريخ 2006/6/21.

[3] قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 المنشور في العدد 1910 على الصفحة 469 من الجريدة الرسمية الاردنية بتاريخ 1966/3/30.

في هذا الفصل "، كما نصت المادة (88) على أنه " 1-الوكيل بالعمولة الذي يتعاقد باسمه الخاص ويكتسب الحقوق الناتجة عن العقد ويكون ملزماً مباشرة نحو الأشخاص الذين تعاقد معهم كما لو كان العمل يختص به شخصياً ويحق لهؤلاء الأشخاص أن يحتجوا في مواجهته بجميع أسباب الدفع الناتجة عن علاقتهم الشخصية به ولا يحق لهم أن يخاصموا الموكل مباشرة ".

فالحديث هنا يدور عن الحالة التي يظهر بها الوكيل أمام الغير بأنه أصيل ولم يكن يعلم هذا الغير بعنصر التوكيل لذلك وحماية لحقوق هذا الغير كان لا بد من إلزام الوكيل أمامه بكافة الالتزامات التي تنشأ عن العقد المبرم بينهما[1].

فالوكالة بالعمولة عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يباشر باسمه تصرفات قانونية تجارية لحساب موكله مقابل أجر يسمى العمولة[2]، ويتعاقد الوكيل مع الغير باسمه الشخصي دون اسم موكله، بحيث يبدو أمام الغير وكأنه أصيل فيلتزم في مواجهة هذا الغير بكافة الالتزامات التي تنشأ عن العقد المبرم بينهما ويتلقى كافة الحقوق المترتبة على هذا التعاقد[3]، أي أن آثار العقد تنصرف في ذمته لا في ذمة موكله[4].

وتطبيقاً لهذه الحالة قضت محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم 1994/508 بتاريخ 1994/4/25 بأنه " لا يرد ادعاء الوكيل بالعمولة أنه لا يملك حق إقامة الدعاوى على المشترين (المدينين) طالما أنه كان يتعاقد معهم باسمه الشخصي[5] ".

3. العقود التي يبرمها الشريك في شركة التضامن التي لم تقم بتعيين مدير لها، فيكون هذا الشريك وكيلاً عن باقي الشركاء في إدارتها، حتى وإن كانت إرادة الشركاء الفعلية لم تتجه لمنحه هذه

---

[1] د . القيلوبي،سميحة:**شرح العقود التجارية** . ط 2 . القاهرة : دار النهضة العربية . 1992 . ص 32 .

[2] د . العكيلي، عبد العزيز:**الوسيط في شرح التشريعات التجارية**. ط 1 . عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2008 . ص 131 .

[3] د . القيلوبي، سميحة: **مرجع سابق**. ص 32.

[4] د . العكيلي، عبد العزيز: **مرجع سابق**. ص 131.

[5] تمييز حقوق رقم 1994/508 الصادر بتاريخ 1994/4/25 منشورات مركز عدالة .

الصفة فقد منحه إياها المشرع بحكم القانون، وذلك بهدف حماية الغير حسن النية، فإذا أغفل الشركاء تعيين مدير للشركة، يعتبر كل شريك فيها مفوضاً عن باقي الشركاء في إدارتها[1].

ويستفاد هذا الحكم مما جاء في المادة (17) من قانون الشركات الأردني رقم 14 لسنة 1964[2]، حيث جاء فيها " يعتبر كل شريك وكيلاً عن الشركة العادية وعن سائر شركائه في قيامه بأعمال الشركة وتلتزم هذه كما يلتزم شركائه بكل عمل يقوم به عن الشركة هذا الشريك أثناء توليه أعمالها إلا إذا كان هذا الشريك غير مخول في عقد الشركة أو أي وثيقة لاحقة له سجلت ونشرت بمقتضى القانون صلاحية العمل ذاته نيابة عن الشركة ".

وتطبيقاً لهذه الحالة قضت محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم 1985/363 بأنه "يشترط لكي تكون الشركة غير ملزمة بما يقوم به الشريك في الشركة العادية أن يكون هذا الشريك غير مفوض في عقد شركة سبق أن سجلت ونشرت بمقتضى القانون بصراحة النص الوارد في المادة (17) من قانون الشركات التي نصت صراحة على أن كل شريك وكيل عن الشركة العادية بما يقوم به من عمل إلا إذا كان غير مخول في عقد الشركة أو أي وثيقة لاحقة له سجلت ونشرت بمقتضى القانون[3]".

كذلك قضت محكمة استئناف رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 499 لسنة 2001 الصادر بتاريخ 2005/1/31 بأنه "اعتبرت المادة 17 من قانون الشركات كل شريك في الشركة العادية العامة وكيلاً عنها وعن سائر شركائه في قيامه بأعمال الشركة وهذا النص يجعل التبليغ للشريك صحيحا[4] ".

---

[1] د . القيلوبي، سميحة: **الشركات التجارية**. ط 2 . بيروت: دار النهضة العربية. 1989. ص 205 .

[2] قانون الشركات الاردني رقم 12 لسنة 1964 المنشور في العدد 1757 على الصفحة 493 من الجريدة الرسمية الاردنية بتاريخ 1964/5/3.

[3] تمييز حقوق رقم 1985/363 الصادر بتاريخ 1985/7/15 منشورات مركز عدالة.

[4] استئناف رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 499 لسنة 2001 الصادر بتاريخ 2005/1/31.

ثانياً: الحالات التي تبدى فيها الإرادة الباطنة.

1. حالة غموض عبارات العقد، فالقاضي سيبحث عندئذ في إطار سعيه لتفسير العقد عن النية المشتركة للمتعاقدين بغض النظر عن مدلول عبارات العقد الغامضة –محل الخلاف–، بمعنى أن القاضي سيضع جانباً ما هو ظاهر لمدلول تلك العبارات سعياً في البحث عن حقيقة إرادة الأطراف.[1]

وأساس هذه الحالة هي القواعد العامة الواردة في المادتين الثانية والثالثة من مجلة الأحكام العدلية، فقد جاء في المادة الثانية منها" الأمور بمقاصدها يعني: إن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو مقصود من ذلك الأمر"[2]، كما جاء في المادة الثالثة منها " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء[3] ".

ومؤدى هاتين القاعدتين أن العبرة لا تكون للألفاظ التي يستعملها المتعاقدين، وإنما العبرة إلى مقاصدهم الحقيقية من تلك الألفاظ، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني[4].

وتطبيقاً لهذه الحالة قضت محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم 1972/297 بأنه " على قاضي الصلح أن يعالج العبارات الواردة في لائحة الاعتراض على ضوء البينات المطروحة أمامه لأن الأمور بمقاصدها[5] "، وفي حكم أخر لها قضت بأن " تفسير العقود هو من صلاحية محكمة الموضوع التي من واجبها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[6] ".

---

[1] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 206.

[2] نص المادة 2 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

[3] نص المادة 3 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

[4] أ حيدر،علي: **مرجع سابق**. ج1 ص 15.

[5] تمييز حقوق رقم1972/297 الصادر بتاريخ 1972/8/9 والمنشور على الصفحة 809 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1972/1/1 منشورات مركز عدالة.

[6] تمييز حقوق رقم 2005/3971 الصادر بتاريخ 2006/5/10 منشورات مركز عدالة.

2. حالة الوكالة الظاهرة.

وهي الحالة التي يتجاوز فيها الوكيل حدود وكالته أو يتصرف بعد انتهاء هذه الوكالة،أو بدون وكالة أصلا عندما يكون الغير الذي تعاقد معه حسن النية وغير عالم بهذا التجاوز،[1]ويشترط لقيام الوكالة الظاهرة أن يكون هناك أسبابا قوية من شأنها أن تخلق مظهر خارجيا منسوبا إلى الموكل يدفع الغير إلى الاعتقاد بأن الوكيل يتعاقد بموجب وكالة قائمة وفي حدودها.[2]

فالحديث هنا يدور عن الحالة التي يتصرف بها الشخص بصفته وكيلاً في حين أنه يكون قد عزل عن وكالته أو أنه تجاوز حدود هذه الوكالة، فإن أثار تعاقده عندئذ لا تكون ملزمة للموكل.

فمجلة الأحكام العدلية لا تعترف بآثار الوكالة الظاهرة فقد نصت المادة (1523) منها على أنه " إذا عزل الموكل الوكيل يبقى على وكالته إلى أن يصل إليه خبر العزل، ويكون تصرفه صحيحاً إلى ذلك الوقت " كما نصت المادة (1479) منها على أنه " إذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل مخالفته، فإن خالف لا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل ويبقى المال الذي اشتراه له ...."

3. حالة الصورية.

بيّنا أن المقصود بالصورية هو تصوير وضع ظاهر مخالف للحقيقة بقصد تحقيق غرض معين،[3] ويكون ذلك عندما يتفق الفريقان على إخفاء حقيقة ما عن الغير من خلال تصرف ظاهر يخالف حقيقة إرادة هؤلاء الأطراف،[4] كأن يعلن الفريقين أن أحدهما باع للأخر سلعة معينة في ظل ظل أن ذلك لم يحدث فعلياً، وقد تكون الصورية مقتصرة على جزئية من جزئيات العقد، كالثمن فإذا ما حدث خلاف ما بين المتعاقدين فإن العبرة تكون للإرادة الحقيقية المستترة للأطراف.

---

[1] د. السرحان، عدنان إبراهيم: **شرح القانون المدني – العقود المسماة في المقاولة والوكالة والكفالة** –. ط 1.عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع 1996. ص 163.

[2] **المرجع السابق:** ص 164.

[3] د . الأهواني، حسام الدين كامل: **النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام** –. **مرجع سابق.** ص 137.

[4] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق.** ص 55.

أما بالنسبة للغير حسن النية فلة الخيار إما أن يتمسك اتجاه الطرفين بالعقد الحقيقي وله أن يتمسك بالعقد الصوري الظاهر حسب مصلحته.

وتطبيقاً لهذه الحالة قضت محكمة التمييز الأردنية في القضية الحقوقية رقم 1986/640 الصادر بتاريخ 1986/9/25 بأنه " للعاقد إقامة دعوى صورية العقد ويترتب على إثبات ذلك نفاذ العقد الحقيقي بين المتعاقدين"،[1]وجاء في حكمها رقم 1968/327 الصادر بتاريخ 1968/12/18 بأنه " لا يقبل إدعاء المشتري بصورية الثمن المحرر بالعقد لأنه إدعاء يتناقض مع إقراره فيه ولأن الدفع بالصورية هو من حق الغير تجاه طرفي العقد أو من حق طرفي العقد تجاه بعضهما لا تجاه الغير الذي له التمسك بالإقرار الظاهر في العقد[2]".

وكذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية في النقض المدني رقم 2004/186 الصادر بتاريخ 2005/1/29 بأنه " إننا نجد أن الفقه والقضاء قد استقر على أن الصورية هي اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار مظهر كاذب، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير، فيكون المتعاقدان في مركزين قانونيين متعارضين فيكون التصرف الظاهر صورياً والمستتر حقيقياً، وهو ما يسمى بورقة الضد، ويشترط في الصورية الأمور التالية:

أ. اتحاد العاقدين في العقدين.

ب. اتحاد موضوع التعاقد بينهما.

ح. اتحاد وقت صدورهما.

خ. الاتفاق على إخفاء حقيقة العقد ".[3]"

---

[1] تمييز حقوق رقم 1986/640 الصادر بتاريخ 1986/9/25 منشورات مركز عدالة.

[2] تمييز حقوق رقم 1968/327 الصادر بتاريخ 1968/12/18 والمنشور على الصفحة 993 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1968/1/1 منشورات مركز عدالة.

[3] قرار نقض رقم 186لسنة 2004 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله بتاريخ 2005/1/29. منشورات المقتفي.

وقضت أيضاً في قرارها رقم 2004/14 الصادر بتاريخ 2004/4/19 بأنه "أما إدعاء المطعون ضده بصورية العقدين المبرز م/1 وم/2 غير وارد إذ أن ذلك مقيد بالقواعد العامة في الإثبات، فإذا كان العقد الظاهر ثابتاً بالكتابة فلا يجوز إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين إلا بالكتابة".[1]

المطلب الثاني: تأثير قواعد الإثبات في التعرف على النية المشتركة.

بعد أن تطرقت في المطلب السابق إلى بيان النية المشتركة للمتعاقدين والتباين بين الإرادة والتعبير عنها وموقف التشريعات النافذة في فلسطين منها،فإنني من خلال هذا المطلب سوف أتطرقإلى دور قواعد الإثبات في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين.

اذ لا يكفي أن يدعي أحد الخصوم بوجود نية مغايرة للمعنى الظاهر للفظ المستعمل في العقد، حتى يغلب القاضي هذه النية على الفور، بل يتوجب عليه إقامة دليل على ما يدعيه إذ أن القاعدة " البينة على من ادعى"،[2] فالخصم الذي يدعي خلاف الظاهر عليه تقديم الدليل على صحة مزاعمه مستندا بذلك إلى وسائل الإثبات التي نظمها القانون.

إلا أن مشكلة الإثبات في مادة التفسير من المشاكل بالغة الدقة، كون الأمر يتعلق بعقد مكتوب، وقد اشتمل على تنظيم كامل للعلاقة بين الطرفين،[3] فما هو الدليل الأقوى من الكتابة.

وبناء على ذلك فقد انقسم الفقه إلى اتجاهات ثلاثة،فهناك اتجاه ذهب إلى ضرورة الالتزام بالقواعد العامة في الإثبات في تفسير العقد،وهناك من يرى بجواز الاستعانة بكافة طرق الإثبات للتعرف على النية المشتركة للطرفين، وهناك من فرق في هذا الشأن بين العبارة الواضحة والغامضة وسوف أتناول كل اتجاه في فرع مستقل.

---

[1] قرار نقض رقم 14 لسنة 2004 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله بتاريخ 2004/4/19. منشورات المقتفي.

[2] نص المادة 76 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

[3] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 319.

الفرع الأول: الالتزام بالقواعد العامة في الإثبات.

يعرف الإثبات في اللغة بأنه تأكيد الحق بالبينة، والبينة الدليل أو الحجة،وأماالإثبات بالمعنى القانوني، فهو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق.[1]

وقد نظم المشرع الفلسطيني طرق الإثبات ورتبها حسب حجيتها وذلك في المادة السابعة من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 م،[2] وذلك على النحوالتالي:

1. الكتابة: فالأدلة الكتابية إماأن تكون سندات رسمية وإماأن تكون سندات عرفية،وإماأن تكون أوراق غير موقع عليها،[3] وان لهذه السندات حجية وهي صالحة لإثبات كافة الوقائع سواء كانت وقائع مادية،أو قانونية، وتعتبر الكتابة من أهموأقوى طرق الإثبات.[4]

وقد نظم المشرع الفلسطيني الكتابة في المواد من 9-67 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية.

---

[1] د. نشأت، أحمد:**رسالة الإثبات**. 2 مج. ط7. دون ناشر. 2008 . ج 1. 14 .

[2] قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 المنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية على الصفحة 226 بتاريخ 2001/9/5.

[3] لقد نصت المادة 9 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 على أنه " السندات الرسمية هي التي ينظمها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقاً للأوضاع القانونية، أما السندات التي ينظمها أصحابها ويصدقها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تصديقها طبقاً للقانون فتعتبر رسمية من حيث التاريخ والتوقيع فقط " في حين نصت المادة 15 من ذات القانون على انه "السند العرفي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خامته أو بصمته، ولا تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة (9) من هذا الفانون "

[4] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد : **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد** . 14 مج .ط 3 . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية . 2011 . ج 2 . ص 104 .

2. الشهادة[1]: وهي إحدى طرق الإثبات، وتستخدم لإثبات الوقائع المادية[2]، والتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن مائتي دينار في المواد المدنية[3]، وقد عالج المشرع أحكامها في المواد من 68-105 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية.

3. القرائن: وهي طريقة غير مباشرة للإثبات، وتعرف بأنها " النتائج التي يستخلصها المشرع أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة[4] "، والسبب في كونها طريقة غير مباشرة هو أنالإثبات لا يقع فيها على الواقعة ذاتها مصدر للحق، بل على واقعة أخرى وبتوثيقها يستخلص الواقعة المرادإثباتها، وهي على نوعين قرائن قانونية نص عليها القانون وأخرى قضائية تترك لقاضي الموضوع يستخلصها من وقائع الدعوى[5].

وقد عالج المشرع الفلسطيني أحكامها في المواد من 106-109من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية.

4. الإقرار: ويعرف الإقرار بأنه" اعتراف خصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقدرا نتيجة ذلك قاصدا إلزام نفسه بمقتضاه[6] "، ويعتبر الإقرارقاصرا على المقر وحده بخلاف باقي البيناتالتي تعتبر ذو حجية متعدية[7].

وقد عالج المشرع الفلسطيني أحكامه في المواد من 115-121من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية.

---

[1] لقد نصت المادة 1684 من مجلة الأحكام العدلية على أنه " الشهادة هي الإخبار بلفظ الشهادة، يعني بقول أشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور القاضي ومواجهة الخصمين ويقال للمخبر شاهد ولصاحب الحق مشهود له وللمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به "

[2] د . نشأت، أحمد: **مرجع سابق**. ج1. ص 713 .

[3] لقد نصت المادة (51) من قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1966 على انه " لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئياً للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية، فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات / مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة. "

[4] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. **مرجع سابق**. ج 2. ص 328-329 .

[5] **المرجع السابق**. ص 329 .

[6] د. نشأت، أحمد: **مرجع سابق**. ج 2. ص 4 .

[7] تراجع المادة 79 من القانون المدني الاردني لسنة 1976 .

5. اليمين: وهي اشهاد الله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلالته والخوف من بطشه وعقابه.[1]

وقد عالج المشرع الفلسطيني أحكامها في المواد من 131-149 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية، كذلك تناولت المادة 1746 من مجلة الاحكام العدلية اليمين وتناولت احكام اربعة انواع منها.

6. المعاينة والخبرة: وهما طريقا إثبات نظم المشرع أحكامهما في المواد من 150-191 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية.

وحيث أن الحديث يدور عن دور وتأثير قواعد الإثبات في التعرف على النية المشتركة لأطراف العقد، فإن القواعد العامة في الإثبات قد نصت على أنه "في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته عن مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك "،[2]ونصت أيضاً " لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود في الحالات الآتية: 1- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي 2- إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباتهإلا بالكتابة 3- إذا طالب احد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته عن مائتي دينار أردنياًوما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا ثم عدل عن طلبه إلى ما لايزيد عن هذه القيمة ".[3]

[1] د . نشأت، أحمد: **مرجع سابق**. ج 2. ص 68 .

[2] نص المادة 68 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001).

[3] نص المادة 70 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001).

ويرى أصحاب هذا الاتجاه وعلى راسهم دوما وبوتييه،[1]إذا ما أدعى أحد الخصوم بوجود إرادة مغايرة للإرادة الظاهرة، فلا مانع من اللجوء إلى العناصر الخارجية شريطة التقييد بالقواعد العامة للإثبات، وذلك بعدم مجاوزة ما هو ثابت في الكتابة إلا بالكتابة،فإذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة جاز إثبات ذلك بالبينة الشفوية أو بالقرائن وإن لم يوجد فلا يكون هناك إلا اليمين أوالإقرار.[2] ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى جملة من المبررات التي تدعم رأيهممنها:

1. عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بدليل كتابي.

2. إن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين،إذ إن الاستعانة بظروف خارجية لتفسير العقد يعتبر تعديا على صفة الشرعية التي اكتسبها العقد، وتحريفا ومسخا للحقوق والالتزامات التي رتبها على عاتق الطرفين.[3]

3. إن تراضي أطراف العقد على إفراغ مضمون العقد، بمحرر مكتوب يعني أنهما اعتبرا الكتابة الوسيلة المناسبة لإثبات حقوقهما، وبالتالي لا تصلح البينة الشفوية لتعديل هذه الحقوق وقد تعرّض أصحاب هذا الرأي للانتقاد على أساس أن وضوح العبارة لا يعني دائما وضوح الإرادة،وإذا كان كلاهما يرتبط بالآخر، فإن ذلك يكون قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس،وهذا يستشعر من الظروف الخارجية التي تكشف عن وقوع الطرفين في هوة سوء الصياغة،إذ قد تكون العبارات واضحة في ذاتها ولكنها غامضة في مفهوم الطرفين، وليس من شأن الاستعانة بالظروف الخارجية تحريف المعنى الحقيقي .[4]

---

[1] Jean Domat جان دوما ولد بتاريخ 1625/11/30 في مدينة (Clermont) كليرمون الفرنسية وتوفي بتاريخ 1696/3/14 في مدينة (Paris) باريس عمل محامي وعين مدعي عام ملكي من اشهر اعماله 3 موساعات في القوانين المدنية وفقا لتصنيفهم الطبيعي بدعم من الملك لويس السادس عشر بالاضافة إلى موسوعة في القانون العام .

Robert Joseph Pothier روبرت جوزيف بونييه ولد بتاريخ 1699/1/9 في مدينة (Orleans) اورليانز الفرنسية وتوفي بتاريخ 1772/2/3 برفيسور في جامعة اورليانز تخصص القانون اللاتيني له عدة مؤلفات اشهرها كتاب معالجة الالتزامات سنة 1761 وكتاب عقد البيع سنة 1762 وكتاب عقد الاجارة سنة 1764 وكتاب عقد الشركة سنة 1765 وكتاب عقد القرض الاستهلاكي سنة 1766 وكتاب عقدالرهن سنة 1767 .

[2] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 336 .

[3] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 337.

[4] **المرجع السابق**. ص 323.

الفرع الثاني: جواز الاستعانة بكافة طرق الإثبات.

يرى أصحاب هذا الاتجاه جواز استجلاء نية الطرفين من وخارج العقد وذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن، دون اشتراط التمسك بالدليل الكتابي،إلا انه يتوجب على القاضيأن يبدأ أولا بالعقد محل التفسير، فإن لم تسعفه الوسائل الداخلية في الكشف عن نية الطرفين المشتركة، كان له الحق أن يحيل الدعوى للتحقيق وبالتالي يمكن عندئذ للمدعي تقديم ما لديه من بينات كالشهود والقرائن لإثبات صحة مزاعمه[1].

وفي هذا الصدد يقول الدكتور احمد نشأت " لقد خشي البعض أن يؤدي ذلك إلى التأثير على محتويات العقد، فيثبت ما يخالف أو ما لم يرد به، واكتفى بوضع الشارع المواد الخاصة بتفسير العقود، ولكن إذا تصفحنا هذه المواد لا نجدها تحرم الاستعانة بالشهود واستجلاء غوامض العقد، وان ما يخشاه ذلك البعض لا محل له مع وجود القاضي الذي يكون من السهل عليهأن يوقف شهادة الشهود عند حدها ".[2]

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى جملة من المبررات التي تدعم توجههم منها:

1. أنه يجوز إثبات وقائع مادية يكون من شأنها تفسير العبارات الغامضة، أو تحديد ما ورد في محرر مكتوب بشكل مطلق، وذلك بكافة طرق الإثبات، وليس في ذلك إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.[3]
2. انه يجوز إثبات الظروف والملابسات المادية التي أحاطت بتنظيم العقد بكافة طرق الإثبات[4].
3. إن المشرع قد نص على أن العرف الجاري في المعاملات احد المعايير التي يستند إليها القاضي لتحديد النية المشتركة للمتعاقدين[5]، والقاضي وفي سبيل التحقق من وجود عرف معين له وهو ما يسمى بالعرف الخاص أن يستمع إلى شهادة الشهود للتثبت من وجوده.[6]

---

[1] **المرجع السابق**. ص 325.

[2] د. نشأت، أحمد: **مرجع سابق**. ج 1. ص 142.

[3] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. مرجع سابق. ج 2. ص 403 .

[4] **المرجع السابق**. ص 403 .

[5] تراجع المادة (4) من قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1966.

[6] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص326.

الفرع الثالث: التمييز بين العبارة الواضحة والغامضة في مدى جواز الاستعانة بكافة طرق الإثبات.

إن أنصار هذا الرأي يفرقون بين العبارات الواضحة والغامضة، حيث يرون أنه إذاكانت العبارة غامضة فإنه يجوز الاستعانة بكافة طرق الإثبات، أما إذا كانت العبارة واضحة فإنه يجب التقييد بشأنها بقواعد الإثبات.[1]

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى جملة من المبررات تدعم توجههم منها:

1. إن العبارة الغامضة ليس لها معنى محدد حتى يصار إلى القول بأن من شأن شهادة الشهود والقرائن أن تحرف في معناها، أو أن يتم مخالفة ما هو ثابت بالكتابة [2].

2. إن العبارة الواضحة في العقد تكشف عن معنى واضح ومحدد وان من شأن إثبات ما يخالفها بشهادة الشهود مخالفة لما هو ثابت بالكتابة بغير الكتابة .

ويميل الباحث إلى جواز الاستعانة بكافة طرق الاثبات، ذلك اننا نتحدث عن استخلاص امر كامن في نفس المتعاقد، الا وهو النية وان في اتاحة الفرصة امام القضاة الاستعانة بكافة طرق الاثبات ما يمكنهم من القيام بهذه المهمة على اكمل وجه .

هذا بالاضافة إلى أن اثبات الظروف المادية التي احاطت بتنظيم العقد، كاحدى الوسائل التي يتم الاستعانة بها لتفسير بنود العقد وصولا للنية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين لا يمكن ان يتم الا بالبينة الشفوية.

---

[1] **المرجع السابق**. ص 338-339.

[2] **المرجع السابق**. ص 339.

الفصل الثاني

القواعد الأصولية في التفسير

إن القاضي عند قيامه بتفسير العقد يجد نفسه أمام مهمتين:الأولى، تحديد ما إذا كانت عبارات العقد غامضة أم العكس، وإذا ما استقر الرأي لديه بأن عبارات العقد غامضة في دلالتها ولا تعبر عن إرادة المتعاقدين فانه ينتقل إلى المهمة الثانية وهي تفسيرها.

وبما أن إرادة المتعاقدين التي يتكون العقد بتطابقها هي التي تمثل النية المشتركة لهما فإن ذلك يستوجب من القاضي الذي أوكلتإليه مهمة تفسير العقد المتنازع فيه أن يبحث عن النية المشتركة من خلال كشف خبايا العبارات في العقد،وقد وضع له المشرع مجموعة من القواعد التي بإمكانه الاستناد إليها لرفع الغموض واللبس عن العبارات الغامضة للوصول إلى النيةالمشتركة.

وان هذه القواعد وردت على سبيل الإرشاد إذ أن هناك عدة طرق لتفسير العقود، تخلقها الحالات الخاصة في العقود، ولا يستطيع المشرع أن يفترضها جميعا،[1]بمعنى أن للقاضي أن يستعين بها في تفسير عبارات العقد دون أن يقتصر عليها بل له أن يبحث في وسائل أخرى للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

وسوف أتناول هذا الفصل من خلال مبحثين، أخصص الأول للحديث عن التفسير في حالة وضوح عبارات العقد أما المبحث الثاني فهو الحديث عن التفسير في حالة غموض عبارات العقد.

[1] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص 70 .

المبحث الأول: التفسير في حالة وضوح عبارات العقد.

إن الحديث عن التفسير في حالة وضوح عبارات العقد، يستدعي بيان المقصود بالعبارة الواضحة والبحث في مدى جواز تفسيرها وسوف أبين المقصود بالعبارة الواضحة ومتى تكون كذلك للدلالة على معناها في المطلبالأول ثم أبين مدى جواز تفسيرها في ضوء نصوص مجلة الأحكام العدلية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المقصود بالعبارة الواضحة ومدى جواز تفسيرها.

عرف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي المقصود بالنص الواضح الدلالة بأنه " كل لفظ أو كلام ظهر المعنى المراد به للسامع بصيغته، من غير التوقف على قرينة خارجية أو تأمل[1] ".

ويقصد بوضوح العبارة،" وضوح التعبير في الدلالة على قصد المتعاقدين بحيث تكون تلك العبارة معبرة تعبيراً صادقاً عن إرادتهما المشتركة ".[2]

فمن خلال هذا التعريف يتضح بأن المقصود بوضوح العبارة ليس الوضوح في ذات التعبير،وإنما الوضوح في الدلالة على المقصود به،[3] وتكون عبارة العقد واضحة في دلالتها عندما تكون مطابقة لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فيكون العقد ملزما للمتعاقدين بما أفصحت عنه عباراته.[4]

وقد تكون العبارة واضحة في جملتها في الدلالة على معنى محدد ولكن يكون في بعضها أو في ظروف التعاقد ما يشير إلى عدم مطابقة هذا المعنى للإرادة المشتركة للمتعاقدين، وان المتعاقدين قد قصدا بها غير معناها الظاهر،[5] فلا يصدق عليها وصف العبارة الظاهرة.

---

[1] أ د . الزحيلي، وهبة : **أصول الفقه الإسلامي**. 2 مج. ط 1. دمشق: دار الفكر. 1986. ج 1. ص 306 .

[2] د . أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 131 .

[3] د. الشرقاوي، جميل : **مرجع سابق**. ص 400.

[4] د . الجمال، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 210 .

[5] **المرجع السابق**. ص 210 .

وتجدر الإشارة إلا انه لا يصدق وصف وضوح عبارات العقد في حالة وضوح كل جملة على حده، وإنما عند وضوح دلالة العقد في مجموع ما جاء فيه من عبارات، لأن الأصلأن يعتبر العقد وحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام كلما دعت الحاجة إلى تفسيرهأو تطبيقه، ولذا قد يتسم العقد في بعض الأحيان بالغموض بالرغم من وضوح عباراته، كما لو كان هناك تعارض مع بعض العبارات الواضحة،أو كانت العبارة الواضحة لا تتفق ومضمون الأحكام الكلية للعقد.[1]

وقد اختلف الفقه في جواز تفسير العبارة الواضحة بين مؤيد ومعارض ولكل منهما حجة وسوف أبين تلك الاتجاهات وحجج كل فريق منهما، وذلك في فرعين متتاليين.

وسوف أتطرقإلى كيفية تفسير العبارات الواضحة في ظاهرها غير المطابقة لإرادة المتعاقدين المشتركة في مطالب لاحقة.[2]

الفرع الأول: عدم جواز تفسير العبارة الواضحة (مدرسة الإرادة الظاهرة)

لقد تبنى بعض الفقهاء هذا الاتجاه تلك النظرية من التعريف الضيق لتفسير العقد، وهو شرح ما هو مبهم وغامض من عباراته، فلا محل للتفسير إذا لم يكن هناك ما يبرره،[3] فإذا كانت الألفاظ المستخدمة في العقد تفهم في أكثر من معنى بحيث لا يعرف المعنى المقصود، يقوم مبرر التفسير وهو غموض الألفاظ، بالمقابل عندما تكون ألفاظ الشرط التعاقدي واضحة ومحددة، فلا محل لتفسيرها بل يجب أن يطبق الشرط كما هو.[4]

ويقول الأستاذ تالمون:[5] إذا وجد القاضي أمام نص واضح محدد تحديدا كافيا، فلا ينبغي اللجوء إلى التفسير، وعليه أن يكتفي بتطبيق ما هو ماثل أمامه في العقد.[6]

---

[1] أ د .سلطان، أنور: **مرجع سابق**. ص 196 .

[2] يراجع المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الثاني .

[3] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 85 .

[4] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 85 .

[5] Henri Talamon محامي فرنسي ولد عام 1863 وتوفي عام 1942 من اشهر اعماله تصنيف الارضي الخاصة .

[6] كما هو وارد في د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 85 .

كما يقول الأستاذ كولميه دي سانتير:[1]إذا كانت الألفاظ واضحة يجب التوقف عندها، ولا يفترض بتهور أن الطرفين أرادا شيئاً آخر خلاف ما قالاه، ولكن إذا كانت الألفاظ غامضة أو مبهمة، فعندئذ يوجد محل للتفسير.[2]

ويرى الفقيه كاريه،[3]إذا كان شرط العقد واضحا ومحددا، يجب التمسك بمعناه الواضح، دون إعطائه معنى مغايرا، بحجة أن ذلك يتفق والنية الحقيقة للطرفين.[4]

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه نظريتهم بعدم جواز تفسير العبارة الواضحة بحجج منها:

1. احترام مبدأ سلطان الإرادة،[5] فعندما تكون عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها في طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين،[6] فيجب اعتبار تلك العبارة معبرة تعبيرا صادقا عنإرادتهما المشتركة.[7]

2. أن من شأن قبول هذا المبدأ المغاير الإخلال بمقتضيات الثقة الاجتماعية، وزعزعة استقرار المعاملات، فبعد أن يطمئن الآخرونإلى سلامة معاملاتهم المفرغة في عبارات واضحة، يباغتون بتعديل معناها إلى معنى مغاير، وفي ذلك إضرار بمصالح الأفراد.[8]

---

[1] Edmond Colmet de Santerre مستشار وفقيه قانوني فرنسي ولد عام 1821 في مدينة paris وتوفي عام 1903 شغل منصب عميد كلية القانون في باريس منذ عام 1887 كما شغل منصب شرفي زهو كرسي تقنين نابليون وجميع كتاباته في القانون المدني ومن اشهر اعماله موسوعة دروس تحليلية في القانون المدني ونشرت على تسعة اجزاء ما بين عامي 1884 وحتى 1889 وله مؤلف اساسي في القانون المدني نشر على ثلاث اجزاء عام 1882 .

[2] كما هو وارد في د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 85 .

[3] Raymond Carre de Malberg رايموند كاريه دو مالبيرغ ولد عام 1861 في مدينة ستراسبورغ الفرنسية (strasbourg) وتوفي فيها عام 1935 وهو فقيه قانوني متخصص بالقانون الدستوري وهو صاحب نظرية القانون الموضوعي _ la theorie de positivism juridque _ وهي مدرسة ترفض القانون المثالي (الطبيعي) وتعتمدى إلى أن الدولة يجب أن تقوم على القانون الموضوعي (الايجابي) الذي يعكس حقيقة المجتمع .

[4] كما هو وارد في د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 86 .

[5] د . أحمد، محمد شريف: مرجع **سابق**. ص 131.

[6] د . الفضل، منذر :–. **مرجع سابق** . ص 201.

[7] د . الأهواني، حسام الدين كامل: **مصادر الالتزام – المصادر الإرادية –.مرجع سابق**. ص 194.

[8] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 89 .

3. يخشى أصحاب هذا الرأي من تحكم القاضي إذا ما ذهب للبحث عن معنى مغاير للعبارات الواضحة، دون أن يكون لديه أساس يستند إليه لاستخلاص الإرادة الحقيقية، إلا الحدس والتخمين،إذ يطلق لخياله العنان في تقصي إرادة وهمية تخالف الإرادة التي كشفت عنها الألفاظ الواضحة، وهو بذلك يعيد بناء العقد على هواه .[1]

4. يرى أصحاب هذا الرأي أن من شأن قبول تفسير العبارات الواضحة اللجوء إلى عناصر خارجية عن صلب العقد، كالبينة والقرائنلإثبات النية المغايرة، وهذا مخالف للقاعدة التي تقضي بحظر إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بدليل كتابي، وهو بذلك يخالف القواعد العامة في الإثبات.[2]

الفرع الثاني: جواز تفسير العبارات الواضحة (مدرسة الإرادة الباطنة)

لقد تبنى فقهاء هذا الاتجاه تلك النظرية، من النظام الشخصي لتفسير العقد الذي يعطي السيادة للإرادة الحقيقية للمتعاقدين على التعبير المادي لهما، فالهدف الذي يسعى القاضي للوصول إليههو الكشف عن تلك الإرادة، فعندما تكون عبارات العقد واضحة في الدلالة على تلك الإرادة، فالقاضي يستخلص إرادة المتعاقدين من المعنى الظاهر لعبارات العقد،أماإذا كانت هذه العبارات واضحة ظاهريا ولكنها متعارضة مع الإرادة الحقيقة المشتركة للمتعاقدين، فان وضوحها لا يقف حائلاً دون تفسيرها،[3] إذأن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استخدام التعبير الواضح، فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم مع هذا المعنى،ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ، وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح .[4]

---

[1] د. فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق**. ص 89 .

[2] د. فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق**. ص 89 .

[3] د. فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق**. ص 91 .

[4] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق**. ج 1. ص 672.

ويشترط أصحاب هذا الاتجاه توافر شرطين مجتمعين لتفسير اللفظ الواضح:

أولهما: أن يفترض القاضي أن المعنى الواضح من اللفظ هو المعنى الذي قصداه المتعاقدين، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلاإذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك.[1]

ثانيهما: انه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره يجب أن يبين في حكمه أسباب ذلك.[2]

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه نظريتهم بجواز تفسير العبارة الواضحة بحجج منها:

1. تعذر وجود معيار للتفرقة بين الشرط الواضح والغامض، إذ يمكن أن تكون لدينا شروط واضحة ولكنها متعارضة داخل نفس العقد، كما أنمبدأ المعنى الواضح يشوبه الكثير من الغموض، فما يراه البعض واضحا قد لا يراه الآخرون كذلك.[3]

2. إن المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا وضوح اللفظ،فإذا لم يختار المتعاقدان اللفظ المعبر عن حقيقة إرادتهم،[4]أوأحاط بالعبارة الواضحة في ظروف الواقع ما يدل على أن هذا اللفظ قد أسيء استخدامه، وجاء متعارضا مع حقيقة الإرادة،[5] فإنه يحق للقاضي التدخل لتفسير العقد بحثا عن المعنى الحقيقي المقصود، شريطة أن يبين في حكمه الأسباب التي دعته إلىالأخذبالمعنى الظاهر وكيف أفادت عبارات العقد المعنى الذي اخذ به ورجح انه المقصود.[6]

3. ليس صحيحا أن السماح بتفسير العبارة الواضحة يؤديإلى تعبيد الطريق أمام القضاة للتحكم وإعادة بناء العقود، فطالما كان القضاة محل ثقة في المجتمع، وكانت أحكامهم تصدر بوحي

---

[1] **المرجع السابق.** ص 672.

[2] د. الأهواني، حسام الدين كامل: **مصادر الالتزام – المصادر الإرادية – مرجع سابق.** ص 195.

[3] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق.** ص 91 –92 .

[4] د. الأهواني، حسام الدين كامل: **مصادر الالتزام – المصادر الإرادية –. مرجع سابق.** ص 194.

[5] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق.** ص 97.

[6] د. الأهواني، حسام الدين كامل:**مصادر الالتزام – المصادر الإرادية –. مرجع سابق.** ص 195.

من ضمائرهم، فلا خوف عليهم، خاصة وان في تعدد درجات التقاضي خير ضمان لدرء ما قد يحدث من تجاوزات.[1]

4. ليس صحيحاً أن في قبول تفسير العبارات الواضحة إهدارا للثقة الاجتماعية،إذ أن البحث عنالإرادة الحقيقية والتخلي عن الألفاظ التي أسيء استخدامها، ليس فيه إخلال بالثقة العامة، بل هو محاولة لتأكيدها،بإعمال مقتضيات الثقة وحسن النية،وبث الطمأنينة في نفوس المتعاقدين،إذ أن ما يسري بينهم هو المقصود الحقيقي فقط دون التقيد بالظاهر إذأن العبرة بالمعاني وليس المباني .[2]

5. ليس صحيحاً أن من شأن قبول تفسير العبارات الواضحة، مخالفة القواعد العامة للإثبات، إذأن استخلاص الإرادة الحقيقة بتحديد المعنى المتفق مع نية المتعاقدين، لا يعد مخالفة أو مجاوزة الثابت بالكتابة، إذ يجب التمييز بين المضمون المادي للشرط والمضمون المعنوي له، فالمخالفة أو المجاوزة تتعرض بالحذف أو الإضافةأو التصحيح للجانب المادي للشرط، وهذا محظور إلاإذا وجد دليل كتابي،أو مبدأ ثبوت بالكتابة على الأقل، أما توضيح المضمون المعنوي للشرط فلا يعد مناقضة الثابت بالكتابة،فإذاأسيء التعبير عن الإرادة بذكر شرط واضح في ذاته متعارض مع مضمونه، فان استخلاص الإرادة الحقيقية، وإزالة الشك المتولد في هذا التعارض لا يعني مخالفة أو مجاوزة الثابت بالكتابة.[3]

المطلب الثاني: تفسير العبارة الواضحة في ضوء نصوص مجلة الأحكام العدلية.

سأتناول في هذا المطلب موقف مجلة الأحكام العدلية من تفسير العبارة الواضحة وذلك بالتعرضللقواعد الفقهية ذات الصلة في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسوف يكون لتناول بعض التطبيقات القضائية في هذا المجال.

---

[1] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 96- 97.

[2] **المرجع السابق**. ص 97.

[3] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 96.

الفرع الأول: القواعدالفقهية.

تنص المادة (12) من مجلة الأحكام العدلية على أن" الأصل في الكلام الحقيقة"، والحقيقة تعني استعمال اللفظ بالمعنى الذي وضع له[1]، وتنص المادة (13) على أنه" لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح، كما تنص المادة (60) أيضا على أنإعمال الكلام أولى من إهماله"، بمعنى أن الكلام لا يهمل ما أمكن حمله على معنى.[2]

ويرى الباحث أنه وفي ضوء هذه النصوص،أن عبارات العقد الواضحة تعبر عن الإرادة الظاهرة للمتعاقدين التي يعتد بها المشرع، وتعد دليلا واضحا على إرادة المتعاقدين المشتركة، لذلك يجب على القاضي أن يقف عند معناها الظاهر، وليس له أن يجتهد في تفسير ما هو واضح، وان لا ينحرف عن المعنى الظاهر إلى معاني أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تمثل الإرادة الباطنة، بل عليه أن يقف عند الصيغ الواردة في العقد، ويحللهما تحليلا موضوعيا ليستخلص منهما المعاني السائغة.

فإذا كانت بنود العقد واضحة لا لبس فيها، ولا تدع مجال للشك حول مضمونها،ولا تحمل سوى معنى واحد مفهوم، ويتفق مع المفهوم اللغوي للكلمة المستعملة، بحيث تكون معبرة عن الفكرة الكامنة ورائها،يمتنع على القاضي تفسيرها توصلاً إلى معنى مخالف لصراحتها .[3]

كما أنه لا يصح للقاضي، وعند ممارسته لصلاحياته في تفسير بنود العقد أن يعدل في مضمون الالتزامات وان كان تعديله سيكون أكثر عدالة،إذأنه بذلك يكون قد حل إرادته محل إرادة الطرفين،الأمر الممنوع عليه بحكم قاعدة أن " العقد شريعة المتعاقدين ".

ولعل ما جاء في المادة (14) من مجلة الأحكام العدلية خير دليل على مقصود المشرع في المواد (12) و(13) منها حيث نصت على انه " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص".

---

[1] د. داود، أحمد محمد علي: **أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني**. 2 مج. ط 1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011. ج 3 . ص 768.

[2] **المرجع السابق**. ص 768.

[3] د. العوجي، مصطفى: **العقد**.ط 5 . بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2011 . ص 709 – 710.

وما تجدر الإشارة إليه أن المعنى الظاهر للعبارة لا يعني المعنى الحرفي لألفاظ العبارة فقد نصت المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية على أن " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، فالعبرة بإرادة المتعاقدين والمفروض أن تعبر العبارة عن هذه الإرادة، ولكن إذا ما تبين للقاضي أن المتعاقدين أساءا استخدام الألفاظ في التعبير عن هذه الإرادة، فله رغم وضوح العبارة، أن يفسرها وفق المعنى الذيأراده المتعاقدان لا المعنى الحرفي لألفاظ العبارة، شريطة أن يبين الأسباب التي حملته على ذلك وان يذكر في أسباب حكمه كيف أن لعبارات العقد مجتمعة أن تفيد المعنى الذي توصل إليه .[1]

خلاصة القول: أن تطبيق أحكام المواد (12و 13 و 14 و60) من مجلة الأحكام العدلية المشار إليها يجب أن لا يتم بمعزل عما جاء في المادة الثالثة منها.

الفرع الثاني: تطبيقات قضائية.

لقد قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم (367) لسنة 1980 م بأنه " الأصل في تفسير العقود أن يلتزم القاضي بعباراته الواضحة، ولا يجوز له الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ".[2]

وكذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية في قرارها رقم (545) لسنة 2010 م الصادر بتاريخ 2012/1/16 بأنه " وبالنسبة لسببي الطعن الأول المتعلق بعدم الحكم للطاعنة بكامل التعويض الذي قررته محكمة البداية، ولما كانت محكمة الاستئناف قد بينت في حكمها أنها وجدت أن الفريقين قد قاما بحصر وبيان الأعمال التي قامت بها المدعية (المستأنفعليها) في المأجور في مقدمة الاتفاقية (المبرز م/1) وان هذه المقدمة تنص صراحة على أن المستأنف عليها قد قامت (.... بتركيب أبوابوشبابيك) وحيث انه لا يجوز للمستأنف إثبات عكس ما هو ثابت في هذه الاتفاقية الموقعة منه بشهادة الشهود، وحيث أن ما ورد على لسان الشاهد جمال حنونة بأن

---

[1] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 329 .

[2] تمييز حقوق رقم 367 لسنة 1980 الصادر بتاريخ 1980/11/12 والمنشور على الصفحة 809 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1981/1/1 منشورات مركز عدالة .

المستأنف عليها لم تقم بتركيب أبواب وشبابيك ألمنيوم يتناقض مع ما يثبت للمحكمة من (المبرزم/1) فان حكمها والحال هذه بعدم إثبات تركيب أبواب وشبابيك ألمنيوم للمأجور يكون مخالفا لما هو ثابت بالاتفاقية (المبرز م/1) ويكون حكمها مشوباً بالتناقض من هذه الناحية وسببا للطعن وارد في الحكم المطعون فيه حريا بالنقض ".[1]

وكذلك قضت محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في الاستئناف المدني رقم (687) لسنة 1998 م بتاريخ 2000/6/5 بأنه " إننا لا نجد ما يشير لا من قريب و لا من بعيد إلىأن المستأنفين ولدى تنازلهما عن حصصهما في الشركة قد تحفظا بأي طريقة كانت على أي حق يدعيانه في العقار غير الذي تنازلا عنه بناء على ذلك نرى أن ما توصل إليه قاضي الموضوع في قراره المستأنف في الفصل بين عقد الايجارة وعقد الشركة واعتبار كل منهما مستقلا عن الآخر والبت في الدعوى على هذا الأساس لا يستند إلى أي سند قانوني وان تفسيره لإرادة المتعاقدين في عقد الشركة ليس له ما يؤيده ما دام أن التنازل الرسمي الصادر عن المستأنف عليهما أمام كاتب العدل والذي أشرنا إليه أنفا جاء شاملا غير مقترن بأي تحفظ من المستأنف عليهما يتعلق بأي حق في المأجور المدعى به "،[2] وقضت أيضاً في الاستئناف المدني رقم (352) لسنة 1998 م بتاريخ 1998/12/27 بأنه " أما القول في هذا السبب أن المستأنفين لا يملكان الحق في إقامة الدعوى وان توقيعهما على عقد القرض لا يخولهما ذلك فهو غير وارد أيضاإذ بالرجوع إلى اتفاقية القرض المبرز م/1 نجد أن التعاقد قد تم بين المركز العربي للتطوير الزراعي بواسطة ممثليه سمير البرغوثي وحسيب النشاشيبي من جهة وبين المستأنف الأول (المدين) من جهة أخرى وبالتالي فان العلاقة بين الطرفين يجب أن تحدد على ضوء الأحكام والشروط التي وردت في تلك الاتفاقية والتي يتضح من خلالها أن الممثلين المذكورين للمركز المستأنف عليه يملكان الحق في إقامة الدعوى بالنيابة عنه،وأما في ما يتعلق بالسبب الثاني من سببي الاستئناف فإننا نجد أن اتفاقية القرض

[1] قرار نقض رقم 545 لسنة 2010 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله بتاريخ 2012/1/26 .

[2] استئناف حقوق رقم (687) لسنة 1998 م الصادر عن محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله بتاريخ 2000/6/5.

المشار إليها قد جاءت واضحة بكافة بنودها وان ما توصلت إليه محكمة البداية في قرارها جاء متفقا وتلك الاتفاقية، وبالتالي فان القول بخطأ المحكمة في تفسيرها يغدو في غير محله ".[1]

كما قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم (226) لسنة 1963 م بأنه " تملك المحكمة حق تفسير العقود، وذلكأن لها السلطة التامة في تفسير صيغ الشروط والقيود المختلف عليها بما تراه مقصود المتعاقدين، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في حكمها لما عدلت عن هذا الظاهرإلى خلافه ".[2]

المبحث الثاني: التفسير في حالة غموض عبارات العقد.

ان الحديث عن تفسير العقد في حالة غموض عباراته، يستدعي بيان حالات الغموض، والدور الذي يقوم به القاضي لإزالة هذا الغموض ورفع الإبهام عن عبارات العقد، وذلك من اجل الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين والعوامل التي يستهدي بها القاضي لرفع هذا الغموض.

لذلك سوف أبين حالات غموض عبارات العقد في المطلب الأول، ثم أبين قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد في المطلب الثاني،أماالمطلب الثالث فسوف يكون للحديث عن قواعد التفسير من خارج العقد.

المطلب الأول: حالات الغموض.

الحديث هنا عن الحالات التي تكون فيها العبارات غامضة، فأول ما يقتضى تحديده في عملية التفسير هو وضع معيار يفصل بين الغموض والوضوح، فطالما أن القاضي لا يتدخل مفسرا في العقد إلا في حال الغموض،[3] فالنص يعتبر غامضا في حالة عدم التطابق بين الإرادتين

---

[1] استئناف حقوق رقم (352) لسنة 1998 م الصادر عن محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله بتاريخ 1998/12/27.

[2] تمييز حقوق رقم 226 لسنة 1963 الصادر بتاريخ 1963/9/29 منشورات مركز عدالة.

[3] د. العوجي، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 705-706.

الظاهرة والباطنة، وقد يكون مرد عدم التطابق راجعا إلىالألفاظ ذاتها،أو في اتصالها بالإرادة الحقيقية،أو التضارب فيما بينهما.[1]

وجميع حالات غموض العبارة يجمعها قاسم مشترك، وهو الشك المتولد في نفس القاضي مما شاب العقد من غموض وإبهام، فيأتي دوره في كشف هذا الغموض وإزالة التناقض بين الإرادتين.[2]

ويرى الدكتور منذر الفضل أن المقصود بالغموض" هو عدم التوافق بين الألفاظوالإرادة الحقيقية للطرفين والغموض والنقصأهمحالات التفسير للعقد المدني يضاف لها حالتي تنافر المعنى الحرفي للألفاظ الواضحة مع نية الطرفين وتنافر الشروط الواضحة للاتفاق"،[3] وسوف أتناول كل منها في فرع مستقل تباعا.

الفرع الأول: الغموض والنقص.

الغموض وان تنوعت صوره وأسبابه،إلا انه يجمعها عدم التوافق بين الألفاظوالإرادة الحقيقية للطرفين، فقد يكون مصدر عدم التوافق عدم كفاءة التعبير ذاته، مما يؤدي إلى تشويش المعنى، كذلك قد يعود سبب عدم التوافق في انفصام عرى الاتصال بين اللفظ والفكرة التي يعبر عنها.[4]

ومن الأمثلة على غموض النص أن يرد في كتاب صادر عن شخص أنه " إن شاء الله سيبيعه بستانه لقاء ثمن محدد في حال هاجر البلد " أوأن يرد في مستند نصي أنه " يرغب في أن تأول أمواله لابنه بعد وفاته" أو أن يعقد عقد تأمين على الحياة لمصلحة زوجته وأولادهالأحياء الذين يعيشون معها عند الوفاة "، ففي كل هذه الأمثلة لا بد من تحديد مفهوم كلمة " إن شاء الله" وتحديد مفهوم كلمة "يرغب" وتحديد مفهوم كلمة " الأولاد الأحياء ".

---

[1] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 80.

[2] **المرجع السابق**. ص 80.

[3] د . الفضل، منذر: **مرجع سابق**. ص 202.

[4] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 76.

فهل تعني كلمة " إن شاء الله " أنها استعملت كصيغة كلام فيها من التقوى والالتزام بأن لا يقول الإنسان انه فاعل ذلك غدا إلاإذا شاء الله، فيكون بذلك عقد البيع تاما أمأنها تعبير عن رغبة غير متكاملة العناصر،[1] وهل تعني كلمة " يرغب " أنها تعبر عن الإيحاء وان الوصية مكتملة العناصر أم انها تعبير عن رغبة فقط لم تتخذ الصيغة النهائية بعد،[2] وهل جملة" الأولادالأحياء الذين يعيشون مع الزوجة " تشمل الجنين الذي ولد بعد الوفاة من الأب المتوفى أم لا ؟.[3]

ومن البديهي أن دور القاضي يأتي هنا لإزالة الغموض ورفع الإبهام واللبس عن عبارات العقد.[4]

وتجدر الإشارة إلى أن الغموض قد يقع في الإرادة تماما كما يقع في اللفظ، فعدم صلاحية العبارة لنقل الإرادة الباطنة إلى العالم الخارجي رغم وضوحها الذاتي يولد اللبس والإبهام بالنسبة للتوصل إلى معرفة قصد المتعاقدين من هذه العبارات، فإذا حدث هذا التناقض فان الشك سيتسرب إلى نفس القاضي، وهي نفس النتيجة التي يحدثها غموض الإرادة الظاهرة، فمن يستخدم ألفاظا غامضة يبعث بذلك على الشك، كذلك من يستخدم ألفاظ واضحة بطريقة غامضة لا تعبر بجلاء عن إرادته فهو أيضا يوقع في الشك[5].

وان الغموض لا يتوافر في حالة الألفاظ المكتوبة فقط، وإنما يمتد ليشمل حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم كافة الالتزامات، بمعنى ان تكون عبارات العقد قاصرة في الكشف عن كم الالتزامات الحقيقية التي استخدمها المتعاقدين بالفعل، فيتم اللجوء إلى التفسير للكشف عن المراد الحقيقي.[6]

---

[1] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 331.

[2] د . العوجي، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 706 .

[3] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 331.

[4] د . الفضل، منذر: **مرجع سابق**. ص 202.

[5] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 76 – 77.

[6] **المرجع السابق** . ص 79.

الفرع الثاني: تعارض المعنى الحرفي للألفاظ مع نية الطرفين.

بّينا أن الأصل أن تكون العبارة الواضحة معبرة وبجلاء عن نية الطرفين، وبالتالي يلتزم القاضي بالمعنى الظاهر لها، إذ لا يفترض أن الشخص أرادأن يخالف بتعبيراته المعنى الشائع للألفاظ.

ولكن إذا كان القاضي سيلتزم بذلك، فليس مرده أن كل لفظ واضح في ذاته واضح بدوره في الكشف عن إرادة معبره،إذ كثيرا ما يسيء المتعاقدان التعبير عنإرادتهما، باختيار ألفاظ واضحة الدلالة على معنى مغاير للمعنى المقصود.

فدرجة وضوح العبارة تتوقف على عنصرين هامين: الأول، المادة اللغوية لها، والثاني القصد من استعمالها، وبقدر ما يكون التوافق بينهما بقدر ما يكون الوضوح، والفصل بينهما يعني الإبهام والغموض، فما قيمة مادة لغوية واضحة إذا أسيء استخدامها في التعبير عن الإرادة[1].

الفرع الثالث: تنافر الشروط الواضحة للاتفاق.

إن الغموض لا يتوافر فقط في الكلام إنما يمكن أن يحصل أيضا عند تعارض شروط العقد مع بعضها أو شروط مستنداآخر له علاقة بالموضوع ذاته،[2] فإنه يتم عندئذ التساؤل عن الحل لو أن بعض شروط العقد الواضحة في ذاتها، والمتفقة مع نية الطرفين، يتسرب إليها التعارض والغموض إذا ما قربت من بعضها . كوجود شرط أخر بذات العقد يرتب رهنا حول نفس العين لصالح الشخص الذي ذكر في الشرط الاول كمشتر،إذ بتقريب هذين الشرطين عند تنفيذهما يثور التعارض والإبهام، رغم أن كل منهما واضح إذا نظر إليه منعزلا عن الآخر، فعندئذ يتعين إزالة التعارض القائم وذلك باللجوء إلى التفسير لاستظهار النية الحقيقية للطرفين.[3]

---

[1] **المرجع السابق** . ص 78.

[2] د. العوجي، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 707.

[3] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 80.

المطلب الثاني: قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد.

يقصد بقواعد التفسير المستمدة من داخل العقد تلك القواعد التي تهدف إلى التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين من خلال عبارات العقد، ومن هذه القواعد ما نص عليها المشرع مثل قاعدة " إعمال الكلام أولى من إهماله "،[1] وكذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث جاء فيها " إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات[2]"، وسوف أتطرق إلى هذه القواعد على حده في فروع مستقلة .

الفرع الأول: قاعدةإعمال الكلام أولى من إهماله.

ومؤدى هذه القاعدة في هذا المقام إعمال كل كلام العقد، على اعتبار أن العقد يمثل كلاً لا يتجزأ وشروطه متكاملة يشرح كل منها الآخر ويوضحه، فعبارات العقد مجتمعة، يفسر بعضها بعضاً.[3]

فتفسير بنود العقد يتم بصورة متناسقة بعضها مع بعض، فإذا وجد في العقد شرطان صريحان إلاأنأحدهما يناقض الآخر، فانه يتوجب على القاضي عندئذ ترجيح احدهما على الآخر بحيث يكون متناسبا مع باقي شروط العقد.[4]

ومثال ذلك أن يرد في عقد تأمين على نقل بضاعة أن هذا العقد يشمل الأضرار الناتجة عن خطأ غير قصدي من الناقل، ومن ثم يأتي شرط أخر وينص على أن الناقل لا يسأل إلا عن الأضرار الناتجة عن فعل الغير، فلا شك أن تفسير الشرطين يملي اعتبار عبارة (تشمل) الأضرار

---

[1] نص المادة 60 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

[2] يقابلها المادة 150 من القانون المدني المصري.

[3] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 332.

[4] د . العوجي، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 713.

الناتجة عن خطأ غير قصدي عن الناقل أنها تعني الأضرار الحاصلة للبضاعة بالمطلق ومن ضمنها تلك الناتجة عن خطأ الناقل غير القصدي، فيرجح هذا الشرط على الثاني.[1]

كذلك إن كانت عبارة العقد تحمل أكثر من معنى فانه يتوجب أن تحمل على المعنى الذي ينتج اثراً قانونيا،[2] ويجب تجريدها من المعنى الذي ينفي عنها كل أثرأو الذي يرتب أثراً مخالفاً للنظام العام إعمالا لقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله[3].

كما أن في إعمال هذه القاعدة الخروج بحل لإشكالية أن اللفظ يفيد معنى التأكيد لمعنى سابق والتأسيس لمعنى جديد في آن واحد[4]، فيحمل اللفظ على التأسيس لأنه أولى من التأكيد، وبعبارة أخرى الإفادة أولى من الإعادة، ولأنه لما كان اللفظ في الأصل إنما وضع لإفادة معنى غير ذلك الذي يستفاد من غيره، فان حمله على التأكيد دون التأسيس إهمال لوضعه الأصلي.[5]

ومثال ذلك كما لو أقر شخص بأنه مدين لأخر بعشرة دنانير مثلا بدون أن يذكر سبب الدين،وأعطى سندا بذلك، وأشهد على نفسه ثم بعد ذلك أقر نفسه مرة ثانية بعشرة دنانير أيضاً، وعلى سند له ولم يبين سند الدين يحمل إقراره في كلتا المرتين على تأسيس، ويعتبر دين السند الثاني غير دين السند الأول، لا أن السند الثاني كتب تأكيداً للسند الأول وانما هو التزام مستقل.[6]

الفرع الثاني: طبيعة التعامل.

يقصد بطبيعة التعامل، طبيعة العقد ذاته،[7] والمقصود هنا موضوع العقد لأن العقد يفسر حسب طبيعته كأن يكون هبة أو بيع أو رهن أو إجارة،فإذا احتملت عبارة العقد معاني متعددة اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة التصرف القانوني، فلو اشترط المعير في عارية

---

[1] **المرجع السابق.** ص 713 –714.

[2] د . تناغو، سمير عبد السيد : **مرجع سابق.** ص 146.

[3] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق.** ص 128–129.

[4] التأكيد هو اللفظ الذي يقصد به تقرير وتقوية معنى لفظ سابق له ويقال له إعادة، أما التأسيس فهو اللفظ الذي يفيد معنى لو يفده اللفظ السابق له ويقال له إفادة.

[5] د . داود، أحمد محمد علي: **المرجع سابق. ج** 3. ص 772.

[6] د . داود، أحمد محمد علي: **المرجع سابق. ج** 3. ص 772.

[7] د . الفضل، منذر:–. **مرجع سابق** . ص 202.

الاستعمال رد الشيء المستعار أو مثله، فان ذلك لايفسر على انه عارية استهلاك وإنما قصد المتعاقدان أن يلتزم المستعير في حالة هلاك الشيء برد مثله، لا أن يدفع تعويضاً نقدياً.[1]

ومن أمثلة ذلك أيضا إذا ما اتفق المتعاقدان على نقل حق الانتفاع والاستغلال من عين ما دون نقل الملكية ومقابل ثمن معين، فإنهما يكونان قد نظما عقد إجارة، وقد ارتضيا بالتنظيم القانوني الذي وضعه المشرع لهذا العقد، وبالتالي فان تفسير عبارات العقد سيتم بما يتم تقتضيه طبيعة هذا العقد.

وتجدر الإشارةإلىإن لكل عقد طبيعته الخاصة التي تختلف عن غيره من العقود فلكل عقد أحكام معينة تتفق مع هذه الطبيعة الخاصة به، فاتفاق المتعاقدان على نوع العقد يفيد رضاهما بسريان الأحكام التي تتناسب معه،[2] كونهما قد ادخلا في حسابهما خضوع هذا العقد الذي ابرماه لتلك الأحكام عند تعاقدهما،[3] ويترتب على ذلك ضرورة تفسير عبارات العقد بناء على نوع العقد وطبيعته واستبعاد المعنى الذي يتعارض مع الطبيعة الخاصة بالعقد.

كذلك يتم اللجوء إلى طبيعة العقد في حالة خلو العقد من تنظيم مسألة ما ويستكمل العقد وفق التنظيم التشريعي لهذا العقد، فالقواعد المكملة في نصوص القانون وضعت لاستكمال ما أغفله المتعاقدان، فلو ذكر مثلا بأن مدة العقد سنة واحدة، وكانت هناك قاعدة قانونية مكملة تقتضي بأن تحسب المدة بالتقويم الميلادي ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك، احتسبت السنة بهذا التقويم.[4]

الفرع الثالث: الأمانة والثقة.

يقصد بالأمانة والثقة: شرف التعامل في تفهم كل متعاقد للتعبير الصادر عن المتعاقد الآخر،[5]فليس لأحد المتعاقدين إذاتبين له أن في تعبير المتعاقد الآخر خطأ أو لبس أو قصور، أن

---

[1] د . أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 133.

[2] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص 64.

[3] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. **مرجع سابق**. ج 1. ص679.

[4] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 334.

[5] أ د. سلطان، أنور: **مرجع سابق**. ص 198.

يستغل هذا النقص لتحقيق فائدة لا حق له فيها، فالأمانة تقضي عليه ألا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير،[1] بل يجب أن تفسر عبارة العقد غير الواضحة على نحو يكفل الأمانة والثقة.[2]

فالأمانة واجب على المتعاقد والثقة حق له، ومثال ذلك أن من وجه إليهالإيجاب يجب أن يفهم عباراته بما تقتضيه الأمانة في التعامل،فإذا كان هناك خطأ في التعبير أو لبس، واستطاع أن يتبين ذلك أو كان بمقدوره أن يتبيّنه، فالأمانة في التعامل تقضي عليه ألا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان بإمكانه أن يفهمه، ويقابل هذا الواجب حق له، فلمن وجه إليهالإيجابأن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذي قصده الموجب.[3]

الفرع الرابع: الاستهداء بروح العقد والغرض منه.

إن العقد في الحقيقة ما هو إلا وسيلة لتحقيق غرض اقتصادي معين، ومن ثم يمكن للقاضي الاستعانة بهذا الغرض في تحديد المعاني الغامضة لبعض الشروط، كما يمكنه أن يستند إلى روح العقد والغرض منه، إذا وجدت عبارة يمكن تأويلها إلىأكثر من معنى.[4]

ويقول الدكتور توفيق حسن فرج " يمكن للقاضي أن يستنير ببعض العوامل الأخرى التي قد تعينه في التفسير، فإذا وجدت عبارات يمكن تأويلها إلىأكثر من معنى، كان عليه أن يأخذ بالمعنى الذي يعد أكثر انطباقاً على روح العقد والغرض منه ....".[5]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية في النقض المدني رقم 2009/435 بأنه " ولما كان الثابت في عقد الإيجار المبرز (م/ا) أن الغرض من الإجارة هو استعمال المأجور مدرسة خاصة، ولما كانت الغاية من هذا الاستعمال لا تتحقق إلا بوجود ساحة ملحقة كملعب وموقع لاصطفاف الطلاب ولذلك فان الساحة تعد من ملحقات المأجور ولو لم تذكر في عقد الإيجار

---

[1] د. أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 133. .

[2] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 333.

[3] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد:**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق**. ج 1. ص 680 .

[4] د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 284.

[5] د. فرج، توفيق حسن: **مرجع سابق**. ص 620.

وبناء على ذلك، فإن ما قررته محكمة الاستئناف من أن الساحة، ليست جزءاً من المأجور وفقا لعقد الإيجار الذي يقتصر على البناء الموصوف فقط يغدو غير وارد ومخالف للغاية من الانتفاع بالمأجور "[1]

المطلب الثالث: قواعد التفسير المستمدة من خارج العقد.

يقصد بقواعد التفسير الخارجي تلك الوسائل التي تساعد في الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين من مصادر خارج الصيغة التعاقدية، وإن معظم هذه الوسائل ورغم عدم النص عليها في التشريع إلا انه يمكن الركون إليها بالاستناد لقواعد العدالة والإنصاف والقاضي وعند الاستعانة بهذه الوسائل إماأن يكتفي بما تتضمنه أوراق الدعوى من مستندات تكشف عن النية المشتركة،وإماأن يجري تحقيقا ليستكمل ما لديه من نقص وذلك بتكليف من يدعي وجود نية مغايرة أن يقدم ما لديه من أدلة ومن هذه الوسائل العرف الجاري في المعاملات، وطريقة تنفيذ العقد، وظروف المتعاقدين المحيطة بالعقد، ومحاضر التفاوض السابقة لإبرام العقد، وسوف أتناول هذه القواعد كل على حده في فروع مستقلة .

الفرع الأول: العرف الجاري في المعاملات.

يقصد بالعرف الجاري اعتياد الناس على نوع من السلوك مع الاعتقاد بأنه ملزم لهم في معاملاتهم، وأن مخالفته تستتبع توقيع الجزاء،[2] ويعتبر من العوامل المهمة في تفسير العقود،[3] فالعقد يفسر طبقا لما يقتضيه العرف الجاري في التعامل،فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف.[4]

وقد نصت المادة (36) من مجلة الأحكام العدلية على أن " العادة محكمة "، وأصل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم "ما رآهالمسلمون حسناً فهو عند الله حسن"، وتكون العادة محكمة

---

[1] قرار نقض رقم 435 لسنة 2009 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله بتاريخ 2010/5/31 .

[2] د. الفار، عبد القادر: **مرجع سابق**. ص 84 .

[3] د. الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص 65 .

[4] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق** . ج 1. ص 683 .

إذا أطردت أو غلبت كما نصت المادة(43) على أن " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" ونصت المادة (44) على أن " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم "، كذلك نصت المادة (45) على أن " التعين بالعرف كالتعين بالنص"، فجميع هذه النصوص تناولت أثر العرف سواء أكان عاما أم خاصا بمهنة كالتجار في استكمال مضمون العقد وإنزاله منزلة القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين.[1]

وتطبيقا لدور العرف في تفسير العقود قضت محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في القرار رقم 1993/1187 الصادر بتاريخ 1994/2/6 بأنه " 1- إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين،أماإذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات، وعليه وحيث أن بداية الإيجار هي في الخامس عشر وتدفع كل أخر شهر، فإن التفسير الصحيح لكلمة (شهر) الواردة بعقد الإيجار المبرم بين الطرفين هو الشهر العقدي الذي يبدأ في الخامس عشر من كل شهر ميلادي وينتهي في الخامس عشر من كل شهر يليه ".[2]

وإن لتطبيق العرف في استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين شرطان وهما عدم الاتفاق على استبعاد تطبيق أحكام العرف على العلاقة بينهما، وان لا يكون هذا العرف مخالف لأحكام قاعدة قانونية آمرة.[3]

وتجدر الإشارة إلى أن العرف عندما يكون عاملا من عوامل التفسير يختلف عن العرف عندما يكون مصدرا من مصادر التنظيم القانوني، فالقاضي وعند مخالفته للعرف في الحالة الأولى لن يكون حكمه عرضة للنقض، أما مخالفة العرف في الحالة الثانية يجعل من الحكم عرضة للنقض.[4]

---

[1] أ د .سلطان، أنور: **مرجع سابق**. ص 202.

[2] تمييز حقوق رقم 1993/1187 الصادر بتاريخ 1994/2/6 منشورات مركز عدالة.

[3] تراجع المادة(4) من قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1966 للمزيد د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص 65 .

[4] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. **مرجع سابق**. ج 1. ص 684 .

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفلسطيني قد ذكر العرف الجاري في المعاملات كوسيلة لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين وذلك في الفقرة الثانية في المادة (165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

الفرع الثاني: طريقة تنفيذ العقد .

إن الحديث هنا عن الظروف اللاحقة لإبرام العقد، ويقصد بها سلوك المتعاقدين بعد إبرام العقد، وما اتخذاه بشأن وضع تعاقدهما موضع التطبيق،[1] فبذلك تتضح إرادة المتعاقدين في الطريقة التي ينفذان بها العقد،فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن، فسرت إرادتهما في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها،[2] ويعتبر ذلك أفضل تفسير يقدم للعقد كون أن المتعاقدين وبإرادتهما يفسران شروطه عمليا .[3]

ومثال ذلك أن يغفل عقد الإيجار عن ذكر مكان دفع الأجرة، وأن القواعد العامة تقضي بدفعها في محل المستأجر ولكن المستأجر يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر، فإن ذلك يحمل على أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة في هذا المحل .[4]

ويشترط لكي يصبح التنفيذ معبرا عن النية المشتركة للمتعاقدين توافر مجموعة من الشروط مجتمعة وهي :

1. أن يكون التنفيذ إرادياً: بمعنى أن تتجه الإرادة مختارة إلى هذا التنفيذ، فإذا جاء نتيجة خطأ وقع فيه المتعاقد فلا يصلح التمسك به كطريقة من طرق التفسير .
2. يجب أن يكون صريحا: بمعنى انتهاج طريقة في التنفيذ مغايرة للمعنى الظاهر للشرط يجب أن تكون واضحة وقاطعة في هذا التفسير.

---

[1] د. فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق**. ص 149.

[2] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد : **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق**. ج 1. ص 684 .

[3] د. فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 149 .

[4] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق**. ج 1 . ص 684 .

3. التكرار: بمعنى أن تستمر هذه الطريقة في التنفيذ مدة من الزمن، وأن تكون هذه المدة طويلة نسبيا إلى الحد الذي يقنع قاضي الموضوع أن هناك استقرار بهذا الصدد[1].

وتطبيقا لدور طريقة تنفيذ العقد في تفسير العقود قضت محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (1977/226) الصادر بتاريخ 1977/10/24 بأنه " القاعدة في تفسير العقود أنه يقتضي على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار سلوك الطرفين في تنفيذ العقد للاستدلال منه على إرادة المتعاقدين حين العقد "،[2]كذلك قضت في القضية رقم (1977/338) الصادر بتاريخ 1978/12/26 بأنه " القاعدة أنه إذا تعارض شرط في العقد مطبوع مع شرط مكتوب باليد، فيعتبر الشرط المكتوب باليد وحده ملزما للفريقين على أساس أنه يعبر عن إرادتهما .... وأن سلوك الفريقين في تنفيذ العقد هو تعبير عن إرادتهما التي اتفقا عليها فيلتزمان بما اتفقا عليه ".[3]

الفرع الثالث: ظروف المتعاقدين المحيطة بالعقد والمفاوضات السابقة له

يقصد بظروف المتعاقدين المحيطة بالعقد ظروف الواقع وتنقسم إلى قسمين: ظروف شخصية، وأخرى موضوعية، ويقصد بالظروف الشخصية حالة المتعاقدين وقت التعاقد، وينظر إلى تلك الظروف من نواح متعددة .[4]

من حيث الصفة: فالمتعاقد المثقف يختلف عن الجاهل، والمثقف ثقافة قانونية يختلف عن المثقف ثقافة عامة، إذ لكل منهم مفهوم يختلف عن الآخر لما يستعمله من عبارات .

من حيث المهنة: فالتاجر المتخصص في تجارة معينة يختلف عن المبتدئ، وكذلك يختلف عن الشخص العادي، إذا ما تعلق الأمر بإبرام عقد متعلق بهذه المهنة .

---

[1] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 150.

[2] تمييز حقوق رقم 1977/266 الصادر بتاريخ 1977/10/24 منشورات مركز عدالة .

[3] تمييز حقوق رقم 388 لسنة 1977 الصادر بتاريخ 1978/12/26 والمنشور على الصفحة 195من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1978/1/1 منشورات مركز عدالة .

[4] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق**. ص 145.

من حيث العادات الشخصية: إذ يتعين على القاضي أن ينظر إليها بعين الاعتبار، فهي ستعينه كثيرا في استخلاص إرادة الطرفين .

من حيث العلاقة الشخصية بين طرفي العقد : فعلى القاضي مراعاة فيما إذا كان العقد بين طرفين تربطهما علاقة قرابة أو زوجية فالعلاقة بين هؤلاء تختلف عن العلاقة بين أشخاص لا تربطهم أية صلة فيكون الطرفان في هذه الحالة أكثر عناية وحذر عند الصياغة، كما أن التعاقد لأول مرة بين طرفين يتطلب عناية أكثر مقارنة بالصياغة عند تكرار نفس الطرفين لنفس النوع من المعاملة، بحيث لا يكترثان بالصياغة اعتمادا على الثقة المتبادلة بينهما، فعلى القاضي أن يدخل ذلك في اعتباره .[1]

ويقصد بالظروف الموضوعية تلك الحالات الواقعية الملموسة،سواء كانت ذات تأثير مباشر أو غير مباشر على المضمون،[2] ومثال ذلك ما قد يرد من الشروط المطبوعة التي لا معنى لها في عقد ولم يردها الأطراف وقت العقد، فالشروط الواردة على نماذج عقود الإيجار المتعلقة بشروط استعمال المصعد وصيانته في العقار الذي لا يوجد فيه مصعداً فهذه الظروف تؤدي إلى استبعاد تلك الشروط .[3]

كذلك للمفاوضات السابقة على إبرام العقد دور كبير في استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، فهي تساعد في الكشف عن مضمون عبارات العقد .[4]

ويرى الباحث أن الركون لمحاضر التفاوض للكشف عن حقيقة إرادة الطرفين مرهون بعدم وجود شرط الجب والحلول .

---

[1] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق**. ص 145-146.

[2] **المرجع السابق** . ص 146.

[3] د . الأهواني، حسام الدين كامل: **مصادر الالتزام – المصادر الإرادية –.مرجع سابق** . ص 198.

[4] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 332.

الفصل الثالث

التفسير في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ودور محكمة النقض.

بعد أن تطرقت في الفصل الأول والثانيإلى عملية التفسير بدءاً بتعريف التفسير كمدخل ثم الحديث عن قواعد التفسير الشخصية التي يستعين بها القاضي في عملية التفسير للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فسوف أتحدث في هذا الفصل عن قواعد تفسير العقد في الحالة التي استحال فيها على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وذلك في المبحث الأول أما المبحث الثاني فسوف يكون للحديث عن دور محكمة النقض في عملية التفسير ومدى رقابتها على تلك العملية .

المبحث الأول: قواعد التفسير الموضوعية.

بينا في ما سبق أن القاضي قد يلجأ إلى القواعد الداخلية والتي يستمدها من العقد ذاته للوصول إلى النية المشتركة وإذا ما أخفق في ذلك فإنه يلجأ إلى القواعد الخارجية لتفسير العقد، وقد يلجأ في بعض الأحيان إلى قواعد الإثبات .

إلا أن القاضي وبالرغم من اللجوء إلى تلك القواعد قد يجد أنها لم تكن كافية ولم تسعفه وهو بحاجة إلى فض النزاع ورفع اللبس عن العقد لتمكين أطرافه من تنفيذ التزاماتهم .

إن المشرع الفلسطيني وعلى غرار معظم التشريعات منح للقاضي قواعد تفسير موضوعية يلجأ أليها عند قصور قواعد التفسير الشخصية واستحالة استظهار النية المشتركة .

وسوف أتناول في هذا المبحث قواعد التفسير الموضوعية التي تمكن القاضي من فض النزاع في العقد والتي تفرض عليه أن لا يعطي للعقد معنى مخالف للمعنى الذي يحقق مصلحة الطرف المدين والاستثناء الوارد على تلك القاعدة لذلك فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين خصصت المطلب الأول للحديث عن القاعدة العامة وهي تفسير الشك لمصلحة المدين أما المطلب الثاني

سيكون للحديث عن الاستثناء الوارد على هذه القاعدة والمتمثل بتفسير الشك في عقد الإذعان لمصلحة المذعن .

المطلب الأول: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين.

إن الحديث عن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين في مادة التفسير يتطلب الحديث عن مدلول هذه القاعدة وشروط تطبيقها وأساسها القانوني وأخيرا نطاق تطبيقها وسوف أتناول كل منها في فرع مستقل .

الفرع الأول: مفهوم قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين .

يتحقق الشك في التعرف على الإرادة الحقيقية عندما يتجاوز الأمر الحالة التي تكون فيها عبارات العقد غير واضحة، إذ أن عدم وضوح العبارة يفرض على القاضي واجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين مسترشداً بالقواعد سالفة الذكر، فإذا تمكن من تحديد النية المشتركة فإنه بذلك يكون قد قطع كل شك في هذا الشأن .[1]

وقد لا يتوصل القاضي من خلال بحثه السابق إلى الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين،[2]كون أن عبارات العقد تحمل أكثر من معنى واحد، دون أن يكون هناك ما يرجح أحداها،[3] فإنه يتعين على القاضي هنا الأخذ بقواعد العدالة وحسن النية لحل هذا الإشكال وذلك بتفسير هذا الشك لمصلحة أحد المتعاقدين .[4]

وقد كان من الطبيعي أن ينحاز المشرع في معظم التشريعات إلى جانب المدين فيفرض على القاضي أن يفسر الشك لمصلحته .[5]

---

[1] د. تناغو، سمير عبد السيد: **مرجع سابق** . ص 148.

[2] د. الجمال، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 213 .

[3] د. فرج، توفيق حسن: **مرجع سابق**. ص 621.

[4] أ د. سلطان، أنور: **مرجع سابق**. ص 206.

[5] د. الجمال، مصطفى : **مرجع سابق**. ص 213 .

فقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين تتحدد عندما يصل القاضي إلى نتيجة مفادها أن التفسير ليس مستحيلا، إلا أنه غير ممكن أن يتم على وجه واحد دون أن يكون هناك شك .[1]

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو المقصود بالمدين ؟

هل يقصد به من يكون مديناً بالنسبة للعقد في جملته ؟

إن لفظ المدين في هذا الصدد له معنى خاص مختلف عن المعنى العادي، ويقصد به الطرف الذي يتحمل عبء الشرط محل التفسير محل الشك،[2] أو بمعنى أخر الطرف الذي يقع على عاتقه الالتزام بموجب الشرط الذي شابه غموض، بغض النظر عن وضعه بالنسبة للعقد في جملته حتى لو كان دائناً .[3]

فإذا كان القاضي بصدد عقد ملزم لجانب واحد تعين عليه أن يفسر الشك لمصلحة المدين وضد مصلحة الدائن، أما إذا كنا بصدد عقد ملزم لجانبين، ومنشئ لالتزامات متبادلة على كل من طرفيه، تعين عليه تفسير الشك في التزامات كل طرف لصالح هذا الطرف، ففي عقد البيع مثلاً تفسر العبارات المتعلقة بالثمن لمصلحة المشتري وتفسر العبارات المتعلقة بالمبيع لمصلحة البائع.[4]

فالمدين بهذا المعنى الخاص قد يكون مديناً بالمعنى العادي وقد يكون دائناً، فإذا كان الشرط محل التفسير يتضمن فرض التزام على عاتق أحد المتعاقدين أو يشدد من مسؤوليته عن عدم تنفيذه بما يزيد على ما تقضي به القواعد العامة، فإن المدين في هذا الشرط هو بعينه المدين بالالتزام، ولا خلاف حول وجوب أن يكون تفسير هذا الشرط لمصلحته ، ولكن لو أن هذا الشرط يعفي هذا المتعاقد أو يخفف من التزاماته بأقل مما تقضي به القواعد العامة، فإن المتعاقد الآخرهو من يجب

---

[1] د. تناغو، سمير عبد السيد: **مرجع سابق**. ص 148.

[2] د. الجمال، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 214 .

[3] د. فرج، توفيق حسن: **مرجع سابق**. ص 622.

[4] د. الجمال، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 214 .

أن يفسر الشرط لمصلحته لأنه هو المدين بالنسبة لهذا الشرط كونه هو من يتحمل عبء هذا الشرط .[1]

الفرع الثاني: شروط تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدين.

لمّا كانت قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، لا تستند إلنية الطرفين، لذلك كان لا بد من التحرز في تطبيقها، فلا يجوز اللجوء إليها إلا بتوافر شروط ذلك مجتمعة وهي:

أولا: وجود مبرر للتفسير.

فإذا كانت عبارات العقد واضحة الدلالة في ظاهرها، ويمكن من خلالها استجلاء إرادة الطرفين المشتركة، فلا مبرر لإعمال هذه القاعدة، ويجب تطبيق أحكام العقد حتى لو كان في غير صالح المدين،[2] أما إذا كانت عبارات العقد غامضة ولها معاني مختلفة واستحال ترجيح أحد هذه المعاني وعجز القاضي عن التوصل إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين فإنه يلجأ لتطبيق هذه القاعدة.[3]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في التمييز رقم 1984/765 الصادر بتاريخ 1985/2/27 بأنه "لا يصار إلى تفسير العقد إذا كانت عباراته واضحة الدلالة".[4]

ثانياً: استنفاذ وسائل التفسير الشخصي

لما كان الغرض من تفسير العقد هو الوقوف على حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين،إذ أن هذه الإرادة هي العنصر الجوهري في العقد، فلا يتم اللجوء إلى الافتراض إلا بعد استنفاذ كافة الوسائل التي من خلالها يمكن الوقوف على حقيقة هذه الإرادة دون الوصول إليها،[5]فعجز القاضي عن

---

[1] د . الجمال،مصطفى:**مرجع سابق**. ص 214.

[2] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق**. ص 66.

[3] د . فرج، توفيق حسن: **مرجع سابق**. ص 621.

[4] تمييز حقوق رقم 1984/765 الصادر بتاريخ 1985/2/27 المنشور على الصفحة 1189 من مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1985/1/1 منشورات مركز عدالة.

[5] تراجع المادة (61) من مجلة الاحكام العدلية للمزيد د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق** . ص 307.

استقصاء الإرادة المشتركة للمتعاقدين،بإتباع قواعد التفسير هو ما يبرر اللجوء إلى تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين .[1]

فإذا ما اتفق البائع مع المشتري على أن يقوم الأخير بدفع ثمن البضاعة خلال مدة شهر دون بيان تاريخ الاستحقاق ولم يكن هناك أية ظروف خارجية يمكن اللجوء إليها لبيان تاريخ الاستحقاق ولم يتمكن القاضي من التوصل إلىالإرادة المشتركة للمتعاقدين بالاستناد إلى كافة وسائل التفسير فعندها لا يكون هناك ما يمنع من تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدين – المشتري– وعليه فإن تاريخ الاستحقاق يكون حتى نهاية الشهر، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في الدعوى رقم 1979/217 الصادر بتاريخ 1979/7/23 بأنه " تنص المادة 240 من القانون المدني على أن الشك يفسر في مصلحة المدين، وعليه فإذا حدد استحقاق مبلغ من المال خلال شهر معين دون بيان تاريخ الاستحقاق فيفسر العقد لمصلحة المدين بحيث يكون الاستحقاق مؤجلا إلى نهاية هذا الشهر ولا يكون مستحقا قبل ذك ..... وإن الدعوى التي تقام قبل الاستحقاق تعتبر باطلة ولا يصححها حلول الأجل خلال المرافعة لأن صحة الدعوى أو بطلانها إنما يتقرر بحسب أوضاعها القانونية عند رفعها".[2]

ثالثاً: ثبوت الشك في التعرف على النية المشتركة.

إذا استمر الشك في التعرف على النية المشتركة رغم استخدام وسائل التفسير سواء من داخل العقد أو من العوامل الخارجية،[3] وكانت عبارات العقد تحمل أكثر من معنى واستحال على القاضي ترجيح أحد تلك المعاني فنكون أمام شك يبيح لنا تغليب إرادة الطرف المدين.[4]

---

[1] أ د .سلطان، أنور: **مرجع سابق.** ص 206.

[2] تمييز حقوق رقم 1979/217الصادر بتاريخ 1979/7/23 المنشور على الصفحة 1690 من مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1979/1/1 منشورات مركز عدالة .

[3] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق.** ص 308.

[4] د . تناغو، سمير عبد السيد : **مرجع سابق.** ص 148.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري " إذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد، وبقي الشك يكتشف إرادة المتعاقدين المشتركة رغم إعمالالأحكام التفسير، فسر هذا الشك في مصلحة المدين دون الدائن "

رابعاً: حسن نية المدين

يشترط لتطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين أن لا يكون له ذنب في غموض عبارات العقد، فسوء النية أو الإهمال من جانب المدين يتنافى مع المبرر والأساس الذي قامت عليه هذه القاعدة، فلا حماية للمدين سيء النية أو المهمل[1].

الفرع الثالث: مبررات قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين وأساسها القانوني وفق التشريع في فلسطين

البند الأول: مبررات القاعدة.

تستند هذه القاعدة إلى مجموعة من المبررات اقتضتها قواعد العدالة وحماية الطرف الضعيف وحماية حسن النية، وتتمثل هذه المبررات فيما يلي:

أولاً: الأصل براءة الذمة.

الأصل في الإنسان هو براءة ذمته،[2] والالتزام خروج على هذا الأصل واستثناء عليه،[3]فمن يريد مخالفة الأصل عليه إقامة الدليل على ذلك فإذا ثار الشك حول وجود الالتزام أو مداه فسر لصالح المدين،[4] إذ لا يمكن مخالفة الأصل اعتماداً على الشك وحده .[5]

---

[1] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 308.

[2] تراجع المادة (8) من مجلة الاحكام العدلية، وكذلك المادة (73) من القانون المدني الاردني .

[3] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق.** ج 1. ص 686.

[4] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق.** ص 308.

[5] د . تناغو، سمير عبد السيد : **مرجع سابق.** ص 149.

ويكون ذلك بالأخذ بالمدى الضيق الذي يمكن أن تحتمله عبارات العقد في تحديد التزامات المدين،[1] على اعتبار أن هذا المدى الضيق يمثل القدر المتيقن الذي اتجهت إليهإرادة المدين.[2]

ثانياً: الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام .

فإذا أثبت الدائن بعض الالتزام ولم يثبت البعض الأخر الذي يدعيه،[3]وكانت عبارات العقد تحتمل مدى أوسع للالتزام، فلا مناص من الأخذ بالمدى الضيق للالتزام الذي تمسك به المدين كونه المدى الذي قام عليه الدليل.[4]

ويرى الباحث أن أساس هذا المبرر قاعدة الإثبات التي نصت عليها المادة (76) من مجلة الأحكام العدلية وهي " البينة للمدعي واليمين على من أنكر".

ثالثاً: العدالة

تقضي قواعد العدالة حماية الطرف الضعيف في العقد وهو المدين فالدائن هو من يفرض الالتزام وهو من يحدد شروطه،[5] ويملي هذه الشروط على المدين، فإذا كان أملاه يحوم حوله الشك الشك وجب تفسير الالتزام في مصلحة المدين، إذ كان بمقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لا يحوم الشك فيه،[6] فهو من أهمل فيجب أن يتحمل نتيجة إهماله.[7]

---

[1] د . أبو السعود،رمضان: **مصادر الالتزام** . ط 3 . الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر . 2003 . ص 210.

[2] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق.** ج 1. ص 686.

[3] د . تناغو، سمير عبد السيد : **مرجع سابق.** ص 149.

[4] د . أبو السعود،رمضان: مرجع **سابق.** ص 210 .

[5] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق.** ص 308.

[6] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق** . ج 1. ص 686.

[7] د . تناغو، سمير عبد السيد: **مرجع سابق.** ص 149.

البند الثاني: الأساس القانوني لقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين.

تنص المادة (166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه " يفسر الشك في مصلحة المدين".[1]

ويتضح من هذا النص أنه إذا تعذر على القاضي تفسير العبارات غير الواضحة والتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من إعمال قواعد التفسير، فعندئذ يتعين عليه أن يفسر الشك في عبارة العقد لمصلحة المدين، أي لمصلحة الشخص الذي يقع عليه عبء هذه العبارة،[2] وهذا الحكم مستمد من قواعد تفسير العقد في مجلة الأحكام العدلية، فهناك قواعد كلية ثلاث وردت فيها، تتظافر كلها في إقرار هذه القاعدة وهي.

أولاً: قاعدة " اليقين لا يزول بالشك "،[3] فإذا كان هناك شك في مديونية المدين، فاليقين أنه بريء الذمة ولا يزال هذا اليقين بالشك.

ثانياً: قاعدة " الأصل بقاء ما كان على ما كان "،[4] وبراءة الذمة يسبق المديونية فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين.

ثالثاً: قاعدة " الأصل براءة الذمة "،[5] فيفترض فيمن يدعى عليه بدين أنه بريء الذمة حتى يقيم من من يدعي الدليل القاطع على أن له دينا في ذمته، وإذا كان هناك شك في مديونية المدين فسر الشك في مصلحته.

الفرع الرابع: نطاق تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين.

إن نطاق تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين يكون عندما يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه مختلفة ومتعددة بحيث

---

[1] يقابلها المادة (151) من القانون المدني المصري والمادة (240) من القانون المدني الاردني .

[2] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق** . ص 335.

[3] المادة (4) من مجلة الاحكام العدلية .

[4] المادة (5) من مجلة الاحكام العدلية .

[5] المادة (8) من مجلة الاحكام العدلية .

يكون كل منها محق، ولا يمكن ترجيح إحداها على الأخر،[1] أما إذا استحال التفسير، ولم يستطع القاضي أن يرجح وجه على الأخر، فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين اتفقا عليها، بمعنى أن كل منهما أراد شيئاً لم يرده الأخر، ففي هذه الحالة لم ينعقد العقد أصلاً.[2]

ومن ناحية أخرى يجب أن يكون الشك مما يتعذر جلاؤه فإذا تمكن القاضي من الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين، واستطاع أن يزيل الغموض والشك وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة حتى لو كان التفسير في غير مصلحة المدين .[3]

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في النقض المدني رقم 169 لسنة 1944 بأنه " إن الاشتباه في الغرض المقصود من المشارطة الذي يجب معه تفسير المشارطة بما فيه الفائدة للمتعهد هو الاشتباه الذي يقوم في نفس القاضي لخلو الدعوى من دليل مقنع ".[4]

المطلب الثاني: تفسير الشك في عقد الإذعان لمصلحة المذعن.

إن الأصل في تفسير الشك في العقد بصفة عامة لمصلحة المدين كما سبق وأن بيّنا إلا أنه يرد استثناء على هذه القاعدة في عقود الإذعان، وذلك لما لها من خصوصية تميزها عن العقود الأخرى.

فالمشرع الفلسطيني وفي المادة (166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني وفي الفقرة الثانية منها نص على "2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن "،وكذلك المصري في المادة (151) من القانون المدني والاردني في المادة (240) من القانون المدني .

---

[1] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد : **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد .مرجع سابق.** ج 1. ص 687.

[2] د . أبو السعود، رمضان :**مرجع سابق** . ص 211 .

[3] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد : **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد .مرجع سابق** . ج 1. ص 687.

[4] نقض مدني بتاريخ 1944/12/14 ، نقلا عن د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد : **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد .مرجع سابق** . ج 1 .ص 687.

فالمشرع، واستثناء من الأصل، قرر حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان، وذلك بعدم جواز أن تفسر العبارات الغامضة في عقود الإذعان بشكل يضر بمصلحة الطرف المذعن سواء دائناً أو مديناً.[1]

وسوف أتناول من خلال هذا المطلب تعريف عقد الإذعان وطبيعته وتفسيره، وأساس تقرير قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن وذلك تباعاً.

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان.

بادئ ذي بدء لا بد من الإشارة إلى أن التشريعات لم تعط تعريفاً لعقد الإذعان تاركة الأمر للفقه الذي تولى مهمة تعريفه وبيان خصائصه مما أدى إلى عدم وجود إجماع على تعريف شامل لعقد الإذعان.

حيث عرّفه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري وهو أول من أطلق عليه تسمية الإذعان،[2]" قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، ولمّا كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه، فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه مجرد ولكنه مفروض عليه، وهذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلاً بعوامل نفسية ".[3]

---

[1] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 336.

[2] لقد أطلق الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري هذه التسمية لأن الإذعان يدل على الاضطرار في القبول وأن هذه التسمية أصح من التسمية الفرنسية التي قال بها الفقيه " سالي " حيث أطلق على هذه العقود في كتابه الإعلان عن الإرادة عقود الانضمام "contrts D adhesion "

[3] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد.مرجع سابق** . ج 1 .ص 244-245.

أما الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقد عرفه على أنه " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها ".[1]

كما عرفهالأستاذ الدكتور أنور سلطان بأنه " العقد الذي يكون أحد الطرفين فيه من القوة من الناحية الاقتصادية بحيث يفرض إرادته على الطرف الأخر، فيعرض عليه شروطاً يتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة، بحيث يكون القبول في مثل هذه الحالات أقرب إلى معنى التسليم فيه إلى معنى المشيئة ".[2]

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه " العقد الذي تكون فيه الشروط موضوعة مسبقاً من أحد المتعاقدين الذي ينفرد بوضع شروطه وبنوده، ولا يملك المتعاقد الأخر مساومتها أو مناقشتها، أو على الأقل مناقشة الشروط أو البنود الرئيسية، بحيث لا يكون له إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها ".[3]

ويرى الباحث أن عقد الإذعان هو " ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي لشروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها للجمهور بصورة معينة بحيث تكون تلك السلعة ضرورية والخدمة أساسية لا غنى عنها للمستهلكين ".

وتجدر الإشارةإلىإن التشريعات الإسلامية وإن كانت لا تعرف عقود الإذعان بالمعنى الذي نراه الآن في الفقه الغربي،إلا أن هذا لا يمنع من أنها كرهت أو حرمت الاحتكار بوجه عام وتعقبته في صورتين من صوره التي كانت مألوفة وقت ذلك: في بيع متلقي السلع وبيع الحاضر للبادي.[4]

---

[1] د . سوار، محمد وحيد الدين : **شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية** . دون ط . حلب: منشورات جامعة حلب. 1989–1990 . ج1 . 79 .

[2] أ د. سلطان،أنور: **مرجع سابق**. ص 50.

[3] أ د العربي، بلحاج : **مصادر الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والاجتهادات العربية والفرنسية – دراسة مقارنة** – . ط 1 . عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2015 . ص 217 .

[4] أ د .سلطان، أنور : **مرجع سابق** . ص 51.

مما سبق يظهر لنا جلياً بأن لعقود الإذعان خصائص معينة تميّزه عن غيره من العقود وأن هذه الخصائص تمثل شروطاً يجب توافرها مجتمعة لكي يصار إلى وصف العقد بأنه من عقود الإذعان وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني هذه الشروط،[1] وهي:

أولاً: أن يتعلق العقد بسلعة أو مرافق يعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين،[2] بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء المستهلكين عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجتهم اليومية دون أن يلحقهم أذى أو مشقة.[3]

ثانياً: احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها إلا لمنافسة محددة النطاق.[4]

ثالثاً: أن يكون الإيجاب موجهاً إلى الجمهور كافة بشروط مماثلة ولمدة غير محددة، وعادة ما تكون هذه الشروط مطبوعة ويقصد بها مصلحة الموجب ولا تجوز فيها المناقشة فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية، وأخرى تشدد من مسؤولية الطرف الأخر.[5]

الفرع الثاني: طبيعة عقد الإذعان .

إن تحديد طبيعة عقد الإذعان أثارت جدلاً كبيراً في الفقه،[6] وقد انقسم الفقه في طبيعة عقد عقد الإذعان إلى مذهبين رئيسيين، فالبعض يرى أن عقود الإذعان ليست عقود حقيقية ويذهب البعض الآخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود.[7]

---

[1] **المرجع السابق**. ص 51.

[2] **المرجع السابق**. ص 51.

[3] د . أبو السعود، رمضان: **مرجع سابق**. ص 82 .

[4] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. **مرجع سابق**. ج 1. ص 245.

[5] **المرجع السابق**. ج 1. ص 245.

[6] أ د . سلطان، أنور: **مرجع سابق**. ص 51.

[7] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. **مرجع سابق** . ج 1 .ص 246.

المذهب الأول: عقد الإذعان مركز قانوني منظم.

ذهب أصحاب هذا الاتجاه – وعلى رأسه سالي وتبعه في ذلك فقهاء القانون العام – إلى إنكار صفة التعاقد عن عقود الإذعان،[1] ويعود ذلك لانعدام حرية التعاقد فيها، فهي لا تعدو عن كونها مراكز قانونية تتميز باستقلال مقدم السلعة أو الخدمة في وضع أحكامها بحيث يقتصر دور المشتري على قبول سريان هذه الأحكام عليه .[2]

فالعقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد رضوخ، فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس بإتباعه، فيجب تفسيره كما يفسر القانون، ويرعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها.[3]

ويرى جانب من الفقه، أن عقد الإذعان مركز قانون منظم، يجب أن يعنى في تطبيقه بصالح العمل أولاً ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد.[4]

المذهب الثاني: عقد الإذعان عقد حقيقي.

ذهب أصحاب هذا الاتجاه – وهم غالبية فقهاء القانون المدني –، وهو ما يميل إليه الباحث، من أن عقد الإذعان عقد حقيقي، لأنه يتم بتوافق إرادتين،[5] ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية.[6]

---

[1] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد : **النظرية العامة للالتزامات – نظرية العقد** –. **مرجع سابق.** ص 283.

[2] د . أبو السعود، رمضان: **مرجع سابق.** ص 83 .

[3] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد : **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد .مرجع سابق** . ج 1 .ص 247.

[4] كما هو وارد لدى: د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق.** ج 1. ص 247.

[5] أ د .سلطان، أنور: **مرجع سابق.** ص 51.

[6] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد .مرجع سابق** . ج 1 .ص 247.

وإن عدم تعادل المراكز الاقتصادية لأطراف عقود الإذعان، وما يصحب ذلك من نتائج فمن الممكن علاجه، وذلك لا يكون بإنكار صفة العقد عنه، ولا بتفسيره كما يفسر القانون،[1] وإنما بطرق اقتصادية كجمع المستهلكين وتعاونهم لمقاومة جشع المحتكرين، وبأخرى قانونية وذلك من خلال تدخل المشرع لإبطال الشروط التعسفية التي درج المحتكرون على وضعها في هذا النوع من العقود.[2]

وقد أخذ المشرع الأردني بهذا الرأي وأتى بأحكام من شأنها التخفيف عن الطرف الضعيف في عقود الإذعان، فنص في المادة 204 من القانون المدني على أنه،[3] " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك "،[4] وقصد المشرع بهذا النص حماية المستهلكين من جشع المحتكرين بتخويل القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الإذعان أو إلغائها وإعفاء الطرف المذعن منها، وهذه السلطة التي لقاضي الموضوع لا يمكن نزعها منه أو الحد منها باتفاق خاص لأن مثل هذا الاتفاق يقع باطلاً كون ان ذلك يتعلق بالنظام العام [5]

الفرع الثالث: تفسير عقد الإذعان.

إن الحديث عن تفسير عقد الإذعان، يأتي بعد الاعتراف بالصفة العقدية له، إذ أن الاعتراف بهذه الصفة يوجب علينا الالتزام بتفسيره تفسير العقود لا القانون مع مراعاة ما نص عليه القانون بشأنه.

---

[1] **المرجع السابق**. ص 247.

[2] أ د. سلطان، أنور: مرجع**سابق**. ص 52.

[3] القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور على الصفحة الثانية من العدد 2645 من الجريدة الرسمية الاردنية بتاريخ 1976/8/1 .

[4] يقابلها نص المادة 149 من القانون المدني المصري .

[5] أ د .سلطان، أنور: **مرجع سابق** . ص 52.

وقد نصت المادة (166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني وتقابلها المادة (151) من القانون المدني المصري على أنه " 1- يفسر الشك في مصلحة المدين 2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن "، ومقتضى ذلك أن الأصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة العقد غموضاً لا يتيح زواله، ويستثنى من ذلك الأصل عقود الإذعان، فالشك فيها يفسر لمصلحة العاقد المذعن، دائناً كان أو مديناً، فالمفروض أن العاقد الأخر هو أقوى العاقدين، ويتوفر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة، فان لم يفعل ذلك وجب أن يتحمل تبعة خطئه وتقصيره، كونه المتسبب في هذا الغموض .[1]

فاستثناءاً من الأصل قرر المشرع حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان، وذلك بعدم جواز تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان تفسيراً ضاراً بمصلحة الطرف المذعن، لذلك يفسر الشك في عبارة العقد لمصلحة الطرف المذعن.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن الحديث يدور عن حالة الشك في التوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين بمعنى أنه إذا ما كانت عبارات العقد واضحة الدلالة وتكشف بصراحة على مدلول العقد، فإنه لا يجوز للقاضي الخروج عن هذه القاعدة كونها الأصل، فاللجوء إلى تطبيق هذا الاستثناء يكون في حالة عدم إمكان الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين بإعمال قواعد التفسير السابق ذكرها، فإنه يتم تفسير عباراته بما يخدم مصلحة الطرف المذعن دائناً كان أو مدين.[3]

الفرع الرابع: أساس تقرير قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن.

تناولت المادة (166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (151) من القانون المدني المصري والمادة (240) من القانون المدني الاردني تفسير الشك لمصلحة المذعن في عقد الإذعان،إذ أوجبت على القاضي تفسير الغموض في صالح الطرف المذعن، فهي إحدى الوسائل

---

[1] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق.** ج 1. ص 250.

[2] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق.** ص 336.

[3] د . فرج، توفيق حسن: **مرجع سابق.** ص 622.

التشريعية التي بموجبها ومن شأنها التخفيف من مسؤولية الطرف المذعن، بالإضافة إلى مجموعة من الاعتبارات لم تغب عن ذهن المشرع منها:

أولاً: إن الطرف الآخر في عقود الإذعان هو الذي يستقل بوضع شروط وبنود العقد،وهو من يتولى صياغته وهو من يتوجب عليه صياغة بنود وشروط العقد بصورة واضحة لا غموض فيها، فعدم التزامه بذلك يوجب عليه أن يتحمل وحده عدم الاضطلاع بهذه المسؤولية على النحو المفروض عليه .[1]

ثانياً: إن تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن ما هو إلى نتيجة حتمية تفرضها قواعد العدالة التي تقتضي حماية الطرف الضعيف الواجب حمايته، تحقيقاً لإقامة التوازن بين المتعاقدين،[2]وإن الطرف الضعيف في عقد الإذعان دائماً يكون المذعن بغض النظر عن مركزه حتى لو كان هو الذي أضاف الشرط الذي شابه الغموض، فإن التفسير يكون لمصلحته، لأن العاقد الآخر لديه من الوسائل ما يمكنه من صياغة الشروط بطريقة واضحة وبينة .[3]

ثالثاً: غياب التفاوض بين أطراف عقد الإذعان فالمذعن لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، وإنما سلم بشروط مقررة يضعها الموجب الطرف الآخر في العقد دون مناقشة فيها.[4]

المبحث الثاني: دور محكمة النقض في عملية التفسير.

لقد نصت المادة (225) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001)، على أنه " للخصوم حق الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله".

---

[1] د . الجمال، مصطفى: **مرجع سابق** . ص 215 .

[2] د . فرج، توفيق حسن: **مرجع سابق** . ص 622.

[3] د . الشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق** . ص 68 .

[4] د . سوار، محمد وحيد الدين: **مرجع سابق** . ص 79 .

فبمقتضى هذا النص يفهم أن مهمة محكمة النقض تنحصر في رقابة تطبيق قضاة الموضع للقانون سواء أكان هناك مخالفة لأحكامه، أو كان هناك خطأ في تطبيقه أو في تأويله، ومن هنا جاءت تسمية محكمة النقض بمحكمة القانون فهي ليست درجة من درجات التقاضي.

وإن الحديث عن دور محكمة النقض في عملية التفسير يتطلب منّا بيان ما يعتبر قانون وبالتالي خاضع لرقابة محكمة النقض وما يعتبر واقع وبالتالي لا يخضع لتلك الرقابة في عملية التفسير.

وسأحاول من خلال هذا المبحث الإجابة على التساؤل أعلاه؟ وهذا سيكون مداراً للبحث في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسوف يكون للحديث عن سلطة قاضي الموضوع فيما يعتبر من وقائع في التفسير.

المطلب الأول: التمييز بين الواقع والقانون في عملية التفسير.

سأبين من خلال هذا المطلب معيار التمييز بين الواقع والقانون وذلك في الفرع الأول وبيان ما يعتبر قانون يخضع لرقابة محكمة النقض في الفرع الثاني.

الفرع الأول: معيار التمييز بين الواقع والقانون.

إن مسألة التمييز بين ما هو واقع وما هو قانون، وإن كانت سهلة التحديد نظرياً أو بشأن حالة معينة مطروحة، إلا أنه يصعب وضع معيار عملي محدد بصيغ قاعدة عامة يمكن تطبيقها بسهولة لمعرفة ما إذا كنا بصدد مسألة قانون أم مسألة واقع، إذ كثيراً ما يدق الخط الفاصل بينهما حتى يصبح رقيقاً وهمياً.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية، قد أصدرت أحكاماً عديدة، أرست بها مبادئ قانونية، تعين الفقه على استخلاص معيار للفصل بين ما يعد واقعاً وما يعد قانوناً، فإذا ما تعلق الأمر بمجرد التثبت من وقائع الدعوى،وذلك بتقدير الأدلة المقدمة من الخصوم، والموازنة بين أقوال الشهود وترجيح قرينة على أخرى، فإن ذلك كله واقع يختص بتقديره قاضي الموضوع دون أية

رقابة عليه في ذلك، أما إذا تعلق الأمر بتكييف هذه الوقائع ببيان ماهيتها من وجهة نظر القانون، وتطبيق نصوصه عليها،وتحديد الآثار القانونية المترتبة على هذا التطبيق، فإن هذه تعد من مسائل القانون التي تخضع للرقابة .[1]

وقد لجأ الفقه بصفة عامة للتمييز بين الواقع والقانون إلى عدة طرق منها:

أ. الطريقة الأولى، وضعها الأستاذ بونيه (Bonnier)، وتتبلور هذه الطريقة في تتبع المراحل التي يمر بها النزاع أمام القاضي، إذ عندما تطرح الدعوى أمامه يجري تمحيصاً وتحقيقاً في وقائعها لينتهي إلى ثبوت بعضها بأدلة رأى أنها مقنعة في الكشف عنها، وإهدار بعضها لعدم وجود أو عدم كفاية الدليل عليها، ثم تأتي مرحلة ثانية وهي مرحلة تكييف الوقائع الثابتة بإعطائها الوصف المناسب الذي أوجبه القانون، أي تكييف التصرف فيقرر أن هذا بيع أو إيجار بحسب الأحوال، وأخيراً تأتي مرحلة استخلاص النتائج القانونية وذلك بإنزال حكم القانون على ما ثبت من وقائع .[2]

وفي المرحلة الأولى يكون القاضي أمام نشاط ذهني، ينصب على الوقائع واستخلاصها وهي مرحلة التفسير بالمعنى الدقيق، فهي من مسائل الواقع التي لا رقابة لمحكمة النقض عليها، أما في المرحلتين الأخريين وهما مرحلة تكييف الوقائع وإنزال حكم القانون عليها فهو عمل قانوني وهي من مسائل القانون الواجب إخضاعها لرقابة محكمة النقض.[3]

ب. أما الطريقة الثانية التي يسير عليها الألمان والإيطاليون، فمؤداها أن كل حكم يصدر في دعوى، أو في شق فيها يفترض أنه طبق قاعدة قانونية معينة على وقائع محددة ثابتة لدى القاضي، وهذه القاعدة القانونية لها شروط معينة، في التطبيق، فإذا ثبت من وقائع الدعوى توفر شروط تطبيق تلك القاعدة، يتعين على القاضي تطبيقها وإعمال حكمها، فإن أخطأ القاضي في التطبيق القانوني، بحيث لم يختر القاعدة الواجبة التطبيق، أو طبقها بطريقة

---

[1] كما هو وارد لدى: د. فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 484.

[2] **المرجع السابق** . ص 484 –485 .

[3] **المرجع السابق** . ص 485.

معيبة، فإننا نكون بصدد مسألة قانون لمخالفته للقانون أو خطأه في تطبيقه أو تأويله، أما إذا كان الخطأ في ذات الدعوى، بأن يكون قد استخلص وقائع لم يقم عليها دليل يقيني، أو أخذ بظروف ليست جدية، فإن ذلك يعد من مسائل الواقع التي يترك أمرها للتقدير لقاضي الموضوع، وخطأه فيها خطأ في فهم الواقع لا شأن لمحكمة النقض به[1] .

ويرى الباحث أن الطريقتين سالفتين الذكر تلتقيان في أن فهم الواقع متروك لقاضي الموضوع أما تكييفه وتطبيق القانون عليه، فهي من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض ولا يوجد بينهما تفاوت في هذا الصدد.

ت. التفرقة بين تفسير إرادة المتعاقدين، والتكييف القانوني لها، وهذا ما ذهب إليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري، حيث يرى أن جوهر عملية التفسير ينصب على الوقوف على حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بغية تحديد الالتزامات العقدية، وإن القاضي وفي تفسيره لتلك الإرادة لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض كونها مسألة موضوعية، فهي تختلف عن تفسير نصوص القانون، أما التكييف القانوني لهذه الإرادة وتطبيق أحكام القانون عليها فهذه مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.[2]

ويرى الباحث وإزاء اختلاف الفقه حول وضع معيار محدد يمكن الاعتماد عليه للتمييز بين الواقع والقانون،أن يتم ذلك من خلال نصوص تشريعية تتولى وضع معيار للتمييز بينهما، لا سيما وأن استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، قد تتم باللجوء إلى قواعد قانونية مقترحاً بهذا الشأن، أن يكون الفيصل في ذلك هل يحتاج القاضي لبينة ما أم لا، فمسائل الواقع تعتمد على أمور يتعين ثبوتها أما القضاء بإقامة الدليل عليها لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين بخلاف الحال عن مسائل القانون فهي ليست محل للإثبات.

---

[1] **المرجع السابق** . ص 486.

[2] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **النظرية العامة للالتزامات – نظرية العقد – .مرجع سابق** . ص 952.

الفرع الثاني: ما يعتبر قانوناً في التفسير يخضع لرقابة محكمة النقض .

إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في فهم وقائع الدعوى واستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، دون رقابة عليه في ذلك إلا أن ذلك يختلف إذا ما تعلق الأمر بمسائل فرضها القانون، وهي تلك القواعد التي يستعين بها، للوصول إلى النية المشتركة، فالقاضي وعند الاستعانة بهذه القواعد القانونية يخضع لرقابة مطلقة لمحكمة النقض فإن مخالفة هذه القواعد القانونية أو تجاهلها أثناء القيام بمهمة التفسير إنما يعد بذلك مخالفا لحكم القانون، ويجعل من حكمة عرضة للنقض لمخالفة قاعدة قانونية.

مما سبق ذكره يتضح لنا أن محكمة النقض تفرض رقابتها على عمل القاضي فيما يتعلق بتفسير العقد بوسائل مختلفة على كل ما يعتبر من مسائل القانون،[1] ومن ذلك نذكر على سبيل الخصوص :

أ. حالة وضوح عبارة العقد .

لقد نصت المادة (165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني وفي فقرتها الأولى "1- إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين "،[2] وأصل هذه القاعدة ما نصت عليه المادة (12) من مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها " الأصل في الكلام الحقيقة " وما نصت عليه المادة (13) منها بقولها " لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح " وما نصت عليه المادة (14) منها بقولها " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص "، وكذلك ما جاء في المادة (60) منها حيث نصت على أن " إعمال الكلام أولى من إهماله "، فعبارة العقد الواضحة تعبر عن الإرادة الظاهرة للمتعاقدين التي يعتد بها المشرع، وتعد دليلاً قاطعاً على إرادة المتعاقدين المشتركة، لذلك فإنه يتوجب على القاضي أن يقف عند معناها الظاهر، وليس له الاجتهاد في تفسير ما هو واضح .[3]

---

[1] أ د العربي، بلحاج :**مرجع سابق** . ص 474.

[2] يقابلها نص الفقرة الأولى من المادة 239 من القانون المدني الأردني والمادة (150) من القانون المدني المصري .

[3] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق** . ص 325.

فالخروج عن عبارة العقد الواضحة بمحاولة تفسيرها رغم وضوحها يعد خرقاً للقانون،[1] فالقاضي ملزم بأن يأخذ بعبارة العقد الواضحة كما هي، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى أخر، وبالتالي فإن ذلك سيجعل من حكم القاضي عرضة للنقض.[2]

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 367 لسنة 1980 بأنه "الأصل في تفسير العقود أن يلتزم القاضي بعباراته الواضحة، ولا يجوز له الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ".[3]

والمقصود بالوضوح هنا هو وضوح الإرادة وليس اللفظ، فقد نصت المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية على أن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، فالعبرة بإرادة المتعاقدين، والمفروض أن تعبر العبارة عن هذه الإرادة، ولكن إذا ما تبين للقاضي أن المتعاقدين أساءا استخدام الألفاظ في التعبير عن هذه الإرادة، فله ورغم وضوح العبارة، أن يفسرها وفق المعنى الذي أراده المتعاقدان، لا المعنى الحرفي لألفاظ العبارة،شريطة أن يبين الأسباب التي حملته على ذلك وأن يذكر في أسباب حكمه كيف أن لعبارات العقد مجتمعة أن تفيد المعنى الذي توصل إليه.[4]

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم (226) لسنة 1963 بأنه " تملك المحكمة حق تفسير العقود، ذلك أن لها السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه ومقصود المتعاقدين، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه "[5]

خلاصة القول إن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارة الواضحة وذلك عن طريق رقابة أسباب الحكم، فإن التزمت محكمة الموضوع بالمعنى الواضح للفظ

---

[1] تراجع المادة (239) من القانون المدني الاردني .

[2] د . الجمال، مصطفى : **مرجع سابق** . ص 216 .

[3] تمييز حقوق رقم 367 لسنة 1980 الصادر بتاريخ 1980/11/12 منشورات مركز عدالة، والمنشور على الصفحة 809 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1981/1/1 .

[4] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق** . ص 329-330.

[5] تمييز حقوق رقم 226 لسنة 1963 الصادر بتاريخ 1963/9/29 منشورات مركز عدالة .

الظاهر لم تكن في حاجة إلى تسبيب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح الذي عبر عنه المتعاقدين، أما إذا عدلت عن هذا المعنى الواضح إلى معنى أخر كونه المقصود وجب أن تبين في أسباب الحكم لم تم العدول وكيف أن لعبارات العقد أن تؤدي إلى المعنى الذي توصلت إليه، فمحكمة النقض تراقب تلك الأسباب فإن اقتنعت بأن العدول له ما يسوغه سلم الحكم من النقض، وإن لم يكن له ما يسوغه كان الحكم عرضة للنقض لعله المصور في التعليل والتسبيب .[1]

وتجدر الإشارة إلى أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل في رقابة محكمة النقض، وإن القول بخلاف ذلك سيؤدي إلى نتيجة غير مقبولة، وهي أن يتم تفسير العبارة الواضحة بما يخرجها عن وضوحها وعن معناها الظاهر دون ذكر أسباب ذلك، وذلك من خلال القول بأن العبارة غامضة.[2]

ب. الالتزام بالإرادة الحقيقية المشتركة.

إن الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، هي عماد العقد، وجوهره، وإن في إعمالها احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، واحتراماً لقوة العقد الملزمة، وإن في إهدارها إهدار لهذه القوة، وهذه مسألة من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض.[3]

وفي هذا الصدد لا بد من التفرقة بين أمرين غاية في الأهمية وهما مسألة البحث عن النية، ومسألة تطبيق أحكام النية، فهناك فرق شاسع ما بين البحث عن النية والأخذ بأحكامها، فالبحث عن النية يعني الاستدلال على النية المشتركة بمعايير مادية يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع، إذ أن البحث فيها يعني البحث في وقائع مادية ولا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض،[4]فالاستهداء بطبيعة التعامل أو بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات أو بطريقة تنفيذ بنود العقد للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ما هي إلا وسائل

---

[1] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد : **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق** . ج 1 .ص 674.

[2] **المرجع السابق** . ج 1 .ص 674.

[3] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق** . ص 516-517.

[4] **المرجع السابق** . ص 517.

يستأنس بها القاضي، وهو حر في إتباعها من عدمه، فهي من قبيل الوقائع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض .[1]

أما الأخذ بحكم النية، فهي تضمن احترام قضاة الموضوع لحجية التصرفات، وعدم تحريفها، وتطبيق القانون على الواقع تطبيقاً صحيحاً،[2] فهذه قاعدة قانونية ملزمة يجب احترامها فالقاضي الذي يقرر في حكمه أن المتعاقدين أرادا شيئاً معيناً، وكان هذا الشيء جائزاً قانوناً، ثم لا يقضي بما أراده المتعاقدين بل بما تقضي به العدالة يكون بذلك قد خالف القانون ويجعل من حكمه عرضة للنقض .[3]

خلاصة القول أن القاضي إذا ما أخطأ في تقدير الوقائع التي استخلص منها النية، فإنه لا يخضع بذلك لرقابة محكمة النقض، طالما أن ما ساقه من أسباب يكفي لحمل الحكم عليه .

ولكن إذا ثبت أنه تأكد من وجود العقد بين طرفيه، ثم حدد معناه والغرض منه، وانتهى إلى معرفة حكمه في المسألة محل النزاع، ولكنه رغم ذلك لم يطبقه، وعزف عنه تحت أي ستار، فإنه يكون بذلك مخالفاً للقانون.

فلو فرضنا أن قاضي الموضوع انتهى من بحثه إلى أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد اتجهت إلى نقل ملكية المحل لقاء ثمن محدد، فإن ذلك يعني اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إبرام عقد بيع، وبالتالي فليس له بعد ذلك أن يعدل في هذه النية – بالحذف أو الإضافة – على سند من العدالة، إذ بذلك يكون قد أحل إرادته محل إرادة الطرفين.[4]

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 5410 لسنة 75 بتاريخ 2007/5/17 أنه " من المقرر في قضاء محكمة النقض أن النص في المادة 1/147 من القانون المدني يدل على أن العقد هو قانون المتعاقدين، وهو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة الذي ما

---

[1] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . مرجع سابق.** ج 1. ص 663.

[2] د . فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق.** ص 517.

[3] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد .مرجع سابق.** ج 1. ص 663.

[4] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق.** ص 518.

زال يسود الفكر القانوني، ولازم تلك القاعدة أن ما اتفق عليه العاقدان متى وقع صحيحاً لا يخالف النظام العام أو الآداب أصبح ملزماً للطرفين، فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أي من الطرفين، ولا يجوز ذلك للقاضي لأنه لا يتولى إنشاء العقود على عاقديها، وإنما يقتصر عمله على تفسير إرادتهما بالرجوع إلى نية المتعاقدين، ومن ثم جرى قضاء هذه المحكمة على أن العقد قانون المتعاقدين، فالخطأ في تطبيق نصوصه أو مخالفتها خطأ في القانون يخضع لرقابة محكمة النقض".[1]

ت. الالتزام بقواعد الإثبات في استخلاص إرادة المتعاقدين.

إن قاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الثابت عنده يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلاً لا وهما، وغير متناقضة للثابت في الدعوى المعروضة أمامه، وأن تؤدي هذه المصادر إلى استخلاص سائغ عقلاً لتلك الواقعة الثابتة، فإذا أثبت القاضي في حكمه واقعة من مصدر وهمي لا وجود له، أو كان موجود ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة كان حكمه عرضة للنقض لأن هذه مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض .[2]

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية في النقض رقم 545 لسنة 2010 الصادر بتاريخ 2012/1/16 بأنه " وبالنسبة لسببي الطعن الأول المتعلقين بعدم الحكم للطاعنة بكامل التعويض الذي قررته محكمة البداية ولما كانت محكمة الاستئناف قد بينت في حكمها أنها وجدت أن الفريقين قد قاما بحصر وبيان الأعمال التي قامت بها المدعية (المستأنف عليها) في المأجور في مقدمة المستأنف عليها المدعية قد قامت "..... بتركيب أبواب وشبابيك " وحيث أنه لا يجوز للمستأنف إثبات عكس ما هو ثابت في هذه الاتفاقية الموقعة منه بشهادة الشهود، وحيث أن ما ورد على لسان الشاهد جمال حنونة بأن المستأنف عليها لم تقم بتركيب أبواب وشبابيك ألمنيوم يتناقض مع ما يثبت للمحكمة بالمبرز م/1 فإن حكمها والحال هذه بعدم إثبات تركيب أبواب وشبابيك

---

[1] نقض مدني رقم 1975/5410 الصادر بتاريخ 2007/5/17 نقلا عن د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق** . ص 328 .

[2] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد : **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق.** ج 1. ص 664.

ألمنيوم للمأجور يكون مخالفاً لما هو ثابت بالاتفاقية المبرز م/1 ويكون حكمها مشوباً بالتناقض من هذه الناحية وسببا الطعن واردين والحكم المطعون فيه حرياً بالرد ".[1]

ث. قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين .

إن مجال إعمال هذه القاعدة كما سبق وأن بيّنا،هو في حال استحال على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، من خلال قواعد التفسير، فإذا ما عجز القاضي عن استقصاء الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وظل الشك يتردد بين وجهتين تحتملها عبارة العقد، فيتعين عليه في هذه الحالة تفسير الشك في مصلحة المدين،[2] وإن هذه القاعدة تجد أساسها في مجلة الأحكام العدلية في القاعدة الأصولية الوارد ذكرها في المادة (8)منها والتي جاء فيها " الأصل براءة الذمة "، فإذا أدعى الدائن ما يخالف هذا الأصل يتعين عليه إثبات إدعائه بإقامة الدليل على وجود الدين، وإن هذه القاعدة واجبة الإتباع سواء تعلق الأمر بعقد من العقود الملزمة لجانب واحد، أم بعقد من العقود الملزمة للجانبين .[3]

وإن هذه القاعدة تعد من مسائل القانون، فلا يمكن للقاضي أن يفسرالشك لمصلحة الدائن إذا ثار شك حول نية المتعاقدين فهو بخروجه هذا يعد خرقاً للقانون، ويعرض حكمه للنقض .[4]

كما وتجدر الإشارة إلى أن تحديد معنى الشك ومتى يمكن القول بأن الشك موجود هو أيضا من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض، لأن هذا يترتب عليه إمكانية التفسير لمصلحة المدين أو عدم أمكان ذلك .[5]

---

[1] قرار نقض رقم 545 لسنة 2010 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله بتاريخ 2012/1/26.

[2] أ د .سلطان، أنور: **مرجع سابق.** ص 206.

[3] **المرجع السابق** . ص 206.

[4] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مرجع سابق.** ج 1. ص 663.

[5] د . الصدة، عبد المنعم فرج: **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. مرجع سابق.** ص 466 .

ج. تفسير الشك في عقد الإذعان لصالح المذعن .

هذه القاعدة هي قاعدة قانونية أيضاً، وتوجب على القاضي إذا كان بصدد عقد إذعان تفسير هذا العقد، إذا ما ثار شك حول نية المتعاقدين بما فيه مصلحة الطرف المذعن وإن هذه القاعدة ملزمة فإذا خالفها القاضي نقض حكمه.[1]

المطلب الثاني: سلطة قاضي الموضوع فيما تعتبر من وقائع في التفسير.

سأتناول في هذا المطلب حدود سلطة قاضي الموضوع في تفسيره للوقائع وذلك في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسوف يكون للحديث عن دور القاضي إزاء العرف وقواعد العدالة وحسن النية، أما الفرع الثالث فسيكون للحديث عن النتائج المترتبة على السلطة التقديرية للقاضي .

الفرع الأول: حدود سلطة قاضي الموضوع في تفسير الوقائع.

إن ما يعتبر من الواقع في تفسير العقد الذي لا يخضع لرقابة محكمة النقض، هو ما يعبر عنه بالسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين واستخلاصها من الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى.[2]

ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية إزاء بحثه لمسائل الواقع في مجال تفسير العقد، فلا يخضع في شأنها لرقابة محكمة النقض، وتنحصر مسائل الواقع فيما يجريه قاضي الموضوع من بحث للاستدلال على النية المشتركة لطرفي العقد محل النزاع، وتقديره للمعايير الموضوعية التي يستعين بها في الكشف عنها، وهي حسن النية والعرف والعدالة، والأمانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين، وإذا أخطأ القاضي في استخلاصه للنية المشتركة، أو أساء فهم أي معيار من هذه المعايير فإن خطأه في هذا الشأن يعد خطأ في الواقع لا تنسحب إليه رقابة محكمة النقض، كون

[1] أ د العربي، بلحاج: **مرجع سابق**. ص 474.

[2] د . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. **مرجع سابق**. ج 1. ص 665-668.

أن خطأه في فهم العقد يعد مخالفة للعقد وليس للقانون، ومحكمة النقض تراقب سلامة تطبيق القانون فقط .[1]

وإن البحث في نية المتعاقدين يقتضي أولاً اللجوء إلى العناصر الداخلية في العقد على ضوء الهدف من التعاقد، والمعنى العام الذي ينتج عنه، وذلك بإجراء التقريب بين الشروط المختلفة في ذات العقد،[2] على اعتبار أن العقد وحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام،[3]وفي هذا المعنى تقول محكمة التمييز الأردنية في قرار لها " إن عبارات العقد عند التفسير يجب أن تؤخذ في مجموعها فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من كل العقد ".[4]

وفي حال قصور هذه الوسائل الداخلية في إيصال القاضي إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فإنه يلجأ حينئذ للعناصر الخارجية عن العقد، كتقريب العقد من عقد أخر سابق أو معاصر أو لاحق له، أو الاستعانة بالوقائع المادية الكاشفة عن الإرادة الحقيقية للطرفين، سواء كانت صريحة أو ضمنية،[5] كالاستعانة بالعرف الجاري في المعاملات، أو طريقة تنفيذ العقد، وظروف المتعاقدين المحيطة بالعقد ومحاضر التفاوض السابقة على العقد،[6] وفي هذا تقول محكمة التمييز الأردنية في قرار لها" القاعدة في تفسير العقود أنه يقتضي على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار سلوك الطرفين في تنفيذ العقد للاستدلال منه على إرادة المتعاقدين حين العقد "،[7]وفي حكم أخر لها قضت بأن " سلوك الفريقين في تنفيذ العقد هو تعبير عن إرادتهما التي اتفقا عليها، فيلتزمان بما اتفقا عليه ".[8]

---

[1] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق**. ص 489.

[2] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق**. ص 490.

[3] د. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مرجع سابق**. ص 330 .

[4] تمييز حقوق رقم 102 لسنة 1974 الصادر بتاريخ 1974/4/20 والمنشور على الصفحة 1121من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1974/1/1 منشورات مركز عدالة .

[5] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 490.

[6] أ د .سلطان، أنور :**مرجع سابق** . ص 204-205.

[7] تمييز حقوق رقم 326 لسنة 1977الصادر بتاريخ 1977/10/24منشورات مركز عدالة .

[8] تمييز حقوق رقم 388 لسنة 1977 الصادر بتاريخ 1978/12/26 والمنشور على الصفحة 195من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1978/1/1 منشورات مركز عدالة .

وإن قاضي الموضوع وفي لجوئه إلى تلك العناصر إنما يحاول فهم إرادة المتعاقدين، من خلال العملية الذهنية التي يقوم بها في سبيل تفسير العقد للوقوف على حقيقة إرادة الطرفين،[1]ويعد عمله هذا مجرد فهم للواقع المعروض عليه في الدعوى بلا رقابة عليه من محكمة النقض.[2]

ويتمتع قضاة الموضوع بسلطة تقديرية في تفسير شروط العقد للوقوف على النية المشتركة للطرفين بلا رقابة عليهم من محكمة النقض،[3] ولكن إذا كان التفسير بالوقوف على إرادة الطرفين واقعاً لا يترتب على مخالفته النقض فهل يعني ذلك أن السلطة الممنوحة لقاضي الموضوع مطلقة؟

لقد أجابت محكمة التمييز الأردنية على هذا التساؤل فقضت في حكم لها بقولها " تملك المحكمة حق تفسير العقود،ذلك أن لها السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه ومقصود المتعاقدين ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه "،[4]وفي حكم أخر لها قضت قضت " إن من المبادئ القانونية التي استقر عليها الفقه والقضاء أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود وتأويلها واستخلاص ما تراه أوفى بمقصود عاقديها مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها شريطة عدم الخروج عن عبارات العقود المطروحة عليها "،[5]فسلطة القاضي التقديرية في البحث عن النية المشتركة للطرفين مشروطة بالتسبيب والتعليل، فعلى القاضي أن يسبب النتيجة التي توصل إليها، فإذا ثبت أن القاضي قد توصل إلى إرادة الطرفين، دون أن يكون هناك أي وقائع يمكن استخلاص هذه الإرادة منها، بأن كانت وهمية لا سند لها من الواقع، أو كانت قائمة ولكنها تتناقض مع ما هو ثابت في الدعوى، أو يستحيل عقلاً أن يستخلص

---

[1] أ د العربي، بلحاج :**مرجع سابق** . ص 457.

[2] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 490.

[3] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 491.

[4] تمييز حقوق رقم 226 لسنة 1963 الصادر بتاريخ 1963/9/29 منشورات مركز عدالة .

[5] تمييز حقوق رقم 652 لسنة 1982 الصادر بتاريخ 1982/10/20والمنشور على الصفحة 73من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1983/1/1 منشورات مركز عدالة .

منها ما استخلصه القاضي، فإن حكمه يكون معيباً بالقصور في التعليل والتسبيب مما يوجب نقضه .[1]

فالحكم القضائي – كعمل قانوني يقوم به القاضي – يتكون من عنصرين أساسيين: النتيجة القانونية التي توصل إليها، والأسباب التي ساقها لبناء تلك النتيجة عليها، وفي عملية التفسير، فإن النية المشتركة التي توصل إليها هي النتيجة وتعتبر واقعية إلا أنها نتيجة قانونية لأسباب يتوجب أن تؤدي إليها عقلاً، فعلى قاضي الموضوع أن يسبب حكمه وذلك بذكر الوقائع التي أفادت تلك النتيجة، فإذا كان تسبيبه معيباً أو قاصراً فيكون حكمه مستوجباً النقض.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على السلطة التقديرية للقاضي.

لما كان دور القاضي ينحصر في البحث عن الإرادة النفسية في مضان وجودها، فيكون هذا التفسير واقعاً لا يخضع للرقابة، فإنه يترتب على هذه السلطة التقديرية مجموعة من النتائج وهي:

أولاً: إن القاضي لا يلتزم بالتكييف المعطى للعقد من طرفي العقد، إذا ما رأى عدم سلامته وعدم اتفاقه مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وبالتالي فإنه يغَلب الإرادة الحقيقية، ويعطي للعقد تكييفه المتفق مع تلك الإرادة، وعليه أن يصحح التكييف المعطى للعقد من قبل الأطراف سواء عن جهل أو عمد، ويتوجب عليه تسبيب الوقائع التي بنى عليها تكييفه .[2]

ثانياً: إن تقدير قيام الصورية أو انتفائها أمر متروك لقاضي الموضوع، ولا رقابة عليه في ذلك من قبل محكمة النقض، إذ القول بأن عقد البيع المطروح هو في حقيقته هبة مستترة، من المسائل المتروكة لقاضي الموضوع.[3]

---

[1] د . فوده، عبد الحكم : **مرجع سابق** . ص 491.

[2] **المرجع السابق** . ص 495.

[3] **المرجع السابق** . ص 496.

ثالثاً: إن معايير الاستنباط الموضوعية التي يستعين بها القاضي في استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، وهي حسن النية والعرف والعدالة والأمانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين .[1]

فهذه الوسائل هي في حقيقتها ظروف خارجية وتعد جزءاً من التعبير عن الإرادة بمفهومه الواسع، فالتعبير الرئيسي الوارد في العقد، عادة ما يكون منصباً على المسائل الجوهرية، أما المسائل الثانوية، فيحكمها العرف والعدالة وحسن النية والأمانة والثقة المطلوبة في المعاملات،فإن لم يتمكن القاضي من الوقوف على الإرادة المشتركة في بعض نقاط النزاع، من خلال التعبير الرئيسي، فإنه يلجأ إلى هذه المعايير الموضوعية، التي يجب أن لا تكون متناقضة مع التعبير الرئيسي الذي يحظى بالمرتبة الأولى في تحديد النية المشتركة .

إلا أن هذا لا يمنع القاضي من أن يعدل عن الشرط الواضح في العقد، إذا كان هناك من الظروف ما يكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية، وأن هذا التعبير الرئيسي لا يعبر بحق عن هذه الإرادة، وإن عدوله يجب أن يكون مسبباً،حتى تتمكن محكمة النقض من مراقبته .[2]

---

[1] فطيمة، عاشور : **تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2013 .

[2] **المرجع لسابق** . ص 497.

الخاتمة

عند هذا الحد وصل الباحث إلى أخر محطة من محطات دراسته حيث النتائج والتوصيات إلى أنه وقبل الشروع في وضع النتائج العديدة التي توصل إليها واقتراح بعض التوصيات، أراد التأكيد على الحمد والثناء على الله عز وجل الذي أعانه على إتمام هذه الرسالة، وكذلك التأكيد على أن كل نقص أو خلل يعتريها فمنه، فالإنسان ضعيف، لا يسلم من السهو والخطأ، وخير ما يستشهد به الباحث بهذا الصدد ما قاله القاضي الفاضل عبد الرحيم البيساني في رسالته إلى العماد الاصفهاني وفي كتابه كشف الظمون وابجد العلوم " إني رأيت أنه ما كتب أحدهم في يومه كتابا إلا قال في غده، لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد ذاك لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك ذاك لكام أجمل، وها من أعظم العبر، وهو دليل على اسيلاء النقص على جملة البشر " .

النتائج:

1- لقد حظي تفسير العقد بأهمية بالغة في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية المستقاة منه فمجلة الأحكام العدلية وضعت جملة من القواعد التفسيرية التي تمكن القاضي من رفع اللبس والغموض والإبهام عن بنود العقد سواء حالة وضوح عبارات العقد وحالة غموضها.

2- يقصد بتفسير العقد " تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما أعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ الواردة فيه،مستندا في ذلك إلىصلب العقد والعناصر الخارجية عنه المرتبطة به"، والتفسير إما أن يكون تشريعيا وإما أن يكون شخصيا وإما أن يكون قضائيا، وأن الحالات التي تدعو إلى التفسير ترجع في مجملها إلى عدم التوافق بين الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وبين التعبير عنها، وقد يكون هذا الاختلاف غير إرادي كالغلط والانحراف في التعبير عن الإرادة، وقد يكون إراديا كالصورية وفي هذه الحالة ينصب التفسير على التصرف المستتر دون الاعتداد بالإرادة الظاهرة ، وحالة التحفظ الذهني .

3- يختلف تفسير العقد عن تكييفه في الهدف الذي يرمي إليه كل منهما، فالهدف من تفسير العقد هو بيان حقيقة ما أراده أطراف العقد من خلال الألفاظ التي استعملاها في عقدهم، أما تكييف العقد فيهدف إلى بيان طبيعة العقد وبيان القواعد القانونية التي تنطبق عليه والآثار المترتبة عليه.

4- يقصد بالنية المشتركة " ما اتفق عليه المتعاقدان وتقابلت إرادتهما الحقيقية بشأنه، فعبر عنه بتعبيرات متطابقة تكشف عن مضمونها " وهناك من اعتد بالارداة الباطنة في استخلاصها وهناك من اعتد بالارداة الظاهرة ولكل منهم حججه وأسانيده، إلا أن التشريعات النافذة في فلسطين أخذت بالإرادة الظاهرة كوسيلة لاستخلاص النية المشتركة في حالة وضوح عبارات العقد وحالة التحفظ الذهني الذي لم يبدى للطرف الآخر وحالة العقود التي يبرمها الشريك في شركة التضامن التي لم تقم بتعيين مدير لها، وأخذت بالإرادة الباطنة كوسيلة لاستخلاص النية المشتركة في حالة غموض عبارات العقد وحالة الوكالة الظاهرة وحالة الصورية .

5- إن القاضي يلجأ لتفسير بنود العقد بغية رفع اللبس والإبهام والغموض الذي قد يعتريه إلى عناصر داخلية يستمدها من شروط وبنود العقد وذلك بتطبيق قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، وطبيعة التعامل، والأمانة والثقة ما بين أطراف العقد وكذلك الاستهداء بروح العقد والغرض الذي يسعى كل متعاقد لتحقيقه من خلال هذا العقد، كذلك قد يلجأ القاضي إلى عناصر خارجية عن العقد كالعرف الجاري في المعاملات، وطريقة تنفيذ العقد وظروف التعاقد المحيطة بالعقد ومحاضر التفاوض شريطة عدم الاتفاق على استبعاد ما جاء فيها بشرط صريح في العقد وهو ما يطلق عليه بشرط الجب والحلول .

6- يقصد بوضوح العبارة " وضوح التعبير في الدلالة على قصد المتعاقدين بحيث تكون تلك العبارة معبرة تعبيرا صادقا عن إرادتهما المشتركة "، فالمعنى الظاهر للعبارة يختلف عن المعنى الحرفي لألفاظ العبارة فالعبارات الواضحة للعقد والتي تعبر عن الارداة الظاهرة للمتعاقدين تعد دليلا واضحا على إرادة المتعاقدين المشتركة ويتوجب على القاضي أن يقف عند معناها الظاهر وليس له أن يجتهد في تفسير ما هو واضح منها إعمالا لقاعدة " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"، ولكن إذا تبين للقاضي أن المتعاقدين أساءا استخدام الألفاظ في التعبير عن هذه الإرادة فله رغم وضوح العبارة أن يفسرها وفق المعنى الذي أراده المتعاقدان شريطة أن يبين في أسباب حكمه

كيف لعبارة العقد مجتمعة أن توصل إلى النتيجة التي توصل إليها وكل ذلك إعمالا لقاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

7- ان تفسير الشك يكون في مصلحة الطرف المدين وأساس هذه القاعدة القواعد الكلية التي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية في المواد 4 و5 و8 منها وهي" الأصل براءة الذمة"، و" اليقين لا يزول بالشك"، و" الأصل بقاء ما كان على ما كان".

8- على الرغم من أن الشريعة الإسلامية قد حرمت الاحتكار، إلا أن مجلة الأحكام العدلية وغيرها من التشريعات النافذة في فلسطين لم تتناول حكم تفسير الشك في عقود الإذعان وهذه هي احدى مواطن القصور في التشريعات النافذة في فلسطين.

9- تراقب محكمة النقض – القانون – مخالفة تطبيق القانون والخطأ في تطبيقه أو في تأويله،ويقتصر دورها على مسائل القانون فهي التي تخضع لرقابتها، أما مسائل الواقع التي يترك أمر تقديرها لقضاة الموضوع في تخرج عن رقابتها، وفي مادة التفسير يعد الانحراف عن المعنى الظاهر في حالة وضوح عبارات العقد الصريحة بمحاولة تفسيرها خرقا للقانون يستتبع نقضه، كذلك يعد الأخذ بحكم النية أمر واجب الإتباع والاحترام من قضاة الموضوع تحت طائلة نقض أحكامهم بخلاف الحال عن حالة البحث والاستدلال على وجود هذه النية التي تتم بالاستعانة بمعايير مادية يترك امرها لقضاة الموضوع دون رقابة عليهم في ذلك لمحكمة النقض .

التوصيات:

1- تعديل الفقرة الخامسة من المادة (71) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 بحيث تصبح على النحو التالي " 5-إذا طعن في العقد بان الظروف التي أحاطت بتنظيمه قد شابها غش أو تدليس أو إكراه أو عيب آخر من عيوب الإرادة أو إذا أدعى أحد أطراف العقد بوجود إرادة مغايرة للإرادة الظاهرة ".

2- نظرا لوجود تعارض ما بين أحكام المادة الثالثة والمادة الرابعة عشر من مجلة الأحكام العدلية نقترح إعادة صياغة المادة الرابعة عشر لتصبح على النحو التالي " 1-لا مساغ للاجتهاد في مورد النص القانوني 2-لا مساغ للاجتهاد في مورد النص العقدي الذي يكشف عن ارادة واضحة ".

3- على ضوء اختلاف المدارس القانونية حول بيان المقصود بعقود الإذعان فإننا نوصي المشرع ببيان المقصود بعقد الإذعان بموجب نص تشريعي صريح بحيث يكون جامعا مانعا ويشمل كافة خصائصه، ويوصي الباحث بان تكون صياغة النص على النحو التالي " عقد الإذعان هو العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي لشروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها للجمهور بصورة معينة ".

4- يوصي الباحث إعادة النظر في صياغة الفقرة الثانية من المادة (166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي جاء فيها " ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن "، كونها قد أتت بتحديد لا مبرر له بصدد العبارات محل التفسير، بالإشارة إلى أنها العبارات الغامضة، مع أن التفسير يمكن أن ينصب على العبارات الواضحة في ذاتها والغامضة في مفهوم المتعاقدين، ولتكن وفق الصيغة التالية " ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن " .

5- يرى الباحث وإزاء اختلاف الفقه حول وضع معيار محدد يمكن الاعتماد عليه للتمييز بين الواقع والقانون، أن يتم ذلك من خلال نصوص تشريعية تتولى وضع معيار للتمييز بينهما،لاسيماوأن استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، قد تتم باللجوء إلى قواعد قانونية مقترحاً بهذا الشأن، أن يكون الفيصل في ذلك هل يحتاج القاضي لبينة ما أم لا، فمسائل الواقع تعتمدعلى أمور يتعين ثبوتها أما القضاء بإقامة الدليل عليها لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين بخلاف

الحال عن مسائل القانون فهي ليست محل للإثبات، وبذلك تتحقق الموازنة بين اختصاصات محكمة النقض واختصاصات قضاة الموضوع حتى لا تتحول مع مرور الوقت إلى محكمة موضوع.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2001/9/5 على الصفحة 5 من العدد 32.
- القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المنشور على الصفحة الخامسة من الوقائع الفلسطينية في العدد الصادر بتاريخ 2003/3/19.
- قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 المنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية على الصفحة 226 بتاريخ 2001/9/5.
- قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 المنشور في العدد 1910 على الصفحة 469 من الجريدة الرسمية الاردنية بتاريخ 1966/3/30.
- قانون الشركات الاردني رقم 12 لسنة 1964 المنشور في العدد 1757 على الصفحة 493 من الجريدة الرسمية الاردنية بتاريخ 1964/5/3.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور على الصفحة الثانية من العدد 2645 من الجريدة الرسمية الاردنية بتاريخ 1976/8/1 .
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) الصادر بتاريخ 16 يوليو 1948
- مجلة الاحكام العدلية العثمانية. صدرت عن مجلس شورى الدولة العاثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام 1286هـ الموافق 1869م وتوطد نفاذها في عام 1293 هـ الموافق 1876.

ثانياً:المراجع:

1. ابن منظور: **لسان العرب.** مج 9 . دون ط . القاهرة: دار الحديث. 2003 . ج 7 .

2. أبو السعود، رمضان: **مصادر الالتزام.** ط 3 . الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر . 2003 .

3. أحمد، محمد شريف: **مصادر الالتزام في القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي** – ط 1 . عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع 1999 .

4. الأهواني، حسام الدين كامل: **النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام** –. دون ط. دون ناشر. 1996 . 2 مج. ج 2.

5. الأهواني، حسام الدين كامل:**مصادر الالتزام– المصادر الإرادية–.** دون ط. دون ناشر .1992-1991.

6. البكباشي، سحر:**دور القاضي في تكميل العقد – دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن** –. دون ط. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2008 .

7. التكروري، عثمان و د. سويطي، أحمد عثمان: **مصادر الالتزام.** ط 1.الخليل: المكتبة الأكاديمية. 2016 .

8. تناغو، سمير عبد السيد: **مصادر الالتزام.** ط 1 . الاسكندرية: مكتبة دار الوفاء القانونية. 2009 .

9. الجمال، مصطفى: **النظرية العامة للالتزامات.** دون ط. الإسكندرية: الدار الجامعية. 1987 .

10. حسن، خالد جمال أحمد: **أصول تفسير النصوص القانونية.** دون ط. دون ناشر. 2014.

11. حيدر، علي: **درر الحكام في شرح مجلة الاحكام.** 4 مج . ط 1 . عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2010 . ج 1 .

12. داود، أحمد محمد علي: **أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني**. 2 مج. ط 1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011. ج 3 .

13. الزحيلي، وهبة: **أصول الفقه الإسلامي** . 2 مج. ط1. دمشق: دار الفكر. 1986. ج1 .

14. السرحان، عدنان إبراهيم: شرح القانون المدني – **العقود المسماة في المقاولة والوكالة والكفالة** –. ط 1.عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع 1996.

15. سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي** –. ط 6. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012 .

16. السنهوري، عبد الرزاق أحمد:**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. 14 مج .ط 3 . بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2011 . ج 2 .

17. السنهوري، عبد الرزاق أحمد:**النظرية العامة للالتزامات – نظرية العقد** – دون ط. بيروت: منشورات محمد الدارية. 1934.

18. سوار، محمد وحيد الدين: **شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية**. دون ط . حلب: منشورات جامعة حلب. 1989–1990 . ج1 .

19. الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام** –. دون ط. القاهرة: دار النهضة العربية. 1995 .

20. الشواربي، عبد الحميد: **المشكلات العملية في تنفيذ العقود**. دون ط. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1988 .

21. الصدة، عبد المنعم فرج : **مصادر الالتزام – دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري** . دون ط . بيروت : دار النهضة العربية . 1979.

22. الصده، عبد المنعم فرج:**نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**. دون ط . بيروت: دار النهضة العربية. 1974.

23. العربي، بلحاج:**مصادر الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والاجتهادات العربية والفرنسية – دراسة مقارنة** –. ط 1.عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2015 .

24. العكيلي، عبد العزيز :**الوسيط في شرح التشريعات التجارية**. ط 1.عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2008 .

25. العوجي، مصطفى: **العقد**.ط 5.بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2011 .

26. غستان، جاك: **مفاعيل العقد**. ط 2.بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. 2008 .

27. الفار، عبد القادر :**المدخل لدراسة العلوم القانونية**.ط 13.عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011 .

28. فرج، توفيق حسن:**الأصول العامة للقانون**. دون ط.بيروت: الدار المصرية للطباعة والنشر 1972 – 1973.

29. فرج، توفيق حسن: **النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مقارنة بين القوانين العربية**. ط 3. بيروت: دار النهضة العربية. 1996 . 2 مج. ج 2.

30. الفضل، منذر :**الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الالتزامات وأحكامها** –. ط 1.عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012 .

31. فطيمة، عاشور :**تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2013.

32. فوده، عبد الحكم:**تفسير العقد في القانون المني المصري والمقارن**. دون ط.الإسكندرية: منشأة المعارف. 2002 .

33. القيلوبي، سميحة:**الشركات التجارية**. ط 2.بيروت: دار النهضة العربية .1989.

34. القيلوبي، سميحة:**شرح العقود التجارية**. ط 2.القاهرة: دار النهضة العربية. 1992 .

35. مجمع اللغة العربية:**المعجم الوسيط**. 2 مج. دون ط.القاهرة: مطبعة مصر. 1961.ج2.

36. نشأت، أحمد:**رسالة الإثبات**. 2مج. ط7. دوننا شر. 2008 . ج 1.

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

The Role of Judge on Contract Interpretation within the Current Legislations in Palestine

By
Haithem Esam Hefthy Issa

Supervised
Dr. Ghassan Shareef Khaled

This Thesis is submitted in Partial Fulfillment of the Requirements of the Degree of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies An-Najah National University, Nablus - Palestine.

2017

The Role of Judgeon Contract Interpretationwithin the Current Legislations in Palestine

By
Haithem Esam Hefthy Issa
Supervised
Dr. Ghassan Shareef Khaled

Abstract

The study focused on interpretation the contract according to the excuting legislations in Palestine in addition to insert the legal statement particularly in Judgemental Vedicts Journal.

In order to achieve the study purpose, interpretation the contract and the law schoolars ideas have been clarified. The study also discussed the common intents of the contractors in case of the differences between the will and the pronunciatiuon, the base in which it depends and the legislative disagreement about this base between whom who depend on the implecit will and the Palestinian legislations. The places to depend on the explicit will in order to gain the common intents, which has been the base for implicit will to gain this intent.

After the base in which the commom intent between contractors depend on has been clarified, the study discuused the interpretation the clear statemet and its posibalities. The study reaches the result of the possibility of interpretation the clear statement. The study moved towards interpretation the amgigous statement and the procedures that the judge use for removing the ambiguity from the contract items either the items of the contract or the external ones.

Moreover, the study stated the case in which the judge facing obstacles in reaching the fact of the common will of the contractors by using the internal and external procedures of interpretation. This case works in interpretating the uncertainty to reach the fact that the interpretation in case uncertainty has to be in favor the the debit party. According to the prevous fact, debit party has been clarified, the exception of interpretating the uncertainty in favor of debit party and stating the places of legislative disability in obedience contract. The study reached the results that interpretation in case uncertainty has to be in favor of the obedience party.

Finnaly, the study discussed the role of the appeal court in the interpretation process by clarifying what it is under the control of this court and what is not.